

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

DÉVELOPPEMENT ET CONSOLIDATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION AU
QUÉBEC ET AU BRÉSIL UNE ANALYSE COMPARÉE

THÈSE
PRÉSENTÉE
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DU DOCTORAT EN DROIT

PAR
PATRICIA FONSECA

MAI 2014

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.07-2011). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

À Geraldo,
João Alfredo, Cleo et Ivan

REMERCIEMENTS

Cette thèse n'a été possible que grâce à l'apport d'un ensemble de personnes brillantes et passionnées à qui je souhaite adresser mes plus chaleureux remerciements. À des degrés divers, ils ont tous participé à la réalisation de ce travail. Mes remerciements vont à João et Angela Galindo, George Lebel, Claudia Lima Marques, Marc Lacoursière, Pierre-Claude Lafond, Geneviève Saumier, Malca Dvoira Beider, Clarissa Costa de Lima, David Cameron, Pierre Bosset, Geraldo da Fonseca, Stéphanie Berstein, Márcio Brandão (*in memoriam*), Lucie Rebelo, Anne Saris, Daniel Mockle, Ruth Murbach, Lívia Lima, Annick Loupías, Nathalie Didier, Gabriel Hoidrag et Louise Gauthier.

Ma gratitude va en particulier à Thierry Bourgoignie, mon directeur de thèse, qui m'a éclairée de son expertise hors du commun pendant tout le parcours de mon doctorat. Ses encouragements, son engagement et sa grande bienveillance m'ont énormément inspirée et motivée tout au long de ce cheminement.

Une deuxième personne mérite aussi un remerciement spécial : Hughes Brisson, mon réviseur, a fait preuve de patience et m'a offert son support dans des moments d'extrême fatigue intellectuelle.

Je suis gré au Département des sciences juridiques de l'UQAM de m'avoir octroyé trois bourses d'excellence d'études supérieures qui m'ont permis de poursuivre mes recherches dans des conditions de calme et de sérénité, ainsi qu'à la Faculté de droit de l'Universidade Federal Fluminense qui a permis à cet ouvrage de voir le jour par le biais de son appui à mon cheminement de doctorante pendant mon congé.

Je suis fière d'avoir eu la chance de collaborer au sein du Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation (GREDICC), où des grandes discussions théoriques sur le droit de la consommation ainsi que sur des questions pratiques liées à la protection assurée au consommateur québécois et international ont été l'objet de plusieurs rencontres, conférences, cours et publications. L'occasion de participer aux activités de ce groupe de recherche, d'abord comme chercheure et ensuite comme coordinatrice scientifique m'a permis de pousser les portes du droit de la consommation et m'a donné envie d'explorer les mystères de ce domaine. J'ai aussi eu l'opportunité de participer aux activités du Centre d'études et recherches sur le Brésil (CERB) et par conséquent de suivre les événements universitaires brésiliens les plus récents.

RÉSUMÉ

La volonté de combattre l'inégalité et la vulnérabilité qui caractérisent la position du consommateur au sein des marchés de consommation explique l'avènement du droit de la consommation. Il en est ainsi au Québec et au Brésil, comme partout à travers le monde. Des législations spécifiques ont été adoptées dans le but de protéger les intérêts des consommateurs ; des institutions nouvelles ont été mises en place ou se sont donné pour mission de prendre en charge la promotion, la défense et la représentation des intérêts des consommateurs.

L'objectif de cette étude est de procéder à une évaluation des cadres normatifs et institutionnels instaurés en vue de protéger les intérêts des consommateurs au Québec et au Brésil. L'analyse décrit l'environnement politique et juridique ainsi que les approches idéologiques ayant conduit au développement du droit de la consommation dans les deux juridictions. Elle en identifie les traits principaux et en présente les acquis. Les contributions respectives des acteurs que sont les autorités publiques, les membres du pouvoir judiciaire et la société civile à la consolidation et la mise en œuvre effective du système de protection mis en place en faveur des consommateurs sont évaluées et comparées.

Au-delà de la comparaison, l'objectif de l'analyse est de s'interroger sur le statut actuel du droit de la consommation au sein des systèmes juridiques québécois et brésilien. Des différences notables apparaissent entre le système normatif en place au Québec, qui est construit autour du contrat de consommation et privilégie la dimension individuelle de l'acte de consommer, et le système brésilien, qui est davantage centré sur les droits fondamentaux et subjectifs du consommateur et ouvert à la dimension collective des droits des consommateurs.

L'étude s'interroge sur la capacité respective des droits québécois et brésilien de la consommation à relever les défis et à s'adapter à la réalité des relations de consommation d'aujourd'hui.

La première partie de l'étude décrit et compare le développement du droit de la consommation au Québec et au Brésil, leurs fondements, leurs domaines d'intervention privilégiés, leurs objectifs et la relation entretenue par cette discipline nouvelle avec le droit commun. La seconde partie dresse un portrait des mesures

institutionnelles et procédurales, tant individuelles que collectives, instaurées en vue d'assurer la mise en œuvre effective de de la *Loi sur la protection du consommateur* au Québec et du *Code de protection du consommateur* au Brésil. Ce portrait permet notamment de mieux situer le rôle des pouvoirs publics, des juges et des organisations de défenses des consommateurs dans le façonnement d'un droit de la consommation adapté aux conditions des marchés contemporains.

L'étude conclut à l'existence, au Brésil, d'un édifice aux fondements plus solides qu'au Québec. Insistant sur la nécessité de consolider le droit de la consommation au Québec, l'étude suggère plusieurs aménagements susceptibles d'y contribuer à la lumière de certaines composantes jugées essentielles du système de protection du consommateur mis en place au Brésil. Parmi celles-ci, le degré d'autonomie dont jouit le droit de la consommation au regard des disciplines juridiques traditionnelles et principalement du droit commun des contrats et des obligations est perçu comme un facteur déterminant.

Mots-clés : Consommateur – contrat de consommation – cadre normatif – accès à la justice – intérêt collectif – intérêt individuel – Code civil – constitutionnalisation – vulnérabilité – règles spécifiques – dispersion des normes – rôle de l'État – compétences – information – publicité – garanties – clauses abusives – pratiques abusives – confiance – crise – surendettement – commerce électronique – institutions administratives – institutions judiciaires – organismes civils – rôle du juge – représentation juridictionnelle – action en prévention – action en réparation – action collective – aide juridique – inversion de la charge de la preuve.

Liste des abréviations et acronymes

ACEF	Associations des coopératives d'économie familiale
ADCT	<i>Ato das Disposições Constitucionais Transitórias</i>
AGB Gesetz	<i>Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>
ALÉNA	Accord de libre-échange nord-américain
ANATEL	<i>Agência Nacional de Telecomunicações</i>
B2B	<i>Business-to-Business</i>
B2C	<i>Business-to-Consumer</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BRASILCON	<i>Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor</i>
Ccb	<i>Código civil</i> (Code civil brésilien)
CcBC	Code civil du Bas Canada
CcQ	Code civil du Québec
CDC	<i>Código de Defesa do Consumidor</i>
CERB	Centre d'études et recherches sur le Brésil
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Cpc	Code de procédure civile
CPI	<i>Comissão Parlamentar de Inquérito</i>
CRTC	Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications
CSC	Cour suprême du Canada
CSN	Confédération des syndicats nationaux
DPDC	<i>Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor</i>
FACEF familiale	Fédération des Associations coopératives en économie familiale
GREDICC	Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation
IDEC	<i>Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor</i>
IPIC	Institut de promotion des intérêts des consommateurs
JEC	<i>Juizado Especial Cível</i>
LCSPC	Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation
LPC	Loi sur la protection du consommateur
MERCOSUR	<i>Mercado Comum do Cone Sul</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OMC	Organisation mondiale du commerce
OPC	Office de la protection du consommateur
SENACON	<i>Secretaria Nacional do Consumidor</i>
SINDEC	<i>Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor</i>
SNDC	<i>Sistema Nacional de Defesa do Consumidor</i>
STF	<i>Supremo Tribunal Federal</i>
STJ	<i>Superior Tribunal de Justiça</i>

TAC
TJ
UQÀM

Termo de ajustamento de conduta
Tribunal de Justiça
Université du Québec à Montréal

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	VII
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE	11
L'AVÈNEMENT ET L'ÉTABLISSEMENT DU DROIT DE LA CONSOMMATION AU QUÉBEC ET AU BRÉSIL	11
 CHAPITRE 1 : L'ÉTABLISSEMENT D'UN CADRE NORMATIF POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU QUÉBEC	 13
<i>Section 1. L'émergence et le développement du droit de la consommation au Québec.....</i>	<i>15</i>
§ 1. Le contexte historique	15
§ 2. Les premières interventions législatives en faveur des consommateurs.....	19
A. Le Code civil du Bas Canada	19
B. Les interventions législatives dans le domaine contractuel	23
1. La reconnaissance de la lésion entre majeurs	25
2. La recherche d'un meilleur équilibre entre créanciers et débiteurs	27
3. La réglementation du contrat de vente à tempérament.....	29
§ 3. La société de consommation et l'explosion législative en faveur des consommateurs	30
§ 4. Les années 1970 : un contexte sociopolitique propice à la promotion des intérêts des consommateurs.....	 32
A. L'ère de la modernité et de la souveraineté	34
B. L'émergence d'un mouvement associatif en faveur des consommateurs	41
§ 5. L'effritement du rôle de l'État.....	42
<i>Section 2. Le corpus législatif mis en place.....</i>	<i>49</i>
§ 1. La dispersion des normes du droit de la consommation	49
A. Les compétences fédérales	51
B. Les compétences provinciales	65
§ 2. La protection du consommateur dans la <i>Loi sur la protection du consommateur du Québec</i> et dans le <i>Code civil</i> du Québec.....	 70
A. La <i>Loi sur la protection du consommateur</i> de 1978 (LPC).....	70
1. Le champ d'application	72
a. L'objet du contrat.....	73
b. La qualité des parties	79
2. L'adoption de la notion de consommateur moyen	83
a. Le consommateur rationnel	85
b. Une nouvelle approche?	86
3. La prédominance des règles spécifiques	89
a. Les garanties	90
b. Les contrats spécifiques prévus par la LPC.....	93
B. Le <i>Code civil du Québec</i> de 1994	103
1. Le contrat de consommation	104
2. L'interprétation favorable au consommateur	106

3. La clause externe.....	106
4. La clause illisible ou incompréhensible	107
5. La clause abusive.....	109
§ 3. La relation entre le Code civil et la <i>Loi sur la protection du consommateur</i> du Québec.....	113
A. La dépendance du <i>Code civil du Québec</i>	113
1. Une intégration partielle	114
2. La reconnaissance d'une catégorie particulière de contrat	116
a. L'influence du droit de la consommation sur le Code civil.....	117
b. Les contrats de consommation et les contrats d'adhésion.....	118
3. Les apports du Code civil à la notion de contrat de consommation.....	119
B. Le contrat comme fil conducteur	122
1. L'approche contractualiste.....	122
2. Une loi spécifique plutôt que générale	125
CHAPITRE 2 : L'ÉTABLISSEMENT D'UN CADRE NORMATIF POUR LA PROTECTION DU	
CONSUMMATEUR AU BRÉSIL.....	128
<i>Section 1. Un contexte juridique favorable à une vision large, collective et fondamentale des</i>	
<i>intérêts des consommateurs.</i>	<i>129</i>
§ 1. Une vision large et collective	129
A. De quelques crimes et délits commis à l'égard du consommateur.....	130
B. La reconnaissance du besoin de protéger, de représenter et d'organiser les consommateurs....	132
C. L'action civile publique et la représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des	
consommateurs.....	135
§ 2. Une approche fondamentale : la constitutionnalisation des droits du consommateur.....	137
<i>Section 2. Le Code de protection du consommateur</i>	<i>147</i>
§ 1. L'influence des législations et de la doctrine étrangères	147
§ 2. L'adoption et le contenu du Code de protection du consommateur.....	149
A. Le consommateur.....	153
1. La définition de base	154
2. Une première assimilation : le consommateur « collectif »	157
3. Une deuxième assimilation : le « tiers victime »	158
4. Une troisième assimilation : le consommateur « potentiel »	159
5. Le consommateur « hyper-vulnérable »	160
B. Le fournisseur	161
C. Les services publics.....	163
§ 3. Les instruments de la protection contractuelle	164
A. Le droit de repentir	165
B. L'information précontractuelle	166
1. L'offre contractuelle, l'information et la publicité	168
2. L'offre non-publicitaire.....	170
3. La publicité	171
C. Les clauses abusives	175
1. Le paramètre le plus souvent utilisé : l'article 51(IV)	175
2. L'approche objective	178
3. La position minoritaire	186
4. La révision de la clause abusive.....	187

D. Les pratiques abusives	190
§ 4. Un droit privilégiant la reconnaissance de l'intérêt collectif des consommateurs	196
A. L'intérêt collectif des consommateurs comme somme ou agrégat d'intérêts individuels	197
B. L'intérêt collectif des consommateurs comme l'intérêt de la collectivité des consommateurs ..	198
1. L'intérêt collectif au sens strict.....	199
2. L'intérêt diffus	201
C. Le cumul des différentes notions d'intérêt collectif	203
<i>Section 3. La place du Code du consommateur dans le système juridique brésilien</i>	<i>205</i>
§ 1. Les principes directeurs du Code de protection du consommateur	205
A. La vulnérabilité du consommateur.....	206
B. Le caractère d'ordre public de la protection du consommateur	211
C. La bonne foi objective	212
D. L'équilibre contractuel	214
E. La fonction sociale du contrat	215
F. La transparence et l'information	216
§ 2. La relation entre le Code civil et le Code du consommateur : indépendance et complémentarité.	
.....	217
A. Le CDC versus le Code civil	217
1. Le micro-système juridique	217
2. Dialogue des sources.....	220
B. La supériorité des normes du CDC	221
C. L'influence du CDC sur le Code civil.....	223
CHAPITRE 3 : LA RUPTURE DE CONFIANCE ET LES NOUVELLES INITIATIVES	229
<i>Section 1. Une rupture de confiance</i>	<i>231</i>
§ 1. L'individualisation de la société et la crise de la postmodernité.....	231
§ 2. La globalisation des marchés de consommation	235
§ 3. Le développement des technologies de l'information et de transaction.....	238
§ 4. La crise financière et la crise de la zone euro.....	242
§ 5. Les contraintes nées du développement durable.....	248
<i>Section 2. Le mouvement de réforme en cours</i>	<i>251</i>
§ 1. La révision de la Loi sur la protection du consommateur du Québec	251
A. La première étape de la réforme.....	254
B. La deuxième étape de la réforme.....	256
C. Le projet de modification en cours: la lutte contre le surendettement	259
1. Le surendettement.....	260
2. Le projet de loi n° 24	261
§ 2. La réforme institutionnelle et la révision du Code de protection du consommateur au Brésil	266
A. Le projet de loi no 281 de 2012.....	268
1. Quelques propositions de modifications des normes générales du CDC	268
2. Les normes sur la compétence.....	271
3. Une nouvelle section relative au commerce électronique.....	271
B. Le projet de loi n° 282 de 2012.....	272
C. Le projet de loi n° 283 de 2012.....	275
SECONDE PARTIE	282

**LES MESURES VISANT À FACILITER LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DU
CONSOmmATEUR DU QUÉBEC ET LE CODE DE PROTECTION DU CONSOmmATEUR DU BRÉSIL.....282**

CHAPITRE 1 : LE SUPPORT D'UN CADRE INSTITUTIONNEL SPÉCIFIQUE	284
<i>Section 1. Les institutions administratives chargées de la protection des consommateurs</i>	286
§ 1. Au Québec.....	286
§ 2. Au Brésil	296
A. Le Département de protection et de défense du consommateur (DPDC)	299
B. Les Procons.....	304
<i>Section 2. Les institutions judiciaires spécialisées</i>	313
§ 1. Systèmes juridiques et rôle du juge	313
§ 2. Le rôle du juge dans l'application du droit de la consommation au Québec et au Brésil	318
A. Au Québec.....	320
1. L'interprétation de certaines dispositions du droit matériel par le juge	323
2. Droit de la procédure et rôle du juge	327
B. Au Brésil.....	331
1. Dispositions de droit matériel et rôle du juge.....	332
2. Les sections judiciaires spécialisées en protection du consommateur	334
3. Les Cours civiles spéciales (Juizado Especial Cível, JEC)	334
4. Le ministère public	338
<i>Section 3. L'organisation des intérêts des consommateurs et la société civile</i>	344
§ 1. Au Québec.....	344
A. Les organismes civils de protection du consommateur	344
1. Union des consommateurs.....	346
2. Option consommateurs.....	348
B. Les pouvoirs des organismes de protection du consommateur	350
§ 2. Au Brésil	353
A. L'Institut brésilien de politique et droit du consommateur (Brasilcon).....	355
B. L'Institut brésilien de défense du consommateur (IDEC)	355
CHAPITRE 2 : LA REPRÉSENTATION JURIDICTIONNELLE DES INTÉRÊTS COLLECTIFS DES CONSOmmATEURS	358
<i>Section 1. Les avantages de la représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs</i>	362
§ 1. Les avantages de nature économique	363
A. Pour les consommateurs.....	363
B. Pour le système judiciaire.....	365
C. Pour les défenseurs.....	367
§ 2. Considérations de justice sociale	368
<i>Section 2. Les modes de la représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs</i>	370
§ 1. L'objet de l'action en représentation collective.....	370
A. L'action en prévention	370
B. L'action en réparation	374
§ 2. La qualité de la personne admise à agir en représentation de l'intérêt collectif	376
A. Un ou plusieurs individus, agissant avec ou sans mandat.....	376

B. Un groupement privé, telle une organisation des consommateurs	378
C. Un organisme public, général comme le ministère public, ou spécialisé, telle une institution chargée de la protection du consommateur	379
§ 3. Un système ouvert ou mixte	381
<i>Section 3. La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs au Québec</i>	<i>391</i>
<i>Section 4. La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs au Brésil</i>	<i>411</i>
§ 1. La protection des droits diffus	415
§ 2. La protection des droits collectifs	416
§ 3. La protection des droits individuels homogènes	417
§ 4. La protection des différents types de droits collectifs dans une seule action	419
CHAPITRE 3 : AUTRES MESURES VISANT À FACILITER L'ACCÈS À LA JUSTICE	425
<i>Section 1. L'aide juridique au consommateur</i>	<i>427</i>
§ 1. L'aide juridique au Québec	427
§ 2. L'aide juridique au Brésil	432
<i>Section 2. L'inversion de la charge de la preuve</i>	<i>435</i>
§ 1. L'inversion de la charge de la preuve selon la LPC	437
§ 2. L'inversion de la charge de la preuve selon le CDC	440
A. L'inversion facultative de la charge de la preuve	440
B. L'inversion obligatoire de la charge de la preuve	444
CONCLUSIONS	447

There are two paths of institutional reform that can strengthen the capacity of civil society for independent self-organization. Call them private law plus one and public law minus one. Far from being mutually exclusive, they can complement each other.

Mangabeira Unger

Introduction

La protection du consommateur se trouve depuis plusieurs décennies au cœur des préoccupations de la société¹, des médias², du milieu universitaire³ et des pouvoirs publics⁴. En 2014 la nécessité de protéger le consommateur ne s'est pas démentie⁵. Bien plus, la globalisation qui caractérise les marchés de consommation actuels renforce l'importance de définir, au sein des marchés sans frontières en construction, des modes de protection efficaces des intérêts du consommateur⁶. Le nombre

¹Par exemple, en mai 2012, le plus grand syndicat canadien des télécommunications déposait un mémoire au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications (CRTC) en faveur de la création d'un code national des services sans fil, cherchant à assurer la protection des intérêts des consommateurs. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, « Instance pour déterminer si les conditions dans le marché canadien du sans-fil ont suffisamment changé pour justifier l'intervention du Conseil à l'égard des services sans fil de détail, Avis de consultation de télécom CRTC 2012-206 (Ottawa, le 4 avril 2012) – Appel aux observations » (29 octobre 2012), en ligne : SCEP <http://www.cep.ca/sites/cep.ca/files/docs/fr/120515_memoire_au_CRTC_fr.pdf>. Sur la croissance du nombre des associations françaises de consommateurs et les mutations qu'elles ont subies notamment en raison de la crise de 2009, voir Viviane Tchernonog, *Le paysage associatif français. Mesures et évolutions*, Paris, Juris associations/Dalloz, 2007.

²À titre d'illustration, mentionnons l'émission de télévision produite et diffusée par Radio-Canada « La facture ».

³À titre d'exemple, un atelier sur la protection des consommateurs organisé par l'Université de Waterloo et par le Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation (GREDICC) de l'Université du Québec à Montréal (UQÀM) s'est tenu à Toronto le 30 octobre 2012. Cet atelier a réuni plus de 30 universitaires provenant des différentes provinces du Canada et des experts du milieu des affaires, du secteur public et d'organismes de protection des consommateurs. Le but était de discuter de la création d'un réseau commun de recherche et d'établir des collaborations plus étroites. La conférence a reçu l'aide financière du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

⁴Industrie Canada a également participé à l'atelier mentionné ci-dessus, en y apportant un soutien financier et en y envoyant, à titre de conférencier, le directeur général du Bureau de la consommation, M. Michael Jerkin.

⁵Voir Thierry Bourgoignie, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006 ? » dans Thierry Bourgoignie, dir, *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 1. [Bourgoignie, « Est-il encore nécessaire ? »] et [Bourgoignie, *Regards croisés*].

⁶Voir Thierry Bourgoignie et Julie St-Pierre, « Le statut de la politique de protection du consommateur dans les systèmes régionaux économiquement intégrés. Une première évaluation comparative » (2007) 20:1 RQDI 1 [Bourgoignie et St-Pierre, « Le statut de la politique »]

d'études et de travaux publiés sur la question, dont une liste sélective figure en annexe, confirme l'actualité de la question.

Cet ouvrage se propose de présenter et d'évaluer l'état du droit de la consommation dans deux juridictions considérées comme à l'avant-garde du mouvement de protection des consommateurs : le Québec et le Brésil. Les politiques développées, les institutions établies et les législations adoptées par ces deux pays sont décrites et comparées. Au-delà de la seule comparaison des systèmes normatifs et institutionnels en place, l'étude se penche sur l'environnement politique, socio-économique et juridique au sein duquel le droit de la consommation y est apparu et s'y est développé. Le statut acquis par la discipline au sein de chacun des ordres juridiques étudiés est évalué et les conditions de son évolution suggérées.

Le débat ainsi ouvert invite à une réflexion fondamentale sur les valeurs, les objectifs et les instruments du droit de la consommation. Il déborde aussi les frontières des deux pays concernés. En effet, étant donné le caractère plus avancé du droit de la consommation au Québec et au Brésil par rapport aux autres juridictions des Amériques, les développements de la protection du consommateur dans ces deux pays ont un effet certain sur les travaux de l'Organisation des États américains visant à rapprocher les systèmes de protection du consommateur à l'échelle panaméricaine.

La loi québécoise de 1971⁷ a constitué l'une des premières législations au monde ayant pour objet exclusif de protéger le consommateur. Ses plus importantes dispositions portaient sur la création de l'Office de protection du consommateur et la réglementation des contrats de crédit et des contrats conclus avec les vendeurs itinérants. Elle a été remplacée, en 1978, par une nouvelle *Loi sur la protection du*

⁷*Loi de la protection du consommateur*, LQ 1971, c 74 [Loi de 1971].

consommateur (LPC)⁸ de portée plus large. Depuis lors, le droit de la consommation s'est imposé au Québec comme une discipline juridique incontournable.

Claude Masse et Pauline Roy plaçaient le Québec, en 1987, « à l'avant-garde des pays occidentaux en ce qui a trait à la protection du consommateur »⁹. En est-il toujours ainsi en 2014 ? La comparaison avec le système brésilien de protection du consommateur, considéré comme l'un des plus performants au monde, aide à répondre à cette question.

L'analyse réalisée dans le présent ouvrage conclut effectivement à la plus grande solidité de l'édifice législatif et institutionnel érigé au Brésil en comparaison de celui en place au Québec. Il est donc utile d'identifier les facteurs qui expliquent la performance remarquable du droit de la consommation au Brésil afin d'alimenter la réflexion sur les réformes, normatives ou institutionnelles, susceptibles de consolider la place du droit de la consommation au Québec.

En offrant un regard extérieur et détaché des préjugés véhiculés par les systèmes juridiques nationaux, le droit comparé permet d'identifier les points forts et les faiblesses du droit de la consommation dans chacun des systèmes étudiés, d'en évaluer et d'en comparer les acquis et les limites. Dès lors que, dans l'un des pays étudiés, le statut du droit de la consommation apparaît comme plus précaire que dans l'autre, l'analyse de droit comparé ouvre des pistes de réflexion utiles pour proposer les aménagements qui s'imposent en vue de fortifier la discipline et de la rendre apte à remplir sa fonction. Ainsi que l'affirme Pierre-Claude Lafond

[l]a protection du consommateur connaît des enjeux et des problèmes universels, auxquels seules des solutions inspirées des expériences étrangères pourront répliquer.

⁸*Loi sur la protection du consommateur*, LQ 1978, c 9 ; *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ, c P-40.1 [LPC].

⁹Claude Masse et Pauline Roy, « Droit de la consommation : le difficile apprivoisement d'une réforme » dans Robert D Bureau et Pierre Mackay, dir, *Le droit dans tous ses états*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, 337 à la p 338 [Masse et Roy, « Droit de la consommation »].

Le droit comparé offre de magnifiques leçons qui n'attendent qu'à être saisies et adaptées¹⁰.

Pour les besoins de l'analyse, trois principaux éléments de comparaison ont été retenus : (a) la cohérence de l'ensemble législatif mis en œuvre dans le but d'assurer la protection du consommateur, (b) la nature des principes directeurs et des valeurs de référence qui sont à la base du droit de la consommation, de sa naissance et de son développement, et (c) la place occupée par le droit de la consommation au sein du système juridique traditionnel et plus particulièrement au regard du code civil et du droit commun des contrats.

La première partie de l'ouvrage est structurée autour de ces trois éléments de comparaison. L'ouvrage s'intéresse aux conditions ayant favorisé l'émergence du droit de la consommation au Québec comme au Brésil. Sans refaire tout l'historique du droit de la consommation québécois et brésilien, les éléments fondateurs de la discipline perçus comme les plus pertinents sont identifiés. Le premier chapitre porte sur le développement du droit de la consommation au Québec et le deuxième sur l'établissement du cadre normatif de protection du consommateur au Brésil. Dans le troisième chapitre, le portrait est dressé de la situation actuelle du droit de la consommation dans les deux États et les propositions de réforme de la matière actuellement débattues sont présentées.

L'étude révèle que les pouvoirs publics au Québec et au Brésil ont adopté à l'égard du consommateur une approche différente. L'État brésilien assume une posture interventionniste, alors que l'État québécois opte pour un modèle libéral, dont le but premier est de mieux faire fonctionner le marché économique, d'une part, en garantissant la structure concurrentielle, et, d'autre part, en offrant au consommateur les conditions nécessaires à l'exercice de son libre choix. L'approche retenue a un impact immédiat sur la nature et l'effectivité des mesures prises en vue de protéger

¹⁰Pierre-Claude Lafond, « Le consommateur et le procès – Rapport général » (2008) 49 Cahiers de droit 131 à la p 157 [Lafond, « Le consommateur et le procès »].

les droits et les intérêts des consommateurs et, de manière plus fondamentale, sur la spécificité, voire l'autonomie, du droit de la consommation au sein du système juridique national.

Plusieurs facteurs davantage présents dans le droit de la consommation du Brésil sont mis en avant comme ayant contribué de manière déterminante au renforcement du droit matériel de la consommation. Il en est ainsi du rassemblement des dispositions du droit matériel en vigueur au sein d'un ensemble unique et cohérent et de la distance prise par cet ensemble normatif par rapport aux principes du droit commun des obligations et des contrats. L'analyse du droit de la consommation en vigueur au Québec confirme que la discipline évolue dans un environnement accordant une place privilégiée à la relation contractuelle conclue entre un consommateur individuel et l'entreprise. Par son rattachement au contrat et son adhésion au principe de l'égalité des parties contractantes, le droit de la consommation au Québec trouve sa place naturelle au sein du droit privé.

Il n'en est pas ainsi au Brésil. Le contexte idéologique y est davantage celui de la protection de l'intérêt collectif du consommateur. Avant même l'entrée en vigueur du code brésilien de protection du consommateur en 1990, la loi 7.347¹¹ de 1985 prévoyait une action collective pour la protection des consommateurs. Dès son origine, le droit de la consommation est ainsi perçu dans sa dimension collective. Le législateur porte son attention sur l'intérêt collectif ou diffus des consommateurs autant, voire davantage, que sur leurs intérêts individuels. L'inscription des droits du consommateur dans la Constitution de 1988¹² confirme la vocation sociale et collective de la discipline. Les droits du consommateur se voient érigés en droits fondamentaux et leur protection comprise comme une partie essentielle des droits fondamentaux du citoyen.

¹¹ *Lei 7.347 de 24 julho de 1985, Lei de Ação Civil Pública [Loi sur l'action civile publique].*

¹² *Constituição da República Federativa do Brasil, 5 octobre 1988 [Constitution de 1988].*

Par ailleurs, le mandat est donné par la Constitution au législateur de s'atteler à la rédaction d'un ensemble normatif nouveau et spécifique destiné à consacrer les droits du consommateur et à y donner plein effet. Le Code brésilien de protection du consommateur (CDC)¹³ va ainsi se constituer au départ de principes et de valeurs qui lui sont propres et qui ne puisent pas nécessairement aux règles du droit privé commun.

Une vision élargie de la relation de consommation prévaut, qui dépasse le seul cadre des contrats. L'élément déterminant du champ d'application du CDC est la notion subjective de consommateur plus que l'élément matériel du contrat. De plus, c'est avant tout par la position de vulnérabilité dans laquelle il se trouve que le consommateur est identifié. Le concept de vulnérabilité est essentiel dans la manière dont est perçu le consommateur. L'approche est relationnelle en ce qu'elle postule l'existence d'un autre sujet en situation de supériorité. C'est donc avant tout la présence ou non d'une relation juridique marquée par l'inégalité entre les parties qui détermine l'applicabilité du CDC.

La prise de conscience de l'inégalité qui caractérise la relation entre le consommateur et l'entreprise dépasse le seul cadre contractuel. La vulnérabilité du consommateur se manifeste dans la position elle-même qu'il occupe sur le marché avant la conclusion de tout contrat, au regard par exemple des limites de l'information dont il dispose à propos des produits et des services placés sur le marché et des pressions exercées sur son libre consentement par la publicité et les pratiques commerciales. La vulnérabilité du consommateur est tout aussi réelle après la conclusion du contrat, lorsqu'il s'agit, par exemple, de mettre en cause la responsabilité de l'entreprise, d'obtenir le règlement d'un litige ou l'application des sanctions prévues par la législation.

¹³*Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de defesa do consumidor, [CDC].*

Le droit brésilien de la consommation prend ainsi ses distances par rapport au droit privé commun. Les normes du code civil s'effacent et n'ont plus qu'une application supplétive. Les dispositions spéciales et spécifiques du droit de la consommation prennent le pas.

Une analyse comparative qui, comme celle réalisée dans la première partie de l'ouvrage, évalue le statut du droit de la consommation en fonction de l'importance, la cohérence, l'originalité ou la spécificité des normes de droit matériel élaborées en faveur du consommateur, resterait toutefois incomplète ou trop réductrice. En effet, il importe tout autant de comparer le suivi effectivement donné par chacun des deux pays étudiés à la volonté proclamée de protéger le consommateur. Tel est l'objet de la seconde partie de l'ouvrage.

Comme le souligne Thierry Bourgoignie, les déséquilibres qui caractérisent la position du consommateur sont plus réels encore au plan de la mise en œuvre des règles de droit ou de l'accès au droit et à la justice :

Le modèle traditionnel d'accès au droit et de règlement des litiges, individualiste et procédural, est dénoncé comme n'offrant aux consommateurs qu'une protection tout à fait illusoire et fictive de leurs droits¹⁴.

Pour l'auteur, la question de l'effectivité du droit de la consommation est essentielle¹⁵ : « [i]nstrument de changement social, le droit de la consommation se veut efficace et opérationnel. Son instrumentalisme s'entend dans un sens « politique » plus que technique »¹⁶. Nathalie Sauphanor, à son tour, affirme qu'« une

¹⁴Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation, au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988 à la p 90. [Bourgoignie, *Éléments*].

¹⁵Thierry Bourgoignie, « En guise de fil conducteur », Thierry Bourgoignie, org. *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*.

¹⁶Bourgoignie, *Éléments*, supra note 14 à la p 185.

législation fonctionnelle, telle que le droit de la consommation, appelle (...) une analyse qui porte sur ses effets »¹⁷.

Trois points principaux servent à l'examen comparé de l'effectivité du droit de la consommation au Québec et au Brésil : (a) le système institutionnel mis en place par les pouvoirs publics en vue de définir une politique active de protection du consommateur et de veiller à son application effective, en ce compris les contributions des acteurs essentiels que sont les juges et la société civile, (b) les mesures prises en vue de faciliter l'expression par les consommateurs de leurs plaintes individuelles ou collectives, et (c) l'admissibilité de modes de représentation juridictionnelle de l'intérêt collectif des consommateurs.

L'examen comparé de ces questions constitue l'objet des chapitres de la seconde partie de l'ouvrage. L'analyse conduit à identifier des différences importantes entre les approches brésilienne et québécoise. En particulier, les éléments suivants sont mis en relief dans le système de protection du consommateur brésilien : l'existence d'une politique nationale en matière de protection du consommateur axée sur la collaboration entre les acteurs impliqués et basée sur des principes clairement énoncés, le dynamisme des juges, l'activisme et les ressources importantes des organisations de la société civile s'intéressant à la protection du consommateur, la large capacité d'agir au pénal au Ministère public et à plusieurs autres intervenants, ainsi que la multiplicité des modes juridictionnels de représentation de l'intérêt collectif des consommateurs.

Cette dernière caractéristique retient davantage l'attention étant donné l'importance que revêt l'action collective dans la mise en œuvre du droit de la consommation. Reflet des approches idéologiques respectives des deux systèmes comparés, les actions collectives s'y déclinent de manière différente : le Québec privilégie la

¹⁷Nathalie Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris I, 2000, Paris, LGDJ à la p 10 [Sauphanor, *L'influence*].

représentation collective des intérêts communs de consommateurs individuels tandis que le Brésil donne priorité à la défense de l'intérêt collectif du consommateur perçu en tant que tel.

Au terme de l'examen comparé des éléments retenus dans les deux parties de l'ouvrage, l'étude conclut à l'existence, au Brésil, d'un édifice aux fondements plus solides qu'au Québec. En particulier, le droit de la consommation s'y est constitué en un micro-système juridique non seulement spécifique mais distinct et autonome. Une distanciation par rapport au droit civil et au droit commun des contrats que le législateur québécois paraît réticent à envisager. Le caractère autonome du droit de la consommation au Brésil lui permet, mieux que dans tout autre système, de mettre en avant des solutions de droit matériel nouvelles et originales et de justifier la mise en place d'un cadre institutionnel intégré, spécifique et au sein duquel les juges et la société civile jouent un rôle déterminant.

L'objectif recherché au départ de l'ouvrage se trouve ainsi atteint, les enseignements tirés de l'analyse comparative des systèmes de protection du consommateur en place au Québec et au Brésil permettant de suggérer, dans les conclusions, les aménagements susceptibles de contribuer à la nécessaire renaissance du droit de la consommation au Québec.

PREMIÈRE PARTIE

L'AVÈNEMENT ET L'ÉTABLISSEMENT DU DROIT DE LA CONSOMMATION AU QUÉBEC ET AU BRÉSIL

Cette première partie s'intéresse aux diverses considérations ayant mené, au Québec comme au Brésil, à l'établissement et à la consolidation d'un cadre normatif particulier pour la protection des consommateurs. Ces considérations sont d'ordre historique, politique, économique, social autant que juridique. Le fondement et l'ampleur des initiatives prises en faveur des consommateurs au Québec (chapitre 1) et au Brésil (chapitre 2) sont présentés et la place du cadre normatif ainsi tracé au sein de chacun des deux systèmes juridiques étudiés est évaluée. Les enjeux récents qui conduisent à la révision du droit de la consommation au Québec comme au Brésil sont ensuite esquissés (chapitre 3).

CHAPITRE 1 : L'ÉTABLISSEMENT D'UN CADRE NORMATIF POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU QUÉBEC

Les deux sections de ce chapitre sont consacrées au système juridique institué au Québec pour la protection du consommateur. Un contexte historique particulier et de multiples raisons expliquent l'émergence et le développement du droit de la consommation au Québec (section 1). Les années 1970 et la fin du 20^e siècle ont vu naître un corpus législatif et un ensemble de normes régissant les relations contractuelles entre les consommateurs et les entreprises (section 2). Au sein de cet ensemble législatif, la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁸ (LPC) et les règles du *Code civil du Québec*¹⁹ (CcQ) font l'objet d'un examen particulier, car elles constituent le noyau central du droit de la consommation québécois.

¹⁸LPC, *supra* note 8.

¹⁹*Code civil du Québec*, LRQ c C-1991 [CcQ].

Section 1. L'émergence et le développement du droit de la consommation au Québec

Cette section retrace le parcours du droit de la consommation au Québec. Elle présente le contexte historique dans lequel s'inscrit la naissance de la législation en matière de protection du consommateur (§1). Après quelques interventions législatives ponctuelles ayant pour effet commun de limiter la liberté contractuelle (§2), l'avènement de la société de consommation dans les années 1960 induira une croissance considérable de l'activité législative directement orientée en faveur des consommateurs (§3). Le contexte social des années 1970 et les aspirations qui caractérisent la Révolution tranquille au Québec ont également constitué un contexte sociopolitique propice à la promotion des intérêts du consommateur (§4). Si la dernière décennie du 20^e siècle se caractérise dans le domaine de la consommation, comme dans les autres domaines économiques et sociaux, par un effritement du rôle de l'État cette diminution de l'interventionnisme des pouvoirs publics, ne remet pas en cause le besoin de la protection des consommateurs, mais elle explique les réticences avec lesquelles les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* sont soumises à révision (§5).

§ 1. Le contexte historique

Le Québec, colonie française jusqu'en 1759, fut conquis par l'Angleterre et intégré dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord. À ce moment de l'histoire québécoise, le droit civil n'était pas encore codifié. Par contre, il allait rapidement représenter un élément culturel important pour le Québec, surtout à partir de la Conquête. La plupart des sources du droit commun venaient de la Coutume de Paris, du droit romain, du droit canonique et des ordonnances royales. À ces sources,

l'auteur Claude Masse ajoute l'influence de « certains des édits du Conseil souverain de la Nouvelle-France qui gouverna jusqu'à la conquête »²⁰. Quinze ans plus tard et après une longue ère d'incertitude, l'article 8 de l'*Acte de Québec* de 1774²¹ vint établir le droit civil, assurant aux Québécois la conservation de leurs droits civils. François-Joseph Cugnet, juriste et secrétaire français du gouverneur et du Conseil de Québec, rédigea alors la version française de l'Acte. Claude Masse²² atteste d'ailleurs l'importance de M. Cugnet dans l'histoire juridique du Québec. Plus tard, l'Acte de 1791²³ amena la séparation du Canada en deux colonies autonomes : le Haut-Canada et le Bas-Canada²⁴. Une chambre d'assemblée élue au suffrage universel fut alors conférée aux deux États.

Dans un premier temps, le Code civil des Français, adopté en 1804²⁵, n'a pas trop influencé la communauté juridique du Bas-Canada, qui évoluait dans un contexte historique différent. En effet, l'émergence d'une société laïque française était vue avec une certaine méfiance par l'Église catholique québécoise et l'élite féodale du

²⁰Claude Masse, « Fondement historique de l'évolution du droit historique du droit québécois de la consommation » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse En quête de justice et d'équité*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 39 à la p 56 [Masse, « Fondement »] et [Lafond, *Mélanges Claude Masse*].

²¹*Acte de Québec*, (R-U), 14 Geo III, c 83, section VIII [*Acte de Québec*].

²²Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 56 : « Dès 1775, certains juristes québécois, en particulier Cugnet qui fut chez nous l'un des premiers professeurs de droit, tentent de consolider nos acquis juridiques par trop épars, donc fragiles. Cugnet publie alors quatre études sur les droits civils, la tenure seigneuriale, les lois municipales et de police. Son étude de droit civil est la plus importante. Il s'agissait là de l'une tentative avouée de dresser le bilan de nos traditions juridiques pour les sauver de la conquête et de l'influence grandissante du droit anglais reconnu comme le droit du nouveau pays dans les matières publiques et de droit criminel ».

²³*Loi constitutionnelle de 1791*, (R-U), 30 & 31 Victoria, c 3 (Acte de 1791) [*Loi constitutionnelle de 1791*]. L'Acte de 1791 résulte de la pression exercée par les loyalistes venus au Canada à la suite de la guerre de l'Indépendance américaine. Le Bas-Canada a conservé son identité francophone et les anglophones se sont installés dans le Haut-Canada. Quelques principes de démocratie furent introduits dans la colonie, mais le contrôle final des décisions politiques demeure dans la métropole.

²⁴Le territoire du Haut-Canada couvrait environ les frontières actuelles de l'Ontario. Quant à lui, le Bas-Canada était l'État des Canadiens-français et couvrait un territoire semblable aux frontières actuelles de la province de Québec

²⁵*Code civil des Français*, A Paris, de l'Imprimerie de la République, An XII 1804 [*Code civil des Français*].

Bas-Canada n'avait aucun intérêt à suivre le modèle juridique français qui avait déjà aboli le régime seigneurial. Certes, le régime féodal québécois ne fut pas aussi sévère que celui ayant sévi en France²⁶.

Le regroupement des deux colonies du Haut-Canada et du Bas-Canada sous l'autorité d'une seule assemblée par la *Loi de l'Union* de 1840²⁷ représentait une tentative²⁸. Cette loi visant à proscrire l'usage du français, l'anglais devint l'uni de faire absorber la société francophone par la culture anglophone²⁹. Ainsi, à la suite de la *Loi de l'Union* de 1840, la promulgation des nouvelles lois par une chambre composée d'une majorité d'anglophones mettait en danger les acquis juridiques du Bas-Canada.

L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* du 1^{er} juillet 1867³⁰ mit fin à ce régime en réunissant les quatre provinces coloniales du Québec, de l'Ontario, du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, reconnues comme étant des provinces

²⁶Selon *La nouvelle France – Vie quotidienne* (8 août 2011), en ligne : History of Canada on line <<http://web.archive.org/web/20050224190050/northernblue.ca/hconline/chapters/3/3Fviecotid.php>> : « En outre, la vie sociale était moins hiérarchisée en Nouvelle-France. Il n'était pas rare de voir un seigneur travailler aux côtés de ses censitaires contrairement à ce qui se passait en Europe où les couches sociales ne se mêlaient pas. [...] Plus libre que celle en Europe à la même époque, la vie quotidienne en Nouvelle-France était spéciale et déterminée par l'environnement. Même si le système féodal et l'Église catholique romaine ont été importés du vieux continent, les deux ont dû s'adapter au contexte prévalant dans le Nouveau Monde. En s'adaptant aux nouvelles circonstances, ils ont créé un mode de vie unique qui empruntait aussi aux coutumes autochtones que ce soit en matière de régime alimentaire ou de moyens de transport. La vie était loin d'être facile mais elle était singulière ».

²⁷*Loi de l'Union*, (Union Act 1840), Sous Victoria, 23 juillet 1840, c 35, (R-U) [*Loi de l'Union*].

²⁸ Denis Monière, *Le développement des idéologies au Québec*, Québec-Amérique, Montréal, 1977 à la p 130 : « De 1840 à 1867, on assiste à la dislocation du système économique impérial, au renforcement des liens économiques avec les États-Unis, au dépérissement de l'économie du Bas-Canada, au déblocage et à l'établissement de la suprématie économique du Haut-Canada permise par l'Acte d'Union, et enfin à l'établissement d'un marché inter-colonial ».

²⁹*Loi de l'Union*, *supra* note 27, art XLI : « En quelle langue seront les Records de la Législature. Loi de l'Union (Union Act 1840), article XLI. Et qu'il soit statué, que [...] tous [documents officiels], de toute nature, [...], ne seront que dans la langue anglaise : Pourvu toujours, que la présente disposition ne s'entendra pas pour empêcher que des copies traduites d'aucuns tels documents ne soient faites, mais aucune telle copie ne sera gardée [...], ni ne sera censée avoir en aucun cas l'authenticité d'un Record Original ».

³⁰*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, (R-U), 1867, 30-31 Victoria, c 3 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

souveraines dans une confédération canadienne qui prévoyait l'adhésion future d'autres provinces. Cette loi leur assurait des compétences exclusives dans certains domaines, dont le droit civil, un élément culturel cher au Québec, car il représentait l'une des facettes de son caractère distinct.

Selon la pensée dominante de l'époque, la codification des lois civiles au Bas-Canada était devenue un impératif afin de maintenir l'identité distincte de la province francophone, dont la communauté anglophone se faisait de plus en plus importante. Un tel travail de codification impliquait surtout un programme de nature politique. Comme l'affirme Sylvio Normand³¹, « le code est perçu comme un élément de distinction et d'unification de la colonie ». Une fois que le scénario social de l'antagonisme entre deux nationalismes devint la toile de fond de la future codification, la conservation du système civiliste fut reconnue comme une façon de garantir la survie des institutions civiles francophones d'alors³².

La codification était donc présentée comme indispensable pour assurer la survie des attributs culturels particuliers du Québec. Dans cet ordre d'idées, l'adoption de la liberté contractuelle comme principe fondateur du Code civil semblait logique, vu l'« attachement à la tradition juridique d'inspiration civiliste », selon les mots de Claude Masse³³. Toutefois, même à l'époque, tous les juristes ne reconnaissaient pas ce rôle identitaire au droit civil. C'était surtout les élites qui l'identifiaient à un symbole d'idéologie nationaliste. Par conséquent, celles-ci n'avaient pas d'intérêt à pousser l'évolution du droit et regardaient les initiatives de l'État avec méfiance, préférant reconnaître à l'Église catholique un rôle décisif dans l'encadrement de la

³¹Sylvio Normand, « Le Code civil et l'identité » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir, *Du code civil du Québec Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussite*, Montréal, Thémis, 2005, 619 à la p 636 [Normand, « Le Code civil »].

³²Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 58.

³³*Ibid* à la p 55.

population³⁴. Le contexte était donc propice à l'adoption du principe de la liberté contractuelle dans le sens le plus extrême. En définitive, il s'agissait plutôt d'une manifestation idéologique, qui cachait, sous l'apparente égalité suggéré par la liberté contractuelle, « une structure de domination économique de la majorité par un petit groupe d'individus »³⁵.

La diversité et le grand nombre de sources juridiques³⁶ ont rendu très difficile le travail de codification, tâche qui eut cours de 1857 à 1865.

§ 2. Les premières interventions législatives en faveur des consommateurs

Dans le contexte idéologique du Code civil du Bas Canada (A), les interventions en faveur des consommateurs ne trouvent guère place mais quelques initiatives législatives prises dans le domaine contractuel amorcent un mouvement visant à protéger la partie contractante en situation de faiblesse (B).

A. Le Code civil du Bas Canada

Le 1^{er} août 1866, le Code civil du Bas Canada³⁷ (CcBC) entre en vigueur. Ce contexte social marqué par le besoin de renforcer le droit civiliste amena à choisir comme

³⁴Normand, « Le Code civil », *supra* note 31 aux pp 648-49.

³⁵Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 55.

³⁶Claude Masse énumère seize sources juridiques différentes du droit civil du Québec d'alors : la coutume de Paris; les lois françaises en vigueur en 1663; les édits et les ordonnances du roi de France pour le Canada; les ordonnances et règlements du Conseil supérieur de la Nouvelle-France; les statuts du Parlement anglais adoptés pour le Canada; les lois et ordonnances du Conseil législatif de 1774 à 1791; les statuts provinciaux adoptés pour le Bas-Canada de 1791 à 1840; les actes relatifs au Bas-Canada et au Canada tout entier adoptés par la législature de 1840; les lois criminelles anglaises dans certains cas; les règles anglaises de preuve dans les affaires commerciales; les lois publiques anglaises. *Ibid* aux pp 58-59, n 21.

modèle le Code civil français. Par contre, les législateurs tenteront d'ajuster le nouveau code aux spécificités de la société québécoise d'alors. À ce sujet, Sylvio Normand explique :

Les commissaires à la codification, dont le mandat était de colliger le droit en vigueur, proposèrent pour leur part des modifications qui, une fois acceptées, changèrent considérablement le droit coutumier. Ils firent de la règle de la liberté contractuelle et du respect des conventions la pierre d'assise du chapitre des obligations. S'efforçant de réduire les entraves aux échanges, ils n'hésitèrent pas à s'éloigner des dispositions du Code civil français pour donner au contrat, loi des parties, la portée la plus étendue possible. Ainsi, la lésion entre majeurs dans les ventes immobilières, pourtant reconnue par le droit coutumier et maintenue en France, disparut. Les commissaires justifiaient leur amendement au droit existant en invoquant la spécificité de la société québécoise³⁸.

Le CcBC représentait « surtout l'apparition d'un nouveau type de subordination sociale et le passage définitif d'un mode de production à un autre »³⁹. Son adoption est marquée notamment par le passage du mode de production agricole au développement industriel. Il reflète la conception idéologique dominante de l'époque, basée sur la propriété et la liberté du commerce⁴⁰. Pierre-Claude Lafond affirme que «

³⁷ *Code civil du Bas Canada*, 1865 (29 Vit), c 41 [CcBC]

³⁸ Sylvio Normand, « Le Code et la protection du consommateur » (1988) 29 *Cahier de droit* 1063 à la p 1064. Les commissaires furent René-Édouard Caron, Augustin-Norbert Morin et Charles Dewey Day. À partir du décès de Morin en 1865, Joseph-Ubalde Beaudry le remplaça comme commissaire. Claude Masse fournit d'autres exemples des différences entre le *Code civil du Bas Canada* et le *Code civil français* : afin d'éviter que la théorie du risque ne soit adoptée, le caractère subjectif de la notion de faute est réaffirmé; la suppression du principe de la lésion entre majeurs et la conséquente adoption du principe de la liberté contractuelle absolue; l'affaiblissement du contrôle judiciaire sur les clauses pénales; le rétablissement du pacte comissoire; l'amoindrissement des obligations du vendeur en matière de dol et de garantie des vices cachés [Normand, « Le Code et la protection »]. Voir aussi Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 60.

³⁹ Masse, « Fondement », *ibid* à la p 58.

⁴⁰ Voir Benoît Moore, « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 1 à la p 2 [Moore, « Autonomie »] [Lafond, *Sous influences*]

[l]'individualisme contractuel règne en maître absolu dans l'œuvre des codificateurs »⁴¹.

Normand avance que le CcBC est « imprégné de libéralisme »⁴². Dans le domaine du droit des contrats, le CcBC est entièrement fondé sur la liberté contractuelle. L'article 13 reconnaît implicitement ce principe : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »⁴³. L'argument selon lequel l'exploitation d'un contractant par l'autre résultant d'un déséquilibre contractuel constituerait une violation de l'ordre public et des bonnes mœurs n'a pas été reconnu⁴⁴. La primauté du principe de la liberté contractuelle adoptée dans le CcBC résultait en fait de l'exclusion de la protection contractuelle hors de la portée du concept de l'ordre public⁴⁵.

⁴¹Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996 à la p 44 [Lafond, *Le recours collectif*].

⁴²Normand, « Le Code et la protection », *supra* note 38 à la p 1063.

⁴³CcBC, *supra* note 37, art 13.

⁴⁴Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 104. Selon Masse, « [l]'exploitation de l'un des contractants par l'autre n'a, jamais, été comprise comme une violation des règles d'ordre public et de bonnes mœurs. C'est une affaire privée qui relève de la lésion entre majeurs et n'intéresse pas l'ordre public C'est un fait que toutes les tentatives pour faire reconnaître le principe de l'équité contractuelle comme une règle d'ordre public sanctionnable par l'article 13 du Code civil ont échoué ». Voir aussi Marie Annik Grégoire, « L'équité contractuelle au service du consommateur : quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité » dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore, dir, *L'équité au service du consommateur*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 19 à la p 28 [Grégoire, « L'équité contractuelle »] et [Lafond et Moore, *L'équité*]. L'auteure ajoute que « [m]alheureusement, ces tentatives ont échoué, les tribunaux ont conclu que les affaires privées ne pouvaient concerner l'ordre public, sauf le cas où le législateur en décidait autrement en recourant à une disposition impérative de la loi ».

⁴⁵Au sujet du concept d'ordre public, voir Louis Badouin, « L'ordre public et les bonnes mœurs en droit privé » (1953) 13 *Revue du Barreau* 381 ; W B Scott, « Private Agreement and Public Order », (1940) 18 *CBR* 159. Dans l'affaire *Commercial Acceptance Corporation Ltdc Partridge*, [1955] CS 80 à la p 82, l'Honorable George S Challiers affirme que « [w]hile agreeing with Loranger J. that the clauses of the contract filed are draconian and abusive, they are not illegal, not contrary to good morals or public order. Defendant is of full age and subject to no incapacity; he has voluntarily signed this contract however extreme its clause may be, and he cannot now complain ».

La force obligatoire des contrats est basée sur la volonté individuelle, « l'individu étant à la fois la seule limite et la seule source de ses obligations »⁴⁶. La plupart des normes du CcBC sont tenues pour supplétives, exception faite des dispositions relatives aux conditions de formation du contrat et de quelques rares articles⁴⁷. Le Code civil de 1866 présente donc le contrat comme un symbole de l'égalité entre les parties.

La liberté contractuelle en tant que principe fondamental du CcBC constitue l'expression d'une idéologie favorisant l'émergence d'un nouveau mode de production économique et d'une nouvelle classe dominante. Il n'en est pas moins réel que dans un grand nombre de relations juridiques, la liberté d'entrer en relation contractuelle reste entièrement fictive, étant donné l'inégalité flagrante des parties en présence (travailleur/employeur et consommateur/commerçant). Le déséquilibre résultant du pouvoir contractuel inégal dans le cas des relations de consommation présente la même logique que celle prévalant dans le cas de relations de travail : l'adoption du principe de la liberté des contrats entraîne à l'assujettissement économique et social du travailleur autant que du consommateur⁴⁸. Ces deux catégories de citoyens subissent le plus directement les effets pervers du principe égalitaire fondateur du Code de l'époque.

Comme le fait remarquer Claude Masse :

⁴⁶Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 53.

⁴⁷À propos des règles du CcBC, Grégoire affirme que « les commerçants et les institutions financières n'ont pas hésité à les écarter afin de les remplacer par des dispositions beaucoup plus avantageuses à leur égard ». Voir Grégoire, « L'équité contractuelle », *supra* note 44 à la p 24.

⁴⁸Thierry Bourgoignie, dénonçant la perspective « contractualiste » communément mise de l'avant dans la société de consommation, soutient que la théorie économique libérale privilégie le consommateur individuel et perçoit la consommation comme une fonction visant à satisfaire un ensemble de choix faits librement et personnellement par chaque individu. Bourgoignie, *Éléments*, *supra* note 14 aux pp 34 et ss. Pour le travailleur, voir Marie-Louis Beaulieu, *Les conflits de droit dans les rapports collectifs de travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1955.

C'est la même contestation du principe de la liberté contractuelle et de ses modalités d'application dans le Code civil qui sera à la base du processus d'évolution que connaîtront pendant un siècle le droit du travail et le droit de la consommation. La problématique de départ est la même. Certes, les techniques de protection juridique employées dans les deux cas seront différentes, en raison surtout de la nature particulière des problèmes éprouvés de part et d'autre, mais l'objectif de l'évolution que l'on connaîtra dans les deux secteurs sera le même, la remise en équilibre des forces contractuelles⁴⁹.

B. Les interventions législatives dans le domaine contractuel

L'idéologie énoncée dans le précepte selon lequel « toute justice est contractuelle ; qui dit contractuel, dit juste »⁵⁰ a longtemps dominé au Québec, le CcBC étant presque la seule loi visant à encadrer les relations contractuelles⁵¹. Les parties au contrat sont censées être mieux placées pour défendre leurs intérêts : « La volonté joue dans cette mesure, les rôles combinés de justification et d'élément fondamental de la force obligatoire du contrat »⁵². Or le capitalisme industriel naissant au Québec à la fin du 19^e siècle⁵³ allait rendre inévitable une modification des rapports de consommation. En effet, cette relation n'était plus basée sur la confiance mutuelle et le face-à-face qui prévalaient au temps de la ruralité, alors que les échanges étaient fondés sur un système de réciprocité et de troc⁵⁴. Le phénomène de l'industrialisation

⁴⁹Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 66.

⁵⁰Voir George Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd, Paris, LGDJ, 1935 à la p 40.

⁵¹Voir Normand, « Le Code et la protection », *supra* note 38 et Moore « Autonomie », *supra* note 40.

⁵²Grégoire, « L'équité contractuelle », *supra* note 44 à la p 23.

⁵³Masse affirme qu'« [a]vant d'être l'œuvre de civilistes ou de nationalistes, le code civil de 1866 est d'abord un projet social qui entend asseoir définitivement les bases du capitalisme industriel alors naissant au Québec ». Voir Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 60.

⁵⁴Claude Masse affirme que l'individualisme enchâssé dans le Code civil de 1866 est le résultat d'un mode de production particulier au Québec d'alors. Le petit producteur était le propriétaire des ses moyens de production et la plupart de sa production soutenait la consommation de sa famille, l'excédent de la production étant vendu par le producteur lui-même. La qualité du produit vendu était assurée par le rapport personnel que le producteur avait avec ses produits : « On a calculé que le mode de production des petits producteurs a occupé sous le régime français 75% de la main d'œuvre, le reste étant consacré à l'administration et au commerce, surtout bien sûr au commerce de la fourrure ».

et le processus d'urbanisation commençait à changer le paysage social du Québec⁵⁵. La plupart des petits producteurs québécois devenaient des salariés. Claude Masse définit ce passage comme étant celui de la « prolétarisation massive de la population »⁵⁶.

L'impersonnalité des transactions se généralise ; les produits mis sur le marché deviennent de plus en plus nombreux et complexes ; le consommateur s'éloigne du fabricant; les contrats de masse et pré-rédigés voient le jour. Les rapports contractuels sont donc devenus anonymes et fonctionnels. L'inégalité dans la relation de consommation s'avère alors évidente. Moore remarque que « des déséquilibres contractuels vont, tous ensemble, rendre inévitables des modifications au droit des contrats afin d'assurer la protection des contractants vulnérables »⁵⁷. La prolifération du contrat d'adhésion⁵⁸ provoque l'intensification du déséquilibre contractuel surtout à partir du début du 20^e siècle.

Inspiré par la primauté de la volonté, le CcBC n'est donc pas en mesure de résoudre les déséquilibres résultant de l'émergence de la société de masse. L'adoption des « principes de libéralisme économique dans ses manifestations les plus extrêmes »⁵⁹ eut ainsi pour résultat d'exacerber le déséquilibre dans des relations qui sont, par

L'autonomie du petit producteur québécois se trouve donc à l'origine de l'individualisme enchâssé dans le Code civil du Bas-Canada. Ce mode de production a prévalu sur une période d'environ un siècle. Son déclin définitif est déterminé par la rébellion de 1837-1838. Masse, « Fondement », *supra* note 20 aux pp 62-65.

⁵⁵Voir Daniel Germain et Jorge Passalacqua, « La Protection du consommateur une mission essentielle de l'État québécois » dans Françoise Maniet, dir, *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, Maniet, *Pour une réforme*, 25. [Germain et Passalacqua, « Une mission essentielle »] et [Maniet, *Pour une réforme*].

⁵⁶Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 65.

⁵⁷Moore, « Autonomie », *supra* note 40 à la p 3.

⁵⁸Le CcQ, *supra* note 19, définit le contrat d'adhésion à l'article 1.379 : « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ». Pour une analyse complète du sujet, voir Brigitte Lefebvre, « Le Contrat d'adhésion » (2003) 105 *Revue du Notariat* 439.

⁵⁹Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 76.

définition, inégales, comme celles concernant au travail et la consommation. Les changements au sein de la société québécoise, accélérés par l'application absolue du principe de la force obligatoire des contrats, déclenchèrent ainsi le besoin de plusieurs interventions législatives. Celles-ci concernaient en priorité les matières contractuelles et avaient pour but commun de limiter la liberté contractuelle.

Parmi les interventions les plus décisives, on retient surtout la reconnaissance de la lésion entre majeurs (1), la recherche d'un plus grand équilibre entre créanciers et débiteurs (2) et la réglementation du contrat de vente à tempérament (3).

1. La reconnaissance de la lésion entre majeurs

Dans le domaine de contrats de prêts d'argent, les taux d'intérêt ont été soumis à un contrôle dès 1833⁶⁰. L'objet des ces premières mesures législatives était d'établir une limite maximale au taux d'intérêt⁶¹. Leur champ d'application était restreint, ce qui engendra des amendements au CcBC. L'évolution provoquée par ces interventions conduirait à la reconnaissance de la lésion entre majeurs.

⁶⁰ *Ordonnance qui fixe les Dommages sur les Lettres de Change protestées, et le prix des Intérêts dans la Province de Québec*, OB-C 1777, c 3.

⁶¹ *Acte pour modifier les Lois d'Usure*, SPC 1853, c 80 ; *Acte pour amender les lois de cette province, qui règlent le taux de l'intérêt*, SPC 1858, c 85 ; *Acte concernant l'usure*, SC 1906, c 32; *Loi concernant les petits prêts*, SC 1939, c 23 et *Loi modifiant la Loi sur les petits prêts*, SC 1956, c 46. Voir *The provincial statutes of Lower-Canada*, volume 14, partie 2, par Québec (Province). Cette limite avait une portée réduite car elle ne s'appliquait que sous certaines conditions particulières. L'Acte de 1858 référait uniquement aux prêts approuvés par certains types de prêteurs et les lois de 1906, de 1939 et de 1956 ne s'appliquaient seulement qu'aux prêts d'un montant maximal donné.

Les abus commis par les commerçants dans le domaine des prêts expliquent le premier amendement apporté au CcBC. Daniel Germain et Jorge Passalacqua affirment que le système de prêts bancaires étant peu développé et peu accessible, la plupart des gens se voyaient obligés d'emprunter à des négociants qui exigeaient des taux d'intérêt exorbitants. En 1906, un paraaphe fut ajouté à l'article 1149 du CcBC « afin de permettre aux débiteurs d'intérêts usuraires d'étaler leurs remboursements sur une plus longue période de temps ». L'article se trouvait dans la section « Du paiement » dans le chapitre « De l'extinction des obligations ». L'amendement permettait de flexibiliser la règle de l'indivisibilité du remboursement d'une dette, en permettant au tribunal d'ordonner le paiement des intérêts usuraires par versements. Pour ce faire, il fallait que les intérêts dépassent le taux légal et paraissent usuraires au juge. Normand remarque que « [l']engagement du débiteur, même lésionnaire, n'était pas révisé ; seules les modalités du paiement, jugées franchement abusives, étaient atténuées dans leur rigueur »⁶².

Toujours dans le domaine des contrats de prêts en argent, un deuxième amendement fut adopté. Afin de protéger les emprunteurs contre certains abus, le législateur décida d'insérer les articles 1040(a) à 1040(e) dans le CcBC⁶³. Ces nouvelles dispositions étaient le sujet d'une section nommée « De l'équité dans certains contrats », au chapitre 1 du titre « Des obligations ». Le juge se voyait reconnaître un pouvoir discrétionnaire sur la révision des obligations financières résultant d'un prêt en argent. Devant un prêt excessif ou une transaction abusive ou exorbitante provoquée par une obligation financière, tout en tenant compte du risque et de toutes les circonstances, le juge était dorénavant habilité à réduire, voire à annuler, les obligations financières résultant d'un prêt en argent.

⁶²Normand, « Le Code et la protection », *supra* note 38 à la p 1069.

⁶³Les nouvelles dispositions furent inspirées par une loi ontarienne, *The Unconscionable Transactions Relief Act*, RSO 1960, c 410.

La mise en œuvre de ces nouvelles dispositions ne faisait pas l'unanimité. Chez les juges, la tendance majoritaire était de ne pas les appliquer, en invoquant fréquemment l'argument de leur apparente inconstitutionnalité⁶⁴. Une telle interprétation restrictive convergait avec la liberté contractuelle, idéal fondateur du CcBC, basé sur la primauté de la volonté des parties. La force obligatoire des contrats restait donc intouchable. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire susceptible d'annuler une manifestation de la volonté, considérée comme source génératrice du droit, venait ébranler les piliers du droit commun de l'époque⁶⁵. Il reste que la section « De l'équité dans certains contrats », et notamment l'article 1040(c) a joué un rôle important dans la reconnaissance graduelle de la notion de lésion par les auteurs de la *Loi de la protection du consommateur* de 1971⁶⁶. À ce propos, Sylvio Normand affirme que

[m]algré les effets bénéfiques qu'a pu entraîner l'article 1040c dans les rapports juridiques entre consommateurs et commerçants, il faut reconnaître qu'il ne s'agissait là que d'une intervention d'une portée bien limitée. La très vaste majorité des transactions portant sur des produits courants de consommation était encore assujettie au droit commun. Il faudra attendre la fin des années 60 pour que soit reconnue, par une commission provinciale d'enquête, l'inadaptation des principes de base du droit des obligations à la société de consommation⁶⁷.

2. La recherche d'un meilleur équilibre entre créanciers et débiteurs

Les échos de la crise économique de 1929 au Québec ont conduit à une intervention législative accrue dans les rapports de consommation. Au moment où les institutions

⁶⁴*Beneficial Finance Company of Canada Ltd c Morasse*, [1972] CA 846; *Drummond c Canadian Consumers Loan and Finance Corp*, [1975] CS 819. Contre, *Beneficial Finance Company of Canada Ltd c Morasse*, [1972] CA 846; *Drummond c Canadian Consumers Loan and Finance Corp*, [1975] CS 819. Dans cet arrêt, le juge Lesage soutient que « [s]i cette égalité se trouve brisée d'une façon importante, l'ordre juridique actuel ne peut l'accepter ». Voir Normand, « Le Code et la protection », *supra* note 38.

⁶⁵Dans ce sens, voir la décision rendue dans l'affaire *Roynat Ltd. c Restaurants La Nouvelle-Orléans*, [1976] CA 557, 559-560, citée par Grégoire, « L'équité contractuelle », *supra* note 44 à la p 29.

⁶⁶*Loi de la protection du consommateur*, LQ 1971, c 74 [Loi de 1971].

⁶⁷Normand, « Le Code et la protection », *supra* note 38 à la p 1073.

financières exigent le remboursement des dettes hypothécaires d'innombrables petits propriétaires immobiliers, des dizaines de milliers de personnes se retrouvent dans la pauvreté du jour au lendemain, ne pouvant plus respecter leurs engagements. L'ampleur de la dépression économique amena l'État à intervenir directement dans les relations contractuelles en adoptant la *Loi suspendant l'exigibilité des créances hypothécaires et autres*⁶⁸, dont le préambule rappelle le statut exceptionnel. En envisageant de protéger des milliers de débiteurs pour les aider à conserver leurs maisons au nom de l'intérêt public⁶⁹, la loi impose un moratoire sur les créances garanties en matière de biens immobiliers. Au moyen d'une requête présentée à la Cour supérieure, le débiteur d'une créance hypothécaire peut obtenir un délai de paiement ne pouvant s'étendre au-delà d'une date déterminée⁷⁰. La pression exercée par la Ligue des propriétaires de l'est de Montréal, revendiquant une intervention publique a joué un rôle central dans l'adoption de cette mesure législative⁷¹.

Parmi les autres interventions législatives de l'époque visant le domaine contractuel, Stefan Martin⁷² cite aussi la *Loi relative au moratoire et sauvegardant la petite propriété*⁷³ et la *Loi concernant la libération de certains débiteurs*⁷⁴. Comme l'intervention précédente, l'objectif est de maintenir l'équilibre entre débiteurs et créanciers dans les relations juridiques.

⁶⁸*Loi suspendant l'exigibilité des créances hypothécaires et autres*, SQ 1933, c 99.

⁶⁹Normand, « Le Code et la protection », *supra* note 38 à la p 1067. À ce sujet, Sylvio Normand affirme que « [d]ans l'intérêt public, le contrat, loi des parties, voyait ses effets paralysés par une loi spéciale. L'interprétation donnée à la loi varia considérablement ; les tribunaux l'appliquant tantôt restrictivement, tantôt libéralement. Cette loi faisait partie du train des mesures de caractère néolibéral que les états occidentaux durent introduire pour réduire les effets désastreux de la crise. Ces mesures heurtaient de plein fouet les assises du Code civil ».

⁷⁰1^{er} mai 1934.

⁷¹Voir Germain et Passalacqua, « Une mission essentielle », *supra* note 55 à la p 28.

⁷²Stefan Martin, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois » (1993) 34:2 Cahiers de droit 599 à la p 609. L'auteur affirme que « [l]a crise économique de 1929 a provoqué au Québec un certain mouvement législatif tendant à soulager les débiteurs particulièrement touchés par la précarité du marché d'emploi ».

⁷³*Loi relative au moratoire et sauvegardant la petite propriété*, SQ 1936, c 37

⁷⁴*Loi concernant la libération de certains débiteurs*, SQ 1936, c 6.

Par ailleurs, certaines problématiques en matière de logement amenèrent les législateurs à intervenir. Pendant la guerre, de nombreux paysans ont migré vers les villes pour coopérer à l'effort de guerre. Cet afflux provoqua une inquiétude quant à une éventuelle augmentation excessive du prix des loyers. Le gouvernement fédéral intervint⁷⁵, bien que ce problème relève des compétences exclusivement provinciales. Cette intervention fut justifiée par les pouvoirs élargis détenus par le gouvernement fédéral en temps de guerre. Après celle-ci, le pouvoir législatif provincial a repris la charge de la question des logements, assurant un contrôle du prix des loyers à partir des années 1950 grâce à l'adoption de la *Loi concernant la Régie des loyers*⁷⁶.

3. La réglementation du contrat de vente à tempérament

Après la guerre, le développement du crédit entraîna une multiplication des contrats de vente à tempérament. L'insertion de clauses pernicieuses envers les consommateurs dans ce type de contrats devint alors monnaie courante⁷⁷. Le député libéral de Joliette, L. Dugas, tenta pour une première fois en 1933 de réglementer la vente à crédit, mais l'Assemblée législative du Québec⁷⁸ rejeta son projet de loi. Le législateur québécois décida alors d'introduire une modification au CcBC sur la

⁷⁵Décret 4616, (1940) 74 Gazette du Canada, 1020.

⁷⁶ *Loi concernant la Régie des loyers*, SQ 1950-51, c 20.

⁷⁷Normand, « Code et la protection », *supra* note 38 à la p 1069. Pour illustrer les clauses préjudiciables au consommateur, Sylvio Normand prend l'exemple de la disposition permettant au vendeur d'exiger le solde dû en cas de défaut de paiements spécifiés à la convention de la part de l'acheteur et ce, même si le vendeur avait repris possession de la chose vendue et conservé les paiements déjà effectués. Le cas *Canada Motor Car Company c Béchar*, (1924) 37 B.R. 294 en est un exemple.

⁷⁸Le projet imposait une limite temporelle de deux ans permettant au vendeur de reprendre possession de la chose vendue et autorisait le propriétaire-locataire à payer au vendeur le solde du prix de vente afin d'assurer une garantie pour sa créance. Au nom du principe majeur de la liberté contractuelle et du danger qu'il représentait pour l'industrie québécoise, le projet fut rejeté. Voir Lubin Lilkoff, « Aspect social et technique de la vente à tempérament », (1967) 27 *Revue du Barreau* 1 et Normand, « Le Code et la protection », *ibid.*

question⁷⁹. L'acquéreur se vit reconnaître le droit, consécutif à une reprise de possession par le vendeur, de récupérer l'objet en payant le solde dû. Cette mesure fut considérée par la doctrine comme insuffisante⁸⁰, les auteurs estimant qu'elle ne touchait pas à la capacité des créanciers d'établir des clauses draconiennes.

L'intervention législative suivante eut lieu en 1939⁸¹, mais, encore une fois, la liberté contractuelle demeura intouchable. C'est seulement en 1947⁸² que des règles formelles⁸³ encadrèrent le contrat de vente à tempérament.

§ 3. La société de consommation et l'explosion législative en faveur des consommateurs

L'inégalité contractuelle devint plus évidente encore à partir des années 1960, surtout en raison de « l'explosion de la société de consommation »⁸⁴. Ce n'est pas un hasard si,

⁷⁹Loi modifiant le Code civil relativement aux ventes à tempérament, SQ 1933, c 107.

⁸⁰Antonio Perrault, *Traité de droit commercial*, tome 2, Montréal, Albert Lévesque, 1936 à la p 102.

⁸¹Loi relative aux ventes à tempérament, SQ 1939, c 92.

⁸²Loi concernant les ventes à tempérament, SQ 1947, c 73.

⁸³Normand, « Le Code et la protection », *supra* note 38 à la p 1070. À ce propos, l'auteur explique qu'« [e]n plus d'assujettir le contrat à des règles de forme, la loi prévoyait des prescriptions quant aux versements initiaux et différés et, au cas de reprise de possession par le vendeur de la chose vendue, elle libérait l'acheteur du solde du prix de vente. Ce contrôle du libéralisme contractuel n'eut cependant pas pour le consommateur tous les effets bénéfiques escomptés. L'autonomie du billet souvent joint à ce type de contrat, le champ d'application limité de la loi et l'introduction de nouveaux modes de financement ont tôt fait de restreindre considérablement la portée de la protection offerte au consommateur ».

⁸⁴Selon Germain et Passalacqua, « Une mission essentielle », *supra* note 55 à la p 28 : « À compter de la seconde moitié des années 1960, le déséquilibre entre consommateurs et commerçants adopte de nouveaux visages avec l'explosion de la société de consommation ». Voir Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 à la p 3 [L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*]. Les auteurs soutiennent que « [l]e mouvement pour la protection des intérêts du consommateur est un phénomène relié au développement de la société de consommation. Il a pris naissance aux États-Unis, pays où la production en série et la distribution de masse sont organisées en premier. Il a gagné ensuite l'Europe et le Canada où les mêmes problèmes ont surgi quelques années plus tard ». Bourgoignie, *Éléments*, *supra* note 14 à la p

à partir de cette période, les apports législatifs, plus nombreux et importants, intervinrent dans plusieurs secteurs spécialisés⁸⁵, tels le crédit⁸⁶, l'assurance⁸⁷ et le bail résidentiel⁸⁸.

L'abondance des interventions législatives successives est le reflet d'une volonté claire et collective de protéger le consommateur québécois. Pierre-Claude Lafond parle d'une «véritable explosion législative en faveur des intérêts des consommateurs» dans les années 1960⁸⁹. La préoccupation sociale de protéger l'ensemble des consommateurs s'est considérablement accrue devant le constat de la faiblesse du consommateur individuel par rapport à l'entreprise. Le premier ne possède ni la puissance économique ni les connaissances lui permettant de s'engager dans une relation contractuelle à égalité avec la partie contractante qui lui procure le bien ou le service. À ce sujet, Claude Masse explique que

[I]ntervention des pouvoirs publics, sous une forme ou une autre, a donc été en s'accroissant et elle a été vue de plus en plus comme une nécessité. Les programmes d'intervention se sont multipliés. Il ne fait pas de doute maintenant que l'émergence de cette préoccupation sociale a été très étroitement liée chez nous au phénomène de l'urbanisation et à la montée en importance des classes moyennes - essentiellement les cols bleus et les cols blancs - syndiqués pour la plupart, urbanisés et bénéficiant de plus en plus d'emplois stables à partir des années 50. Confortés par leur nouvelle stabilité relative, les membres de la classe moyenne pouvaient s'intéresser, avec la hausse marquée des niveaux de vie de cette époque, au moins autant à leur qualité de vie comme consommateurs qu'à leurs conditions de travail comme salariés. Du jamais vu auparavant⁹⁰.

79 soutient que « [d]es considérations autres qu'économiques expliquent aussi l'émergence et le développement, ces dernières décennies, d'un mouvement social profond visant à promouvoir les intérêts des consommateurs».

⁸⁵Moore, « Autonomie », *supra* note 40 à la p 3.

⁸⁶*Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, SQ 1964, c 67.

⁸⁷*Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, LQ 1974, c 70

⁸⁸*Loi concernant le louage de choses*, LQ 1973, c 74 et *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le code civil et d'autres dispositions législatives*, LQ 1979, c 48.

⁸⁹Lafond, *Le recours collectif*, *supra* note 41 à la p 46.

⁹⁰Claude Masse, « Pour une nouvelle LPC » (2001) 33 *Journal du Barreau du Québec* 11.

Malgré l'évolution en cours, la liberté contractuelle absolue reste le principe central du Code. La décision rendue en 1976 dans l'affaire *Roynat Ltd c Restaurants La Nouvelle-Orléans* en témoigne, affirmant que : « [l]a liberté des conventions est la règle ; la convention est la loi des parties. Les Tribunaux ne peuvent y déroger »⁹¹.

Dans l'ordre juridique libéral du XIX^e siècle, le contrat pouvait raisonnablement s'analyser comme un instrument privilégié d'autonomie des justiciables. Il s'impose bien davantage aujourd'hui comme instrument d'une régulation privée où le contrat-type participe étroitement de l'effort de rationalisation du fonctionnement bureaucratique des entreprises et d'une régulation publique par le biais du contrat réglementé et du règlement contractualisé. Au XIX^e siècle, le contrat opérait une coordination à un niveau principalement inter-individuel. Il réalise aujourd'hui cette fonction de coordination, au niveau intra-organisationnel, entre les différentes instances des grandes entreprises bureaucratiques toutes assujetties au respect d'un contrat standard avec les clients, au niveau inter-organisationnel, entre des entreprises juridiquement distincts mais économiquement intégrées du point de vue horizontal ou vertical (contrats de distribution, ententes, coalitions...) et, de plus en plus, au niveau supra-organisationnel, par le biais des accords et traités internationaux. Le jour où la théorie générale des contrats posera le problème des rapports entre le contrat classique du Code civil et les accords bilatéraux ou multilatéraux, publics ou privés, qui régissent de plus en plus les échanges économiques, on abordera enfin l'analyse macro-juridique du contrat seule capable de rendre compte des lignes de force les plus significatives du droit moderne des contrats⁹².

§ 4. Les années 1970 : un contexte sociopolitique propice à la promotion des intérêts des consommateurs

Tel qu'indiqué ci-dessus, la conception du droit de la consommation au Québec émane du droit des contrats, dont les fondements au XIX^e siècle reposent sur le principe de la liberté contractuelle. Claude Masse affirme que « [l]e principe de la liberté contractuelle entend s'appuyer à la fois sur le sens de la responsabilité et sur l'individualisme »⁹³. En 1866, l'adoption du CcBC cherchait à assurer l'unité

⁹¹*Roynat Ltd c Restaurants La Nouvelle-Orléans*, (1976) CA 557, 559-560, citée par Grégoire, « L'équité contractuelle », *supra* note 44 à la p 29.

⁹²Jean-Guy Belley, « Le rôle de la doctrine », (1985) 26 Cahiers de droit 1044 à la p 1057 [Belley, « Le rôle de la doctrine »].

⁹³Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 53.

culturelle et la survie de la nation, en constituant notamment un projet adapté à l'idéologie alors dominante au Québec plutôt que simplement reproduire le *Code civil des Français*⁹⁴. Le CcBC reflète les bases du capitalisme industriel embryonnaire de l'époque⁹⁵. La volonté des parties y joue un rôle prépondérant en tant que source génératrice de droit, limitant ainsi la fonction du juge à un rôle d'arbitre, chargé uniquement de déterminer l'intention commune des parties au contrat⁹⁶.

L'émergence du droit de la consommation, lequel dénonce le déséquilibre contractuel et la fiction de l'égalité des parties au contrat bouleverse le paysage juridique. En 1969, un rapport du Comité d'études sur les institutions financières, mieux connu sous le nom de « Rapport Parizeau »⁹⁷, propose une série de recommandations visant l'adoption de mesures pour protéger le consommateur. Deux ans plus tard, plusieurs de ces suggestions seront insérées dans la première loi québécoise sur la protection du consommateur⁹⁸.

Le contexte social des années 1970 et les aspirations qui caractérisent la Révolution tranquille au Québec trouvent dans le droit de la consommation une voie naturelle d'expression. Selon Nicholas Kasirer, la communauté juridique québécoise a joué un rôle fondamental dans le mouvement en cours en soutenant que la société pouvait et devait être modifiée au moyen d'un vaste programme de réformes légales.

[T]he Quebec legal community of the 1970s seemed caught up in the idea that society should and could be re-formed through "law reform"- these words have been

⁹⁴*Code civil des Français*, *supra* note 25.

⁹⁵Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 59.

⁹⁶Bourgoignie, *Éléments*, *supra* note 14 à la p 158. Sur le rôle du juge-arbitre, l'auteur affirme que « [l]e système de droit formel reste donc essentiellement basé sur l'initiative individuelle et privilégie l'autonomie des volontés. Il écarte les pouvoirs publics et accorde aux acteurs privés, capables de s'organiser, le rôle premier dans l'évolution du droit ; la fonction d'arbitrage est dévolue en priorité au juge faisant office de juge-pacificateur.

⁹⁷Gouvernement du Québec, *Protection de l'emprunteur et du consommateur* (dans le Rapport du Comité d'études sur les institutions financières, institué par les arrêtés en conseil 2461 du 22 décembre 1965 et 2540 du 22 décembre 1966), Québec, juin 1969 à la p 163.

⁹⁸*Loi de 1971*, *supra* note 7.

*a constant presence in the Quebec legal scholarship from the 1960s down to the present day*⁹⁹.

Le domaine du droit de la consommation, décrit par Nicholas Kasirer comme régissant « *the encounters of the Davids and the Goliaths of private legal relations* »¹⁰⁰, devient un champ juridique privilégié conduisant à la promotion de la justice sociale souhaitée par la Révolution tranquille.

A. L'ère de la modernité et de la souveraineté

À propos de la Loi de 1971, Pierre-Claude Lafond affirme que « [l]oin de constituer une pièce isolée, cette loi s'inscrit dans une vaste opération législative marquée par une tendance interventionniste en matière contractuelle et par un mouvement d'élargissement de l'accessibilité à la justice »¹⁰¹.

Dans cette perspective, l'auteur énumère des lois adoptées au Québec à cette période, parmi lesquelles : le *Code des professions*¹⁰²; la *Loi favorisant l'accès à la justice*¹⁰³, initiative judiciaire particulièrement importante pour le consommateur ; et la *Loi sur l'aide juridique*¹⁰⁴. Plus spécifiquement dans le domaine du droit de la consommation,

⁹⁹Nicholas Kasirer, « Review Essay : Of Combats Livrés and Combats Livresques » (2004) 19 Can J L & Soc 153 à la p 161. Selon cet auteur, Claude Masse dans ses travaux, a toujours soutenu que l'État se devait de rénover la loi pour améliorer l'ordre social, sans quoi il ne ferait que simplement le reproduire. Aux pages 162 et 163, il ajoute que « *private ordering without state intervention cannot be relied upon to advance social justice* ».

¹⁰⁰*Ibid* à la p 164.

¹⁰¹Lafond, *Le recours collectif*, supra note 41 aux pp 46-47

¹⁰²*Code des professions*, LQ 1973, c 43, sanctionné le 6 juillet 1973 et entrée en vigueur pour l'essentiel le 1^{er} février 1974. Il s'agit maintenant du *Code des professions*, LRQ, c C-26. Jean-Guy Belley, « La notion de protection du public dans la réforme du droit professionnel québécois: une analyse socio-politique » (1980) 21 Cahiers de droit 673 à la p 673 [Belley, « La notion de protection »]. L'auteur affirme que « [l]a notion de protection du public se trouve à la base du Code des professions adopté en 1973 ».

¹⁰³*Loi favorisant l'accès à la justice*, LQ 1971, c 86.

¹⁰⁴*Loi sur l'aide juridique*, LQ 1972, c 14

Lafond mentionne la *Loi sur les agents de voyages*¹⁰⁵, la *Loi sur les produits dangereux*¹⁰⁶, la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*¹⁰⁷ et la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*¹⁰⁸. Au cours de cette même période, d'autres lois pertinentes pour la protection des intérêts des consommateurs sont également adoptées : la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*¹⁰⁹, la *Loi d'assurance-maladie*¹¹⁰ et la *Loi sur la santé et les services sociaux*¹¹¹.

Toutes ces lois ont un point en commun : elles cherchent à engendrer un changement social. Comme dans plusieurs autres domaines, les transformations de l'ordre juridique s'inscrivent dans le sillon de la Révolution tranquille¹¹². L'État québécois

¹⁰⁵*Loi sur les agents de voyages*, LQ 1974, c 53. Il s'agit aujourd'hui de la *Loi sur les agents de voyages*, LRQ, c A-10.

¹⁰⁶*Loi sur les produits dangereux*, SC 1968-1969, c 42. À partir de 2010, le Canada s'est doté d'une nouvelle *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, LC 2010, ch 21, remplaçant la *Loi sur les produits dangereux* (LRC 1985, ch H-3) en matière de produits de consommation. Pour une analyse complète de cette nouvelle loi, voir Françoise Maniet, *Nanotechnologies et produits de consommation Quels risques? Quels encadrements?*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012 [Maniet, *Nanotechnologies*].

¹⁰⁷*Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*, SC 1970, c 30. Aujourd'hui, c'est la *Loi sur la sécurité automobile*, LC 1993, ch 16.

¹⁰⁸*Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, C 1970-71-72, c 41. Aujourd'hui, c'est la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, LRC 1985, ch C-38.

¹⁰⁹*Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, LRQ c I-6. Cette loi, adoptée en 1972, fut le résultat des pressions exercées par le mouvement féministe du Québec des années 1960. Les premiers centres d'aide pour les victimes d'agressions sexuelles et les premières maisons d'hébergements pour femmes battues furent mis en place durant cette même période. La *Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels*, LRQ, c A-13.2 fut adoptée par l'Assemblée nationale du Québec en 1988. Pour une analyse complète de l'influence du mouvement féministe québécois sur le domaine juridique, voir notamment Lucie Lamarche, « Le féminisme québécois, la crise des droits et la recherche de droit : quelques raisons pour s'inquiéter [...] et quelques autres d'espérer », (2000) 34 Cahiers de recherche sociologique 99 à 124.

¹¹⁰*Loi d'assurance-maladie*, LQ, 1970, c 37.

¹¹¹*Loi sur la santé et les services sociaux*, LQ, 1971, c 48. Gilles Dussault, « La politique de la délégation des actes professionnels au Québec » (1985) 11 Can Pub Pol'y 2 à la p 218. L'auteur affirme que l'institution d'un régime universel d'assurance-maladie, ainsi que la réorganisation des services de santé et des services sociaux par la *Loi sur la santé et les services sociaux* représentaient les volontés, d'une part, d'éliminer les obstacles financiers à l'accès aux soins et, d'autre part, de favoriser une approche globale des problèmes socio-sanitaires.

¹¹²Il existe sur ce sujet une très vaste bibliographie. Voir Fernand Dumont et Jean-Paul Montminy, dir, *Le pouvoir dans la société canadienne-française*, Québec, PUL, 1966; Fernand Dumont, *Le lieu de l'homme*, 3^e éd Montréal, HMH, 1969; Fernand Dumont, *La vigile du Québec*, Montréal, Hurtubise HMH, 1971. Voir aussi Hubert Guindon, « La Révolution tranquille et ses effets pervers » (1999) 20-

est perçu comme étant le principal agent du changement social souhaité, ou l'acteur chargé de mettre en place les idéaux de la Révolution tranquille. Celle-ci, reposant pour l'essentiel sur la démocratisation des institutions sociales, est basée notamment sur l'instauration d'un accès universel aux soins de santé, sur le réaménagement de l'assistance privée en un réseau public et sur l'élargissement de la scolarité pour toutes les strates sociales. Un système de services publics, laïcs et universels, est établi pour répondre aux besoins de l'éducation de masse et aux exigences en santé. Des mesures de répartition des revenus, protégeant les citoyens contre les injustices sociales les plus courantes¹¹³ sont également implantées.

L'État se substitue donc à l'Église dans les domaines de l'éducation, de la santé et des services sociaux¹¹⁴. Le Québec adhère aux programmes fédéraux d'assistance publique et d'assurance-hospitalisation (1961), crée le Régime des rentes du Québec

21 Société : le chaînon manquant 1; Gérard Bouchard, « Une crise de la conscience historique. Anciens et nouveaux mythes fondateurs dans l'imaginaire québécois » dans Stéphane Kelly, dir, *Les idées mènent le Québec Essais sur une sensibilité historique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003, 41; Paul-André Linteau et al, *Histoire du Québec contemporain. Tome 2, Le Québec depuis 1930*, nouvelle édition revisitée, Montréal, Boréal Compact, 1989; Lucia Ferretti, « La Révolution tranquille » dans *L'Action nationale*, vol LXXXIX, n° 10, 1999 [Ferretti, « La révolution tranquille »]; John Dickinson et Brian Young, *Brève histoire socio-économique du Québec*, 4^e éd, Québec, Septentrion, 2009; Paul-André Linteau, « Un débat historiographique : l'entrée du Québec dans la modernité et la signification de la Révolution tranquille » dans Yves Belanger, Robert Comeau et Céline Metivier, dir, *La Révolution tranquille. 40 ans plus tard: un bilan*, Actes du douzième colloque organisé par l'Université du Québec à Montréal (UQAM) sur les leaders du Québec contemporain (Montréal, du 31 mars au 1^{er} avril 2000), Montréal, VLB, 2000, 21 [Belanger, Comeau et Metivier, *La Révolution tranquille*]; Marc Lesage et Francine Tardif, dir, *30 ans de Révolution tranquille. Entre le Je et le Nous. Itinéraires et mouvements*, Montréal, Bellarmin, 1989 [Lesage et Tardif, *Entre le Je et le Nous*].

¹¹³Belley, « La notion de protection », *supra* note 102 à la p 678. L'auteur explique que « [t]our à tour, les commissions d'enquête qui jalonnent l'histoire de la Révolution tranquille affirmeront le droit de tous à un bien-être matériel décent (Comité Boucher, 1963), le droit à l'éducation (Commission Parent, 1964), le droit à la sécurité judiciaire (Commission Prévost, 1969), le droit à la santé et aux services sociaux (Commission Castonguay, 1970) ».

¹¹⁴Ferretti, « La Révolution tranquille », *supra* note 112 à la p. 74. L'auteur souligne que « [c]e [...] mouvement de concentration dans l'État québécois des nombreux pouvoirs et responsabilités jusque-là exercés [par] l'Église [...] a fait l'objet d'un fort consensus social ». Fernand Dumont, *Genèse de la société québécoise*, 2^e éd., Boréal, Québec, 1996 à la p 334 affirme : « Et l'Église? Après avoir fait office pendant un siècle de véritable organisme public et d'instance de régulation des mœurs, elle a subi en quelques décennies la désaffection d'une grande partie de la population ».

(1964), réorganise l'aide sociale, établit les allocations familiales provinciales (1968) ainsi que l'assurance maladie (1970) et le réseau des Centres locaux de services communautaires¹¹⁵.

Les idéaux de la modernité et de la souveraineté imprègnent le mouvement.

À partir de la fin des années 1960 et jusqu'aux années 1980, le gouvernement se convertit aux principes de l'État-providence et jouit, en ce sens, d'un appui important au sein de l'opinion publique. Au nom de l'idéal simultanément réformiste et idéaliste à la base de la Révolution tranquille, l'État québécois s'engage dans une réforme en profondeur qui touche tous les secteurs d'activités : éducation, santé, bien-être social, économie, culture et appareil étatique¹¹⁶ et couvre toutes les régions du Québec. Les objectifs en sont la démocratisation, le développement et la promotion nationale de la société québécoise¹¹⁷.

Le secteur de la consommation, à l'instar de ceux de la production et de la distribution, se trouve donc naturellement inclus dans cette vaste réforme. En outre, la protection du consommateur fait l'objet d'une loi spécifique et fort complète – la Loi de 1971¹¹⁸ - dont le caractère d'ordre public est reconnu.

Pour des raisons de protection de l'ordre social, le caractère d'ordre public fut expressément inclus dans l'article 103¹¹⁹ de la loi. Malgré l'absence d'une mention

¹¹⁵Bien que la sécurité sociale soit un thème relevant des compétences provinciales, celle-ci a été l'objet des mesures fédérales. Par exemple, le pouvoir fédéral avait mis en place des programmes canadiens d'assurance-hospitalisation, d'allocations familiales et de chômage. Voir Michel Pelletier et Yves Vaillancourt, *Les politiques sociales et les travailleurs, Cahier IV: Les années 1960*, Montréal, Y. Vaillancourt, 1974.

¹¹⁶Voir par ex Paul-André Linteau, « Un débat historiographique : l'entrée du Québec dans la modernité et la signification de la Révolution tranquille » dans Belanger, Corneau et Metivier, *La Révolution tranquille*, supra note 112, 21.

¹¹⁷Marc Lesage et Francine Tardif, « Des luttes collectives à l'affirmation de l'individu » dans Lesage et Tardif, *Entre le Je et le Nous*, supra note 112, 125 à la p 126.

¹¹⁸Loi de 1971, supra note 7.

¹¹⁹*Ibid*, art 103 : « Les dispositions de la présente loi sont d'ordre public et on ne peut y déroger par des conventions particulières ».

expresse à cet effet, la portée d'ordre public de la *Loi sur la protection du consommateur* qui, en 1978, remplaça celle de 1971 est toujours admise¹²⁰. En effet, l'article 261 empêche les parties de déroger aux dispositions de la loi de 1978 par une convention particulière. Le consommateur ne peut renoncer à un droit qui lui est conféré par la loi, à moins qu'il n'en soit prévu autrement, selon l'article 262¹²¹. Il s'agit de l'ordre public de protection dont le but est d'assurer la protection de la partie la plus faible¹²².

Les plus importantes dispositions de la première loi québécoise de la protection du consommateur réglementaient les contrats de crédit ainsi que les contrats conclus avec les vendeurs itinérants et d'autres portaient sur la création de l'Office de la protection du consommateur (OPC). Celui-ci fut mis en place au sein du ministère des Institutions financières, compagnies et coopératives afin d'assurer la mise en œuvre et l'application de cette loi¹²³.

¹²⁰Voir *Irwin Toy Ltd. c Québec* (Procureur général), [1989] 1 RCS 927; *Québec Mack Inc c Alimentation en gros Bhéret Ltée*, [1973] RP 382 (CS). Pour L'Heureux et Lacoursière, quand un cas se situe dans son champ d'application, la Cour doit l'appliquer. Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 22. Le CcQ, supra note 19 déclare comme impératives les dispositions nationales de la protection du consommateur dans son article 3149, ce qui interdit les clauses contractuelles ayant pour effet de priver le consommateur de la protection à laquelle il peut prétendre. Dans ce sens, voir Bourgoignie, « Les nouveaux enjeux nés du contexte international » dans Maniet, *Pour une réforme*, supra note 55, 71. Dans Raoul P Barbe, « La connaissance judiciaire des actes réglementaires » (1980) 21: 2 Cahiers de droit 427 à la p 428, l'auteur affirme que « [q]uant aux législateurs, ils ont édicté que le juge est tenu de prendre judiciairement connaissance des lois publiques émanant du Parlement central et du Parlement québécois ; la règle de droit n'a pas besoin d'être alléguée et prouvée, en vertu du principe que nul n'est censé ignorer la loi, et particulièrement les juges chargés de l'appliquer ».

¹²¹Par exemple, l'article 59 de la LPC, supra note 8 établit que le consommateur ne peut pas renoncer au délai de réflexion dont il bénéficie dans un contrat conclu avec un commerçant itinérant. L'article 73 prévoit une situation identique en ce qui concerne le délai de réflexion dans un contrat de crédit. La LPC permet que le consommateur renonce à l'obligation du commerçant de lui fournir une évaluation écrite dans le cas d'une réparation d'automobile et de motocyclette (art 168) et d'un appareil domestique (art 183). Les renonciations permises par la loi sont rigoureusement et strictement réglementés.

¹²²*Girard c Groupe Desjardins*, Assurances générales, [1989] RRA 153 (CA); *Garcia Transport Ltée c Cie Trust Royal*, [1992] 2 RCS 499; *Marcotte c Fédération de Caisses Desjardins du Québec*, EYB 2009-171140, 2009 QCCS 27243, para 374. Porté en appel.

¹²³Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84.

En 1973, la première conférence fédérale-provinciale portant sur la consommation se tient à Québec. En raison de la participation de professeurs d'autres pays, cette rencontre a pris une importante tournure internationale. Par exemple, le Français Jean Calais-Auloy y a présenté l'évolution du mouvement français de protection du consommateur et les premières lois adoptées en France en la matière. Thierry Bourgoignie, qui venait d'obtenir sa maîtrise de la Faculté de droit à l'Université de Yale, y a parlé du rétablissement de l'équilibre contractuel et de la sanction des clauses abusives envers les consommateurs aux États-Unis par référence au concept de l'*unconscionability*¹²⁴. À l'époque, la transmission réciproque d'expériences dans le domaine de la consommation était déjà très forte.

Sur le plan institutionnel, le manque de coordination entre les différents apports législatifs de la période allait mener à la construction d'un système institutionnel dispersé en faveur des consommateurs. En 1967, le ministère canadien de la Consommation et des Corporations¹²⁵ se met en place. Il était responsable d'assurer l'application d'initiatives fédérales dans les domaines de la sécurité des produits, de l'emballage et de l'étiquetage, des poids et mesures et de la publicité trompeuse. Quatre ans après la création de l'organisme fédéral, le gouvernement du Québec crée l'Office de la protection des consommateurs (OPC), organisme chargé d'éduquer, d'informer et de renseigner la population en matière de protection du consommateur, tout en surveillant la mise en œuvre et à l'application des dispositions législatives visant cette protection¹²⁶.

¹²⁴Thierry Bourgoignie, « Le contrôle abstrait des abus dans les rapports de consommation » dans *Rapports belges (vol. 1) XIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé* (Sydney, août 1986), Kluwer/Bruylant, Anvers/Bruxelles, 1986, 135.

¹²⁵*Loi sur le ministère de la Consommation et des Corporations*, SC 1967-68, c 16.

¹²⁶L'Office de la protection du consommateur (OPC) a été créé en 1971, année d'adoption de la *Loi de la protection du consommateur*, supra note 7 et a aussi pour mission d'encourager l'entente entre les différents acteurs du marché de la consommation. L'OPC reçoit et traite également des plaintes formulées par les consommateurs.

Dans la province de Québec, le premier organisme dont le but était de protéger le consommateur, établi en 1969, fut le service de la Protection du consommateur. Sa création résultait des recommandations du Rapport Parizeau¹²⁷.

À la suite à l'arrivée du Parti québécois au pouvoir en 1976, alors que Lise Payette dirige le ministère des Consommateurs, des coopératives et des institutions financières, Pierre Marois, le dirigeant des Associations coopératives d'économie familiale (ACEF), est nommé ministre délégué au développement social¹²⁸. À partir de ces nominations, le secteur québécois de la consommation connaîtra de grandes modifications : la discussion d'une nouvelle loi de protection du consommateur, laquelle sera adoptée en 1978¹²⁹; la réforme de l'OPC et la création de ses bureaux régionaux; l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'assurance automobile*¹³⁰ et de la loi sur le recours collectifs¹³¹. L'OPC se montre active, notamment dans l'application des dispositions interdisant la publicité commerciale destinée aux enfants¹³².

¹²⁷Voir Denis Chaput, « Le Rapport Parizeau » (1969) 45:3 L'Actualité économique, 521.

¹²⁸Voir Henri Goulet, *Origine et développement du mouvement ACEF au Québec 1960-1970*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, juin 1993. D'abord, en mars 1976, le Projet de loi 7 fut présenté à l'Assemblée nationale du Québec par la ministre de Consommateurs, coopératives et institutions financières, madame Lise Bacon, du Parti libéral. Ce projet ne fut pas adopté, mais la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, supra note 8 s'en rapprochait largement. Voir Masse et Roy, « Droit de la consommation », supra note 9 à la p 340.

¹²⁹LPC, supra note 8.

¹³⁰*Loi sur l'assurance automobile*, LQ 1977, c 68; LRQ, c A-25. Le régime public d'assurance automobile procure à tous les Québécois une couverture contre les blessures subies dans un accident automobile indépendamment de leur responsabilité dans l'accident, et ce, quel qu'en soit le lieu.

¹³¹*Loi favorisant l'accès à la justice établissant la division de petites créances de la Cour provinciale*, LQ 1971, c 86.

¹³²*Procureur général (Québec) c Kellogg's Co of Canada et autre*, [1978] 2 RCS 211 [*Kellogg's Co of Canada*].

B. L'émergence d'un mouvement associatif en faveur des consommateurs

À partir des années 1970, la participation active du citoyen québécois et le renforcement des services communautaires parallèles à ceux du réseau étatique sont encouragés dans les divers secteurs de la société¹³³. Le mouvement syndical se renforce et les services communautaires se développent de façon importante, poussés sous la pression exercée par les groupes de citoyens. C'est dans cet épisode de l'évolution de la société québécoise, marqué par la stimulation de la participation citoyenne, que les associations de consommateurs voient le jour.

Les trois principaux groupes de défense de consommateurs connus à cette époque sont l'Association pour la protection des automobilistes, l'Institut de promotion des intérêts des consommateurs (IPIC), qui œuvre dans le secteur alimentaire, tous deux fondées en 1969, et les Associations coopératives d'économie familiale, fondées en 1970 et qui se consacrent au domaine du crédit et de l'endettement. Ces groupes¹³⁴ disposent de la confiance de la population.

La volonté du citoyen québécois de s'impliquer dans les divers aspects de la vie économique et sociale, incluant la consommation, et la constitution d'organisations se donnant pour objectif de représenter les intérêts collectifs des consommateurs amèneront l'intervention du législateur. Se profile alors le droit de la consommation, perçu comme l'instrument juridique devant permettre la protection du citoyen dans sa fonction de consommateur.

¹³³Belley, « La notion de protection », *supra* note 102 à la p 686. L'auteur affirme que « [s]ous le leadership d'une seconde génération de militants, une orientation nouvelle se dessine à partir des années '70 qui privilégie la formation de regroupements populaires autour de certaines revendications ponctuelles (aide sociale, assurance-chômage, zonage urbain...) et qui favorise de plus en plus l'organisation et le renforcement de services communautaires parallèles à ceux du réseau étatique (cliniques légales, cliniques de santé, garderies populaires, coopératives de consommation...) ». Voir aussi Jocelyne Valois et Pierre Paquet, *Les groupes populaires dans la structure du pouvoir*, (Rapport présenté au Conseil des affaires sociales et de la famille), Québec, 1974.

¹³⁴Claude Masse et Michelle Marois, *La règle du jeu. Enquête auprès des organismes de consommation et des consommateurs plaignants*, Groupe de recherche en jurimétrie, Faculté de droit, Université de Montréal, 1976 à la p 280 [Masse et Marois, *La règle du jeu*].

Dans cette première phase, le mouvement de défense des intérêts des consommateurs s'intéresse quasi-exclusivement à la protection de ces derniers en matière de biens de consommation, n'accordant qu'une place marginale aux services¹³⁵. À cette époque, en effet, l'État providence surveillait de façon assez stricte les services considérés comme prioritaires¹³⁶, tels ceux liés à la santé, dont l'État québécois était à l'époque le principal, voire l'unique, pourvoyeur.

§ 5. L'effritement du rôle de l'État

La période plus récente, caractérisée par une réduction de l'intervention de l'État dans l'économie, explique le moindre intérêt des pouvoirs publics pour la politique de protection des consommateurs, une tendance que les initiatives législatives prises en leur faveur ces dernières années ne suffisent pas à inverser.

En 1981 et 1982, le Québec connaîtra une forte récession économique¹³⁷ qui laisse ses marques. L'État québécois adopte une posture moins interventionniste. En 1986, plusieurs rapports importants sont publiés : le rapport Scowen sur la déréglementation, le rapport Fortier sur la privatisation et le rapport Gobeil sur la privatisation des organismes administratifs¹³⁸. Le Québec adopte la tendance néolibérale dans laquelle sont engagés son voisin du Sud (gouvernement Reagan), la Grande-Bretagne (gouvernement Thatcher) et le pouvoir fédéral (gouvernement

¹³⁵Belley, « La notion de protection », *supra* note 102 à la p 689. Voir aussi Henri Goulet, « L'histoire du mouvement des consommateurs au Québec » (1996) 6:1 *Changements* 11.

¹³⁶Selon Masse et Roy « Droit de la consommation », *supra* note 9 à la p 339, la qualité des services publics fait partie des priorités. Voir aussi Jean-Guy Belley, Jacques Ramel et Claude Masse, *La société de consommation au Québec*, Québec, Office de la protection du consommateur/Éditeur officiel, 1980 [Belley, Ramel et Masse, *La société de consommation*].

¹³⁷Voir Serge Coulombe, « Une analyse de la politique fiscale du gouvernement fédéral par l'examen des soldes budgétaires » (1984) 60:2 *Actualité économique* 240.

¹³⁸Voir Stéphane Dion et James Iain Gow, « L'administration québécoise à l'heure des libéraux » dans Denis Monière, dir, *L'année politique au Québec*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1999, 61.

Mulroney). L'écho de cette nouvelle conjoncture politico-idéologique retentira dans tous les secteurs, y compris celui de la consommation¹³⁹.

Comme le soutient Belley¹⁴⁰, la libre concurrence et l'égalité des chances, les grands thèmes à la base de l'économie libérale, sont promues même par les tenants de l'idéologie consumériste. L'intervention de l'État n'est plus tenue pour prioritaire et le mouvement consumériste se rallie à une perspective individualiste.

Selon Belley,

[c]ette méfiance à l'égard de l'interventionnisme étatique n'est pas sans favoriser un rapprochement étroit avec l'idéologie libérale. Les points de convergence ne se limitent d'ailleurs pas à ce seul aspect. Favorable à la restriction, voire à l'abolition des privilèges corporatistes en faveur du rétablissement des lois de la concurrence, encline à percevoir la pratique professionnelle principalement sous l'angle d'une relation contractuelle où il s'agit de renforcer la protection individuelle du client¹⁴¹.

Après la mise en place d'un État interventionniste au moment de la rupture provoquée par la Révolution tranquille, on assiste donc à un amoindrissement graduel de la place de l'État québécois dans la vie économique. Selon le sociologue Mathieu Bock-Côté, le cycle historique ouvert par la Révolution est fini, la fin de cette ère étant marquée par l'échec du mouvement souverainiste et par le réveil d'un certain conservatisme¹⁴².

¹³⁹Voir Daniel Mockle, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes auto-réglementaires » (2003) 44 Cahiers de droit 297.

¹⁴⁰Belley, « La notion de protection », *supra* note 102 à la p 692. Aux pages 690 et 691, l'auteur soutient que, selon le mouvement consumériste, « [l']État devrait donc laisser l'initiative aux associations de consommateurs en accroissant leurs ressources financières et en leur fournissant les moyens d'action appropriés (action représentative) ».

¹⁴¹*Ibid* à la p 692. Sur le plan strict de l'autonomie des volontés, soulignons que la vision néolibérale des années 1980, celle que Belley appelle consumérisme, est très proche de la vision libérale du 19^e siècle.

¹⁴²Voir Mathieu Bock-Côté, *Fin de cycle: aux origines du malaise politique québécois*, Montréal, Boréal, 2012. Devant le manque de repères idéologiques, l'auteur propose une refondation de l'identité collective québécoise grâce à un renforcement identitaire.

Par l'élan du libéralisme, de l'ouverture des marchés et de la mondialisation des échanges, le rôle de l'État s'effrite et est mis en question¹⁴³. Austérité et correction de l'endettement de l'État deviennent les enjeux principaux. Dans un tel contexte, le consommateur est moins reconnu comme sujet de droits et d'intérêts spécifiques au sein du système économique que comme acteur potentiel de croissance. Comme la défense de l'environnement, la protection du consommateur n'est plus dans les faits, un objectif politique prioritaire. Plus qu'un citoyen dont les intérêts méritent d'être protégés, le consommateur est courtisé en vue de l'inciter à participer, par ses dépenses, à l'élan global de croissance. Par ailleurs, croissance et compétitivité justifient la mise en sourdine de la réglementation du marché.

La moindre importance accordée à la protection du consommateur est probante lorsque l'on constate, par exemple, les coupes budgétaires imposées par l'État québécois¹⁴⁴, entraînant un important déficit d'effectifs à l'OPC¹⁴⁵, où 15 enquêteurs ont pour tâche de surveiller les activités d'environ 70 000 commerçants¹⁴⁶.

¹⁴³John Miles, « Decline or Impasse? The Current State of the Welfare State » (1988) 26 *Studies in Political Economy* 73 aux pp 78-79. À propos de la crise du *welfare state*, John Miles affirme que « [o]ne reason the crisis metaphor has been brought into question is because it is now fairly clear that the health, education and welfare institutions established after World War II and especially during the sixties are not about to be dismantled overnight. Even the most determined ideologues (Reagan, Thatcher) have demonstrated their inability to do this. It is less evident, however, that we have not begun a long, slow process of welfare state erosion - a sort of incrementalism in reverse. The welfare state was created through a slow series of sometimes imperceptible reforms - what conservatives liked to call "creeping socialism". It may well be that what we are now witnessing is "creeping neo-conservatism": instead of being dismantled, the welfare state is withering away ».

¹⁴⁴Le directeur des services aux consommateurs à l'Office de la protection du consommateur, M. Gary Frost, explique que ces coupes découlent de « l'effet cumulé des contractions budgétaires successives imposées à la majorité des ministères et organismes au cours des dernières années et des effets du plan de réduction de la taille de l'État mis en œuvre par le Gouvernement ». Voir Gary Frost, « La résolution des différends en consommation : l'expérience de la conciliation à l'Office de la protection du consommateur » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Accès des consommateurs à la justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 69 à la p 84 [Frost, « La résolution »] et [Lafond, *Accès des consommateurs à la justice*].

¹⁴⁵À ce propos, M. Louis Borgeat, président de l'Office, affirme que « dans cet univers de "possible" plutôt que d'« optimal », nous devons en conséquence faire des choix à l'égard de l'ensemble des interventions qui peuvent être faites auprès des commerçants ». Voir Louis Borgeat, « Présentation générale du thème » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *La publicité, arme de persuasion massive : les*

L'effritement de l'intérêt de l'État à l'égard des consommateurs ne mènera pas à une mise en question politique du bien-fondé de la *Loi sur la protection du consommateur de 1978* (LPC). Néanmoins, alors que le droit de la consommation est étroitement lié aux évolutions du marché doit sans cesse relever de nouveaux défis, le cadre normatif en place restera sans révision majeure et la volonté politique de mener une réforme en profondeur de la *Loi sur la protection du consommateur* paraît manquer.

Depuis 2006, des dépôts successifs de propositions d'amendements entreprennent une révision de la loi. Ceux-ci portent sur le contrat conclu à distance¹⁴⁷, le contrat à exécution successive de service fourni à distance (les contrats de téléphonie cellulaire et les fournisseurs de services par câble par exemple), le contrat de vente d'une carte prépayée et le contrat de garantie prolongée¹⁴⁸. L'encadrement du crédit à la consommation fait l'objet d'une proposition de réforme actuellement débattue¹⁴⁹.

Ces initiatives seront davantage commentées ci-dessous lors de la présentation du cadre normatif actuellement en vigueur au Québec¹⁵⁰.

défis de l'encadrement législatif, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 3 à la p 11 [Borgeat, « Présentation »] et [Lafond, *La publicité*]. En raison de l'inadéquation croissante entre le nombre des demandes adressées par les consommateurs à l'Office et l'ampleur restreinte des ressources dont dispose ce dernier dans la foulée de la réduction de la taille de l'État, Gary Frost craint que « l'effectif de l'Office continue de diminuer lentement au cours des années à venir ». *Ibid* à la p 83.

¹⁴⁶Données fournies lors d'une intervention du président de l'Office, M. Louis Borgeat, à l'occasion d'un point de presse de M. Jean-Marc Fournier, ministre de la Justice, tenu à l'Hôtel du Parlement le 8 juin 2011.

Assemblée nationale du Québec, Point de presse, « Point de presse de Monsieur Jean-Marc Fournier, ministre de la Justice » (8 juin 2011), en ligne : ASSNAT <<http://www.assnat.qcca/fr/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/ConferencePointPresse-7439.html>>

¹⁴⁷*Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, LQ 2006, c 56 [LQ 2006, c 56].

¹⁴⁸*Loi modifiant la loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives*, LQ 2009 c 51 [LQ 2009, c 51].

¹⁴⁹*Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*, 2^e session, 39^e législature, Qc, 2011 [Qc, PL 24].

¹⁵⁰Voir la section 3, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

Cette approche qualifiée d'« étapist »¹⁵¹ reflète l'absence de volonté politique de réformer la loi en profondeur. Les interventions restent limitées et ponctuelles, ne soumettant au débat ni les orientations majeures de la loi, ni sa structure. Au contraire, en ajoutant de manière dispersée de nouvelles dispositions, la réforme accroît le manque de cohérence de la loi et la rend plus confuse encore.

Il est intéressant de relever que le législateur québécois aurait pu donner suite à une proposition de réforme plus complète déposée en 2010 par les professeurs Thierry Bourgoignie et Pierre-Claude Lafond, assistés de Lindy Rouillard¹⁵². Résultat d'un travail de recherche et de rédaction sur plusieurs années, cette proposition se voulait ambitieuse : la grande majorité des articles de la loi actuelle devaient être révisés, de nouvelles dispositions, prises et, la structure même de la loi nécessitait une correction fondamentale. Les auteurs de la réforme avaient principalement pour but de mettre à jour les dispositions de la loi à la lumière de la pratique et des enseignements du droit comparé. De même, ils voulaient la rendre plus compréhensible grâce à une rédaction plus claire et une structure plus cohérente.

À l'ambition ainsi proclamée, les responsables de la politique de protection du consommateur au Québec ont opposé des arguments de prudence et de réalisme politique :

Compte tenu de la complexité inhérente à cette législation de plus de 400 articles, et je ne parle ici que de la loi sur la protection du consommateur, du nombre d'acteurs impliqués, de la quantité d'opposants possibles à toute tentative de transformation, de renforcement ou, même de simple reformulation du contenu, une opération unique

¹⁵¹Louis Borgeat, « Mot de la fin » dans *Endettement des consommateurs : chronique d'une catastrophe annoncée*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 129 à la p 133 [Borgeat, « Mot de la fin »] et [*Endettement des consommateurs*].

¹⁵²Thierry Bourgoignie, Pierre-Claude Lafond et Lindy Rouillard, *La réforme de la Loi sur la protection du consommateur du Québec. Jalons pour un Code de la consommation du Québec*, Rapport soumis à la Fondation Claude Masse, Montréal, GREDICC, UQAM, février 2010 à la p 33 [Bourgoignie, Lafond et Rouillard, *Jalons pour un Code*]

aurait revêtu un caractère gigantesque et litigieux qui en aurait fort probablement compromis la faisabilité¹⁵³.

¹⁵³Borgeat, « Mot de la fin », *supra* note 151 à la p 133.

Section 2. Le corpus législatif mis en place

Le domaine de la protection du consommateur est caractérisé, en raison de la nature même de la discipline, par une grande dispersion de normes. Au Canada, cette dispersion est accentuée par la répartition des compétences dans les domaines de la protection du consommateur entre les niveaux fédéral et provincial (§1). Les dispositions principales du cadre normatif mis en place en faveur des consommateurs québécois sont décrites : la compétence réglementaire provinciale se manifeste surtout dans la LPC et le CcQ même si d'autres législations ont un impact, partiel ou indirect, sur la protection des consommateurs (§2). La relation entre le CcQ et la LPC retient plus particulièrement l'attention dans la mesure où elle permet d'évaluer la place qu'occupe le droit de la consommation au sein du système juridique québécois (§3).

§ 1. La dispersion des normes du droit de la consommation

Le droit de la consommation a, par la nature même de sa fonction et de ses objectifs, une dimension transversale¹⁵⁴.

Daniel Germain et Jorge Passalacqua soulignent qu'en s'intéressant de plus en plus à des aspects autres que le déséquilibre contractuel, l'État québécois doit s'adapter et donner de nouveaux objectifs aux normes à vocation consumériste¹⁵⁵. Bourgoignie illustre cette diversité en énonçant la variété des disciplines juridiques qui, par certaines de leurs normes, intéressent directement le droit de la consommation. Il cite ainsi le droit des obligations, le droit économique et le droit commercial, le droit

¹⁵⁴Voir notamment Bourgoignie, *Éléments*, *supra* note 14.

¹⁵⁵Germain et Passalacqua, « Une mission essentielle », *supra* note 55 à la p 29 : « [O]nt incité l'État québécois à s'intéresser progressivement à des aspects autres que le déséquilibre contractuel. Le législateur a donc prévu des normes de qualité des biens et des services. Ces normes poursuivent deux objectifs, soit la sécurité et la durabilité ».

administratif, le droit bancaire, le droit de la concurrence, le droit de la procédure civile, le droit pénal, le droit fiscal, et le droit du travail. L'auteur retient notamment les normes relatives à la formation et la validité des contrats; à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle; à la loyauté des pratiques de commerce et méthodes de vente; à la concurrence et l'organisation du marché; aux relations avec les fournisseurs de services publics ou d'intérêt général; à la surveillance du marché et aux procédures judiciaires; aux recours collectifs; et aux modes alternatifs de règlement de litiges¹⁵⁶.

Partout dans le monde, une telle transversalité caractérise le droit de la consommation. Il rassemble des normes juridiques diverses à partir de ce qui constitue sa raison d'être : la promotion des intérêts du consommateur.

Au Canada, la dispersion des normes se trouve démultipliée par la répartition des compétences entre les niveaux fédéral et provincial.

Déjà au début des années 1980, Claude Masse estimait que le droit québécois de la consommation était constitué de 225 lois ou règlements fédéraux ou provinciaux¹⁵⁷.

Ce corpus normatif extrêmement éparpillé entraîne lui-même une vaste dispersion institutionnelle : un grand nombre d'organismes gouvernementaux et ministères différents, certains relevant du gouvernement provincial, et d'autres, du fédéral, se partagent actuellement les compétences et les responsabilités dans le secteur de la consommation. À titre d'exemple, les principaux organismes responsables de diverses questions touchant la protection du consommateur au Québec se trouvent au ministère de la Justice, à l'Office de la protection du consommateur et à l'Office des professions; la Régie du bâtiment relève du ministère du Travail; la Direction

¹⁵⁶Bourgoignie, « Est-il encore nécessaire ? » *supra* note 5.

¹⁵⁷Claude Masse, *Droit de la consommation : Introduction générale*, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1982-1983 à la p 2 [Masse, *Droit de la consommation*].

générale de la santé animale et de l'inspection des aliments est rattachée au ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation; l'Autorité des marchés financiers dépend du ministère des Finances et de l'Économie; la Commission des transports du Québec fait partie du ministère des Transports; la Régie du logement du Québec est sous la responsabilité du ministère des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire¹⁵⁸.

Au niveau fédéral, la compétence est principalement centrée sur les sujets énoncés dans l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁵⁹(A). Au niveau provincial, la compétence en matière de protection du consommateur se rapporte essentiellement à l'aspect contractuel des activités du consommateur sur le marché (B).

A. Les compétences fédérales

Les normes constitutionnelles traitant du partage des pouvoirs sont-elles assez précises pour déterminer les compétences qui dans le vaste domaine de la protection du consommateur, relèvent des différents paliers gouvernementaux¹⁶⁰ ?

Harold Buchwald résume la répartition des compétences comme suit :

[i]n simplified terms, the Canadian constitution, the British North American Act divides the regulation of our legal order into two main heads: (a) « Property and civil rights», the regulation of which are reserved exclusively unto each of the provinces; (b) «Peace, order and good government» which is the preserve of the central or federal government in Ottawa¹⁶¹.

¹⁵⁸Cette liste énumérative provient du site Web du gouvernement du Québec, Portail Québec (15 octobre 2012), en ligne : Gouvernement du Québec : < <http://www.gouv.qc.ca/portail/quebec/pgs/commun/?lang=fr>>.

¹⁵⁹*Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 30.

¹⁶⁰Sur le partage de compétences, voir Gerald-Armand Beaudoin, *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990.

¹⁶¹Harold Buchwald, « Consumer Protection in the Community: The Canadian Experience-An Overview » (1978) 2 Can Bus LJ182 à la p 185. Voir aussi Jean Leclair, « L'interface entre le droit

Ainsi, le droit constitutionnel canadien dont en particulier la *Loi constitutionnelle de 1867* répartit la compétence législative entre d'une part, le Parlement du Canada et d'autre part, les Assemblées législatives des provinces¹⁶². Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribuent, souvent de manière exclusive, au Parlement du Canada ou à l'Assemblée législative de chacune des provinces, le pouvoir de légiférer sur toutes les questions concernant les catégories de sujets qui y sont énumérés.

L'article 91 détermine les matières appartenant à la sphère de compétences du gouvernement fédéral, dont font partie, par exemple, les échanges et les commerces¹⁶³, les banques, l'incorporation de ces dernières ainsi que l'émission du papier-monnaie¹⁶⁴. L'article 92, et plus particulièrement son alinéa 13, prévoit entre autres que la propriété et les droits civils relèvent des pouvoirs provinciaux.

Le partage constitutionnel de compétences présente un équilibre manifestement délicat, qui reste imprégné d'un haut degré d'incertitude quant aux limites des pouvoirs des différents paliers gouvernementaux. Selon le régime constitutionnel canadien, c'est au pouvoir judiciaire qu'incombe la responsabilité ultime de l'interprétation de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, lorsque les cours contemplent la validité constitutionnelle d'une loi, il est « de leur devoir de préciser dans quelle mesure chaque législature est habilitée à traiter des matières tombant dans ses catégories de sujets et de définir en l'espèce les limites de leurs pouvoirs

commun privé provincial et les compétences fédérales « attractives » dans *Un cocktail de droit d'auteur/A Copyright Cocktail*, Thémis, Montréal, 2007, 25.

¹⁶²Au Canada, les cours de droit commun sont garants de l'ordre constitutionnel. Voir André Braën, « La santé et le partage des compétences au Canada » dans Tom McIntosh, Pierre-Gerlier Forest & Gregory Marchildon, eds, *The Governance of Health Care in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, 24.

¹⁶³*Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 30, art 91(2).

¹⁶⁴*Ibid* art 91(15).

respectifs»¹⁶⁵. Vu l'insuffisance des dispositions constitutionnelles traitant du partage de compétences, les principes d'interprétation représentent des outils jurisprudentiels importants pour les juges¹⁶⁶, les amenant à considérer l'intention fédérative à la base du système politique et juridique canadien. La législation provinciale est souvent interprétée de façon circonscrite aux matières spécifiées.

Selon Claude Masse¹⁶⁷, « cette répartition de pouvoirs annonce des querelles juridiques sans fin, en matière de consommation dans presque tous les secteurs ». En 1881, quatorze ans après l'adoption de *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour suprême du Canada (CSC) décida que les échanges et le commerce à l'intérieur d'une province, puisque fondés sur le contrat et étant ainsi du ressort du droit privé, relevaient de la compétence provinciale selon l'article 92(13)¹⁶⁸. Les provinces se voient ainsi reconnaître en principe le pouvoir d'intervention législative dans toutes les étapes de la production et de la commercialisation des produits et des services ainsi que dans tous les aspects liés au commerce, y compris la qualité.

À partir de domaines de responsabilité spécifiques prévus dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux ont attribué à l'un ou à l'autre palier de gouvernement les nouveaux domaines, alors méconnus. S'il était déjà difficile en 1867 de distinguer les questions économiques nationales et celles concernant la propriété et les droits civils à l'intérieur de la province¹⁶⁹, l'évolution progressive des relations économiques contemporaines a rendu la tâche encore plus ardue.

¹⁶⁵ *Citizens Insurance Co v Parsons* (1881), AC 96, à la p 110.

¹⁶⁶ Voir Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3^e éd, Montréal, Yvon Blais, 1997 et Peter W Hogg, *Constitutional Law in Canada*, Student Edition, Toronto, 2001.

¹⁶⁷ Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 58. Masse affirme en effet que certains domaines qui allaient plus tard être reconnus comme faisant partie du droit de la consommation furent acceptés comme relevant du pouvoir fédéral depuis l'Acte de 1867, tels que les poids et mesures à l'art 91(17), les lettres de change et les billets à ordre à l'art 91(18) et l'intérêt de l'argent à l'art 91(19), parmi d'autres.

¹⁶⁸ *Citizens Insurance Co c Parsons*, *supra* note 165.

¹⁶⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 30, para 92(13).

De par sa compétence réglementaire très large, le gouvernement fédéral intervient sur plusieurs questions intéressant directement la protection du consommateur, telles que la concurrence, la sécurité et la qualité des produits, les activités bancaires, les services de télécommunication et divers autres secteurs.

La concurrence

Selon le Bureau de la consommation d'Industrie Canada¹⁷⁰, au palier fédéral, la *Loi sur la concurrence*¹⁷¹ est le principal mécanisme de protection des consommateurs. L'objet premier de la loi est de réguler la puissance de marché des entreprises. Dans sa deuxième partie, elle interdit la publicité trompeuse ainsi que les pratiques commerciales trompeuses (y compris le télémarketing trompeur), tout en prohibant les systèmes de commercialisation à paliers multiples, les ventes pyramidales, le double étiquetage et d'autres pratiques contraires à une concurrence équitable entre entreprises et aux intérêts des consommateurs.

L'approche dominante en droit de la concurrence reste celle de l'efficacité économique du marché, laquelle profite certes aux consommateurs. Par exemple, les restrictions non justifiées de l'offre se traduisent le plus souvent par des hausses de prix au préjudice des consommateurs. Les actes de concurrence déloyale entre entreprises risquent aussi de porter atteinte à la capacité de choix des consommateurs et à leurs intérêts économiques. Bourgoignie soutient ainsi que plusieurs outils d'intervention en droit de la concurrence aident à la mise en œuvre de certains des

¹⁷⁰Roger Tassé, Maxime Faille et Gowling Lafleur Henderson, « Protection des consommateurs en ligne: une étude sur la compétence réglementaire au Canada » réalisée pour le Bureau de la consommation d'Industrie Canada, juillet 2001, La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

¹⁷¹*Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34; *Loi sur la concurrence*, LC 1986, c 26 [LC].

droits fondamentaux du consommateur, tels que le droit à l'information¹⁷². En cherchant à assurer une concurrence loyale, le droit de la concurrence rejoint les préoccupations du droit de la consommation

dans le souci de renforcer les conditions de la transparence des marchés, et notamment d'informer et de renseigner le consommateur précontractant, d'éliminer les entraves non justifiées à l'offre et aux échanges, de renforcer les normes de loyauté dans le comportement des entreprises concurrentes, d'interdire les accords restrictifs de la concurrence et de sanctionner les abus de position dominante¹⁷³.

Il n'en reste pas moins, poursuit l'auteur, que le droit de la consommation constitue un ensemble normatif distinct du droit de la concurrence. Son objectif est différent - promouvoir et protéger les intérêts du consommateur au sein du système économique et ses outils principaux relèvent de la régulation plus que de l'information. Un dialogue entre le droit fédéral de la concurrence et le droit provincial de la consommation est donc utile et nécessaire dans le respect de chacune des disciplines et sphères de compétences.

La sécurité et la qualité des produits de consommation

La sécurité et la qualité des produits de consommation sont reconnues comme faisant partie des compétences du gouvernement fédéral. Jusqu'en 2010, le législateur canadien adoptait de réglementations sectorielles et dispersées en fonction des « risques présentés par certains produits à la suite d'accidents subis par les consommateurs »¹⁷⁴. Celles-ci étaient très limitées et se fondaient généralement sur l'adhésion volontaire de la part des acteurs économiques. La réglementation de

¹⁷²Thierry Bourgoignie, « Préface » dans Karounga Diawara, *Le contrôle de la puissance de marché – Contribution à une approche juridique du marché*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 à la p X.

¹⁷³*Ibid* à la p XIII.

¹⁷⁴Nathalie Vézina et Françoise Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec... deux solitudes : mesures préventives et sanctions civiles des atteintes à la sécurité », (2008) 49 Cahiers de droit 57 à la p 61 [Vézina et Maniet, « Deux solitudes »]. Les auteures démontrent l'approche réactive, plutôt que préventive, adoptée par les pouvoirs publics.

référence au niveau fédéral sur le sujet était la *Loi sur les produits dangereux*¹⁷⁵, mais des normes provinciales¹⁷⁶ et même locales¹⁷⁷ couvraient aussi d'autres domaines. Les auteurs parlent du phénomène des « deux solitudes » pour illustrer cette coexistence de mesures fédérales à la fois impératives et volontaires, et de normes provinciales ou locales.

En 2010, le Canada s'est doté d'une nouvelle loi sur le sujet, la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*¹⁷⁸ (LCSPC) qui remplace dorénavant la *Loi sur les produits dangereux*. Ce texte introduit une série de pouvoirs de réglementation visant toute la chaîne d'approvisionnement des produits de consommation¹⁷⁹ depuis les fabricants et les importateurs, jusqu'aux distributeurs et aux détaillants.

L'obligation principale¹⁸⁰ imposée aux professionnels est une obligation générale de sécurité: il est interdit de fabriquer, d'importer ou de vendre tout produit de consommation ou d'en faire la publicité si ce produit présente un danger pour la santé

¹⁷⁵*Loi sur les produits dangereux*, LRC 1985, c H-3 [LPD]. Le produit qui présentait « vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité du public » (art 6 (1)) voyait son accès au marché être prohibé. Le statut de « dangereux » était défini en vertu du fait qu'il devait avoir été reconnu comme tel dans les annexes de la Loi.

¹⁷⁶Vézina et Maniet, « Deux solitudes », *supra* note 178 aux pp 70-71. Les auteures mentionnent les normes à l'égard des lieux destinés au public, comme la *Loi sur la sécurité des édifices publics*, LRQ, c S-3 et la *Loi sur le bâtiment*, LRQ, c B-11, ainsi que la *Loi sur la sécurité dans les sports*, LRQ, c S-3.1.

¹⁷⁷*Ibid* à la p 71. Comme exemple de normes qui résultent des pouvoirs délégués par les législateurs provinciaux aux autorités locales, mentionnons les règles relatives à la prévention des incendies.

¹⁷⁸*Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, LC 2010, c 21 [LCSPC].

¹⁷⁹À l'article 2, la LCSPC définit un produit de consommation comme étant « un produit — y compris tout composant, partie ou accessoire de celui-ci — dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un individu l'obtienne en vue d'une utilisation à des fins non commerciales, notamment à des fins domestiques, récréatives ou sportives. Est assimilé à un tel produit son emballage ».

¹⁸⁰L'article 14 de la LCSPC impose une obligation, en cas d'incident (mort, blessure, défectuosité,...) : « toute personne qui fabrique, importe ou vend des produits de consommation doit communiquer au ministre compétent et en aval, le cas échéant, à la personne qui lui a fourni le produit, tout renseignement relatif au produit ».

ou pour la sécurité humaine¹⁸¹, ou s'il est visé par un rappel ou par une mesure consécutive à un ordre des inspecteurs (article 7)¹⁸².

L'obligation générale de sécurité s'accompagne d'obligations accessoires tout aussi importantes pour assurer le suivi de la sécurité des produits de consommation placés sur le marché¹⁸³. La nouvelle loi met à la disposition du pouvoir public fédéral de nombreux outils lui permettant d'intervenir à toutes les étapes de la chaîne d'approvisionnement; le champ d'intervention possible des autorités chargées de la surveillance du marché est considérablement élargi et les mesures correctives sensiblement renforcées¹⁸⁴. Le régime législatif ainsi mis en place met le droit canadien en harmonie avec les réglementations relatives à la sécurité générale des produits en vigueur dans l'Union européenne et aux États-Unis¹⁸⁵.

¹⁸¹À l'article 2 de la LCSPC, le danger pour la santé ou la sécurité humaine est défini comme étant tout « [r]isque déraisonnable — existant ou éventuel — qu'un produit de consommation présente au cours ou par suite de son utilisation normale ou prévisible et qui est susceptible de causer la mort d'une personne qui y est exposée ou d'avoir des effets négatifs sur sa santé — notamment en lui causant des blessures —, même si son effet sur l'intégrité physique ou la santé n'est pas immédiat. Est notamment visée toute exposition à un produit de consommation susceptible d'avoir des effets négatifs à long terme sur la santé humaine ».

¹⁸²Voir notamment Maniet, *Nanotechnologies*, *supra* note 106.

¹⁸³Principalement : l'obligation de contrôler la sécurité du produit en amont de sa mise sur le marché, celle d'informer le consommateur sur les risques liés à l'utilisation du produit, l'obligation d'accompagner le produit d'un modes d'emploi, d'avertissements ou de mises en garde, l'obligation d'assurer le suivi du contrôle de la sécurité du produit tout au long de sa commercialisation, celle de notifier aux autorités publiques compétentes tout risque ou danger constaté, l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin au risque constaté, y compris le retrait ou le rappel du produit, et l'obligation de coopérer avec les autorités chargées de la surveillance du marché.

¹⁸⁴Les articles 31 et 32 octroient au ministre de la Santé, respectivement, les pouvoirs d'ordonner le rappel du produit, d'en ordonner la cessation de la commercialisation ou d'imposer toute mesure nécessaire dans plusieurs cas. Les articles 41 et suivants prévoient une amende maximale de 5 000 000 \$ et un emprisonnement maximal de 2 ans ainsi que plusieurs sanctions administratives de nature pécuniaire.

¹⁸⁵Françoise Maniet souligne que l'entrée en vigueur de la Loi permet au droit canadien de faire un bond en avant considérable en matière de protection de la santé et de la sécurité physique des consommateurs, tout en expliquant que certaines lacunes subsistent. . D'abord, tous les produits destinés à l'exportation ne sont pas couverts. Ensuite, on peut constater un manque de cohérence entre la nouvelle réglementation et les normes de la protection de l'environnement. Aussi, l'auteure souligne un manque de responsabilisation des professionnels. Voir Maniet, *Nanotechnologies*, *supra* note 106 aux pp 100-05.

La place importante qu'occupe dorénavant la loi fédérale sur la sécurité des produits de consommation n'empêche pas, nous le verrons ci-dessous, le maintien, au niveau provincial, de multiples compétences dans le domaine de la qualité et de la sécurité des produits de consommation, notamment des produits alimentaires.

Les banques

Lacoursière utilise l'exemple éloquent de la querelle juridique actuelle visant à déterminer si les banques devraient être assujetties aux règles de la LPC afin de démontrer l'extrême complexité qui peut prévaloir en cas de partage des compétences constitutionnelles¹⁸⁶. Cette controverse s'explique par le fait que les banques relèvent des compétences fédérales¹⁸⁷ alors que la LPC est une loi provinciale. Ainsi, en matière de contrats de crédit, la question de l'assujettissement des banques aux lois provinciales de protection du consommateur est loin de faire l'unanimité.

Les intérêts relatifs aux prêts d'argent¹⁸⁸ sont réglementés par la *Loi sur l'intérêt*¹⁸⁹, par le *Code criminel*¹⁹⁰ et la *Loi sur les prêts aux petites entreprises du Canada*¹⁹¹. Cependant, une proportion importante de la jurisprudence¹⁹² affirme que l'existence dans les lois fédérales, de normes en matière d'intérêts n'empêche pas les banques au Québec d'être soumises aux normes de la LPC concernant les prêts faits aux consommateurs et de les respecter. La LPC établit des critères permettant de

¹⁸⁶ L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p. 8.

¹⁸⁷ *Loi sur les banques*, LC 1991, c. 46.

¹⁸⁸ Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 aux pp. 244-45.

¹⁸⁹ *Loi sur l'intérêt*, LRC 1985, c. I-15.

¹⁹⁰ *Code criminel*, LRC 1985, c. C-46.

¹⁹¹ *Loi sur les prêts aux petites entreprises du Canada*, LC 1998, c. 36.

¹⁹² *Banque de Montréal c. Nadon*, [1990] RJQ 880 (CQ); *Caisse populaire de Charlesbourg c. Roy*, JE 90-1086 (CQ); *Banque de Nouvelle-Écosse c. Savard*, [1990] RJQ 1707 (CQ); *Banque de Montréal c. Côté*, [1975] CS 753; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Richard*, [1983] CS 11 97. Pour une décision dans laquelle on a manifesté une opinion contraire, voir : *Banque canadienne Impériale de Commerce c. Girard*, JE 86-208 (CP).

considérer un prêt d'argent comme un contrat de crédit¹⁹³ et dans ce cas, des normes spéciales s'appliquent¹⁹⁴. Ainsi, en dépit du fait que les activités des banques relèvent du gouvernement fédéral, leurs pratiques et leurs contrats sont tout de même soumis à la LPC. Le contrat de prêt d'argent est donc simultanément régi par les deux paliers gouvernementaux, les intérêts étant régulés par la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁹⁵ et les autres aspects contractuels étant soumis à la loi provinciale. Ainsi, même si les compétences du fédéral et du provincial sont définies comme étant « exclusives » dans la *Loi constitutionnelle*¹⁹⁶, les interprétations de cette clause constitutionnelle ont permis à diverses compétences fédérales d'avoir une incidence sur d'autres, provinciales. Cette incidence n'implique toutefois qu'un effet auxiliaire entre les lois concernées. À ce propos, L'Heureux et Lacoursière affirment que la plus grande difficulté réside dans la difficulté de délimiter jusqu'où la juridiction fédérale s'applique en matière de composantes du coût d'une opération à crédit¹⁹⁷. L'assujettissement des coopératives de services financiers¹⁹⁸ à la LPC n'entraîne quant à lui aucune discussion, étant déjà explicité à l'article 3 de cette même loi.

Ce même thème souleva également une certaine polémique au Brésil. En effet, les banques soutenaient qu'elles n'étaient pas soumises à la loi brésilienne de protection du consommateur, sous prétexte que la disposition légale du Code brésilien de la protection du consommateur¹⁹⁹ définissant les banques comme étant des fournisseurs de services serait inconstitutionnelle. Après de nombreux recours en justice, une action entamée par la Confédération nationale des industries financières en 2001 et

¹⁹³Selon l'art 2 de la LPC, s'il s'agit d'un contrat conclu entre un commerçant dans le cadre de son commerce et un consommateur.

¹⁹⁴LPC, *supra* note 8, art 66 et ss.

¹⁹⁵*Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 30, art 91(19).

¹⁹⁶*Ibid*, art 91(15) et art 92(13).

¹⁹⁷L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 245.

¹⁹⁸Les compagnies de fiducie, les caisses populaires et les autres établissements qui prêtent au consommateur. Voir la *Loi sur les coopératives de services financiers*, LRQ, c C-67.3.

¹⁹⁹*Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de defesa do consumidor, [CDC].*

visant à déterminer l'anticonstitutionnalité fut enfin résolue en décembre 2006 par la Cour suprême fédérale²⁰⁰. Dans sa décision, la Cour considère que l'article 3 (paraphe 2) du Code brésilien de la protection du consommateur est constitutionnel, venant ainsi mettre un terme définitif au débat et allant à l'encontre de l'argumentation avancée par les banques. Cet article du code brésilien définit un service comme étant « toute activité fournie sur le marché de consommation en échange de rémunération, y compris celles de la nature des opérations bancaires, financières, de crédit et d'assurance, sauf celles résultant des relations de travail » [notre traduction]. Par conséquent, les banques sont dorénavant qualifiées de fournisseurs de services, ce qui établit du même coup entre elles et les consommateurs (leurs clients) une relation de consommation. De fait, elles sont tenues de façon claire, d'obéir aux règles contenues dans le Code brésilien de la protection du consommateur²⁰¹.

Au Québec, depuis quelques années, la polémique entourant la question de savoir si la LPC s'applique aux institutions financières a fait son chemin jusqu'en cour²⁰² :

[a]s for consumers who are victims of inappropriate practices, they do not know whether to go to their provincial protection regulator, to the Financial Consumer Agency of Canada or elsewhere, because no one apparently has clear jurisdiction or the extensive know-how required to understand our payments system and propose solutions²⁰³.

²⁰⁰ Il s'agit du « Supremo Tribunal Federal ».

²⁰¹ STF, ADIn 2.519/DF, rel. Min. Eros Grau.

²⁰² L'Heureux et Lacoursière dressent une liste des décisions portées en appel devant la Cour d'appel du Québec : *Marcotte c Banque de Montréal*, JE 2009-1225, EYB 2009-160507, 2009 QCCS 2764 (CS) (en appel), para 357; *Adams c Banque AMEX du Canada*, JE 2009-1226, EYB 2009-161006, 2009 QCCS 2695; *Option consommateurs c Banque Canadian Tire*, JE 2007-77, EYB 2006-111024 (CS); *Bibaud c Banque Nationale du Canada*, JE 2007-76, EYB 2006-111025, 2006 QCCS 5352. L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 187.

²⁰³ Public Interest Advocacy Centre (PIAC), *All along the watchtower: seeking the future of Canada's payments system Comments addressed to the Task Force for the Payments System Review*, Ottawa, 2010, en ligne: <www.piacca/files/watchtower_final.pdf>.

Les télécommunications

Les services de télécommunications²⁰⁴ représentent un autre secteur régi tant par le palier gouvernemental fédéral que provincial²⁰⁵. Ce secteur relève du fédéral car, entre autres, il est essentiel à toute économie nationale de disposer d'une bonne infrastructure dans ce domaine²⁰⁶. De plus, un système intégré de communications constitue un puissant instrument de promotion de l'identité canadienne. D'un autre côté, l'impact des communications modernes est d'une telle importance qu'un contrôle provincial s'est rapidement avéré nécessaire pour laisser les provinces préserver leur caractère distinctif²⁰⁷.

Selon la jurisprudence, les critères définissant les compétences fédérales, établis par les paragraphes 10(a) et (b) de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ne se fondent pas sur le mode de transport ou de communication. Le paramètre permettant de départager les compétences fédérales des compétences provinciales en matière de transports et de communication est plutôt celui de savoir si les entreprises de transport ou de communication impliquent soit un intérêt interprovincial ou international, soit uniquement un intérêt local²⁰⁸. Les compétences fédérales en

²⁰⁴On entend par télécommunications les communications d'un appareil à un autre, alors que la radiodiffusion consiste en une émission, sur les ondes, d'un message par un émetteur vers plusieurs récepteurs.

²⁰⁵Voir généralement Bohdan Romaniuk et Hudson Janisch, « Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition? » (1986) 18 Ottawa L Rev 561.

²⁰⁶Les deux plus grandes compagnies de télécommunications au Canada (*Bell Canada*, dont les activités sont concentrées en Ontario et au Québec et la *British Columbia Telephone Company*) furent à l'origine constituées par des lois fédérales en vertu de l'article 92(10) de la Constitution, c'est-à-dire grâce au pouvoir déclaratoire fédéral en réponse aux questions d'intérêt général: *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 30, para 92(10) (c): « les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, sont, avant ou après leur réalisation, déclarés par le Parlement du Canada d'intérêt général pour le pays ou d'intérêt multiprovincial ».

²⁰⁷Voir Gil Rémillard, « Le partage des compétences législatives en matière de radio-télécommunication » (1973) 14 Cahiers de droit 299.

²⁰⁸En 1905 dans l'affaire *Toronto Corporation v Bell Telephone Co* (AC 52), il fut statué que les pouvoirs fédéraux englobent non seulement les aspects interprovinciaux et internationaux des entreprises de communications, mais aussi leurs services purement locaux, fonctionnellement intégrés aux éléments interprovinciaux ou internationaux, le critère déterminant étant la nature du service en cause. Dans l'affaire *AG Ont v Winner* [1954], AC 541, le tribunal a soutenu que, dès qu'il est prouvé

matière de télécommunications ne sont pas limitées aux aspects matériels et atteignent aussi la réglementation du contenu²⁰⁹.

En 1978, la Cour suprême du Canada a reconnu l'application de la LPC dans une cause visant à interdire la diffusion d'une publicité destinée aux enfants par l'entreprise *Kellogg's Co of Canada*²¹⁰. Cette loi est provinciale et les dispositions concernées dans cette affaire touchaient des questions de télécommunications (la publicité). Toutefois, la majorité des juges du plus haut tribunal du pays souligna que la protection du consommateur fait partie des compétences provinciales en vertu du paraaphe 13 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'il s'agit d'une « matière de nature locale et privée ». La validité d'un tel contrôle par le gouvernement provincial du contenu des communications fut ensuite confirmée dans l'arrêt *Irving Toy Ltd c Québec (PG)*²¹¹.

Les autres secteurs

D'autres lois fédérales de portée générale sont appelées à jouer un rôle important dans la protection du consommateur, principalement en matière de publicité trompeuse, de fraude et d'autres pratiques allant à l'encontre de l'ordre public. Les législations suivantes concernent par exemple différents aspects de la protection du consommateur: la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de*

qu'une entreprise montre un intérêt interprovincial suffisant, elle est alors soumise aux pouvoirs fédéraux.

²⁰⁹ *Re CFRB and AG for Canada*, [1973] 3 OR 819 (Cour d'appel de l'Ontario); *Régie des services publics v Dionne* [1978] 2 RCS 191; *Capital Cities Communications Inc v Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 SCR 141. Voir cependant *Barrie Public Utilities c Assoc Canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 RCS 476. La Cour suprême du Canada a conclu que dans le cas des compagnies d'électricité sous juridiction provinciale, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes n'a pas le pouvoir de fixer les modalités d'accès aux structures de soutien (para 43(5) de la *Loi sur les télécommunications*, LC 1993, c 38).

²¹⁰ *Kellogg's Co of Canada*, supra note 132.

²¹¹ *Irving Toy Ltd c Québec (PG)* [1989] 1 RCS 929.

*consommation*²¹², la *Loi sur l'étiquetage des textiles*²¹³, le *Code criminel*²¹⁴, la *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*²¹⁵, la *Loi concernant la Commission canadienne du lait*²¹⁶, la *Loi sur le ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire*²¹⁷, la *Loi sur le ministère de la Consommation et des Corporations*²¹⁸, la *Loi sur les aliments et drogues*²¹⁹, la *Loi sur les transports au Canada*²²⁰, la *Loi sur le transport aérien*²²¹, la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*²²², la *Loi sur le droit d'auteur*²²³, la *Loi sur les explosifs*²²⁴, la *Loi sur les lettres de change*²²⁵, la *Loi sur les marques de commerce*²²⁶, la *Loi sur les normes des produits agricoles canadiens*²²⁷, la *Loi sur les petits prêts*²²⁸, la *Loi portant modification et abrogation de la Loi sur les petits prêts et modifiant le Code criminel*²²⁹, la *Loi sur la mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*²³⁰, la *Loi sur les poids et mesures*²³¹, la *Loi sur les produits agricoles au Canada*²³², la *Loi*

²¹²*Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, LRC 1985, c C-38.

²¹³*Loi sur l'étiquetage des textiles*, LRC (1985), c T-10.

²¹⁴*Code criminel*, supra note 190.

²¹⁵*Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, LC 1997, c 6.

²¹⁶*Loi concernant la Commission canadienne du lait*, LRC 1985, c C-15.

²¹⁷*Loi sur le ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire*, LRC 1985, c A-9.

²¹⁸*Loi sur le ministère de la Consommation et des Corporations*, LRC 1985, c C-37.

²¹⁹*Loi sur les aliments et drogues*, LRC 1985, c F-27.

²²⁰*Loi sur les transports au Canada*, LC 1996, c10.

²²¹*Loi sur le transport aérien*, LRC 1985, c C-26.

²²²*Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, LRC 1985, c A-16.

²²³*Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42.

²²⁴*Loi sur les explosifs*, LRC 1985, c E-17.

²²⁵*Loi sur les lettres de change*, LRC 1985, c B-4.

²²⁶*Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c T-13.

²²⁷*Loi sur les normes des produits agricoles canadiens*, LRC 1985, c A-7.

²²⁸*Loi sur les petits prêts*, SRC 1970, c S-11.

²²⁹*Loi portant modification et abrogation de la Loi sur les petits prêts et modifiant le Code criminel*, LC 1980-81-82-83, c 43.

²³⁰*Loi sur la mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*, LC 1996, c 17.

²³¹*Loi sur les poids et mesures*, LRC 1985, c W-6.

²³²*Loi sur les produits agricoles au Canada*, LC 1988, c 27.

sur la sécurité automobile²³³, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques²³⁴, la Loi sur le tabac²³⁵.

B. Les compétences provinciales²³⁶

Selon Peter Hogg, les compétences provinciales prévues dans le 13^e alinéa de l'article 92 de la Constitution, intitulé « la propriété et les droits civils dans la province », ont une portée très large et une importance primordiale²³⁷. Elles comprennent par exemple l'essentiel du droit privé en matière de propriété, de contrats et de délits ainsi que leurs nombreux dérivés. L'auteur affirme qu'en réalité, le conseil privé s'est servi de ce paragraphe pour réussir à attribuer aux provinces les pouvoirs résiduels²³⁸. De manière générale, donc, le droit privé relève de la compétence provinciale. Conséquemment, les contrats, tout comme les questions liées à la responsabilité, sont de compétences provinciales.

D'autres secteurs intéressant directement ou indirectement la protection du consommateur dépendent aussi de la compétence provinciale.

Dans le domaine du contrôle de qualité et de la sécurité, citons la *Loi sur les véhicules hors route*²³⁹, *Loi sur les produits alimentaires*²⁴⁰, la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles*²⁴¹, la *Loi sur le transport*²⁴², la *Loi sur les établissements*

²³³ *Loi sur la sécurité automobile*, supra note 107.

²³⁴ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000, c 5.

²³⁵ *Loi sur le tabac*, LC 1997, c 13.

²³⁶ Marie-Ève Arbour et Caroline Plante, « Le consommateur de services publics » (2008) 49 Cahiers de droit 27 à la p 33 [Arbour et Plante, « Le consommateur de services publics »]. Selon les auteures, « (l)'impact de la structure fédérale canadienne sur la dynamique contractuelle est ici conditionné par le partage des compétences entre l'instance fédérale et celle des provinces, dont le Québec ».

²³⁷ Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd, Toronto, Carswell, 1985 à la p 370.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Loi sur les véhicules hors route*, LRQ, c V-1.2.

²⁴⁰ *Loi sur les produits alimentaires*, LRQ, c P-29.

²⁴¹ *Loi sur la mise en marché des produits agricoles*, LRQ, c M-35.

d'hébergement touristique²⁴³, la Loi concernant les services de transport par taxi²⁴⁴, la Loi sur les matériaux de rembourrage et les articles rembourrés²⁴⁵, la Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la dispositions des cadavres²⁴⁶, la Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance²⁴⁷, la Loi sur les produits et équipements pétroliers²⁴⁸, le Code des professions²⁴⁹ et la Loi sur le bâtiment²⁵⁰, parmi d'autres. Sur le thème de la protection financière, retenons la Loi d'assurance dépôt²⁵¹, la Loi sur le courtage immobilier²⁵², la Loi sur la distribution de produits et services financiers²⁵³, la Loi sur les valeurs mobilières²⁵⁴, la Loi sur l'autorité des marchés financiers²⁵⁵, la Loi sur les coopératives de services financiers²⁵⁶. En outre dans le domaine du contrôle des marchés et des prix, mentionnons la Loi sur les loteries, les courses, les concours publicitaires et les appareils d'amusement²⁵⁷, la Loi sur les assurances²⁵⁸, la Loi sur le tabac²⁵⁹, la Loi sur les permis d'alcool²⁶⁰, la Loi sur la Régie de l'énergie²⁶¹, la Loi sur les produits agricoles, les produits marins et les

²⁴²Loi sur le transport, LRQ, c T-12.

²⁴³Loi sur les établissements d'hébergement touristique, LRQ, c E-14.2.

²⁴⁴Loi concernant les services de transport par taxi, LRQ, c S-01.

²⁴⁵Loi sur les matériaux de rembourrage et les articles rembourrés, LRQ, c M-5.

²⁴⁶Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres, LRQ, c L-0.2.

²⁴⁷Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance, LRQ, c C-8.2.

²⁴⁸Loi sur les produits et équipements pétroliers, LRQ, c P-29.1.

²⁴⁹Code des professions, supra note 102.

²⁵⁰Loi sur le bâtiment, supra note 176.

²⁵¹Loi d'assurance dépôt, LRQ, c A-26.

²⁵²Loi sur le courtage immobilier, LRQ, c C-73-2.

²⁵³Loi sur la distribution de produits et services financiers, LRQ, c D-9.2.

²⁵⁴Loi sur les valeurs mobilières, LRQ, c V-1.

²⁵⁵Loi sur l'autorité des marchés financiers, LRQ, c A-33.2.

²⁵⁶Loi sur les coopératives de services financiers, LRQ, c C-67.3.

²⁵⁷Loi sur les loteries, les courses, les concours publicitaires et les appareils d'amusement, LRQ, c L-6.

²⁵⁸Loi sur les assurances, LRQ, c A-38.

²⁵⁹Loi sur le tabac, LRQ, c T-0.01.

²⁶⁰Loi sur les permis d'alcool, LRQ, c P-9.1.

²⁶¹Loi sur la Régie de l'énergie, LRQ, c R-6.01.

*aliments*²⁶² et la *Loi sur la Régie du logement*²⁶³. Sur le thème de la protection de la vie privée, signalons la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*²⁶⁴, la *Loi sur les agences d'investigation ou de sécurité*²⁶⁵ et la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²⁶⁶.

En dépit du fait que la *Loi sur la protection du consommateur* soit considérée comme étant la « pièce maîtresse »²⁶⁷ de la réponse juridique québécoise aux problèmes générés par l'émergence du contrat d'adhésion, Pierre-Claude Lafond remarque que la diversité des lois composant le droit québécois de la consommation provoque une telle coexistence d'approches différentes et de régimes variés de protection selon les lois en cause qu'il devient difficile pour le consommateur de s'y retrouver²⁶⁸.

Trois lois provinciales sont, en plus de la LPC, sous la responsabilité exclusive de l'Office de la protection du consommateur²⁶⁹: la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*²⁷⁰, la *Loi sur les agents de voyage*²⁷¹ et la *Loi sur le recouvrement de certaines créances*²⁷². En plus de tenter de garantir au consommateur une protection accrue grâce à l'adoption de ces lois particulières, le législateur a voulu assurer dans ces trois secteurs de l'économie un plus grand contrôle administratif en donnant à l'OPC le mandat d'en surveiller l'application.

Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture

²⁶² *Loi sur les produits agricoles, les produits marins et les aliments*, LRQ, c P-29.

²⁶³ *Loi sur la Régie du logement*, LRQ, c R-8.1.

²⁶⁴ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, LRQ, c P 39-1.

²⁶⁵ *Loi sur les agences d'investigation ou de sécurité*, LRQ, c A-8.

²⁶⁶ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, LRQ, C-1.1.

²⁶⁷ Jean-Guy Belley, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat » dans Lafond, *Mélanges Claude Masse*, *supra* note 20, 119 à la p 124 [Belley, « Archétype »].

²⁶⁸ Lafond, « Contours », *supra* note 298 à la p 587.

²⁶⁹ LPC, *supra* note 8, art 292(a).

²⁷⁰ *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, LRQ, c A-23.001.

²⁷¹ *Loi sur les agents de voyages*, *supra* note 105.

²⁷² *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, LRQ, c R-22.

Selon la définition légale, un contrat « conclu du vivant d'une personne et qui a pour objet des services funéraires à fournir à cette personne au moment de son décès ou en rapport avec ce décès, moyennant paiement partiel ou total à effectuer avant le décès » est un contrat d'arrangement préalable de services funéraires²⁷³. Les services funéraires sont définis comme étant « les biens et les services requis avant l'inhumation ou la crémation d'une personne décédée, ainsi que l'inhumation ou la crémation et les autres biens ou services fournis en conséquence ou en rapport avec le décès, à l'exception d'une sépulture et de son entretien »²⁷⁴. Quant à lui, le contrat d'achat préalable de sépulture a « pour objet l'achat d'un droit d'utilisation ou l'achat de services d'entretien d'une sépulture destinée à recevoir les restes d'une ou de plusieurs personnes, non décédées au moment de l'achat, moyennant un paiement total ou partiel à effectuer avant le décès »²⁷⁵. En résumé, la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture* protège les sommes versées par les acheteurs d'arrangements préalables, en prévoyant l'obligation de déposer en fiducie 90 % du prix des biens et services fournis au moment du décès et en obligeant le commerçant à ajuster les sommes déposées en fiducie selon l'évolution de l'inflation. Comme il s'agit de contrats de consommation, toutes les mesures de protection prévues tant dans la LPC et dans le CcQ sont applicables aux contrats d'arrangements préalables de services funéraires et de sépulture.

²⁷³ *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, supra note 270317, art 2(2).

²⁷⁴ *Ibid*, art 2(3).

²⁷⁵ *Ibid*, art 2(4).

Loi sur les agents de voyages

La *Loi sur les agents de voyages*²⁷⁶ oblige tout agent de voyages à posséder un permis²⁷⁷. Pour devenir titulaire de ce permis, le demandeur doit remplir certaines conditions. Marc Lacoursière et Nicole L'Heureux soutiennent que « le rôle, la qualification et la responsabilité de l'agent de voyages varient selon la nature des services offerts »²⁷⁸, mais ses obligations principales sont notamment d'informer le consommateur, de le conseiller, d'assurer sa sécurité et de lui prêter assistance²⁷⁹.

La LPC oblige les agents à déposer un cautionnement proportionnel à leur chiffre d'affaires et exige qu'ils perçoivent et remettent les contributions de leurs clients au Fonds d'indemnisation des clients des agents de voyages, dont la gestion incombe à l'OPC. Les activités administratives des agents de voyage sont ainsi gérées par *Loi sur les agents de voyages*²⁸⁰. Le contrat de voyage étant un contrat de consommation, il entre donc dans le champ d'application de la LPC. Les dispositions de celle-ci s'y appliquent donc, sauf les normes à l'égard de contrats de service à exécution successive et les normes concernant les sommes transférées en fiducie, en vertu des règles particulières contenues dans les articles 16²⁸¹ et 17²⁸² du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur* (RLPC). De plus, les normes du CcQ s'appliquent aux contrats conclus avec un agent de voyage.

²⁷⁶*Loi sur les agents de voyages*, supra note 105.

²⁷⁷*Trudeau c Entreprises Dorette Va/Go Inc*, JE 95-1381, EYB 1995-72914 (CQ).

²⁷⁸L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 403.

²⁷⁹*Ibid* à la p 408.

²⁸⁰L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 402.

²⁸¹*Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, RRQ 1981, LRQ c P-40.1, r 1, art 16: « N'est pas considéré comme un commerçant au sens de la section VI du chapitre III du titre I de la Loi, un agent de voyages au sens de la Loi sur les agents de voyage (LRQ, c A-10) et des règlements adoptés en vertu de cette loi ».

²⁸²*Ibid*, art 17: « Est exempté de l'application du titre III de la Loi, un agent de voyages qui se conforme à la Loi sur les agents de voyages et des règlements adoptés en vertu de cette loi relativement au compte en fiducie ».

Loi sur le recouvrement de certaines créances

La *Loi sur le recouvrement de certaines créances*²⁸³ prévoit des mesures d'application générale concernant le recouvrement de créances, indépendamment de la nature et du montant de la créance concernée²⁸⁴. Des règles de conduite sont donc établies pour toute personne recouvrant une créance. Cette loi établit des normes encadrant par exemple les activités des agents de recouvrement, les obligeant à verser un cautionnement et leur imposant d'obtenir un permis.

Les dispositions de la LPC ainsi que les normes du CcQ s'appliquent à de tels contrats de recouvrement de créances²⁸⁵.

§ 2. La protection du consommateur dans la *Loi sur la protection du consommateur du Québec* et dans le *Code civil du Québec*

A. La *Loi sur la protection du consommateur* de 1978 (LPC)

Comme nous l'avons dit précédemment, la première loi québécoise sur le thème de la protection du consommateur, adoptée en 1971, couvrait surtout les contrats de crédit et les ventes effectuées par des vendeurs itinérants²⁸⁶. À cette époque, des lois spécifiques règlementaient déjà certains contrats de consommation, par exemple ceux

²⁸³ *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, supra note 272.

²⁸⁴ L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 aux pp 434-35.

²⁸⁵ Au sujet des stipulations imposant les frais de recouvrement à la charge du débiteur, L'Heureux et Lacoursière affirment que leur « légalité est controversée » lorsqu'il s'agit d'un contrat régi par le CcQ. *Ibid* à la p 435.

²⁸⁶ Pierre B. Meunier, « La nouvelle loi du Québec sur la protection du consommateur – loi 72 » (1979) 8 *Meredith Mem Lect* 1 à la p 3 [Meunier, « La nouvelle loi »]. Masse et Roy affirment que « [s]euls les contrats de crédit et les contrats de vente par vendeurs itinérants étaient touchés par la nouvelle Loi ». Claude Masse et Pauline Roy, « Droit de la consommation: le difficile approvisionnement d'une réforme » dans Robert D Bureau et Pierre Mackay, dir, *Le droit dans tous ses états*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987, 337 à la p 339 [Masse et Roy, « Le difficile approvisionnement »].

établis avec des agents de voyages²⁸⁷. Sept années plus tard, une nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* (LPC) est adoptée, en remplacement de la loi de 1971 et avec un champ d'intervention beaucoup plus étendu²⁸⁸.

La LPC est constituée de deux parties, une partie générale et une partie portant sur des règles plus spécifiques. Les dispositions générales composent le premier chapitre du titre I de la LPC, constitué des articles 8 à 22²⁸⁹. Cette partie générale est donc composée de quinze articles²⁹⁰. Le troisième chapitre du titre I, intitulé « Dispositions relatives à certains contrats », est composé des normes spécifiques concernant divers types de contrats et comprend aussi les normes sur les garanties. Ce chapitre est constitué des articles 34 à 214(1). Il est divisé en huit sections différentes, chacune étant consacrée à un type distinct de contrats de consommation.

La partie générale s'applique à tous les contrats de consommation²⁹¹, tandis que la partie spéciale de la loi²⁹² règlemente d'autres types de contrats plus spécifiques. La Loi de 1978 a largement accru le nombre de ces derniers dans son champ d'application. Certains types de contrats ont été considérés comme engendrant un danger plus important pour le consommateur inexpérimenté²⁹³.

En outre, la portée de certains mécanismes comme le droit de dédit, présent à l'article 52 de la Loi de 1971, a été élargie afin de pouvoir aussi les invoquer dans le cadre de ventes faites par un vendeur itinérant (article 59), de prêts d'argent (article 73) et de contrats de location à valeur résiduelle (article 150(23)). En matière de pratiques

²⁸⁷ *Loi sur les agents de voyages*, *supra* note 105.

²⁸⁸ LPC, *supra* note 8.

²⁸⁹ *Ibid*, Titre I « Contrats relatifs aux biens et aux services »; Chapitre I « Dispositions générales ».

²⁹⁰ Remarquons que la LQ 2006, c 56 a abrogé les articles 20, 21 et 22. Voir le chapitre 3.2, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

²⁹¹ LPC, *supra* note 8, art 8 à 22.

²⁹² *Ibid*, art 34 à 214(1).

²⁹³ Comme nous l'avons signalé précédemment, il existe d'autres types de contrats régulés par diverses lois éparses. Par exemple, le contrat d'arrangements préalables de services funéraires et de sépulture, ou encore, les contrats de voyages. De son côté, le CcQ encadre le contrat d'achat par le consommateur de certains immeubles d'habitation (art 1785 à 1794)

commerciales interdites, plusieurs normes ont été alors ajoutées. Ainsi, l'interdiction de la fausse représentation aux articles 219, 200 et 238 de la LPC, les dispositions concernant la publicité trompeuse portant sur la qualité d'un bien aux articles 221 et 223 ainsi que les normes prévoyant les pratiques interdites au sujet du prix aux articles 224 et 225. Les dispositions relatives à la garantie légale et aux garanties commerciales, dont la question des recours accordés au consommateur en cas de produits défectueux, ont été introduites. Par ailleurs, le formalisme contractuel a été renforcé²⁹⁴.

La LPC a été remodelée en profondeur en 1980, puis modifiée de façon ponctuelle à de nombreuses occasions, notamment dans le secteur immobilier, avec l'entrée en vigueur en 1985 de la *Loi sur le bâtiment*²⁹⁵. Relative au secteur financier, une modification de la LPC a été effectuée en 1987 afin d'interdire aux entreprises d'envoyer par la poste des offres de crédit ou des certificats de prêts non sollicités par le consommateur. Depuis 1991, la LPC²⁹⁶ encadre les contrats de location à long terme de biens mobiliers.

1. Le champ d'application

Selon l'article 2 de la LPC, la loi régit tout contrat entre un consommateur et un commerçant ayant pour objet un bien ou un service conclu dans le cadre des activités commerciales du commerçant. Le champ d'application de la loi est donc délimité

²⁹⁴L'article 30 de la LPC stipule qu'un « contrat est valable lorsque les parties l'ont signé ». Au sujet du renforcement du formalisme contractuel, on peut trouver dans la LPC plusieurs dispositions ayant un tel effet. Nous faisons référence à l'article 80 de la LPC sur le contrat de crédit, à l'article 115 sur le contrat de prêt d'argent, à l'article 134 sur le contrat de vente à tempérament et à l'article 199 sur le contrat avec un studio prestataire de services de santé.

²⁹⁵*Loi sur le bâtiment*, supra note 176. « L'adoption de cette loi rend applicables, à une partie du domaine immobilier, certaines pratiques interdites par la LPC », selon L'Heureux et Lacoursière, supra note 84 à la p 13.

²⁹⁶Loi de 1971, supra note 7, art 3.

grâce à la notion du contrat de consommation²⁹⁷. Seulement, cette notion n'est pas définie par la LPC. On trouve plutôt cette définition dans le CcQ, « la pièce maîtresse du droit commun »²⁹⁸. L'expression « tout contrat » englobe tous les contrats de façon absolue, qu'ils soient nommés comme étant tels ou non²⁹⁹. Deux aspects distincts du contrat sont cependant soulevés dans la définition de l'article 2³⁰⁰ de la LPC, celui du caractère objectif et celui du caractère subjectif. Le premier considère l'objet du contrat : un bien ou un service. Le deuxième considère la qualité des parties au contrat.

Deux paramètres définissent fondamentalement la portée de l'application de la LPC : un critère objectif, l'objet du contrat (a) et un critère subjectif, la qualité des parties (b).

a. L'objet du contrat

En ce qui concerne leur objet, tous les contrats portant sur les biens mobiliers et les services sont soumis à la LPC, les immeubles se trouvant exclus de son champ d'application.

Article 6 : Sont exclus de l'application de la présente loi, les pratiques de commerce et les contrats concernant : b) la vente, la location ou la construction d'un immeuble, sous réserve de l'article 6, 1.

Les seules dispositions de la LPC applicables aux biens immobiliers concernent la publicité et les pratiques commerciales. À propos de cette exclusion légale, Pierre-

²⁹⁷L'Heureux et Lacousière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 39.

²⁹⁸Pierre-Claude Lafond, « Contours et ramifications de la « nouvelle » définition du contrat de consommation du Code civil du Québec » (1996) 56 *Revue du Barreau* 569 à la p 572 [Lafond, « Contours »].

²⁹⁹*Ibid* à la p 591.

³⁰⁰L'Heureux et Lacousière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 39.

Claude Lafond affirme que « [l']exclusion, par ailleurs tout à fait illogique, du secteur immobilier ne saurait être tolérée davantage dans une société de consommation où l'immeuble ou les services relatifs y sont considérés à juste titre comme des biens de consommation courante »³⁰¹.

L'auteur ajoute qu'à l'époque de l'adoption de la LPC en 1978, cette exclusion des biens immobiliers était justifiée par l'annonce selon laquelle la protection du consommateur de tels biens ferait l'objet d'une loi spécifique, loi qui n'a toutefois jamais vu le jour³⁰².

La définition de ce qui constitue un « bien meuble » s'avère donc importante³⁰³. L'article 905 du CcQ précise que « sont meubles les choses qui peuvent se transporter, soit qu'elles se meuvent elles-mêmes, soit qu'il faille une force étrangère pour les déplacer ». Les ondes ou les formes d'énergie maîtrisées par l'être humain ainsi que tous les autres biens qui ne sont pas qualifiés par la loi sont donc réputés comme étant des biens meubles³⁰⁴. La loi s'applique dans tous les cas et ce, peu importe le type de contrat, qu'il s'agisse d'un contrat de vente, d'échange, de prestation de services, de location de biens ou d'un contrat mixte de vente et de fourniture de services. Dans le cadre de la LPC, les modalités de paiement et la forme

³⁰¹Lafond, « Contours », *supra* note 298 à la p 592.

³⁰²Pierre-Claude Lafond, « Pour un code québécois de la consommation » dans Maniet, *Pour une réforme*, *supra* note 55, 169 à la p 174 [Lafond, « Pour un code québécois »].

³⁰³L'Heureux et Lacousière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 41, note 95. Les auteurs dressent une liste des décisions portant sur cette définition : *Lévesque c Chabot*, [1980] CP 400, EYB 1980-137768 (animal domestique); *Systèmes techno-pompes Inc c La Manna*, [1991] RJQ 1175, EYB 1991-95570 (CQ.), conf. [1994] R.J.Q. EYB 1993-64098 (CA.) (vente et installation d'une thermopompe) [*Systèmes techno-pompes Inc*]; *Mathieu c Banque Nationale du Canada*, J.E. 97-1049, REJB 1997-03217 (CQ) (thermopompe); *Piscines Trévi Inc c Lanthier*, JE 94-276, EYB 1994-73608 (CS.) (piscine creusée).

³⁰⁴CcQ, *supra* note 19, art 906 et 907.

du contrat³⁰⁵ ne sont pas considérées afin de déterminer s'il s'agit d'un contrat de consommation et donc, d'un contrat soumis à l'application de cette loi.

Étant donné l'absence de définition légale du terme « service », son sens usuel est retenu, soit celui d'une activité achetée ou louée au bénéfice d'une personne. Le service indique en général une prestation personnelle, ne supposant pas nécessairement la subordination de la personne qui le rend. Le service est considéré comme étant un bien meuble incorporel, une catégorie de biens définie comme regroupant les biens n'ayant pas d'existence matérielle, mais qui possèdent toutefois une valeur pécuniaire. Le service peut se présenter sous une forme intellectuelle³⁰⁶, financière³⁰⁷ ou matérielle³⁰⁸.

Bien que les paragraphes c) et d) de l'article 6 de la LPC ne soient pas en vigueur, la jurisprudence considère en général les travaux de construction ou de rénovation d'un immeuble comme étant exclus du champ d'application de la loi³⁰⁹. Le critère déterminant est celui de savoir si ce sont des travaux de rénovation ou de construction, en les évaluant dans leur ensemble³¹⁰. D'autres critères sont aussi utilisés, comme le caractère neuf ou usagé de l'immeuble et la finalité de l'acte.

³⁰⁵ À l'exception de certains contrats spécifiques pour lesquels la forme écrite est exigée, en fonction des règles de formation du contrat prévues dans les articles 23 et s.

³⁰⁶ Telle que les cours.

³⁰⁷ Telle que l'assurance et le crédit.

³⁰⁸ Telle que la réparation d'un produit, l'hôtellerie, le transport, la restauration.

³⁰⁹ Voir Luc Chamberland, « L'absence de mise en vigueur des dispositions de la loi sur la protection du consommateur qui excluent certains champs de l'application de la loi » (1983) 13 RDUS 411.

³¹⁰ 2440-0558 *Québec Inc c Barss*, 2007 QCCA 8440, EYB 2007-120668 (CA). Dans ce cas, la Cour d'appel a décidé que les travaux d'excavation étaient exclus du champ d'application de la LPC, au contraire de la décision rendue par la Cour supérieure. Demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, (*Peter Barss c 2440-0558 Québec Inc*, 2007 CanLII 50088 (CSC)): « La Cour supérieure accepte les arguments de M. Barss, réduit le montant dû à 26 000 \$ et, compte tenu des 20 000 \$ déjà payés, ordonne à M. Barss de payer à la société intimée la somme de 6 000 \$. Toutefois, elle accorde à M. Barss une somme de 5 000 \$ à titre de dommages-intérêts et de 1 000 \$ à titre de dommages-intérêts exemplaires. La Cour d'appel accueille l'appel de la société. Elle juge que la première juge ne pouvait dissocier les travaux d'excavation des autres travaux majeurs et que dans cette optique, ils auraient dû être qualifiés de travaux de construction exclus du champ d'application de

Le contrat mixte est, selon Pierre-Claude Lafond, « parfaitement envisageable »³¹¹. Il présente à la fois la vente d'un bien et la prestation d'un service ou de services de différentes natures. Lacoursière nous apprend que ce type de contrat « fait l'objet de quelques débats devant les tribunaux »³¹².

À propos de l'exclusion des services et du secteur immobilier du champ d'application de la LPC, Claude Masse avançait qu'

[il] n'y avait pas de raison toutefois pour ne pas étendre la problématique véhiculée par la protection du consommateur aux autres secteurs de la consommation, comme le secteur des services professionnels et de l'achat d'immeubles, où la vulnérabilité des consommateurs est tout aussi présente lorsqu'elle n'est pas plus flagrante³¹³.

Ainsi, certains contrats sont exclus du champ d'application de la LPC soit partiellement, soit totalement. Le législateur ne voulait pas s'immiscer de manière indue dans des domaines où d'autres lois allaient par la suite être adoptées afin d'apporter de nouvelles solutions et protections³¹⁴. C'est le cas, par exemple, des transactions régies par la *Loi sur les valeurs mobilières*³¹⁵ et celles encadrées par la *Loi sur les instruments dérivés*³¹⁶. C'est aussi le cas de certains aspects de contrats d'arrangements préalables de services funéraires étant donné que la loi spécifique³¹⁷ régissant ce type de contrat contient des dispositions particulières sur ces aspects. De plus, les services de professionnels régis par le *Code des professions*³¹⁸ sont, en

la Loi sur la protection du consommateur par l'art 6. Elle ordonne en conséquence à M. Barss de payer la somme de 62 681,42 \$ due à la société ».

³¹¹Lafond, « Contours », *supra* note 298 à la p 591.

³¹²L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 43. Selon les auteurs, la décision phare sur cette question est *Systèmes techno-pompes Inc*, *supra* note 303. Dans cette affaire, la Cour d'appel a statué que le contrat de vente et d'installation d'une thermopompe pouvait être qualifié de contrat de consommation et à ce titre soumis à la LPC.

³¹³Claude Masse, « Fondement » *supra* note 20 à la p 48.

³¹⁴Voir Meunier, « La Nouvelle Loi », *supra* note 286.

³¹⁵*Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 254.

³¹⁶*Loi sur les instruments dérivés*, LRQ, ch I-14.01.

³¹⁷*Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, *supra* note 270.

³¹⁸LQ 1973, c 43; LRQ, c C-26, *supra* note 102.

principe, exclus de la LPC³¹⁹. En outre, les contrats d'assurances et de rentes, à l'exception des contrats de crédit conclus pour le paiement d'une prime d'assurance ainsi que les contrats de vente d'électricité ou de gaz conclus avec une entreprise publique sont exclus de l'application du titre I de la LPC (contrats relatifs aux biens et aux services) et du titre III (sommes transférées en fiducie). Aussi, les articles 2, 3 et 4 du *Règlement de l'application de la Loi sur la protection du consommateur*³²⁰ excluent de la portée de la LPC certains prêts agricoles, forestiers, industriels, d'autres prêts visant la restauration résidentielle ainsi que certains prêts aux étudiants ou aux jeunes travailleurs.

Les services considérés comme étant des services publics ou essentiels³²¹ ont été exclus du champ d'application de la LPC. Sont aussi exclus de la portée de la loi les services à exécution successive fournis par un établissement d'enseignement, une commission scolaire, un cégep, une université, un ministère du gouvernement ou une école administrée par le gouvernement, par un des ses ministères ou par une municipalité.

Arbour et Plante dénoncent l'existence d'un droit administratif dérogatoire au droit privé et démontrent qu'au Québec la complexité et la dispersion législative en matière

³¹⁹L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 45. Les auteurs affirment que cette exclusion résulte « du fait que l'opérateur ne peut être qualifié de commerçant, sous réserve que celui-ci respecte les conditions imposées par la jurisprudence en vertu de la théorie de la commercialité et puisse se qualifier de consommateur (et, incidemment, de non-commerçant) ».

³²⁰*Code des professions*, supra note 102; RLPC, supra note 281.

³²¹L'absence d'une définition légale des services publics ou essentiels constitue une carence majeure, d'autant plus grave qu'il s'agit d'une notion évolutive dans le temps et dans l'espace. En réalité, la notion de service public repose sur le fait qu'en fonction de certaines caractéristiques, quelques activités sociales doivent être gérées selon des critères spécifiques, échappant à l'application de la logique du marché et à la recherche du profit. Donc, la définition d'un service public en fonction des caractères d'une activité sert non seulement à légitimer l'intervention publique, mais permet aussi de déterminer les domaines dans lesquels l'État entend intervenir. Voir Stéphane Pinon, « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante » (2010) 2 *Revue du Droit Public* 523. Voir aussi François Lévêque, « Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public » dans Thierry Kirat et Evelyne Serverin, dir, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS, 2000, 179.

de services publics³²² causent des préjudices à la protection du citoyen-consommateur de certains services essentiels³²³.

La LPC, nous l'avons dit, est une loi d'ordre public³²⁴ ayant pour objectif de protéger la partie au contrat dans une situation de vulnérabilité par rapport à l'autre partie. Or, vu la nature des contrats de services publics (adhésion) et la position monopolistique ou oligopolistique des prestataires de services publics, le consommateur de ces services se trouve manifestement dans une situation de vulnérabilité. Il serait donc de mise que ce type de relation soit inclus dans la portée de la LPC. De plus, l'article 4 de cette loi précise que « le gouvernement, ses ministères et organismes sont soumis à l'application de la présente loi »; cela implique que ladite loi protégera les consommateurs de services publics, tout comme ceux d'autres services. Malgré tout, le terme « consommateur » n'est presque jamais utilisé dans le langage juridique lié aux prestations de services publics. Selon Arbour et Plante, les législateurs ont volontairement évité le mot afin de tenter de soustraire ces services du droit de la consommation. D'ailleurs, comme ces auteurs le démontrent, les tribunaux sont en général réticents à imposer l'application des dispositions et des principes du droit de

³²²Au Québec, la notion de services publics a vu le jour en 1965, lors de l'intégration de fonctionnaires publics au régime général du Code du travail. Voir Laurence Léa Fontaine, « Des services publics toujours essentiels au Québec? » (2008) 63:4 Relations industrielles / Industrial Relations, 719 à la p 729.

³²³Arbour et Plante, « Le consommateur de services publics », *supra* note 236 à la p 31. Les auteurs affirment que les services publics sont régis à la fois par le droit commun, par les lois particulières constituant les prestataires de services ou régissant l'attribution des contrats de gestion privée (droit administratif), de même que par la LPC. En effet, celle-ci exclut expressément de son champ d'application les services d'électricité et de gaz (art 5(c)). Dans le premier cas, le droit commun, les services publics sont régi[s] soit par la section du Code civil portant sur le contrat nommé « d'entreprise ou de service » (art 2098 et s), soit par la *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c C-12. Une telle dispersion législative empêche toute cohérence juridique du fait qu'une pluralité de registres juridiques différents régit chaque service.

³²⁴Voir *Formule Pontiac Buick Inc c Québec* (Bureau des services financiers), 2004 CanLII 7239 (QC CS).

la consommation « justifiant » leur position en invoquant l'utilité publique de ces services³²⁵.

b. La qualité des parties

Le « consommateur » est défini à l'alinéa e) de l'article 1 de la LPC : « une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce ». Les personnes morales, les sociétés contractuelles, les associations non personnifiées, qu'elles soient ou non à but lucratif, les coopératives de consommateurs et les syndicats de copropriétaires sont donc exclus de la protection assurée par la LPC³²⁶. La portée de la loi est donc limitée aux seules personnes physiques³²⁷.

Cette conception du « consommateur », établie à partir de la notion de commerçant, est donc conçue par exclusion : exception faite du commerçant qui se procure un bien ou un service pour les besoins de son commerce, toute personne physique est un consommateur. Au-delà de la notion de commerçant³²⁸, deux autres éléments de la définition du consommateur s'ajoutent à la notion de personne physique : le but d'acquérir un bien ou un service et la qualité du contractant qui se le procure.

³²⁵ Arbour et Plante, « Le consommateur de services publics », *supra* note 236 à la p 31, notes 19 et 20.

³²⁶ Voir notamment Lafond, « Contours », *supra* note 298.

³²⁷ Remarquons que cette limitation ne faisait pas partie du projet de loi numéro 72, le consommateur y étant défini seulement comme « toute personne ». À la suite d'une recommandation apportée par le Barreau du Québec à cet effet, l'adjectif « physique » fut ajouté. Voir Meunier, « La Nouvelle Loi », *supra* note 286; Lafond, « Contours », *ibid* et Barreau du Québec, *Mémoire additionnel du Barreau du Québec sur la protection du consommateur : Projet de loi n 72 de 1978*, Montréal, 1978 à la p 2. Voir aussi *Xerox Canada Inc c Boily*, JE 96-369, EYB 1996-71370 (CA).

³²⁸ Selon Arbour et Plante, la notion de commerçant n'étant pas définie par la LPC, on peut déduire une définition de cette notion selon ce qui figure dans le Code civil. Cette définition nous permettrait d'y inclure les services publics. Arbour et Plante, « Le consommateur de services publics », *supra* note 236 à la p 34.

La qualité de contractant résulte de la prémisse à la base du droit québécois de la consommation, soit l'existence d'un contrat.

La loi de 1971 considérait le consommateur comme « toute personne physique qui est partie à un contrat en une qualité autre que celle de commerçant »³²⁹. L'expression « pour les fins de son commerce » ne faisait donc pas partie de la définition de commerçant, ce qui se reflétait dans la définition de consommateur. Cette dernière fut en effet modifiée à la suite de la décision émise par la Cour dans l'affaire *Roy Caisses Enregistreuses ltée c Majianesi*, [1977] CA 569, conf. [1975] CP 129 dans laquelle on reconnut à un commerçant le statut de consommateur parce qu'il avait acheté une caisse enregistreuse destinée à son commerce. Soulignons l'importante différence entre l'approche prévalant dans le système de protection du consommateur du Québec et celle prévalant au Brésil sur cette question. Dans ce dernier, on reconnaît à la partie avec qui le consommateur établit la relation de consommation³³⁰, éventuellement une personne morale³³¹, le statut de consommateur dès lors que le bien acheté ou le service fourni ne fait pas partie de la chaîne de production conduisant au produit ou au service final offert à une tierce personne. Par exemple, une compagnie pharmaceutique vendant des produits au détail et en gros est considérée comme un consommateur dans sa relation avec son institution financière³³².

Au Québec, l'expression « pour les buts de son commerce » exclut le commerçant de la protection de la loi, celle-ci étant limitée à la personne physique qui convoite le marché à des fins personnelles, familiales ou domestiques. L'article 1384 du CcQ, qui mentionne formellement l'expression « à des fins personnelles, familiales ou

³²⁹Loi de 1971, *supra* note 7, art 1(d).

³³⁰Nous préférons ne pas utiliser l'expression « commerçant », car au Brésil, on utilise plutôt l'expression « fournisseur ».

³³¹Devant un éventuel consommateur qui serait une personne morale, la discrétion du juge viendra toutefois toujours jouer un rôle encore plus important pour l'évaluation du cas *in concreto*. Voir dans ce sens *TJDE, Ap. Cível 1999.1.1050201-2, rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, DJU 29.8.2001*.

³³²*STJ, CComp. 41.056/SP, 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 20.9.2004*.

domestiques » est venu, en fin de compte, ajouter un critère supplémentaire à la notion de consommateur. À ce sujet, Pierre-Claude Lafond remarque « un rapprochement direct avec la définition du consommateur formulée dans la LPC »³³³, alors que Marc Lacoursière souligne que « [l]es activités personnelles et familiales du commerçant bénéficient également de la protection légale en tant que consommateur »³³⁴. Ainsi, se trouve dissipée toute confusion relative aux activités commerciales principales ou accessoires de la personne placée dans une relation contractuelle³³⁵.

Deux acteurs font donc partie du contrat de consommation : le consommateur et le commerçant. La seule règle de la LPC en matière de définition légale du commerçant est celle de l'article 2, selon laquelle le commerçant agit « dans le cours des activités de son commerce ». L'absence de précisions supplémentaires nous renvoie à la conception classique selon laquelle le commerçant est celui qui exerce des actes commerciaux dans son état professionnel. L'objectif d'obtenir un profit et la permanence de l'activité commerciale constituent donc les éléments caractéristiques du commerçant³³⁶.

Selon Marc Lacoursière, il existe une troisième caractéristique permettant d'identifier le commerçant. En effet, on reconnaîtra le commerçant par le fait qu'il prend part

³³³Lafond, « Contours », supra note 298 à la p 577.

³³⁴L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 55. L'auteur soutient que l'approche positive adoptée par le CcQ pour décrire la finalité du contrat vise l'exclusion de toute finalité commerciale, en illustrant son affirmation avec plusieurs décisions : *Banque de Nouvelle-Écosse c Robert*, JE 2000-1639, REJB 2000-21106 A Crépeau JCS; *Équipements Robert Charest c Cadieux*, B.E. 98BE-1258 (CQ.); *Frenette c Puisatiers Eau-Pro inc*, 2008 QCCD 1788 (CanLII); *Pacific National Leasing Corp. c Rose*, 2001 CanLII 20657 (QC CA) ; *Chevalier c Québec (Société des loteries)*, 2004 CanLII 27601 (QC CQ).

³³⁵*Ibid* à la p 57. Pour Tancelin, la finalité essentielle du bien, qu'il s'agisse d'un but personnel ou commercial, doit toujours être recherchée. Maurice Tancelin, « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », (1988) 29:4 Cahiers de droit 865 [Tancelin, « Des principaux changements »]. Dans le cas d'une finalité mixte, il faut alors analyser celle qui est dominante.

³³⁶*Première Électronique Plus Inc c Québec (Procureur Général)*, 2003 CanLII 33332 (QC CS), para 24. Voir aussi *Bérubé c Tracto inc*, 1997 CanLII 10225 (QC CA).

personnellement à la relation contractuelle³³⁷. Le recours à la théorie de la commercialité s'avère donc nécessaire, ce qui entraîne l'exclusion des agriculteurs, des artisans et des professionnels³³⁸. Le commerçant peut donc être tant une personne physique que morale.

À partir du moment où la définition du consommateur a été modifiée en 1978, le système normatif québécois a rejoint les courants français et allemand en écartant de la protection par des normes spéciales toute personne faisant des acquisitions dans un but commercial. Ces courants dominants ont opté pour une conception subjective du consommateur, laquelle peut être mise en contraste avec celle à la base de la théorie maximaliste du consommateur. Cette dernière, d'abord développée par la doctrine brésilienne, a été adoptée au Brésil dès les premières années suivant l'entrée en vigueur du CDC³³⁹. Selon cette théorie, l'évaluation *in concreto* de la vulnérabilité n'est pas importante car la loi rassemblant les normes de protection du consommateur constitue un code général destiné à la société de consommation, prescrivant les règles à suivre dans les relations de consommation et établissant donc des règles pour tous les acteurs du marché. Selon la théorie maximaliste du consommateur, les normes protectrices doivent réglementer la quasi-totalité des relations juridiques existant sur le marché. Par conséquent, devant les contrats de masse tels que les contrats d'adhésion, toutes les parties au contrat doivent être considérées comme étant des consommateurs, peu importe la situation personnelle de chacun. Il s'agit d'ailleurs, remarquons-le, de ce que propose l'auteur Benoit Moore, qui préconise une

³³⁷L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 49.

³³⁸Selon George Ripert et René Roblot, le commerçant se reconnaît en fonction de la nature de ses actes et leur nature dépend de la qualité de celui qui les fait, ce qui engendre un cercle vicieux. George Ripert et René Roblot, *Traité de droit commercial*, 13^e éd, Paris, LGDJ, 1989.

³³⁹À partir de la fin des années 1990 et du début des années 2000, la jurisprudence brésilienne s'est tournée vers la théorie minimaliste, selon laquelle la notion de la vulnérabilité se trouvant à la base du concept de consommateur exige une analyse concrète de la situation personnelle de ce consommateur. L'adoption de la vulnérabilité en tant que repère majeur permettant l'identification du consommateur a eu pour résultat de restreindre la protection à ceux qui jouissent de ce statut. Voir le chapitre 2, section 3 ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

intégration de la protection du consommateur dans le CcQ, « en étendant cette protection à l'ensemble des contractants vulnérables »³⁴⁰. Si une telle intégration avait lieu, la conception québécoise du consommateur resterait toutefois plus restrictive que la conception brésilienne car, selon le Code civil du Québec, toute acquisition effectuée par une entreprise « sans intention d'offrir au public »³⁴¹ est exclue de la protection assurée par le droit de la consommation.

Ainsi dans le système québécois, « [s]ous prétexte que l'entreprise souffre alors du même déséquilibre contractuel que le consommateur ordinaire et qu'elle ne pose plus alors un acte d'entreprise, mais un acte de consommation posé à l'occasion de l'exercice de ses activités³⁴² », l'achat d'un bien ou d'un service à l'extérieur de la sphère de compétence de l'entreprise a également été écarté de la portée de la LPC. On explique donc cette exclusion par le fait que l'acquisition n'est pas destinée à des fins personnelles, familiales ou domestiques. En outre, en fonction de l'article 3 de la loi, les coopératives, le gouvernement et les organismes publics ainsi que les corporations à but non-lucratif sont reconnus comme des commerçants « lorsqu' [ils] accomplissent des actes commerciaux »³⁴³.

2. L'adoption de la notion de consommateur moyen

³⁴⁰ Moore, « Autonomie », *supra* note 40 à la p 1. Voir aussi Denis Mazeaud, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles Frontières? » dans Christophe Albigès et al, dir, *Liber amicorum Jean Calais-Aulay – Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, 697 [Mazeaud, « Droit commun »] et [Albigès et al, *Liber amicorum Calais-Aulay*].

³⁴¹ Lafond, « Contours » *supra* note 298 à la p 578.

³⁴² *Ibid* à la p 579.

³⁴³ Benoît Moore, « Sur l'avenir incertain du contrat de consommation », (2008) 49:1 Cahiers de droit 5 à la p 11 [Moore, « Avenir incertain »]. L'auteur utilise l'exemple de l'affaire *Église de scientologie c Office de la protection du consommateur*, [1997] RJQ 2233 (CS). Dans cette affaire, les cours fournis par une association religieuse furent considérés comme de services au sens de la LPC, donc soumis en l'espèce aux règles concernant les contrats de service à exécution successive.

La notion de consommateur moyen, généralement considéré comme « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux »³⁴⁴, réfère à un consommateur rationnel (a). Cependant dans une de ses décisions, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la notion du consommateur moyen en utilisant une conception différente, ce qui peut entraîner des conséquences importantes (b).

³⁴⁴*Time inc c Richard*, 2009 QCCA 2378 [*Time inc c Richard*, QCCA].

a. Le consommateur rationnel

Dans la logique de l'approche contractualiste du droit de la consommation, l'archétype du consommateur moyen est privilégié. Le droit de la consommation, défini comme « l'ensemble des règles qui visent à protéger le consommateur »³⁴⁵, a pour but de protéger le consommateur rationnel et éclairé, lequel est présumé maîtriser l'acte de consommer³⁴⁶. Cette notion se retrouve à la base du concept de « consommateur moyen », maintes fois utilisé par la jurisprudence. L'appréciation du « consommateur moyen », employée pour vérifier certains paramètres, par exemple en matière de garantie légale de qualité³⁴⁷, est généralement faite *in abstracto*.

À ce propos, L'Heureux et Lacoursière affirment qu'

[a]fin d'éviter la présence trop marquée d'une évaluation subjective du consommateur vulnérable, il a été suggéré de considérer le consommateur comme étant un adhérent. Nous sommes d'accord avec la majorité de la jurisprudence qui considère en général – sauf certains cas d'exception – le consommateur moyen comme critère de référence³⁴⁸.

L'adoption de la notion de « consommateur moyen » est basée sur le postulat voulant que non seulement la vulnérabilité n'est pas une caractéristique dont le consommateur a l'exclusivité, mais aussi que « certains consommateurs ne se retrouvent pas toujours dans une telle situation »³⁴⁹. Les auteurs soutiennent cette affirmation en fournissant l'exemple de l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*³⁵⁰.

³⁴⁵ L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 16.

³⁴⁶ Voir Bourgoignie, *Éléments*, supra note 14.

³⁴⁷ *Martin c Pierre St-Cyr Auto caravanes ltée*, 2010 QCCA 420 (CanLII); *Fortier c Meubles Léon ltée*, 2011 QCCS 3069 (CanLII). Voir aussi *American Automobile Association, Inc c Keneck Ventures Inc*, 2010 COMC 103 (CanLII); *Tradition Fine Foods Ltd c Oshawa Group Ltd.*, 2005 CAF 342 (CanLII); 177197 *Canada ltée c Ja Larue inc*, 2005 CanLII 49339 (QC CS).

³⁴⁸ L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 58.

³⁴⁹ *Ibid.* Voir aussi *Dell*, infra note 449.

³⁵⁰ *Dell*, *ibid.*

b. Une nouvelle approche?

Récemment, une décision unanime de la Cour suprême du Canada³⁵¹ infirmant une décision de la Cour d'appel est venue ajouter un poids considérable à la position minoritaire, selon laquelle ce « consommateur moyen » se définit davantage par sa crédulité et son inexpérience que par sa rationalité³⁵². En concluant au caractère faux et trompeur d'une représentation commerciale, la CSC s'est référée au « consommateur moyen » comme étant crédule et inexpérimenté, statuant qu'

il demeure le produit d'une fiction juridique incarnée par un consommateur mythique auquel on impute un degré de discernement qui reflète le but de la *Lpc*. En l'espèce, le nœud de la question consiste à déterminer si le degré de discernement du consommateur moyen conceptualisé par la Cour d'appel respecte les objectifs poursuivis par la *L.p.c.*³⁵³.

En 1999, Time inc. et Time Consumer Marketing inc. ont envoyé au demandeur un document, sous forme de lettre, signée par Mme Elizabeth Matthews. Selon cette lettre, l'appelant avait gagné un prix en argent de 833 337 \$ dans le programme *Sweepstakes*, qu'il obtiendrait après avoir envoyé un coupon-réponse dans le délai requis et dès que le paiement de la somme aurait été autorisé³⁵⁴. Les règles officielles du concours étaient aussi envoyées à l'appelant, indiquant que le détenteur du numéro gagnant ne recevrait la somme que s'il expédiait le coupon-réponse dans le délai établi. En réponse, l'appelant a envoyé le coupon-réponse et souscrit un abonnement de deux ans à la revue *Times*. Après avoir commencé à recevoir la revue régulièrement et après avoir reçu une caméra et un album de photos dont la réception

³⁵¹ *Richard c Time Inc*, 2012, CSC 8 [*Richard c Time Inc*, CSC].

³⁵² *R c Imperial Tobacco Products Ltd*, [1971] 5 WWR 409 (CS Alb, Div app). Voir Marc Lacoursière, « *Richard c Time Inc*: à la recherche de la définition du "consommateur moyen"! » (2011) 90 *Revue du Barreau canadien* 495.

³⁵³ *Richard c Time Inc*, CSC, *supra* note 351, para 62.

³⁵⁴ Nous reproduisons la transcription originale, en anglais, en majuscule et en caractères gras: « **OUR SWEEPSTAKES RESULTS ARE NOW FINAL: MR JEAN MARC RICHARD HAS WON A CASH PRIZE OF \$833,337.00! WE ARE NOW AUTHORIZED TO PAY \$833,337.00 IN CASH TO MR JEAN MARC RICHARD! A BANK CHEQUE FOR \$833,337.00 IS ON ITS WAY TO xxxST! YOU WILL FORFEIT THE ENTIRE \$833,337.00 IF YOU FAIL TO RESPOND TO THIS NOTICE!** ».

était assurée gratuitement selon les termes de l'abonnement, l'appelant essaya de contacter Mme Matthews pour réclamer son prix. Il s'entendit dire cette dame n'existait pas, n'étant qu'un « nom de plume » utilisé par les intimés dans leur matériel publicitaire. L'appelant s'est donc rendu compte seulement à ce moment que le document initial n'était qu'une publicité et qu'il ne possédait pas le numéro gagnant.

Son recours a été partiellement accueilli en première instance, sous la plume de la juge Carol Cohen³⁵⁵. La décision soutenait que le document donnait en effet l'impression générale que l'appelant avait gagné un concours, et violait plusieurs articles de la LPC.

La Cour d'appel a infirmé cette décision, en décembre 2009³⁵⁶. À propos du « consommateur moyen »³⁵⁷, l'honorable juge Jacques Chamberland a statué que:

[41] Il me semble que le consommateur moyen, peu importe sa langue, sait que l'argent ne tombe pas du ciel. Qui croirait avoir gagné près d'un million de dollars américains à une loterie dont il ignorait jusqu'alors l'existence et pour laquelle il n'a pas acheté de billet?

[42] Il me semble que le consommateur moyen chercherait à comprendre. Il lirait la documentation qui lui a été transmise. Il comprendrait vite, me semble-t-il, qu'il sera peut-être le gagnant de 833 337 \$ U.S., mais qu'il est un peu tôt pour se réjouir : 1) il lui faut retourner le coupon de participation dans le délai prescrit, 2) il faut que son numéro soit le numéro gagnant et enfin, 3) il lui faudra répondre à une question d'ordre général.

[43] En somme, il comprendra que tout ceci est un jeu à saveur publicitaire et que derrière le rêve se cache la réalité.

Dans cette décision, le juge Chamberland a considéré le consommateur moyen comme « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux

³⁵⁵ *Richard c Time Inc*, 2007 QCCS 3390 (CanLII).

³⁵⁶ *Time inc c Richard*, QCCA, *supra* note 344.

³⁵⁷ Dans le même sens, à l'égard du recours à la notion de « *reasonable person* » comme paramètre, voir *Freeman v Time Inc*, 68 F 3d 285 (1995), United States Court of Appeals, 9th Cir.

»³⁵⁸. Selon ce juge, le consommateur moyen n'est pas plus naïf que la plupart des gens et il ne se contente pas de lire les grands titres et les slogans accrocheurs, sachant qu'il doit aussi consulter les notes de bas de page pour connaître toutes les conditions d'une offre³⁵⁹. Il incombe donc au consommateur de se méfier des messages publicitaires qui proposent des avantages exagérés.

Par ailleurs, la Cour suprême affirme que la LPC « appartient à l'ensemble de lois destinées à protéger les consommateurs canadiens »³⁶⁰ et statue que la cohérence avec l'esprit de cette loi spéciale n'est pas assurée en définissant le consommateur moyen comme « moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux »³⁶¹. L'objectif propre de chaque loi doit être pris en considération ce qui peut entraîner le recours à différents adjectifs pour qualifier le consommateur moyen³⁶². En ce sens, la décision du juge Fish dans l'arrêt *Turgeon c. Germain Pelletier ltée* [2001] R.J.Q. 291 est reproduite par la Cour suprême, d'autant qu'on y fait mention expresse du but de la LPC de rétablir l'équilibre contractuel entre le commerçant et son client³⁶³. Selon la Cour, « l'impression générale » mentionnée par la loi ne doit pas être interprétée selon la « méthode classique d'analyse des contrats de droit civil », étant donné que les normes de la LPC cherchent à rendre le commerçant responsable du contenu de sa publicité sur la base de l'impression générale qu'elle donne³⁶⁴.

³⁵⁸*Time inc c Richard*, QCCA, *supra* note 344, para 50.

³⁵⁹*Ibid.*

³⁶⁰*Richard c Time Inc*, CSC, *supra* note 351, para 65.

³⁶¹*Richard c Time Inc*, CSC, *supra* note 351 dans l'accueil du pourvoi : « Une importance considérable doit être attachée non seulement au texte, mais à tout son contexte, notamment à la manière dont il est présenté au consommateur. Définir le consommateur moyen comme “moyennement intelligent, moyennement sceptique et moyennement curieux” se concilie mal avec le libellé et l'esprit de l'art 218 Lpc ».

³⁶²*Ibid.*, para 68.

³⁶³*Ibid.*, para 69.

³⁶⁴*Ibid.*, para 60.

La Cour suprême juge que le concept de « consommateur moyen » doit être guidé par la « volonté législative de protéger les personnes vulnérables contre les dangers de certaines méthodes publicitaires », ce qui est possible en recourant aux qualificatifs « crédule et inexpérimenté »³⁶⁵. Selon la Cour, ce concept se rapproche de celui développé par la jurisprudence en matière de marques de commerce³⁶⁶, soit celui de « l'acheteur ordinaire pressé »³⁶⁷ :

[71] Ainsi, le concept du « consommateur moyen » n'évoque pas, en droit québécois de la consommation, la notion de personne raisonnablement prudente et diligente. Il renvoie encore moins à la notion de personne avertie. Afin de réaliser les objectifs de la *Lpc*, les tribunaux considèrent que le consommateur moyen n'est pas particulièrement aguerri pour déceler les faussetés ou les subtilités dans une représentation commerciale.

Bref dans sa décision, la Cour suprême se penche notamment sur la structure de la LPC et les objectifs généraux du droit de la consommation, statuant que ce droit « ne protège pas les consommateurs dans la seule mesure où ils se sont montrés prudents et avertis »³⁶⁸. L'utilisation par les tribunaux du paramètre du consommateur prudent et diligent servirait, en fin de compte selon la Cour, à réduire le niveau de protection offert au consommateur par la LPC.

3. La prédominance des règles spécifiques

Nous l'avons dit, le législateur de 1978 a reconnu la nécessité d'intervenir dans certains secteurs d'activité économique spécifiques où les inégalités contractuelles

³⁶⁵ *Ibid*, para 72.

³⁶⁶ *United States Polo Assn c Polo Ralph Lauren Corp.*, 1999 CanLII 7639 (CF) et *Wrangler Apparel Corporation c Big Rock Brewery Limited Partnership*, 2010 CF 477 (CanLII).

³⁶⁷ *Richard c Time Inc, CSC*, *supra* note 351, para 67.

³⁶⁸ *Ibid*, para 74.

sont fréquentes et connues. Selon Benoît Moore, le législateur s'est fait interventionniste dans des champs spécifiques³⁶⁹.

La partie de la LPC portant sur des règles spécifiques traite des garanties (a) et propose des normes particulières à plusieurs contrats : le contrat conclu à distance, le contrat conclu par un commerçant itinérant, le contrat de crédit, le contrat de location à long terme d'un bien, le contrat de vente et de location à long terme d'automobiles et de motocyclettes d'occasion, le contrat de réparation d'appareil électronique, le contrat de vente d'une carte prépayée, le contrat de service à exécution successive relatif à l'enseignement, un entraînement ou une assistance et le contrat à exécution successive de service fourni à distance (b).

Le fait que la plupart des normes composant la LPC sont des règles spécifiques engendre une structure normative marquée par l'absence de principes généraux et de règles générales, confirmant ainsi la dispersion législative existant dans le domaine de la protection du consommateur³⁷⁰.

a. Les garanties

Les dispositions portant sur les garanties se trouvent dans la première section du troisième chapitre de la LPC. Elles sont spécifiques en ce qu'elles s'appliquent uniquement au contrat de vente et au contrat de location de biens et de services³⁷¹.

La section de la LPC sur les garanties est constituée des articles 34 à 54. Étant donné que la LPC est une loi d'ordre public, le consommateur ne peut pas renoncer à la

³⁶⁹ Moore, « Autonomie », *supra* note 40 à la p 3.

³⁷⁰ Bourgoignie, Lafond et Rouillard prônent l'adoption de la règle de complémentarité et du principe d'intégration comme principes directeurs de la loi. Bourgoignie, Lafond et Rouillard, *Jalons pour un Code*, *supra* note 152 à la p 33.

³⁷¹ LPC, *supra* note 8, art 34 : « La présente section s'applique au contrat de vente ou de location de biens et au contrat de service ».

garantie légale qui y est prévue³⁷². Ainsi, la garantie légale de base est imposée au fabricant et au vendeur, obligeant ceux-ci à s'assurer que le bien puisse servir à l'usage auquel il est normalement destiné (article 37) pendant une durée raisonnable qui peut varier selon le prix payé, en fonction des dispositions du contrat et des conditions d'utilisation (article 38 LPC).

Selon l'article 35³⁷³, le commerçant peut offrir une garantie plus avantageuse au consommateur, ce qui constitue une garantie conventionnelle. La garantie conventionnelle est proposée par le fabricant et par le vendeur et est complémentaire à la garantie légale qui, toujours, subsiste. En principe gratuite, la garantie conventionnelle ne peut être confondue avec la garantie supplémentaire. Cette dernière est offerte au consommateur à titre onéreux et est prévue par l'article 1(e.1) de la LPC. Cependant, le commerçant est tenu d'informer le consommateur de l'existence et du contenu de la garantie légale avant de lui proposer d'acheter une garantie supplémentaire, tel que stipulé à l'article 91(9) du RLPC³⁷⁴. Cette information doit être fournie de façon écrite et sur papier et est contrainte de contenir le texte suivant : « La loi accorde une garantie sur le bien que vous achetez ou louez : il doit pouvoir servir à son usage normal pendant une durée raisonnable ». L'inclusion de ce texte doit être faite en respectant les prescriptions établies à l'article 91(10) du RLPC concernant la taille des caractères.

Les garanties conventionnelles et les garanties supplémentaires ou prolongées sont tellement nombreuses sur le marché que souvent le consommateur ne connaît peu ou pas la garantie légale de base. Il croit que la garantie conventionnelle ou la garantie

³⁷²*Ibid*, art 262 : « À moins qu'il n'en soit prévu autrement dans la présente loi, le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi ». Voir *Matapédienne coopérative agricole c Assels*, EYB 2005-92681 (CS). Sur la transmissibilité automatique des garanties, voir *Association pour la protection des automobilistes c Toyota Canada Inc*, 2008 QCCA 761 (CanLII), para 55 à 57.

³⁷³LPC, *supra* note 8, art 35 : « Une garantie prévue par la présente loi n'a pas pour effet d'empêcher le commerçant ou le fabricant d'offrir une garantie plus avantageuse pour le consommateur ».

³⁷⁴RLPC, *supra* note 281.

supplémentaire constituent les seules sources de protection en cas de défauts du bien acquis³⁷⁵. Selon l'Union des consommateurs, entre 40% et 75% des appareils électroniques sont vendus avec une garantie prolongée³⁷⁶. Dans cette étude effectuée en 2008, l'organisation proposait qu'on oblige les commerçants à informer le consommateur au sujet de l'existence de la garantie du fabricant et de la garantie légale. Les législateurs ont entendu cette proposition, et cette obligation est en vigueur depuis le 30 juin 2010³⁷⁷.

À ce sujet, Bourgoignie soutient que la garantie légale souhaitée par le législateur, en tant que composante principale et nécessaire du système de protection de l'acquéreur d'un produit de consommation, joue un rôle prépondérant parmi les mécanismes juridiques visant à protéger le consommateur. Pour cette raison, il recommande de sortir du cadre contractuel et de considérer la garantie comme étant un élément accessoire du produit, autonome et distinct du contrat³⁷⁸. L'obligation de conformité du contrat devient alors un élément de l'obligation plus large de mettre sur le marché un produit conforme aux attentes légitimes du consommateur³⁷⁹. Il y voit là une étape naturelle dans une évolution législative et jurisprudentielle dans le cadre de laquelle la garantie a déjà été extraite du cadre contractuel à plusieurs égards : admission des actions directes de l'acheteur contre le manufacturier ou le distributeur antérieur, extension des bénéfices de la garantie vers le sous-acquéreur du produit,

³⁷⁵Voir notamment Thierry Bourgoignie, « Garanties légales et commerciales liées à la vente de produits de consommation : la confusion des genres » dans Thierry Bourgoignie, *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008, 41 à la p 102 [Bourgoignie, « Garanties »] et [Bourgoignie, *Propos autour de l'effectivité*].

³⁷⁶Union des consommateurs, *Garanties prolongées : le consommateur en a-t-il pour son argent?*, Rapport final du projet de recherche présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, Québec, juin 2007 [Union, *Garanties prolongées*].

³⁷⁷LQ 2009, c 51, *supra* note 148.

³⁷⁸Bourgoignie, « Garanties », *supra* note 375.

³⁷⁹Concernant la garantie légale de qualité dans le contrat de service, L'Heureux et Lacoursière soulignent aussi le besoin d'introduire la notion d'attente légitime. L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 92.

reconnaissance des messages publicitaires comme parties intégrantes du contrat.

L'auteur explique que

[I]e concept de « non-conformité aux attentes légitimes du consommateur » est préféré. D'une part, il introduit et privilégie le point de vue du consommateur comme critère de lecture. D'autre part, il situe l'obligation de garantie en dehors du cadre contractuel en ne la liant plus à la conclusion d'un contrat de consommation, mais à la mise en circulation du produit. La garantie est ainsi perçue comme un accessoire du produit, autonome et distinct du contrat³⁸⁰.

La LPC contient plusieurs autres dispositions en matière de garantie qui se trouvent à l'extérieur de la section intitulée « Garanties ». Une telle dispersion engendre une certaine confusion et, par conséquent, rend difficile la compréhension par le consommateur de la portée de la garantie légale. Comme l'affirme Jean Calais-Auloy³⁸¹, cette dispersion des règles a pour effet de compromettre leur accessibilité et leur cohérence.

b. Les contrats spécifiques prévus par la LPC

Le législateur de 1978 a sans équivoque opté pour une approche ponctuelle de la protection du consommateur. La plupart des normes de la LPC spécifiques à chaque type de contrat portent sur l'obligation du commerçant de bien informer le consommateur sur les garanties et les délais de réflexion (dans les normes sur le contrat de crédit, à l'article 73 et sur le contrat conclu avec un commerçant itinérant, à l'article 59) et de résiliation ou de résolution du contrat (articles 54(8), 54(9), 59, 61,

³⁸⁰Bourgoignie, « Garanties », *supra* note 375 à la p 102.

³⁸¹Jean Calais-Auloy, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation : Rapport de la Commission de refonte du droit de la consommation*, Collection de rapports officiels, Paris, La Documentation française, 1985 [Calais-Auloy, *Propositions*].

62,63, 79, 3, 74, 75, 76, 79, 150.15, 150.23, 193, 194, 195, 202, 203, 204, 209, 210, 212, 213, 214(6), 214(7), 214(8)). Dans la majorité des cas, il s'agit donc de normes prescrivant un formalisme contractuel.

Le contrat conclu par un commerçant itinérant

La deuxième section du titre I de la LPC composée des articles 55 à 65 a pour objet le contrat conclu par un commerçant itinérant. Deux critères³⁸² sont utilisés pour définir le commerçant itinérant lequel agit ailleurs qu'à son adresse officielle, en personne ou par l'intermédiaire d'un représentant: (1) la sollicitation d'un consommateur déterminé dans le but de conclure un contrat³⁸³; (2) la signature du contrat en marquant la conclusion faite ailleurs qu'à l'adresse du commerçant³⁸⁴. Il s'agit de critères indépendants et non conjonctifs, leur présence conjointe n'étant pas requise pour que le vendeur soit considéré comme un commerçant itinérant³⁸⁵. Néanmoins, l'article 57 de la LPC prévoit une exception à ce principe. En effet, un contrat conclu à l'adresse du consommateur à la suite de la demande explicite de ce dernier n'est pas qualifié comme étant un contrat conclu par un commerçant itinérant, à condition que ce contrat n'ait pas été sollicité ailleurs qu'à l'adresse du commerçant³⁸⁶.

³⁸²LPC, *supra* note 8, art 55.

³⁸³L'Heureux et Lacoursière affirment que le terme « solliciter » n'est pas défini dans la loi. Ils citent les décisions *Denis c Rénovation Jacques Normandin Inc*, [1988] RJQ 2912, EYB 1988-77811 (CQ) et *Boulay c Services financiers Noram Inc*, JE 98-2405, REJB 1998-09194 (CA) dans lesquelles la question de la détermination de ce mot a été discutée. L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 171.

³⁸⁴*Kouloris c PG du Québec*, [1978] CA 282.

³⁸⁵L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 170.

³⁸⁶*Scott c Pavcan Construction inc*, JE2007-2087, EYB 2007-124765, 2007 QCCQ 11819 (CQ). Les articles 7 et 7(1) du RLPC, *supra* note 281, apportent deux cas de figure venant modifier l'exception prévue à l'article 57. La première disposition du RLPC concerne les contrats dont l'objet est la vente d'une porte, d'une fenêtre, d'un isolant thermique, d'une couverture ou d'un revêtement extérieur d'un bâtiment, la location de services relativement à ce bien ou encore la vente d'un bien et la prestation de services simultanées relativement à un tel bien. *Boutin c DP Marchand (1989) inc*, 2009 QCCQ 16242 (CQ). L'article 7.1 se réfère à l'hypothèse dans laquelle la demande expresse du consommateur survient après que le commerçant l'a contacté initialement, par téléphone ou autrement, en vue d'être autorisé ou invité à passer chez le consommateur pour aller y faire une évaluation ou pour toute autre

Le contrat de crédit

La troisième section du titre I de la LPC, qui porte sur les contrats de crédit, s'ouvre par une première partie abordant les normes générales applicables à ces contrats³⁸⁷.

Comme l'affirment L'Heureux et Lacoursière, la LPC « couvre tout le domaine du crédit à la consommation quelle qu'en soit la forme »³⁸⁸. Or, la loi définit le crédit comme étant un droit d'exécuter à terme une obligation, moyennant des frais, consenti par un commerçant à un consommateur³⁸⁹. Donc, pour conférer le statut de contrat de crédit au contrat de consommation, ce dernier doit octroyer au consommateur le droit de reporter l'exécution de ses obligations à plus tard, moyennant des frais³⁹⁰. Cependant, cette définition légale du contrat de crédit n'implique pas nécessairement une exécution par versements différés. À titre d'illustration dans le cas d'un prêt d'argent, la LPC prévoit l'hypothèse du remboursement de la totalité de la somme due en une seule date, convenue préalablement³⁹¹.

Parmi les normes générales prévues aux articles 67 à 114, soulignons celles liées aux définitions de certaines notions centrales au contrat de crédit telles que l'obligation

finalité. *Langis c 9044-4480 Québec inc (Toiture Impérial)*, 2009 QCCQ 13099, EYB 2009-166918 (CQ).

³⁸⁷LPC, *supra* note 8, art 66 à 114. Quelques règles ne sont applicables qu'à certains types de contrats, comme par exemple, les dispositions prévues aux art 80-81, 87-89.

³⁸⁸L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 187.

³⁸⁹*Ibid*, art 1(f).

³⁹⁰*Chez Rosaleen ltée c Grenon*, [1978] CP. 190, EYB 1977-144351, *Banque de Montréal c Nadon*, [1990] RJQ 880 (CQ.), *Trexar Inc c Brousseau*, J.E. 96-1067 (CQ.), *Banque de Montréal c Spooner*, [1994] RJQ 1388 (CS.) et *Banque de Nouvelle-Écosse c Savard*, [1990] RJQ 1707 (CQ).

³⁹¹LPC *supra* note 8, art 89(a).

totale, la période, le versement comptant, le capital net, les frais et le taux de crédit³⁹² ainsi que les règles encadrant le droit de résolution assuré au consommateur³⁹³.

La forme écrite est imposée dans le cadre du contrat de crédit, sauf s'il s'agit d'un contrat de prêt d'argent payable sur demande³⁹⁴. Les parties sont libres d'établir la date du premier paiement, les frais de crédit étant généralement dus à partir de la date du premier versement. Cependant, si cette date dépasse une période de 35 jours après celle de la formation du contrat, l'article 85 prévoit que les frais de crédit ne courent pas entre la date du contrat et le début de la période pour laquelle le paiement est prévu³⁹⁵. La LPC imposant une répartition égale des paiements³⁹⁶, elle prévoit un seul paiement différé par période sur toute la durée du contrat de crédit. Des frais de crédit ne peuvent être facturés pour la période précédant la date de l'exécution de l'obligation du commerçant lorsqu'elle est effectuée plus de sept jours après la formation du contrat. Dans un tel cas, aucun paiement ne peut être exigé du consommateur avant la date à laquelle le commerçant exécute son obligation³⁹⁷. Exception faite du contrat de crédit variable et du prêt d'argent³⁹⁸, les paiements différés exigés doivent être égaux, bien que le dernier puisse être d'une valeur moindre³⁹⁹.

³⁹²*Ibid*, art 67-69, 72 et 81. Les composantes des frais de crédit, leur application, la façon dont ils doivent être indiqués et calculés sont prévus dans les art 70-71, 83, 91 et 92, respectivement.

³⁹³*Ibid*, art 73-79.

³⁹⁴*Ibid*, art 80. *Sears Canada inc c Éliades*, REJB 2004-81437 (C.S.).

³⁹⁵Sont exclus de cette règle le contrat de prêt d'argent dans les cas prévus par l'art 89 et les contrats décrits à l'art 88.

³⁹⁶*Ibid*, art 84. Selon l'art 67(b), la durée maximale d'une période est de 35 jours. Le contrat peut prévoir une durée inférieure à 35 jours, cependant cette durée doit être constante pendant toute la durée du contrat.

³⁹⁷*Ibid*, art 85.

³⁹⁸*Ibid*, art 89 et RLPC, *supra* note 281, art 19(2). Le contrat décrit par l'art 88 et celui assorti d'un crédit prévu par l'art. 19 du RLPC ne sont pas non plus soumis à l'uniformité de versements.

³⁹⁹*Ibid*, art 87.

La LPC assure au consommateur le droit de payer en tout ou en partie son obligation avant échéance, le solde dû étant toujours égal à la somme du solde du capital net et des frais de crédit calculés selon la méthode prévue par le RLPC⁴⁰⁰. Un état de compte indiquant les renseignements prescrits par le RLPC⁴⁰¹ doit être présenté au consommateur par le commerçant selon les modalités prescrites en matière de temps et de forme⁴⁰². En cas de modification de toute disposition contractuelle entraînant une augmentation des frais ou du taux de crédit, un nouveau contrat de crédit doit être conclu entre le commerçant et le consommateur⁴⁰³. Toutefois, cette règle ne s'applique pas aux contrats de crédit variable⁴⁰⁴.

La LPC prévoit que le cessionnaire d'une créance d'un commerçant et ce commerçant sont solidairement responsables de l'exécution des obligations contractées par le dernier⁴⁰⁵. La déchéance du bénéfice du terme est réglementée par les articles 104 à 110, alors que les normes en matière d'assurances sont prévues par les articles 111 au 114⁴⁰⁶.

Toute violation de ces règles générales de forme ou de formation du contrat prévues dans les articles 25 à 28 de la LPC assure au consommateur le droit de demander la nullité du contrat⁴⁰⁷. Un tel recours doit être fondé sur une présomption relative. Lorsqu'il s'agit dans le cadre d'un contrat de crédit, d'un manquement relié à la modalité de paiement, au calcul, à l'indication des frais ou du taux de crédit, le

⁴⁰⁰*Ibid*, art 93, 91 et RLPC, *supra* note 281 art. 52-53.

⁴⁰¹RLPC, *supra* note 281, art. 65-69.

⁴⁰²LPC *supra* note 8, art 94

⁴⁰³*Ibid*, art 98. *Boissonneault c Banque de Montréal*, [1988] RJQ 2611, EYB 1988-63035 (C.A.)

⁴⁰⁴*Ibid*, art 129.

⁴⁰⁵*Ibid*, art 103. *Doucet c Banque Nationale du Canada*, J.E. 2006-1029, EYB 2006-105790 (C.Q.). La LPC prévoit le droit du consommateur d'opposer au prêteur d'argent les moyens de défense qu'il peut faire valoir à l'encontre du commerçant, conformément l'art. 116.

⁴⁰⁶La caisse d'épargne et de crédit n'est pas soumise aux art 111 et 112. RLPC, *supra* note 281, art 14.

⁴⁰⁷LPC *supra* note 8, art 271.

consommateur peut alors demander soit la nullité du contrat⁴⁰⁸ soit la suppression des frais de crédit et la restitution de la partie des frais de crédit déjà payée⁴⁰⁹. L'article 272 de la LPC assure au consommateur plusieurs options de recours en cas de vice de fond se basant sur une présomption absolue. Par exemple dans le cas d'un contrat de crédit, l'imposition de frais de crédit par le commerçant sans que ceux-ci ne soient calculés selon la méthode prescrit empêche le consommateur de connaître le véritable taux de crédit, comme l'illustrent L'Heureux et Lacoursière⁴¹⁰.

La prévision de la contestation judiciaire à l'article 117 assure que le consommateur a droit de demander au tribunal de suspendre les obligations de remboursement du prêt concerné jusqu'au jugement final. Comme l'affirment L'Heureux et Lacoursière, cette protection est provisoire car les frais de crédit ne sont pas interrompus pendant la contestation judiciaire⁴¹¹. De plus, cette spécification est restreinte au contrat de prêt d'argent⁴¹².

La partie suivante de ce chapitre de la loi est consacrée à l'examen des règles particulières à trois types de contrat de crédit visés spécifiquement par la LPC: le contrat de prêt d'argent⁴¹³, le contrat de crédit variable⁴¹⁴ et le contrat assorti d'un crédit⁴¹⁵.

Le contrat de prêt d'argent est considéré comme un contrat de crédit lorsqu'il est conclu entre un consommateur et un commerçant, pour les besoins de son

⁴⁰⁸*Gagnon c Entreprises Faucher et Guérin inc*, J.E. 2008-1392, EYB 2008-134985, 2008 QCCQ 5086.

⁴⁰⁹*Raymons et Cohen*, 2010 QCCS 1668.

⁴¹⁰L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 617.

⁴¹¹*Ibid*, à la p. 229.

⁴¹²*Fruteau c. Banque Nationale du Canada*, CQ, n 200-02-014018-966, 3 février 1997.

⁴¹³LPC supra note 8, art 115-117.

⁴¹⁴*Ibid*, art 118-130.

⁴¹⁵*Ibid*, art 131.

commerce⁴¹⁶. Ainsi, dès que les parties au contrat sont un consommateur et un prêteur professionnel, la LPC s'applique, en plus du CcQ⁴¹⁷. Toutefois, certains contrats spécifiques de prêt d'argent sont exemptés de la portée de la LPC, tels le prêt agricole, le prêt forestier, les prêts fournis aux étudiants, aux jeunes travailleurs et aux jeunes entrepreneurs⁴¹⁸.

Le contrat de crédit variable est défini par l'article 181 de la LPC comme « le contrat par lequel un crédit est consenti d'avance par un commerçant à un consommateur qui peut s'en prévaloir de temps à autre, en tout ou en partie, selon les modalités du contrat ». Ainsi, le montant prêté et la durée du prêt sont variables. C'est donc dire que le montant total de l'obligation du consommateur n'est pas déterminé lors de la conclusion du contrat, mais plutôt défini en fonction de l'usage que le consommateur fera de sa carte, de la marge de crédit accordée et de la période du remboursement convenue⁴¹⁹. Il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, le consommateur ayant le droit d'y mettre fin en tout temps. En revanche, pour l'émetteur de la carte, par contre, un tel droit n'est assuré que s'il a des motifs sérieux de mettre fin au contrat.

Selon l'article 131, le contrat assorti d'un crédit réfère au contrat de vente à tempérament et aux autres contrats assortis d'un crédit⁴²⁰. Le contrat de vente à tempérament réserve au commerçant le droit de propriété sur le bien vendu jusqu'à ce que le consommateur ait exécuté tout ou partie de son obligation⁴²¹. Tout manquement aux exigences légales en matière de forme change le contrat de vente à tempérament en contrat de vente à terme, ce qui entraîne le transfert de la propriété

⁴¹⁶*Ibid*, art 2(e).

⁴¹⁷CcQ, *supra* note 19, art 2332.

⁴¹⁸RLPC, *supra* note 281, art 2-4.

⁴¹⁹L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 267.

⁴²⁰LPC *supra* note 8, art 131.

⁴²¹*Ibid*, art. 132 et CcQ, *supra* note 19, art 1.745 applicable lorsque le contrat de vente à tempérament est conclu entre deux particuliers.

du bien au consommateur⁴²². Tous les autres contrats de crédit qui ne sont pas règlementés de façon spécifique par la LPC entrent dans la catégorie des « autres contrats de crédit ».

Le contrat de location à long terme de biens

La section III.I du titre I de la LPC réglemente les contrats de location à long terme de biens⁴²³. Cette section a été insérée dans la LPC en 1991⁴²⁴ et prévoit deux types de contrat. Le premier, prévu à l'article 150(2), porte sur les locations de quatre mois ou plus, incluant les locations atteignant une telle durée en raison d'une clause de renouvellement, de reconduction ou d'une autre convention ayant un effet semblable. Cette période est calculée à partir du moment où le bien est mis à la disposition du consommateur. Ce type de contrat comprend notamment la location à long terme d'une automobile. Le deuxième type couvre les contrats de location à valeur résiduelle garantie⁴²⁵. De tels contrats contiennent une clause d'option d'achat, alors que dans la première catégorie de contrats, une telle clause n'y est pas systématiquement insérée, étant optionnelle.

Les articles 150(4) à 105(17) constituent des dispositions générales, s'appliquant aux deux catégories de contrats de location à long terme. La loi prévoit ensuite des dispositions particulières pour la deuxième catégorie⁴²⁶.

⁴²²*Ibid*, art. 135. *Kind c Banque nationale du Canada*, [1990] R.J.Q. 711; *Guerrier c Chassé Toyota inc.*, J.E. 2009-1181, EYB 2009-159853, 2009 QCCQ 4839 (C.Q.).

⁴²³LPC *supra* note 8, art 150(1) à 150(32).

⁴²⁴*Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur*, LQ 1991, c 24.

⁴²⁵LPC *supra* note 8, art 150(18).

⁴²⁶*Ibid*, art 150(18) à 150(26).

Le contrat relatif aux automobiles et aux motocyclettes

La section IV du titre I de la LPC établit des normes sur ce type de contrat et est composée de dispositions générales (articles 151 à 154), de dispositions spécifiques aux contrats de vente ou de location à long terme d'automobiles d'occasion et de motocyclettes d'occasion (articles 155 à 166) ainsi que de dispositions portant sur les contrats de réparation d'automobiles et de motocyclettes (articles 167 à 181). La plupart des dispositions de cette section émettent des prescriptions en matière de formalisme contractuel et de garanties. En effet, la LPC oblige à offrir une garantie légale dans le cadre de contrats de services de réparation d'automobiles (article 176) ou de motocyclettes (article 181). Selon l'article 1(c) de la loi, l'adjectif « d'occasion » signifie qu'il s'agit d'une automobile ou d'une motocyclette ayant été préalablement utilisée, par le commerçant, le fabricant ou leur représentant, à des fins autres que pour sa livraison ou sa mise au point.

En raison de la finalité professionnelle du contrat d'achat d'un véhicule d'occasion par un chauffeur de taxi, ce contrat n'est pas assujéti aux normes de la LPC⁴²⁷.

Le contrat de réparation d'appareils électroniques

Les contrats de réparation d'appareils électroniques sont l'objet de la section V du titre I de la LPC⁴²⁸, où on définit ce que la loi considère comme un « appareil électronique » ainsi qu'une « réparation »⁴²⁹. Encore une fois, presque toutes les dispositions de cette section précisent le formalisme contractuel particulier à ce type

⁴²⁷ *Bouhalfaya c Garage Luckin inc*, 2008 QCCQ 6172 (CQ).

⁴²⁸ LPC, *supra* note 8, art 182 à 187.

⁴²⁹ *Ibid*, art 182.

de contrats. De plus, une garantie légale est assurée au consommateur qui conclut un contrat de service de réparation d'un appareil électronique (article 187).

Le contrat de studio de santé

Parmi les normes composant la section VI, les contrats de studio de santé sont aussi réglementés de façon spécifique. Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c Centre aérobique professionnel Mirabel*⁴³⁰, la Cour d'appel établit que l'expression « studio de santé » ne se limite pas aux traitements, aux exercices ou aux régimes visant à contrôler le poids. L'expression s'applique en fait à n'importe quel établissement qui propose l'amélioration de la condition physique en utilisant un des moyens énumérés à l'article 198, soit un changement de poids ou le contrôle de celui-ci, un traitement, un régime ou de l'exercice.

B. Le Code civil du Québec de 1994

L'adoption du CcQ en 1994 a constitué un moment délicat dans l'évolution du droit québécois de la consommation. En effet la question s'est posée d'intégrer dans le nouveau CcQ tout ou partie des dispositions de la LPC, ce qui provoqua un débat intense au sein de la communauté juridique québécoise.

Certains auteurs, comme Pierre-Gabriel Jobin⁴³¹, Nicole L'Heureux⁴³², Claude Masse⁴³³ et Maurice Tancelin⁴³⁴ souhaitaient l'intégration des normes du droit de la consommation dans le CcQ. Cependant, d'autres institutions, comme le barreau du

⁴³⁰*Québec (Procureur général) c Centre aérobique professionnel Mirabel (CAPM) inc.*, 1988 CanLII 264 (QC CA).

⁴³¹Pierre-Gabriel Jobin, « La réforme du droit des obligations : Prospective générale » (1989) 30:3 Cahiers de droit 557 aux pp 562-63 [Jobin, « La réforme »].

⁴³²Nicole L'Heureux, « La réforme du droit des obligations : La protection du consommateur » (1988) 29:4 Cahiers de droit 1083 [L'Heureux, « La protection »].

⁴³³Claude Masse, « La réforme du droit des obligations : L'avant-projet de Loi et la protection des consommateurs » (1989) 30:4 Cahiers de droit 827 aux pp 832-34 [Masse, « L'avant-projet »].

⁴³⁴Tancelin, « Des principaux changements », *supra* note 335 à la p 870.

Québec⁴³⁵ et la Chambre des notaires⁴³⁶, s'opposaient à cette fusion avec le droit commun. Leurs principaux arguments se fondaient sur l'antagonisme des principes fondamentaux du CcQ et des règles dérogatoires du droit de la consommation, sur l'existence de sanctions pénales et administratives ainsi que sur le manque de souplesse engendré par une telle intégration qui compliquerait les modifications éventuelles⁴³⁷. En fin de compte, le ministère de la Justice décida d'insérer quelques règles générales de droit de la consommation dans le nouveau CcQ⁴³⁸.

Les dispositions du CcQ concernant le droit de la consommation se trouvent aux articles 1378, 1384, 1432; 1435, 1436, 1437⁴³⁹. Elles concernent le contrat de consommation (1), le principe d'interprétation favorable au consommateur (2) et la nullité de la clause externe (3), de la clause incompréhensible ou illisible (4) ainsi que de la clause abusive (5).

1. Le contrat de consommation

Le contrat de consommation est défini par le CcQ⁴⁴⁰ comme étant un contrat conclu entre un consommateur et une entreprise dans le cadre de ses activités. Cette

⁴³⁵Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (de la consommation) présenté à la Commission des institutions*, Montréal, octobre 1988, p.i-v.

⁴³⁶Chambre de notaires du Québec, *Mémoire portant sur « l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du droit des obligations »*, Montréal, 1988 aux pp 58-62.

⁴³⁷Lafond, « Pour un code québécois », *supra* note 302 à la p 170.

⁴³⁸*Ibid.*

⁴³⁹Voir Moore, « L'avenir incertain », *supra* note 343 à la p 10.

⁴⁴⁰CcQ *supra* note 19, art 1384 : « Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite ».

« nouvelle catégorie de contrat »⁴⁴¹ introduite par le CcQ apporta d'importantes innovations au droit québécois, par exemple en y introduisant le concept d'entreprise.

À la base de cette innovation du CcQ se trouve la conception française du « professionnel »⁴⁴². Cette notion n'étant pas définie par le Code français de la consommation, Jean-Calais Auloy soutient que la définition dépendrait plutôt de la jurisprudence et que « celle-ci n'est pas fixée »⁴⁴³. Nathalie Sauphanor attribue plutôt ce rôle à la doctrine, ajoutant que « [d]ans une conception finaliste du droit de la consommation, le professionnel est défini comme étant la personne qui agit pour les besoins de sa profession »⁴⁴⁴.

Le troisième alinéa de l'article 1525 définit le terme « entreprise » comme étant une « activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services ». Il s'agit donc d'une notion plus large que celle de la LPC, qui se réfère uniquement au « commerçant », car les activités réglementées par le *Code des professions*⁴⁴⁵ relèvent aussi du CcQ, comme celles des artisans et des agriculteurs, qui ne sont pas concernées par la LPC. Une autre nouveauté découlant de cette introduction dans le CcQ de normes générales de droit de la consommation se situe dans son application aux biens immeubles. En effet, au contraire de la LPC, le contrat de consommation défini dans le CcQ s'applique aux biens immeubles. De plus, la définition de ce contrat dans le CcQ introduit un critère

⁴⁴¹L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 39.

⁴⁴²Lafond, « *Contours* », supra note 298 à la p 581.

⁴⁴³Jean Calais-Auloy, « La réforme du droit de la consommation en France » dans Maniet, *Pour une réforme*, supra note 55, 217 à la p 221 [Calais-Auloy, « La réforme en France »]. À propos du droit français de la consommation, Dekeuwer-Défossez soutient que la distinction entre commerçant et non-commerçant est ignorée par cette branche du droit, une réglementation unique étant appliquée aux professionnels, commerçants ou non. Françoise Dekeuwer-Défossez, *Droit Commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 5^e éd, Paris, Montchrestien, 1997.

⁴⁴⁴Sauphanor, *L'influence*, supra note 17 à la p 5.

⁴⁴⁵*Code des professions*, supra note 318.

supplémentaire permettant d'identifier le consommateur auquel est destiné le bien ou le service (« à des fins personnelles, familiales ou domestiques »).

L'insertion de normes de cette branche spécifique de droit dans le corpus normatif du droit commun a provoqué une certaine imprécision dans la délimitation du champ d'application de la LPC. En effet, dorénavant, en droit de la consommation québécois deux conceptions différentes cohabitent : le contrat prévu par la LPC et celui du CcQ.

2. *L'interprétation favorable au consommateur*

En raison du déséquilibre entre les parties à un contrat d'adhésion et de consommation, le CcQ prévoit que dans le doute, les clauses contractuelles s'interprètent en faveur du consommateur et de l'adhérent⁴⁴⁶. Cette norme s'inspire de la LPC dans laquelle le principe de l'interprétation la plus favorable au consommateur se trouve consacré par l'article 17⁴⁴⁷. L'adoption par le CcQ de ce principe appliqué à l'adhérent est donc un exemple de l'influence directe de la LPC sur le CcQ.

3. *La clause externe*

L'article 1435 prévoit l'annulation de la clause externe⁴⁴⁸ si elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent au moment de la formation du contrat, à moins que l'autre partie ne prouve que ce consommateur

⁴⁴⁶CcQ *supra* note 19, art 1432. Voir *Marcotte, supra* note 202; *Clement c London Life Insurance Company*, JE 2006-2005, 2006 QCCQ 9813, EYB 2006-110559 (CQ).

⁴⁴⁷*Piscitrium inc c Roy*, 2005 Can LII 41000 (CQ).

⁴⁴⁸La clause externe est celle dont le contenu figure dans un document distinct de la convention principale et renvoie les parties à cet autre document. Voir Jean-Louis Baudouin, Pierre Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 [Baudouin, Jobin et Vézina, *Les obligations*]

ou adhérent en avait par ailleurs pris connaissance. Ainsi, pour considérer la clause externe comme étant valide, il faut établir sans équivoque que le consommateur en avait pris connaissance au moment de la formation du contrat, la preuve étant à la charge de l'entreprise⁴⁴⁹.

La LPC prévoit aussi l'interdiction d'inclure dans un contrat une clause externe⁴⁵⁰. En effet, exception faite du contrat de crédit variable⁴⁵¹, le commerçant est tenu de remettre un exemplaire du contrat signé par lui au consommateur, afin de laisser ce dernier prendre connaissance des termes et de leur portée avant de signer le contrat à son tour. Les parties doivent ensuite signer la dernière page de chaque double, sauf dans le cas du contrat de crédit variable. Ainsi, la norme du CcQ concernant la clause externe ne s'applique pas aux contrats de consommation réglementés par la LPC, mais uniquement aux contrats de consommation et contrats d'adhésion non régulés par la loi⁴⁵².

4. La clause illisible ou incompréhensible

Selon l'article 1436, une clause illisible ou incompréhensible est nulle lorsqu'elle fait subir un préjudice au consommateur ou à l'adhérent, sauf si des explications

⁴⁴⁹Voir *Brodeur c Airtour Voyages (1989) inc.*, J.E.2010-775, EYB 2009-171340, 2009 QCCQ 16544; *Boucher c Groupe PPP ltée*, 2007 QCCQ 5733 (CQ.p.c); *Verrault c 124851 Canada inc* JE 2003-628, REJB 2003-39961, 2003 CanLII 6800 (CQ. p.c). Voir *Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801 [*Dell*]. Sur la question entourant le concept de clause externe dans un document sur support électronique, voir Didier Lluelles, « Le mécanisme du renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux », (2002) 104 R du N 11 et Vincent Gautrais, « *Dell Computer c Union des consommateurs – Histoire d'un "Oops"!* », (2005) CPI 688, aux pp 701-02.

⁴⁵⁰LPC, *supra* note 8, art 27 et 28.

⁴⁵¹*Ibid*, art 29.

⁴⁵²Dans le célèbre arrêt *Dell*, *supra* note 449, la Cour suprême du Canada considéra que l'hyperlien d'un site Internet pouvait être valide s'il était raisonnablement accessible. L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 616. Sur cet arrêt, voir Geneviève Saumier, « Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape », (2009) 113 :4 Penn St L Rev 1203.

adéquates sur la nature et l'étendue de la clause leur ont été données avant ou au moment de la conclusion du contrat. Pour vérifier le caractère incompréhensible de la clause, le code énonce le critère de référence de la « personne raisonnable », lequel conduit à la notion de consommateur moyen⁴⁵³, une notion centrale à notre réflexion - nous l'abordons d'ailleurs dans la deuxième section du chapitre 2. Comme dans le cas de la clause externe, la LPC prévoit aussi l'interdiction de la clause illisible ou incompréhensible⁴⁵⁴ et le fardeau de la preuve incombe au commerçant.

La question est particulièrement délicate dans les contrats conclus par des moyens électroniques. Le déficit informationnel du consommateur y est encore plus flagrant, notamment parce que le commerce électronique est fondé sur le principe de la confiance⁴⁵⁵. Or dans ce type de contrat, la lisibilité et l'intelligibilité des clauses sont deux choses distinctes⁴⁵⁶. Il est pertinent de se demander dans quelle mesure est affectée la compréhension du consommateur placé devant l'ensemble des dispositions constituant le contrat électronique. En effet, le consommateur pourrait difficilement comprendre un important volume d'informations sur un produit donné⁴⁵⁷ lorsqu'il tente d'y mettre de l'ordre pour en saisir le sens. En outre, comme son consentement

⁴⁵³Voir l'analyse de la décision de la Cour suprême du Canada, *Richard c Time Inc*, 2012 CSC 8 dans la partie II, deuxième chapitre, section 1, ci-dessous. Voir aussi *Industrielle Alliance, compagnie d'assurance sur la vie c Blais*, EYB 2008-129352 (CA); *Compagnie Commonwealth Plywood Ltd c 9018-2304 Québec Inc* J.E. 96-1338, EYB 1996-30247 (CQ) ; *Location d'autos Mont-Royal Inc c Martzouco*, J.E. 99-750, REJB 1999-11702 (CQ).

⁴⁵⁴LPC, *supra* note 8, art 25.

⁴⁵⁵Claudia Lima Marques, « Comércio eletrônico de consumo internacional: modelos de aplicação da lei mais favorável ao consumidor e do privilégio de foro » dans Patricia Galindo da Fonseca, Fabiana D'Andréa Ramos et Thierry Bourgoignie, dir, *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado*, Niterói (RJ), EDUFF, à paraître [Fonseca, Ramos et Bourgoignie, *Diálogos*]. Alexandre Guimond, « La notion de confiance et le droit du commerce électronique » (2008) 12:3 *Lex Electronica* 1 et Pierre-Hughes Vallée et Ejan Mackaay, « La confiance : sa nature et son rôle dans le commerce électronique », (2006) 11:2 *Lex Electronica* 1.

⁴⁵⁶Voir LPC, *supra* note 8, art 54(1) à 54(16) et la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, LRQ, c C-1.1 qui a eu pour effet d'introduire de nouvelles dispositions au CcQ, les art 2837-2842. Voir Claude Fabien, « La preuve par document technologique » (2004) 38 *RJT* 533.

⁴⁵⁷Voir Serge Kablan et Arthur Oulai, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », (2009) 54:4 *RD McGill* 627; Vincent Gautrais, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! », (2005) 106 *R du N* 617 à la p 633.

s'avère parfois extrêmement aisé à obtenir⁴⁵⁸, il est difficile de déterminer sans l'ombre d'un doute que ce consommateur est conscient qu'un simple clic de souris devient un consentement contractuel. Bourgoignie se demande comment assurer la transmission de l'information obligatoire au consommateur compte tenu des compressions imposées par le langage et l'espace numérique⁴⁵⁹. L'auteur fait aussi allusion à une nouvelle génération de pratiques commerciales déloyales qui se développent rapidement chez certains commerçants en ligne⁴⁶⁰.

5. La clause abusive

La clause abusive est définie et régulée par l'article 1437 CcQ :

La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi : est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci⁴⁶¹.

⁴⁵⁸Le consentement est généralement obtenu par un simple « clic », qui sert à indiquer l'acceptation. Voir CcQ, art 1394 et LPC, art 54.5. Sur le thème, Vincent Gautrais et Ejan Mackaay, « Les contrats informatiques » dans Denys-Claude Lamontagne, dir, *Droit spécialisé des contrats. Les contrats relatifs à l'entreprise*, vol 3, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 279; Mathew Burnstein, « A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment » dans Katharina Boele-Woelki et Catherine Kessedjian, dir, *Internet Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, 23. Voir *Dell*, supra note 449; *Rogers Media Inc c Marchesseault*, J.E. 2007-190, 2006 QCCS 5314, EYB 2006-111408.

⁴⁵⁹Thierry Bourgoignie, Allocution de clôture, Colloque *Le consommateur à l'ère numérique. Enjeux et opportunités*, organisé par l'Union des consommateurs, UQAM, 15 mai 2011 [non publié] [Bourgoignie, *Le consommateur à l'ère numérique*].

⁴⁶⁰*Ibid.* À titre d'illustration, une nouvelle façon d'accepter l'adhésion au contrat a été introduite dans certains sites Internet, ne prévoyant même pas un clic sur un icône « j'accepte ». Selon L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 150, il s'agit du contrat « browse-wrap », dont le consentement se donne « par la simple apparition d'une indication parfois difficilement accessible ou par l'accès à une nouvelle page via un lien hypertexte ». Les auteurs affirment toutefois que ce type d'acceptation n'est pas encore une pratique généralisée et reste controversée. Voir *Canadian Real Estate Association c Sutton*, [2003] JQ n 3606, REJB 2003-40471.

⁴⁶¹CcQ, supra note 19, art 1437.

La faculté accordée au juge de réduire ou d'annuler toute stipulation qui « désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi » est considérée comme « un large pouvoir afin de corriger les iniquités les plus graves »⁴⁶². Selon Benoît Moore, cette disposition constitue « l'un des changements les plus importants qu'a apporté la réforme de 1994 »⁴⁶³. Toutefois, cette règle n'a pas vraiment eu de répercussions importantes sur les contrats soumis à la LPC étant donné l'interdiction de lésion entre majeurs⁴⁶⁴.

En fait, la norme de la LPC envisage deux types de lésion : la lésion objective et la lésion subjective. Le critère permettant de déterminer la lésion objective est l'existence d'une disproportion démesurée entre les prestations des parties, ce qui engendre une présomption d'exploitation du consommateur⁴⁶⁵. La nullité du contrat ou la réduction de la prestation seront imposées lorsque les obligations du consommateur sont « excessives, abusives et exorbitantes » par rapport aux conditions des parties, aux avantages relatifs du consommateur à la suite de la conclusion du contrat et des circonstances de sa conclusion. Lorsque les obligations du consommateur sont ainsi jugées excessives, un contrat sera alors considéré comme causant une lésion subjective. Le premier type de lésion vise à sanctionner une pratique, le deuxième vise à protéger la situation patrimoniale du contractant.

⁴⁶²L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 85.

⁴⁶³Benoît Moore, « Les clauses abusives: Dix ans après » (2003) 63 *Revue du Barreau* 59 à la p 59 [Moore, « Les clauses abusives »].

⁴⁶⁴LPC, supra note 8, art 8. « Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive et exorbitante ».

⁴⁶⁵Voir l'importante décision *Gareau Auto Inc c Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] RJQ 1091 EYB 1989-63412 (CA) [*Gareau Auto Inc*].

Malgré la polémique prévalant parmi les juristes québécois⁴⁶⁶ à l'égard du critère d'évaluation de la clause abusive, une majorité de la doctrine considère que l'analyse doit être faite en vertu du caractère « excessif et déraisonnable » de la clause⁴⁶⁷. À cet effet, l'arrêt *Kabakian-Kechichian* est souvent cité. Dans celui-ci, la Cour d'appel fit valoir que le caractère « excessif » d'une clause peut être déterminé soit de façon objective, soit de façon subjective, selon les circonstances⁴⁶⁸. Pour Benoît Moore, la notion de bonne foi, « tout aussi vague et floue que la notion de clause abusive, ne fournit tout au plus qu'un guide à la magistrature »⁴⁶⁹. En somme, la clause est jugée abusive si elle atteint gravement la substance du contrat⁴⁷⁰. Le débat visant à savoir s'il s'agit là de l'inclusion dans le code d'une norme identique à celle de la LPC sur la lésion reste donc limité aux contrats d'adhésion.

Le moment auquel procéder à l'évaluation du caractère abusif de la clause comporte aussi son lot d'interrogations. En effet, il convient de se demander si le juge doit uniquement considérer les circonstances existantes lors de la formation du contrat. Le juge ne devrait-il pas aussi se pencher sur les circonstances qui prévalaient au

⁴⁶⁶Sylvette Guillemard, « Les clauses abusives et leurs sanctions: la quadrature du cercle » (1999) 59 R du B 369 à la p 369 [Guillemard, « La quadrature du cercle »]. L'auteur fait allusion « à des vifs débats sur leur nature et leur portée ».

⁴⁶⁷Pierre-Gabriel Jobin, « Deux Lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil au Québec », Contribution au congrès virtuel 2004 de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises (IDEF) sur le thème *Le code civil français : Droit des obligations face à la mondialisation*, 2004 à la p 10. L'auteur affirme qu'« [a]ussi les magistrats et les auteurs étaient-ils profondément divisés sur cette application de la règle sur la clause abusive ». Voir aussi Baudouin, Jobin et Vézina, *Les obligations*, supra note 448, n 205 à la p 158; Brigitte Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p 241 et Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Themis, 2006, n 1459 à la p 987 [Lluellas et Moore, *Droit des obligations*].

⁴⁶⁸*Québec (Procureur général) c Kabakian-Kechichian*, [2000] RJQ 1730, para 55 (CA) [*Kabakian-Kechichian*].

⁴⁶⁹Moore, « Les clauses abusives », supra note 463 à la p 77. Voir aussi Pierre-Gabriel Jobin, « Les clauses abusives », (1996) 75 Revue du Barreau canadien 503; Jacques Ghestin et Isabelle Marchessaux, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion » dans Jacques Ghestin, dir, *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications*, Acte du 19^e Colloque de droit européen, 6-9 novembre 1989, Luxembourg, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, 78.

⁴⁷⁰Voir la décision de la Cour suprême du Canada de 18 mars 2011, concernant l'application de « Business Practices and Consumer Protection Act » de Colombie Britannique. *Seidel v TELUS Communications Inc*, 2011 CSC 15.

moment de l'exécution du contrat pour procéder à l'analyse du caractère abusif d'une clause. La doctrine et la jurisprudence n'ont pas réussi à établir un consensus sur ces questions. En contemplant la localisation de l'article 1437 dans le CcQ (*Section IV - Des effets du contrat*), Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière affirment que « [l]e législateur situe uniquement au moment de la conclusion du contrat et non pas au moment de son exécution le caractère acceptable ou abusif d'une clause »⁴⁷¹. Baudouin et Jobin soulignent que « le juge doit parfois apprécier la clause au moment même où elle doit être mise en œuvre, car les circonstances peuvent influencer l'aspect abusif d'une clause ; une même stipulation sera abusive dans certaines circonstances, mais valide dans d'autres »⁴⁷².

Ainsi, en adoptant une définition large de la clause abusive, le législateur québécois a fait le choix d'insérer la norme entourant la clause abusive dans le Code civil⁴⁷³. Par ailleurs, il n'a pas jugé bon d'accompagner cette norme générale de précisions supplémentaires, telle une liste grise de clauses présumées abusives⁴⁷⁴, ou une liste noire de clauses considérées comme abusives en toutes circonstances⁴⁷⁵. La plupart

⁴⁷¹L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 86. Dans le même sens, Brigitte Lefebvre, « La bonne foi: notion protéiforme », (1996) 26 RDUS 321 et Marc Lemieux, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42:3 Cahiers de droit 841. Voir *Tellier c La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance sur la vie*, JE 98-1530 (CS); *Huel c Décalcomanie Beaver Inc*, J.E. 97-727 (CS); *Rousse c Dion*, JE 2001-1213 (CS). Voir aussi *Banque Toronto-Dominion c Béland*, BE 97BE-661 et *Kabakian-Kechichian*, supra note 442.

⁴⁷²Baudouin, Jobin et Vézina, *Les obligations*, supra note 448 à la p 123. De la même opinion, Vincent Karim, *Les obligations*, 2^e éd, vol 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 à la p 393; Guillemard, « La quadrature du cercle », supra note 466 à la p 382; Jobin, « Les clauses abusives », supra note 469 à la p 514; François Héleine, « Le droit des obligations – Une double préoccupation des tribunaux: contrôler les comportements – s'adapter au droit nouveau » dans Gil Rémillard, dir, *Le nouveau Code civil du Québec: un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, 27 à la p 38. Voir aussi : *Gaillard c Microtec Inc*, J.E. 95-782 (CQ); *Société générale Beaver Inc c Métaux ouvrés St-Philippe Inc*, J.E. 94-1295 (CS); *Gosselin c 102150 Canada Inc*, J.E. 96-730 (CQ); *Audet c Jetté*, JE 98-2097 (CS). Sur les contrats d'assurance, voir *S.S.Q., Société d'assurance-vie c 2970-3691 Québec Inc*, JE 95-1806 (CS) et *Papineau c Survivance, cie mutuelle d'assurance-vie*, 2001 CanLII 18444 (CQ).

⁴⁷³Moore, « Les clauses abusives », supra note 463 à la p 69.

⁴⁷⁴Il s'agit d'une liste contenant des clauses en principe nulles, mais que le tribunal peut, selon les circonstances, déclarer valides.

⁴⁷⁵Il s'agit d'une liste énumérant des clauses contractuelles prohibées, pour lesquelles les tribunaux n'ont aucune marge d'appréciation. Voir Gilles Paisant, « Première interprétation par la CJCE de la

des pays ont opté pour le procédé des listes grises ou noires. En 1993, la Communauté européenne a adopté une directive sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, qui inclut en annexe une liste grise⁴⁷⁶.

§ 3. La relation entre le Code civil et la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec

L'insertion partielle dans le CcQ des normes du droit de la consommation consacre un lien de dépendance entre ce dernier et le droit commun (A). L'approche prédominante de la LPC, entièrement tournée vers le contrat, ne fait que confirmer cette relation étroite (B).

A. La dépendance du *Code civil* du Québec

La controverse à l'égard de la place consacrée aux normes de protection du consommateur lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil québécois a abouti à une solution dite intermédiaire : la loi spécifique sur la protection du consommateur reste en vigueur, mais certains concepts fondamentaux du droit de la consommation se voient transférés dans le corpus du Code civil (1). Ce compromis a mené à reconnaître le contrat de consommation comme étant une catégorie particulière de contrats (2) et, de manière parallèle, à la tentative malheureusement inachevée de clarifier certains éléments de ce contrat (3).

directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives » JCP général, 2001, n 15-16, 11 avril, jurisprudence, n 10513, à la p 768.

⁴⁷⁶Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, [1993] JO L 095.

I. Une intégration partielle

Lors de l'adoption du Code civil en 1991⁴⁷⁷, les juristes québécois se sont demandé si les normes constituant le droit de la consommation devaient ou non être intégrées dans le nouveau document maître du droit commun⁴⁷⁸.

Nicole L'Heureux soutenait que « [l]e rapatriement au Code civil de la réglementation des contrats de consommation se justifie par l'importance de ce domaine contractuel »⁴⁷⁹. Énonçant les objectifs de fond des travaux effectués par l'Office de révision du Code civil⁴⁸⁰, Paul-André Crépeau prônait l'unité organique du droit civil, par l'intégration dans le CcQ, de la législation en matière de droit de la consommation, dite statutaire⁴⁸¹. Cependant, pour cet auteur, cette fusion devait se restreindre aux règles générales en la matière⁴⁸². Claude Masse partageait une opinion semblable, affirmant que les principes fondamentaux du droit de la consommation devraient être assimilés dans la nouvelle législation de référence en droit commun. À son avis, seraient mieux divulguées et diffusées des normes comme la lésion entre majeurs, les clauses d'exclusion de responsabilité, les clauses pénales, l'obligation de ne pas tromper ainsi que celle de renseigner sur un point important lors de la formation du contrat, les garanties à l'égard des vices cachés, de même que les

⁴⁷⁷CcQ, *supra* note 19. Le nouveau Code civil du Québec est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Au sujet de la longue route menant à l'adoption du code, incluant une vaste enquête faite sur le projet, voir Paul-André Crépeau, *La réforme du droit civil canadien. Une certaine conception de la recodification. 1965-1977*, Montréal, Thémis, 2003.

⁴⁷⁸Claude Masse, « Les liens entre la *Loi sur la protection du consommateur* et le *Code civil du Québec* » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir, *Du Code civil du Québec : Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, 2005, 383 à la p 383 [Masse, « Les liens »].

⁴⁷⁹Nicole L'Heureux, « Contrat de consommation » (1988) 29 Cahiers de droit 1083 à la p 1096.

⁴⁸⁰*Rapport sur le Code civil*, Éditeur officiel du Québec, 1978. Le projet a été déposé à l'Assemblée nationale du Québec le 20 juin 1978 et contenait 3288 articles.

⁴⁸¹Paul-André Crépeau, « La réforme du Code civil du Québec » (1979) 31:2 RIDC 269 à la p 272.

⁴⁸²Paul-André Crépeau « Les obligations — la justice contractuelle » dans *Codification, Valeurs et langage: actes du colloque international de droit civil comparé*, Québec, Conseil de la langue française, 1985 à la p 364 (commentaire du professeur Paul-André Crépeau).

recours directs contre les fabricants ou les commerçants⁴⁸³. Ainsi, l'intégration de certains aspects du droit de la consommation dans le CcQ représentait pour cet auteur une reconnaissance à la fois de l'importance des problèmes éprouvés par les consommateurs et de la légitimité de leurs revendications. Claude Masse nuançait cependant en expliquant que le droit de la consommation et ses techniques sont dans certains cas « non transposables » et donc que cette sphère du droit devrait jouir d'une certaine autonomie⁴⁸⁴.

Se positionnant contre l'intégration, Sylvio Normand affirmait que les normes composant le droit de la consommation présentent une dimension autre, qui ne saurait se limiter au contexte du droit privé, car elles empruntent aux disciplines administratives et pénales. Le droit de la consommation est fait de règles précises, en général impératives, qui « intrinsèquement s'apparentent mal au Code »⁴⁸⁵. Ainsi, cet auteur revendiquait aussi l'autonomie du droit de la consommation par rapport au CcQ.

Le législateur québécois a finalement fait le choix d'intégrer quelques dispositions relatives au droit de la consommation dans le nouveau CcQ. À ce propos, Belley affirme que « [l]e droit de la consommation reste un droit distinct du droit commun, formellement et en substance, puisque la loi qui en constitue le pivot n'a pas été intégrée au nouveau *Code civil du Québec*, malgré des velléités initiales en ce sens »⁴⁸⁶.

Se trouvent ainsi intégrés dans le CcQ certaines notions fondamentales du droit de la consommation, alors que la majorité du *corpus* de cette sphère du droit en reste distincte. De cette façon, la définition du contrat de consommation ainsi que le

⁴⁸³Claude Masse, « Les liens », *supra* note 478 à la p 397.

⁴⁸⁴Masse, « L'Avant-projet », *supra* note 433 à la p 841.

⁴⁸⁵Normand, « Le Code et la protection », *supra* note 38 à la p 1080. Voir aussi Paul-André Crépeau, « Le droit civil et le droit de la protection du consommateur », (1979) 10 RGD 13.

⁴⁸⁶Belley, « Archétype », *supra* note 267 à la p 124.

principe de l'interprétation favorable au consommateur, déjà consacrés dans la LPC, furent ajoutés au CcQ⁴⁸⁷. Il est en de même des dispositions relatives à la clause externe, à la clause incompréhensible ou illisible ainsi qu'à la clause abusive, prévues aux articles 1435, 1436 et 1437. Enfin le CcQ prescrit aussi des règles particulières de droit international privé en matière de contrat de consommation⁴⁸⁸. Vu le statut hiérarchique plus élevé du CcQ par rapport à une loi spécifique comme la LPC, ces normes qui ont été intégrées dans le CcQ ont acquis en définitive une certaine préséance sur l'ensemble de celles constituant le droit de la consommation, qui se voulait au départ homogène. En conséquence, les dispositions de la LPC ne constituent pas une sphère autonome de droit, restant plutôt à cheval entre deux statuts différents, selon qu'elles font partie du document maître de droit commun ou qu'elles ne figurent qu'à l'intérieur d'une loi spécifique de droit privé, donc hiérarchiquement inférieure. Ainsi, on peut noter qu'une relation de dépendance fut instituée entre le CcQ et la LPC, alors que certaines définitions et normes jouissent d'un statut hybride, faisant partie à la fois du premier et de la seconde. Toutes les autres normes du droit de la consommation – la majorité d'entre elles, ne figurant que dans la loi plus spécifique –, sont subordonnées à l'ensemble du contenu du CcQ. Autant dire que la LPC se trouve donc dans une relation de dépendance vis-à-vis du CcQ, l'application de la LPC étant prescrite principalement par l'intermédiaire des règles générales de droit privé constituant le CcQ, dont les quelques normes issues du droit de la consommation qui y furent intégrées.

2. La reconnaissance d'une catégorie particulière de contrat

⁴⁸⁷LPC, *supra* note 8, art 17 et CcQ, *supra* note 19, art 1435. L'adoption par le CcQ du principe de l'interprétation favorable à l'adhérent est un exemple de l'influence directe de la LPC sur le code.

⁴⁸⁸CcQ, *ibid.*, art 3117 et 3149.

Le choix ainsi effectué par le législateur a eu pour conséquence de reconnaître le contrat de consommation comme étant une catégorie particulière de contrats soumise à ses propres normes. L'introduction du contrat de consommation dans le CcQ a eu une influence notable sur la théorie générale des contrats (a). Il reste que le CcQ consacre un seul et même régime à ce contrat et au contrat d'adhésion (b).

a. L'influence du droit de la consommation sur le Code civil

Les réformes apportées à la théorie générale des contrats lors de la réforme du Code civil ont été fortement influencées par la LPC⁴⁸⁹. À titre d'illustration, le dol par réticence de l'article 1401 du CcQ trouve son inspiration dans l'article 228 de la LPC et les articles 1405 et 1406 du CcQ dans l'article 8 de la LPC, lequel établit la lésion. La faculté de dédit accordée à l'acquéreur d'un immeuble à usage d'habitation par l'article 1785, ainsi que les clauses limitatives de responsabilité établies dans les articles 1474 et 1475 et l'obligation de réparer le préjudice causé à un tiers utilisateur d'un produit dangereux prévue à l'article 1468 sont d'autres exemples manifestes de l'influence exercée par la LPC sur le CcQ⁴⁹⁰. La « nouvelle morale contractuelle »⁴⁹¹ fondée sur la bonne foi, établie dans l'article 1375, symbolise l'effet provoqué par l'idéal consumériste sur la logique du CcQ⁴⁹².

Pour Benoît Moore, cette influence a eu pour effet de diluer la notion de contrat de consommation. Malgré le même argument du départ, notre opinion est contraire. L'emprunt par le droit commun de solutions consuméristes témoigne de façon remarquable de la vigueur du droit de la consommation. L'adoption des principes

⁴⁸⁹Voir Nathalie Sauphanor, *L'influence*, *supra* note 17. Voir aussi Jean Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats » (1994) 2 RTD civ 239.

⁴⁹⁰Moore, « L'avenir incertain », *supra* note 343 à la p 16.

⁴⁹¹*Ibid.*

⁴⁹²*Banque Nationale c Soucisse*, [1981] 2 RCS 339.

consoméristes par le CcQ représente selon nous la force et la cohérence de cette branche de droit. Toutefois, l'inclusion d'une telle notion issue de la LPC à l'intérieur du CcQ vient à la fois confirmer la relation de dépendance notée précédemment entre ces deux instruments législatifs: seules certaines règles spécifiques du droit de la consommation acquièrent un statut hiérarchique plus élevé alors qu'elles sont intégrées « à la pièce » dans le CcQ, décomposant l'aspect homogène des normes de droit de la consommation.

b. Les contrats de consommation et les contrats d'adhésion

Le CcQ a établi un seul régime pour les contrats de consommation et d'adhésion, notamment au regard du principe de l'interprétation la plus favorable, ainsi qu'à la validité des clauses externes, illisibles ou incompréhensibles et abusives⁴⁹³.

Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré⁴⁹⁴.

Certes, le contrat de consommation est un contrat d'adhésion⁴⁹⁵, mais ces notions sont distinctes. Le contrat d'adhésion est caractérisé par le fait que les obligations essentielles sont imposées par une des parties et qu'elles ne peuvent être librement discutées. Ainsi, l'attribut majeur définissant un contrat comme étant un contrat d'adhésion est représenté par la somme des circonstances entourant sa conclusion. Par contre, le contrat de consommation est déterminé surtout en fonction de la qualité de consommateur de l'une des parties au contrat.

⁴⁹³CcQ, *supra* note 19, art 1432, *in fine*, 1435, 1436 et 1437.

⁴⁹⁴*Ibid*, art 1379

⁴⁹⁵Claude Masse, « Les liens », *supra* note 478 à la p 383 : « [T]ous les contrats de consommation sont également des contrats d'adhésion ».

Le législateur a voulu assurer au contrat d'adhésion une plus grande souplesse à l'égard de sa définition, contrastant avec celle du contrat de consommation. À titre d'exemple, le CcQ n'impose aucune restriction concernant l'adhérent, qui peut être une personne morale, un commerçant ou un professionnel libéral. De plus, remarquons l'imprécision du terme « stipulations essentielles », qui varie selon la valeur particulière du contrat en cause.

Cette distinction est fondamentale, car un contrat peut être considéré à la fois comme d'adhésion et de consommation.

La classification des contrats telle qu'on la trouve à l'article 1378 fait mention expresse au contrat de consommation, aux côtés duquel figurent le contrat d'adhésion et le contrat de gré à gré ainsi que divers autres types de contrats : synallagmatique ou unilatéral; à titre onéreux ou gratuit; commutatif ou aléatoire; à exécution instantanée ou successive. Ensuite, le CcQ définit le contrat de consommation, en introduisant « une catégorie nouvelle de contrat »⁴⁹⁶:

Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite⁴⁹⁷.

3. Les apports du Code civil à la notion de contrat de consommation

Selon le CcQ, le contrat de consommation est établi entre le consommateur et une entreprise dans le cadre de ses activités. L'« entreprise » est définie comme étant une

⁴⁹⁶L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 39.

⁴⁹⁷CcQ, supra note 19, art 1384.

« activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services »⁴⁹⁸. Ainsi, la notion d'entreprise inclut⁴⁹⁹ les artisans, les agriculteurs et les professionnels régis par le *Code des professions*⁵⁰⁰. Par ailleurs, la notion de commerçant en vigueur et prédominante dans la LPC, n'englobe pas ces activités. Le concept de commerçant adopté par la LPC n'ayant pas été remplacé par la notion d'entreprise, ces deux interprétations différentes du contrat de consommation coexistent dans le cadre normatif mis en place pour protéger les intérêts du consommateur québécois. À ce propos, Masse affirme qu'« [i]l a été convenu lors de l'adoption de cette disposition du Code civil » que le champ d'application de la LPC serait changé en conséquence afin d'y remplacer le concept de commerçant par celui d'entreprise⁵⁰¹. Comme ce changement n'a jamais été effectué et dans le but d'assurer une meilleure cohérence au cadre normatif visant les consommateurs, le rapport « Jalons pour un Code de la consommation au Québec » propose l'adoption dans la LPC du concept d'entreprise utilisé par le CcQ⁵⁰².

D'ailleurs, étant donné la référence expresse du CcQ au champ d'application de la LPC qui reste limité par la notion de commerçant, Masse affirme qu'on se retrouve devant un « paradoxe ironique »⁵⁰³. Lafond soutient qu'il s'agit là de « l'élément le plus ambigu de la disposition »⁵⁰⁴. Pour Lacoursière, le renvoi mentionné dans le

⁴⁹⁸CcQ, *supra* note 19, art 1525, al 3.

⁴⁹⁹*Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice*, Montréal, Publications DACFO, 1993 à la p 510, art 1525.

⁵⁰⁰*Code des professions*, *supra* note 102.

⁵⁰¹Claude Masse, « Les liens », *supra* note 478 à la p 392.

⁵⁰²Bourgoignie, Lafond et Rouillard, *Jalons pour un code*, *supra* note 152 à la p 18. À la p 17, les auteurs affirment que « [l]a cohérence du cadre normatif mis en place pour les consommateurs est un gage de visibilité, d'accessibilité et partant d'effectivité ».

⁵⁰³Claude Masse, « Les liens », *supra* note 478 à la p 392.

⁵⁰⁴Lafond, « Contours », *supra* note 298 à la p 585.

début de la disposition réfère aux « nombreux textes de lois qui protègent le consommateur d'une manière ou d'une autre »⁵⁰⁵.

En revanche, il n'y a pas de restriction à l'application du contrat de consommation prévu par le CcQ à un bien immeuble, étant donné que les biens visés par l'article 1384 ne sont pas qualifiés⁵⁰⁶. D'ailleurs, la destination du bien ou du service, selon la formule utilisée « à des fins personnelles, familiales ou domestiques », devient un autre critère pour décrire le consommateur. L'exigence légale de la destination de l'objet du contrat entraîne l'exclusion de toute acquisition à des fins commerciales, industrielles ou professionnelles.

Par ailleurs, le critère portant sur les attributs de la personne, qui doit être une personne physique, coïncide avec la définition de la loi⁵⁰⁷. À ce sujet, Lafond affirme que « toutes les définitions étudiées en droit québécois s'accordent avec une conception individualiste du consommateur, par opposition à une vision centrée sur un groupe ou une personne »⁵⁰⁸.

La disposition du CcQ énonce encore les formes d'acquisition de l'objet du contrat: acquisition, location, emprunt ou toute autre manière. Il s'agit d'un autre élément de la définition qui n'est pas différent de la définition de la LPC, vu la généralité de l'article 2 qui « permet d'inclure toutes les catégories énumérées par l'art. 1384 CcQ »⁵⁰⁹.

Malgré l'apparence d'une plus grande protection assurée au consommateur par la norme de l'article 1384 en vertu de ces différences à l'égard de la qualification des

⁵⁰⁵L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 aux pp 46-47.

⁵⁰⁶Lafond, « Contours », *supra* note 298 à la p 592. *Marzenska c Développement immobilier Havre St-Louis inc*, 2008 QCCQ 13264 (CanLII); *Bibeau c Salette*, [2004] RJQ 1963, REJB 2004-65758, 2004 CanLII 15789 (CS).

⁵⁰⁷LPC, art 1(e) : « “consommateur” : une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce ».

⁵⁰⁸Lafond, « Contours », *supra* note 298 à la p 574.

⁵⁰⁹L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 45.

parties et de l'objet du contrat, l'évocation de cet article du CcQ ne lui garantit pourtant l'aide d'aucune instance administrative.

Pierre-Claude Lafond affirme que « cette définition se situe en marge des lois québécoises particulières vouées à la protection des consommateurs »⁵¹⁰.

B. Le contrat comme fil conducteur

Le droit de la consommation est construit autour du contrat ou, plus précisément, de contrats particuliers. L'approche contractualiste se traduit notamment par une identification du consommateur limitée au contractant (1). Enfin, le privilège accordé aux contrats spécifiques nuit à la vocation générale de la LPC (2).

1. L'approche contractualiste

La LPC énonce qu'elle s'applique « à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cadre de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service est régi par la loi »⁵¹¹. Le contrat est donc l'élément le plus pertinent pour définir le champ d'application de la loi.

Même avant l'entrée en vigueur du CcQ, Claude Masse attestait le contrat comme étant l'institut juridique central autour duquel le droit de la consommation est fondé⁵¹², concluant que « [l]e droit de la consommation s'est donc élaboré à partir du droit

⁵¹⁰Lafond, « Contours », *supra* note 298 à la p 572.

⁵¹¹LPC, *supra* note 8, art 2.

⁵¹²Masse, « Fondement », *supra* note 20 à la p 47.

des contrats »⁵¹³. Benoît Moore se réfère au « droit contractuel spécifique au domaine de la consommation »⁵¹⁴.

Malgré l'inégalité constatée des rapports de force existant dans le marché, la protection du consommateur reste inscrite dans un modèle contractualiste de droit, dont le contrat reste le vecteur principal. Selon cette approche, la consommation est comprise comme la satisfaction d'un choix éclairé, libre et rationnel⁵¹⁵. Le consommateur est inclus dans une perspective individualiste, un « joueur à petite échelle »⁵¹⁶, à la rationalité limitée. Selon Mackaay, « le “ marché ” corrige pour partie la vulnérabilité du consommateur, car il y va de l'intérêt des acteurs »; « l'adoption d'une intervention légère constituée par les mesures d'information autant que possible » devrait ainsi suffire à assurer la protection du consommateur⁵¹⁷. Bourgoignie, au contraire, soutient que

[I]es postulats de la théorie économique du consommateur individuel et leur formalisation sur le plan juridique sont dénoncés, notamment dans le champ de la consommation, comme autant de fictions incapables d'apporter au consommateur une protection autre qu'illusoire et ayant, au contraire, pour effet de permettre le maintien du déséquilibre de pouvoir entre les « partenaires » au sein du système économique. Les défaillances et les lacunes du système de marché, sources du déséquilibre fondamental qui caractérise les rapports de consommation, sont mis en évidence et la réalité de la situation du consommateur opposée à la théorie⁵¹⁸.

Malgré le consensus qui assimile dans la plupart des cas le contrat de consommation à un contrat d'adhésion, il est généralement perçu comme étant l'aboutissement d'une démarche individuelle plutôt que collective. Par ailleurs, le fait que la définition de

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ Moore, « Autonomie », *supra* note 40 à la p 26.

⁵¹⁵ Bourgoignie, *Éléments*, *supra* note 14 aux pp 34-35.

⁵¹⁶ Ejan Mackaay, « L'analyse économique du droit de la consommation – Quelques réflexions sur son rapport avec le droit civil et sur l'évaluation de son effectivité » dans Bourgoignie, *Propos autour de l'effectivité*, *supra* note 375, 215 à la p 223.

⁵¹⁷ *Ibid* à la p 221.

⁵¹⁸ Bourgoignie, *Éléments*, *supra* note 14 aux pp 161-62.

contrat de consommation se retrouve ancrée dans le CcQ consacre la primauté de ce dernier.

La primauté du contrat implique donc celle du Code civil, faisant du droit de la consommation une branche dépendante ou marginale du droit privé.

Certes dans l'esprit des rédacteurs de la LPC, le contrat est perçu « comme un processus qui ne se réduit pas au moment décisif de la signature d'un écrit, mais qui a été précédé et sera suivi de multiples comportements, représentations, relations et déceptions »⁵¹⁹, faisant référence à une « succession de comportements »⁵²⁰. En conséquence, le fil conducteur demeure le contrat.

Sous la rubrique de « [n]écessité d'un contrat », Lafond affirme que « la définition législative repose sur la prémisse d'une relation contractuelle entre le consommateur et l'entreprise »⁵²¹. Le cadre contractuel définit la portée du droit de la consommation, la qualité de consommateur étant limitée au contractant. L'auteur constate en général l'assujettissement de la notion de consommateur à la notion de contrat, cependant il soutient que « [l]e consommateur ne peut pas se définir exclusivement par les contrats qu'ils concluent, pas plus que le droit de la protection du consommateur s'abreuve uniquement à la source du contrat de consommation »⁵²².

⁵¹⁹Belley, « Archétype », *supra* note 267 à la p 135.

⁵²⁰*Ibid* à la p 136. L'auteur fournit des exemples, parmi lesquels on retient: « des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu » (art 9), « la livraison du bien ou la prestation du service prévus dans le contrat » (art 16), le défaut de payer du consommateur (art 104, 138), la durée prévue pour l'exécution (art 190(d) et art 200) et le manquement du commerçant à son obligation (art 272).

⁵²¹Lafond, « Contours », *supra* note 298 à la p 584.

⁵²²*Ibid* à la 585.

2. Une loi spécifique plutôt que générale

Des nouveaux types des relations de consommation sont créés chaque jour. La seule façon de tenir compte de la complexité et de l'évolution continue et grandissante des relations de consommation passe par l'énonciation de principes généraux et non par des règles spécifiques⁵²³. La formulation spécifique choisie par le législateur québécois limite inévitablement le champ d'application de la loi. Lafond, militant pour un code québécois de la consommation regrette l'absence d' « un outil évolutif capable de s'adapter aisément aux changements du droit » :

[d]'une nature évolutive, le code pourrait intégrer de manière centralisée les modifications législatives rendues nécessaires par le passage du temps, au lieu que ces dernières soient effectuées à la pièce et dans des textes dispersées, de façon non synchronisée, ce qui laisse toujours courir le risque d'une incohérence des mesures et d'une ignorance des changements par les principaux intéressés⁵²⁴.

Bourgoignie regrette également que la LPC du Québec n'ait pas l'ampleur des lois générales sur la protection du consommateur adoptées récemment dans les pays européens, dont notamment le Code français de la consommation⁵²⁵.

Ces deux auteurs plaident pour l'adoption au Québec d'un Code de la consommation appelé à traiter de tous les enjeux auxquels font face les consommateurs et ne se limitant pas aux déséquilibres nés de la relation contractuelle. Selon Bourgoignie,

Ainsi, au sein de la Communauté européenne, la codification du droit communautaire de la consommation ne devrait-elle se confondre et partant se limiter à l'important processus de codification en cours dans le domaine du droit des contrats. La codification du droit communautaire de la consommation peut certes

⁵²³Dans ce sens voir Lafond, « Pour un code québécois », *supra* note 302 aux pp 182-83.

⁵²⁴*Ibid* à la p 179.

⁵²⁵*Loi n 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation* (partie législative), version consolidée au 14 mai 2009 et le *Décret n° 97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation* (partie réglementaire), version consolidée au 3 avril 1997 en France. Voir Thierry Bourgoignie, « Lois générales sur la protection du consommateur et codes de la consommation en Europe » dans Maniet, *Pour une réforme*, *supra* note 55, 227 à la p 240. [Bougoignie, « Lois générales »].

contribuer, notamment par la généralisation de dispositions à l'origine destinées aux seuls consommateurs, à un processus plus général de codification dans le domaine des contrats ; de même, la réforme du droit de la consommation peut intégrer des solutions nouvelles et intéressantes dégagées par le droit des contrats, mais les deux exercices doivent, selon moi, rester distincts⁵²⁶.

Selon Lafond :

Le droit de la consommation ne saurait se limiter à un florilège de règles spécifiques et disparates. C'est aussi un droit inspiré de principes fondamentaux, tels l'équité contractuelle, la formation des contrats, le droit à l'information, la protection contre un endettement excessif, l'accès à la justice, qu'il convient de formuler de manière explicite dans un code⁵²⁷.

Ces deux auteurs considèrent comme une réforme nécessaire l'adoption au Québec d'une loi générale sur la protection du consommateur appelée à couvrir l'ensemble des rapports entre les consommateurs et les entreprises⁵²⁸. Une telle loi générale aurait l'ambition d'énoncer et de réunir dans un même ensemble les normes générales applicables à un thème spécifique afin d'en assurer l'unité et la cohérence logique, ainsi que d'en faciliter l'accès et l'interprétation. L'entreprise de <décodification> par rapport aux codes généraux des 18^{ème} et 19^{ème} siècles se traduit alors par la constitution de microcodes ou microsystèmes reflétant la pluralité des espaces et des acteurs économiques d'aujourd'hui⁵²⁹

La disputa, che appariva storicamente superata dall'espandersi universale dei codici, riprende forza nell'età della decodificazione, quando sui giuristi torna l'ufficio di ristabilire l'unità infranta dalle leggi speciali e di conciliare i principî del codice con i principî delle discipline di settore. La decodificazione apre nuovi e inattesi territori al diritto dei giuristi⁵³⁰.

⁵²⁶Bourgoignie, « Droit de la consommation: une mutation salutaire », dans *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis/Bruylant, 2008, 845 à la p 857 [Bourgoignie, « Une mutation salutaire »].

⁵²⁷Lafond, « Pour un code québécois », *supra* note 302 à la p 183.

⁵²⁸Voir, dans ce sens, Bourgoignie, Lafond et Rouillard, *Jalons pour un Code*, *supra* note 152 aux p 36 et 37. Les auteurs prônent pour une loi qui « s'applique à tous les secteurs, à tous les produits de consommation et à tous les services destinés au consommateur »

⁵²⁹Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999.

⁵³⁰Natalino Irti, « Legislazione e codificazione » (27 avril 2012), en ligne : Treccani.it L'enciclopedia italiana <http://www.treccani.it/enciclopedia/legislazione-e-codificazione_%28Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali%29/>: « Le conflit, qui apparaissait

historiquement surpassé par l'expansion universelle des codes, reprend force dans l'ère de décodification quand les juristes reviennent à l'office de rétablir l'unité brisée des lois spéciales et de concilier les principes du code avec les principes de la discipline du secteur. La décodification ouvre des nouveaux et imprévisibles territoires au droit des juristes » [notre traduction].

CHAPITRE 2: L'ÉTABLISSEMENT D'UN CADRE NORMATIF POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU BRÉSIL

Au Brésil, l'intérêt pour la défense des consommateurs émerge et se consolide dans un contexte juridique favorable à une vision large, collective et fondamentale des intérêts des consommateurs (section 1). Le droit de la consommation se façonne et trouve son expression dans l'adoption, en 1990, du Code de protection du consommateur⁵³¹ dont les champs subjectif et matériel d'application confirment la volonté d'aborder la protection du consommateur de manière étendue, innovante et collective (section 2). Le cadre normatif qui en résulte constitue un micro-système juridique dont les principes directeurs se trouvent solidement ancrés dans le système juridique brésilien et prennent amplement leurs distances par rapport au Code civil⁵³² (section 3).

⁵³¹CDC, *supra* note 13 [CDC].

⁵³²Voir Patricia Galindo da Fonseca, « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur » (2010) 23:1 RQDI 115.

Section 1. Un contexte juridique favorable à une vision large, collective et fondamentale des intérêts des consommateurs.

Dépassant la perception étroite des intérêts du consommateur prévalant jusqu'alors et limitée à la répression de quelques crimes et délits clairement identifiés, une compréhension beaucoup plus large de la matière s'impose à partir des années 1970. Les consommateurs se voient reconnaître comme un groupe socio-économique distinct et vulnérable dont les intérêts individuels et collectifs doivent être promus, représentés, organisés et défendus (§1). L'insertion dans la Constitution brésilienne⁵³³ des droits du consommateur en tant que droits fondamentaux confirme de la manière la plus patente l'approche sociale et collective dans laquelle s'inscrit la protection du consommateur au Brésil (§2).

§ 1. Une vision large et collective

Jusqu'en 1960, le législateur brésilien opte pour une approche restreinte et strictement pénale lorsqu'il aborde les sujets connexes au droit de la protection du consommateur (A)⁵³⁴. Entre 1960 et les années 1980, l'État brésilien commence à intervenir directement dans l'économie et le législateur adopte une approche plus ancrée dans le droit public de l'économie et le droit administratif⁵³⁵. Cette perspective conduit à une nouvelle perception des consommateurs, les désignant comme un groupe

⁵³³ *Constituição da República Federativa do Brasil*, 5 octobre 1988 [Constitution de 1988].

⁵³⁴ Marcelo Gomes Sodré, *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, São Paulo, RT, 2007 à la p 110 [Sodré, *Sistema Nacional*].

⁵³⁵ Dans les années 1950, à l'époque du président Juscelino Kubitscheck et de son « *Plano de Metas* », les processus d'inflation, d'augmentation de la population et de production de masse avaient commencé. L'intervention étatique représentait le levier idéal pour atteindre les objectifs visés du plan de Kubitscheck. Cependant, la mise en œuvre d'une réelle intervention étatique nécessitait une meilleure organisation administrative de l'État brésilien. Voir Cláudio Vicentino et Gianpaolo Dorigo, *História para o ensino médio. História geral do Brasil*, São Paulo, Scipione, 2001 à la p 554 [Vicentino et Dorigo, *História geral do Brasil*].

socioéconomique distinct dont les intérêts, fragilisés par certaines pratiques du marché, méritent d'être protégés, mais aussi entendus et organisés au même titre que ceux des travailleurs (B). L'entrée en vigueur de la *Loi sur l'action civile publique* en 1985⁵³⁶ confirme cette orientation en assurant la représentation juridictionnelle des intérêts des consommateurs, dont la dimension collective est privilégiée et mise en évidence (C).

A. De quelques crimes et délits commis à l'égard du consommateur

Les *Ordenações Filipinas* sont communément citées comme étant les premières législations brésiliennes liées à la protection du consommateur⁵³⁷. Publiées en 1603 alors que le roi espagnol Philippe II dirigeait Portugal, les *Ordenações* sont restées en vigueur au Brésil durant l'ère coloniale jusqu'à ce qu'y soit adopté le premier Code pénal, en 1831⁵³⁸. Ce dernier mentionnait, entre autres, les crimes de falsification de marchandises ainsi que ceux découlant de l'utilisation de fausses mesures et de poids erronés. Le nouveau Code pénal de 1890⁵³⁹, introduisit des dispositions concernant certains délits en matière de protection du consommateur, comme celles liées à la sécurité des modes de transport public, à la santé publique, ainsi que celles concernant la faillite, l'abus de confiance et la fraude.

Cependant, c'est à partir du début du 20^e siècle que la société de consommation émerge véritablement au Brésil, alors que l'amorce d'un mouvement d'urbanisation et d'industrialisation des années 1930 conduira au développement du marché interne. Ce développement découlait aussi d'un important mouvement migratoire, lequel a

⁵³⁶ *Lei 7.347 de 24 julho de 1985, Lei de Ação Civil Pública [Loi sur l'action civile publique].*

⁵³⁷ Miguel Castro Tupinambá Nascimento, *Comentários ao Código do Consumidor (Lei 8.078 de 11.09.1990)*, Rio de Janeiro, Aide, 1991 aux pp 11-12 [Nascimento, *Comentários*].

⁵³⁸ *Decreto de 16 dezembro de 1830, Código criminal do Império do Brasil.*

⁵³⁹ *Decreto 847 de 11 outubro de 1890, Código penal de 1890.*

atteint son point culminant dans les années 1920. Jusque-là, l'économie brésilienne était fondée sur la production et l'exportation des produits agricoles, dont le café.

Plusieurs initiatives législatives touchant la consommation marquent les années trente. La *Consolidation des lois pénales* de 1932⁵⁴⁰ vint interdire certaines pratiques publicitaires⁵⁴¹ tout en établissant une indépendance des indemnisations de nature civiles et de nature pénale⁵⁴². La Constitution de 1934⁵⁴³ contenait un chapitre intitulé « De l'ordre économique et social », qui désavouait le début du développement du capitalisme industriel urbain⁵⁴⁴. Des décrets fixèrent ensuite les taux usuraires⁵⁴⁵ et définirent les crimes contre l'économie populaire⁵⁴⁶. Si les années 1940 sont dominées par la préoccupation du législateur envers l'affirmation et la protection des droits des travailleurs⁵⁴⁷, c'est aussi à cette époque que le mot « consommateur » fait son entrée dans l'ordre juridique national brésilien⁵⁴⁸.

⁵⁴⁰ *Decreto 22.213 de 14 setembro de 1932, Consolidação das leis penaes.*

⁵⁴¹ *Ibid*, art 367(3) : « § 3. É proibida a publicação de anúncio, avisos ou notícias de propaganda de loterias estrangeiras, assim como de estadoaes, fora dos limites dos Estados, que as houverem concedido ». « Est interdite la publication d'annonces publicitaires, d'avis ou de nouvelles de publicité, de loteries étrangères, hormis dans les provinces à l'extérieur des limites territoriales de l'État qui les a fournis » [note traduction].

⁵⁴² *Ibid*, art 164.

⁵⁴³ *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 16 juillet 1934 [Constitution de 1934].

⁵⁴⁴ Il faut aussi mentionner l'importante influence exercée par la Constitution du Reich allemand du 11 août 1919 (*Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*), dite Constitution de Weimar et de la Constitution mexicaine de 1917, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, sur la Constitution brésilienne de 1934, comme le souligne José Afonso da Silva dans son livre *Curso de direito constitucional positivo*, 9^e éd., São Paulo, Malheiros, 1994 à la p 666 [Silva, *Direito constitucional*].

⁵⁴⁵ *Decreto 22.626 de 7 abril de 1933, Lei de Usura.*

⁵⁴⁶ *Dereto-lei 869 de 18 novembro de 1938, Lei dos crimes contra a economia popular.*

⁵⁴⁷ Dans l'art 145 de la Constitution de 1946, l'ordre économique et social est basé sur la valeur de justice sociale, laquelle est constituée de deux principes majeurs : la libre initiative et la valorisation du travail humain. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 18 septembre 1946 [Constitution de 1946].

⁵⁴⁸ Dans le *Decreto-lei 2.848 de 7 dezembro 1940, Código Penal de 1940*, le crime de fraude dans les activités commerciales était ainsi défini : « Art. 175. Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor : I-vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II-entregando uma mercadoria por outra. Pena-detenção de seis meses a dois anos, ou multa, de dois mil cruzeiros a de mil cruzeiros ».

« Art. 175. Fraude au commerce. Tromper dans l'exercice de l'activité commerciale, l'acquéreur ou le consommateur : I. En vendant comme étant vraie ou parfaite une marchandise falsifiée ou détériorée;

B. La reconnaissance du besoin de protéger, de représenter et d'organiser les consommateurs

À partir de 1960, le législateur brésilien reconnaît la nécessité de protéger les consommateurs sur le marché, de les entendre et d'organiser leur défense. Appel est fait au droit public de l'économie et au droit administratif pour atteindre cet objectif.

Le juriste Marcelo Gomes Sodré⁵⁴⁹ caractérise la période de 1960 à 1985 en retenant les points suivants :

a) Si diverses lois protègent indirectement le consommateur, celles-ci relèvent du droit administratif et il n'existe aucune législation spécifique sur le thème. La Constitution protège alors la liberté d'entreprendre, ce qui freine l'élaboration de projets visant à protéger les acteurs plus faibles du marché.

b) Il n'existe pas d'organisme fédéral dédié à la protection du consommateur. Des systèmes nationaux sont cependant créés dans une série de domaines connexes, dont la santé, l'environnement, la métrologie, la concurrence et le contrôle de prix. Ces différents systèmes fonctionnent de façon parallèle et sans coordination. Par exemple, le *Code national de la santé* entre en vigueur en 1961⁵⁵⁰ et le système national de métrologie, de normalisation et de qualité industrielle est établi en 1973⁵⁵¹.

II. En livrant une marchandise au lieu d'une autre. Pénalité : détention de six mois à deux ans ou amende de deux mille à dix mille cruzeiros » [notre traduction].

⁵⁴⁹Nascimento, *Comentários*, *supra* note 537 à la p 121 et s.

⁵⁵⁰*Decreto 49.974-A de 1961, Código Nacional da Saúde.*

⁵⁵¹*Lei 5.966 de 1973, Lei que institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade industrial e dá outras providências.*

c) En 1971, le député fédéral Nina Ribeiro dépose un projet de loi⁵⁵² à la Chambre nationale des députés dont l'objectif est de créer un Conseil de la protection du consommateur. Le projet se voit rejeté pour vice de procédure par la Commission de la justice. Toutefois, le thème de la protection du consommateur attire désormais l'attention des médias et de divers acteurs sociaux. Plus précisément, la problématique de la publicité trompeuse se trouve alors au centre des préoccupations.

d) Les premiers organismes publics de protection du consommateur voient le jour. Ces organismes, régionaux, provinciaux ou municipaux, ne sont toutefois pas coordonnés par le gouvernement fédéral. Ils émanent des pressions exercées par le mouvement des consommateurs et sont des organismes officiels locaux créés avec le mandat de servir la communauté : les Procons⁵⁵³.

Dans les années 1970, les premières organisations non gouvernementales de protection du consommateur apparaissent sur la scène brésilienne. Les trois premières sont l'Association de protection du consommateur dans le Rio Grande do Sul⁵⁵⁴, le Conseil de protection du consommateur dans l'État de Rio de Janeiro⁵⁵⁵ et l'Association nationale de protection du consommateur⁵⁵⁶, à Brasília. Ces institutions ne bénéficiaient d'aucun soutien étatique et ne possédaient aucun des outils législatifs qui leur auraient permis une action effective.

e) En 1976, la Chambre nationale des députés met sur pied une Commission parlementaire d'enquête sur le consommateur (*CPI*⁵⁵⁷ du consommateur). Celle-ci

⁵⁵² *Projeto de Lei número 70/1971 para criação do Conselho de Defesa do Consumidor*. Autor da proposta : deputado estadual Nina Ribeiro (ARENA, GB) Projeto de lei 70-1.

⁵⁵³ Voir la partie II.1, ci-dessous, pour l'analyse de ce sujet.

⁵⁵⁴ *Associação de Proteção do Consumidor do Rio Grande do Sul*.

⁵⁵⁵ *Conselho de Proteção do Consumidor do Rio de Janeiro*.

⁵⁵⁶ *Associação Nacional de Proteção do Consumidor*.

⁵⁵⁷ *Comissão Parlamentar de Inquérito*.

produit un rapport qui s'avérera essentiel dans les discussions qui allaient suivre⁵⁵⁸. Il touchait notamment aux problématiques suivantes: les problèmes de pouvoir d'achat éprouvés par le consommateur individuel face aux montées illégales de prix ; le manque de coordination entre les associations de protection du consommateur et les Procons, dont le rapport dresse l'inventaire ; l'inertie du gouvernement fédéral dans le domaine de la protection du consommateur et l'absence d'outils normatifs en faveur de ce dernier. Dans ce même rapport, les députés fédéraux se référaient à une étude de droit comparé pour souligner la nécessité de réformes et formuler plusieurs propositions. Les services offerts par diverses institutions publiques comme le Conseil administratif de défense économique (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica*), la Sureté nationale d'approvisionnement (*Superintendência Nacional de Abastecimento*), la Compagnie brésilienne d'aliments (*Companhia Brasileira de Alimentos*), le Conseil interministériel de prix (*Conselho Interministerial de Preços*), l'Association brésilienne de normes techniques (*Associação Brasileira de Normas Técnicas*), l'Institut national de poids et mesures (*Instituto nacional de pesos e medidas*) et le Service national de fiscalisation de médecine et de pharmacie (*Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia*) y étaient également analysés et les lacunes de ces organismes, dénoncées. Ainsi, il fut relevé qu'après treize ans d'existence, le Conseil administratif de défense économique, organisme public ayant le mandat de défendre les intérêts économiques de la nation, n'avait intenté des procès que contre trois entreprises.

⁵⁵⁸Josué Rios, *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*, São Paulo, Mauad, 1998 à la p 49 [Rios, *Instrumento de mobilização social*].

C. L'action civile publique et la représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs

La *Loi sur l'action civile publique*, entrée en vigueur en 1985 introduit dans le domaine de la protection du consommateur un outil qui s'avérera essentiel : l'action collective⁵⁵⁹. En adoptant cette loi, le législateur national souhaitait une protection juridictionnelle effective et immédiate des droits collectifs *lato sensu*. L'article 1(II) établit l'action collective en responsabilité pour dommages moraux et patrimoniaux causés aux consommateurs. Un tel recours est également possible en cas de dommages causés à l'environnement, aux biens et aux droits de valeur artistique, esthétique, historique et touristique⁵⁶⁰. En 1985, soit cinq ans avant l'entrée en vigueur du CDC, le ministère public fédéral, conjointement avec le ministère public de l'État de São Paulo, entame une première action collective touchant la protection du consommateur basée sur la Loi 7.347 de 1985⁵⁶¹.

⁵⁵⁹L'action collective ne saurait être identifiée au recours collectif québécois. En effet, l'action collective permet de représenter l'ensemble des intérêts individuels des consommateurs – comme le fait le recours collectif québécois – dans lequel cas il s'agira au Brésil d'un autre type de recours, l'action de défense des droits individuels homogènes. Mais à la différence du recours collectif québécois, l'action collective peut aussi représenter les intérêts collectifs des consommateurs, ce qui se traduit par une action de défense des droits collectifs ou de défense des droits diffus.

⁵⁶⁰*Loi sur l'action civile publique, supra* note 11: « Art. 1^o Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei n^o 12.529, de 2011). I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (Incluído pela Lei n^o 8.078 de 1990). V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística ». « Art 1. Sont réglementées par les dispositions de cette loi indépendamment de l'action populaire, les actions de responsabilité pour dommages et intérêts moraux et patrimoniaux provoqués : I. À l'environnement; II. Au consommateur; III. Aux biens et droits de valeur artistique, esthétique, historique ou touristique; IV. À n'importe quel autre intérêt diffus ou collectif (ajouté par l'article 110 du Code de défense du consommateur); V. Par infraction à l'ordre économique et à l'économie populaire); VI. À l'ordre urbanistique » [notre traduction].

⁵⁶¹26^a Vara Federal Cível SP, Ação civil pública n^o 00.0937212-1. Trois institutions publiques ont été appelées comme défendants : *Secretaria Especial de Abastecimento e Preços*, l'*Interbrás* (entreprise liée à Petrobrás qui avait comme fonction d'explorer le commerce extérieur) et la *Companhia Brasileira de alimentos*. Vu la carence de lait pour la consommation au pays, la Sureté nationale d'approvisionnement a décidé d'importer le produit de divers pays où il était disponible. Les auteurs de l'action allèguent que la majorité du lait en poudre importé du continent européen présentait des indices de contamination radioactive en raison de l'accident nucléaire survenu à Tchernobyl. En

Selon la doctrine brésilienne⁵⁶², l'adoption de cette loi représente un tournant décisif dans l'évolution du droit brésilien de la consommation.

En fait, le législateur s'était servi d'une loi adoptée précédemment, la *Loi sur l'action populaire* de 1965⁵⁶³, comme fondement pour la reconnaissance de l'action collective. Cette loi, dont l'objet principal était de protéger les intérêts liés à la moralité, l'efficacité et la probité administrative, permettait l'annulation d'un acte causant préjudice au patrimoine public (dans les domaines artistique, esthétique, historique ou touristique) ou à l'environnement. Celle-ci innovait, en reconnaissant au citoyen individuel le droit d'agir pour la défense de l'intérêt de la collectivité. En 1981, la *Loi sur la politique nationale de l'environnement*⁵⁶⁴ sur la protection de l'environnement accordera au ministère public⁵⁶⁵ un droit d'agir similaire en responsabilité pénale et civile pour la réparation de dommages causés à l'environnement.

Il faut remarquer que le champ d'application de la *Loi sur l'action populaire* se restreignait aux seuls cas impliquant un acte illégal résultant d'une action des

novembre 1986, le juge a accordé une ordonnance d'injonction interlocutoire déterminant que les défendants devaient s'abstenir d'importer, de vendre, de commercialiser, ou de faire n'importe quel acte susceptible de permettre la consommation du lait contaminé. Le jugement final fut favorable aux demandants.

⁵⁶²Nascimento, *Comentários, supra* note 537 à la p 124. Voir aussi Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques et Leonardo Roscoe Bessa, *Manual de direito do consumidor*, São Paulo, RT, 2007 à la p 383 [Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*].

⁵⁶³*Lei 4.717 de 29 junho de 1965, Lei da Ação Popular [Loi sur l'action populaire]*.

⁵⁶⁴*Lei 6.938 de 31 agosto de 1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente [Loi sur l'environnement]*

⁵⁶⁵Le ministère public figure aux art 127-130 de la *Constitution de 1988*. L'entrée en vigueur de cette *Constitution* a provoqué une controverse sur ce thème car certains soutenaient que l'autonomie assurée au ministère public par la *Constitution de 1988* était tellement importante que cette institution allait devenir un quatrième pouvoir. Aujourd'hui, cette thèse n'est plus évoquée et on remarque que l'autonomie de cet organisme est la même qu'au début : autonomie administrative, financière et fonctionnelle. Actuellement, une majorité de la doctrine soutient que le parquet possède des caractéristiques distinctes qui lui confèrent une position unique dans l'agencement institutionnel. Voir Carlos Roberto de C Jatahy, *O Ministério público e o estado democrático de direito. Perspectivas constitucionais de atuação institucional*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007 à la p 77 [Jatahy, *O Ministério público*]. Voir la discussion plus approfondie de ce thème à la partie II.1, ci-dessous.

pouvoirs publics⁵⁶⁶. Malgré tout, en insistant ainsi sur le besoin de probité administrative, le législateur reconnaissait le besoin d'assurer la protection du citoyen contre l'État dans l'exercice de toutes ses fonctions, y compris dans l'approvisionnement de services économiques au consommateur.

Ainsi, par l'adoption précoce de la *Loi sur l'action civile publique* dans le domaine de la protection du consommateur, la représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs a précédé l'aménagement des procédures visant à faciliter l'accès à la justice des consommateurs individuels.

§ 2. Une approche fondamentale : la constitutionnalisation des droits du consommateur

Comme stipulé dans la Constitution de 1988⁵⁶⁷, le droit de la consommation détient le statut de droit fondamental. Cette prescription constitutionnelle fait foi de l'approche sociale du droit de la consommation préconisée par l'État brésilien.

Le Brésil a opté pour un modèle interventionniste, fondé sur une conception de l'État social. Une telle conception greffe une dimension sociale et économique à la dimension politique de l'État libéral existant. Cela se traduit par une limitation et un contrôle des pouvoirs privés économiques et sociaux, ainsi que par la protection des

⁵⁶⁶*Loi sur l'action populaire, supra note 563, art 1 : « Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista » « Tout citoyen sera habilité à demander l'annulation ou la déclaration de nullité des actes préjudiciels au patrimoine de l'Union, du District fédéral, des États, des municipalités, des autarcies, des « sociétés d'économie mixte » [notre traduction]. Art 2. « São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade ». « Sont nuls les actes qui provoquent des lésions au patrimoine des organismes mentionnés à l'article antérieur en cas de : a) incompétence; b) vice de forme; c) illégalité de l'objet; d) inexistence des motifs; e) détournement de finalité » [notre traduction].*

⁵⁶⁷Constitution de 1988, *supra* note 12.

parties plus vulnérables sur le marché. L'État cherche donc à intervenir dans certaines relations juridiques afin d'empêcher que les plus puissants y exploitent les plus faibles, mais aussi dans le but de prévenir les abus possibles résultant du déséquilibre dans le rapport de force entre les parties. En effet, l'État réglemente le contenu de certains contrats par la voie de prescriptions générales érigées au rang de normes d'ordre public et, par conséquent, de caractère impératif. La doctrine brésilienne désigne en général cet interventionnisme étatique en matière de contrats, découlant normalement de la Constitution de 1988, par l'expression de « solidarisme contractuel »⁵⁶⁸.

De cette façon, le droit de la protection du consommateur émerge au Brésil dans un contexte de constitutionnalisation des droits sociaux et des garanties fondamentales. L'État est légitimé à intervenir de manière active en vue de promouvoir et de protéger les droits subjectifs nouvellement reconnus aux parties en situation de vulnérabilité. Le consommateur est donc dorénavant titulaire d'un droit constitutionnel fondamental.

⁵⁶⁸ Marques affirme qu'[u]n interventionnisme de l'État deviendra peu à peu majeur dans les relations contractuelles. Le but étant de relativiser l'ancien dogme de l'autonomie de la volonté par rapport aux nouvelles inquiétudes de l'ordre social en imposant un nouveau paradigme, celui du principe de la bonne foi objective. Le contrat est l'instrument mis à la disposition des individus dans la société de consommation. Tel que le droit à la propriété, le contrat est limité et réglementé efficacement pour atteindre sa fonction sociale. Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*, 5^e éd, São Paulo, RT, 2006 à la p 211. [Marques, *Contratos*]. Voir aussi Eros Roberto Grau et Paula Forgioni, *O estado, a empresa e o contrato*, Malheiros, São Paulo, 2005 à la p 17 [Grau et Forgioni, *O estado*]. D'autres auteurs, notamment Combre et Oliveira utilisent l'expression « dirigisme contractuel ». Nilton da Silva Combre, *Teoria e Prática da locação de imóveis*, Rio de Janeiro, Saraiva, 1985 à la p 89 et José Lopes Oliveira, *Contratos*, Rio de Janeiro, Saraiva, 1991 à la p 9. Khouri déclare que le dirigisme contractuel peut être résumé comme étant le mouvement de l'État vers la justice des contrats dont l'autonomie de la volonté serait désormais coordonnée par la loi comme une réponse de la société aux contrats injustes et déséquilibrés. Paulo Roberto Khouri, *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*, 3^e éd, São Paulo Atlas, 2006 à la p 31 [Khouri, *Consumidor*].

Selon l'auteure Claudia Lima Marques⁵⁶⁹, la protection du consommateur est assurée par un ensemble de normes et de principes particuliers fondé sur trois dispositions constitutionnelles complémentaires.

a) L'article 5(XXXII), intitulé « Promouvoir la protection du consommateur » prévoit que

[t]ous sont égaux devant la loi sans distinction de quelque nature que ce soit, ceci garantissant aux Brésiliens et aux étrangers résidant dans le pays l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sécurité et à la propriété dans les termes suivants : [...] XXXII L'État promouvra dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, la défense du consommateur⁵⁷⁰ [notre traduction].

« Promouvoir » signifie ici s'assurer que les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif veillent à la protection des intérêts du consommateur. Au-delà du droit d'être protégé contre l'action de l'État, le consommateur se voit reconnaître le droit d'attendre de l'État une action effective en sa faveur.

En vertu de cet article de la Constitution de 1988, la protection du consommateur obtient le statut de droit fondamental. Dans le corpus normatif de la Constitution, l'article 5 est une règle essentielle parce qu'il établit les droits et les garanties individuels et collectifs, dressant une liste de soixante-dix-huit droits fondamentaux⁵⁷¹. La protection du consommateur y figure au même titre que l'inviolabilité de l'intimité de la vie privée, de l'honneur et de l'image des gens, que la garantie du droit de propriété ou de la prohibition de la torture, et le droit de la

⁵⁶⁹Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, supra note 562 à la p 25.

⁵⁷⁰Constitution de 1988, supra note 12 art 5: « *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor* ».

⁵⁷¹Le premier paraaphe de l'art 5 prévoit que les normes définissant les droits et garanties fondamentaux sont impératives. Le deuxième paraaphe ajoute que les droits et les garanties figurant dans la *Constitution de 1988* n'en excluent pas d'autres qui sont issus du régime et des principes adoptés par la Constitution elle-même ou par des accords internationaux ratifiés par la République fédérative du Brésil. L'énumération prévue à l'art 5 n'est donc pas une énumération exhaustive.

défense. La protection du consommateur est reconnue comme une matière d'ordre public.

Il faut remarquer que la Constitution de 1988 a été adoptée au sortir d'une période de dictature militaire (1964 à 1985)⁵⁷². Ainsi, elle représente un instrument de rupture par rapport au passé. La priorité était alors d'assurer les droits fondamentaux de l'individu et ce n'est pas par hasard que la Constitution de 1988 a été appelée « Constitution citoyenne ».

Il est important de comprendre l'ampleur des conséquences de la reconnaissance du droit de la protection du consommateur en tant que droit fondamental. Une telle reconnaissance signifie que l'ordre juridique brésilien interdit toute tentative d'amoindrir ou d'engendrer un recul de ce droit. Cette interdiction découle du quatrième paragraphe de l'article 60 de la Constitution de 1988, lequel prohibe tout amendement visant à affaiblir un droit individuel reconnu⁵⁷³, de même que par

⁵⁷²Vicentino et Dorigo, *História geral do Brasil*, supra note 535 à la p 613.

⁵⁷³En fait, ce ne sont pas seulement les droits individuels qui sont protégés par l'art 60(IV). D'autres matières le sont également et ne peuvent pas devenir objets d'amendements constitutionnels. *Constitution de 1988*, supra note 12 art 60(4). « *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I. a forma federativa do Estado; II. o voto direto, secreto, universal e periódico; III. a separação dos poderes; IV - os direitos e garantias individuais* ». « *Ne sera pas considéré comme objet de délibération une proposition d'amendement qui tend à l'abolition de : I. La forme fédérative de l'État; II. Le vote direct, secret, universel et périodique; III. La séparation des pouvoirs; IV. Les droits et garanties individuelles* » [notre traduction]. Alexandre de Moraes énumère quelques arrêts de la Cour suprême fédérale (*Supremo Tribunal Federal, STF*) ayant interdit des propositions législatives fondées sur la prévision de l'art 60 IV : *STF Pleno, Adin (Action directe d'inconstitutionnalité) n. 939-7/DF, rel. Min. Sydney Sanches; STF, Pleno, MS n. 21.311-6/DF, rel. Min. Néri da Silveira; STF, Pleno, Adin n. 98-5/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence*. Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 7^e éd, São Paulo, Atlas, 2007 à la p 1113 et s [Moraes, *Constituição*]. Lorsque nous parlons du « Supremo Tribunal Federal » (STF), nous adoptons l'expression « Cour suprême fédérale », la cour hiérarchiquement la plus élevée hiérarchiquement, qui ne traite que de questions de constitutionnalité. Il faut par contre noter que la cour brésilienne qui correspondrait le mieux à la Cour suprême du Canada est le « Superior Tribunal de Justiça » (STJ). Nous adoptons l'expression « Cour supérieure de justice » pour l'identifier. Lorsqu'il est question de « Tribunal de Justiça » (TJ), nous utilisons l'expression « Cour de l'État ... (suivi du nom de l'État de la fédération brésilienne dont il est question) » afin de souligner que ce palier judiciaire correspond dans le système canadien, aux cours provinciales, comme la Cour du Québec par exemple.

l'entremise de projets des lois ou par d'autres mesures étatiques. Certes, le degré de protection dont jouit le citoyen peut être augmenté, mais non diminué.

b) L'article 170(V) - Observer et assurer, comme principe impératif de l'ordre économique, la protection nécessaire d'un nouveau sujet de droit, le consommateur.

L'ordre économique, fondé sur la valorisation du travail humain et sur la libre initiative, a pour finalité d'assurer à tous une existence digne, conformément aux principes de la justice sociale suivants : la souveraineté nationale (I), la propriété privée (II), la fonction sociale de la propriété (III), la libre concurrence (IV), la protection du consommateur (V)⁵⁷⁴; la protection de l'environnement (VI), la réduction des inégalités régionales et sociales (VII), l'emploi (VIII) et un traitement favorisé envers les petites entreprises brésiliennes (IX)⁵⁷⁵ [notre traduction].

⁵⁷⁴D'après Marcelo Gomes Sodré, le thème de la protection du consommateur a connu une certaine portée constitutionnelle dans la mesure où un chapitre économique a été inséré dans les Constitutions brésiliennes. En fait, au début, ces chapitres avaient comme cible les droits des travailleurs. La Constitution de 1934 a été la première à faire référence à l'art 121, mais portait sur la relation entre travailleurs et employeurs. La préoccupation envers les travailleurs était plus claire dans la Constitution de 1937, aussi connue sous la dénomination de Constitution *do Estado novo* (l'État nouveau). La Constitution de 1946 prévoyait un ordre économique fondé sur le principe de la justice sociale. Ce principe se divisait en deux : la libre initiative et la valorisation du travail humain. L'article 148 réglemait l'abus de pouvoir économique : « la loi réprimera tout abus de pouvoir économique, incluant les unions ou les regroupements des entreprises individuelles ou sociales, peu importe leur nature, dès que leur but est de dominer le marché national, d'éliminer la concurrence et d'augmenter arbitrairement les profits » [notre traduction]. La Constitution du Brésil du 24.01.1967 et la Constitution du Brésil de 1969 (*Emenda constitucional número 1*, du 17 octobre 1969) résultaient toutes deux d'un coup d'État militaire. Elles n'ont pas apporté de modifications importantes dans le thème de la protection du consommateur. Dans ces deux textes, le chapitre de l'ordre économique portait comme principes la libre initiative et la répression de l'abus de pouvoir économique. Cet abus était caractérisé par le contrôle des marchés, l'élimination de la concurrence et l'augmentation arbitraire des profits. L'intervention dans l'ordre économique fut permise pour organiser un secteur qui ne peut pas être développé de manière effective dans le régime de compétition et de liberté d'initiative, selon l'art 157 para 8 de la Constitution de 1967 et l'art 163 de Constitution de 1969. Sodré, *Sistema Nacional*, supra note 534 à la p 112.

⁵⁷⁵Constitution de 1988, supra note 12 art. 170 : « *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País* ».

L'article 170(V) de la Constitution de 1988 reconnaît la protection du consommateur comme étant un principe général de l'ordre économique⁵⁷⁶ parmi d'autres, tels que la propriété privée et la libre concurrence. Cette reconnaissance est déterminante, car les principes énoncés dans la Constitution de 1988 structurent les activités du domaine privé. En effet, l'ordre économique prescrit dans cette constitution énumère les droits qui guident la conduite des acteurs économiques et fixent leurs responsabilités⁵⁷⁷.

Devant la nécessité de concilier les fondements de la libre initiative et le principe de la libre concurrence avec celui de la protection du consommateur et celui de la réduction des inégalités sociales, la Cour suprême⁵⁷⁸ a déclaré que l'État pouvait réglementer la politique des prix des biens et des services par voie législative. La Cour suprême a justifié cette décision en expliquant qu'un pouvoir économique permettant d'augmenter de façon arbitraire les profits serait abusif⁵⁷⁹.

Le pouvoir judiciaire brésilien reconnaît ainsi la légalité d'une intervention étatique dont le but est de concilier le droit de la consommation et la liberté économique en vertu des articles constitutionnels évoqués.

La Cour suprême a également estimé qu'une loi municipale qui exigerait une distance minimale de cinq cents mètres entre deux pharmacies serait illégale. La Cour suprême a considéré qu'une telle disposition constituerait une stratégie commerciale violant les principes de la libre concurrence, de la protection du consommateur et de la liberté

⁵⁷⁶Selon Raul Machado Horta, interventionnisme et libéralisme alternent dans la formulation des principes de l'ordre économique et cette relation d'alternance exprime le climat d'ambiguïté et les double-sens qui parcourent les clauses de cet ordre. Libéralisme, interventionnisme et dirigisme économique reflètent les courants débattus à l'Assemblée nationale constituante. Raul Machado Horta, *Direito constitucional*, 2^e éd, Belo Horizonte (Minas Gerais), Del Rey, 1999 à la p 79.

⁵⁷⁷Silva, *Direito constitucional*, *supra* note 544 à la p 670.

⁵⁷⁸*Supremo Tribunal Federal, STF* [Cour suprême]. Voir *supra* note 573.

⁵⁷⁹*STF, Pleno, Adin no. 319 /DF, Questão de ordem, Rel. Min. Moreira Alves, p. 30/04/1993, Diário da Justiça, Seção I, 30 abril 1993, p 7.563.*

des activités économiques⁵⁸⁰. De son côté, la Cour supérieure de justice⁵⁸¹ a jugé que le droit à une information adéquate et claire concernant les différents produits et services ne constitue pas une intervention abusive dans le domaine économique⁵⁸².

Ainsi, le modèle capitaliste en vigueur dans la société brésilienne n'est pas en opposition avec la protection du consommateur. Ces deux systèmes sont plutôt complémentaires, l'État se chargeant d'assurer leur compatibilité grâce à son rôle d'agent normatif et régulateur, comme prévu à l'article 174⁵⁸³.

c) L'article 48 de l'*Acte des dispositions constitutionnelles transitoires* - Systématiser et ordonner cette protection spéciale à l'aide d'un code, rassemblant et organisant les normes de protection de droit public et de droit privé, fondé sur l'idée de protection du sujet de droit et non sur la relation juridique de consommation ou de marché.

Le Congrès national dans les cent vingt jours suivant l'adoption de la Constitution, élaborera un code de défense du consommateur⁵⁸⁴ [notre traduction].

⁵⁸⁰ STF, 1^a T, R. Extr. n^o. 203.909-8/ES, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça, Seção I*, 6 fev., 1998, p. 38.0. Dans le même sens, la Cour suprême a jugé illégale la loi 10.991/91 de la municipalité de São Paulo – limitation géographique – qui menait à une concentration capitaliste au détriment du consommateur et une violation du principe constitutionnel de la libre concurrence. STF, 2^a T., R. Extr. n^o. 193.749-1/SP, min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa. Dans le même sens, par rapport à la municipalité de Campinas, art 1 de la Loi 6.545/91. STF, Pleno, R.Extr. n^o. 199.517, SP, Rel. originário ministro Carlos Velloso, red. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, decisão 4-6-1998. Informativo STF n^o. 113. Aussi, la Cour d'État de Santa Catarina a tranché dans le même sens au sujet des postes d'essence. TJSC, ACMS no. 37.651 de Joinville, Rel. Des. Eder Graf.

⁵⁸¹ Superior Tribunal de Justiça, STJ [Cour supérieure]. Voir *supra* note 573.

⁵⁸² STJ, 1^a Seção, MS no. 5.943 / DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, *Diário da Justiça, Seção I*, 27 março 2005.

⁵⁸³ Constitution de 1988, *supra* note 12, art 174: « Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercera, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado ». « En tant qu'agent normatif et régulateur de l'activité économique, l'État exercera selon la loi les fonctions de contrôle, d'encouragement et de planification, cette dernière étant une fonction déterminante pour le secteur public et indicative pour le secteur privé » [notre traduction].

⁵⁸⁴ *Ato das disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)*, art 48. « O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor ».

L'article 48 de l'ADCT donne mandat au législateur d'élaborer un code de protection du consommateur, ce qui sera fait en 1990. Il est ainsi clairement prévu que l'intervention étatique en droit de la consommation ne s'effectuerait pas par des lois éparses et particulières, mais bien grâce à un ensemble normatif spécifique, unique et composé des normes générales.

Le président du Conseil national de protection du consommateur, créé en 1985, avait eu l'occasion d'instituer, avant même la promulgation de la Constitution de 1988, une commission dont le but était de présenter un projet de Code de protection du consommateur.

En 1989 à São Paulo, où se tient le premier congrès international de droit du consommateur⁵⁸⁵, la commission de juristes du Conseil national de protection du consommateur s'est montrée très attentive aux suggestions des juristes brésiliens et étrangers présents. Un premier projet de loi fut alors proposé au ministre Paulo Brossard, abondamment discuté dans toutes les capitales du pays, puis publié dans le bulletin officiel (*Diário Oficial*). Cette publication a suscité de nouvelles suggestions, et d'autres rencontres ont suivi, regroupant divers secteurs de la société civile.

Les travaux du ministère public brésilien ont également eu d'importantes répercussions sur la mise en place d'un droit de la consommation efficace au Brésil. En effet, sur la base des travaux du sixième Congrès national à São Paulo en 1985 et du septième Congrès national à Belo Horizonte en 1987⁵⁸⁶, le ministère public proposa la création de nouvelles sections internes spécialisées dans le domaine de la protection du consommateur au sein même de son organisation institutionnelle, les

⁵⁸⁵ Ada Pellegrini Grinover et al, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 9^e éd, Rio de Janeiro, Forense universitária, 2007 à la p 2 [Grinover et al, *Código comentado*].

⁵⁸⁶ *Ibid* à la p 24.

« *promotorias* » de justice. Cette proposition fut incluse dans la Constitution de 1988, laquelle venait redessiner le parquet brésilien⁵⁸⁷.

De manière plus fondamentale encore, la codification du droit de la consommation au Brésil s'inscrit dans le moment fondateur de l'État brésilien contemporain, où l'égalité et le respect de la dignité humaine sont érigés au titre de principes fondamentaux de l'État. Cette reconnaissance est explicite dans l'article 1(III) de la Constitution de 1988. Afin d'atteindre une véritable égalité entre tous les citoyens, il est nécessaire de traiter de façon différenciée les victimes d'inégalités. La notion d'égalité implique la reconnaissance de l'existence d'inégalités de fait entre les individus. Le traitement différencié cherche à corriger ces inégalités. Afin d'atteindre une véritable égalité entre tous les citoyens, il est nécessaire de définir les consommateurs comme étant un groupe de citoyens se trouvant en situation d'inégalité, voire de faiblesse dans la relation de consommation et donc indispensable de les traiter de façon différenciée afin de remédier à ces inégalités. La mise en place d'un cadre normatif spécifique représentant un micro système (un code possédant ses propres principes) constitué de normes protectrices vise à assurer un environnement garantissant aux consommateurs le respect de la dignité humaine et l'égalité citoyenne qui en résultera⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷La conception française du parquet est arrivée au Brésil par l'intermédiaire des « *ordenações* » portugaises. Cette institution s'est développée et possède aujourd'hui une grande diversité de fonctions. Le ministère public a conservé son monopole d'entamer une action pénale. Mais aujourd'hui, il exerce aussi la fonction d'ombudsman dans certains secteurs, il fait la promotion du contrôle *incidenter tantum* et du contrôle direct de la constitutionnalité des actes normatifs, entre autres fonctions au-delà de celle de protection des droits collectifs. Voir la partie II.1, ci-dessous pour l'analyse de cette question.

⁵⁸⁸Sur le plan administratif, avant l'entrée en vigueur du CDC, la protection du consommateur brésilien fut prise en charge par des organismes publics, les *Procons*. Ces organismes officiels ayant pour mandat de servir la communauté des consommateurs furent mis en place à la suite des pressions exercées par le mouvement de défense des consommateurs. Le premier *Procon* à voir le jour fut celui de la province de São Paulo (créé par le décret d'État 7.890 en 1976). D'autres suivraient ensuite au niveau provincial (Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul) et municipal. Voir la partie II.1, ci-dessous pour l'analyse de cette question.

Pour ce faire, la Constitution de 1988, loi suprême du pays, octroie au droit de la consommation un statut de droit fondamental d'ordre public à caractère impératif. Le premier article du code brésilien de protection du consommateur (CDC) établit que les normes le constituant sont d'ordre public et d'intérêt social, c'est-à-dire des normes dont les parties ne peuvent disposer, même par contrat:

Art. 1. Ce code établit les normes de protection et de défense du consommateur, d'ordre public et d'intérêt social, selon les termes de l'article 5, incise XXXII, 170, incise V de la Constitution fédérale et article 48 de ses dispositions transitoires⁵⁸⁹ [notre traduction].

Dorénavant, le consommateur se trouve donc titulaire d'un droit constitutionnel fondamental. L'État est légitimé à intervenir de manière active en vue de promouvoir et de protéger les droits subjectifs nouvellement reconnus aux parties en situation de vulnérabilité.

Selon la théorie des droits fondamentaux proposée par Robert Alexis⁵⁹⁰, la reconnaissance du droit de la consommation en tant que droit fondamental est ancrée dans une certaine compréhension du droit de la consommation comme étant un droit de protection. Le droit fondamental de protection est exercé par son titulaire devant l'État, le premier à la recherche d'une protection de la part de l'État contre l'intervention de tierces parties. L'État passe donc de la position d'adversaire, typique dans le cas de droits-libertés, à une position de garant de ces droits, ce qui exigera des pouvoirs publics non seulement une interdiction d'excès, mais aussi une interdiction d'omission⁵⁹¹.

⁵⁸⁹CDC, *supra* note 13, art 1 : « *O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias* ».

⁵⁹⁰Robert Alexis, *Teoría de los derechos fundamentales*, traduit par Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 à la p 435 et s [Alexis, *Los derechos fundamentales*].

⁵⁹¹Pour illustrer notre propos, voir Italie, *Costituzione della Repubblica Italiana*, art 3 para 2 : « *È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva*

Section 2. Le Code de protection du consommateur

Trouvant notamment son inspiration dans les développements du droit de la consommation ayant cours à l'étranger (§1), le Code de protection du consommateur⁵⁹² trouve sa forme définitive en 1990 ; par le nombre des matières traitées, le Code confirme la vision large des rapports de consommation préconisée par le législateur de l'époque (§2). Dans le domaine des contrats, il introduit plusieurs normes nouvelles qui dérogent au droit commun (§3). Enfin, le CDC reflète la dimension collective de l'approche brésilienne du droit de la consommation en reconnaissant plusieurs types d'intérêts collectifs des consommateurs (§4).

§ 1. L'influence des législations et de la doctrine étrangères

Dans les initiatives qu'il développe en faveur des consommateurs, le législateur brésilien s'est certes inspiré de concepts et de solutions déjà consacrés à l'étranger. Ces apports utiles n'en seront pas moins ajustés au contexte brésilien et deviendront sources de nouveaux paradigmes⁵⁹³.

Ainsi, par exemple, le concept de vulnérabilité, érigé en principe de base du droit brésilien de la consommation, trouve sa source dans la résolution 39/248 du 9 avril

partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese ». « Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays » [notre traduction].

⁵⁹²CDC, *supra* note 13.

⁵⁹³Le renversement du fardeau de la preuve, les concepts de consommateur potentiel et de droit diffus illustrent ces paradigmes.

1985 sur la protection du consommateur adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies⁵⁹⁴.

Parmi les sources normatives étrangères, relevons l'influence du projet du Code français de la consommation, dont l'élaboration était alors coordonnée par le professeur Jean Calais-Auloy, ainsi que celle de la LPC⁵⁹⁵, des lois espagnole⁵⁹⁶, portugaise⁵⁹⁷ et mexicaine⁵⁹⁸. En matière de publicité et de responsabilité civile, le CDC puise ses sources dans le droit communautaire européen, respectivement dans les directives n^{os} 84/450 et 85/374. Quant aux dispositions portant sur le contrôle des clauses générales des contrats, elles trouvent leurs origines dans les législations portugaise⁵⁹⁹ et allemande⁶⁰⁰.

La Commission de juristes du Conseil national de défense du consommateur fut particulièrement sensible aux propositions débattues à l'occasion du premier Congrès international du droit de la consommation, tenu à São Paulo en 1989. Plusieurs d'entre elles furent élaborées à l'aide des judicieux conseils d'éminents juristes étrangers présents, notamment les professeurs Thierry Bourgoignie (alors président de la Commission royale chargée de l'élaboration d'un Code pour la protection du consommateur en Belgique) ; Ewoud Hondius (de l'université d'Utrecht, en Hollande); Eike Von Hippel (Max Planck Institute, à Hambourg en Allemagne) ; Norbert Reich (*Zentrum für Europäische Rechtspolitik* de l'université de Bremen, Allemagne) et Mário Frota (de l'Université du Porto, au Portugal)⁶⁰¹. Le rôle de cette

⁵⁹⁴ *Protection du consommateur*, Rés AG, Doc off AG NU, 39^e sess, Doc NU A/RES/39/248 (1985) [Rés 39/248 de 1985].

⁵⁹⁵ LPC, *supra* note 8.

⁵⁹⁶ *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

⁵⁹⁷ *Lei 29/81 de 22 de Agosto*.

⁵⁹⁸ *Lei Federal de Protecção al Consumidor*, promulguée le 5 février 1976.

⁵⁹⁹ *Decreto-lei número 446 de 25 outubro de 1986*.

⁶⁰⁰ République fédérale d'Allemagne, Loi réglementant le droit des conditions générales du 9 décembre 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB Gesetz, 9 Dezember 1976, BGBl.I.S. 3317*) [AGB Gesetz].

⁶⁰¹ Grinover et al, *Código comentado supra* note 585 à la p 10.

Commission fut déterminant puisqu'elle allait devenir ensuite la Commission mixte du Congrès national, laquelle fut chargée de présenter le projet de CDC.

§ 2. L'adoption et le contenu du Code de protection du consommateur

Le CDC, publié le 12 septembre 1990, est entré en vigueur le 11 mars 1991. Il est constitué de six titres, à savoir : « I - Des droits des consommateurs ; [...] II – Des infractions pénales ; [...] III – Des actions judiciaires de protection du consommateur ; [...] IV – Du Système National de Protection du Consommateur ; [...] V – De la convention collective de consommation ; [...] VI – Dispositions finales. [notre traduction].

Le premier titre contient tous les concepts de base du CDC : les notions; les principes et les objectifs, de même que toutes les dispositions de droit matériel du CDC. Les trois premiers chapitres du CDC sont les plus importants et en composent la partie générale⁶⁰². Le premier définit le champ d'application du CDC (articles 1, 2 et 3) ; le deuxième traite de ses objectifs et de ses principes fondamentaux (articles 4 et 5) ; le troisième énumère, de manière non exhaustive, les droits de base du consommateur⁶⁰³ (articles 6 et 7). L'article 6 représente une synthèse des droits matériels et procéduraux abordés dans le CDC⁶⁰⁴.

Le chapitre IV du premier titre régit la qualité des produits et des services ainsi que la réparation des dommages, y compris le régime de la responsabilité du fait du produit ou du service. Le chapitre V traite des pratiques commerciales (offre, publicité, pratiques abusives, recouvrement de dettes, banque de données et cadastre

⁶⁰²Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 50.

⁶⁰³Le concept de « droits de base du consommateur » fut grandement inspiré de Rés 39/248 de 1985, *supra* note 594. Voir notamment Grinover et al, *Código comentado*, *supra* note 585 à la p 141.

⁶⁰⁴Grinover et al, *Código comentado*, *ibid*.

de consommateurs) et le chapitre VI, de la protection contractuelle (normes sur l'interprétation des contrats, l'obligation d'informer les clauses abusives et les garanties). Les sanctions administratives sont l'objet du chapitre VII.

Le CDC traite de l'aspect procédural de la protection du consommateur dans le titre III. Le titre suivant définit les composantes du Système national de protection du consommateur qui entend rassembler les institutions provinciales et municipales, publiques et privés, de protection du consommateur et en coordonner l'action autour du Département de protection et défense du consommateur, désigné comme l'organisme principalement responsable de la politique en la matière au Brésil⁶⁰⁵. Le titre V introduit l'instrument de la convention collective de consommation, qui permet aux institutions civiles *ad hoc*, conjointement avec les organismes représentant les fournisseurs, de fixer les termes de certaines relations de consommation, notamment le prix, la qualité, la quantité, la garantie et les caractéristiques des produits et des services.

Le CDC se présente comme un microsystème juridique conçu pour assurer cette défense, organisée au moyen de quatre différents types de protection juridique: (a) la protection civile, apparente surtout, mais non exclusivement dans les dispositions portant sur les pratiques commerciales et les clauses abusives ; (b) la protection pénale, par l'établissement d'un large éventail d'infractions pénales de consommation ; (c) la protection juridictionnelle, qui se traduit par les normes procédurales et ; (d) la protection administrative, par la mise en place d'un système institutionnel propre au domaine de la protection du consommateur. Il ne s'agit ni d'un code de la consommation comme dans le cas de la France⁶⁰⁶, ni d'une loi générale sur les contrats d'adhésion comme l'était l'*AGB Gesetz* allemand de 1976⁶⁰⁷, ni d'un code

⁶⁰⁵Voir la partie II.1, ci-dessous pour l'analyse de cette question.

⁶⁰⁶Nous avons consulté la version consolidée au 30 mai 2013 du Code de la consommation français disponible sur le site Legifrance.gouv.fr.

⁶⁰⁷*AGB Gesetz*, *supra* note 600.

civil dont les dispositions s'appliquent aux relations de consommation, comme dans le cas du *BGB* actuel⁶⁰⁸.

Le CDC représente un changement déterminant dans l'approche du droit en tant qu'instrument de régulation des rapports sociaux. La vision libérale et individualiste promue par le Code civil brésilien de 1916⁶⁰⁹ se révélait inapte à rendre compte de la réalité. En effet, le droit ne disposait pas d'outils capables d'encadrer des pratiques commerciales toujours plus nombreuses, complexes et agressives. Ainsi, le droit ne garantissait plus une protection efficace à la partie plus vulnérable. Le CDC et la Constitution de 1988 vinrent confirmer une approche sociale de la politique de protection du consommateur. Le droit se devait de fournir les outils propres à assurer de manière effective l'équilibre entre les parties contractantes et c'est ce qu'il fit en plaçant la confiance réciproque et le respect des attentes légitimes du consommateur au centre des relations entre ce dernier et le fournisseur.

Le CDC ne s'intéresse pas seulement à la relation contractuelle. L'objet de la loi brésilienne est la relation de consommation comprise dans une conception plus large, reconnaissant les moments précédant et suivant la conclusion du contrat comme faisant partie de la relation. La relation de consommation est donc perçue comme étant indépendante de l'existence d'un contrat.

C'est pourquoi le Code ne mentionne ni le contrat de consommation ni l'acte de consommation. Par ailleurs, la relation de consommation comprend aussi les sujets en dehors de la relation contractuelle, tels que le « consommateur correspondant » définis aux articles 2, 17 et 29 dont les contours sont précisés ci-dessous.

⁶⁰⁸ *Code civil allemand*, (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) [Code civil allemand] (version promulguée le 2 janvier 2002).

⁶⁰⁹ *Lei n° 3.071 de 1º janeiro de 1916, Código civil de 1916* [Code civil brésilien de 1916]. Ce code est entré en vigueur le 1 janvier 1917.

Les définitions de la notion de « relation de consommation » dans la doctrine sont nombreuses⁶¹⁰, mais retenons celle donnée par Antonio Carlos Efig⁶¹¹. Selon cet auteur, la relation de consommation constitue toute relation juridique établie entre un consommateur et un fournisseur ayant comme objet un produit ou une prestation de service, en fonction des définitions du CDC.

Selon le CDC, l'existence d'une relation de consommation procède de trois éléments :

1. Un élément subjectif : Les acteurs participant à la relation doivent nécessairement être un consommateur et un fournisseur, tels que définis par le CDC. Cet élément relève donc de la qualité des acteurs impliqués.
2. Un élément téléologique : La relation doit avoir comme finalité d'octroyer à l'acquéreur un produit ou un service « en tant que destinataire final ». Si l'acquisition ou l'usage est fait dans le but d'exercer une autre activité de nature professionnelle, alors l'acquéreur n'agit pas en tant que destinataire final et ce n'est pas une relation de consommation.
3. Un élément objectif : L'objet de la relation doit être un produit ou un service couvert par le CDC.

Il est nécessaire de recourir au CDC pour définir le consommateur, puisque la Constitution de 1988 ne s'est pas acquittée de cette tâche, bien qu'elle ait imposé la

⁶¹⁰Nelson Nery Junior affirme qu'on entend par relation de consommation une relation juridique entre fournisseur et consommateur ayant comme objet un produit ou un service. Grinover et al, *Código comentado*, *supra* note 585 à la p. 46. À la p. 27 du même ouvrage, José Geraldo Brito Filomeno soutient qu'« une relation de consommation représente la relation juridique par excellence, présupposant la présence de trois éléments, soit deux pôles d'intérêts (consommateur et fournisseur) et la chose – objet de ces intérêts – qui représente le troisième élément est, comme l'indique le CDC, le produit et le service » [notre traduction].

⁶¹¹Antônio Carlos Efig, *Fundamentos de direito nas relações de consumo*, 2^e éd, Juruá, Curitiba (Brésil), 2006 à la p 46 [Efig, *Fundamentos*].

protection d'un sujet de droit spécifique, le consommateur dans ses rapports inéquitables avec les fournisseurs.

En décembre 2006, la Cour suprême a réitéré que le CDC s'applique au secteur bancaire⁶¹². La Confédération nationale des institutions financières (*Confederação Nacional das Instituições Financeiras*) avait entamé un recours judiciaire, soutenant que le paragraphe 2 de l'article 3 du CDC était inconstitutionnel⁶¹³. En réponse, la Cour suprême affirmait clairement que le CDC, en vertu de son statut de droit fondamental cristallisé dans l'article 5(XXXII) de la Constitution de 1988, s'applique aux banques⁶¹⁴.

Une place importante du CDC est consacrée à la définition des expressions « consommateur » (A) et « fournisseur » (B). Par ailleurs, on y reconnaît que les dispositions relatives à la relation de consommation s'appliquent même lorsque celle-ci est établie entre un consommateur et un prestataire de service public (C).

A. Le consommateur

Au Brésil, la notion de consommateur dépasse de loin celle de l'acquéreur d'un produit ou d'un service. Le CDC a retenu une définition large de consommateur, s'inspirant de la thèse de Thierry Bourgoignie selon laquelle le concept de consommateur limité à l'acheteur d'un bien ou d'un service s'avère trop restrictif⁶¹⁵.

⁶¹²STF, ADIn 2.591/DF, rel. p/ acórdão Ministro Eros Grau.

⁶¹³CDC, *supra* note 13, art 3 para 2: « *Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista* ». « Le terme 'service' désigne toute activité fournie sur le marché de consommation, en retour de rémunération, incluant celles de nature bancaire, financière, de crédit sécurisé, exception faite de celles découlant de relations de travail » [notre traduction].

⁶¹⁴Constitution de 1988, *supra* note 12, art 5, *supra* note 570.

⁶¹⁵Bourgoignie, *Éléments*, *supra* note 14 à la p 55. Selon l'auteur, une personne peut avoir été mise en contact avec un bien ou un service de diverses façons sans pour autant perdre la qualité de

En effet, une telle définition exclurait de la portée du droit de la consommation les acquéreurs non-acheteurs, par exemple ceux qui ne participent pas directement à la relation contractuelle, mais pourraient tout de même être considérés comme des consommateurs⁶¹⁶. Les travaux de Bourgoignie ont exercé une influence flagrante sur la loi brésilienne de protection du consommateur: le CDC a retenu une définition plus large que cette définition contractuelle du consommateur, comme nous allons vérifier ci-dessous⁶¹⁷. En effet dans la conception juridique brésilienne, le consommateur n'est pas considéré uniquement comme un acquéreur ; la notion de consommateur comprend aussi les victimes d'actes précontractuels⁶¹⁸ et de pratiques commerciales abusives. La vision large et non contractuelle adoptée par le CDC a pourtant un fil conducteur : le consommateur vulnérable.

1. La définition de base

Article 2. La personne physique ou morale qui acquiert ou utilise un produit ou un service en tant que destinataire final⁶¹⁹ [notre traduction].

En fonction de cette définition, le consommateur doit être le destinataire final du bien ou du service. Le destinataire final est celui qui acquiert ou utilise le bien ou le

consommateur : par exemple, les coiffeurs qui utilisent une lotion capillaire, les locataires, les personnes qui reçoivent des échantillons gratuits. L'acte de consommer peut se manifester aussi par le simple acte matériel de l'utilisation du bien, impliquant sa destruction totale ou partielle, ou par l'usage d'un service, en tout ou en partie.

⁶¹⁶*Ibid* à la p 49.

⁶¹⁷À la différence de la plupart des législations sur le thème (exception faite de la loi espagnole), la loi brésilienne admet la personne morale comme étant un consommateur. Le critère retenu afin de permettre cette reconnaissance fut celui proposé par Thierry Bourgoignie, lequel affirme que les personnes morales ne sont pas reconnues comme consommateurs parce que, normalement, les entreprises ne se trouvent pas dans des conditions de déséquilibre, caractéristiques de la relation de consommation. Thierry Bourgoignie, « O conceito jurídico do consumidor » (1992) 2 Revista de Direito do Consumidor 32 [Bourgoignie, « O conceito jurídico»].

⁶¹⁸Comme exemple d'un acte précontractuel, on cite la publicité trompeuse.

⁶¹⁹CDC, *supra* note 13, art. 2: « Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final ».

service pour une finalité non professionnelle, c'est-à-dire personnelle. La destination finale met fin à la circulation du produit ou du service sur le marché.

Cette définition représente déjà un élargissement de la notion de consommateur puisqu'elle se réfère non seulement à celui qui acquiert, mais aussi à celui qui utilise le produit ou le service. La conception plus classique du consommateur, plus restrictive, est généralement limitée à la notion d'acquéreur. La conception brésilienne du consommateur constitue donc un certain élargissement car elle permet d'y inclure aussi l'utilisateur du produit, comme les membres de la famille ou les amis de l'acquéreur par exemple, tout en admettant une certaine conception collective de l'acte de consommation. Selon la loi brésilienne, contrairement à ce qui prévaut dans les autres juridictions en général⁶²⁰, un consommateur peut autant être constitué d'une personne physique que d'une personne morale. De son côté, la jurisprudence brésilienne innove en soutenant que, lorsque la personne morale est en mesure de prouver que les produits et les services n'ont pas été acquis dans le cadre de ses activités commerciales, on lui octroiera alors le statut de consommateur. Pour prouver sa qualité de destinataire final, la personne morale devra donc démontrer que son acquisition a mis fin à la circulation du bien sur le marché. Dans l'affaire *Teka versus Aiglon*⁶²¹, la Cour suprême brésilienne spécifiait que « [l]e CDC est applicable seulement à une personne morale qui acquiert ou utilise un produit ou un bien en tant que destinataire final »⁶²² [notre traduction].

⁶²⁰La loi espagnole (*Real Decreto Legislativo 1/2007*, adopté le 16 novembre 2007 et publié dans *le Boletín Oficial del Estado* le 30 novembre de la même année) admet aussi la personne morale comme étant un consommateur.

⁶²¹*Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01. 12.1999, p. RDC, vol. 34, 2000, pp. 253-63*

⁶²²« *O Código de Defesa do Consumidor aplica-se somente a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final* ». *Ibid*, « *item 4 da Ementa* », reproduite dans Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 70.

Au-delà de la définition *sensu stricto* qui précède, le CDC prévoit trois types de cas pour lesquels on pourra reconnaître le statut de consommateur par assimilation⁶²³.

⁶²³Nous utilisons le terme « assimilation » car nous estimons qu'il représente la meilleure traduction du terme portugais « *equiparação* ». Ce mot, difficile à traduire en français, signifie : équivalence, par correspondance. Il est fréquemment utilisé dans la doctrine afin de qualifier le type de consommateur prévu par les art 2, para unique; 17 et 29 du CDC. Nous verrons que ces trois articles permettent une définition élargie du consommateur, par l'inclusion du concept d'assimilation au statut de consommateur.

2. Une première assimilation : le consommateur « collectif »

Article 2, paragraphe unique : Un ensemble de personnes, déterminable ou non, qui prend part à une relation de consommation, est reconnu comme étant équivalent à un consommateur⁶²⁴ [notre traduction].

Cette assimilation permet de mettre en avant les droits collectifs des consommateurs. Elle se fonde sur le constat selon lequel les contrats de masse ou d'adhésion sont prédominants aujourd'hui. Par conséquent, il arrive que les dommages causés par la consommation d'un produit ne touchent pas seulement un seul consommateur, mais un bon nombre. Le dommage n'est alors plus uniquement individuel, mais devient collectif. Paulo Roque Khouri⁶²⁵ illustre ce point à l'aide de l'exemple d'une entreprise qui mettrait sur le marché des millions de barres de chocolat contenant une quantité de dix grammes inférieure à celle indiquée sur l'emballage. Or, d'un point de vue strictement économique, il ne serait pas raisonnable pour le consommateur individuel d'entamer une action afin de réclamer dix grammes de chocolat, les coûts du recours juridique étant trop élevés par rapport au préjudice. Par contre, à l'échelle de l'entreprise, il est clair qu'un tel subterfuge lui aura permis d'engranger un important profit. L'article 2 reconnaît la qualité de consommateur à la collectivité des consommateurs lésés par le même acte.

Ce paragraphe unique de l'article 2 constitue ainsi le fondement du droit substantif qui permet l'action collective de protection du consommateur. C'est sur la base sur cette disposition que le ministère public et d'autres organismes peuvent représenter les intérêts de la collectivité des consommateurs dans la sphère judiciaire sans avoir à identifier chaque sujet de la collectivité. Les articles 81 et suivants portent sur les normes de droit procédural qui complètent la règle de droit matériel prévue à cet

⁶²⁴CDC, *supra* note 13, art 2, para unique: « Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo ».

⁶²⁵Khouri, *supra* note 568 à la p 49.

article 2, paraaphe unique. Ainsi, une action entamée par l'un des organismes mentionnés à l'article 82 est suffisante pour entraîner la protection de millions de consommateurs. La Cour suprême a ainsi affirmé à maintes reprises que le ministère public est légitimé à entamer une action civile publique, notamment en vue d'obtenir le remboursement de frais scolaires injustement versés par les consommateurs (*Súmula*⁶²⁶ 643 de la Cour suprême).

3. Une deuxième assimilation : le « tiers victime »

Article 17. Pour l'application de cette section, toutes les victimes d'un même événement équivalent au consommateur⁶²⁷ [notre traduction].

L'article 17 étend la définition du consommateur à toutes les victimes d'un même événement lorsque la responsabilité civile du fournisseur du fait du produit ou du service est mise en cause. Même les victimes n'ayant pas participé directement à la relation contractuelle sont également visées.

La Cour supérieure affirme par exemple que toutes les victimes d'une explosion survenue dans un magasin de feux d'artifice peuvent être assimilées à des consommateurs :

Selon l'article 17 du Code, toutes les personnes qui souffrent des conséquences d'un événement dans lequel aucune faute n'est directement impliquée, même si ces personnes n'ont pas participé directement à la relation de consommation, peuvent

⁶²⁶Après quelques décisions répétées sur un même sujet, les cours plus élevées hiérarchiquement approuvent des *Sumulas*, un instrument juridique ayant des effets impératifs pour les autres organismes du pouvoir judiciaire et de l'administration publique, aux niveaux fédéral, provincial ou municipal. Le but de cet instrument est de contrer la morosité judiciaire. La *Sumula* obligatoire d'origine allemande, avec son système de constitutionnalité extrêmement condensé avait déjà influencé l'établissement de l'action déclaratoire de constitutionnalité au Brésil. Le mot « *sumula* » vient du latin *Summula* qui signifie « un extrait, un résumé » de plusieurs décisions. Cet instrument présente donc une somme, un résumé, des décisions des tribunaux supérieurs ayant adopté une même interprétation sur un sujet particulier.

⁶²⁷CDC, *supra* note 13 art 17: « Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento ».

être assimilées au consommateur, en raison de la gravité potentielle que peut atteindre le fait du produit ou du service dans le cas de vices de qualité causant insécurité⁶²⁸ [notre traduction].

4. Une troisième assimilation : le consommateur « potentiel »

Article 29. Pour les effets de ce chapitre et du chapitre suivant, équivalent à des consommateurs toutes les personnes, déterminables ou non, exposées aux pratiques commerciales prévues auxdits chapitres⁶²⁹ [notre traduction].

Selon l'article 29, l'acquisition ou l'usage d'un bien ou d'un service ne constitue pas un facteur déterminant pour définir le consommateur. En effet, la règle prévoit que le simple d'être une personne exposée à une pratique contractuelle abusive fait d'elle un consommateur potentiel. La seule possibilité de se retrouver soumis à une pratique abusive suffit.

Le chapitre visé par l'article 29 est le chapitre V du titre I intitulé « Des pratiques commerciales », lequel traite de l'offre (les articles 30-35), de la publicité (les articles 36-38), des pratiques abusives (les articles 39-41), des pratiques de recouvrement des créances, et des banques des données et d'enregistrement des consommateurs (les articles 43-44). Comme toutes ces pratiques commerciales sont menées en marge du contrat, il n'est donc pas nécessaire de conclure un contrat pour que le CDC s'applique. Le simple fait de soumettre à des pratiques abusives un consommateur potentiel est suffisant pour enclencher l'application du CDC, même si ces pratiques ont eu lieu dans la phase précontractuelle, voire en dehors de toute perspective de contrat.

En procédant ainsi de façon préventive, on reconnaît comme étant un consommateur même la personne qui n'a pas consommé.

⁶²⁸ STJ, REsp 181.580-SP, Min. Castro Filho, j. 09.12.2003.

⁶²⁹ CDC, supra note 13, art 29: « Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas ».

La relation juridique qualifiée dite de consommation est déterminée par la présence d'une partie vulnérable (le consommateur) d'un côté et le fournisseur de l'autre [...] Toutes les personnes, déterminables ou non, exposées aux pratiques commerciales abusives équivalent à des consommateurs⁶³⁰ [notre traduction].

Le « chapitre suivant » mentionné à l'article 29 est le chapitre VI, lequel régit la protection contractuelle de la personne ayant déjà conclu un contrat. Il contient des normes générales en matière d'interprétation, du droit de repentir et de garantie contractuelle (les articles 46-50), de clauses abusives (les articles 51-53) et de contrats d'adhésion (l'article 54). Conséquemment, pour les pratiques reliées à la phase suivant la conclusion du contrat (chapitre VI) comme pour celles du chapitre précédent (V) concernant la phase précontractuelle, la notion de consommateur se prolonge jusqu'au « consommateur potentiel ».

5. Le consommateur « hyper-vulnérable »

Le consommateur est, par définition, un sujet vulnérable. Parmi les consommateurs certains sont plus vulnérables que la moyenne, par exemple ceux n'ayant pas eu accès à une éducation de base (pour lesquels on estime les connaissances générales insuffisantes pour agir de façon responsable, rationnelle et informée sur le marché en tant que consommateurs), ceux qui ne sont pas assez ou trop âgés, ceux dont la santé est fragile, ou encore ceux dont la position sociale les empêche d'évaluer l'adéquation du service ou du produit acquis. Bref, il s'agit d'une catégorie de consommateurs qu'on désigne comme étant « hypo-suffisants ».

⁶³⁰STJ, Resp 476428/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005. « A relação jurídica qualificada por ser de 'consumo' não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável, de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro [...] São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas ».

On pourrait traduire le terme (« *hiposuficiente* ») par l'expression « qui ne se suffit pas à lui-même », insuffisance due à une situation d'« hyper-précarité » et d'un déficit de capacitation caractérisant certains sujets que l'on pourrait qualifier d'« hypo-habilités ». Une fois reconnu la faiblesse inhérente au statut de consommateur, il va de soi que certaines catégories de citoyens se trouvent dans une situation de faiblesse accrue et exacerbée par le fait qu'ils n'ont pas eu l'occasion d'acquérir les outils nécessaires pour faire valoir leurs droits. Le CDC reconnaît cette situation d'inégalité majeure et prévoit donc des mesures extraordinaires pour assurer la protection de certains consommateurs qui sont en position de vulnérabilité particulière à cause de différents facteurs spécifiques comme leur âge⁶³¹, une maladie⁶³², leur manque d'éducation et/ou leur situation de pauvreté extrême⁶³³.

B. Le fournisseur

Selon l'article 3 du CDC, est considérée comme fournisseur⁶³⁴

toute personne physique ou morale, publique ou privée, nationale ou étrangère ou « personne morale de fait » menant des activités de production, de montage, de création, de construction, de transformation, d'importation, d'exportation, de distribution, de commercialisation des produits ou de prestation des services⁶³⁵ [notre traduction].

⁶³¹Concernant les consommateurs âgés, voir *TJRS, Nona Câmara Cível, Apelação Cível n. 70025289943, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 18.02.2009.*

⁶³²Concernant les personnes handicapées, voir *TJRGS, Primeira Turma Recursal Cível, Recurso Cível n. 71003346566, Rel. Pedro Luiz Pozza, j. 14.06.2012.* Concernant les consommateurs atteints d'intolérance au gluten, *STJ, REsp 586.316 - MG (2003/0161208-5), Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 17.04.2007.*

⁶³³Voir CDC, *supra* note 13, art 6(VIII).

⁶³⁴Comme vu précédemment, la LPC du Québec utilise l'expression de « commerçant » (article 2) et le Code civil québécois celle d'« entreprise ». Toutefois, nous avons fait ici le choix de rester plus fidèle à l'esprit de la loi brésilienne en utilisant le terme de « fournisseur ».

⁶³⁵CDC, *supra* note 13, art 3: « *Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços* ».

La loi ne distingue pas si le fournisseur est un ressortissant national ou étranger, public ou privé, doté d'une personnalité juridique ou non. Quant à la liste des activités énumérées à l'article 3, elle ne doit pas être considérée comme étant exhaustive. Par exemple, les activités d'édition de livres et d'approvisionnement des logiciels sont aussi considérées comme des activités de fournisseurs, bien qu'elles ne soient pas citées explicitement dans l'article de la loi.

La notion de « développement d'activité » se rapporte au concept d'activité commerciale, lequel implique une régularité de l'activité et l'objectif d'en obtenir profit⁶³⁶. Le fournisseur est donc celui qui offre de manière habituelle des biens et des services sur le marché, en général avec un but lucratif. Le plus communément, le fournisseur est l'un des maillons de l'approvisionnement du marché en biens ou en services, comme un producteur, un importateur, un distributeur, un prestataire ou un intermédiaire.

Il n'est pas nécessaire de distinguer si le produit ou le service offert au consommateur l'est à titre onéreux ou gratuit. Ainsi, la jurisprudence brésilienne considère comme une relation de consommation l'offre par un supermarché ou un centre commercial de places de stationnement gratuit. Le fournisseur sera tenu d'indemniser les propriétaires dont le véhicule a été endommagé dans son aire de stationnement, même si les propriétaires concernés n'ont effectué aucun achat dans le centre commercial lui-même⁶³⁷.

⁶³⁶Dans ce sens, José Geraldo Brito Filomeno dans Grinover et al, *supra* note 585 à la p 47. *TJSP*, Ap. n. 501.654-2, j. 13.04.1994, rel. Roberto Bedaque.

⁶³⁷*STJ*, 3^e T, REsp 17232-SP, Rel. Min. Dias Trindade, DJU 06/04/92; *STJ*, 4^e T, Rel. Min. Bueno de Souza RT 690/163; *TJSP*, 2^e C, Rel. Cezar Peluso, RJTJSP 125/180. *TJDF*, rel. Alfeu Machado, ACJ 20060710085655 DF, j. 10.10.2006. Ce thème a été l'objet de plusieurs décisions ce qui mena ultimement à la *Sumula* 130 de 1995 de la Cour supérieure. En droit brésilien, les *Sumulas* ont, par définition, des effets obligatoires. Voir la note de bas de page 626, ci-dessus, pour l'analyse de ce thème.

C. Les services publics

L'article 22 du CDC stipule que

[I]es organismes publics sont obligés, directement ou par leur entreprise, par leur concessionnaire, par leur permissionnaire ou peu importe le moyen de régime d'entreprise adoptée, de fournir des services adéquats, efficaces, sécuritaires et continus, lorsqu'il s'agit de services essentiels.

Paragraphe unique. Si les obligations citées dans ce dispositif ne sont pas exécutées totalement ou partiellement, les organismes ou les personnes morales sont obligés de les respecter et de réparer les dommages causés, selon les déterminations de ce code⁶³⁸ [notre traduction].

Cette règle doit être comprise conjointement avec deux autres dispositions du code. D'une part, l'article 3 inclut dans la définition de fournisseur la personne morale de droit public et, d'autre part, l'article 6 retient « la prestation adéquate et efficace des services publics en général » comme étant un des droits fondamentaux du consommateur. Conséquemment, le CDC s'applique de manière explicite aux services publics⁶³⁹.

⁶³⁸CDC, *supra* note 13, art. 22: « Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código ».

⁶³⁹Voir la décision de la Cour supérieure prononçant l'illégalité de l'interruption de la prestation du service d'approvisionnement en électricité même si celle-ci est justifiée par le défaut de paiement du consommateur, basé sur le CDC : *STJ, 1^a Turma, REsp 122.812, Rel Min Milton Luiz Pereira, j. 4.12.2000*. Mais la même Cour a aussi pris une décision contraire en se basant sur la Loi 8.987/1995, et reconnaissant la légalité de l'interruption du service : *STJ, REsp 464.943, Min Rel. Castro Meira, j. 10.12.2003*. Après certaines décisions contradictoires, la Cour semble enfin s'être arrêtée sur une position constante et cohérente sur la question, fondée sur l'argument selon lequel l'interruption de la prestation de service est illégale lorsque le consommateur est identifiable, en se basant sur le CDC C'est le cas, par exemple, des prestations de services téléphoniques. *STJ, 4^a T., 419.252/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 5.9.2002; STJ, 1^a T, REsp 591.692/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavasck.; STJ, 2^a T., REsp 853.392-RS, rel. Min. Castro Meira, j. 21.09.2006*. Sur ce thème, voir Benjamin, Marques et Bessa, *Manual, supra* note 562 aux pp 171-76.

§ 3. Les instruments de la protection contractuelle

La plupart des contrats conclus dans le domaine de la consommation sont des contrats d'adhésion, lesquels sont définis à l'article 54 du CDC comme suit :

Article 54. Un contrat d'adhésion est un contrat dont les clauses ont été approuvées par l'autorité compétente ou établies unilatéralement par le fournisseur des produits ou des services, sans que le consommateur ait eu la possibilité de discuter ou de modifier substantiellement son contenu⁶⁴⁰ [notre traduction].

La loi précise que l'insertion de clauses manuscrites ou le fait de combler des lacunes par l'inclusion de données ou d'informations pour le consommateur ne suffisent pas à modifier la nature d'un contrat d'adhésion⁶⁴¹ et ne transforment pas pour autant ce dernier en une entente gré à gré.

Les précontrats sont réglementés par l'article 48 et les aspects de la présentation d'un contrat d'adhésion par les articles 46 et 54, paragraphes 3 et 4.

L'obligation imposée au fournisseur d'informer le consommateur résulte du principe de transparence et se manifeste dans plusieurs dispositions : articles 6, 9, 30, 31, 36, 37, 39, 46 et 47. L'article 48 prévoit que

[l]es déclarations de volonté se trouvent dans des écrits privés, des factures et des précontrats concernant une relation de consommation, obligent le fournisseur et donnent lieu à des exécutions spécifiques, selon les articles 84 et paragraphes suivants⁶⁴² [notre traduction].

⁶⁴⁰CDC, *supra* note 13, art 54: « *Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo* ».

⁶⁴¹CDC, *supra* note 13, art 54, para 1: « *A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato* ». « L'insertion de la clause dans le formulaire n'altère pas la nature d'adhésion du contrat » [notre traduction].

⁶⁴²*Ibid*, art 48: « *As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos* ».

Autrement dit, tout ce qui est dit, écrit ou offert par le vendeur ou par une personne agissant au nom du fournisseur est reconnu comme faisant partie du contrat. Ces informations engendrent des effets juridiques, engagent la responsabilité du fournisseur et équivalent à une clause contractuelle.

L'offre de contrats d'adhésion au consommateur, inhérente à la société post-industrielle et à la consommation de masse, réduit, voire exclut la volonté réelle du consommateur. Pour qu'un contrat d'adhésion soit valide, le CDC impose donc des normes spécifiques, tant à propos de la forme⁶⁴³ que du contenu⁶⁴⁴ du contrat.

Quatre normes sont plus particulièrement avancées par le législateur : le droit de repentir (A), l'information précontractuelle (B), l'élimination des clauses abusives (C) et l'exclusion des pratiques abusives (D).

A. Le droit de repentir

Le consommateur peut renoncer au contrat ou se repentir dans un délai de sept (7) jours après la signature du contrat ou suivant la réception du produit ou du service si le contrat a été conclu à l'extérieur de l'établissement commercial du commerçant⁶⁴⁵. Ce droit de repentir s'applique uniquement lorsque le contrat a été conclu à l'extérieur de l'établissement commercial.

Le droit de renoncer ou de se repentir n'est pas assujéti à l'existence d'un vice ou d'un défaut du produit, le consommateur n'étant pas obligé d'indiquer la raison de son initiative. Il peut manifester son désir de se repentir par téléphone, par courrier ou par courriel. Le droit de repentir est donc applicable aux contrats de services conclus

⁶⁴³ *Ibid*, art 46, art 54 para 3 et art 54 para 4.

⁶⁴⁴ *Ibid*, art 51.

⁶⁴⁵ *Ibid*, art 49.

par Internet, notamment avec les agences de voyages, les entreprises de transport, les compagnies d'assurances, les banques et les agences financières. Cette disposition s'applique aussi dans le cas de ventes faites au domicile du consommateur ou sur son lieu de travail, car il s'agit là de contrats conclus à l'extérieur de l'établissement commercial du fournisseur. Dans le cas d'achats par Internet ou par téléphone, le délai de 7 jours court à partir de la réception du produit ou du service.

L'exercice du droit de repentir implique le remboursement immédiat de toutes les dépenses effectuées par le consommateur⁶⁴⁶.

Le droit de renoncer et de se repentir assuré au consommateur est fondé sur sa fragilité accrue dans le cadre de certaines relations de consommation. Par exemple, en l'absence de contact physique entre les parties, le consommateur n'a pu examiner le produit ou le service avec soin et de façon détaillée. Dans le cas de ventes à domicile, ce droit est justifié par le fait que le consommateur n'a pas disposé d'une période de réflexion suffisante pour prendre une décision réfléchie, étant ainsi plus susceptible d'agir de façon impulsive.

B. L'information précontractuelle

La phase précédant la conclusion du contrat fait l'objet de plusieurs dispositions légales. Selon Leonardo Bessa, le CDC y consacre une grande attention parce que « l'expérience démontre que c'est justement dans cette courte période initiale, moment durant lequel on cherche à attirer le consommateur pour qu'il acquière un

⁶⁴⁶*Ibid*, art 49, para unique. La Cour civile de São Paulo a déterminé qu'une institution scolaire devait rembourser les versements payés par un étudiant si l'école secondaire (le fournisseur) n'avait pas encore commencé à fournir le service et que le droit de renoncer avait été exercé par le consommateur étudiant dans le délai prescrit par la loi. Voir *TACivSP, AP. 1052423-7, 12^a. Câm., rel. Campos Mello, j. 14.5.2002*. La Cour civile de l'État de Minas Gerais a émis une décision similaire à l'égard d'une université : *TAMG, Ap. 0372966-8, 6^a. Câm., rel. Juiz Dárcio Lopardi Mendes, j. 21.11.2002*.

produit, que la vérité est négligée et que des informations sont omises »⁶⁴⁷ [notre traduction].

Le CDC impose au fournisseur l'obligation précontractuelle d'informer le consommateur de façon adéquate et complète sur les produits et les services mis sur le marché⁶⁴⁸. Il est également tenu de donner au consommateur le temps de prendre connaissance des termes du contrat avant la signature.

Par ailleurs, le contrat qui contient des clauses rédigées de façon à rendre sa compréhension difficile se voit privé de force contraignante⁶⁴⁹. Ainsi, le contrat d'adhésion doit être rédigé en caractères clairs, lisibles et visibles⁶⁵⁰ et si certaines clauses impliquent une limitation des droits du consommateur, elles doivent être mises en évidence⁶⁵¹.

La Cour supérieure a confirmé la nullité des dispositions contractuelles qui ne sont pas en conformité avec le paragraphe 4 de l'article 54, exigeant que les clauses restrictives insérées dans un contrat d'adhésion soient mises en évidence de façon à permettre leur compréhension immédiate par le consommateur⁶⁵².

Répondant au même souci de protéger le consentement du consommateur en dehors de tout contexte contractuel, le chapitre V du CDC consacré aux pratiques commerciales traite du message publicitaire⁶⁵³.

Les articles 30 à 35 du CDC réglementent l'offre, tandis que la publicité est réglementée par les articles 30 et 35 à 37.

⁶⁴⁷ Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 287.

⁶⁴⁸ CDC, *supra* note 13, art 6(III) et 31.

⁶⁴⁹ *Ibid*, art 46.

⁶⁵⁰ *Ibid* art 54 para 2.

⁶⁵¹ *Ibid* art 54 para 4.

⁶⁵² STJ, 3^a Turma, REsp 669.525/PB, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 20.06.05.

⁶⁵³ Le chapitre V du titre I du CDC est constitué des art 29-45.

1. L'offre contractuelle, l'information et la publicité

Dans la conception classique de la théorie des contrats, le fait d'offrir un produit n'engage pas la responsabilité des parties. Le contrat est généralement considéré comme étant conclu dès l'acte faisant foi de son acceptation par les parties⁶⁵⁴. Le fondement de ce dogme contractuel découle du fait qu'une déclaration unilatérale ne peut pas créer d'obligation pour le promettant au bénéfice d'un tiers.

La notion d'offre contractuelle a été élargie dans le domaine de la consommation afin de garantir une meilleure protection au consommateur⁶⁵⁵. L'offre n'est pas individualisée, mais plutôt considérée dans la perspective d'une société dans laquelle prévaut la consommation de masse.

Par l'article 30 du CDC, le droit brésilien innove en reconnaissant un effet obligatoire aux informations précontractuelles ainsi qu'aux messages publicitaires en les considérant comme faisant partie intégrante de l'offre contractuelle⁶⁵⁶.

Si l'information et la publicité constituent deux catégories différentes, la responsabilité du fournisseur est engagée dans les deux cas par le biais du message véhiculé. Tout message venant du fournisseur n'étant pas considéré comme une publicité tient lieu d'information. Par exemple, la posologie d'un médicament et l'étiquette d'un produit constituent des informations⁶⁵⁷. D'autre part, la publicité est

⁶⁵⁴Une telle approche prédomine dans la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1980, 1489 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1988). Ce traité prévoit que le contrat est considéré conclu « au moment où l'acceptation d'une offre prend effet conformément aux dispositions de la présente Convention » (art 23). Dans la plupart de cas, il s'agit du moment où l'indication de consentement parvient à l'auteur de l'offre. À ce sujet, voir Patricia Galindo da Fonseca, « Formação de contrato de compra e venda internacional de mercadorias » (2000) 2 *Revista de Direito do Mercosul/Revista de Derecho del Mercosur* 149.

⁶⁵⁵Benjamin, Marques et Bessa, *Manual, supra* note 562 à la p 182.

⁶⁵⁶Adalberto Pasqualotto affirme que la publicité est un contrat social de consommation, source d'obligations autonomes». Adalberto Pasqualotto, *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, RT, 1997 à la p 113.

⁶⁵⁷Benjamin met en garde contre certains cas dans lesquels l'étiquette pourra présenter un caractère publicitaire. Benjamin, Marques et Bessa, *Manual, supra* note 562 à la p 185.

définie en fonction de son but commercial, soit l'objectif de vendre un produit spécifique.

Article 30. Toute information ou publicité suffisamment précise, quel qu'en soit le moyen de divulgation ou de communication, liée aux produits et services offerts ou présentés, oblige le fournisseur qui l'a divulguée ou qui s'en sert, et fait partie du contrat à conclure⁶⁵⁸ [notre traduction].

Toutefois, on compte sur l'existence de deux paramètres dont la présence est obligatoire pour engendrer la force obligatoire du message publicitaire ou de l'information véhiculée au consommateur. D'une part, l'information doit avoir été transmise et être connue par le consommateur. De cette façon, ce dernier, dès lors qu'il est « exposé » à la publicité ou à l'information devient un consommateur potentiel au sens de l'article 29 du CDC. Cet élément de « divulgation » fait d'ailleurs partie de la notion de publicité. D'autre part, l'offre, une notion englobant tant l'information que la publicité, doit être suffisamment précise⁶⁵⁹.

La loi impose la force obligatoire du message publicitaire et de l'information. Une communication hypothétique qui stipulerait que « les informations n'ont qu'une valeur indicative » serait considérée comme étant nulle, compte tenu du statut d'ordre public assuré à toutes les dispositions du CDC, qui fait qu'on ne peut y déroger⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸CDC, *supra* note 13,

⁶⁵⁹Benjamin illustre cette condition en affirmant que les expressions comme « le meilleur goût », « le plus beau », « le merveilleux » ne constituent pas des expressions précises. Cependant, même ce type d'expressions peut acquérir un sens précis, par exemple dans les cas suivants : « le meilleur prix de la capitale » ou « la garantie la plus complète du marché ». Benjamin, Marques et Bessa, *Manual, supra* note 562 à la p 183.

⁶⁶⁰CDC, *supra* note 13, art 1.

2. L'offre non-publicitaire

L'offre non publicitaire est réglementée par l'article 31 du CDC :

L'offre et la présentation de produits ou services doivent donner des informations correctes, claires, précises, ostensives et en langue portugaise sur leurs caractéristiques, la quantité, la composition, le prix, la garantie, le délai de péremption et l'origine, entre autres informations, ainsi que sur les risques qu'ils présentent pour la santé et la sécurité des consommateurs⁶⁶¹ [notre traduction].

Cette disposition du CDC dresse une liste non exhaustive des données qu'il est obligatoire de communiquer au sujet d'un produit ou d'un service. D'autres éléments d'information peuvent être requis et, étant donné que le fournisseur connaît le produit mis sur le marché, il lui appartient de déterminer ses informations supplémentaires éventuellement nécessaires. La liste de l'article 31 peut donc être étendue pour inclure des normes spéciales applicables à certains produits particuliers qui seraient soumis à des réglementations spécifiques, par exemple, les médicaments⁶⁶² ou certains aliments⁶⁶³. Si elle peut être ainsi étendue, cette liste ne peut jamais être réduite. Selon la méthode de vente utilisée ou certains contrats, des règles particulières complémentaires sont éventuellement applicables. Dans le cas d'offres de vente par téléphone ou par correspondance par exemple, le nom et l'adresse du fabricant doivent être indiqués sur l'emballage, la publicité et tous les imprimés utilisés dans la transaction commerciale⁶⁶⁴; cette norme s'applique également aux contrats conclus par Internet.

Habituellement, la doctrine fixe trois types de données essentielles : a) celles liées à l'adéquation entre le produit et les attentes légitimes du consommateur (absence de

⁶⁶¹ *Ibid*, art. 31: « A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores ».

⁶⁶² *Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto de 2006, Estatuto do Medicamento.*

⁶⁶³ *Decreto-Lei n.º 118 de 25 de outubro de 2010.*

⁶⁶⁴ CDC, *supra* note 13, art 33.

vice de qualité par inadéquation) ; b) celles relatives au prix ; c) celles liées à la sécurité⁶⁶⁵.

Étant donné la définition large de la notion de fournisseur retenue par le droit brésilien, le CDC s'adresse à tous les agents qui mettent un produit ou un service sur le marché. Dans le cas d'un produit industriel, la communication des données obligatoires incombe au fabricant⁶⁶⁶. Une fois l'emballage d'un produit industriel ouvert par le commerçant, ce dernier a lui aussi la responsabilité de transmettre l'information aux consommateurs⁶⁶⁷. Les risques causés par un produit, même s'ils ont été connus après sa mise en marché, doivent être portés à la connaissance des consommateurs par tous les agents économiques⁶⁶⁸, incluant les organismes publics⁶⁶⁹.

3. La publicité

La publicité doit pouvoir être facilement reconnaissable par le consommateur,⁶⁷⁰ de façon immédiate dès qu'elle lui est présentée.

Au regard du CDC, est considérée comme une publicité trompeuse toute information ou communication de caractère publicitaire entièrement ou partiellement fausse susceptible d'induire le consommateur en erreur sur la nature, la qualité, la quantité,

⁶⁶⁵ Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 207.

⁶⁶⁶ CDC, *supra* note 13, art 8 para unique.

⁶⁶⁷ Par exemple dans le cas d'une cigarette vendue à l'unité.

⁶⁶⁸ CDC, *supra* note 13, art 10 para 1.

⁶⁶⁹ *Ibid*, art 10 para 3.

⁶⁷⁰ *Ibid*, art 36: « A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal ». « La publicité doit être diffusée de façon à être identifiable en tant que telle, facilement et immédiatement par le consommateur » [notre traduction].

les propriétés, l'origine, le prix et les autres caractéristiques d'un produit ou d'un service⁶⁷¹.

Le CDC ne prend pas en considération la bonne foi du consommateur. À ce sujet, l'éminent juriste Antonio Benjamin souligne que, selon la loi, l'acte d'induire en erreur doit être évalué en fonction du statut particulier de la personne qui en est victime, car le Code assure à certaines catégories de consommateurs, par exemple aux personnes âgées, une protection accrue⁶⁷².

La capacité d'induire le consommateur en erreur peut suffire pour identifier une publicité trompeuse. Selon le CDC, le consommateur n'a pas besoin d'avoir été induit en erreur. Lorsque tel est le cas, cette circonstance est simplement considérée comme un facteur aggravant.

Le caractère « trompeur » de la publicité est vérifié *in abstracto*. Deux critères servent à l'évaluer: le contenu de la publicité (critère objectif) et le type de consommateur atteint ou susceptible d'être atteint (critère subjectif). Par conséquent, si une publicité s'avère capable d'induire en erreur uniquement une catégorie de consommateurs particulièrement vulnérables, telles les personnes âgées, elle sera considérée comme trompeuse⁶⁷³.

L'omission d'une donnée essentielle concernant un produit ou un service est considérée comme une publicité trompeuse⁶⁷⁴. Selon les paramètres établis par l'article 31, toute donnée essentielle doit en effet faire partie intégrante de l'offre⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ *Ibid*, art 37 para 1.

⁶⁷² Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 203.

⁶⁷³ Le droit brésilien de la consommation identifie cette catégorie de consommateurs, tout comme les enfants à des consommateurs « hyper-suffisants », ou en situation d'extrême vulnérabilité. Leur vulnérabilité est vérifiée de façon objective, tandis que le statut d'« hyper-suffisant » est vérifié de façon subjective. Voir le §2.A, ci-dessus, pour l'analyse plus approfondie de ce sujet.

⁶⁷⁴ CDC, *supra* note 13, art 37 para 3 : « *Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço* ». « Pour les effets de

Parmi les formes de publicité abusive, on compte entre autres la publicité discriminatoire, l'incitation à la violence, l'exploitation de la peur ou des superstitions, l'exploitation de la déficience du jugement ou de l'inexpérience de l'enfant, le mépris des valeurs environnementales, l'incitation à des comportements nuisibles pour la santé et la sécurité⁶⁷⁶. La liste de publicités abusives dressée par l'article 37 reste exemplative.

Le CDC considère la publicité trompeuse et abusive comme un crime, indépendamment du dol de l'agent⁶⁷⁷.

En raison des risques majeurs liés à l'usage de certains produits ou services, tels que le tabac, les boissons alcoolisées, les produits agro-toxiques, les médicaments et les thérapies, la Constitution de 1988 prévoit un contrôle accru de la publicité qui en fait la promotion⁶⁷⁸. Comme le CDC n'établit qu'une règle générale à cet effet, il incombe aux lois spécifiques concernant ces produits de veiller à la mise en œuvre d'une surveillance plus rigide de leurs publicités⁶⁷⁹.

Soulignons que l'article 56 (VII) sur les sanctions administratives susceptibles d'être imposées en cas de non-respect des dispositions du CDC prévoit la possibilité d'obliger un fournisseur à rectifier les faits qu'il a présentés dans une publicité trompeuse ou abusive.

Le CDC requiert du juge de renverser le fardeau de la preuve lorsque la cause plaidée concerne spécifiquement une question liée à la publicité⁶⁸⁰. Dans ce cas précis, il

ce code, la publicité est trompeuse par omission quand elle n'informe pas au sujet des données essentielles du produit ou du service » [notre traduction].

⁶⁷⁵*Ibid*, art 31.

⁶⁷⁶*Ibid*, art 37 para 2.

⁶⁷⁷*Ibid*, art 67-68.

⁶⁷⁸Constitution de 1988, *supra* note 12, art 220 para 3-4.

⁶⁷⁹À titre d'illustration, voir la *Loi 10.167/2000* de 27 décembre 2000, qui régleme les restrictions relatives à l'utilisation du tabac et à la publicité concernant ce produit.

⁶⁸⁰CDC, *supra* note 13, art 38.

n'est pas question d'un pouvoir discrétionnaire accordé au juge, contrairement au renversement de la charge de la preuve prévu à l'article 6 (VIII) applicable aux autres thèmes reliés à la consommation⁶⁸¹.

Une fois la publicité diffusée, le fournisseur ne peut pas refuser d'exercer les termes de l'offre en arguant y avoir constaté *a posteriori* une erreur. Un fournisseur ne peut en aucun cas limiter, revoir ou supprimer l'effet obligatoire du contenu d'une publicité qu'il aurait diffusée.

À titre d'illustration, la Cour supérieure a conclu qu'une compagnie de boissons gazeuses ne pouvait refuser d'accomplir ses obligations découlant d'une campagne publicitaire sous la forme d'un concours. On offrait aux consommateurs d'obtenir des prix grâce à des capsules gagnantes dissimulées dans les lots de bouteilles de boissons gazeuses mises sur le marché. Soutenant que plusieurs capsules numérotées étaient illisibles et donc qu'il lui était impossible de déterminer les gagnants du concours, l'entreprise tenta d'échapper aux obligations que sa campagne publicitaire avait elle-même engendrées. L'entreprise alléguait que la norme du CDC prévoyant la force obligatoire de la publicité ne mentionnait pas la numérotation illisible. Sans équivoque, la Cour supérieure a décidé que la compagnie avait retiré des bénéfices de la campagne publicitaire menée ; par conséquent, elle était tenue de remplir ses promesses, même si la numérotation des bouchons imprimés s'était avérée défectueuse⁶⁸².

Devant un refus du fournisseur de respecter l'offre diffusée, le consommateur dispose de trois choix⁶⁸³ : exiger l'accomplissement forcé de l'obligation; accepter un autre produit ou service équivalent à celui offert; résilier le contrat conclu. Dans ce cas, il a

⁶⁸¹Voir la partie II.3, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

⁶⁸²STJ, 4^e T, REsp 396.943, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 2.5.2002.

⁶⁸³CDC, *supra* note 13, art 35.

le droit d'être remboursé (en valeur actualisée du versement fait), en plus de dommages et intérêts éventuels.

L'article 35 fait référence de façon explicite aux dommages et intérêts uniquement dans la troisième option (résiliation du contrat), toutefois la jurisprudence a élargi l'admission des dommages et intérêts, y inclus les dommages moraux dans les trois options, en vertu de l'article 6(VI)⁶⁸⁴.

C. Les clauses abusives

Le CDC entend veiller à ce que les prestations des parties contractantes soient équilibrées; à cet effet il intervient sur le contenu même du contrat et tient les clauses abusives pour nulles⁶⁸⁵. Une déclaration de nullité absolue implique l'annulation de tout effet juridique de la clause concernée. Toutefois, les parties continueront d'être liées par les autres clauses du contrat.

1. Le paramètre le plus souvent utilisé : l'article 51(IV)

Le CDC a opté pour un contrôle abstrait de la clause abusive, n'adoptant pas d'énonciation fermée. Les clauses abusives énoncées par l'article 51 constituent une liste ouverte. L'expression « entre autres » au début du dispositif est claire sur ce point :

Article 51. Sont nulles de plein droit les clauses contractuelles relatives à la fourniture de produits et de services qui, entre autres...⁶⁸⁶ [notre traduction].

⁶⁸⁴*Ibid*, art 6: « São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos ». « Les droits fondamentaux du consommateur sont : [...] « VI. La prévention effective et la réparation de dommages matériels et moraux, individuels, collectifs et diffus » [notre traduction].

⁶⁸⁵*Ibid*, art 51.

⁶⁸⁶*Ibid*, art. 51: « São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que... »

Étant donné que la clause abusive est nulle et que le CDC ne fournit qu'une liste ouverte d'exemples de clauses entraînant la nullité, le juge se réfère au contenu de l'article 51(IV) pour déterminer une clause abusive ne figurant pas sur cette liste. Cette disposition établit des principes visant à guider le juge dans ses analyses au cas par cas en créant de lignes directrices qui lui permettront de reconnaître le caractère abusif d'une clause donnée :

IV. [...] les obligations considérées [comme] inéquitables ou abusives [sont celles] qui placent le consommateur dans une position exagérément défavorable et qui sont incompatibles avec les principes de la bonne foi et de l'équité⁶⁸⁷ [notre traduction].

Selon Ruy Rosado de Aguiar, la clause étant générale, cette seule norme de l'article 51(IV) permet d'évaluer toute clause abusive ne figurant pas dans la liste de l'article 51. Aguiar définit une clause générale comme étant toute norme « en blanc » exigeant la discrétion du juge pour établir au cas par cas la conduite attendue de la part de l'individu, selon les circonstances et la relation données⁶⁸⁸. La tâche du juge est donc de comparer le comportement adopté avec celui qui est attendu dans le cas particulier. La clause générale fournit donc des critères de détermination des clauses abusives en recourant à des concepts ouverts qui permettent d'incorporer des valeurs et des lignes directrices spécifiquement prescrits, voire certains aspects méconnus ou ignorés par les législateurs au moment de la rédaction du CDC. Cette norme générale octroie au juge une grande discrétion, mais ce dernier est sommé de justifier solidement sa décision de déclarer une clause comme étant nulle.

⁶⁸⁷ *Ibid*, art 51(4): « *estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade* »

⁶⁸⁸ Ruy Rosado de Aguiar, « Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor » dans Claudia Lima Marques, dir, *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Ajuris, 1994, 1 à la p 14 [Aguiar, « Cláusulas Abusivas »].

Selon l'article 51(IV), une clause est abusive quand elle implique un avantage exagéré pour le fournisseur (lésion), quand elle viole la bonne foi objective et quand elle est incompatible avec l'équité. Ces trois critères établis par le CDC sont distincts et non cumulatifs.

La clause générale de la lésion énorme concerne généralement le prix⁶⁸⁹. Le déséquilibre des parties peut se manifester lorsqu'une valeur exagérément onéreuse est exigée en retour d'un produit ou d'un service, valeur qui peut être disproportionnée au point de menacer l'équilibre contractuel et ainsi exacerber la « position exagérément défavorable » du consommateur dans la relation de consommation. Ce dernier peut alors demander soit la modification de la clause, soit sa nullité. La modification d'une telle clause n'est possible que dans l'hypothèse d'une clause non essentielle, et sa modification par le juge vient rééquilibrer le contrat.

La clause générale de bonne foi objective, deuxième critère établi par le CDC, implique que les parties répondent à un standard objectif de conduite loyale, digne de confiance et transparente dans les moments précédant la conclusion du contrat, lors de la conclusion de celui-ci, et dans la période postcontractuelle. Cette clause assure que les attentes légitimes des parties envers l'accord sont protégées.

Enfin, le troisième critère établi par le CDC, sans prétendre dresser l'inventaire des définitions de l'équité⁶⁹⁰, permet de préciser l'équité selon la définition généralement acceptée par la doctrine et par la jurisprudence brésilienne en matière de clauses abusives. Or, ces sources conçoivent surtout l'équité à partir de son antithèse, c'est-à-

⁶⁸⁹La Cour supérieure de justice a considéré une clause d'élection de for comme étant une clause abusive, en se basant sur l'art 51(IV), expliquant que la clause mettait le consommateur dans une « position de désavantage exagérée ». *STJ, CC 20969, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 11.11.1998, DJ 22.03.1999.*

⁶⁹⁰La difficulté de définir l'équité est soulignée par Cumyn. Mychelle Cumyn, « L'équité: définitions et concepts » dans Lafond et Moore, *L'équité, supra* note 44, 1.

dire en indiquant ce qui est contraire à l'éthique, ce qui est manifestement injuste dans le cas concret. Ainsi, le CDC n'admet pas le contrat contenant une clause manifestement injuste.

Outre la norme générale de l'article 54(IV), le CDC mentionne deux autres dispositions à caractère général : les articles 51(XV) et 51, paragraphe 1.

L'article 51(XV) déclare nulle de plein droit toute clause « qui est en inadéquation avec le système de protection du consommateur ». Ainsi toute clause violant les termes de l'offre, de la publicité ou des écrits privés (article 48) est considérée comme nulle parce que contraire au système de protection du consommateur. La clause ne devient valide que si elle s'avère plus avantageuse pour le consommateur par rapport aux termes contenus dans l'offre, la publicité ou un document préliminaire⁶⁹¹.

Le paragraphe 1 de l'article 51 sanctionne, quant à lui, l'obtention d'un avantage exagéré par le fournisseur⁶⁹².

2. L'approche objective

Au-delà de l'approche des normes ouvertes⁶⁹³, le législateur a aussi préconisé une approche objective dans le CDC. Certains cas de figure désignés de manière explicite

⁶⁹¹ Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, supra note 562 à la p 287.

⁶⁹² CDC, supra note 13, art 51 para 1. « *Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso* ». « On présume comme étant exagéré l'avantage qui : I. Offense les principes fondamentaux du système juridique correspondant; II. Restreint les droits ou obligations fondamentales inhérents à la nature du contrat, de telle sorte que son objet ou l'équilibre contractuel est menacé; III. Est excessivement onéreux pour le consommateur, compte tenu de la nature et du contenu du contrat, de l'intérêt des parties et des autres circonstances particulières au cas » [notre traduction].

⁶⁹³ CDC, supra note 13, art 51(IV), 51(XV) et 51 para 1.

entraînent automatiquement l'invalidité de la clause. Ces cas de figure sont précisés aux articles 51(I); 51(II); 51(III); 51(VI); 51(VII); 51(VIII); 51(IX); 51(X); 51(XI); 51(XII); 51(XIII); 51(IX) et 51 (XVI).

Selon l'article 51(I), une clause qui « entrave, exonère ou atténue la responsabilité du fournisseur en raison de défauts de toute nature des produits et des services ou qui impliquent la renonciation ou la cession de droits »⁶⁹⁴ est abusive. Selon cette disposition, est nulle toute clause donnant au fournisseur le droit de ne pas indemniser, toute clause limitant la responsabilité du fournisseur ainsi que toute clause prévoyant l'exonération ou la renonciation aux droits du consommateur.

L'interdiction de telles clauses se réfère tant aux droits et indemnisations résultant des vices des produits et du service⁶⁹⁵ qu'aux indemnisations résultant du fait du produit et du service, c'est-à-dire des accidents de consommation⁶⁹⁶.

Dans le premier cas, la responsabilité est associée à l'idée que les produits et services doivent remplir de façon adéquate leurs finalités. En ce sens, toute exclusion ou limitation des droits du consommateur est interdite. Outre l'article 51(I) traitant spécifiquement des vices de produit et de service, l'article 24 établit que « la garantie légale d'adéquation du produit ou du service ne dépend pas d'un acte positif, l'exonération contractuelle du fournisseur étant interdite »⁶⁹⁷ [notre traduction]. Par ailleurs, l'article 25 consolide cette interdiction en prohibant toute clause contractuelle empêchant, exonérant ou atténuant l'obligation du fournisseur d'indemniser⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ *Ibid*, art 51(I).

⁶⁹⁵ *Ibid*, art 18-25.

⁶⁹⁶ *Ibid*, art 12-17.

⁶⁹⁷ *Ibid*, art 24: « *A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresse, vedada a exoneração contratual do fornecedor* ».

⁶⁹⁸ Le Cour supérieure a décidé que, selon les termes du CDC (art. 6(VI), 24, 25 et 51(I)), une compagnie aérienne doit indemniser de façon intégrale le consommateur lorsqu'elle perd ses bagages,

La première partie de cette disposition doit être interprétée conjointement avec l'article 17 du CDC, lequel garantit au consommateur le maintien en toutes circonstances des obligations du fournisseur en matière d'indemnisation, même en l'absence d'un contrat. Ainsi dans le cas de dommages du fait d'un produit ou d'un service, le fournisseur est civilement responsable envers tous les consommateurs ayant subi le préjudice, incluant les « tiers victimes ». Le CDC considère donc nulle toute clause libérant le fournisseur de son obligation d'indemniser.

Toutefois, la deuxième partie de l'article 51(I) prévoit la possibilité de limiter les obligations en matière d'indemnisations dans une relation de consommation conclue entre un fournisseur et une personne morale à qui on reconnaît le statut de consommateur, dès lors qu'il s'agit de situations « justifiables ». Ainsi, pour considérer comme étant valide la clause prévoyant cette limitation, le consommateur ne doit pas être seulement une personne morale ; la loi exige aussi que la situation soit « justifiable ».

Ce même article 51(I) stipule que toute clause prévoyant que le consommateur renonce à ses droits est nulle. Le CDC étant une norme d'ordre public, les parties ne peuvent négocier son contenu.

Par ailleurs, l'article 51(II) établit la nullité de toute clause retirant au consommateur la possibilité d'être remboursé des sommes payées.

D'ailleurs dans certaines situations spécifiques, le CDC assure au consommateur le droit d'être remboursé en toutes circonstances. Par exemple, pour des produits ou services achetés à l'extérieur d'un établissement commercial⁶⁹⁹ ou lorsqu'un produit est défectueux, le consommateur peut réclamer la restitution immédiate de la somme

même si la perte ne découle pas d'un accident. *STJ, Resp 552.553, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12.12.2005, DJU 01.02.2006.*

⁶⁹⁹CDC, *supra* note 13, art 49.

déboursée, actualisée et en dépit des dommages et intérêts⁷⁰⁰. Ce droit est également garanti au consommateur dans l'hypothèse d'un vice de produit relié à sa quantité⁷⁰¹, d'un vice de service relié à sa qualité⁷⁰² ou d'un refus d'exercer les termes de l'offre ou de la publicité⁷⁰³. Toute clause supprimant ce droit au consommateur est jugée abusive.

La pratique consistant à insérer dans le contrat de consommation une clause pénale compensatoire désavantageuse pour le consommateur se trouve également interdite. L'article 53 du CDC interdit de façon explicite de telles clauses :

Art. 53. Dans les contrats d'achat et de vente de meubles ou d'immeubles contre paiement en versements échelonnés, ainsi que dans les cas d'aliénations fiduciaires en garantie, on considère comme nulles de plein droit les clauses qui prévoient la perte totale des versements payés au profit du créateur qui, en raison d'un défaut de paiement, demande la résiliation du contrat et la reprise du produit aliéné⁷⁰⁴ [notre traduction].

Lorsque l'obligation du consommateur est de payer par versements échelonnés, la résolution du contrat à cause du défaut de paiement ne peut pas engendrer l'enrichissement du fournisseur. Pour cette raison, l'article 53 prévoit l'impossibilité d'une perte totale des versements L'indemnisation due au fournisseur variera entre 10 et 20% de la valeur payée par le consommateur⁷⁰⁵.

⁷⁰⁰ *Ibid*, art 18 para 1(II).

⁷⁰¹ *Ibid*, art 19(IV).

⁷⁰² *Ibid* art 20(II).

⁷⁰³ *Ibid*, art 30 et 35(III).

⁷⁰⁴ CDC, *supra* note 13: « Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado ».

⁷⁰⁵ STJ, Quarta Turma, REsp 761.944, Rel. Min. João Otávio de Noronha; j. 05/11/2009, p. 16/11/2009 ; TJ-SP, Décima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Elcio Trujillo, APL 9169616-39.2008.8.26.0000; j. 31/01/2012; p. 23/02/2012; TJ-CE, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota, APL 567206-32.2000.8.06.0001/1, p. 31/03/2010.

Le CDC stipule aussi qu'est nulle toute clause qui transfère la responsabilité à une tierce partie (article 51[III]) ou qui impose le recours à l'arbitrage (article 51[VII]). À ce sujet, les parties en conflit sont encouragées (et non pas obligées) à recourir à une convention d'arbitrage laquelle inclut une clause arbitrale et un compromis arbitral, par l'article 3 de la loi brésilienne sur l'arbitrage⁷⁰⁶. La clause arbitrale qui doit être écrite, est insérée soit dans le contrat, soit dans un document distinct auquel se réfère spécifiquement le contrat. Pour que la clause compromissoire soit valide, le deuxième paragraphe de l'article 4 exige que l'initiative d'instituer l'arbitrage émane de la partie qui adhère au contrat ou encore qu'elle ait exprimé son accord d'y recourir par écrit, soit dans un document annexé au contrat, soit en caractères gras. La loi est donc restée extrêmement prudente afin de garantir que l'arbitrage ne soit pas imposé à l'adhérent sans sa volonté explicite et de s'assurer que la présence éventuelle d'une clause arbitrale émane d'une manifestation de la volonté réelle de l'adhérent⁷⁰⁷.

L'article 51(VIII) stipule que toute clause imposant un représentant du fournisseur pour conclure ou pour réaliser un acte juridique est nulle. La jurisprudence brésilienne s'est déjà prononcée sur l'invalidité d'une telle clause en matière de prêts d'argent⁷⁰⁸, dont l'insertion est fréquente dans les contrats de crédit pour assurer le remboursement advenant un défaut de paiement de la part du consommateur. Toutefois dans le cas spécifique du contrat de crédit, la Cour supérieure de justice (STJ), a déterminé qu'une telle clause n'est pas abusive⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ *Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, Lei de Arbitragem.*

⁷⁰⁷ Sur ce sujet, voir Patricia Galindo da Fonseca, « A Lei brasileira de arbitragem : uma breve análise » dans Fernando de la Rosa, Guillermo Orozco Pardo et Francisco Javier Garrido Carrillo, dir, *Mediación y arbitraje de consumo Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 359.

⁷⁰⁸ *Súmula 60*, Cour Supérieure de Justice (STJ): « É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste ». « Toute annulation de dette assumée par un mandataire oeuvrant pour l'intérêt exclusif du prêteur lié au prêt concerné est nulle » [notre traduction]. Sur le concept de *Súmula*, voir *supra* note 626.

⁷⁰⁹ *STJ, 2ª Seção, REsp 522.491/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 23.08.2004.*

L'article 51(IX) énonce que toute clause laissant au fournisseur l'option de conclure ou non le contrat, en dépit du fait que la clause oblige le consommateur est nulle. Ce dispositif consolide le caractère contraignant des communications faites durant la phase précontractuelle tout en empêchant le fournisseur de refuser de conclure le contrat après que le consommateur y ait adhéré. La doctrine considère que la façon dont est rédigée cette disposition soulève certaines questions d'ordre technique⁷¹⁰, surtout à la lumière de l'énoncé de l'article 122 du *Code civil brésilien*⁷¹¹, lequel interdit, entre d'autres, toute mesure assujettissant un acte juridique à la décision d'une seule partie.

Selon l'article 51(X), toute clause prévoyant la modification unilatérale du prix par le fournisseur est nulle. En outre, le Ccb prescrit la nullité de tout contrat ayant laissé la fixation du prix à la décision unilatérale d'une seule partie⁷¹². Il s'agit en effet d'une disposition découlant de la norme plus générale prescrite dans l'article 51(XIII) :

Article 51. Sont nulles de plein droit entre autres les clauses [...] XIII. qui autorisent le fournisseur à modifier unilatéralement le contenu ou la qualité du contrat, après sa signature⁷¹³ [notre traduction].

L'article 51(XI) refuse au fournisseur le droit d'annuler unilatéralement le contrat sans que le même droit ne soit accordé au consommateur. Le seul cas de renonciation unilatérale à un contrat permis par le CDC, prévu à l'article 49, concerne les contrats conclus à l'extérieur de l'établissement du fournisseur. Qui plus est, cette renonciation n'est possible que si elle est effectuée au bénéfice du consommateur. L'article 51(XI) induit la possibilité d'annuler le contrat, pourvu que le même droit

⁷¹⁰Khouri, *Direito do Consumidor*, supra note 568 à la p 125.

⁷¹¹*Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código civil [Ccb], art. 122: « São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes ».*

⁷¹²*Ibid*, art 489.

⁷¹³CDC, supra note 13, art 51: « São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração ».

soit assuré au consommateur. Autrement dit, cette disposition introduit le droit réciproque de repentir. Si, par contre, ce droit réciproque de repentir engendre un préjudice pour le consommateur, le juge peut déclarer la nullité de la clause en fonction de l'article 51(IV).

D'ailleurs, la simple insertion d'une clause assurant le droit réciproque d'annuler le contrat ne rend pas pour autant légitime son annulation par le fournisseur. Dans un tel cas, il faudra s'assurer de l'absence d'abus de droit ou de violation du principe de la bonne foi objective. Leonardo Bessa affirme que la prévision de ce droit réciproque dans un contrat vise souvent à permettre au fournisseur de vendre à un prix supérieur un service ou un produit identique, mais présenté comme étant « nouveau »⁷¹⁴. Parfois, l'inclusion d'une telle clause dans un contrat est le fruit d'une stratégie visant à restreindre ou à empêcher l'accès du consommateur à un service spécifique, justement au moment où il en aura le plus besoin, comme on le voit parfois dans des régimes privés d'assurance maladie. Ainsi, malgré la prévision réciproque d'annulation, la clause peut être considérée comme abusive et donc nulle⁷¹⁵.

Le remboursement par le consommateur des frais de perception de son obligation est admissible seulement si la même obligation n'est pas exigée du fournisseur. En effet, l'article 51(XII) établit que toute clause n'engageant que le consommateur à rembourser ces frais est nulle.

Si le deuxième paragraphe de l'article 51 vise le maintien du contrat malgré l'existence de clauses abusives, c'est parce que le législateur tenait, de cette façon, à préserver la relation contractuelle. Par conséquent, la nullité de la clause n'affecte le contrat dans sa totalité que lorsqu'elle entraîne des coûts excessifs.

⁷¹⁴Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 309.

⁷¹⁵Nunes, *Curso*, *supra* note 728 à la p 641. L'auteur soutient que le fournisseur a fréquemment intérêt à résilier le contrat pour se permettre d'augmenter le prix tout en offrant le même service à nouveau au consommateur. Il serait très naïf de supposer que la seule garantie de réciprocité assurerait de façon égalitaire aux deux parties leur droit d'annuler le contrat.

3. La position minoritaire

Ruy Rosado de Aguiar propose un assouplissement des déclarations de nullité dans le cas de contrats de gré à gré. Cet auteur avance que la liste de l'article 51 constitue une liste noire en matière de contrats d'adhésion, mais qu'elle doit être vue comme une liste grise dans le cas de contrats de gré à gré⁷¹⁶. Dans le premier cas, la nullité de la clause sera déclarée dès qu'on aura constaté la présence des prémisses légales en prescrivant l'annulation. Dans le second cas, le fournisseur pourra faire la preuve que la clause en question ne crée aucun déséquilibre significatif au détriment du consommateur. Cependant pour cet auteur, certaines clauses sont toujours nulles : celles laissant à la discrétion du fournisseur la conclusion du contrat et celles prévoyant l'annulation unilatérale du contrat ou encore la modification unilatérale de son contenu, de sa qualité ou de son prix. Ces clauses sont déjà considérées comme nulles par le Ccb⁷¹⁷.

Il s'agit là d'une position minoritaire, le législateur n'ayant pas fait ce choix et considérant que toutes les situations décrites par l'article 51 engendrent la nullité absolue⁷¹⁸. En raison du caractère de droit fondamental conféré aux droits du consommateur, la nature systématique de la nullité adoptée par le CDC ne reconnaît pas la différenciation entre « liste noire » et de « liste grise ». En présence de toute clause abusive, peu importe son type, une déclaration de nullité absolue de la clause est prescrite. Cette nullité doit être prononcée par le juge *ex officio*⁷¹⁹ dès qu'il constate la nature abusive d'une clause contractuelle, et il a le pouvoir de le faire à tout moment et à tout niveau de juridiction. La Cour supérieure soutient qu'il n'existe

⁷¹⁶ Aguiar, « Cláusulas Abusivas », *supra* note 688 à la p 21.

⁷¹⁷ Ccb, *supra* note 711.

⁷¹⁸ Comme on l'a vu précédemment, l'article 51 du CDC prévoit 16 situations distinctes.

⁷¹⁹ Ccb, *supra* note 711, art 168.

pas de jugement *extra petita* dans la reconnaissance de nullité de clauses contractuelles basées sur le CDC⁷²⁰.

4. La révision de la clause abusive

Le juge peut soit déclarer la nullité d'une clause abusive, soit en modifier le contenu⁷²¹. La clause abusive n'est pas donc assujettie au principe d'intangibilité des pactes (*pacta sunt servanda*).

Selon Marques, le consommateur est libre de demander au juge, d'un côté, que la clause soit modifiée et le contrat conservé ou, de l'autre côté, que la nullité de la clause soit prononcée et le contrat, résilié⁷²². Bessa explique qu'[i]l n'existe pas d'incompatibilité entre ces deux régimes. Au contraire, le principe de la conservation du contrat exige l'effort judiciaire de maintenir le lien contractuel. Il est possible de déclarer la nullité d'une clause donnée en supprimant entièrement ses effets, puis de conserver le contrat⁷²³.

Selon Bessa, ces outils mis à la disposition du juge dans le domaine de la consommation (la déclaration de nullité de la clause abusive ou la modification de son contenu) de façon à éviter l'invalidation du contrat ne sont donc pas mutuellement exclusifs. Ce choix est limité par les paramètres établis à l'article 6(V) du CDC selon lesquels lorsqu'une clause impose au consommateur des « versements disproportionnés », ce dernier peut demander au juge d'en modifier le contenu. En

⁷²⁰ STJ, 3^a T., AgRg dans le REsp 785720, rel. Min. Castro Filho, j. 16.5.2006, DJ 5.6.2006.

⁷²¹ Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, supra note 562 à la p 295. Claudia Lima Marques soutient que les clauses dont le juge peut modifier le contenu ne sont pas des clauses abusives. L'auteure avance que dans le cas d'une clause abusive, la loi impose au juge d'en déclarer la nullité. Marques, *Contratos*, supra note 568 à la p 913.

⁷²² Benjamin, Marques et Bessa, *ibid* à la p 59. Marques soutient que la disproportion mentionnée par le législateur dans la première partie de l'art 6(V) n'est pas présumée comme étant abusive. Pour l'auteure, il s'agit d'une disproportion « contrôlable » par le juge. Marques, *Contratos*, *ibid* à la p 913.

⁷²³ Benjamin, Marques et Bessa, *ibid* à la p 295.

outre, si des événements la rendant trop coûteuse surviennent, le consommateur peut aussi en demander la révision :

Art. 6. Les droits fondamentaux du consommateur sont :
 V. la modification des clauses contractuelles qui établissent des versements disproportionnés ou leur révision en raison d'événements survenant qui les rendent trop coûteuses⁷²⁴ [notre traduction].

Remarquons que la lésion est prévue dans la première partie de cette norme, c'est-à-dire en présence de clauses établissant des versements disproportionnés⁷²⁵. Le juge est donc appelé à intervenir dans la relation contractuelle pour rétablir l'équilibre contractuel en modifiant la façon dont est manifestée la volonté des parties⁷²⁶.

La deuxième partie de l'article prévoit la révision d'une clause contractuelle en raison de contingences qui rendraient la prestation trop coûteuse pour le consommateur. Étant donné que l'onérosité excessive résulte d'un fait postérieur à la conclusion du contrat, il n'est pas question ici de lésion⁷²⁷. La doctrine brésilienne⁷²⁸ considère qu'un tel cas n'implique pas non plus de recourir à la théorie de l'imprévision parce que le CDC n'exige pas que la nouvelle circonstance résulte d'un événement

⁷²⁴CDC, *supra* note 13, art 6 : « São direitos básicos do consumidor : VI. a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas ».

⁷²⁵Carlos Fernando Carvalho Motta Filho, « Ensaio sobre a lesão contratual nas relações de consumo, segundo a nova ordem civil » (2004) 371 *Revista Forense* 97 à la p 102. L'auteur remarque que la disproportion doit être démesurée, affirmant que tous les types de disproportions qui n'auront pas une incidence juridique. L'auteur prône une certaine marge de tolérance en matière d'évaluation de la disproportion entre les prestations, afin que la lésion ne vienne pas empêcher le profit. La lésion doit donc être vérifiée selon les principes de la bonne foi objective, de l'intérêt de la collectivité et du caractère raisonnable du contrat.

⁷²⁶STF, ARE 673883 MG, Min. Rel. Carmem Lúcia, j. 27/03/2012; TJRJ, APL 926744320108190001 RJ 0092674-43.2010.8.19.0001, Rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. 04/11/2011.

⁷²⁷Leonardo de Medeiros Garcia, *Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência*, 3^e éd., Niterói (RJ), Impetus, 2007 à la p 37 [Garcia, *Direito do Consumidor*]; Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 295; Ruy Rosado de Aguiar, « O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de convergência) », (2003) 24 *Revista da EMERJ* 1 à la p 22.

⁷²⁸Les auteurs se réfèrent à la « théorie de la base objective du contrat », conçue par la doctrine allemande. Voir : Marques, *Contratos*, *supra* aux pp 916-921; Luis Antonio Rizzatto Nunes, *Curso de Direito do Consumidor*, 5^e éd, São Paulo, Saraiva, 2010 à la p 186 [Nunes, *Curso*]; Garcia, *ibid* aux pp 37-39.

imprévisible, extraordinaire ou irrésistible. En effet, la seule altération objective des bases sur lesquelles les parties ont conclu le contrat est suffisante pour caractériser une telle révision⁷²⁹.

La Cour supérieure a d'ailleurs pris position dans le même sens, en affirmant que le précepte inscrit dans l'article 6.V dispense la preuve du caractère imprévisible de la nouvelle circonstance. Il suffit de faire la démonstration objective de l'onérosité excessive qui en découle pour le consommateur⁷³⁰.

Cette théorie de l'imprévision fut insérée dans le Ccb à l'article 478⁷³¹, lequel y ajouta un critère supplémentaire. Ainsi, en plus de l'imprévisibilité d'événements étrangers à la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat, qui imposerait à une partie une prestation extrêmement onéreuse (le critère d'imprévisibilité), un autre paramètre fut ajouté à la théorie d'imprévision : celui de l'enrichissement de l'autre partie. En effet, on trouve dans le Code civil ce critère supplémentaire, défini comme étant l'obtention d'un avantage substantiel par une partie au contrat, au détriment de l'autre partie.

⁷²⁹En ce sens, citons la conclusion du numéro 3 du Deuxième Congrès brésilien du droit du consommateur, tenu en 2000, à São Paulo : « *Para fins da aplicação do artigo 6(V) do CDC, os requisitos da imprevisibilidade e da excepcionalidade não são exigidos, bastando tão só a prova da onerosidade excessiva* ». « Pour les fins de l'application de l'art 6(V) du CDC, les paramètres de l'imprévisibilité et de l'exceptionnalité ne sont pas requis, la seule preuve de l'onérosité excessive étant suffisante » [notre traduction].

⁷³⁰STJ, REsp 370598/RS, DJ 1/4/2002, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi.

⁷³¹Ccb, *supra* note 711, art 478 : « *Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação* ». « Dans les contrats à exécution successive, si la prestation d'une partie s'avère trop onéreuse en rapportant un avantage exagéré pour l'autre partie en raison d'événements extraordinaires et imprévisibles, le débiteur peut demander la résiliation du contrat. Les effets de la décision sont rétroactifs en fonction de la date de la citation du défendeur » [notre traduction].

L'article 6(V) du CDC doit être interprété conjointement avec le deuxième paragraphe de l'article 51, dont le but est de préserver le reste du contrat tant que faire se peut :

Art. 51 paragraphe 2 : La nullité d'une clause contractuelle abusive n'invalide pas le contrat, sauf si de son absence résulte une charge excessive pour les parties, malgré les efforts d'intégration⁷³² [notre traduction].

Autrement dit, si la modification de la clause nulle, prévue à l'article 6(V), entraîne une charge excessive pour le fournisseur, le déséquilibre du contrat persiste. Le deuxième paragraphe de l'article 51 interdit la modification du contrat si celle-ci entraîne « une charge excessive pour les parties ». L'objectif du législateur était d'assurer la protection tant du consommateur que du fournisseur compte tenu du pouvoir octroyé au juge de modifier une clause abusive dans le but de conserver le contrat⁷³³.

Leonardo Bessa remarque qu'on a surtout recours à la modification (ou la lésion) et à la révision dans les cas impliquant des clauses abusives concernant le prix ou son réajustement. Comme il s'agit de clauses essentielles, dont l'exclusion impliquerait l'extinction du contrat, la meilleure option pour le préserver est d'en réviser la clause⁷³⁴.

D. Les pratiques abusives

⁷³²CDC, *supra* note 13, art 51 para 2 : « *A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes* »

⁷³³Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 58. L'auteure Claudia Lima Marques n'est pas d'accord, affirmant que [l]'onérosité excessive prévue à l'article 6(V) permettant la révision de la clause par le juge est unilatérale parce qu'elle fait partie de l'article 6, lequel établit les droits fondamentaux du consommateur.

⁷³⁴*Ibid* à la p 295.

Comme le marché crée de nouvelles pratiques commerciales avec une extrême rapidité, les rédacteurs du CDC ont adopté une approche centrée sur les normes ouvertes, permettant ainsi de déterminer certains comportements abusifs de la part du fournisseur non prévus explicitement par le CDC.

Benjamin définit la pratique abusive comme étant toute pratique non conforme aux modèles de bonne conduite envers le consommateur dictés par la logique du marché⁷³⁵. Cet auteur se réfère au caractère « fluide et flexible » de telles pratiques, lié non seulement à leur nature abusive, mais aussi à leur intention, la volonté de tromper. Ne pas se conformer aux standards de bonne conduite envers le consommateur implique « la non-conformité avec l'ordre juridique, soit à l'égard de la bonne foi, soit à l'égard de l'ordre public et de bonnes coutumes »⁷³⁶.

Pour sa part, Garcia rattache la notion de « pratique abusive » à la théorie sur l'abus de pouvoir et évoque le Ccb⁷³⁷. Selon cet auteur, le paramètre le plus souvent utilisé pour l'évaluation de l'abus est celui de la bonne foi objective, comme le démontre un arrêt émis par la Cour supérieure de justice (STJ)⁷³⁸.

Il n'existe donc pas de consensus au sujet des critères qui amènent les juges à déclarer une pratique comme étant abusive. Certes, l'article 6(IV) stipule que la protection

⁷³⁵ *Ibid* à la p 215.

⁷³⁶ Grinover et al, *supra* note 585 aux pp 372-73.

⁷³⁷ Ccb, *supra* note 711, art 187 : « *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.* ». « Le titulaire d'un droit qui, au moment de l'exercer, excède de façon manifeste les limites imposées par sa fin économique ou sociale, par la bonne foi ou par les bonnes coutumes, commet aussi un acte illicite » [notre traduction].

⁷³⁸ En l'espèce, une banque s'était appropriée le montant nécessaire pour le paiement mensuel de l'hypothèque d'un de ses clients à même son compte, justifiant cette pratique par une clause existant dans le contrat d'hypothèque. Cette clause a été considérée abusive. La Cour supérieure (STJ) a estimé que la banque avait commis un abus de pouvoir en violant le principe de la bonne foi objective. *STJ, REsp 250523/SP, 4^a T, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 18/12/2000.*

contre les pratiques abusives est un droit fondamental du consommateur et, selon Benjamin, cette norme interdit n'importe quelle pratique abusive⁷³⁹.

La liste des pratiques abusives n'est donc pas limitée à celle du CDC⁷⁴⁰. À titre d'illustration, sont aussi considérées comme étant abusives les pratiques énoncées dans le décret régissant l'organisation du système national de défense du consommateur⁷⁴¹ et dans la loi définissant les crimes contre le système tributaire⁷⁴².

L'article 39 du CDC dresse une liste non exhaustive de 13 pratiques abusives :

Article 39. Il est interdit au fournisseur de produits ou de services, entre autres pratiques abusives, [les pratiques suivantes...]⁷⁴³ [notre traduction].

Outre ce dernier article, le Code prévoit plusieurs autres pratiques abusives : la mise sur le marché de produits ou de services présentant un risque élevé, même potentiel, pour la santé ou la sécurité⁷⁴⁴; la commercialisation de produits et services impropres à l'usage⁷⁴⁵; le fait de ne pas utiliser des pièces de rechange adéquates et neuves lors de la fourniture de services ayant pour objet la réparation d'un produit⁷⁴⁶; la non-disponibilité de composantes ou de pièces de rechange⁷⁴⁷; la diffusion d'une publicité

⁷³⁹ Benjamin, Marques et Bessa, *Manual*, supra note 562 à la p 217.

⁷⁴⁰ Le libellé de l'art. 7 confirme cette approche : « *Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade* ». « Les droits prévus dans ce code n'en excluent pas d'autres résultant de traités ou de conventions internationales auxquels le Brésil est signataire, de la législation nationale ordinaire, des règlements émis par les autorités administratives compétentes, aussi bien que ceux qui proviennent des principes généraux du droit, de l'analogie, des coutumes et de l'équité » [notre traduction].

⁷⁴¹ Décret fédéral 2.181 de 1990, art 12 et 13.

⁷⁴² Loi 8.137 de 27 novembre 1990, art 7.

⁷⁴³ CDC, supra note 13, art 39 : « *É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas* ».

⁷⁴⁴ *Ibid*, art 10.

⁷⁴⁵ *Ibid*, art 18 para 6 et art 20 para 2.

⁷⁴⁶ *Ibid*, art 21.

⁷⁴⁷ *Ibid*, art 32.

difficilement reconnaissable⁷⁴⁸ ou abusive⁷⁴⁹; la perception irrégulière de créances de consommation⁷⁵⁰; le recours à des bases de données sur le consommateur au mépris de ses droits de connaissance en matière de cause, d'accès et de rectification⁷⁵¹; l'utilisation d'une clause contractuelle abusive⁷⁵².

Le premier exemple de pratique abusive énoncé à l'article 39 est la fourniture conditionnelle d'un produit ou d'un service à celle d'un autre produit ou service⁷⁵³. Par exemple, la vente conjuguée à un contrat d'assurance ou d'un crédit bancaire dont l'octroi est lié à l'acceptation d'un contrat d'assurance-vie⁷⁵⁴.

Le refus par le fournisseur de procurer le service ou le produit demandé, alors qu'il est capable le faire, constitue une autre pratique abusive⁷⁵⁵. La limitation par le fournisseur de la quantité à délivrer n'est permise que si ce dernier présente une cause juste et réelle⁷⁵⁶.

La pratique abusive définie à l'article 39(IV) se manifeste quand le fournisseur profite de la faiblesse ou de l'ignorance d'un consommateur en situation de vulnérabilité

⁷⁴⁸*Ibid*, art 36.

⁷⁴⁹*Ibid*, art 37 para 2.

⁷⁵⁰*Ibid*, art 42.

⁷⁵¹*Ibid*, art 43.

⁷⁵²*Ibid*, art 51.

⁷⁵³*Ibid*, art 39(I).

⁷⁵⁴2^a TACivSP, Ap. 610.267-00/0, rel. Juiz S. Oscar Feltrin, j. 26.9.2001.

⁷⁵⁵CDC, *supra* note 13, art 39(II). À titre d'exemple, citons le chauffeur de taxi qui refuserait d'exécuter son service en prétextant que le trajet demandé par le consommateur est trop court. Les seuls cas permis de refus de prestation sont définis par la Loi, l'interdiction de vente de boissons alcooliques aux mineurs par exemple. Le fournisseur a toutefois le droit de refuser une forme de paiement qu'il aura déterminée préalablement, ce qui constitue une forme d'autoprotection. Ainsi, certains fournisseurs n'acceptent pas les cartes de crédit ou les chèques, d'autres vérifient auprès d'une agence spécialisée en enquêtes de crédit. Toutefois, le fournisseur doit mettre en évidence ces restrictions dans son établissement, afin d'éviter de nuire au consommateur. .

⁷⁵⁶Santos remarque que la « juste cause » n'est valide que lorsque la limite quantitative est inférieure à la quantité souhaitée par le consommateur. Fernando Gherardini Santos, *Direito do Marketing*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Biblioteca de Direito do Consumidor, 2000 à la p 231.

particulière. La loi interdit d'exiger de ce dernier un avantage manifestement excessif⁷⁵⁷. À ce propos, le CDC ne considère pas la réalité de l'avantage, car le simple fait d'imposer une telle exigence représente une violation de la loi. Ainsi, il considère l'envoi ou la livraison d'un produit, ou la fourniture d'un service au consommateur sans demande préalable de sa part comme une pratique commerciale et la condamne⁷⁵⁸. Il en est de même pour toute prestation de service n'ayant pas fait l'objet d'un devis accepté par le consommateur⁷⁵⁹. La loi interdit également au fournisseur de refuser un paiement en argent comptant⁷⁶⁰. En outre, le fait de dénigrer un acte du consommateur agissant dans l'exercice de son droit constitue une pratique abusive⁷⁶¹. Aussi, le fournisseur est tenu de respecter les normes techniques mises en œuvre par un organisme public, par une entité privée accréditée par l'Association brésilienne de normes techniques (*Associação Brasileira de Normas Técnicas*, ABNT) ou par le Conseil national de métrologie, de normalisation et de qualité industrielle (*Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial*, CONMETRO)⁷⁶² lorsque celles-ci existent.

⁷⁵⁷CDC, *supra* note 13, art 39(V). Les critères utilisés pour définir ce qui représente un « avantage excessif » sont les mêmes que ceux de l'avantage exagéré, énoncés à l'art 51 para 1 : « *Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso* ». « On présume l'avantage exagéré lorsque, entre autres cas, il y a volonté : I. d'offenser les principes fondamentaux du système juridique correspondant; II. de restreindre les droits ou obligations fondamentales inhérentes à la nature du contrat, de telle sorte que son objet ou l'équilibre contractuel soit menacé; III. de s'avérer excessivement onéreux pour le consommateur, compte tenu de la nature et du contenu du contrat, de l'intérêt des parties et des autres circonstances particulières au cas » [notre traduction].

⁷⁵⁸*Ibid*, art 39(III). La loi considère comme des échantillons les services rendus ou les produits remis ou livrés au consommateur dans de telles conditions, même si ceux-ci sont remis gratuitement (article 39, paragraphe unique)

⁷⁵⁹*Ibid*, art 39(VI). Selon la Cour supérieure, le service ne peut pas être exécuté sans une autorisation explicite du consommateur. Tant que cette autorisation n'est pas prouvée, le consommateur n'est tenu de faire aucun versement. *STJ, REsp 332.869/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Direito, j. 24.06.2002.*

⁷⁶⁰*Ibid*, art 39(IX).

⁷⁶¹*Ibid*, art 39(VII).

⁷⁶²*Ibid*, art 39(VIII).

La loi exige, notamment s'il y a contrat de consommation, que le fournisseur fasse connaître à l'avance au consommateur le délai de fourniture de tout service ou produit⁷⁶³. Ne pas établir clairement le délai d'exécution constitue une pratique abusive.

Certains produits et services sont l'objet de réglementations spécifiques de la part d'organismes spécialisés⁷⁶⁴. Les violations de ces normes peuvent, en plus de causer l'annulation du contrat, être passibles de sanctions applicables au fournisseur⁷⁶⁵. Hormis ces cas, le fournisseur peut fixer les prix à sa discrétion, mais leur augmentation sans raison valable constitue une pratique abusive⁷⁶⁶, comme l'imposition d'un indice d'indexation autre que celui déterminé par la Loi ou par le contrat⁷⁶⁷.

L'article 42 établit que « lors de la perception de dettes, le consommateur insolvable ne sera pas exposé au ridicule et ne sera pas soumis à une humiliation ou à une menace quelconque »⁷⁶⁸ [notre traduction]. La divulgation d'une liste des consommateurs endettés constitue donc une pratique abusive, mais fréquente dans certains secteurs de l'économie, par exemple les établissements d'enseignement privé⁷⁶⁹. Selon une décision rendue par la Cour Supérieure de justice (STJ) en 2006,

⁷⁶³ *Ibid*, art 39(XII). Le délai minimal pour l'accomplissement de cette obligation par le fournisseur doit être raisonnable et correspondre à la nature du service.

⁷⁶⁴ C'est le cas, par exemple, de la pêche et l'agriculture contrôlés par le ministère de l'Agriculture, de Bétail et de l'Approvisionnement « Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento »; de l'énergie électrique, régie par l'Agence nationale d'énergie électrique (*Agência Nacional de Energia Elétrica*), des assurances, supervisées par la Sureté des assurances privés (*Superintendência de Seguros Privados*), de la vente d'essence, dont le contrôle est assuré par l'Agence nationale de pétrole (*Agência Nacional de Petróleo*).

⁷⁶⁵ CDC, *supra* note 13, art 41.

⁷⁶⁶ *Ibid*, art 39(X). Voir aussi la Loi 12.529 du 30 novembre 2011 qui établit le système national de défense de la concurrence. La Cour supérieure (STJ) a attesté qu'un fournisseur ne commet pas de pratique abusive s'il facture un prix plus élevé lorsque le paiement est effectué par carte de crédit. *STJ, REsp. 229.586/SE, rel/ Min. Garcia Vieira, DJU 21.2.2000, p. 103.*

⁷⁶⁷ *Ibid*, art 39(XIII).

⁷⁶⁸ *Ibid*, art 42 : « *Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça* ».

⁷⁶⁹ Pellegrini Grinover et al, *supra* note 585 aux pp 391-92.

l'interruption de la prestation de services d'alimentation en électricité en raison de défaut de paiement constitue une pratique abusive, car cette interruption peut être considérée comme étant humiliante⁷⁷⁰.

Comme l'imposition d'un prix dépassant la valeur du service effectivement fourni constitue une pratique abusive, le consommateur a le droit de se faire rembourser s'il constate avoir payé une somme indue. Toutefois, ce droit au remboursement est levé lorsque le fournisseur peut invoquer une « erreur justifiable »⁷⁷¹.

Enfin, constituent des pratiques abusives toute pratique allant à l'encontre des articles 18 à 20 du CDC ou susceptible d'induire les consommateurs en erreur sur leurs droits lorsque la responsabilité du fournisseur se trouve engagée du fait de la qualité défectueuse ou de la quantité inexacte du produit livré ou du service presté.

§ 4. Un droit privilégiant la reconnaissance de l'intérêt collectif des consommateurs

L'insertion de clauses abusives dans les contrats de consommation, les pratiques ou communications commerciales agressives, trompeuses ou déloyales, une information précontractuelle non complète ou inadéquate, la mise en circulation sur le marché d'un produit défectueux ou dangereux constituent autant de comportements susceptibles de causer un préjudice à un groupe important de consommateurs qui, le plus souvent, ne sont pas identifiés et restent difficilement identifiables.

⁷⁷⁰STJ, 2^a T., REsp. 845.695/RS, rel. Min. Humberto Martins, DJU 11.12.2006, à la p 347. La Cour du District fédéral a démontré que la restriction imposée à une étudiante de fréquenter le cours pour ne pas en avoir payé les frais constitue un moyen coercitif et illégal pour obliger le paiement, violant l'article 42 du CDC. TJDF AI 2001.00.2.006748-7, rel. Des. Vazquez Cruxên, DJU 26.6.2002. L'envoi d'un avis chez le consommateur lui communiquant la valeur de sa dette, le délai accordé pour le remboursement, tout comme les appels téléphoniques à son domicile dans les heures de bureaux ne sont pas considérés comme des abus. La loi vise à empêcher que le consommateur ne soit humilié.

⁷⁷¹CDC, *supra* note 13, art 42 para unique.

Différentes formes d'intérêts collectifs sont susceptibles d'intervenir dans les relations de consommation. La typologie établie dans le code brésilien de protection du consommateur permet de mieux comprendre et d'appréhender la complexité de la notion d'intérêt collectif des consommateurs. Celle-ci comprend d'une part les intérêts homogènes de plusieurs consommateurs individuels (A) et, d'autre part, l'intérêt collectif d'un groupement (ou d'une institution) dont l'objet social consiste précisément à promouvoir et défendre les consommateurs (B). Selon le système établi par le code brésilien, ces deux notions ne s'excluent guère (C).

A. L'intérêt collectif des consommateurs comme somme ou agrégat d'intérêts individuels

L'intérêt collectif est ici perçu comme la somme ou un agrégat d'intérêts individuels. Ceux-ci sont déterminés par une relation juridique ou factuelle de base entre les titulaires.

Ainsi en est-il, des victimes d'accidents provoqués par un même défaut de fabrication d'un véhicule automobile mis en vente, ou des victimes de l'ingestion d'un produit contaminé. Chaque victime est habilitée à entamer une action individuelle en indemnisation et le juge évaluera ces recours différemment, car l'intérêt est divisible. Cependant, comme il existe une origine commune aux accidents (le défaut de fabrication ou la contamination du produit) et du fait que les véhicules (ou les produits) étaient viciés par un même défaut au moment de leur acquisition par les titulaires, une action collective sera également possible.

Dans le système juridique brésilien, cet intérêt collectif est désigné comme « les intérêts individuels homogènes », définis à l'article 81(III) du CDC comme étant ceux qui présentent une origine commune de nature juridique et une autre origine

commune de nature factuelle. Ce type d'intérêt collectif correspond au concept nord-américain de la « *class action* » et à celui, au Québec, du « recours collectif ».

La protection des intérêts individuels homogènes s'articule autour d'un même fait ou d'une origine commune qui génère plusieurs demandes d'indemnisation. La procédure judiciaire appelée à traiter de cet intérêt collectif comporte le plus souvent deux phases. Dans une phase initiale, on examine la légitimité de la demande collective et le fondement à agir, la deuxième phase du procès ayant pour objet de statuer sur les demandes individuelles de chacun des consommateurs prétendant au bénéfice du jugement prononcé dans le cadre de l'action collective.

Les intérêts concernés sont homogènes parce qu'ils ont une origine commune, mais ils restent individuels. Les intérêts individuels homogènes sont divisibles et ont comme titulaires des personnes identifiées ou identifiables.

B. L'intérêt collectif des consommateurs comme l'intérêt de la collectivité des consommateurs

Ce type d'intérêt collectif se situe entre l'intérêt général, auquel il ne peut être assimilé, et les intérêts individuels, qu'il dépasse. L'intérêt collectif des consommateurs est ainsi reconnu comme étant une composante de l'intérêt général au même titre que l'intérêt collectif des travailleurs, celui des petits créanciers ou celui des défenseurs de l'environnement. Cet intérêt collectif est indivisible et a comme titulaires des personnes identifiées ou non, ou identifiables ou non. Il ne pourrait être confondu ni avec l'intérêt général, ni avec un agrégat d'intérêts individuels. Il n'est pas nécessaire que le titulaire de l'intérêt soit identifié, soit parce que l'intérêt relève de toute la collectivité, soit parce qu'il relève d'une collectivité indéterminable.

Il est porté atteinte à « l'intérêt collectif des consommateurs » lorsque les dispositions relevant du cadre normatif de protection du consommateur mis en place dans un ordre juridique déterminé se trouvent transgressées. Ainsi en est-il en présence de pratiques commerciales interdites ou déloyales, de clauses abusives réputées non écrites, de produits présentant un défaut de sécurité, de conditions de crédit excessives, etc. Cela est valable, de manière plus générale dans l'hypothèse de pratiques ou d'actes ne répondant pas aux attentes légitimes des consommateurs.

Selon le code brésilien, ce type d'intérêts peut être qualifié d'intérêt collectif au sens strict (1) ou d'intérêt diffus (2).

1. L'intérêt collectif au sens strict

L'intérêt collectif au sens strict est prévu dans l'article 81(II). Bien que la loi se réfère à l'« intérêt collectif », l'expression est équivoque parce qu'elle englobe aussi les deux autres catégories, soit celle des intérêts diffus et celles des intérêts individuels homogènes.

L'intérêt collectif au sens strict est indivisible et réfère aux personnes identifiées ou identifiables liées, par une relation juridique, entre elles ou avec la partie adverse:

CDC, art. 81(II). ...c'est-à-dire, pour les effets de ce Code, ceux qui sont transindividuels de nature indivisible, dont est titulaire un groupe, une catégorie ou une classe de personnes liées entre elles ou avec la partie contraire par un rapport juridique fondamental⁷⁷² [notre traduction].

L'intérêt collectif présuppose une relation juridique commune entre ses titulaires, ce qui permet l'identification de ses sujets, par exemple, l'augmentation abusive de frais

⁷⁷²*Ibid*, art. 81(II) : « *interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base* ».

scolaires de toutes les écoles privées d'une certaine ville. Il s'agit d'un contrat comportant une clause abusive signé par un grand nombre de consommateurs. L'intérêt est collectif parce qu'il représente une multitude d'actes individuellement posés et répétés par une masse d'individus.

2. L'intérêt diffus

Selon le CDC, les intérêts sont définis comme étant diffus en fonction de deux critères distincts : la pulvérisation de leurs titulaires et la répartition directe ou indirecte de leur objet. Les titulaires de ces droits sont de personnes indéterminées, non liées entre elles par une relation juridique. Toutefois, la reconnaissance ou la soustraction de l'objet de ces droits profite à tous.

Selon Guido Alpa,

[s]ono interessi diffuse gli interessi che tutti gli aderenti hanno a chiedere la declaratoria di nullità di una clausola contenuta in un contratto tandard lesiva degli interessi economici dei consumatori; sono interessi diffuse gli interessi dei consumatori che acquistano e usano unprodotto danoso, fabbricato inserie, e destinato quindi ad esser potenzialmente lesivo della salute di tutti gli utenti; sono interessi diffuse gli interessi dei destinatari di message pubblicitari ingannevoli o scorretti a veder inibita l'attivita pubblicitaria o a esser inferiori a quelle promesse, e cosi via⁷⁷³.

La caractéristique principale de l'intérêt diffus est sa non-exclusivité, c'est-à-dire l'impossibilité de s'en approprier exclusivement les bénéfices. L'idée sous-jacente à l'utilisation de l'intérêt diffus est la coparticipation plutôt que l'exclusion. On trouve l'exemple le plus éloquent de ce type d'intérêt en publicité⁷⁷⁴ : une publicité abusive ou trompeuse constitue une pratique commerciale qui affecte de façon concrète tant

⁷⁷³Guido Alpa, *Tutela del Consumatore e Controlli Sull'Impresa*, Bologna, Il Mulino, 1977 à la p 281 [Alpa, *Tutela del Consumatore*]: « sont appelés intérêts diffus les intérêts dont tous les adhérents disposent en demandant la requête en nullité d'une clause d'un contrat standard contraire aux intérêts économiques des consommateurs; les intérêts diffus sont les intérêts des consommateurs qui achètent et utilisent un produit défectueux, fabriqué en série et potentiellement nocif pour la santé des utilisateurs; sont appelés intérêts diffus les intérêts des destinataires de messages publicitaires trompeurs ou destinés à inhiber l'activité publicitaire ou à être inférieur à ces promesses, et ainsi de suite » [notre traduction].

⁷⁷⁴CDC, *supra* note 13, art 22: « [o]s órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos ». « Les organismes publics, eux-mêmes ou toute entreprise ayant reçu des droits de concession de ces organismes, sont obligés de fournir des services adéquats, efficaces, sécuritaires et, lorsqu'il s'agit de services essentiels, de façon continue » [notre traduction]. Selon la loi brésilienne, l'adéquation et la sécurité des services publics constituent aussi des intérêts diffus pour les consommateurs.

chaque consommateur individuellement que l'ensemble du groupe de consommateurs. La reconnaissance du caractère abusif d'un message publicitaire et son conséquent retrait profiteront à tous les consommateurs car il serait impossible d'en soustraire le caractère abusif qui ne viserait qu'une partie du groupe. Une intervention relative à la protection de l'intérêt diffus portera donc soit sur une intervention qui profiterait à tous, soit sur un acte qui nuirait à tous.

La doctrine brésilienne⁷⁷⁵ s'y réfère en tant qu'intérêt « meta-individuel » parce qu'il dépasse la sphère de l'intérêt individuel et ne se confond pas pour autant avec l'intérêt collectif. La loi brésilienne se réfère aux intérêts « transindividuels, de nature indivisible, dont sont titulaires les personnes indéterminées et liées par des circonstances de fait »⁷⁷⁶.

Lorsqu'il est question d'intérêt diffus, on conçoit le consommateur surtout par abstraction en fonction de l'inégalité des pouvoirs présente dans la relation de consommation. Cette relation est déterminée à partir de la dualité des sujets : le professionnel (entrepreneur, commerçant ou fournisseur) et le non-professionnel (consommateur). La relation de consommation n'est pas basée sur la consommation elle-même, mais plutôt sur la faiblesse du consommateur par rapport à l'autre sujet⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵Voir José Carlos Barbosa Moreira, « A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos » dans Ada Pellegrini Grinover, dir, *Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1984, 82 à la p 99. Voir aussi Ada Pellegrini Grinover « Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores » dans Ada Pellegrini Grinover, dir, *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense universitária, 1990, 149 à la p 149 [Grinover, « Tutela do ambiente e dos consumidores »].

⁷⁷⁶CDC, *supra* note 13, art 81(I).

⁷⁷⁷Force est d'admettre que, lorsqu'un agriculteur produit et consomme ses produits, nous sommes en présence d'un acte de consommation. Pourtant, il ne s'agit pas d'une relation de consommation parce que la circulation et le transfert de biens de consommation sont absents. Il faut donc un deuxième sujet dont l'intérêt s'oppose à celui qui consomme. Ainsi, la relation de consommation est composée, par l'élément objectif, la consommation elle-même et par les éléments subjectifs, les sujets qui sont nécessairement inégaux.

C. Le cumul des différentes notions d'intérêt collectif

Selon le CDC, les deux perceptions, celle de l'intérêt collectif vu comme une somme d'intérêts individuels et celle de l'intérêt collectif dépassant les intérêts individuels, ne s'excluent pas.

Les consommateurs ayant subi un dommage du fait d'avoir contracté à la suite d'une publicité trompeuse pourront chacun faire valoir leur intérêt individuel dans le cadre d'une action collective. Simultanément, les consommateurs ont un intérêt, collectivement partagé par tous, à voir cesser la publicité incriminée. Les titulaires de cet intérêt sont toutes les personnes de la collectivité qui pourraient, peuvent ou pourront être en contact avec la publicité trompeuse. Le lien entre les titulaires de l'intérêt collectif provient d'une seule relation factuelle, à savoir dans l'exemple cité, le seul fait d'être exposé à la publicité trompeuse. Une même situation préjudicielle peut donc mener à vouloir défendre à la fois l'intérêt collectif des consommateurs mis en cause par le comportement répréhensible d'une entreprise, et les intérêts des consommateurs ayant eu à subir, du fait de ce même comportement, un préjudice individuel.

Section 3. La place du Code du consommateur dans le système juridique brésilien

Le Code du consommateur constitue un micro-système juridique dont les principes directeurs se trouvent solidement ancrés dans le système juridique brésilien⁷⁷⁸ (§1) et qui prend largement ses distances par rapport au Ccb (§2).

§ 1. Les principes directeurs du Code de protection du consommateur

Ayant à mettre en œuvre le précepte constitutionnel de la dignité de la personne et ayant dans sa vocation d'offrir une protection efficace à la partie la plus faible de la relation de consommation — le consommateur —, le CDC propose une nouvelle lecture des principes contractuels classiques tels que l'autonomie de la volonté et la clause *pacta sunt servanda*. Une théorie contractuelle nouvelle basée sur de nouveaux principes directeurs s'impose. Ces principes, énoncés par le CDC, sont les suivants : la vulnérabilité du consommateur (A), le caractère d'ordre public de la protection du consommateur (B), la bonne foi objective (C), l'équilibre contractuel (D), la fonction sociale du contrat (E) et la transparence et l'information (F).

Soulignons que la doctrine n'est pas unanime au sujet des principes adoptés par le CDC. Lisboa considère la vulnérabilité, l'hyposuffisance, la transparence, la bonne foi objective, l'équilibre économique et juridique de la relation, la protection des droits extra patrimoniaux, l'accès à la justice, la facilitation de la défense des droits, la défense individuelle et collective des droits, l'indemnisation intégrale du préjudice et l'application subsidiaire des normes de droit commun⁷⁷⁹. De son côté, Soares soutient que le CDC présente trois idées maîtresses : la vulnérabilité, la bonne foi et

⁷⁷⁸Voir Patricia Galindo da Fonseca, « Origens e Fundamentos do Direito Brasileiro do Consumidor » dans Fonseca, Ramos et Bourgoignie, *Diálogos*, *supra* note 455.

⁷⁷⁹Lisboa, *Responsabilidade civil*, *supra* note 792.

l'équilibre contractuel⁷⁸⁰. Marques reconnaît quant à elle l'existence de deux principes de base à l'occasion de la formation du contrat : la transparence et la bonne foi. En ce qui concerne l'exécution du contrat, elle soutient que le CDC a introduit le principe de l'équité contractuelle et celui de la confiance⁷⁸¹. Soulignons la position soutenue par Rizzato Nunes, qui reconnaît comme principe majeur du CDC l'interventionnisme et les impératifs d'ordre public et d'intérêt social, ce qui permet au juge l'application *ex officio* des règles juridiques. Ce principe est établi par le premier article du CDC et résulte de la reconnaissance du caractère fondamental du droit de la consommation. Cet auteur⁷⁸² reconnaît aussi les principes de vulnérabilité⁷⁸³, de l'hypo-suffisance⁷⁸⁴, de l'équilibre et de la bonne foi objective⁷⁸⁵, de l'information⁷⁸⁶, de la révision des clauses contraires⁷⁸⁷, de la conservation du contrat⁷⁸⁸, de l'équivalence⁷⁸⁹, de la transparence⁷⁹⁰ et de la solidarité⁷⁹¹.

A. La vulnérabilité du consommateur

À l'origine de la théorie générale du droit brésilien de la consommation se trouve la défense d'un groupe spécifique de personnes vulnérables, les consommateurs. Leur traitement différencié est assuré grâce à un ensemble de dispositions législatives rassemblées de façon systématique dans un code. Le droit brésilien de la

⁷⁸⁰Soares, *Princípios Básicos*, *supra* note 792.

⁷⁸¹Marques, *Contratos*, *supra* note 568.

⁷⁸²Nunes, *Comentários*, *supra* note 792 aux pp 72-73.

⁷⁸³CDC, *supra* note 13, art 4(I).

⁷⁸⁴*Ibid*, art 6(VIII).

⁷⁸⁵*Ibid*, art 4(III).

⁷⁸⁶*Ibid*, art 6(III).

⁷⁸⁷*Ibid*, art 6(V).

⁷⁸⁸*Ibid*, art 6(V).

⁷⁸⁹*Ibid*, art 4(III) et art 6(II).

⁷⁹⁰*Ibid*, art 4 première partie.

⁷⁹¹*Ibid*, art 7 para unique.

consommation est entièrement construit autour du concept de la vulnérabilité du consommateur.

Le consommateur est par définition tenu pour vulnérable et tous les consommateurs le sont, alors que le droit de la consommation dans les autres juridictions réserve la qualification de consommateurs vulnérables à certaines catégories de consommateurs seulement, telles que les personnes âgées, les enfants, les handicapés ou les minorités⁷⁹².

La majorité des auteurs brésiliens soutient ce point de vue⁷⁹³, lequel reste minoritaire dans la doctrine européenne⁷⁹⁴.

Selon le système brésilien, la relation de consommation est une relation juridique nécessairement caractérisée par la vulnérabilité de l'un des sujets. La portée de la protection assurée par ce système normatif est limitée par un critère rigide, celui de l'inégalité factuelle, de façon à garantir qu'une imposition systématique du traitement différencié ne viole pas le droit à l'égalité. En ce sens, le consommateur est analysé au cas par cas à la discrétion du juge. C'est au juge, interprète de la loi, que revient la tâche de faire le constat, cas par cas, de l'inégalité factuelle dans laquelle se trouvent les parties. Cette inégalité rend applicables les normes de protection établies par le CDC⁷⁹⁵. En présence d'une relation juridique qualifiée par la vulnérabilité, les normes

⁷⁹²Résolution du Parlement Européen concernant une stratégie de renforcement des droits des consommateurs vulnérables, 2011/2272 (INI), 8 mai 2012.

⁷⁹³Roberto Senise Lisboa, *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, 3^e éd, São Paulo, Saraiva, 2012 [Lisboa, *Responsabilidade civil*]; Paulo Brasil Dill Soares, *Princípios Básicos de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Led, 2009 [Soares, *Princípios Básicos*]; Odelmir Bilhalva Teixeira, *Aspectos Principiológicos do Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Russel, 2009; Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1^o a 54)*, São Paulo, Saraiva, 2000 [Nunes, *Comentários*].

⁷⁹⁴Michel Borysewicz, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats » dans *Études offertes à P. Kaysser*, tome II, Aix-Marseille, PUF, 1979, 90 à la p 93.

⁷⁹⁵Voir notamment José Geraldo Brito Filomeno dans Grinover et al, *Código comentado*, *supra* note 585 à la p 32: Cet auteur soutient que la caractéristique la plus importante de la définition du consommateur repose sur la perspective qu'elle prescrit, c'est-à-dire l'obligation de considérer le

du *Code civil brésilien* n'auront qu'une application supplétive alors que les normes spéciales et spécifiques du droit de la consommation, seront d'application immédiate.

La vulnérabilité est la notion sur laquelle repose l'ensemble des concepts philosophiques du mouvement brésilien de la protection des consommateurs. L'article 4 du CDC⁷⁹⁶ se penche sur la notion de vulnérabilité, mais celle-ci était déjà implicite dans la Constitution fédérale de 1988⁷⁹⁷. En effet, l'impératif constitutionnel d'assurer la défense du consommateur était déjà basé sur la reconnaissance de la situation d'infériorité dans laquelle se trouve ce dernier. La nécessité d'assurer une protection spécifique dirigée vers un groupe d'individus composé des consommateurs fait donc partie de la Constitution. Il s'agit d'un corollaire du principe constitutionnel de l'isonomie. Cette notion implique la reconnaissance des inégalités de fait entre différents groupes d'individus et suppose qu'un traitement différencié permettra de corriger ces inégalités. En protégeant la partie vulnérable, l'Assemblée constituante affirme son intention d'atteindre un équilibre entre le consommateur et le fournisseur de biens et de services, peu importe la position économique privilégiée du fournisseur. En favorisant un traitement particulier pour ceux placés en situation d'inégalité matérielle, le CDC cherche à atteindre une égalité formelle. Claudia Lima Marques identifie quatre types de vulnérabilité : technique, juridique, factuelle et informationnelle⁷⁹⁸.

consommateur comme une être en situation de vulnérabilité. Filomeno dresse ainsi un parallèle entre l'émergence du mouvement consumériste et celle du mouvement syndicaliste, qui ont fait leur apparition en même temps, soit principalement à partir de la seconde moitié du 19^e siècle, ce qui selon lui, n'est pas un hasard. Il rappelle d'ailleurs que le mouvement syndicaliste revendiquait de meilleures conditions de travail ainsi qu'une amélioration de la qualité de vie des travailleurs, et donc que l'émergence de ces deux mouvements se trouve en parfaite harmonie avec le binôme « pouvoir d'achat/achat de biens et de services de meilleure qualité et en plus grande quantité ».

⁷⁹⁶CDC, *supra* note 13, art 4(I): « *reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo* ». « La reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur sur le marché de consommation ». [notre traduction].

⁷⁹⁷Constitution de 1988, *supra* note 12.

⁷⁹⁸Marques, *Contratos*, *supra* note 568 à la p 321.

En raison de sa vulnérabilité technique, le consommateur ne possède pas de connaissances spécifiques sur l'objet d'achat ou de service visé par le contrat⁷⁹⁹. Ce déficit de connaissances le porte à être souvent induit en erreur quant aux qualités, l'utilité ou l'usage du produit ou du service. Sa vulnérabilité est liée à son absence d'expertise. La vulnérabilité juridique fait, elle, référence au manque de connaissances de nature juridique, comptable ou économique⁸⁰⁰ du consommateur. La vulnérabilité peut être factuelle et résulter de la supériorité du partenaire contractuel en raison de sa position de monopole, de son pouvoir économique, ou de la nature essentielle du service offert⁸⁰¹. Une dernière vulnérabilité est informationnelle⁸⁰²: l'information fournie au consommateur est manipulée, inexacte, confuse, partielle ou inutile; elle peut aussi ne peut être fournie, voire accessible.

Pour sa part, Jean-Guy Belley⁸⁰³ fait état de trois types de vulnérabilité subie par les consommateurs : une vulnérabilité d'ordre stratégique, d'ordre symbolique et d'ordre

⁷⁹⁹Dans le système établi par le CDC, une présomption légale de la vulnérabilité technique existe dans le cas du consommateur non professionnel. Exceptionnellement, cette vulnérabilité peut aussi atteindre le consommateur professionnel, comme le montre l'arrêt *REsp 142.042/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.11.1997, RDC 30, p. 124 et ss.* Ce cas concernait une coopérative d'agriculteurs qui fut considérée comme vulnérable à l'occasion de l'achat des machines agricoles de nouvelle génération (application de l'art 18 du CDC). Dans le même sens, les arrêts suivants: *STJ, AgRg nos EDcl no REsp 561853/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 27.04.2004; REsp 519946/SC, rel. Min. Cesar Astar Rocha, j. 09.09.2003 et REsp 457398/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.11.2002.*

⁸⁰⁰Le système établi par le CDC admet une présomption légale de cette vulnérabilité pour le consommateur non professionnel et le consommateur personne physique. Dans ce sens, voir *REsp 296.516, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 07.12.200, DJ 05.02.2001 et STJ, 3^a. T., REsp 545814/SP, rel., Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 06.11.200.* Ainsi, on présume que les consommateurs personnes morales et les consommateurs professionnels ne possèdent pas ce genre de vulnérabilité. *TJ RJ, 11^a. Cam. Civ. Ap. Civ. 2003.001.11632, rel. Des. José C Figueiredo, j. 18.08.2003,* décision qui nie le caractère de consommateur à l'institution d'assistance, malgré l'absence des fins lucratives.

⁸⁰¹*STJ, Resp 157.841/SP, rel. Min. José Delgado, j. 12.03.1998, DJ 27.04.1998.*

⁸⁰²Lorsqu'un consommateur non professionnel est impliqué, le système établi par le CDC reconnaît la présomption légale d'une telle vulnérabilité. La Cour supérieure de justice s'appuya sur cette norme alors qu'elle avança que la commercialisation d'un véhicule qui aurait été fabriqué en 1999, mais qui aurait été annoncé comme ayant été fabriqué en 2000, constitue un vice par inadéquation, car la valeur du bien est amoindrie du fait du déficit d'information : *STJ, REsp 713.284/RJ, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 03.05.2005.*

⁸⁰³Belley, « Archétype », *supra* note 267.

systemique. L'auteur évoque la banalisation et la normalité de cette vulnérabilité dans la société contemporaine.

Le premier type de vulnérabilité renvoie aux interactions au moyen desquelles se déroule l'activité contractuelle. Ce sont des interactions potentiellement manipulatrices, d'influence induite, « voire de domination pour l'acteur qui se présente avec une plus grande capacité de maîtriser la situation et d'amener l'autre dans la direction souhaitée »⁸⁰⁴. Le deuxième type de vulnérabilité se réfère à la frustration du consommateur en raison de l'asymétrie des informations disponibles pour le commerçant et pour le consommateur, notamment par l'intermédiaire de la publicité. L'auteur affirme que le sentiment d'avoir été séduit ou trompé est un risque structurel lié à l'état de consommateur. La troisième vulnérabilité, d'ordre systémique, résulte de l'insertion inévitable du consommateur et de son contrat dans un réseau de relations composant la société de consommation de masse. Ce réseau est caractérisé par la distribution à grande échelle, la publicité impersonnelle, l'achat à crédit et l'existence en son sein d'une multitude d'acteurs spécialisés. Cet auteur affirme qu'« [en] ce sens, le risque du contrat n'est pas relatif aux seuls contractants immédiats, mais systémique »⁸⁰⁵.

L'inégalité, source de vulnérabilité, est inhérente à la relation de consommation. Claudia Lima Marques⁸⁰⁶ affirme que dans le cas de deux voisines concluant un contrat de vente d'un bijou ancien, aucune d'entre elles ne peut être considérée comme étant une consommatrice. Dans cet exemple, il n'y a pas de fournisseur ; les voisines apparaissent comme étant deux sujets égaux dont la relation est régie par le Ccb. Le sujet consommateur n'existe que dans une relation où le sujet fournisseur est présent. Il en est de même lorsque deux commerçants ou entrepreneurs

⁸⁰⁴ *Ibid* à la p 139.

⁸⁰⁵ *Ibid* à la p 141.

⁸⁰⁶ Benjamim, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 66.

concluent un contrat d'achat de diamants bruts pour les tailler et les revendre; cette relation est encadrée par le Ccb⁸⁰⁷.

Le sujet consommateur est donc identifié comme étant différent et inégal et cette vulnérabilité le place dans le champ des normes de protection édictées par le droit de la consommation.

B. Le caractère d'ordre public de la protection du consommateur

Dès son article premier, le CDC stipule que les normes de protection et de défense du consommateur sont d'ordre public et d'intérêt social, établissant ainsi l'importance du rôle de dirigisme contractuel exercé par l'État.

L'État est appelé à intervenir pour promouvoir les droits des consommateurs par l'entremise de normes protectrices et de mécanismes de surveillance des relations de consommation. Les parties contractantes sont ainsi tenues d'accepter ce qui est prévu dans la loi. Celle-ci prévaut sur l'offre ou sur le contrat. Les dispositions du CDC sont des normes obligatoires en raison de la nature même de la relation juridique de consommation, marquée par la vulnérabilité d'une partie. La correction de ce déséquilibre est un impératif d'ordre public et le juge porra y veiller *ex officio*.

L'article 4(II) prévoit les moyens par lesquels l'État peut agir pour protéger effectivement le consommateur : (a) par des initiatives directes, (b) par des initiatives visant à faciliter la création et le développement d'associations représentatives, (c) par la surveillance des marchés de consommation⁸⁰⁸ et (d) et en requérant des

⁸⁰⁷Les obligations privées civiles et celles établies entre les entrepreneurs sont réglementées par le Ccb, *supra* note 711 et par le Code commercial du Brésil, *Loi 556 de 15 juin 1850, Código Comercial do Império do Brasil*.

⁸⁰⁸Eduardo Gabriel Saad, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 4^e éd, São Paulo, LTR, 1999 à la p 137. Saad avance que, malgré cette disposition, l'intervention publique dans l'économie

produits et des services placés sur le marché qu'ils offrent des standards adéquats de qualité, de sécurité, de durabilité et de performance.

C. La bonne foi objective

Une partie de la doctrine brésilienne⁸⁰⁹ soutient que l'interventionnisme d'État dans les relations contractuelles devrait augmenter progressivement et conduire à marginaliser le dogme de l'autonomie de la volonté dans les relations de consommation. Le concept de la bonne foi objective devrait y contribuer.

Si la bonne foi subjective se réfère à l'état de conscience de l'individu d'agir en conformité avec le droit, la bonne foi objective évoque un modèle de conduite sociale. Le CDC en fait un principe directeur aux articles 4(III)⁸¹⁰ et 51(IV)⁸¹¹.

n'a pas donné de bons résultats, générant des incertitudes dans la société, surtout auprès de petites entreprises. Selon l'auteur, la présence de l'État devrait donc se limiter à la mise en œuvre de mécanismes de surveillance. Nous partageons cette position. L'intervention de l'État n'est légitime que lorsque le bien commun est menacé par la mauvaise conduite d'une entreprise.

⁸⁰⁹Voir Grau et Forgioni, *O estado, Marques, Contratos, Combre, Locação de imóveis*, Oliveira, *Contratos* et Khouri, *Consumidor*, *supra* note 568, respectivement à la p 17, à la p 211, à la p 89, à la p 9 et à la p 31. Khouri résume le dirigisme contractuel comme étant le mouvement de l'État vers une justice des contrats dont l'autonomie de la volonté serait désormais coordonnée par la loi, en réponse aux contrats inéquitables ou contenant des clauses abusives.

⁸¹⁰CDC, *supra* note 13, art 4 : « [...] atendidos os seguintes princípios : III. harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores ». « [...] en respectant les principes suivants : III. L'harmonisation des intérêts des participants dans les relations de consommation et de conciliation de la protection du consommateur avec les besoins de développement économique et technologique, de façon à appliquer les principes sur lesquels se fonde l'ordre économique (art 170 Constitution fédérale), toujours basés sur la bonne foi et l'équilibre dans les relations entre les consommateurs et les fournisseurs ». [notre traduction].

⁸¹¹*Ibid*, art 51(IV) : « estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade ». « qui prévoient des obligations considérées comme inéquitables, abusives, qui placent le consommateur dans une position exagérément défavorable ou qui sont incompatibles avec la bonne foi ou l'équité » [notre traduction].

Le CDC met en avant une application large du principe de bonne foi. La bonne foi constitue davantage qu'un critère d'interprétation et implique aussi la création d'obligations et la limitation de l'exercice de droits subjectifs.

Les contrats doivent être interprétés en fonction de la loyauté et de l'honnêteté auxquelles on pourrait s'attendre normalement. L'interprétation la plus favorable au consommateur prévue par le Ccb en présence d'une clause ambiguë ou de clauses contradictoires⁸¹² reçoit une application bien plus large dans le cadre de l'article 47 du CDC⁸¹³. En effet, il y sera fait recours également à l'égard de clauses claires, lesquelles seront interprétées en fonction des attentes raisonnables⁸¹⁴.

La bonne foi est également source d'obligations, telles que l'obligation d'informer⁸¹⁵ ou celle de faire un rappel des produits qui présentent un risque ou un défaut grave après leur mise en circulation sur le marché⁸¹⁶.

La bonne foi peut également être invoquée afin de limiter l'exercice des droits subjectifs. Le principe de la bonne foi est alors utilisé comme paramètre pour évaluer les comportements des parties lorsqu'on soupçonne la présence d'un abus de droit. Le Ccb établit que le titulaire d'un droit qui, au moment de l'exercer, excède manifestement les limites imposées par les objectifs économique ou social, par la bonne foi ou par les « bonnes coutumes », commet un acte illicite⁸¹⁷.

⁸¹²Ccb, *supra* note 711, art 423: « *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.* ». « Quand le contrat contient des clauses ambiguës ou contradictoires, l'interprétation la plus favorable à l'adhérent doit être adoptée » [notre traduction].

⁸¹³Ccb, *supra* note 711, art 47: « *As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.* ». « Les clauses contractuelles sont interprétées de façon plus favorable au consommateur » [notre traduction].

⁸¹⁴Marques, *Contratos*, *supra* note 568 à la p 646.

⁸¹⁵CDC, *supra* note 13, art 6(III), 31 et 52.

⁸¹⁶*Ibid*, art 10 para 1.

⁸¹⁷Ccb, *supra* note 711, art 187.

La bonne foi objective implique pour les parties une conduite honnête, loyale et correcte dont la finalité est d'établir le rééquilibre dans les relations de consommation. Ce concept, élaboré par des auteurs allemands, se trouve à l'article 242 du BGB⁸¹⁸. Il s'agit de la démonstration de bonne foi par le comportement. La bonne foi objective n'est ni un principe déductif ni un argument dialectique, elle s'incarne plutôt dans une série de pratiques et de comportements, qui devront être vérifiés au cas par cas afin de déterminer la norme applicable.

D. L'équilibre contractuel

L'équilibre contractuel est prévu aux articles 4, 6(V), 39(V) et 51(IV) du CDC. Quant à l'équilibre économique du contrat, il est énoncé à l'article 4(III).

La relation de consommation présente, par essence même, un déséquilibre fondamental. Dans la grande majorité des cas, le consommateur connaît peu ses droits et les recours mis à sa disposition pour en assurer la mise en œuvre effective. Visant à garantir au consommateur l'égalité citoyenne assurée par la Constitution⁸¹⁹, le CDC s'attache donc à compenser le déséquilibre de la relation en offrant au consommateur des instruments de protection. Ainsi en est-il des normes interdisant l'utilisation de clauses abusives⁸²⁰. Le principe de l'équilibre, figurant aux articles 49(III) et 51(IV) du CDC, se trouve à l'origine de la prohibition des clauses abusives. Même si le consommateur est avisé de l'inclusion d'une telle clause dans le contrat, celle-ci est nulle. Le CDC ne s'attarde donc qu'au résultat factuel, n'exigeant pas une conduite

⁸¹⁸Code civil allemand, *supra* note 608.

⁸¹⁹Constitution de 1988, *supra* note 12, art. 5.

⁸²⁰Selon le système brésilien de protection du consommateur, la clause abusive est définie comme étant toute clause assurant des avantages unilatéraux ou exagérés au fournisseur de biens et de services, ou encore toute clause incompatible avec les principes de bonne foi et d'équité.

répréhensible du fournisseur. Dès lors qu'une pratique apporte des avantages excessifs au fournisseur, le résultat contrevient aux principes directeurs du CDC :

Art. 6. [Parmi] [l]es droits fondamentaux du consommateur [on compte] : V- la modification des clauses contractuelles établissant des versements disproportionnels ou leur révision suite à des faits les rendant excessivement onéreuses⁸²¹ [notre traduction].

Le contrat devra alors être révisé afin de rétablir l'équilibre entre les parties (clause *rebus sic stantibus*).

E. La fonction sociale du contrat

L'article 170 de la Constitution de 1988⁸²² établit que toute activité économique est soumise à la primauté de la justice sociale. Le principe directeur de la fonction sociale du contrat en découle. Selon ce principe, les intérêts individuels des parties contractantes doivent rester compatibles avec les intérêts sociaux et s'effacer derrière ceux-ci en cas de conflit⁸²³. Le juge utilisera son pouvoir discrétionnaire pour vérifier au cas par cas s'il y a conflit ou non⁸²⁴

Selon Paulo Luiz Netto Lôbo, le CDC constitue en soi une manifestation de la fonction sociale du contrat, ce qui expliquerait que le principe n'y soit pas mentionné de manière explicite⁸²⁵.

⁸²¹CDC, *supra* note 13, art 6 : « São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas ».

⁸²²Constitution de 1988, *supra* note 12, art 170, *supra* note 575.

⁸²³Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 2005, v 1, aux pp 36-37.

⁸²⁴André Vicente Seifer da Silva, « As convergências e as assimetrias dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil » (2008) 65 *Revista do Direito do Consumidor* 1 à la p 14.

⁸²⁵Paulo Luiz Netto Lôbo, « Princípios sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil » (2002) 42 *Revista do Direito do Consumidor* 172 à la p 190.

F. La transparence et l'information

La transparence et l'information sont d'autres principes directeurs du CDC. Le premier est repris à l'article 4⁸²⁶ du CDC et le second aux articles 4(IV)⁸²⁷ et 6(III)⁸²⁸. Le principe de transparence est énoncé comme devant guider la politique nationale régulant les relations de consommation. La transparence inspire l'ensemble des normes composant le CDC et toute loi visant la protection du consommateur. Selon ce principe, le fournisseur de biens et de services est aussi pourvoyeur d'information, car c'est à lui qu'il revient de mettre le consommateur en position d'effectuer un choix rationnel.

L'information donnée par le fournisseur aux consommateurs doit être complète, correcte, exhaustive et objective. Elle doit également être utile et accessible. La communication d'informations trompeuses ou susceptibles d'induire le consommateur en erreur est sanctionnée, comme l'est le fait de ne pas communiquer une information utile.

Selon les dispositions énoncées aux articles 30 à 35 visant à encadrer les pratiques liées à l'offre des produits et des services, le fournisseur a l'obligation de donner une

⁸²⁶CDC, *supra* note 13, art 4 : « A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios ». « La Politique nationale de relations de consommation a pour objet de répondre aux besoins des consommateurs, de respecter leur dignité, leur santé et leur sécurité, de protéger leurs intérêts économiques, d'améliorer leur qualité de vie, ainsi que de rendre les relations de consommation transparentes et harmonieuses, en respectant les principes suivants » [notre traduction].

⁸²⁷*Ibid*, art 4(IV) : « Educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo ». « L'éducation et l'information des fournisseurs et des consommateurs sur leurs droits et leurs obligations pour améliorer le marché de la consommation » [notre traduction].

⁸²⁸*Ibid*, art 6(III) : « A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem ». L'information adéquate et claire sur les différents produits et services, en spécifiant correctement la quantité, les caractéristiques, la composition, la qualité et le prix ainsi que les risques qu'ils présentent [notre traduction].

information adéquate non seulement au moment de l'exécution du contrat, mais aussi avant l'engagement de la relation de consommation. Dans le même esprit, la publicité doit être conforme aux principes de transparence et d'information, en fonction des articles 36 et 37. En effet, la publicité constitue un mécanisme permettant non seulement d'influencer la décision du consommateur, mais aussi d'implanter chez lui un nouveau désir.

§ 2. La relation entre le Code civil et le Code du consommateur : indépendance et complémentarité.

La complémentarité entre le Ccb et le CDC se manifeste dans la définition des relations régies par l'un et l'autre instrument (A). En présence d'un éventuel conflit de normes, les normes du CDC prévalent (B). Par ailleurs, le CDC a grandement influencé le Code civil de 2002 (C).

A. Le CDC versus le Code civil

1. Le micro-système juridique

Le système spécial du CDC comporte des mesures plus générales de protection visant à assurer l'égalité des parties dans la relation de consommation. Selon la doctrine brésilienne⁸²⁹, la spécificité du système établi par le CDC provient de l'idée centrale l'ayant inspiré : la défense d'un groupe spécifique de personnes, les consommateurs. Ce fil conducteur réunit des thèmes extrêmement diversifiés.

⁸²⁹ Marques, Contratos, *supra* note 568 à la p 592.

D'ailleurs, selon Rizzato Nunes, comme le CDC est une loi fondée sur des principes et qu'elle découle d'un droit fondamental, sa portée s'étend à la grandeur du système juridique⁸³⁰. Le CDC atteint donc toute relation juridique passible d'être considérée comme de consommation, même si une autre norme juridique la régit. Il cite d'ailleurs l'exemple du contrat d'assurance automobile, qui, bien qu'il soit régi par le Ccb ainsi que les autres normes réglementant le secteur des assurances, entre quand même dans la portée du CDC⁸³¹. Le recours au CDC n'implique aucunement que son application soit exclusive. Plutôt, son statut hiérarchique supérieur signifie que, lorsque appliqué en complémentarité avec d'autres normes, les normes plus spécifiques qui s'appliqueraient mais qui sont incompatibles avec les principes et les règles du CDC deviennent nulles.

Bien que le CDC ne fasse référence à aucun type de contrats spécifiques, il couvre les contrats du droit commun en général. Mais sa portée diffère toutefois du Ccb puisque le CDC traite de la relation de consommation. Or ce dernier concept est plus large que la relation contractuelle car il inclut des moments antérieurs et postérieurs au contrat conclu entre les contractants. On dit donc du champ d'application du CDC qu'il est *ratione personae*, puisqu'il intervient dans toutes les relations, tant contractuelles qu'extracontractuelles, entre consommateurs et fournisseurs. Ainsi, la relation de consommation (contractuelle ou extracontractuelle), soit la relation juridique entre un fournisseur et un consommateur ayant pour objet l'acquisition de produits et de services par ce dernier s'effectue toujours entre ces deux sujets et le rôle du CDC est de la réglementer. La relation de consommation comprend aussi les sujets hors de la relation contractuelle, par exemple, le consommateur par assimilation défini au paragraphe unique de l'article 2 et aux articles 17 et 29⁸³². De

⁸³⁰Nunes, *Curso*, supra note 728 à la p 111.

⁸³¹*Ibid*, à la p 112.

⁸³²Voir la section 2, §2, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

plus, les normes du CDC s'appliquent qu'il s'agisse d'un consommateur individuel ou collectif.

Selon Antônio Herman Benjamin⁸³³, l'un des auteurs du CDC, le Brésil a réussi à établir un corps homogène et cristallin des normes, assez large et cohérent, nommé avec justesse « droit du consommateur ». Les prémisses de l'autonomie sont satisfaites : l'ampleur de la discipline, l'importance et la spécificité des principes qui la dirigent, la nouveauté des concepts et des théories qui l'animent, la particularité de plusieurs des instruments qui y sont privilégiés.

Le CDC est composé de normes et de principes propres et peu compatibles avec le système de droit commun. En le comparant avec le système adopté par l'Allemagne, Claudia Lima Marques affirme que

le Brésil a fait le choix constitutionnel d'avoir un Code de protection des consommateurs, le *CDC*, un microsystème qui régleme seulement les relations de consommation entre un fournisseur et un consommateur, et un code civil général qui inclut toutes les règles des obligations civiles et mercantiles⁸³⁴ [notre traduction].

Le législateur a créé un microsystème juridique autonome de droit de la consommation⁸³⁵ qui va au-delà des notions classiques de droit public et de droit privé. Selon l'un des auteurs du CDC, Nelson Nery Júnior, étant donné la complexité particulière des relations de consommation, ce microsystème se devait d'envisager l'interaction et l'interdépendance des différentes normes de droit matériel⁸³⁶ [constitutionnel, civil, commercial, économique, administratif et pénal] et de droit procédural [civil, administratif et pénal] afin d'aborder le cycle de formation de ce

⁸³³ Antônio Herman Benjamin, « O Direito do Consumidor » (1992) 160 *Revista Justitia* 251 à la p 258 [Benjamin, « O Direito do Consumidor »].

⁸³⁴ Benjamin, Marques et Bessa, *supra* note 562 à la p 38.

⁸³⁵ Grinover et al, *Código comentado*, *supra* note 585 à la p 19.

⁸³⁶ Bien qu'un grand nombre de normes du CDC soient de droit privé (articles 1-54), son origine constitutionnelle lui assure le statut de norme d'ordre public

type de relations dans son intégralité⁸³⁷. Ce microsysteme représente donc un ensemble cohérent de dispositions législatives, systématiquement organisées dans le but d'atteindre un objectif commun, soit celui de garantir la protection et la défense des consommateurs.

2. Dialogue des sources

Le droit civil, qui présuppose l'égalité des pouvoirs contractuels des sujets, suppose que les parties sont juridiquement égales et que la négociation préliminaire traditionnelle [offre et négociation] est basée sur cette égalité. Le droit civil régleme la relation contractuelle commune. Par contre, le droit de la consommation a comme prémisses le déséquilibre des parties. L'inégalité des forces, fondement de base de ce droit, a donc inspiré l'idée centrale du CDC : protéger le consommateur. Il existe un consensus selon lequel les normes de protection du consommateur prévalent sur les dispositions ordinaires du droit civil puisque le CDC s'inscrit dans la ligne directe du prescrit constitutionnel.

L'entrée en vigueur du nouveau Ccb⁸³⁸ en 2002, soit douze ans après le CDC, n'a pas provoqué de conflits apparents avec les normes relatives aux relations concernant la consommation régies par le CDC. Le premier régit toutes les relations privées, le deuxième régleme spécifiquement la relation de consommation.

L'expression « dialogue de sources », utilisée par la professeure Claudia Lima Marques, définit de manière très pertinente la relation entre les deux corpus législatifs. Elle soutient qu'il existe trois différents types d'interrelations entre le Ccb et le CDC. Comme il est question de la loi centrale du système juridique [le Code

⁸³⁷ Grinover et al, *Código comentado*, supra note 585 à la p 508.

⁸³⁸ Ccb, supra note 711.

civil] et d'un microsystème spécifique [le CDC], un premier échange entre ces deux sources s'effectue lorsqu'un cas appelle l'application simultanée des deux instruments. Le Code civil, dont la portée est objective et qui sert en général à encadrer les relations entre parties égales *de jure*, sert alors de base conceptuelle pour le CDC, loi dont le champ d'application est subjectif parce que systématiquement orienté vers son but de rééquilibrer la relation entre deux parties inégales *de facto*. Par exemple, le CDC recourt à certains concepts tel que ceux de personne morale et de preuve qui sont définis par le Code civil. Or, comme ces concepts dépassent la sphère de la relation de consommation, ils ne sont pas définis par le microsystème du CDC, contrairement à d'autres notions, par exemple celle du consommateur ou du fournisseur de service ou de produit. Le deuxième échange entre les deux instruments réfère à l'application directe de leurs normes en toute complémentarité. C'est notamment le cas lorsque, par exemple, on se référera à des clauses générales prévues dans le Ccb lorsqu'il s'agit d'appliquer le CDC et qu'une telle référence engendre l'application d'une norme plus favorable au consommateur⁸³⁹. Enfin, on décèle aussi, et ce dans les deux sens, des échanges d'influences d'un instrument vers l'autre⁸⁴⁰. Ainsi ce « dialogue des sources » est un phénomène qui illustre les multiples vecteurs d'échange entre le Ccb et le CDC et qui démontre à quel point la cohabitation de ces deux instruments se traduit par une complémentarité plutôt que par la multiplication de normes éparses qui engendrerait un flou juridique.

B. La supériorité des normes du CDC

⁸³⁹La jurisprudence utilise le délai de prescription plus favorable au consommateur, soit prévu dans le Ccb (*STJ, Resp 254.413/RJ, rel. Min. Waldemar Zweiter, DJ 16.04.2001* et *STJ, REsp 200.827/SP, rel. Min. Carlos Alberto Direit, DJ 09.12.2002*) soit prévu dans les lois spécifiques à certains types de contrats (*TJRGS, AC 70001813468, rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 30.05.2001*).

⁸⁴⁰Marques, *Contratos*, supra note 568 à la p 693.

Un grand nombre de normes du CDC sont de droit privé [l'article 1 à l'article 54], mais l'origine constitutionnelle du Code leur assure le statut de normes d'ordre public⁸⁴¹. Ainsi, comme nous l'avons vu plus tôt⁸⁴², les parties ne peuvent disposer⁸⁴³ des normes du CDC, même par contrat.

La Cour supérieure de justice a décidé que les dispositions du CDC peuvent et doivent être connues *ex officio* par le juge, car ces normes sont d'ordre public; les dispositions du CDC dépassent et complètent l'autonomie de la volonté des parties⁸⁴⁴. Dans le même esprit, advenant la nullité des clauses abusives, la Cour provinciale du district fédéral⁸⁴⁵ a déterminé que le juge peut la déclarer *ex officio*⁸⁴⁶.

La supériorité hiérarchique du CDC est confirmée dans sa relation avec d'autres législations. En effet, la Cour supérieure a stipulé⁸⁴⁷ que les dispositions du CDC prévalent sur celles du *Code brésilien de l'aéronautique*⁸⁴⁸ reproduisant les clauses de la Convention de Varsovie⁸⁴⁹ en matière d'indemnisation pour perte de bagages. Dans le même esprit, advenant le retard d'un vol international, la Cour supérieure a déterminé que l'indemnisation limitée prévue par la Convention de Varsovie était insuffisante, car les articles 6(V) et 14 du CDC prévoient la responsabilité objective du transporteur et excluent les clauses limitatives de responsabilité⁸⁵⁰.

⁸⁴¹ STJ, CComp 18652/GO 1996/0072832-1, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 26.03.2001.

⁸⁴² Voir la section 1. §2, ci-dessus, pour l'explication de ce thème.

⁸⁴³ Outre l'art 1, qui établit que toutes les normes composant le CDC sont d'ordre public et d'intérêt social, leur caractère obligatoire est confirmé notamment par l'art 51 qui prévoit la nullité absolue en cas de clauses abusives.

⁸⁴⁴ STJ, 3^a. T., AgReg. REsp. 718.124/RS, rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05.2005, p. 289.

⁸⁴⁵ Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

⁸⁴⁶ TJDF, ap. Cível, 17538-2, rel. Des. Nívio Gonçalves, DJU 3.5.200, p. 34.

⁸⁴⁷ STJ, 3^a. T., REsp n. 658.748/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, jugé le 22/8/2005.

⁸⁴⁸ Código Brasileiro de Aeronáutica, Loi n^o. 7.565 de 19 décembre 1986.

⁸⁴⁹ Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 12 octobre 1929, 137 RTSdN 12 (entrée en vigueur : 13 février 1933) [Convention de Varsovie].

⁸⁵⁰ STJ REsp 151.401/SP rel Min. Humberto Gomes de Barros, jugé le 17/06/2004.

Le CDC, loi spécifique dotée de ses propres principes, prévaut sur le Code civil brésilien, loi générale⁸⁵¹. Ainsi, le microsysteme de droit des relations de consommation est principalement et généralement régi par la loi qui lui est consacrée : le CDC.

En outre, en présence d'un conflit apparent de normes entre le Ccb et le CDC, la dimension collective privilégiée par le CDC doit lui assurer la prédominance.

C. L'influence du CDC sur le Code civil

Un exemple de l'influence du CDC sur le Ccb est celui de l'inclusion du principe de la bonne foi objective dans le second. D'ailleurs, à partir de l'entrée en vigueur du nouveau Code civil brésilien en janvier 2003, l'application de ce principe fut étendue à tous les types de contrats grâce au libellé des articles 113, 187 et 422.

Article 422. Les parties au contrat sont obligées de respecter, tant lors de la conclusion du contrat que lors de son exécution, les principes d'honnêteté et de bonne foi⁸⁵² [notre traduction].

Cet article du nouveau Code civil réfère aux parties tant en matière de contrats communs de droit civil que de contrats de nature commerciale. Ce principe ne peut être appliqué de façon préférentielle au débiteur, comme c'est le cas en Allemagne tel que le stipule l'article 242 du BGB. Avant l'adoption du nouveau Code civil, la portée de ce principe se limitait aux relations contractuelles couvertes par le CDC.

On peut aussi constater l'influence qu'a exercée le CDC sur le Ccb lorsqu'on se tourne vers la théorie de l'imprévisibilité et vers la lésion.

⁸⁵¹Comme exemple d'une décision de la Cour supérieure du Brésil faisant primer le CDC sur le Ccb, voir: *STJ, EREsp 176890/MG, rel. Min. Waldemar Zweiter, j. 22.09.1999.*

⁸⁵²Ccb, *supra* note 711, art 422 : « *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé* ».

La théorie de l'imprévisibilité n'aurait pu trouver sa place dans le Code civil brésilien de 1916, qui à l'exemple du Code civil du Bas-Canada, s'érigeait sur la théorie du *pacta sunt servanda*. Toutefois, la jurisprudence brésilienne avait déjà eu recours, de façon exceptionnelle, à la clause *rebus sic stantibus* alors que l'ancien Code civil était en vigueur. Cette clause, ayant pour but d'éviter l'enrichissement indu d'une partie au détriment de l'autre, était considérée comme étant implicite à tous les contrats⁸⁵³.

Encore aujourd'hui, le recours à la théorie de l'imprévisibilité par le juge brésilien est exceptionnelle. Une décision judiciaire enjoignant la révision ou l'annulation d'un contrat ne tombe normalement que lorsque le juge constate la présence cumulative de quatre critères : a) les conditions économiques reliées à l'exécution du contrat ont été modifiées de façon radicale par rapport au moment de sa conclusion; b) il était impossible de prévoir cette modification ; c) il s'agit d'un contrat à exécution successive; d) ces transformations ont engendré des coûts excessivement onéreux pour l'une des parties et des profits exagérés pour l'autre.

Le Code civil de 1916⁸⁵⁴, inspiré par le principe de l'autonomie de la volonté, ne faisait aucune mention de la lésion. Malgré cette lacune, le CDC, qui entra en vigueur sous le régime de cet ancien code civil, faisait déjà mention, dans la liste des droits fondamentaux du consommateur, du devoir d'intervenir en faveur du consommateur en cas de lésion:

Art. 6. Les droits fondamentaux du consommateur sont :
 V. la modification des clauses contractuelles qui établissent des versements disproportionnels ou leur révision en raison d'événements survenant qui les rendent trop coûteuse⁸⁵⁵ [notre traduction].

⁸⁵³Voir dans ce sens, Roberto Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, trad. par Paolo Capitanio, Campinas (SP), Bookseller, 1991 à la p 361.

⁸⁵⁴Code civil brésilien de 1916, *supra* note 609.

⁸⁵⁵CDC, *supra* note 13, art 6: « São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas ».

Ainsi, le CDC a joué un rôle important dans la répression des pratiques entachées de lésion pendant les dernières années où l'ancien Code civil était en vigueur. C'est en 2002 que la lésion fut enfin intégrée en droit commun grâce à l'article 157 du nouveau Code civil. L'influence qu'a pu exercer le CDC sur ce nouveau code civil est assez probante lorsqu'on constate la similitude entre la formulation de cet article et celle de l'article 6(V) du CDC :

Art. 157. La lésion survient quand quelqu'un s'oblige, soit par une nécessité pressante soit par inexpérience, à une prestation manifestement disproportionnée à la valeur de la prestation opposée⁸⁵⁶ [notre traduction].

En cas de lésion, la légitimité de l'intervention du juge réside dans le déséquilibre flagrant, au détriment du consommateur, entre la prestation et la dette. Bien que l'acte de s'engager dans une relation contractuelle implique un risque inhérent, le défaut d'équivalence entre les prestations des parties est l'élément qui viendra justifier l'intervention judiciaire. Orlando Gomes affirme que « dans un contrat à titre onéreux, la commutativité est la garantie implicite d'équivalence patrimoniale entre les obligations des parties »⁸⁵⁷. À la différence de la théorie de l'imprévisibilité, la révision d'une clause engendrant des versements disproportionnés (lésion) n'est pas limitée aux cas impliquant des contrats à exécution successive. En effet, un contrat contenant une telle clause peut en être un à exécution instantanée, par exemple celui d'un achat dont l'objet a été déjà livré et le prix déjà déboursé.

Toutefois, les deux réglementations relatives à la lésion, celle du CDC et celle du Ccb, diffèrent en plusieurs points. Une inégalité intentionnelle de la répartition des risques entre le consommateur et le fournisseur résulte du déséquilibre inhérent à la relation de consommation. Contrairement aux dispositions du CDC, selon la norme du Ccb relative à la lésion, le caractère excessif et disproportionné des versements

⁸⁵⁶Code civil brésilien de 1916, *supra* note 609, art. 157 : « *Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta* ».

⁸⁵⁷Orlando Gomes, *Contratos*, 15^e éd, Rio de Janeiro, Forense, 1995 à la p 75.

exigés doit être imprévisible et extraordinaire. De plus, un lien de causalité doit être démontré, ce qui constitue une autre distinction majeure entre les deux systèmes.

L'idée maîtresse du CDC étant de protéger le groupe spécifique d'individus composé par les consommateurs, la lésion prévue par l'article 6(V) est considérée comme étant une lésion objective. C'est donc dire que la seule existence d'une disproportion engendre la lésion, selon le CDC. Le consommateur n'est pas tenu de faire la preuve de l'intention malveillante du fournisseur. En outre, vu la présomption légale du statut vulnérable du consommateur et l'autorité du CDC en matière de protection du consommateur, la preuve d'une « nécessité pressante » n'est pas exigée de la part du consommateur pour la lésion soit reconnue. De plus, bien que le fournisseur n'ait pas eu l'intention de profiter de la vulnérabilité du consommateur, compte tenu des prestations manifestement disproportionnées, le principe de la bonne foi objective intervient, car celle-ci se vérifie notamment en fonction de l'obtention d'un avantage exagéré par l'une des parties.

Claudia Lima Marques soutient que la présence d'une clause engendrant des coûts excessivement onéreux est à elle seule suffisante pour entraîner l'application de l'article 6(V) du CDC. Selon Marques, cette disposition n'exige que la rupture de la base objective de l'acte juridique, la rupture de son équilibre intrinsèque ou la destruction de la relation d'équivalence entre les prestations⁸⁵⁸.

La portée de la norme du CDC est donc plus large que celle du Ccb. Les coûts excessivement onéreux peuvent en effet résulter d'un fait prévisible, ce qui est exclu de la portée de la norme du Ccb relative à la lésion. De plus, à la différence de la norme du Ccb, la norme du CDC engendre la reconnaissance de la lésion sans même évaluer ou vérifier l'existence de l'enrichissement du fournisseur, parce qu'elle

⁸⁵⁸ Marques, *Contratos*, supra note 568 à la p 413: « [O]nerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi ».

estime d'emblée que l'exigence de versements disproportionnés est indissociable d'un tel enrichissement. Figurant au chapitre II, « Droits fondamentaux du consommateur », la modification et la révision d'une clause entraînant lésion constituent un droit fondamental du consommateur⁸⁵⁹.

La possibilité pour le fournisseur d'invoquer cette norme du CDC lorsqu'il estime que des versements disproportionnés lui causent préjudice ne fait pas unanimité parmi les auteurs de la doctrine brésilienne. Selon Marques, le fournisseur doit plutôt avoir recours à la norme du Ccb, car les dispositions du CDC visent d'abord à protéger le consommateur⁸⁶⁰. Pour sa part, Nelson Nery Júnior soutient que le fournisseur peut aussi demander l'application de la norme relative à la lésion, en vertu de l'article 4(III) du CDC⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ *Ibid* à la p 100.

⁸⁶⁰ *Ibid* à la p 783.

⁸⁶¹ Grinover et al, *Código Comentado*, *supra* note 585 à la p 529.

CHAPITRE 3 : LA RUPTURE DE CONFIANCE ET LES NOUVELLES INITIATIVES

Plusieurs facteurs caractérisant l'évolution des marchés contemporains et influant sur la position des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs de biens et de services sont à l'origine d'une rupture de confiance à l'égard des systèmes normatifs mis en place par les États dans le but de protéger les intérêts des consommateurs (section 1). Au Québec comme au Brésil, des initiatives sont prises en vue de faire évoluer le droit de la consommation (section 2).

Section 1. Une rupture de confiance

La société et ses marchés ont subi plusieurs transformations qui contribuent à rompre le lien de confiance développé par les consommateurs envers le système normatif instauré pour protéger leurs intérêts et leurs droits fondamentaux. Cette rupture est d'autant plus tragique que l'État avait mis plusieurs années à bâtir cette confiance en instituant des systèmes normatifs visant la protection du consommateur. Le contexte socio-économique actuel, caractérisé par l'individualisation de la société et la crise de la postmodernité (§1), la globalisation des marchés (§2), le développement des technologies de l'information (§3), la crise financière (§4) et la crise environnementale (§5) confirme et accentue la vulnérabilité du consommateur.

§ 1. L'individualisation de la société et la crise de la postmodernité

La vague généralisée de privatisation des services publics ébranle la sécurité dont l'État providence se portait garant. À ce sujet, Bauman avance que cette transformation a engendré une société dorénavant beaucoup plus individualisée et orpheline d'État⁸⁶². Alors que l'intervention protectrice étatique se réduit, le principe de l'autonomie de la volonté⁸⁶³ et l'individualisme de la société se renforcent⁸⁶⁴. À ce sujet, Carlos Alberto Gherzi affirme que la postmodernité implique l'euphorie de

⁸⁶²Zygmunt Bauman et Keith Tester, *La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones*, Barcelona, Paidós, 2002 à la p 139.

⁸⁶³Norbert Reich affirme que « [d]eregulation becomes the panacea to get rid of the flows in the regulatory process and to reinstall the autonomy of the market ». Il soutient également que « the political focus has sifted from "market failure" to "regulatory failure" ». Norbert Reich, « The regulatory crises: does it exist and can it be solved? Some comparative remarks on the situation of social regulation in the USA and in the European Economic Community » (1984) 2:2 Environment and Planning C: Government and Policy 177 à la p 177. Voir aussi Alexis Jacquemin, « Illusions et réalités de l'État-protecteur » (1984) 13 Revue interdisciplinaire d'études juridiques 129 et David M Trubek, « Turning Away from Law? » (1984) 82:4 Mich L Rev 824 [Jacquemin, « Illusions et réalités »] et [Trubek, « Turning Away from Law? »].

⁸⁶⁴Gilles Lipovetsky, *L'ère du vide: Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983.

l'individualisme et du marché, modelé par le nouveau profil utilitariste, allié au plaisir et au bonheur consumériste⁸⁶⁵. Ainsi, les transformations socioéconomiques ont désolidarisé les consommateurs, qui évoluent dorénavant seuls dans leur bulle individuelle. En conséquence, les regroupements de consommateurs ont perdu l'élan de l'époque de leur création où ils représentaient un engagement social certain qui s'incarnait simultanément dans d'autres groupements (travailleurs, citoyens, etc.) faisant tous partie d'un même mouvement social plus large. Il est aujourd'hui plus difficile de rassembler les consommateurs autrement qu'au moyen de recours collectifs ou de regroupements *ad hoc*, dont le succès est plus dû à un intérêt commun exprimé dans une cause spécifique qu'à un idéal ou à un engagement social.

Dans ce mouvement, le consommateur⁸⁶⁶ est devenu un sujet globalisé⁸⁶⁷, en déficit d'information⁸⁶⁸, endetté⁸⁶⁹ et virtuel. Un nouveau paradigme, celui de la postmodernité, vient alors s'imposer dans plusieurs domaines du savoir. L'idée sous-jacente est celle d'un renouvellement des logiques conceptuelle et théorique sur lesquelles le savoir s'érige. Ainsi, chaque domaine de la connaissance évolue en vase clos, gravitant autour de son noyau conceptuel respectif: le droit a la norme, l'économie a l'échange et la science politique a le pouvoir⁸⁷⁰. La période

⁸⁶⁵ Carlos Alberto Ghersi, *La postmodernidad jurídica – una discusión abierta*, Buenos Aires, Gowa, 1995 à la p 27 [Ghersi, *La postmodernidad jurídica*]. Voir aussi Jacquemin, « Illusions et réalités », *supra* note 863 et Trubek, « Turning Away from Law? », *supra* note 863.

⁸⁶⁶ Zygmunt Bauman, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2003 à la p 11. À la p 143 de cet ouvrage, l'auteur affirme que la pauvreté était autrefois associée au chômage. Actuellement, l'épithète « pauvre » désigne plutôt la personne qui est exclue de la consommation.

⁸⁶⁷ Voir Claudia Brizzio, *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

⁸⁶⁸ Voir notamment Iain Ramsay, « Consumer protection in the era of informational capitalism » dans Thomas Wilhelmsson et al, dir *Consumer law in the information society*, Haia, Kluwer Law International, 2001, 45.

⁸⁶⁹ L'endettement du consommateur serait une conséquence de sa frustration. Françoise Domont-Naert, *Consommateurs défavorisés : crédit et endettement*, Bruxelles, Story Scientia, 1992 à la p 29. L'auteure affirme qu' « [u]ne société de consommation qui est aussi une société du spectacle devient par là même une société de frustration pour bon nombre de ceux que leurs revenus excluent d'une abondance aux limites incertaines et subjectives ».

⁸⁷⁰ Voir l'intéressante approche de la postmodernité développée dans le travail de Fernando Calderón, où l'auteur compare la violence de la hiérarchie féodale du Moyen Âge avec la violence existante dans les zones les plus pauvres d'Amérique latine. Fernando Calderón, « Latin American Identity and

postmoderne est marquée par une crise de déconstruction⁸⁷¹, de fragmentation⁸⁷², de délégitimation⁸⁷³, ou de dédogmatisation du droit⁸⁷⁴.

D'ailleurs, les promoteurs du droit de la consommation reconnaissent cette tendance et n'hésitent pas à eux-mêmes à parler d'« une crise de la post-modernité du droit »⁸⁷⁵. Ce discours les conduit à mettre l'accent sur la vulnérabilité du consommateur dans le marché contemporain et sur l'inaptitude des instruments traditionnels de régulation des rapports sociaux à rendre compte de la réalité des rapports dans la consommation.

Cette crise de la post-modernité du droit s'incarne avant tout dans une plus grande difficulté d'accès à la justice pour le citoyen, donc pour le consommateur.

Outre la diversification et la complexité croissantes des rapports dans la consommation, il est indéniable que les modes de règlements des différends ont connu une évolution semblable. Ainsi, le consommateur peut avoir de la difficulté à accéder à la justice non seulement à cause de certaines réalités prohibitives (frais d'avocats élevés, lenteur des tribunaux, difficulté à comprendre les procédures,

Mixed Temporalities; or How to Be Postmodern and Indian at the Same Time » dans John Beverley, José Oviedo et Michael Aronna, dir, *The Postmodernism Debate in Latin America*, Durham, Duke University Press, 1995, 56.

⁸⁷¹Jacques Derrida, « Structure, Sign, and Play in the Discourse of the Human Sciences » dans Joseph Natoli and Linda Hutcheon, dir, *A post modern reader*, Albany, State University of New York Press, 1993, 223 à la p 223. L'auteur soutient que tous les éléments d'une intervention déconstructive sont ceux qui étaient négligés dans un système préexistant. Ses axes principaux changent constamment en fonction de qui ou de ce qu'il cherche à déconstruire, alors que le point d'équivoque sera toujours situé en un endroit différent. Voir aussi Anthony Carty, dir, *Post-modern law. Enlightenment, Revolution and the Death of Man*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1990.

⁸⁷²Carlos Ghersi considère que la fragmentation du droit amène à un vide et à sa destruction en tant qu'instrument de justice de la société. L'auteur soutient d'ailleurs que le droit sera à terme remplacé par l'économie. Ghersi, *La postmodernidad jurídica*, supra note 864 à la p 200.

⁸⁷³Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis*, Boston, Beacon Press, 1975. Dans les années 80, les études de Habermas, basées sur le concept de la loyauté des masses, soutenaient que la capitalisme était en crise de légitimité.

⁸⁷⁴Voir Boaventura de Souza Santos, *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, São Paulo, Cortez, 1997.

⁸⁷⁵Marques, *Contratos*, supra note 568 à la p 167. Voir aussi Fredric Jameson. *Una modernidad singular – ensaio sobre la ontología del presente*, Barcelona, Gedisa, 2004 à la p 13.

multiplicité des lois et des normes en matière de consommation, multiplicité des organismes de réglementation)⁸⁷⁶, mais encore par manque de connaissance de ses droits et de ses recours. Le consommateur néophyte est souvent incapable de comprendre cette multitude d'organismes, de règles et de modes de règlements des différends, même s'ils ont pour objectif de le protéger et de faciliter son accès à la justice.

D'un autre côté, toute croisade pour améliorer l'accès à la justice rencontre inévitablement l'obstacle typique de la postmodernité, soit que le droit, comme toute discipline, est devenu une affaire d'experts sans signification pour le consommateur. Cette tendance vers la spécialisation est inéluctable et ira en s'accroissant, car, selon la théorie postmoderne⁸⁷⁷, le premier objectif de toute institution est d'abord de se reproduire. Ainsi, les experts de toutes les sphères du droit de la consommation (par exemple : petites créances, droit procédural, modes alternatifs de règlement des différends, organismes de réglementation) chercheront à consolider leur chasse gardée sur « leur » discipline en la rendant de plus en plus spécialisée et technique, ce qui obligera le consommateur à recourir à ces experts et assurera la reproduction de l'institution. En conséquence, les principes de base du droit de la consommation, surtout la protection du consommateur en tant que sujet de droit vulnérable, sont presque complètement occultés par cette recherche de pérennité de la discipline.

Nous nous trouvons donc en présence d'un cercle vicieux : de cette difficulté d'accès à la justice résulte une diminution de l'efficacité du droit et, simultanément, une réduction de sa légitimité. Aussi dans de nombreuses juridictions et sphères de droit, le sujet d'actualité est la quête des meilleurs outils permettant d'améliorer l'accès à la justice du citoyen, du travailleur, du consommateur ou de tout autre sujet de droit vulnérable.

⁸⁷⁶Voir Roderick A Macdonald (groupe de travail), *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, ministère de la Justice du Québec, 1991 [Macdonald, *Jalons*].

⁸⁷⁷À ce sujet, voir par exemple, Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.

En conséquence, au Québec comme au Brésil, le doute s'installe quant à la volonté et à la capacité des États de donner suite aux droits fondamentaux ainsi proclamés en faveur des consommateurs et aux législations adoptées afin de protéger et de promouvoir les intérêts de ces derniers.

§ 2. La globalisation des marchés de consommation

Encore récemment, la protection du consommateur relevait strictement du droit interne de chaque pays. Si le consommateur touriste⁸⁷⁸ attirait déjà l'attention de certains spécialistes à cause de la difficulté à encadrer ses relations de consommation⁸⁷⁹, aujourd'hui, un éventail beaucoup plus large et diversifié de consommateurs éprouve ces mêmes difficultés.

La libération des flux de produits et services, et la disparition progressive des obstacles au libre-échange ont mis à disposition les produits étrangers dans tous les supermarchés des grandes villes de la planète. Plus encore, le produit étranger est devenu un symbole de la consommation de masse. Soit à cause du multiculturalisme croissant de la population, soit à cause du statut social culturellement attribué à l'utilisateur de produit étranger, la demande pour des articles importés augmente de façon progressive et continue. De plus, être un consommateur international tend à refléter une recherche perpétuelle du plaisir, caractéristique de la période postmoderne⁸⁸⁰.

La mondialisation des relations de consommation privées a engendré un changement radical de la structure du marché. Sur ce marché, la position du consommateur se

⁸⁷⁸Un consommateur touriste est un voyageur qui acquiert des produits et des services dans un autre pays.

⁸⁷⁹Daniel Hargain et Gabriel Mihali, *Circulation de Beines en el Mercosur*, Montevideo, Jùlio Cèsar Faria Ed, 1998.

⁸⁸⁰Mike Featherstone, *Consumer Culture and Postmodernism*, 2^e éd, London, Sage Publications, 2007.

révèle encore plus vulnérable et les déséquilibres plus évidents⁸⁸¹. À ce sujet, citons la barrière de la langue, le manque d'information adéquate, la multiplicité des normes, la diversité des coutumes, les difficultés et l'insécurité à l'égard de la livraison et du paiement, ainsi que les obstacles inévitables dans la phase post-contractuelle, notamment ceux concernant les garanties et l'accès au règlement des litiges.

Pour Claudia Lima Marques, la relation internationale de consommation se distingue d'abord par le déséquilibre informationnel qui lui est intrinsèque, puis par sa discontinuité. Cette auteure désigne la faible valeur de la transaction, la massification des relations et la difficulté de refaire le contrat comme étant des caractéristiques typiques de ce type de relation de consommation⁸⁸². Par ailleurs, le consommateur éprouve avant tout une grande difficulté à s'informer sur certains produits et services importés⁸⁸³. En effet, la massification des relations engendre une plus grande distance physique entre les différents acteurs de la chaîne de production. L'auteure observe aussi que, d'une part, les relations deviennent plus anonymes, et d'autre part, la dimension collective du phénomène de la consommation est renforcée en dépit de la difficulté accrue de représenter les intérêts collectifs au niveau international. Devant ce nouveau phénomène, Thierry Bourgoignie souligne l'absolue nécessité de développer un droit international ou régional de la consommation⁸⁸⁴.

Par ailleurs, les risques de démantèlement des mesures nationales de protection du consommateur sous la pression des règles visant à la libéralisation et à l'ouverture des

⁸⁸¹ Marques soutient que dans ce scénario, les États et les organismes internationaux disposant de légitimité, doivent intervenir pour assurer une protection efficace au consommateur. Claudiá Lima Marques, « A insuficiente proteção do consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado - Da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo » dans *Derecho Internacional y de La Integración*, Santa Fe, v 2, 2003, 139 à la p 143 [Marques, « A insuficiente proteção do consumidor »].

⁸⁸² Marques, *ibid*, à la p 146.

⁸⁸³ Bourgoignie, « Une mutation salutaire », *supra* note 526 à la p 849.

⁸⁸⁴ Bourgoignie et St-Pierre, « Le statut de la politique », *supra* note 6 et Thierry Bourgoignie et Julie St-Pierre, « Integracion regional y la proteccion del consumidor en las Americas y en Europa » dans Jorge Tomillo Urbina, dir., *El futuro de la proteccion juridica de los consumidores*, Madrid, Thompson, 2008, 386. Voir aussi Bourgoignie, *Éléments*, *supra* note 14 à la page 215.

marchés régionaux ou internationaux deviennent encore plus réels. En effet, certains courants néolibéraux n'hésitent pas à réclamer une diminution de ces règles, qu'ils perçoivent parfois comme des barrières non tarifaires ou qu'ils dénoncent sous prétexte qu'elles peuvent obliger les fournisseurs à revoir leurs stratégies de mise en marché, engendrant, ainsi, des coûts supplémentaires.

D'ailleurs, exception faite de l'Union européenne, il est important de noter à quel point les questions de protection du consommateur ne figurent que très peu ou pas du tout au programme d'organisations régionales⁸⁸⁵ - comme l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) ou le *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR)⁸⁸⁶ - et internationales - comme l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dont le mandat principal est de veiller à la libéralisation des marchés transfrontaliers. En particulier, le caractère contraignant des normes de l'OMC peut parfois obliger certains États à revoir leur législation interne. La rigidité de l'organe de règlement des différends de l'OMC, tout comme celui de l'ALÉNA, peut aussi refroidir les ardeurs des États qui voudraient adopter de nouvelles lois en matière de protection du consommateur, mais qui craindraient de ne pas savoir comment les justifier devant ces organisations.

Dans un tel contexte, il devient de plus en plus difficile pour l'État national d'assurer la protection du consommateur alors que celle-ci, mise à mal par la mondialisation des marchés, ne dépend en fait que de lui. En somme, l'État semble être pris entre

⁸⁸⁵Dans l'Union européenne, les traités sont immédiatement applicables en raison de leur statut hiérarchique élevé, qui les place au-dessus des constitutions, tandis que dans les pays membres du Mercosur et de l'ALENA, il faut d'abord établir des législations nationales afin que chaque juridiction s'harmonise avec les normes communautaires. Paula Santos de Abreu, « A proteção do consumidor no âmbito dos tratados da União Européia, Nafta e Mercosul » (2005) 7 :73 *Revista Jurídica Presidência da República* 1.

⁸⁸⁶L'Accord sur le droit applicable aux contrats internationaux de consommation fut adopté les 16 et 17 août 2012, lors d'une réunion des représentants des organismes de protection du consommateur des pays membres du Mercosur, groupe de travail nommé le Comité technique 7 (*Comité técnico 7 Defensa del Consumidor*, CT-7). Cet accord est donc soumis à l'appréciation de la Commission de commerce du Mercosur.

l'arbre et l'écorce, prisonnier à la fois du mouvement de globalisation des marchés qu'il a lui-même contribué à enclencher et de son devoir de protéger les consommateurs, dont la vulnérabilité s'est accentuée à cause de cette transformation socio-économique généralisée.

§ 3. Le développement des technologies de l'information et de transaction

Les nouvelles technologies de l'information ont engendré des façons inédites d'acheter, de vendre et de réceptionner des produits et des services. Si les politiques de protection du consommateur avaient reconnu sa vulnérabilité et réussi à y pallier, on observerait toutefois que l'évolution des technologies de l'information affecte les relations de consommation. Il convient alors d'examiner les différentes raisons de l'accroissement de cette vulnérabilité.

Les contrats électroniques conclus à distance se caractérisent par leur absence de temporalité et de territorialité. En effet, la distance physique entre l'entreprise et le consommateur joue un rôle important, comme l'aspect matériel du contrat et les actions qui en dépendent, telle la signature du contractant. Ces contrats étant dématérialisés et dépersonnalisés conduisent à modifier le concept de sujet de droit. Au regard des institutions juridiques, la notion de contrat d'adhésion s'efface formellement au profit de celle de contrat à distance. En réalité, on passe du contrat impersonnel au contrat « déshumanisé », expression préconisée par la doctrine italienne⁸⁸⁷. D'ailleurs, Thierry Bourgoignie souligne que les contrats électroniques consolident la logique du contrat d'adhésion et de la normalisation des contrats, le consentement du consommateur étant obtenu par un simple clic⁸⁸⁸. Il faut par contre noter que le contrat électronique ne représente pas un nouveau type de contrat à

⁸⁸⁷Voir Giorgio Opo, « Disumanizzazione del contratto? » (1998) 5 *Rivista di Diritto Civile* 525.

⁸⁸⁸Bourgoignie, *Le consommateur à l'ère numérique*, *supra* note 459.

proprement parler. Il s'agit plutôt d'un nouveau mode de conclusion de contrat, propre au commerce en ligne, appelé « B2C » (*Business-to-Consumer*) dans le cadre duquel les consommateurs sont impliqués dans une relation directe avec les entreprises.

D'un autre côté, l'essor des technologies de l'information est marqué par l'innovation. Ce moteur des technologies numériques conduit à la multiplication de nouveaux types de produits, les produits virtuels. On les qualifie ainsi, car ils sont dématérialisés, tels les logiciels, les chansons, les vidéos, qui, auparavant, n'étaient offerts que sur un support physique. Ainsi, la dématérialisation des contrats développe un marché virtuel au potentiel considérable, ouvert à des consommateurs aptes à y intervenir plus directement, mais aussi rendus plus vulnérables.

En conséquence, la vulnérabilité du consommateur virtuel s'accroît⁸⁸⁹, et les raisons en sont diverses. Par exemple dans la plupart des cas, les entreprises de vente directe aux consommateurs sont aussi parties à des contrats appelés « B2B » (*Business-to-Business*) qui les amènent à communiquer les données personnelles de leurs clients. Ce dernier est pratiqué uniquement entre entreprises. Certaines utilisent à la fois les contrats B2C et B2B. Comment assurer que les données personnelles du consommateur ne seront pas commercialisées ultérieurement ? Souvent, le client ignore que ses données personnelles pourraient être communiquées, soit pour ne pas avoir lu la clause du contrat B2C référant au contrat B2B, soit parce que l'entreprise a tout simplement omis d'y inclure cette clause.

Cependant, plusieurs autres facteurs expliquent l'accroissement de la vulnérabilité du consommateur. En effet, on constate une dissipation des frontières entre les sphères privée et publique, en raison du caractère fictif du consentement du consommateur à

⁸⁸⁹Voir John Rothchild, « Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism » (1999) 74:3 *Indiana Law Journal* 893.

l'égard de l'utilisation de ses données⁸⁹⁰. En outre, le déficit informationnel dans le monde numérique est flagrant : l'information directement accessible est celle jugée essentielle par le commerçant, et la publicité électronique est difficilement contrôlable. De plus, l'obsolescence planifiée des produits et la spirale de la surconsommation sont encouragées par l'adhésion accélérée et impulsive mise en place dans les relations de consommation électroniques.

En outre, l'environnement socioéconomique du consommateur évolue en même temps que les modes de production se transforment : les services et les produits offerts se multiplient et se complexifient, tout comme les pratiques commerciales. Ainsi, à mesure que l'offre emprunte des moyens de communication toujours plus diversifiés, l'utilisation de pratiques commerciales déloyales en ligne devient plus fréquente, par exemple l'affichage confus des prix ou la dissimulation des clauses contractuelles. C'est ainsi que s'accroît la vulnérabilité du consommateur.

De plus, dans la foulée de l'évolution accélérée du monde numérique, le consommateur a dorénavant accès à l'information de façon quasi immédiate. Toutefois, la quantité d'information dont il dispose s'avère tellement imposante qu'il ne sait plus comment en tirer parti. Ainsi submergé, le consommateur perd ses repères et se trouve alors face au paradoxe : « Trop d'information tue l'information »⁸⁹¹. Néanmoins, le problème ne réside pas uniquement dans la trop grande quantité d'information, mais aussi dans sa rareté, que la numérisation des relations de consommation ne fait rien pour corriger. En effet, une certaine insécurité à l'égard de la validité des documents et des contrats conclus résulte de la rareté d'informations fondamentales mises en ligne sur un produit virtuel, de la difficulté à garantir la qualité constante des informations essentielles et de l'extraordinaire vitesse de

⁸⁹⁰Le réseau social Facebook en est un exemple éloquent.

⁸⁹¹Bourgoignie, *Le consommateur à l'ère numérique*, supra note 459.

circulation de l'information. En conséquence, ces problèmes accentuent la vulnérabilité du consommateur virtuel.

L'absence d'instruments efficaces destinés à pallier cette vulnérabilité aggrave l'insécurité dans les relations virtuelles. Se pose donc la question de la nécessité d'accords internationaux servant à harmoniser le commerce virtuel⁸⁹² et assurer la légalité des transactions effectuées sans support papier. Ainsi, des politiques et des instruments législatifs, à l'échelon national et international, devront tenter de relever les défis du numérique. Parmi ceux-ci, citons : le besoin de garantir la confidentialité et la protection des données du consommateur virtuel, y compris la protection contre la fraude ; les contenus illégaux et l'utilisation incorrecte de données personnelles ; les craintes portant sur les contenus des messages et les moyens de contrôler l'accès à des contenus non désirés, surtout en vue de protéger les enfants ; la difficulté d'évaluer concrètement la fiabilité d'une entreprise virtuelle ; les voies de recours assurées au consommateur ; les attentes légitimes du consommateur virtuel ; et notamment le respect de la propriété intellectuelle et des droits d'auteur⁸⁹³.

⁸⁹²À titre d'exemple, la loi uniforme de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le commerce électronique fut adoptée en 1996 dans le but d'offrir des solutions aux problèmes éprouvés en la matière. *Loi type sur le commerce électronique adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Res AG, Doc off AG NU, 85^e sess, Doc NU 51/162 (1996). Le 23 juin 2011, le Parlement européen a voté en faveur de la proposition d'une directive sur les droits des consommateurs, soit la *Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil*, [2011] JO L 304/64.

⁸⁹³Voir Robert Bradgate, « Consumer Rights in Digital Products », Institute of Commercial Law Studies, University of Sheffield, septembre 2010, en ligne : www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31837/10-1125-consumer-rights-in-digital-products.pdf >.

Les technologies de l'information posent donc un défi majeur aux relations de consommation⁸⁹⁴ en accentuant la tendance à mondialiser la consommation.

§ 4. La crise financière et la crise de la zone euro

De profondes perturbations marquent les dernières années : d'abord la crise financière qui a sévi aux États-Unis en 2007 et 2008, puis la crise économique de la zone euro depuis 2012, principalement marquée par une grave récession dans cette région et par l'adoption de politiques d'austérité visant à diminuer les dépenses du secteur public. En conséquence, ces politiques sonnent parfois le glas de certains programmes sociaux instaurés au siècle dernier. Actuellement, la crise européenne affecte de diverses façons les comportements des acteurs du marché, les consommateurs comme les fournisseurs. Cette crise contribue aussi à rompre le lien de confiance des consommateurs envers le marché et envers l'État, tout en laissant poindre l'émergence de nouveaux flux migratoires.

La crise financière des dernières années a ébranlé la confiance des consommateurs envers les banques, les produits financiers et les instruments de crédit. L'instabilité économique qui prévaut, accompagnée des programmes d'austérité lancés par les pouvoirs publics, a terni l'image de l'efficacité et de la longévité des filets de protection entretenus par l'État pour venir en aide aux citoyens en difficulté ou en position de vulnérabilité. Par exemple, des millions de consommateurs ont perdu leur maison à la suite de l'éclatement de bulles immobilières ce qui a mis en relief l'absence soudaine de sécurité dans laquelle le marché immobilier les place.

En effet, la crise financière a engendré une récession qui, à son tour, a causé la fin de la spéculation immobilière et donc, l'éclatement de cette bulle. Dans la foulée, de

⁸⁹⁴Norbert Reich, « Consumerism and citizenship in the Information Society – The case of electronic contracting » (2000) 7:3 Competition and Consumer Law Journal 185.

nombreux petits propriétaires ont été dans l'impossibilité de payer leur emprunt hypothécaire. En Espagne, environ 500 familles étaient expulsées de leur maison chaque jour⁸⁹⁵. Cependant, grâce à un recours intenté devant la Cour suprême européenne⁸⁹⁶, les expropriations de ces petits propriétaires surendettés ont été jugées illégales et abusives. Cette décision a amené le gouvernement espagnol à émettre un moratoire sur de telles expulsions⁸⁹⁷. Aux États-Unis, ces pratiques s'expliquent souvent par l'existence de produits de crédit et de financement douteux contractés par des consommateurs confiants envers les conseils des institutions financières émettrices de ces produits. Certains groupes occupent les domiciles concernés pour empêcher les autorités de procéder à ces évictions⁸⁹⁸.

En raison de la sévère récession, l'Union européenne est sous haute tension, elle impose donc aux pays membres les plus endettés, par exemple la Grèce et l'Espagne, d'adopter des mesures d'austérité qui réduisent les programmes sociaux et autres filets étatiques de protection sociale. D'un côté, la souveraineté de l'État semble s'estomper devant les impératifs du marché, dorénavant relayés par les institutions financières nationales et internationales comme le Fonds monétaire international et la Banque mondiale. D'un autre côté, la population gronde contre les marchés et l'État. Les programmes d'austérité semblent profiter aux mieux nantis et aux intérêts dictés par le marché. Le contexte économique propre à la crise engendre son lot de fermetures, de mises à pied et autres pertes d'emplois, ce qui contribue à la crise de confiance envers les marchés et l'État. L'adoption de ces mesures d'austérité au

⁸⁹⁵ Mathieu de Taillac, « Le pouvoir espagnol confronté au drame des expulsés », *Le Figaro*, 13 novembre 2012, en ligne : < <http://www.lefigaro.fr/international/2012/11/12/01003-20121112ARTFIG00508-le-pouvoir-espagnol-confronte-au-drame-des-expulses.php> >.

⁸⁹⁶ UE, Judgment of the Court (First Chamber) of 14 March 2013, C-15/11, Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), en ligne : < <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0415&lang1=en&lang2=FR&type=NOT&ancre=>>

⁸⁹⁷ Agence France-Presse, « Espagne: vers la fin des expulsions? », *Le Point.fr*, 14 mars 2013, en ligne : < http://www.lepoint.fr/societe/espagne-vers-la-fin-des-expulsions-14-03-2013-1640188_23.php >.

⁸⁹⁸ Il est ici question du mouvement « *Occupy our Homes* ». Voir leur site web, décrivant plusieurs cas : <<http://occupyourhomes.org/blog/>>.

moment où les travailleurs auraient le plus besoin des programmes sociaux exacerbe le mécontentement.

Ainsi, les dernières années ont vu se multiplier des manifestations et des mouvements s'insurgeant contre ces politiques d'austérité et le néolibéralisme. Citons par exemple la réappropriation d'anciennes manufactures en Argentine, le mouvement *Occupy Wall Street* et ses variantes, les manifestations de masse en Espagne, la montée des partis de gauche en Grèce. Partout, l'édifice des préceptes néolibéraux s'effrite et les populations manifestent leur mécontentement, car l'État semble avoir abdiqué dans sa mission de les protéger contre les marchés. Ces mouvements sont d'autant plus importants que la légitimité de l'État est mise à mal et qu'émerge la tendance à judiciaireiser, voire à criminaliser ces formes de contestation sociale⁸⁹⁹.

Malgré le peu d'études scientifiques sur le sujet, le mécontentement de la population paraît justifié par la façon d'agir des États et des institutions régionales ou internationales. En effet, les travaux menés par des chercheurs de l'Université du Massachusetts⁹⁰⁰ montrent qu'une des études les plus souvent citées⁹⁰¹ par les décideurs européens pour justifier l'adoption de mesures d'austérité ne tient aucunement la route tant elle est truffée d'erreurs grossières, y compris des fautes de

⁸⁹⁹Voir par exemple: Laurence Dumoulin et Violaine Roussel, « La judiciaireisation de l'action publique » dans Olivier Borraz et Virginie Guiraudon, dir, *Politiques publiques 2*, Presses de Science Po, 2010, 243; Chris Marsden, « "Total Policing" and the Criminalization of Dissent », 12 novembre 2011, en ligne: World Socialist Web Site <<http://www.wsws.org/en/articles/2011/11/pers-n12.html> >; Syndicat industriel des travailleuses et des travailleurs, « Criminalisation de la contestation en France – Solidarité avec Gorgios », 17 septembre 2011, en ligne: Syndicat industriel des travailleuses et des travailleurs, <<http://sitt.wordpress.com/2011/09/17/criminalisation-de-la-contestation-en-france-solidarite-avec-gorgios-france-criminalize-dissent-support-giorgos>>; José Bové, Ahmed Méguini et Bruno Rebelle, « Contre la judiciaireisation de la contestation », 15 novembre 2002, en ligne: Humanité.fr <<http://www.humanite.fr/node/430438> >.

⁹⁰⁰Thomas Herndon, Michael Ash et Robert Pollin, *Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff* », avril 2013, en ligne: Political Economy Research Institute <http://www.peri.umass.edu/fileadmin/pdf/working_papers/working_papers_301-350/WP322.pdf >.

⁹⁰¹Carmen M Reinhart et Kenneth S Rogoff, « Growth in a time of Debt » (2010) 100 *American Economic Review: Papers & Proceedings*, 573.

frappes et une mauvaise utilisation du logiciel de traitement des données ayant mené à des conclusions erronées. De même en 2008, le gouvernement Bush avait adopté un plan de sauvetage du système bancaire étasunien en dépensant 700 milliards de dollars payés par les contribuables⁹⁰². Cette mesure a accentué le scepticisme de la population à l'égard du monde de la finance, un secteur important de l'économie mondialisée d'aujourd'hui. En effet, le public voit d'un mauvais œil qu'une grande partie de cet argent ait servi à payer les primes de départ des dirigeants des institutions financières, alors que ces individus sont largement responsables de la crise financière⁹⁰³.

Par ailleurs, alors que les plus riches semblent être épargnés, les populations ont l'impression d'être les seules à payer le prix de cette crise financière, les plus vulnérables étant les premiers touchés, car les mesures de protection sociale sont réduites. L'écart entre les plus riches et les plus pauvres ne cesse de se creuser⁹⁰⁴, il devient de plus en plus difficile, aux yeux de la population, de justifier ces mesures d'austérité. Surtout quand les travailleurs moyens, victimes de ces mesures, apprennent que le salaire des dirigeants de certaines entreprises est trois cent à cinq cent fois plus élevé que le salaire minimum⁹⁰⁵. On a, d'un côté, des dirigeants

⁹⁰²C.M. avec AFP et AP, « Le plan Bush a franchi une étape », *Le Figaro*, 28 septembre 2008, en ligne: <<http://www.lefigaro.fr/international/2008/09/28/01003-20080928ARTFIG00015-le-plan-bush-a-franchi-une-etape-.php>>.

⁹⁰³Voir par exemple: Philippe Steiner, « Les rémunérations obscènes », *Zones*, 13 octobre 2011, en ligne: <http://www.editions-zones.fr/spip.php?page=lyberplayer&id_article=144>.

⁹⁰⁴À ce sujet, voir par exemple: OCDE, *Toujours plus d'inégalités: pourquoi les écarts de revenus se creusent*, décembre 2011, en ligne: OCDE <<http://www.oecd.org/fr/social/soc/49205213.pdf>>; Centre d'actualités de l'ONU *Les vastes disparités de revenu au niveau mondial continuent de se creuser*, octobre 2008, en ligne: UN <<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=17561&Cr=OIT&Cr1=crise#.UXyN4uDvW-w>>; Stéphanie Grammond, « Écart entre riches et pauvres: le fossé se creuse », *La Presse*, 14 mai 2011, en ligne: <<http://affaires.lapresse.ca/economie/canada/201105/13/01-4399274-ecart-entre-riches-et-pauvres-le-fosse-se-creuse.php>>.

⁹⁰⁵Patrick Thénier et Rémy Morel, « Les dirigeants méritent-ils leur salaire ? », *Les Affaires*, 25 novembre 2011, en ligne: <www.lesaffaires.com/blogues/les-investigateurs-financiers/les-dirigeants-meritent-ils-leur-salaire/536628>.

#UXyRqYLsmHk>. Ajoutons que le salaire moyen des cadres des plus grandes entreprises étasuniennes est de 354 fois supérieur au revenu du travailleur moyen de ce pays. Au Canada, la

d'entreprise qui quittent leur entreprise en se voyant remettre une impressionnante prime de départ, alors que les plans d'austérité remettent en question l'existence même des programmes d'assurance emploi pour le travailleur de la même entreprise qui serait mis à pied. En outre, de nombreux États perdent des milliards de dollars en revenus d'impôt à cause de la fuite des capitaux mis à l'abri dans les paradis fiscaux⁹⁰⁶. La population est révoltée de voir l'État adopter avec tant d'empressement ces politiques d'austérité alors que la problématique des paradis fiscaux n'est toujours pas réglée. Cette avidité des acteurs majeurs de l'économie et la lenteur de l'État à intervenir provoquent le cynisme de la population, d'où la perte de confiance envers les marchés et l'État.

Il semble que le Brésil et le Canada⁹⁰⁷ sont encore peu affectés par la crise européenne, toutefois, – comme la crise financière de 2007 et 2008 –, sa dimension planétaire ne manquera pas de les atteindre. Tout d'abord, la perte de confiance que nous avons décrite risque de se propager dans les pays encore épargnés par les problèmes économiques européens. La rapidité de circulation de l'information fait des consommateurs brésiliens et canadiens les témoins des difficultés de l'Europe. Ils développent à la fois un sentiment de solidarité envers les victimes de la crise et un esprit plus critique envers la mondialisation des relations commerciales. Il devient donc impossible de défendre cette mondialisation qui, à l'évidence, a échoué à enrichir l'individu moyen.

proportion entre le salaire moyen des dirigeants des plus grandes entreprises et le salaire du travailleur moyen est de 206. Agence QMI, « Rémunération des dirigeants d'entreprise : Le fossé se creuse avec les travailleurs », *TVA Nouvelles*, 19 avril 2013, en ligne: <<http://tvanouvelles.ca/lcn/economie/archives/2013/04/20130419-111528.html>>.

⁹⁰⁶ À ce sujet, voir par exemple le reportage diffusé à l'émission de télévision *Enquête*: Frédéric Zalac, « La grande évasion », Radio-Canada, reportage diffusé le 4 avril 2013, en ligne: <<http://www.radio-canada.ca/emissions/enquete/2012-2013/Reportage.asp?idDoc=282443>>.

⁹⁰⁷ Le Canada a diminué les dépenses du secteur public de 0,6 % en 2012. Ainsi, le Canada adopte aussi des mesures budgétaires qui tiennent compte du contexte économique mondial et de sa faible croissance. Celles-ci sont toutefois beaucoup moins draconiennes que celles qui sévissent en Europe. Éric Desrosiers, « La crise européenne coûtera 8 milliards au Canada en 2012 », *Le Devoir*, 19 janvier 2012, en ligne: <<http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/340547/plus-d-austerite-freinerait-davantage-la-croissance-dit-mark-carney>>.

Une partie non négligeable de l'économie brésilienne et canadienne repose sur ses exportations⁹⁰⁸. L'Europe n'est pas le partenaire commercial le plus important du Brésil⁹⁰⁹ ou du Canada⁹¹⁰, mais la crise qui y sévit freine la croissance des exportations vers cette région⁹¹¹.

En conséquence, la crise en Europe et le manque de perspective qu'elle engendre amènent de nombreux Européens à s'expatrier. Encore peu affectés par la crise et relativement ouverts à l'immigration, le Brésil et le Canada représentent des destinations de choix. Ainsi, il est pertinent de se demander si la région européenne deviendra bientôt un continent d'émigration. Certains signes⁹¹² montrent déjà le début de l'exode des jeunes Européens. Il est encore très tôt pour l'affirmer et aucune étude

⁹⁰⁸ Au Brésil comme au Canada, les revenus découlant des exportations connaissent une croissance importante depuis 2003. Pour ses statistiques, voir par exemple le site web d'Indexmundi: <<http://www.indexmundi.com/g/>>.

⁹⁰⁹ En 2012, les exportations brésiennes avaient pour destinations principales, en ordre d'importance, la Chine, les États-Unis, l'Argentine, les Pays-Bas et le Japon. Notons que la Chine devenait la première destination des exportations brésiennes pour la première fois. Voir « China foi o principal destino das exportações brasileiras no primeiro trimestre », 3 avril 2012, en ligne: Portal Brasil <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/04/03/china-foi-o-principal-destino-das-exportacoes-Brasileiras>

-no-primeiro-trimestre> [Portal Brasil, « China principal destino »] ; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, « Exportações brasileiras mantêm patamar elevado em 2012 », en ligne : Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12078>>.

⁹¹⁰ En 2012, les exportations canadiennes avaient pour destinations principales, en ordre d'importance, les États-Unis, le Royaume-Uni, la Chine, le Japon, et le Mexique. Voir Industrie Canada, « Statistiques relatives à l'industrie canadienne », en ligne : Industrie Canada, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/cis-sic.nsf/fra/h_00029.html>.

⁹¹¹ On estime que la crise européenne entraîne un recul de 1 % du PIB de l'ensemble de l'économie mondiale. Grâce à ses liens commerciaux relativement limités avec l'Europe, le Canada est relativement peu affecté, bien que la Banque du Canada évalue qu'elle coûtera environ 8 milliards de dollars au pays. Voir Éric Desrosiers, « La crise européenne coûtera 8 milliards au Canada en 2012 », *Le Devoir*, 19 janvier 2012, en ligne: <<http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/340547/plus-d-austerite-freinerait-davantage-la-croissance-dit-mark-carney>>. Au Brésil, on a noté une baisse de 2 % des exportations vers la région européenne en 2012. Voir Portal Brasil, « China principal destino », *supra* note 909 .

⁹¹² Marco Martiniello remarque que « l'Australie et le Canada sont pour [les jeunes Irlandais] des destinations de choix » depuis que l'Irlande connaît des difficultés économiques. De plus, il affirme que, pour les nombreux jeunes Portugais sans perspective d'avenir dans leur pays, le Brésil est devenu fort attirant. Marco Martiniello, « Europe: de l'immigration à l'émigration? », *Réflexions*, en ligne: <http://reflexions.ulg.ac.be/cms/c_39463/europe-de-limmigration-a-lemigration>.

approfondie sur la question n'existe encore. Si la crise européenne se perpétue, il faudra à l'avenir rester attentif à l'émergence d'une vague migratoire, vérifier l'impact qu'un tel flux aurait sur le Canada et le Brésil et voir comment ces deux pays géreront cette arrivée d'immigrants européens.

En outre, le Brésil d'aujourd'hui montre de nombreux symptômes économiques laissant prévoir à plus ou moins long terme pas encore une crise, mais un certain ralentissement économique. Parmi ces symptômes interreliés, citons une spéculation immobilière sans précédent⁹¹³, une inflation importante⁹¹⁴ et une diminution notable du pouvoir d'achat des consommateurs⁹¹⁵. Toutefois, cette crise éventuelle, contrairement aux difficultés économiques historiquement éprouvées par ce pays⁹¹⁶, s'explique par des causes internes plus que par des facteurs internationaux.

§ 5. Les contraintes nées du développement durable

Les consommateurs prennent désormais conscience de l'importance du développement durable et de l'urgence à régler les effets dévastateurs des modes actuels de production et de consommation sur l'environnement et le développement.

⁹¹³Voir Julia Witgen, « Brasill vive bolha imobiliária, dizem professoras », 24 mars 2012, en ligne : Exame.com <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/imoveis/noticias/brasil-vive-bolha-imobiliaria-dizem-professoras-da-fgv>>.

⁹¹⁴Voir « Inflação no Brasil faz InBev reduzir previsão de volumes para indústria de cerveja », Agência O Globo, 30 avril 2013, en ligne : <<http://br.noticias.yahoo.com/inflação-brasil-faz-inbev-reduzir-previsão-volumes-indústria-131041960.html>> et Danielle Chaves, « Inflação no Brasil sobe para 6,6% em março, diz OCDE », Agência Estado, en ligne : <<http://estadao.br.msn.com/economia/infla%3%a7%3%a3o-no-brasil-sobe-para-66percent-em-mar%3%a7o-diz-ocde>>.

⁹¹⁵« Inflação maior em 2013 pode reduzir poder de compra do brasileiro », O Povo on line, 7 janvier 2013, en ligne : <<http://www.opovo.com.br/app/economia/2013/01/07/noticiaseconomia,2983933/inflacao-maior-em-2013-pode-reduzir-poder-de-compra-do-brasileiro.shtml>> et « Poder de compra de brasileiro cai em ranking global apesar do avanço dos salários » BBC Brasil, 17 juillet 2012, en ligne : <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110817_cidades_custo_pu.shtml>.

⁹¹⁶Voir Caio Prado Júnior, *História Econômica do Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 2008.

Tant au niveau national que planétaire, ces problématiques contribuent à renforcer ce sentiment d'insécurité⁹¹⁷. Définie comme « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs », la notion de développement durable a été consacrée par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en 1992 à Rio de Janeiro⁹¹⁸. Cette notion vise justement à atténuer ce sentiment d'insécurité, et elle est proposée par une multitude d'acteurs. Ceux-ci imploront le marché de considérer de nouvelles notions comme le risque environnemental, tout en intégrant une dimension intergénérationnelle sans précédent.

L'appel à des modèles de consommation et de production durables constitue la transposition, dans le domaine de la consommation, des impératifs liés au développement durable. L'enjeu est considérable et appelle à la définition de nouveaux paradigmes se traduisant notamment par un renforcement du cadre régulateur des modes de production⁹¹⁹.

⁹¹⁷Dans ce sens, voir Thierry Bourgoignie « Les nouveaux enjeux nés du contexte international » dans Maniet, *Pour une réforme supra* note 55. Voir aussi Ezzedine Mestiri, *Le nouveau consommateur : dimensions éthiques et enjeux planétaires*, Paris, Harmattan, 2003 et Geneviève Parent, dir, *Production et consommation durable : de la gouvernance au consommateur-citoyen*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

⁹¹⁸Depuis la Conférence de Rio, plusieurs autres rencontres ont été organisées, engendrant des documents internationaux divers, comme, à titre d'illustration, le *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, 2302 RTNU 148 (entrée en vigueur : 16 février 2005) [Protocole de Kyoto] et le *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 2226 RTNU 208 (entrée en vigueur : 11 septembre 2003).

⁹¹⁹Thierry Bourgoignie, *Protection du consommateur et modes de consommation durables : retour sur les vrais enjeux du droit de la consommation*, Conférence présentée à l'Université Laval (Québec), septembre 2008, 9 pages, non publié; Thierry Bourgoignie, « Consumérisme ou consommation durable? Un choix nécessaire sur les pas du développement durable » dans Agnes Michelot, dir, *Environnement et commerce. Perspectives pour l'Afrique de l'Ouest*, UNITAR, Genève, 2006, 141 à la p 150; Thierry Bourgoignie, « Du développement durable à la consommation durable : la rencontre entre la politique communautaire de l'environnement et la politique communautaire de protection du consommateur » dans Sergio Gerotto, dir, *Questions choisies de droit comparé de l'environnement*, Cahiers du Département de droit comparé, n 5, Padova, Coop Libreria Editrice Università di Padova, 2002, 129 à la p 135.

Section 2. Le mouvement de réforme en cours

En présence des défis décrits dans la section précédente, on voit émerger au Québec et au Brésil un mouvement militant pour une réforme du système de la protection du consommateur. Tant la LPC que le CDC font effectivement l'objet de propositions de réformes, d'ailleurs apparemment similaires dans les deux juridictions. Si, dans la substance, soit les sujets abordés, ces initiatives semblent identiques, elles diffèrent par la forme et surtout par la profondeur.

La LPC connaît une réforme graduelle et ponctuelle, traitant un sujet à la fois, alors que le CDC est l'objet de trois importantes modifications simultanées. Dans les deux ordres normatifs, les dispositions nouvellement introduites portent sur la question du commerce électronique et certaines problématiques qui y sont liées, comme la protection des données essentielles, sur le crédit et sur le surendettement.

La modification du système normatif de protection du consommateur au Brésil entend en outre renforcer la protection collective des consommateurs.

Ces initiatives diffèrent aussi par leur profondeur : au Brésil, le mouvement s'accompagne d'un renforcement des structures de l'État. Ainsi, récemment, on procéda aussi à une réforme au niveau institutionnel.

§ 1. La révision de la Loi sur la protection du consommateur du Québec

Depuis 2006, la révision de la LPC est en chantier. L'initiative en revient à l'OPC. Marc Lacoursière y voit « la plus importante réforme de la LPC depuis son adoption en 1978 »⁹²⁰.

⁹²⁰L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 13.

Un projet parallèle portant sur la réforme de la *Loi sur la protection du consommateur* a été mené par les professeurs Thierry Bourgoignie et Pierre-Claude Lafond, grâce au soutien financier de la Fondation Claude Masse⁹²¹ et dans le cadre du Groupe de recherche en droit international et comparé (GREDICC) de l'UQÀM⁹²². En février 2010, ces auteurs, des références en droit québécois de la consommation, déposaient un rapport minutieux proposant, à la lumière du droit comparé, l'actualisation et la codification de la législation du Québec relative à la protection du consommateur⁹²³.

À la lumière de la jurisprudence, de la pratique et du droit comparé, l'étude propose une réforme en profondeur des structures et des dispositions substantielles de la LPC. Le rapport suggère une nouvelle structure en proposant une configuration cohérente de normes susceptible de conduire à la rédaction d'un Code québécois de la consommation. L'étude met en avant des principes de base utiles pour servir de lignes directrices dans l'élaboration et l'application d'une politique visant à promouvoir et à protéger les intérêts des consommateurs tout en assurant la cohésion du cadre normatif établi. Parmi ces principes, soulignons celui de la complémentarité de la loi générale et des lois particulières, ainsi que le principe de l'intégration du droit de la consommation dans les définitions et l'application des autres politiques publiques.

En matière de concepts et de dispositions, la réforme propose notamment des changements majeurs : l'introduction de la notion du « rapport de consommation », qui se substituerait à la notion de contrat en tant que fil conducteur du droit québécois

⁹²¹En 2001, Option consommateurs, une importante association québécoise de protection des consommateurs crée la Fondation Claude Masse, ainsi nommée en hommage au professeur Claude Masse et pour valoriser son important apport dans le domaine de la protection du consommateur. La Fondation a pour mission la recherche et la diffusion de connaissances dans tous les domaines liés à la consommation et au fonctionnement des marchés, la promotion du respect et du développement des règles du droit de la consommation, mais aussi de favoriser la concurrence et d'améliorer le fonctionnement des marchés.

⁹²²Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation, <<http://www.gredicc.uqam.ca/>>.

⁹²³Bourgoignie, Lafond et Rouillard, *Jalons pour un Code*, supra note 152.

de la consommation ; l'élargissement de la définition de certains termes utilisés dans la loi, tel le remplacement de la notion de « message publicitaire » par celle de « communication commerciale » ; le remplacement du concept de « commerçant » par celui d'« entreprise » ; le rejet d'une grande partie des exceptions prévues par la loi actuelle ; l'attribution d'une vocation générale à certaines dispositions actuellement limitées à des secteurs ou à des contrats spécifiques.

En outre, le rapport propose l'introduction de nouvelles dispositions générales, telle l'interdiction des clauses abusives et de pratiques commerciales abusives. Cela renforcerait la vocation transversale de la nouvelle loi, d'autant qu'une telle vocation s'avère naturelle et inévitable en matière de lois de protection du consommateur. Autre proposition importante, expliciter les droits fondamentaux du consommateur consoliderait la promotion et la protection des intérêts des consommateurs. Un tel changement en profondeur de la LPC conduirait par ailleurs à l'adoption de nouveaux instruments juridiques, tel que l'introduction de nouvelles normes afin de veiller à l'application de la loi ; la diversification des types de recours judiciaires d'actions collectives par l'introduction d'une action de groupe visant à faire cesser les pratiques contraires aux intérêts des consommateurs ; la définition de nouveaux modes d'intervention, de recours et de concertation⁹²⁴.

En octobre 2009, Thierry Bourgoignie, coauteur du projet, a plaidé pour l'adoption du rapport devant la Commission des relations avec les citoyens de l'Assemblée nationale du Québec. La volonté politique n'était cependant pas au rendez-vous, car elle était plutôt favorable à une révision progressive et par étapes de la LPC et non à une réforme globale en profondeur.

⁹²⁴La version intégrale du Rapport de recherche est disponible sur le site du Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation (GREDICC) à l'adresse <www.grediccuqam.ca/IMG/pdf/rapport_final_100210.pdf>.

La réforme de la LPC entamée depuis 2006 reste en effet prudente et se développe en plusieurs étapes. La première étape a débuté avec le projet de loi 48 adopté par l'Assemblée nationale du Québec sous le nom de *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*⁹²⁵ (A). En 2009, l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives*⁹²⁶ marque une seconde étape (B). Le travail de révision se poursuit avec le dépôt à l'Assemblée nationale, en 8 juin 2011, du projet de modification de la LPC sur le crédit à la consommation⁹²⁷ (C).

A. La première étape de la réforme

La section I.1 du chapitre III a été ajoutée lors de la réforme législative de 2006, ce qui constituait la première étape de la réforme de la LPC⁹²⁸. Cette nouvelle section composée des articles 54(1) à 54(6) régit le contrat conclu à distance, soit selon sa définition, lorsque le consommateur et le commerçant ne sont pas mutuellement en présence et que ce dernier a fait une offre préliminaire⁹²⁹. Ces contrats, le plus souvent conclus par téléphone ou par Internet, sont réputés être conclus à l'adresse du consommateur⁹³⁰. Malgré l'absence de conclusion du contrat ou même devant une indication contraire, la proposition du commerçant comportant tous les éléments essentiels du contrat constitue une offre⁹³¹.

⁹²⁵LQ 2006 c 56, *supra* note 147.

⁹²⁶LQ 2009 c 51, *supra* note 148.

⁹²⁷Qc, PL 24, *supra* note 40.

⁹²⁸LQ 2006, c 56, *supra* note 147.

⁹²⁹LPC *supra* note 8, art 54(1).

⁹³⁰*Ibid*, art 54(2).

⁹³¹*Ibid*, art 54(2).

Pour percevoir un paiement du consommateur, le commerçant doit d'abord exécuter son obligation principale, sauf si le paiement se fait par carte de crédit⁹³². Dans un contrat à distance, l'obligation précontractuelle d'informer le consommateur est renforcée par la liste des renseignements obligatoires constituant l'article 54(4). De plus, le contrat doit être présenté par écrit et indiquer le nom et l'adresse du consommateur, la date de la conclusion du contrat et les autres renseignements énumérés à l'article 54(6)⁹³³.

La LPC confère au consommateur le bénéfice d'un délai de réflexion de sept jours, pendant lequel il a le droit de demander la résolution du contrat sans fournir de justification, ni subir de pénalité⁹³⁴.

Le contrat de crédit conclu par le consommateur avec un tiers commerçant, à l'occasion ou en considération d'un contrat à distance, forme un tout avec ce contrat et est donc résolu de plein droit dès lors que le contrat de crédit résulte d'une offre, d'une représentation ou d'une autre forme d'intervention du commerçant partie au contrat à distance⁹³⁵.

En matière de contrats conclus à distance, la loi exclut l'application des normes relatives à la résolution pour : a) le contrat de crédit, b) pour le contrat de service à exécution successive visé par l'article 189 de la LPC ou celui conclu par un studio de santé et c) pour le contrat de service ou de location accessoire à un tel contrat de service à exécution successive.

⁹³²*Ibid*, art 54(3).

⁹³³*Ibid*, art 54(6). De plus, les renseignements doivent être présentés de manière évidente et intelligible et le consommateur conserve toujours la possibilité explicite d'accepter ou de refuser la proposition et d'en corriger les erreurs avant la conclusion du contrat; *ibid*, art 54(8). Aussi, un exemplaire du contrat doit être transmis au consommateur dans les 15 jours suivant sa conclusion; *ibid*, art 54(9).

⁹³⁴*Ibid*, art 54(8).

⁹³⁵*Ibid*, art 54(12)(3).

B. La deuxième étape de la réforme

La modification entreprise en 2009⁹³⁶ visait spécifiquement certaines pratiques considérées comme abusives, d'où l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives*⁹³⁷.

Parmi les modifications à caractère général les plus notables insérées dans la loi par cette réforme, citons l'interdiction de toute stipulation prévoyant que le commerçant puisse unilatéralement modifier les éléments essentiels du contrat, notamment la nature, le prix des biens ou des services ou le cas échéant, la durée du contrat, s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée⁹³⁸. Par ailleurs, l'obligation pour le commerçant de divulguer le prix total du produit ou du service est dorénavant insérée dans la LPC. L'annonce du prix doit clairement indiquer le coût total à déboursier par le consommateur pour obtenir le produit ou le service⁹³⁹. Les dommages convenus en cas d'inexécution ont également subi des modifications. Est donc interdite toute stipulation prévoyant le paiement par le consommateur de frais, de dommages ou de pénalités fixés à l'avance, autres que les intérêts, à moins que le règlement fixe des conditions, pour les contrats de vente ou de location à long terme d'une automobile.

Puis, la portée matérielle du recours en injonction a été élargie⁹⁴⁰. La loi reconnaît maintenant aux organismes de protection du consommateur constitués en personnes morales depuis au moins un an le droit d'exercer un recours en injonction. En effet,

⁹³⁶Dans le cadre de la réforme de la LPC, en juin 2010, l'Office de la protection du consommateur a présenté à l'Assemblée nationale du Québec un projet de loi sur la revente des billets de spectacles et d'événements sportifs. Le Projet de loi n° 25, *Loi visant à interdire la revente de billets de spectacles à un prix supérieur au prix annoncé par le vendeur autorisé*, 2^e sess, 39^e lég, Québec, 2011 (sanctionné le 26 octobre 2011) entré en vigueur le 7 juin 2012. Cette loi vise à interdire au commerçant d'exiger du consommateur un prix supérieur à celui autorisé par le producteur pour la vente d'un billet, sauf à certaines conditions.

⁹³⁷LQ 2009 c 51, *supra* note 148.

⁹³⁸LPC, *supra* note 8, art 11(2).

⁹³⁹*Ibid*, art 224(2).

⁹⁴⁰*Ibid*, art 316(1).

avant cette réforme, le pouvoir de recourir à une injonction n'était reconnu qu'au président de l'OPC⁹⁴¹.

Afin d'assurer un meilleur équilibre entre les parties contractuelles sont dorénavant réglementés les contrats d'achat de cartes prépayées⁹⁴², les contrats de service à exécution successive relatifs à un enseignement, un entraînement ou une assistance⁹⁴³, les contrats à exécution successive de services fournis à distance⁹⁴⁴ et les contrats de garantie prolongée⁹⁴⁵.

Contrairement à la carte de crédit, la carte prépayée⁹⁴⁶ a l'avantage de limiter le surendettement. Toutefois, elle présente le sérieux désavantage d'être souvent assortie de certaines dispositions assimilables à des clauses abusives. Par exemple, une pratique répandue était de facturer au consommateur des frais non notifiés, en l'obligeant à payer pour l'émission ou l'activation d'une carte-cadeau, ce qui se traduisait par des frais de crédit cachés ou plus élevés. D'autres pratiques consistaient à empêcher le consommateur d'obtenir le remboursement des soldes inutilisés ou à ne pas lui communiquer les dates de péremption de la carte⁹⁴⁷. Le législateur a donc décidé d'intervenir afin d'encadrer les pratiques commerciales liées à ce type de carte de plus en plus populaire, mais qui, trop souvent, ne respectaient pas l'esprit de la LPC.

⁹⁴¹ *Ibid*, art 316(2).

⁹⁴² *Ibid*, art 187(1) à 187(5).

⁹⁴³ *Ibid*, art 188 à 214.

⁹⁴⁴ *Ibid*, art 214(1) à 214(11)

⁹⁴⁵ *Ibid*, art 228(1).

⁹⁴⁶ La carte prépayée est définie à l'article 187(1) de la loi: un certificat, une carte ou tout instrument d'échange permettant au consommateur de se procurer un bien ou un service offert par un ou plusieurs commerçants, moyennant un paiement effectué à l'avance; *Ibid*, art 187(1).

⁹⁴⁷ Voir Option consommateurs, *La protection des consommateurs utilisant des cartes de paiement prépayées : Un instrument laissé aux forces du marché*, Rapport rédigé par Option consommateurs et présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, juin 2008, en ligne: OC <http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/rapports/services_financiers/oc_ic_cartes_prepayees_200806.pdf >.

Les services à exécution successive sont des services dont l'exécution est répartie sur plusieurs jours, semaines ou mois, moyennant rémunération⁹⁴⁸. Par exemple, les cours de danse, de musique, de développement personnel, de couture, de tennis ou encore de conduite automobile sont inclus dans cette catégorie spécifique de services⁹⁴⁹. Certains types de services à exécution successive sont toutefois exclus de la portée de la LPC⁹⁵⁰.

Le contrat de service à exécution successive relatif à un enseignement, un entraînement ou une assistance implique généralement un engagement d'une durée relativement longue. Il est fréquent que les commerçants offrant ce type de services proposent au consommateur de s'engager dans un deuxième contrat, une fois que le premier est terminé en le présentant comme étant indispensable. La LPC offre donc une réglementation spécifique sur le contrat accessoire⁹⁵¹. Dans le but de protéger le consommateur, plus précisément de façon à prévenir la perte de sommes importantes dans une quelconque éventualité l'empêchant de respecter le contrat conclu à long terme, la loi offre la possibilité de le résilier en tout temps, sans avoir à fournir de motif.

Par ailleurs, le législateur a voulu cibler les contrats dans le domaine de la câblodistribution et de la téléphonie cellulaire, car ils contenaient fréquemment des clauses abusives, et leurs clauses manquaient de clarté. Étant donné le débat sur la compétence provinciale dans ce type de contrat, la réglementation d'un éventail plus

⁹⁴⁸ Au regard de la loi, les services à exécution successive sont définis comme étant des services fournis sous forme d'un enseignement théorique ou pratique, un entraînement ou une assistance aux fins de développer, de maintenir ou d'améliorer la santé, l'apparence, l'habileté, les qualités, les connaissances ou les facultés intellectuelles, physiques ou morales d'une personne; *Ibid*, art 189(a).

⁹⁴⁹ La jurisprudence y a, par exemple, inclus les services de garderie; *Vo Buu c 9128-9272 Québec inc (Garderie Les Canaries)*, 2009 QCCQ 2010 (CQ).

⁹⁵⁰ En effet, l'article 188 prévoit les exceptions suivantes: les contrats d'institutions publiques comme les écoles administrées par les organismes gouvernementaux, les écoles, les collèges et les universités, les institutions déclarées d'intérêt public, les corporations municipales, les écoles professionnelles et les cours sans rémunération directe ou indirecte de l'utilisateur et toute autre personne déterminée par le règlement. L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 368.

⁹⁵¹ LPC, supra note 8, art 206-213.

large de contrats apporta une solution. Ainsi, le contrat à exécution successive de services fournis à distance est un contrat dont la prestation des services est réalisée à distance, échelonnée sur plusieurs fois ou de façon continue⁹⁵². Les contrats de téléphonie cellulaire et résidentielle ou de services de télédistribution par câble ou par satellite et les contrats d’approvisionnement de services Internet ou de systèmes d’alarme en constituent des exemples concrets.

La LPC impose désormais un formalisme contractuel rigide en prescrivant dans l’article 214(2), une liste de mentions spécifiques devant figurer dans le contrat de prestation de services⁹⁵³. La communication d’informations complètes et plus transparentes concernant ces contrats était l’objet de cette étape de la réforme, tout comme l’information sur les restrictions d’utilisation des services fournis en vertu de tels contrats.

Finalement, avant de proposer au consommateur de conclure un contrat de garantie prolongée, le commerçant est obligé d’informer son client oralement et par écrit, de l’existence et du contenu de la garantie offerte gratuitement par le fabricant⁹⁵⁴.

C. Le projet de modification en cours: la lutte contre le surendettement

La réforme débutée en 2006 n’est pas encore terminée. Le projet de loi n° 24 sur le crédit à la consommation est actuellement à l’étude à l’Assemblée nationale du Québec⁹⁵⁵.

⁹⁵²*Ibid*, art 214(1).

⁹⁵³RLPC, *supra* note 320, art 79(8).

⁹⁵⁴LPC, *supra* note 8, art 228(1).

⁹⁵⁵Qc, PL 24, *supra* note 149. Voir <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/39-2/journal-debats/20110608/40195.html>>.

1. Le surendettement

Une étude effectuée par Statistique Canada fournit des données concernant la période s'échelonnant de 1984 à 2009. Pendant cette période, malgré la croissance du revenu disponible par ménage, la dette réelle moyenne des ménages canadiens a plus que doublé, passant de 46 000 \$ à 110 000 \$. La baisse du taux d'intérêt a été inversement proportionnelle à la croissance de l'endettement moyen des ménages, diminuant encore plus à partir de 2002. Depuis 2002, la croissance de la dette s'est accélérée et, en 2009, elle s'élève à 148 % du revenu⁹⁵⁶. Selon la Coalition des associations de consommateur du Québec, l'endettement moyen des Canadiens atteignait 123,5 % de leur revenu annuel net en 2006⁹⁵⁷.

Dans un rapport, l'Union des consommateurs soutient que « le consommateur aurait perdu le contrôle de ses dépenses au point de ne plus pouvoir faire face à ses obligations de crédit »⁹⁵⁸. Le rôle des institutions prêteuses à l'égard de cette perte de contrôle ne peut être sous-estimé. La faiblesse des taux d'intérêt, l'accentuation de la concurrence, la déréglementation du marché financier et, principalement, l'innovation en matière de produits financiers et l'assouplissement des contraintes en matière de crédit jouent un rôle majeur dans l'évolution du phénomène du surendettement⁹⁵⁹.

La notion de surendettement, étant toujours associée à l'impossibilité du consommateur de payer ses dettes, n'est pas définie avec précision. Le besoin d'une

⁹⁵⁶ Matt Hurst, *Endettement et types de familles au Canada*, 15 août 2012, en ligne : Statistique Canada <<http://www.statcan.gcca/pub/11-008-x/2011001/article/11430-fra.pdf>> [Hurst, « Endettement »].

⁹⁵⁷ Coalition des associations de consommateur du Québec, « Quelques chiffres intéressants », 11 avril 2012, en ligne : CACQ <<http://www.cacq.ca/dans-la-marge/2007/statistiques.html>>.

⁹⁵⁸ Union des consommateurs, *Surendettement: prévenir plutôt que guérir*, Rapport final du projet présenté au Bureau de la Consommation d'Industrie Canada, Québec, juin 2009, en ligne : UC <http://uniondesconsommateurs.ca/docu/budget/SurendettementPrevenir_F.pdf> [Union des consommateurs, *Surendettement*].

⁹⁵⁹ Hurst, « Endettement », *supra* note 956.

formulation légale de manière à appliquer la loi a inspiré à Marc Lacoursière et Arthur Oulaï une proposition de définition du terme à l'usage du législateur⁹⁶⁰.

En juin 2011, l'Union des consommateurs présentait un rapport au Bureau de la consommation d'Industrie Canada sur les modes de paiements préférés des consommateurs⁹⁶¹. Celui-ci montre que, en raison des désavantages de l'argent comptant (le risque de se faire voler et la difficulté de manipuler ou de transporter des sommes importantes), les consommateurs préfèrent aujourd'hui d'autres modes de paiement. Parmi ceux-ci, les cartes de débit et les cartes de crédit venaient au premier rang. Ces moyens de paiement sont très faciles à utiliser et permettent de prévenir les fraudes. L'Union des consommateurs avance en outre que « [l]es programmes de récompenses associés à l'utilisation des cartes de crédit encouragent l'utilisation de ce mode de paiement »⁹⁶².

2. Le projet de loi n° 24

Les principales mesures proposées par le projet de loi n° 24 portent non seulement sur des outils visant à assurer une meilleure protection au consommateur québécois dans

⁹⁶⁰Marc Lacoursière, avec la collaboration d'Arthur Oulaï, *Observations relatives à la Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation (projet de loi n° 24)*, Québec, 27 octobre 2011, en ligne: ASSNAT <www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CRC/mandats/Mandat-16545/memoires-deposes.html> à la p 3. [Lacoursière, *Observations*]. L'auteur remarque que l'article L330-1 du *Code de la consommation* français définit le surendettement de la façon suivante « [l]a situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ».

⁹⁶¹Union des Consommateurs, « Nouveaux modes de paiement : le Canada est-il prêt? », Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, 4 octobre 2011, en ligne : Union des consommateurs <http://uniondesconsommateurs.ca/docu/protec_conso/NouveauxModesPaiement.pdf>.

⁹⁶²*Ibid*, aux pp 99-100.

le domaine du crédit, mais favorisent surtout une mise à jour indispensable de la LPC. En effet, l'évolution des pratiques commerciales est extrêmement rapide et ingénieuse, demandant au législateur habileté et souplesse pour les encadrer.

L'objet du projet concerne la lutte contre le surendettement, et l'augmentation du versement minimal du solde mensuel est l'une des modifications proposées par le projet les plus débattues dans la presse⁹⁶³. Si la limite minimale de paiement est très basse, le risque de surendettement est grand, car le consommateur aura besoin de beaucoup de temps pour acquitter la totalité du solde. Le projet fait passer la limite actuelle de 2 % du paiement minimum périodique à 5 % dans un délai de trois ans. Selon ce projet, l'état de compte d'une carte de crédit doit indiquer une estimation du temps nécessaire au consommateur pour payer le solde total restant s'il ne verse que le paiement minimal.

126(1). Dans le cas d'un contrat conclu pour l'utilisation d'une carte de crédit, le paiement minimum requis pour la période ne peut être moindre que 5 % du solde du compte à la fin de la période.

La préoccupation du législateur envers l'information fournie au consommateur est très présente dans le projet n° 24. À cet égard, il propose des modifications sur plusieurs types de contrats : le contrat de prêt d'argent⁹⁶⁴, le contrat de crédit

⁹⁶³Yves Therrien, « Québec s'attaque au surendettement des consommateurs » *Le Soleil [de Montréal]*, 08 juin 2011, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/le-soleil/affaires/consommation/201106/08/01-4407345-quebec-sattaque-au-surendettement-des-consommateurs.php>>. Dans cette chronique, le journaliste cite le ministre de la Justice d'alors, Jean-Marc Fournier, donnant l'exemple du solde moyen de carte de crédit se situant à 10 000 \$ Can : «[i]l faudra près de 80 ans pour rembourser la dette en versant uniquement le minimum mensuel de 2 %, et le consommateur aura payé plus de 45 000 \$ en frais de crédit»; Stéphanie Grammond, « Québec s'attaque au surendettement » *La Presse [de Montréal]*, 09 juin 2011, en ligne: <<http://affaires.lapresse.ca/finances-personnelles/consommation/201106/09/01-4407451-quebec-sattaque-au-surendettement.php>> ; « Endettement : des consommateurs oubliés par le gouvernement? » *Argent, Quebecor Media [de Montréal]*, 21 juin 2012, en ligne : <<http://argent.canoe.ca/lca/affaires/quebec/archives/2012/06/endettement-consommateurs-oublies.html>>.

⁹⁶⁴Qc, PL 24, *supra* note 149, art 115 proposé.

variable⁹⁶⁵, le contenu de l'état de compte adressé au consommateur à la fin de chaque période⁹⁶⁶, le contrat de vente à tempérament⁹⁶⁷, le contrat assorti d'un crédit⁹⁶⁸ et le contrat de location à long terme⁹⁶⁹.

L'une des plus importantes modifications figurant dans ce projet de loi n° 24 concerne l'obligation du fournisseur de crédit d'évaluer la capacité du consommateur de contracter le crédit demandé, afin de s'assurer que la conclusion de ce contrat n'entraîne pas le surendettement du consommateur.

Article 103(4). Avant de conclure un contrat de crédit avec un consommateur ou d'augmenter la somme jusqu'à concurrence de laquelle un crédit lui a déjà été consenti, le commerçant doit vérifier la capacité du consommateur de rembourser le crédit demandé. Un règlement peut prévoir tout renseignement dont le commerçant doit tenir compte dans sa vérification et fixer des conditions d'application du présent article.

Cette obligation est déjà prévue par l'Union européenne⁹⁷⁰, par le *Code de la consommation* en France⁹⁷¹, par la *Loi fédérale sur le crédit à la consommation* en Suisse⁹⁷², et aux États-Unis⁹⁷³. Tous ces textes précisent les modalités de l'examen visant à s'assurer de la capacité du consommateur à contracter un crédit.

⁹⁶⁵ *Ibid*, art 125 proposé.

⁹⁶⁶ *Ibid*, art 126 proposé.

⁹⁶⁷ LPC, *supra* note 8, art 134.

⁹⁶⁸ *Ibid*, art 150.

⁹⁶⁹ *Ibid*, art 150(4) et 150(9)(2).

⁹⁷⁰ CE, *Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil*, [2008] JO L 133/66, art 8 [Directive 2008/48/CE].

⁹⁷¹ France, *Code de la consommation*, art L-311-8 et s.

⁹⁷² Suisse, LCC, 221.214.1, art 22 et ss.

⁹⁷³ États-Unis, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub L n° 111-203 (2010), art 1411 et s.

L'Heureux et Lacoursière regrettent que le projet de loi n'oblige pas le prêteur à conseiller le consommateur au moment de l'étude préalable de sa capacité de crédit⁹⁷⁴.

L'offre de crédit constitue un geste qui peut avoir des lourdes conséquences pour le consommateur, et la généralisation des cas de surendettement peut compromettre la stabilité des milieux financiers et économiques dans leur ensemble. La crise financière de 2007-2009 qui a frappé les États-Unis et le monde occidental dans son ensemble, bien qu'à des degrés divers témoigne de ce risque⁹⁷⁵.

Le projet contient l'importante proposition de supprimer l'alinéa « c » de l'article 6 de la LPC, « ce qui aurait pour effet de confirmer l'assujettissement du crédit garanti par hypothèque à la loi, selon L'Heureux et Lacoursière⁹⁷⁶. En effet, le but du législateur de prévenir le surendettement grâce à l'insertion dans la LPC de nouvelles règles sur le crédit à la consommation serait complètement mis en péril si le crédit hypothécaire continuait d'être exclu de la portée de la loi. À ce propos, dans le document présenté à la Commission des relations avec les citoyens, Option Consommateur s'interroge sur l'absence dans le projet de loi de dispositions particulières applicables à ce type de contrats. En effet, il semble que le contrat de crédit garanti par une hypothèque immobilière sera soumis aux règles générales⁹⁷⁷.

⁹⁷⁴ L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 194. Dans le même sens, Éric Balate, « Le contrat de crédit : les techniques en aval pour contrôler l'endettement » dans André Laurin, dir, *Endettement des consommateurs, chronique d'une catastrophe annoncée : actes du colloque. Colloque international sur la consommation, les 12 et 13 mars 2009*, Cowansville, Yvon Blais, 2010 à la p 47.

⁹⁷⁵ L'Heureux et Lacoursière, *ibid* à la p 94.

⁹⁷⁶ *Ibid* à la p 43.

⁹⁷⁷ « Nous nous questionnons donc sur les possibles exemptions qui seront (ou non) aménagées dans le règlement d'application ». Option Consommateurs, *Observations sur le projet de loi n 24, Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*, Québec, (25 octobre 2011), en ligne : OC < http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/memoires/services_financiers/oc_commentaires_loi24_20111025.pdf > à la p 5 [Option, « Observations »].

Le consommateur plus vulnérable a également été visé par les auteurs du projet. En effet, ce dernier propose d'interdire d'émettre une carte de crédit à une personne mineure, sauf si son tuteur légal a fourni au préalable un consentement écrit.

Le projet n° 24 offre au consommateur la possibilité d'opposer au prêteur les moyens de défense qu'il peut faire valoir à l'encontre d'un commerçant, comme la non-conformité du contrat, l'annulation volontaire ou judiciaire du contrat, le droit de compensation ou la note de crédit⁹⁷⁸. On assurerait au consommateur le droit de résilier à tout moment et à sa discrétion un contrat accessoire conclu à l'occasion d'un contrat de crédit⁹⁷⁹.

De plus, le projet de loi régleme, la publicité du crédit, grâce à des mesures pertinentes et opportunes. Ainsi, on propose d'introduire l'obligation d'un message publicitaire clair, lisible et compréhensible⁹⁸⁰. Ce dernier, en matière de crédit, ne pourrait pas suggérer au consommateur que le crédit peut améliorer sa situation financière ou résoudre ses problèmes d'endettement⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ Qc, PL 24, *supra* note 149, art 103(1) proposé : « Le consommateur qui a utilisé la totalité ou une partie du capital net d'un contrat de prêt d'argent pour payer en totalité ou en partie l'achat ou le louage d'un bien ou la prestation d'un service peut opposer au prêteur ou à son cessionnaire les moyens de défense qu'il peut faire valoir à l'encontre du commerçant vendeur, locateur, entrepreneur ou prestataire du service, lorsque le contrat de prêt a été conclu à l'occasion et en considération du contrat de vente ou de louage d'un bien ou du contrat de service et que le commerçant et le prêteur ont collaboré en vue de l'octroi de ce crédit à ce consommateur. Le premier alinéa s'applique également, compte tenu des adaptations nécessaires, au consommateur qui a utilisé la totalité ou une partie du crédit consenti dans le cadre d'un contrat de crédit variable conclu à l'occasion et en considération d'un contrat de vente ou de louage d'un bien ou d'un contrat de service ».

⁹⁷⁹ *Ibid*, art 79(1).

⁹⁸⁰ *Ibid*, art 223(1) proposé : « Un commerçant, un fabricant ou un publicitaire doit dans un message publicitaire concernant un bien ou un service, présenter toutes les informations de façon claire, lisible et compréhensible et de la manière prescrite par règlement ».

⁹⁸¹ *Ibid*, art 244 proposé : « Nul ne peut, à l'occasion d'un message publicitaire concernant le crédit, faire par quelque moyen que ce soit à un consommateur une représentation fausse ou trompeuse selon laquelle le crédit peut améliorer sa situation financière ou résoudre ses problèmes d'endettement ».

§ 2. La réforme institutionnelle et la révision du Code de protection du consommateur au Brésil

En mars 2013, un décret a créé un Plan national de consommation et de citoyenneté ainsi qu'une Chambre nationale des relations de consommation⁹⁸². Comme le but de ce décret était de mettre à jour les relations de consommation, il propose trois axes principaux pour le Plan : l'institution d'une politique visant à réduire les causes de conflit les plus communes entre consommateurs et fournisseurs ; l'adoption d'un système efficace pour remédier aux conflits ; et l'application de sanctions et de punitions aux délinquants. De son côté, la Chambre, constituée d'un conseil de ministres et de membres d'agences de régulation, se veut un forum pour discuter des éventuelles actions, mesures et nouveaux objectifs à adopter en matière de consommation. En outre, ce décret assure aux *Procons*⁹⁸³ davantage d'autonomie en leur permettant de punir et d'imposer des restrictions aux fournisseurs qui ne respectent pas les normes de protection du consommateur.

Cette réforme institutionnelle s'accompagne en outre d'une restructuration de la politique nationale de protection du consommateur qui vient à nouveau renforcer les structures étatiques. Récemment, on a procédé à une réforme au niveau institutionnel. Celle-ci concerne le mandat de coordination du Système national de défense des consommateurs du Département de protection et de défense du consommateur (DPDC)⁹⁸⁴. Les autres compétences et aspects du mandat de cette institution restent intacts. Un décret adopté en mai 2012⁹⁸⁵ prévoit la création d'une nouvelle institution ayant le mandat exclusif de coordonner le Système national de défense des consommateurs : le Bureau national du consommateur (*Secretaria Nacional do Consumidor*, dont l'abréviation officielle est SENACON). Ce Bureau est toutefois

⁹⁸²Decreto n. 7.963 de 18 mars 2013.

⁹⁸³Voir la partie II.1, ci-dessous, pour l'explication de ce concept.

⁹⁸⁴Voir la partie II.1, ci-dessous, pour l'explication de ce concept.

⁹⁸⁵Décret 7.738 du 28 mai 2012

uniquement constitué du DPDC. L'intention était donc de séparer le DPDC du Bureau de droit économique (*Secretaria de Direito Econômico*) du Ministère de la Justice fédéral, duquel il faisait partie depuis sa création, afin d'en faire une entité autonome à l'intérieur dudit Ministère.

Le décret modifie l'article 106 du CDC ainsi que l'article 3 du décret 2.181/1997 afin d'y inclure de façon spécifique le SENACON et de confier à cette entité du Ministère de la Justice le rôle de coordinateur du système national de défense des consommateurs. De façon plus spécifique, on y stipule que le SENACON a le rôle d'assurer la planification, l'élaboration, la coordination et l'exécution de la politique nationale relative aux relations de consommation⁹⁸⁶. Les tâches premières du SENACON sont la gestion du Système national d'informations pour la défense des consommateurs (SINDEC), l'organisation de l'École nationale de défense des consommateurs, les activités relatives à la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, la répression des pratiques illégales et le perfectionnement des réglementations. Par ce changement institutionnel à l'intérieur du Ministère, le gouvernement cherche à donner plus de visibilité, d'importance et d'autonomie à sa division chargée de la protection des consommateurs. En effet, de la façon dont sont constitués les ministères fédéraux au Brésil, les divisions portant le nom de *Secretaria* ont une importance hiérarchique supérieure à celle de *Departamentos*.

La réforme reflète aussi une conscientisation plus grande face à la mondialisation des marchés et à l'internationalisation de la problématique de la protection du consommateur puisque le SENACON reçoit le mandat de représenter les intérêts des consommateurs brésiliens devant les organisations internationales telles que le MERCOSUR et l'Organisation des États Américains.

⁹⁸⁶Le SENACON a le mandat d'assurer la planification, l'élaboration, la coordination et l'exécution de la politique nationale relative aux relations de consommation, avec les objectifs suivants : (i) garantir la protection et l'effectivité des droits des consommateurs ; (ii) faire la promotion de relations de consommation harmonieuses ; et (iii) encourager l'intégration et l'effectivité des acteurs du Système national de défense des consommateurs [notre traduction].

En décembre 2010, le Sénat fédéral créé une commission afin de mettre à jour les normes du CDC⁹⁸⁷. Cette commission est composée des juristes Antônio Herman Benjamin (président de la commission), Claudia Lima Marques, Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer et Kazuo Watanabe. En juin 2011, elle a déposé un rapport contenant trois avant-projets préliminaires. Le premier a pour objet les normes générales du CDC et le commerce électronique (A), le deuxième, le crédit et le surendettement (B) et le troisième, l'action collective et ses aspects instrumentaux (C).

A. Le projet de loi no 281 de 2012⁹⁸⁸

Le projet de loi n° 281, publié dans le journal officiel du Sénat fédéral le 3 août 2012, propose des modifications dans les normes générales du CDC (1) et dans celles portant sur la compétence (2). Le même projet introduit de nouvelles normes applicables au commerce électronique (3).

1. Quelques propositions de modifications des normes générales du CDC

Au principe d'interprétation de la norme la plus favorable déjà prévu dans l'article 47⁹⁸⁹, s'ajoute celui de l'intégration de la norme la plus favorable⁹⁹⁰, ce qui est opportun devant la multiplicité des normes du domaine de la consommation. L'inclusion de ce principe dans un nouveau paragraphe unique du premier article du CDC montre l'importance que lui accorde la Commission et à quel point elle souhaite

⁹⁸⁷ Acte n° 305 du Président du Sénat fédéral (*Ato n 35 do Presidente do Senado Federal*).

⁹⁸⁸ Br, *Projeto de Lei do Senado 281 de 2012* [Br, PL 281].

⁹⁸⁹ CDC, *supra* note 13, art 47 : « *As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor* ». « Les clauses contractuelles seront interprétées de la façon la plus favorable pour le consommateur » [notre traduction].

⁹⁹⁰ Br, PL 281, *supra* note 988, art 40(I) proposé : « *As normas e os negócios jurídicos devem ser intrpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor* » « Les normes et les affaires juridiques doivent être interprétées et intégrées de la façon la plus favorable au consommateur » [notre traduction].

le rendre incontournable. En outre, la Commission a voulu renforcer les droits fondamentaux du consommateur en en ajoutant deux à la liste de l'article 6, l'un portant sur la protection de la vie privée⁹⁹¹ et l'autre, sur la liberté de choix⁹⁹²

L'introduction de ce dernier droit vise à protéger le consommateur contre toute forme de harcèlement l'incitant à consommer. La doctrine brésilienne, qui a proposé l'introduction de ce critère du harcèlement, se garde toutefois de le définir, préférant laisser cette tâche aux législateurs, à la jurisprudence et aux auteurs de la doctrine qui voudraient éventuellement le caractériser. Une telle pratique est commune dans la culture juridique brésilienne : les auteurs tentent souvent d'apporter des pistes de réflexion en avançant de nouveaux concepts susceptibles d'être ensuite mieux définis. Ce concept de harcèlement incitant à la consommation doit donc être perçu comme une notion encore en cours de construction.

Par ailleurs, la Commission propose de considérer la notion plus spécifique du « harcèlement de consommation », défini comme étant un appel destiné au consommateur visant à lui offrir un crédit tout en ayant recours à des expressions courtes et fausses, comme « pas d'intérêt » ou « crédit gratuit ». L'intention de la Commission est ici d'interdire l'utilisation de telles expressions afin de protéger le consommateur, notamment contre le risque de surendettement.

De plus, la Commission a considéré l'augmentation⁹⁹³ et la complexité croissante des relations de consommation comme étant un élément important dans la reconnaissance

⁹⁹¹*Ibid, supra* note 988, art 6(XI) proposé : « *A autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico* » « Le droit d'une personne de déterminer l'usage fait des données la concernant (*autodeterminação*), la protection de la vie privée et la sécurité des informations et des données personnelles fournies ou recueillies par n'importe quel moyen, y compris par mode électronique » [notre traduction].

⁹⁹²*Ibid, supra* note 988, art 6(XII) proposé : « *A liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo* » « La liberté de choix, particulièrement face aux nouvelles technologies et aux réseaux de données et l'interdiction de toute forme de discrimination ou de harcèlement de consommation visant à inciter à la consommation » [notre traduction].

des nouveaux droits fondamentaux du consommateur. Dans le monde virtuel d'aujourd'hui, la protection de données personnelles n'est pas couverte par le droit à la vie privée. Le droit de déterminer ce qui est fait des données concernant chaque individu (*autodeterminação*) constitue un droit fondamental en soi, résultant de la réalité virtuelle actuelle. Pour le titulaire de données personnelles, cela concerne la possibilité d'en déterminer librement l'utilisation et la divulgation. Il est ici question d'un droit fondamental, assurant à une personne la liberté exclusive de contrôler, de la façon dont elle l'entend, l'utilisation qui sera faite des informations la concernant. Or, le monde virtuel facilite l'utilisation en chaîne de toutes les données disponibles dans Internet. Le but premier de cette circulation des données est de prouver l'existence du titulaire de ces informations. Dans un tel contexte, il est impératif d'assurer au consommateur son droit de protéger ses informations personnelles en lui laissant la prérogative d'autoriser que ces données soient fournies dans le cadre des relations de consommation dans lesquelles il s'engage. L'interprétation d'une telle autorisation demeure toutefois restreinte, ne pouvant en aucun cas servir à justifier une utilisation de ces données dans un but autre que celui pour lequel elles ont été obtenues.

L'obtention d'une autorisation préalable de la part du consommateur est donc un élément important de ce droit à déterminer la transmission de ses données personnelles. Dans les cas impliquant un consommateur, Benjamim explique que sa vulnérabilité est accentuée par la situation de supériorité du détenteur de la banque de données. En effet, ce dernier a la possibilité de divulguer ces informations⁹⁹³. Ainsi, le droit à fixer le sort de ses informations personnelles (*autodeterminação*), le droit à

⁹⁹³Au *Procon* de SP, pendant le premier trimestre de 2010, 9 000 plaintes portant sur des contrats conclus par voie électronique ont été déposées. Pendant le premier trimestre de 2011, c'est 22 000 plaintes de ce type qui ont été enregistrées. Paulo Arthur Lencioni Góes, « Comércio eletrônico: desafios e perspectivas nas relações de consumo », Allocution, Conférence 8^o *Seminário sobre Relações de Consumo*, Hotel Golden Tulip, São Paulo, 26 septembre 2011 [non publié].

⁹⁹⁴Benjamim, Marques et Bessa, *Manual*, *supra* note 562 à la p 253.

la sécurité des informations et le droit à la vie privée constituent un ensemble qui établit un nouveau type de droit fondamental pour le consommateur.

2. Les normes sur la compétence

Le projet de loi n° 281 propose de modifier de façon importante les normes de la compétence des tribunaux dans les actions judiciaires en responsabilité du fournisseur, notamment de faire prévaloir ladite compétence du lieu du domicile du consommateur, tout en permettant, sous certaines conditions, l'élection du for par le demandeur. Le projet déclare comme nulles les clauses d'élection du for et les clauses d'arbitrage établies par le fournisseur. Le projet précise encore les questions de compétence en matière de conflits résultant de relations de consommation internationales⁹⁹⁵.

3. Une nouvelle section relative au commerce électronique

Le chapitre sur les pratiques commerciales propose d'ajouter une nouvelle section de dispositions légales réglementant le commerce électronique, applicable aux activités des fournisseurs de produits ou services par voie électronique ou similaire⁹⁹⁶. Le projet de loi n° 281 vise notamment à : renforcer l'obligation de fournir une information détaillée ; ajouter certaines obligations spécifiques du fournisseur ; réglementer de manière plus rigide le message publicitaire ; assurer au consommateur son droit de repentir et augmenter la responsabilité pénale et administrative du fournisseur.

Ainsi dans le cadre d'un contrat électronique, le fournisseur aurait une obligation précontractuelle d'informer plus en détail le consommateur que les dispositions de la

⁹⁹⁵Br, PL 281, *supra* note 988, art 101 proposé.

⁹⁹⁶*Ibid*, art 45(A).

loi dans le cas de contrats non électroniques⁹⁹⁷. Bien entendu, un fournisseur ayant recours au contrat électronique aura aussi davantage d'obligations contractuelles⁹⁹⁸. L'envoi de publicité non sollicitée par le consommateur serait interdit. Pour assurer le droit de repentir, le contrat électronique serait considéré comme étant un contrat conclu à distance, ce qui garantit le droit de repentir du consommateur dans les sept jours suivants la conclusion du contrat. Le CDC ayant adopté le critère d'« acte du consommateur à l'extérieur de l'établissement » pour définir le contrat à distance, cette précision explicite au sujet du contrat électronique qui figure dans le projet de loi mettrait fin au débat consistant à savoir si le contrat électronique représente ou non un contrat conclu à distance. Finalement, le projet propose de nouvelles sanctions administratives⁹⁹⁹ et l'ajout d'une nouvelle infraction pénale reliée à la protection des informations concernant le consommateur¹⁰⁰⁰.

B. Le projet de loi n° 282 de 2012

Le projet de loi n° 282 de 2012¹⁰⁰¹ porte sur les actions collectives en matière de protection du consommateur et plus particulièrement celles ayant pour objet la défense d'intérêts individuels homogènes. Ces recours représentent le dernier type de

⁹⁹⁷*Ibid*, art 45(B).

⁹⁹⁸*Ibid*, art 45(D)(II) proposé. Parmi celles-ci, on propose notamment la possibilité d'être contacté par le consommateur, afin d'être en mesure de relever et de corriger d'éventuelles erreurs avant ou au cours de la conclusion du contrat. Aussi, le fournisseur doit envoyer au consommateur la confirmation immédiate de la réception de l'offre, la manifestation de l'exercice du droit de repentir envoyée par le consommateur et une copie du contrat sur un support durable.

⁹⁹⁹*Ibid*, art 56(XIII) proposé. Les sanctions proposées sont la suspension temporaire et l'interdiction d'offre du commerce électronique.

¹⁰⁰⁰*Ibid*, art 72(A) proposé. Selon le projet, le fait de véhiculer, de loger, d'afficher, de vendre, d'utiliser, de partager, de donner ou de transférer, peu importe la façon, des données, des informations ou des identificateurs personnels sans l'autorisation expresse ou le consentement informé de leur titulaire constitue une infraction pénale sauf dans les cas d'exceptions prévues par la loi.

¹⁰⁰¹Br, *Projeto de Lei do Senado 282 de 2012* [Br, PL 282].

protection collective introduits dans le système juridique brésilien et sont similaires à la *class action* étasunienne, ou encore au recours collectif québécois¹⁰⁰².

La première modification proposée concerne la définition du droit individuel homogène, compris dans le projet comme étant un droit résultant d'une origine commune, de fait ou de droit, pour lequel un traitement d'ensemble convient en raison de l'utilité collective de la protection¹⁰⁰³. Outre l'origine commune de fait ou de droit, le projet introduit donc un nouvel élément dans la définition de l'intérêt individuel homogène: l'utilité collective. Cela ne nous semble pas une bonne initiative, car ce nouveau paramètre pourrait engendrer une réduction de la portée de la protection collective des intérêts individuels homogènes dans le domaine de la consommation.

En plus de prescrire le traitement prioritaire¹⁰⁰⁴ des procédures impliquant des droits collectifs et de permettre à l'aide juridique¹⁰⁰⁵ d'intenter des actions collectives¹⁰⁰⁶, le projet prévoit des règles concernant les frais à verser à l'association de consommateurs participant à la demande, en cas de décision favorable ou lorsque le recours exige de l'association des travaux complexes¹⁰⁰⁷. Cela représente une initiative efficace visant à stimuler l'engagement des associations de consommateurs dans les causes de défense collective de leurs intérêts¹⁰⁰⁸.

Par ailleurs, le projet se penche sur les procédures en matière d'actions collectives, proposant le respect des procédures ordinaires prévues dans le Code de procédure

¹⁰⁰²Voir la partie II.2 pour l'analyse de ce thème.

¹⁰⁰³Br, PL 282, *supra* note 1001, art 81(III) proposé.

¹⁰⁰⁴*Ibid*, art 81 para 2 proposé.

¹⁰⁰⁵Voir la partie II.3 pour l'analyse de cette question.

¹⁰⁰⁶Br, PL 282, *supra* note 1001, art 82 (V) proposé.

¹⁰⁰⁷*Ibid*, art 87 para 2 proposé.

¹⁰⁰⁸Ainsi, lorsqu'il estime être en présence d'un intérêt public pertinent dans le cadre d'une action entamée par une association de consommateurs, le juge peut obliger le défendeur à verser à celle-ci une compensation financière, indépendamment des frais résultant de la condamnation; *ibid*, art 87 para 3 proposé.

civile, tout en adoptant les modifications prévues dans le CDC¹⁰⁰⁹. Parmi celles-ci, un plus large pouvoir discrétionnaire est assuré au juge, lui permettant par exemple d'augmenter les délais procéduraux et de modifier l'ordre de production de la preuve¹⁰¹⁰.

En outre, le projet de loi n° 282 suggère à la fois un certain renforcement du rôle du juge¹⁰¹¹, et l'assurance que celui-ci accordera un traitement prioritaire aux actions collectives par rapport aux actions individuelles¹⁰¹² en préconisant la conciliation, qui deviendrait une phase initiale officielle de la procédure d'une action collective de défense des intérêts du consommateur¹⁰¹³.

Une autre initiative intéressante de ce projet de loi porte sur l'insertion d'un chapitre V prévoyant la création d'un registre national des actions collectives¹⁰¹⁴, d'un registre national des enquêtes civiles¹⁰¹⁵ et d'un autre répertoriant les modalités d'ajustement de conduites (TAC)¹⁰¹⁶. Un tel système s'avère important non seulement pour permettre aux acteurs chargés de la protection du consommateur d'échanger des informations, mais surtout pour éviter la prolifération de demandes ayant le même objet¹⁰¹⁷.

¹⁰⁰⁹Br, PL 282, *supra* note 1001, art 90(A) proposé.

¹⁰¹⁰*Ibid*, art 90(A) para 1(I) et (II) proposés.

¹⁰¹¹Le juge a la possibilité de promouvoir la conciliation à tous les stades de la procédure; *ibid*, art 90(B) proposé. Le projet prévoit la possibilité pour le juge de soumettre la question aux audiences publiques; *ibid*, art 90(J) proposé.

¹⁰¹²*Ibid*, art 104(A) proposé.

¹⁰¹³*Ibid*, art 90(B) proposé.

¹⁰¹⁴Le Conseil national de justice serait chargé de ce cadastre afin d'en permettre l'accès aux organismes du pouvoir judiciaire et aux acteurs intéressés par les informations pertinentes en matière d'actions collectives.

¹⁰¹⁵Le Conseil national du ministère public serait responsable du cadastre national des enquêtes civiles et de celui répertoriant les modalités d'ajustement de conduites (TAC), dont la finalité est aussi d'en faciliter l'accès aux acteurs intéressés.

¹⁰¹⁶Voir la partie II.1, ci-dessous, pour l'explication de ce concept.

¹⁰¹⁷Le projet propose d'établir l'obligation d'une consultation préliminaire de ces registres d'actions collectives et d'enquêtes civiles, consultation qui devrait être démontrée dans la requête introductive; *ibid*, art 90(A)§2 proposé.

La Cour supérieure a récemment clos le débat sur le délai de prescription en confirmant le délai de cinq ans prévu par l'article 21 de la *Loi sur l'action civile publique*¹⁰¹⁸, malgré les positions contraires minoritaires des ministres Nancy Andrichi et Paulo de Tarso Sanseverino¹⁰¹⁹. Le projet entend augmenter à dix ans ce délai de prescription pour les actions collectives¹⁰²⁰, si la loi ne prévoit pas un délai plus favorable pour le sujet vulnérable, selon l'article 27(A). Si d'un côté, un délai de prescription plus limité répond à la souplesse exigée pour la rapidité des transactions d'aujourd'hui, d'un autre côté, le statut différencié de l'intérêt protégé, c'est-à-dire son caractère collectif, doit assurer aux actions qui les défendent un délai de prescription plus long.

C. Le projet de loi n° 283 de 2012¹⁰²¹

Différents facteurs expliquent pourquoi le législateur a décidé de dédier un projet de loi à la problématique du surendettement. D'abord, la démocratisation de l'accès au crédit, phénomène récent au Brésil, a bouleversé le marché brésilien en ouvrant le crédit à des millions des personnes qui n'y avaient jamais eu accès auparavant. Selon une recherche faite par Boa Vista Seguros, entreprise menant le service central brésilien de protection du crédit, 35 millions de personnes ont eu accès au crédit pour la première fois de leur vie au cours des 5 dernières années¹⁰²².

¹⁰¹⁸ *Loi sur l'action civile publique*, supra note 11.

¹⁰¹⁹ *STJ, 2ª Seção, Resp. nº 1.070.896/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 14/04/2010, DJ 04/08/2010.*

¹⁰²⁰ Br, PL 282, supra note 1001, art 27(A), art 81 § 5 et art 90(A) § 5 proposés.

¹⁰²¹ Br, *Projeto de Lei do Senado 283 de 2012* [Br, PL 283].

¹⁰²² Boa Vista Seguros, *Mercados Endividamento e Inadimplência – Mitos e Verdades 2012*, rapport de recherche, septembre 2012, en ligne : Boavistaserviços <http://www1.boavistaservicos.com.br/upload/mkt/mercados_endividamento2012.pdf>. Cette recherche menée au niveau national constitue le troisième livre de la série « Mercados ». *Estadão conteúdo*, « Pesquisa aponta 35 milhões de novos tomadores de crédito »

Traditionnellement, les bénéfiques inflationnistes du secteur financier brésilien venaient surtout des ventes payées en argent comptant. Depuis le contrôle graduel de l'inflation¹⁰²³, les bénéfiques dans ce secteur sont davantage le résultat des opérations de crédit. Le crédit aux personnes physiques est rapidement devenu un soutien important de l'activité économique¹⁰²⁴. Cependant, historiquement, les citoyens brésiliens ont en général montré peu d'intérêt pour la culture de l'épargne, notamment en raison de l'appropriation par le gouvernement fédéral en 1992 de l'épargne des individus et des longues années d'inflation que le pays a connues¹⁰²⁵.

Le pays connaît actuellement une importante croissance du volume de crédit¹⁰²⁶, et ce, pour plusieurs raisons, dont l'adoption de diverses mesures économiques, surtout la diminution des taux d'intérêts, ajoutée à l'augmentation du nombre d'emplois dans l'économie formelle et à des mesures d'inclusion sociale. Une partie importante de la population brésilienne accède depuis peu au marché, mais le surendettement est déjà bien présent : de mai 2010 à mai 2011, le nombre de familles endettées a augmenté de

Estadão [São Paulo], 27 septembre 2012, en ligne : Br.finanças <<http://br.financas.yahoo.com/noticias/pesquisa-aponta-35-milh%C3%B5es-novos-151200661.html>>.

¹⁰²³Ce contrôle a été mis en place notamment à partir de juillet 1994, grâce au « Plano Real », initiative du ministre des Finances d'alors, Fernando Henrique Cardoso. Le succès du « Plano Real » a été consolidé grâce à l'élection de Cardoso à la présidence pendant les deux périodes suivantes, de 1995 à 1998 et 1999 à 2002.

¹⁰²⁴Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), *Superendividamento no Brasil, Maio de 2008, São Paulo*, rapport de recherche, en ligne : Senado Federal <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/20100420/Relatorio_Idec_Superendividamento_CI_FINAL.pdf> à la p 6.

¹⁰²⁵Ces années d'inflation marquèrent le gouvernement de Collor de Mello, qui fut le premier président brésilien à subir une procédure d'*impeachment*, résultant de la pression populaire.

¹⁰²⁶La « nouvelle classe moyenne » est définie par le ministre du Bureau des questions stratégiques, lié à la présidence de la République, comme étant constituée des familles ayant un revenu mensuel de R\$ 291 à R\$ 1.019 (C\$ 141,50 à C\$ 495,50, selon le taux de change du 4 octobre 2012). Autrement dit, une famille, et non une personne seule, ayant un revenu annuel de C\$ 1800 est dorénavant considérée comme faisant partie de la classe moyenne! Secretaria de Assuntos Estratégicos, « Nos últimos 10 anos, 35 milhões de pessoas entraram na classe média (G1, em 20.09.2012) » (4 octobre 2012) en ligne : Secretaria de Assuntos Estratégicos <<http://www.sae.gov.br/site/?p=13361>>

7,1 %, atteignant une proportion de 21,5 %¹⁰²⁷. L'appel du crédit facile attire le nouveau consommateur brésilien, car il ignore l'ampleur des effets du non-remboursement de prêts contractés auprès d'institutions financières.

En résumé, le projet de loi n° 283 propose la création de mécanismes de prévention du surendettement, la reconnaissance explicite de normes garantissant les pratiques de crédit responsable, l'éducation financière, et l'accompagnement en tant que parties intégrantes d'un nouveau droit fondamental du consommateur¹⁰²⁸. Par ailleurs, le projet suggère que la prévention du surendettement figure parmi les normes de protection contractuelle¹⁰²⁹.

En outre, ce projet brésilien, à l'exemple de son homologue québécois, donne une grande importance à l'obligation d'informer le consommateur. Celle-ci impose de fournir les renseignements nécessaires afin de déterminer avec précision la valeur du contrat et l'identité du fournisseur, ce qui semble tout à fait raisonnable, compte tenu des spécificités caractéristiques aux contrats de crédit et des conséquences néfastes entraînées par le défaut de paiement.

Le projet définit le surendettement comme étant le fait pour un consommateur d'avoir plus de trente pour cent de son revenu mensuel net consacré au remboursement de l'ensemble de ses dettes non professionnelles, sans compter le financement de l'achat de son logement, et de ne pas disposer de biens lui appartenant qui seraient suffisants pour lui permettre de s'acquitter de ses dettes¹⁰³⁰. Les législateurs cherchent en effet à

¹⁰²⁷Gabriel Caprioli, « Número de famílias endividadadas cresceu em 2012, diz FecomércioSP », 10 octobre 2012, en ligne: Valor Econômico <<http://www.valor.com.br/brasil/2715188/numero-de-familias-endividadadas-cresceu-em-2012-diz-fecomerciosp#ixzz1xrtcAkS4>>.

¹⁰²⁸Br, PL 283, *supra* note 1021, art 6(XI) proposé.

¹⁰²⁹Une nouvelle section est proposée dans le chapitre VI, *ibid*: « Section IV. De la prévention du surendettement », « *Seção IV : Da prevenção do superendividamento* » [notre traduction].

¹⁰³⁰Br, PL 283, *supra* note 1021, art 104(A), para 1 proposé.

introduire dans le système positif brésilien cette restriction, déjà courante¹⁰³¹ dans la jurisprudence brésilienne¹⁰³², soit le fait de limiter à 30 % du revenu net le versement maximal des remboursements à échéances prélevés directement sur les salaires et les retraits. Ce versement maximal est reconnu comme représentant le « crédit consigné »¹⁰³³. Le fondement de cette limitation est de garantir au consommateur un « minimum existentiel », une norme figurant dans le chapitre du projet de loi consacré à la conciliation en matière de surendettement du consommateur¹⁰³⁴. En effet, lors d'une audience de conciliation, le consommateur est invité à présenter une proposition de planification de paiement, devant tous les créanciers, qui l'acquittera de sa dette totale dans un délai maximal de cinq ans, tout en assurant son « minimum existentiel ». En outre, ce chapitre propose de donner au juge le pouvoir d'imposer la conciliation entre les créanciers et le consommateur surendetté, à la demande de ce dernier dans le but de renégocier ses dettes¹⁰³⁵.

¹⁰³¹La loi brésilienne intègre fréquemment des normes de conduite qui s'appliquent déjà ou déjà mises en œuvre par la jurisprudence, de façon à les imposer comme étant désormais des normes légales. L'exemple le plus éloquent d'une telle intégration est celui du congé de paternité, reconnu par des conventions collectives signées par diverses catégories de travailleurs depuis les années 1970, qui mena à son insertion dans la Constitution fédérale de 1988, *supra* note 12.

¹⁰³²TJRJ, 6^a Câmara Cível, 0061138-17.2010.8.19.0000, *Agravo de Instrumento*, 1^a Ementa Des. Pedro Freire Raguelet, j. 12.01.2011; TJRJ, 8^a Câmara Cível, 0047673-38.2010.8.19.0000, *Agravo de Instrumento*, 1^a Ementa Des. Norma Suely, j. 16/12/2010; TJRJ, 9^a Câmara Cível, 0296497-12.2008.8.19.000, *Apelação*, 2^a Ementa Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 17.05.2011; TJRJ, 16^a Câmara Cível, 0000550-40.2011.8.19.0087, *Apelação*, 1^a Ementa Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito, j. 29.08.2011.

¹⁰³³Voir Fabiana D'Andréa Ramos, « Superendividamento e o inadimplemento do fornecedor nos contratos de empréstimo » et Clarissa Costa de Lima, Rosângela Lunardelli Cavallazzi et Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, « O Crédito consignado, a prevenção e o tratamento do superendividamento » dans Fonseca, Ramos et Bourgoignie, *Diálogos*, *supra* note 455.

¹⁰³⁴*Ibid* Capítulo V Da conciliação no superendividamento.

¹⁰³⁵Le projet de loi n° 283 est inspiré d'un modèle spécifique, celui découlant de l'expérience liée à un projet mis en place à la fin 2006 dans deux villes de l'État de Rio Grande do Sul, Charqueadas e Sapucaia do Sul, à l'initiative des juges titulaires de la juridiction de ces deux municipalités, Clarissa Costa de Lima et Karin Bertoncello. Ayant comme point de départ les données obtenues par une recherche sur le surendettement menée par la professeure Claudia Lima Marques, de la Faculté de droit de l'Université fédérale de Rio Grande do Sul, ce projet permettait au consommateur surendetté de renégocier ses dettes grâce à des séances de conciliation réunissant le consommateur et ses créanciers. À la suite du succès de cette initiative, des projets semblables furent mis sur pied dans plusieurs autres juridictions du pays, plus précisément dans les états du Paraná, de Pernambuco et de São Paulo. Deux

Les législateurs à l'origine du projet cherchent à innover en attribuant au fournisseur la responsabilité de conseiller le consommateur sur les conséquences de la conclusion du contrat. Reconnaissant la vulnérabilité du consommateur, surtout face au pouvoir de séduction exercé par la publicité en matière de crédit, on propose d'obliger le fournisseur à évaluer la capacité du consommateur de payer le crédit demandé. Le législateur entend d'ailleurs s'attaquer à la publicité en matière de crédit, ce qui représente une initiative essentielle au regard de la réalité du surendettement brésilien¹⁰³⁶.

Par ailleurs, le projet de loi n° 283 prévoit l'inclusion dans la CDC de nouvelles pratiques commerciales et clauses abusives, spécifiques de la protection précontractuelle et contractuelle à l'égard du surendettement et du contrat de crédit¹⁰³⁷.

Finalement, les auteurs du projet cherchent à s'attaquer à la situation réelle dans laquelle le contrat de crédit est conclu directement dans l'établissement commercial

autres initiatives importantes de conciliation concernant le consommateur surendetté ont été instaurées: l'une, par le service d'aide juridique de l'État do Rio de Janeiro et l'autre, par le *Procon* de l'Etat de São Paulo, les premiers organismes brésiliens à créer un service de base s'adressant au consommateur surendetté. Pour plus de détails, voir Karen Rick Danilevicz Bertocello et Clarissa Costa de Lima, « Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto-piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor » (2007) 63 Revista de Direito do Consumidor 173.

¹⁰³⁶Au-delà des règles insérées dans l'article 37 sur la publicité abusive et trompeuse, la publicité en matière de crédit et de vente par versements échelonnés dans le temps doit indiquer, au minimum, l'agent financier et le coût total à payer, avec et sans financement. Le projet interdit à l'offre, par voie de publicité ou non : a) d'indiquer un prix identique pour un paiement à crédit échelonné en plusieurs versements et un paiement en un seul versement au moment de la vente, sauf s'il s'agit d'un règlement par carte de crédit effectué en un seul versement; b) de mentionner un crédit qualifié de «sans intérêt», « gratuit », « sans frais », « frais zéro » ou de toute autre expression ayant un sens similaire, sauf s'il s'agit de paiement par carte de crédit effectué en un seul versement; c) d'indiquer la possibilité de conclure une opération de crédit sans consultation des services de protection de crédit ou sans évaluation préliminaire de la situation financière du consommateur; (d) d'occulter les risques et le fardeau de la conclusion d'un crédit, de rendre difficile cette compréhension ou d'encourager l'endettement, notamment si le consommateur est âgé ou adolescent; Br, PL 283, *supra* note 1021, art 37 proposé.

¹⁰³⁷Br, PL 283, *ibid*, art 54(F) et 54(G) proposés.

du fournisseur comme s'il s'agissait d'un seul contrat¹⁰³⁸. Or, lorsqu'un problème survient avec le produit ou le service, on fait souvent fi de la connexion originale et les deux contrats sont considérés de façon indépendante. C'est pourquoi le droit de repentir prévu dans le Code implique aussi la résolution du contrat connexe.

¹⁰³⁸ Ainsi, le projet introduit une importante innovation concernant la connexion entre le contrat principal de livraison d'un produit ou d'un service et le service accessoire lorsque le prêteur a) contacte le fournisseur du produit ou du service pour la conclusion du contrat de crédit, b) offre le crédit dans l'endroit où le fournisseur pratique ses activités ou dans l'endroit où le contrat principal a été conclu, c) indique que le produit ou le service est une unité économique du contrat de crédit ou en est la garantie; *ibid*, art 54(E) proposé.

SECONDE PARTIE

LES MESURES VISANT À FACILITER LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR DU QUÉBEC ET LE CODE DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR DU BRÉSIL

Cette seconde partie de cet ouvrage invite à une réflexion sur l'efficacité de la protection du consommateur dans les deux juridictions retenues dans le cadre de la présente étude.

Trois ensembles de mesures susceptibles de contribuer à la mise en œuvre effective de la LPC et du code brésilien du consommateur (CDC) sont étudiés dans les chapitres qui suivent.

Un premier chapitre s'intéresse au cadre institutionnel spécifique mis en place pour la protection du consommateur au Québec et au Brésil : nous y dressons un portrait des institutions administratives chargées de la protection du consommateur tandis que seront ensuite analysées les contributions des autres acteurs importants que sont d'une part les institutions judiciaires spécialisées dans le domaine de la consommation et, d'autre part, le mouvement associatif sont évaluées (chapitre 1). Dans la perspective de la vocation collective du droit de la consommation, nous nous interrogeons ensuite sur l'importance des moyens mis à la disposition des consommateurs au Québec et au Brésil en vue de faire valoir leurs droits collectifs (chapitre 2). Enfin, nous nous pencherons sur deux instruments complémentaires, dont l'impact est certes plus limité mais jugé essentiel pour faciliter l'accès des consommateurs à la justice sont évoqués (chapitre 3).

CHAPITRE 1 : LE SUPPORT D'UN CADRE INSTITUTIONNEL SPÉCIFIQUE

La mise en place d'un cadre institutionnel spécifique au domaine de la protection du consommateur constitue un facteur important pour garantir l'efficacité de l'application de la LPC et du CDC. Au sein de ce cadre institutionnel, les institutions administratives chargées de la protection du consommateur jouent un rôle majeur (section 1) ; d'autres acteurs dont la contribution se révèle essentielle sont d'une part les institutions judiciaires spécialisées (section 2) et, d'autre part, les organisations représentatives des intérêts des consommateurs et de la société civile (section 3).

Section 1. Les institutions administratives chargées de la protection des consommateurs

Tant au Québec (§1) qu'au Brésil (§2), des institutions administratives spécifiques sont chargées de la protection du consommateur.

§ 1. Au Québec

L'Office de la protection du consommateur (OPC), un organisme public aux fonctions essentiellement administratives, a été créé en 1971, lors de l'entrée en vigueur de la première loi québécoise de protection du consommateur¹⁰³⁹. La constitution et les rôles de l'Office sont donc prévus dans la loi de protection du consommateur depuis son origine.

L'OPC faisait partie du ministère des Consommateurs, coopératives et institutions financières. En 1978, il est devenu un organisme indépendant relevant du ministre délégué à l'Habitation et à la Protection du consommateur. De 1985 à 1995, l'organisme releva du ministre de la Justice, de 1995 à 2004, du ministre délégué aux Relations avec les citoyens et de l'Immigration, et, depuis 2004, de nouveau du ministre de la Justice¹⁰⁴⁰. Le gouvernement fixe les salaires du personnel de l'OPC¹⁰⁴¹ ainsi que son budget¹⁰⁴². Les pouvoirs de l'Office sont strictement délimités par la

¹⁰³⁹Loi de 1971, *supra* note 7.

¹⁰⁴⁰Pour une étude plus détaillée de sa place dans la structure gouvernementale, voir la page officielle de l'Office de la protection du consommateur : <www.opc.gouv.qc.ca/WebForms/APropos/Historique.aspx>.

¹⁰⁴¹LPC, *supra* note 8, art 298.

¹⁰⁴²*Ibid*, art 362. Au moment de sa création, le budget de l'Office était de 300 000\$. En 1990, il a atteint 14 millions de dollars, quand l'organisme subventionnait 41 groupes de défense des consommateurs pour un total de 720 000 \$. En 1995, le budget de l'OPC a subi des coupures importantes. Voir Union des consommateurs, « Quelques points de repère chronologiques » (25 juillet 2012), en ligne : Union des consommateurs <www.uniondesconsommateurs.ca/qui-sommes-nous/historique/quelques-points-de-repere-chronologiques/> [Union, « Points de repère

loi¹⁰⁴³. Ses fonctionnaires sont nommés pour un mandat d'au plus trois ans, sauf le président et le vice-président dont le mandat est de cinq ans maximum¹⁰⁴⁴. Organisme collégial, les décisions sont prises par son conseil d'administration¹⁰⁴⁵.

Selon les termes de la loi, l'« Office est chargé de protéger le consommateur et à cette fin »¹⁰⁴⁶, de : (a) surveiller l'application des quatre lois placées sous sa responsabilité, soit la *Loi sur la protection du consommateur*, la *Loi sur les agents de voyages*¹⁰⁴⁷, la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*¹⁰⁴⁸ et la *Loi sur le recouvrement de certaines créances*¹⁰⁴⁹ et les règlements correspondants; (b) recevoir les plaintes du consommateur québécois; (c) éduquer et renseigner la population sur ce qui a trait à la protection du consommateur; (d) faire des études concernant le thème de la protection du consommateur, et selon le cas, transmettre ses recommandations au ministre; (e) promouvoir et subventionner la création et le développement de services ou d'organismes destinés à protéger le consommateur et coopérer avec ces services ou organismes; (f) sensibiliser les commerçants, les fabricants et les publicitaires aux besoins et aux demandes des consommateurs; (g) promouvoir les intérêts des consommateurs devant tout organisme gouvernemental dont les activités affectent le consommateur ainsi que (i) coopérer avec les divers ministères et organismes gouvernementaux du Québec en matière de protection du consommateur et coordonner le travail accompli dans ce but par ces ministères et organismes.

chronologiques »]. Michelle Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité » (2007) 41 RJT 1 à la p 78. Selon l'auteur, « le budget assuré à l'Office est assez limité ».

¹⁰⁴³La LPC, *supra* note 8 régit l'Office de la protection du consommateur dans le Chapitre I du Titre V, *ibid* aux articles 291-320.

¹⁰⁴⁴*Ibid*, art 295.

¹⁰⁴⁵*Règlement de régie interne de l'Office de la protection du consommateur*, c P-40.1, r 2 [*Règlement de régie interne*].

¹⁰⁴⁶LPC, *supra* note 8, art 292

¹⁰⁴⁷LRQ, c A-10, *supra* note 105.

¹⁰⁴⁸LRQ, c A-23.001, *supra* note 317.

¹⁰⁴⁹LRQ, c R-22, *supra* note 272.

Annuellement, environ 175 000 consommateurs contactent l'OPC afin de se renseigner sur leurs droits et recours¹⁰⁵⁰. Une équipe de 35 agents répond à ces demandes principalement par téléphone, et éventuellement par courriel, sur le site web ou en personne. Dans ce dernier cas, le consommateur est dirigé vers l'un des 11 bureaux régionaux répartis dans toute la province : Abitibi-Témiscamingue; Bas-Saint-Laurent; Capitale-Nationale Chaudières-Appalaches; Côte-Nord; Estrie; Gaspésie-Îles-de-la-Madeleine; Laurentides-Lanaudière; Centre du Québec-Mauricie; Montréal-Laval-Montérégie; Outaouais et Saguenay -Lac-Saint-Jean. Près de 85% des demandes « résultent d'une difficulté, réelle ou appréhendée, relative à la bonne exécution »¹⁰⁵¹ de la relation contractuelle établie avec le commerçant, tandis que 15% précèdent la conclusion d'un contrat.

Lorsqu'une plainte laisse apparaître une violation de l'une des lois administrées par l'OPC, celui-ci incite le consommateur à déposer plainte. L'envoi subséquent d'une copie de la plainte au commerçant mène parfois ce dernier à conclure une entente avec le consommateur. En 2010-2011, le taux de réussite des conciliations effectuées par les agents de l'OPC a été de 47 %¹⁰⁵².

Lorsqu'une plainte est déposée, l'organisme joue toujours la fonction de conciliateur des parties, indépendamment de la nature du différend entre le consommateur et le commerçant¹⁰⁵³. Cependant, suivant la tendance réductrice de l'État québécois, l'effectif de l'OPC a diminué de façon draconienne depuis 1992. Le directeur des services aux consommateurs à l'OPC, M. Gary Frost, affirme que de 1992 à 2007,

¹⁰⁵⁰ Québec, Office de la protection du consommateur, *Mémoire présenté à la Commission des institutions concernant l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Québec, 2012 à la p 3 [Office, *Mémoire concernant l'Avant-projet*].

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² Québec, Office de la protection du consommateur, *Rapport annuel de gestion 2010-2011*, en ligne : < http://www.opc.gouv.qc.ca/Documents/Publications/Corporatives/Rapport_annuel_2010-2011.pdf > à la p 70 [Office, *Rapport annuel 2010-2011*].

¹⁰⁵³ La conciliation, ainsi que la médiation et l'arbitrage, constitue une méthode alternative de règlement de conflit caractérisée par le fait que les parties tentent de parvenir à un règlement à l'amiable, grâce à un tiers, soit un conciliateur, pour trouver une solution à leur différend.

l'effectif de la fonction publique a été restreint de 4 %, tandis que l'effectif de l'OPC a été réduit de 59 % pendant la même période¹⁰⁵⁴. Par conséquent, en raison de ces contraintes budgétaires, l'OPC a dû réévaluer sa capacité organisationnelle, ce qui a été fait au moment de sa planification stratégique 2009-2013¹⁰⁵⁵. Pour atteindre les objectifs énoncés dans ce plan, notamment ceux établis au point 2.1, soit de rehausser le niveau de respect des lois et au point 2.2, soit de faciliter l'accès des consommateurs aux recours judiciaires, l'OPC a mis davantage l'accent sur ses activités pénales. Ainsi, le point 4.1 prévoit d'équilibrer les mandats attribués à l'OPC par la loi. Cela se traduit par une augmentation des activités de surveillance par les agents de protection du consommateur et, par conséquent, par une réduction du temps disponible pour le travail de conciliation de litiges purement civils. Le rôle de médiateur de l'OPC a donc été concentré sur les « seules plaintes comportant une double occasion d'intervention [...] par le traitement de leur volet pénal justifiant une intervention auprès du commerçant et de leur volet civil »¹⁰⁵⁶.

L'OPC joue un rôle très actif dans le volet « information au consommateur ». Sur son site Web, il publie des renseignements sur les droits du consommateur ainsi que des dépliants sur une variété de sujets vulgarisés pour en faciliter la compréhension¹⁰⁵⁷.

Une banque de données contenant des renseignements divers sur les commerçants est mise à la disposition du consommateur. Celui-ci peut donc s'informer si le commerçant qui l'intéresse a fait l'objet de plaintes, s'il est titulaire d'un permis, s'il

¹⁰⁵⁴Gary Frost, « La résolution des différends en consommation : l'expérience de la conciliation à l'Office de la protection du consommateur » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Accès des consommateurs à la justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 69 à la p 84 [Frost, « La résolution des différends en consommation »].

¹⁰⁵⁵Québec, Office de la protection du consommateur, *Plan stratégique 2009-2013 Des consommateurs responsables et confiants dans un marché équilibré*, 2009, en ligne <http://www.opc.gouv.qc.ca/Documents/Publications/Corporatives/Planification_2009-2013.pdf>.

¹⁰⁵⁶Frost, « La résolution des différends en consommation », *supra* note 1054 à la p 86.

¹⁰⁵⁷Dans une langue facile d'accès, une série de questions sur différents sujets de consommation illustre aussi le thème de réflexion sur le site de l'organisme. Voir Office de la protection du consommateur, « Sujets de consommation », 10 octobre 2012, en ligne : Gouvernement du Québec <www.opc.gouv.qc.ca/Index.aspx#>.

a reçu des sanctions pénales ou subi des interventions juridiques¹⁰⁵⁸. La page Web propose aussi au consommateur une démarche de règlement de problème avec un commerçant¹⁰⁵⁹.

L'OPC utilise divers outils de relations de presse : la diffusion de communiqués de presse, la rédaction de chroniques, des entrevues ou encore en fournissant des renseignements aux journalistes¹⁰⁶⁰. L'OPC Éducation est un autre outil important pour sensibiliser les jeunes consommateurs sur leurs droits.

Au-delà des ses publications administratives¹⁰⁶¹, l'OPC fait d'importantes études sur divers sujets de consommation. Par exemple en septembre 2012, l'Office a lancé un nouveau guide sur la publicité destinée aux enfants¹⁰⁶².

Le législateur québécois a choisi de doter l'OPC de rapidité et de souplesse en conférant divers pouvoirs à son président afin de lui permettre de réagir et de faire face aux nouvelles pratiques contractuelles. Celui-ci procède soit à la suite de plaintes de consommateurs qui lui sont adressées, soit de sa propre initiative. Son pouvoir étant discrétionnaire, c'est à lui de déterminer la pertinence d'agir.

Le président détient le pouvoir de délivrer un permis aux commerçants exerçant certaines activités expressément désignées par la LPC ou par l'une des lois dont

¹⁰⁵⁸Office de la protection du consommateur, « Renseignez-vous sur un commerçant », 10 octobre 2012, en ligne : Gouvernement du Québec < <http://www.opc.gouv.qc.ca/WebForms/PES/Profil/Informations.aspx> >.

¹⁰⁵⁹Office de la protection du consommateur, « Régler un problème avec un commerçant », 10 octobre 2012, en ligne : Gouvernement du Québec < <http://www.opc.gouv.qc.ca/PES/PGProbComrc/WebForms/accueil01.aspx> >.

¹⁰⁶⁰Office, *Rapport annuel 2010-2011*, *supra* note 1052 à la p 69.

¹⁰⁶¹Office de la protection du consommateur, « Publications administratives » (10 octobre 2012), en ligne : Gouvernement du Québec < <http://www.opc.gouv.qc.ca/WebForms/Publications/PublicationsCorporatives.aspx> >.

¹⁰⁶²Québec, Office de la protection du consommateur, « Publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans. Guide d'application des articles 248 et 249 Loi sur la protection du consommateur », septembre 2012, en ligne <<http://www.opcgouv.qc.ca/WebForms/SujetsConsommation/FinancesAssurances/PubliciteTrompeusePratiques/EnfantsPub.aspx>>

l'administration incombe à l'OPC. Doivent ainsi disposer d'un permis les agents de voyages¹⁰⁶³, les agents de recouvrement¹⁰⁶⁴ et, selon l'article 321 de la LPC, le commerçant itinérant, le commerçant qui conclut des contrats de prêt régis par la loi, le commerçant qui opère un studio de santé et le commerçant qui offre un contrat de garantie supplémentaire relative à une automobile, à une motocyclette ou à une autre catégorie de bien déterminée par voie réglementaire¹⁰⁶⁵. Le permis est délivré une fois vérifiées les conditions de moralité énoncées dans l'article 325.

La LPC détermine qu'une décision du président refusant l'émission d'un permis doit être motivée¹⁰⁶⁶. Cette décision, tout comme celle qui suspend ou annule le permis déjà délivré, doit être notifiée préalablement au demandeur ou au titulaire¹⁰⁶⁷.

Chargé personnellement de veiller à l'application des lois dont l'administration incombe à l'OPC, le président de l'Office se voit conférer par l'article 305 de la LPC un large pouvoir d'enquête. Celui-ci implique l'inspection dans l'établissement d'un commerçant, d'un fabricant ou d'un publicitaire, l'examen des registres, livres, comptes, pièces, justificatives et d'autres documents et celui des biens mis en vente ou vendus ainsi que le prélèvement d'échantillons aux fins d'expertise¹⁰⁶⁸. À l'occasion d'une enquête, le président peut exiger toute information relative à l'application d'une loi ou d'un règlement dont l'Office doit surveiller

¹⁰⁶³LRQ, c A-10, *supra* note 1047.

¹⁰⁶⁴LRQ, c R-22, *supra* note 1049.

¹⁰⁶⁵*Placement Mirok inc c Québec (Office de la protection du consommateur)*, EYB 2004-68776 (CS).

¹⁰⁶⁶LPC, *supra* note 8, art 334 : « La décision de refuser de délivrer un permis comme celle de le suspendre ou de l'annuler doit être motivée. Le président doit notifier par écrit sa décision à la personne concernée ».

¹⁰⁶⁷*Ibid*, art 333 : « Le président doit, avant de refuser ou délivrer un permis à une personne ou avant de suspendre ou d'annuler le permis qu'il lui a délivré, notifier par écrit à cette personne le préavis prescrit par l'article 5 de la loi sur la justice administrative (LRQ, c J-3) et lui accorder un délai d'au moins 10 jours pour présenter ses observations ».

¹⁰⁶⁸*Ibid*, art 306. Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la Consommation*, *supra* note 84 à la p 656. À propos des inspections faites par le président de l'OPC, les auteurs affirment qu'« elles peuvent se faire sur une base de routine, sans qu'aucun motif n'existe à l'effet qu'une infraction a été commise ».

l'application¹⁰⁶⁹. Il peut également exiger du commerçant un rapport sur ses activités et sur tout ce qui concerne « son compte de réserves et tous comptes en fidéicommiss aux époques et en la manière que le président détermine »¹⁰⁷⁰. L'action du président dans l'exercice de ses fonctions ou de la personne autorisée par lui¹⁰⁷¹ ne peut pas être entravée¹⁰⁷². Le refus du commerçant d'accomplir les demandes du président, ou la fourniture de fausses informations sont sanctionnées pénalement (article 277 (b), (c) et (e) de la LPC).

Le président a le pouvoir d'exiger d'un commerçant, un fabricant ou un publicitaire de lui communiquer le contenu de la publicité utilisée ou lui démontrer la véracité d'un message publicitaire diffusé¹⁰⁷³. Il peut aussi ordonner que le commerçant lui fournisse les renseignements relatifs au taux de crédit imposés aux consommateurs, puis divulguer ces informations au public¹⁰⁷⁴. La LPC lui assure aussi le pouvoir de demander une injonction administrative, s'il a des raisons de croire que les sommes d'argent gardées en fidéicommiss risquent d'être dilapidées (article 310).

Le président de l'OPC détient le pouvoir important d'appliquer aux commerçants coupables de pratiques commerciales non conformes à la loi des sanctions administratives, comme, à titre d'illustration, celles prévues aux articles 306 et 312. La discrétion attribuée au président lui réserve le choix de la sanction qui lui paraît la plus appropriée. En cas d'infraction grave ou présentant un caractère répétitif, il peut s'adresser au procureur général afin que celui-ci entame une poursuite au niveau pénal¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁶⁹LPC, *supra* note 8, art 306(1).

¹⁰⁷⁰*Ibid*, art 306(2).

¹⁰⁷¹*Ibid*, art 305(2).

¹⁰⁷²*Ibid*, art 307.

¹⁰⁷³*Ibid*, art 311 et 312.

¹⁰⁷⁴*Ibid*, art 313.

¹⁰⁷⁵*Ibid*, art 277.

La loi reconnaît au président de l'Office le droit d'exercer un recours en injonction auprès de la Cour afin d'exiger que la personne s'étant livrée à une pratique interdite prévue dans le titre II de la LPC y renonce¹⁰⁷⁶. Le président détient ainsi le droit d'aller en justice¹⁰⁷⁷, de manière préventive, pour mettre un terme à l'usage de certaines clauses interdites dans les contrats de consommation¹⁰⁷⁸. En cas de non-respect de l'injonction, le président peut présenter une requête pour outrage au tribunal¹⁰⁷⁹.

L'article 277 dresse la liste des infractions qui relèvent de l'ordre public. Ces infractions sont passibles de sanctions pénales sous la forme soit de l'imposition d'une amende¹⁰⁸⁰, soit d'une ordonnance d'injonction¹⁰⁸¹, soit d'une ordonnance rectificative¹⁰⁸². L'ordonnance rectificative est un pouvoir assuré au juge qui lui permet de rétablir des faits concernant un bien ou un service ou une publicité à propos d'un bien ou d'un service et ayant pu induire les consommateurs en erreur. Lorsqu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction à l'article 278, la loi assure au juge le pouvoir d'imposer une ordonnance rectificative à la demande du poursuivant¹⁰⁸³. Devant un commerçant faisant déjà l'objet d'une injonction permanente, le président doit s'adresser au tribunal afin d'obtenir une ordonnance rectificative¹⁰⁸⁴, lui garantissant le droit d'intervenir « à tout moment avant jugement dans une instance relative à une loi ou à un règlement dont l'Office doit surveiller l'application »¹⁰⁸⁵. À propos du rôle de l'OPC dans l'application de sanctions pénales, Michelle Cumyn affirme que « [l']Office dispose finalement de moyens

¹⁰⁷⁶*Ibid*, art 316(1)

¹⁰⁷⁷Lors de la dernière modification de la loi, entrée en vigueur par l'adoption du projet de loi n° 60, *supra* note 148, ce pouvoir a été aussi reconnu aux organismes de défense du consommateur.

¹⁰⁷⁸LPC, *supra* note 8, art 215-253

¹⁰⁷⁹*Ibid*, art 316 troisième partie.

¹⁰⁸⁰*Ibid*, art 278-280.

¹⁰⁸¹*Ibid*, art 316.

¹⁰⁸²*Ibid*, art 278.

¹⁰⁸³L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 645.

¹⁰⁸⁴LPC, *supra* note 8, art 317.

¹⁰⁸⁵*Ibid*, art 318. Voir *Gatti c Gareau Motors Sales Inc*, [1981] CP 400.

d'intervention assez limités tant au chapitre des sanctions préventives que curatives
 »¹⁰⁸⁶.

Le président de l'Office est également habilité à accepter l'engagement volontaire d'un commerçant à respecter les dispositions de la loi et, au-delà, d'un code de conduite général (art. 314 et 315 LPC)¹⁰⁸⁷. L'engagement volontaire prend la forme d'une entente signée par un commerçant (engagement volontaire individuel) ou par des commerçants (engagement volontaire collectif) et le président de l'Office¹⁰⁸⁸. Il revêt la nature juridique d'un contrat unilatéral à titre gratuit étant donné l'assujettissement de l'une des parties (le commerçant) et l'absence de contrepartie dans le chef de l'autre partie (l'OPC)¹⁰⁸⁹.

Sa transgression ouvre la porte à l'application de sanctions pénales et administratives; l'engagement volontaire peut aussi prévoir l'indemnisation des consommateurs. Lacoursière affirme que

[l']obligation ainsi contractée pourra alors avoir un caractère pécuniaire ou non, ouvrant alors la porte à des sanctions pénales (art. 277), à des sanctions civiles, comme une injonction (art. 314, al. 2) ou à l'exécution forcée (art. 272a), ou à des sanctions administratives, comme le refus de délivrer un permis (art. 325e), ou sa suspension ou son annulation (art. 329e)¹⁰⁹⁰.

L'article 315(1) permet au gouvernement d'étendre par décret, avec ou sans modifications, l'application d'un engagement volontaire « à tous les commerçants

¹⁰⁸⁶Michelle Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité » (2007) 41 *Revue juridique Thémis* 1 à la p 80.

¹⁰⁸⁷Pauline Roy, « L'élaboration d'une politique en consommation et le contenu d'une nouvelle législation », dans Maniet, *supra* note 55, 43 à la p 50.

¹⁰⁸⁸*Québec (PG) c Groupe TCG (Québec inc)*, [1987] RJQ 693 (Cour des sessions de la paix); *PG Québec c Les distributions Canovex inc*, [1996] JQ 5302 (CQ).

¹⁰⁸⁹Dans ce sens, Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 84 à la p 663 et Guillaume Talbot-Lachance, *L'engagement volontaire en droit de la consommation québécois*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 2009 à la p 125 [Talbot-Lachance, *L'engagement volontaire*].

¹⁰⁹⁰L'Heureux et Lacoursière, *ibid* à la p 663. Voir *Président de l'OPC c Jardins du souvenir de l'Estrie Inc*, JE 91-1625, EYB 1991-58817 (CA).

d'un même secteur d'activités, pour une partie ou pour l'ensemble du territoire du Québec»¹⁰⁹¹. L'engagement volontaire étendu par décret peut donc obliger des personnes qui ne faisaient pas partie de la relation d'origine, ce qui entraîne un détachement de la logique contractuelle traditionnelle étant donné son caractère général et impersonnel¹⁰⁹².

Les engagements volontaires conclus au Québec entre le ou les commerçants et le président de l'OPC ressemblent, nous le verrons, aux « *Termos de Ajustamento de Conduta (TACs)* » conclus entre le ministère public brésilien et le fournisseur. La différence majeure repose sur le titre exécutif qu'octroie la loi brésilienne à ces accords.

Si l'OPC ne possède pas de pouvoir réglementaire¹⁰⁹³, l'article 292 (d) prévoit qu'il le mette en œuvre des études concernant la protection du consommateur et transmette ses éventuelles recommandations au ministre de la Justice. De fait, l'Office joue un rôle important dans les réformes dont la LPC est l'objet depuis 2006. Le projet de loi n° 25¹⁰⁹⁴ et le projet de loi n° 60¹⁰⁹⁵ ont été présentés par l'OPC à l'Assemblée nationale du Québec et, ensuite, adoptés. Actuellement, un autre projet de loi présenté par l'OPC sur le thème du surendettement est soumis aux débats parlementaires : le projet de loi 24¹⁰⁹⁶. Le projet de *Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur* présenté par l'Office a été adopté le 9 juin

¹⁰⁹¹ Décret concernant l'application de règles de conduite aux commerçants d'automobiles d'occasion, D 1138-2006, GOQ 2006.11.5851.

¹⁰⁹² Sur le sujet, voir Talbot-Lachance, *L'engagement volontaire*, supra note 1089.

¹⁰⁹³ Le pouvoir réglementaire appartient au gouvernement, selon la LPC, supra note 8, art 350. À titre d'illustration d'une étude approfondie faite récemment par l'OPC, citons l'Office, *Mémoire concernant l'Avant-projet*, supra note 1050.

¹⁰⁹⁴ Loi visant à interdire la revente de billets de spectacle à un prix supérieur au prix autorisé par les producteurs, supra note 936.

¹⁰⁹⁵ LQ 2009 c 51, supra note 148.

¹⁰⁹⁶ Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation, supra note 149.

2010¹⁰⁹⁷. Dans le domaine du commerce d'automobiles d'occasion, l'Office a présenté un nouveau projet de règlement, adopté le 23 novembre 2011¹⁰⁹⁸. Organisme responsable de surveiller l'application de la *Loi sur les agents de voyages*¹⁰⁹⁹, l'Office a présenté le projet de règlement modifiant le Règlement sur les agents de voyage¹¹⁰⁰.

La mission de protection du consommateur assurée par l'Office est par contre limitée par l'impossibilité de ce dernier de représenter le consommateur ou l'intérêt collectif des consommateurs devant les tribunaux.

§ 2. Au Brésil

Les articles 105¹¹⁰¹ et 106¹¹⁰² du CDC ont pour ambition de mettre en place un système national de défense du consommateur. Les objectifs du système sont établis

¹⁰⁹⁷ *Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur* (9 juin 2010), p GOQ 11 juin 2010, 142^e année, n 23A, partie 2, pp 2199A-2206A (entré en vigueur le 30 juin 2010).

¹⁰⁹⁸ *Modification à l'application des règles de conduite aux commerçants d'automobiles d'occasion* (23 novembre 2011), p GOQ 23 novembre 2011, 143^e année, n 47, partie 2, p 5067 (entrée en vigueur le 8 décembre 2011).

¹⁰⁹⁹ LRQ, c A-10, *supra* note 105.

¹¹⁰⁰ *Règlement modifiant le Règlement sur les agents de voyage* (9 juin 2010), p GOQ 28 avril 2010, 142^e année, n 17, partie 2, pp 1624-1635 (entrée en vigueur 30 juin 2010).

¹¹⁰¹ CDC, *supra* note 13, art 105: « *Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor* ». « Font partie du Système national de défense du consommateur les organismes fédéraux, les organismes des États, les organismes du District fédéral, les organismes municipaux et les entités privées de protection des consommateurs » [notre traduction].

¹¹⁰² *Ibid*, art 106 : « *O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe: I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor; II - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias; IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação; V - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente; VI - representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições; VII - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa*

dans les articles 4 et 5 du CDC, regroupés sous le titre « la politique nationale des relations de consommation ». Le législateur a choisi de ne pas déterminer la façon de mettre en œuvre cette politique, tout en exprimant la volonté de laisser une place importante aux acteurs locaux.

L'article 4 décrit les buts du système et en énumère les principes. L'article 5 dresse une liste des institutions appelées à jouer un rôle important dans la mise en œuvre de cette politique et de celles susceptibles de collaborer avec les pouvoirs publics en ce sens¹¹⁰³. La conjugaison des efforts de tous ses organismes de l'État, tant aux niveaux

que violarem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores; VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços; IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais; X - (Vetado). XI - (Vetado). XII - (Vetado). XIII - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades. Parágrafo único. Para a consecução de seus objetivos, o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor poderá solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica ». « Le Département de protection et défense du consommateur, du Secrétariat de droit économique (ministère de la Justice), ou l'organisme fédéral qui éventuellement le substituerait, est l'organisme de coordination de la politique du Système national de défense du consommateur, dont les fonctions sont de (selon la nomenclature utilisée par le Décret 2.181 de 20 mars 1997) : I. Planifier, proposer, coordonner et mettre en œuvre la politique nationale de protection au consommateur; II. Recevoir, analyser, évaluer et envoyer des requêtes, plaintes ou suggestions formulées par des organismes représentatifs ou par des personnes morales de droit public ou privé; III. Fournir aux consommateurs une orientation permanente sur leurs droits et garanties; IV. Informer, éduquer et motiver le consommateur grâce à différents moyens de communication; V. Demander à la police judiciaire l'instauration d'une enquête policière pour apprécier les délits contre les consommateurs, selon la législation en vigueur; VI. Solliciter à la section du ministère public concernée l'adoption de mesures procédurales relevant de sa compétence; VII. Informer les organismes compétents des infractions d'ordre administratif violant les intérêts diffus, collectifs ou individuels des consommateurs; VIII. Demander la coopération des organismes et entités de l'Union, des États, du District fédéral et des municipalités, ainsi que contribuer à la surveillance des prix, d'approvisionnement, de la qualité et de la sécurité des biens et des services; IX. Encourager, y compris par l'utilisation des fonds et d'autres programmes spéciaux, la création par la population et par les organismes des états et des municipalités d'entités de protection du consommateur; X. veto; XI. Veto; XII. Veto; XIII. Entreprendre d'autres activités compatibles avec sa finalité. Paragraphe unique. Pour atteindre ses objectifs, le Département de protection et défense du consommateur pourra demander l'assistance des organismes et d'entités qui disposent d'expertise technique et scientifique reconnue [notre traduction].

¹¹⁰³ Il s'agit d'une énumération des organismes dont les fonctions sont directement liées à la protection du consommateur : (I) l'aide juridique, (II) les sections du ministère public spécialisées en protection du consommateur, (III) les bureaux de police spécialisés dans l'accueil des consommateurs victimes d'infractions, (IV) les cours de petites créances et les divisions spéciales dans les cours pour la solution

fédéral que provincial et municipal, et de la société civile pour la mise en place des droits des consommateurs constitue l'essence du système national de défense du consommateur.

L'action commune des institutions chargées de la mise en œuvre de la politique nationale de protection du consommateur est jugée comme cruciale pour assurer l'efficacité du système de défense du consommateur brésilien. Une telle action implique : des échanges mutuels et permanents concernant les activités des institutions ; une coordination entre les différents organismes, afin d'assurer la mise en œuvre cohérente des politiques adoptées; une coopération et une collaboration mutuelles ; une communication et une action conjointe quant aux initiatives menées, aux informations recueillies et aux résultats obtenus¹¹⁰⁴.

Les deux principales institutions administratives chargées de la protection du consommateur au sein du cadre institutionnel brésilien de protection du

de litiges de consommation et (V) l'encouragement à la création et au développement des associations de défense du consommateur. Selon Daniel Roberto Fink, certains organismes dont les fonctions principales ne concernent pas la protection du consommateur ont quand même des répercussions importantes sur les consommateurs, comme par exemple, la Banque Centrale du Brésil, institution responsable de fixer les tarifs et de réglementer les services bancaires (voir <<http://www.bcgov.br/>>), le Superintendant d'assurances privées (voir <<http://www.susep.gov.br/>>), organisme responsable de la publication et de la préparation des normes sur les assurances en général, ou encore les organismes responsables de la mise en œuvre des normes sanitaires. Grinover et al, *Código comentado, supra* note 585 à la p 971.

¹¹⁰⁴Pour illustrer les différents types de partenariats mis en œuvre par les divers organismes de protection de consommateur, citons : (a) en 2003, des actions conjointes ont mené à la saisie de plus de 300 000 litres d'essence falsifiée dans plusieurs villes de l'État de Minas Gerais. Ces actions conjointes furent orchestrées par des inspecteurs du *Procon* de l'État de Minas Gerais, des inspecteurs de la « Receita Federal » (organisme gouvernemental brésilien responsable de l'administration des revenus de l'État fédéral et des contrôles douaniers – semblable à Revenu Canada) et des contrôleurs de l'Agence nationale du pétrole ; (b) une action conjointe a conduit à l'inspection des stations d'essence de l'État de Paraíba en 2004. Celle-ci fut entamée par le Bureau du revenu de l'État de Paraíba, le ministère public de cet État, le *Procon* municipal de la ville de João Pessoa (capitale de cet État) ainsi que l'Institut national de métrologie de la qualité et des technologies (*Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia*); (c) une entente visant à intensifier la surveillance des produits commercialisés dans l'État du Paraná a été signée en 2005 par l'Institut de poids et mesures de l'État – (*Instituto de Pesos e Medidas*) et le *Procon* du même État. Sur ce sujet, voir Leonardo Roscoe Bessa et Walter José Faiad de Moura, *Manual de Direito do Consumidor*, Brasília, Escola Nacional de Defesa do Consumidor, Ministério da Justiça, 2008 [Bessa et Moura, *Manual do Consumidor*].

consommateur sont le Département de protection et de défense du consommateur (A) et les *Procons* (B).

A. Le Département de protection et de défense du consommateur (DPDC)

Le Département de protection et de défense du consommateur (DPDC) est l'unique département du Bureau national du consommateur (*Secretaria Nacional do Consumidor*, dont l'abréviation officielle est SENACON), une division du ministère fédéral de la Justice. Le Département est constitué de 4 sections : une chargée des consultations techniques et des procès administratifs¹¹⁰⁵, une section chargée de l'articulation et de la supervision des relations institutionnelles¹¹⁰⁶, une section chargée de la recherche et de la surveillance des acteurs du marché¹¹⁰⁷ ainsi qu'une dernière, chargée du Système national d'information sur la défense du consommateur¹¹⁰⁸.

Le Bureau national du consommateur, *via* son unique organe, le Département de protection et de défense du consommateur (DPDC) est l'organisme responsable de la coordination du Système national de défense du consommateur (SNDC). Il vise à garantir l'efficacité des interventions en faveur des consommateurs.

Les bureaux du DPDC sont situés dans la capitale fédérale de Brasília¹¹⁰⁹. Ses fonctions sont énumérées à l'article 106 du CDC et dans le Décret 2.181/97¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁵ *Coordenação-Geral Consultoria Técnica e Processos Administrativos.*

¹¹⁰⁶ *Coordenação-Geral de Articulação e Relações Institucionais.*

¹¹⁰⁷ *Coordenação-Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado.*

¹¹⁰⁸ *Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor.*

¹¹⁰⁹ Voir la page officielle du ministère brésilien de la Justice, section « Droit du consommateur » : Ministério da Justiça, « Direito do Consumidor » (15 août 2012), en ligne : Ministério da Justiça <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRNN.htm>> .

¹¹¹⁰ *Decreto 2.181 de 20 março de 1997* [Décret 2.181/97]. Ce Décret confirme et consolide l'autonomie de ces institutions dans le contrôle et dans l'application des sanctions administratives. Les

Le rôle conjoint du Bureau national du consommateur (SENACON) et du DPDC est de planifier, d'élaborer, de proposer, de coordonner et de mettre en œuvre la politique nationale de protection du consommateur. Au niveau national, c'est au SENACON qu'incombe la tâche de coordonner l'intégration des acteurs chargés de la protection du consommateur brésilien. L'absence de hiérarchie entre ces différents organismes est reconnue de façon unanime par la doctrine brésilienne et découle de l'interprétation de l'article 106 du CDC. Ainsi, les décisions venant du SENACON visant à coordonner le Système national de protection des consommateurs n'ont pas de force obligatoire sur les autres organismes. Le Département favorise l'établissement d'organismes publics spécialisés au niveau des États et des municipalités, la création de programmes spécifiques et d'associations de protection et de défense du consommateur. Par exemple, le guide de la « [m]unicipalisation de la défense du consommateur » publié par le Département en 2001, recommande la création de *Procons* municipaux¹¹¹¹.

Le DPDC, un organisme de consultation est tenu de fournir une assistance permanente dans le domaine de la consommation. En particulier, il contrôle et surveille les pratiques commerciales. Lorsqu'il constate une violation d'ordre pénal, il saisit l'autorité policière compétente afin qu'une enquête soit menée. Si la pratique est irrégulière, le Département peut appliquer les sanctions administratives prévues dans le CDC¹¹¹². Ce mandat est partagé conjointement avec le *Procon*. Comme le Département a la capacité d'émettre des sanctions administratives, il est essentiel que

articles 33, et 39 à 54 viennent à leur tour réglementer les procès administratifs menés par ces institutions, en imposant que l'auteur de l'acte illicite soit averti de l'existence d'un procès administratif à son encontre. Aussi, on y énumère des critères pouvant provoquer la nullité du procès administratif et on y prévoit que la sanction administrative prononcée sera inscrite dans la dette active de l'État.

¹¹¹¹Ministério da Justiça, Secretaria de Direito Econômico, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, *Guia de Municipalização da Defesa do Consumidor no Brasil – Criação de Procons Municipais* (15 août 2012), en ligne : [MP<www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceacon/doutrina/guia_municipalizacao_defesa_consumidor_brasil_DPDCpdf >](http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceacon/doutrina/guia_municipalizacao_defesa_consumidor_brasil_DPDCpdf).

¹¹¹²Décret 2.181/97, *supra* note 1110, art 3.

ses actions soient coordonnées avec celles des *Procons*. Il doit s'assurer de communiquer avec ces derniers et de se renseigner auprès d'eux afin de ne pas émettre des sanctions visant des conduites pour lesquelles ceux-ci en auraient déjà prononcées. Un autre champ de compétences partagé avec les *Procons* est l'activité de conseil aux consommateurs. Toutefois, le Département consacre peu de ressources et de temps à un tel accompagnement individuel. Il préfère laisser aux *Procons*, ayant plus d'expérience et un meilleur ancrage communautaire, le soin d'accompagner et de conseiller les consommateurs en quête de renseignements sur leurs droits et les outils dont ils disposent pour s'en prévaloir. En réponse à de telles demandes, le Département se contente en général d'adresser les consommateurs au *Procon* le plus proche. En revanche, en raison de sa fonction de coordonnateur, le Département offre accompagnement et conseils aux institutions de protection du consommateur, dont les *Procons*.

Les mandats d'éducation et de sensibilisation du Département se concrétisent par diverses activités générales dont la publication de dépliants éducatifs, la mise à jour quotidienne du site Internet du Département, ou encore par la diffusion dans tout le Brésil d'éditions de poche du CDC. Ainsi, depuis 2010, tous les établissements commerciaux et tous les prestataires des services du pays sont obligés de mettre à la disposition de leurs clients, de manière visible, un exemplaire du CDC¹¹¹³. Une simple promenade dans les magasins et boutiques de n'importe quelle ville du Brésil permet de constater que plusieurs copies du CDC placées de façon obligatoire sur les comptoirs des commerçants sont souvent celles éditées par le Département.

Bien que le mandat principal du Bureau national du consommateur et du Département soit de coordonner le Système national de défense du consommateur (SNDC), il est primordial de comprendre qu'ils ne possèdent pas pour autant de pouvoir coercitif vis-à-vis des autres institutions du SNDC, particulièrement des *Procons*. Ces derniers

¹¹¹³ *Lei 12.291 de 20 de julho de 2010.*

conservent leur autonomie. Des stratégies visant à attirer les *Procons* et autres institutions du SNDC ont été conçues principalement axées sur l'organisation d'activités qui répondent spécifiquement à leurs intérêts et à leurs besoins. Ainsi, de façon à accomplir son mandat d'éducation par exemple, le Département a ouvert une École nationale de Défense des Consommateurs¹¹¹⁴. Elle tient annuellement à Brasília et s'adresse aux fonctionnaires d'institutions œuvrant dans le droit de la consommation. Son objectif principal est d'offrir un enseignement sur les thèmes du droit de la consommation¹¹¹⁵. Elle jouit d'une bonne réputation auprès de tous les acteurs du SNDC.

De plus, le Département organise de façon régulière des séminaires et des conférences sur le travail quotidien des acteurs du Système national de défense du consommateur, sur leurs besoins et leurs intérêts, ainsi que sur les problématiques actuelles. En réunissant ainsi des fonctionnaires du pays entier, le Département réussit à créer des discussions au cours desquelles sont recherchées des solutions consensuelles et harmonieuses sur divers sujets.

Le Département s'occupe aussi de la publication des répertoires des divers organismes du SNDC¹¹¹⁶, de rapports périodiques sur différents sujets (tels que le « Boletim Consumo e Saúde »¹¹¹⁷ sur la santé, le « Boletim Consumo e Finanças »¹¹¹⁸ sur les finances et le « Boletim Consumidor/Investidor »¹¹¹⁹ sur les investissements).

¹¹¹⁴*Escola Nacional de Defesa do Consumidor.*

¹¹¹⁵Ministério da Justiça, « Direito do Consumidor Escola Nacional » (15 août 2012), en ligne : MJ <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?>>.

¹¹¹⁶Ministério da Justiça, « Direito do Consumidor Educação para o Consumo » (15 août 2012), en ligne : MJ <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7E.htm>>.

¹¹¹⁷Ministério da Justiça, « Direito do Consumidor Educação para o Consumo Boletim Consumo e Saúde » (15 août 2012), en ligne : MJ <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID>>.

¹¹¹⁸Ministério da Justiça, « Direito do Consumidor Educação para o Consumo Boletim Consumo e Finanças » (15 août 2012), en ligne : MJ <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/Mj>>.

¹¹¹⁹Ministério da Justiça, « Direito do Consumidor Educação para o Consumo Boletim Consumidor/Investidor » (15 août 2012), en ligne : MJ <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7E3E>>.

Les dernières années révèlent une croissance importante des activités du Département. Outre l'École nationale et les nombreux colloques évoqués précédemment, il a mis en place le Système national d'informations pour la défense des consommateurs (SINDEC). Cette banque de données informatisée, gérée par le DPDC, compile toutes les informations acheminées volontairement par les *Procons*¹¹²⁰. Cette banque de données complémentaire est essentielle, non seulement pour fournir au consommateur une information juste et réelle, mais aussi pour aider les institutions du Système national de défense du consommateur à ajuster leurs stratégies et leurs politiques grâce aux statistiques générées. En effet, en plus des listes de fournisseurs dressées par les *Procons*¹¹²¹, cette base de données offre des statistiques détaillées sur les comportements des consommateurs auprès des *Procons* (demandes de consultations, demandes d'orientation en plus des plaintes). Le Système national d'informations permet de ventiler ces statistiques par États ou à l'échelle nationale en lançant des recherches par critères, en temps réel, sous la forme de graphiques faciles à lire.

Finalement, notons que le Département s'intéresse surtout aux questions ayant des répercussions nationales. Pour cette raison, afin de préserver les prérogatives et l'autorité des *Procons*, il dirige vers les autorités concernées les demandes de consultation qui relèvent davantage du domaine provincial ou municipal.

Si le Bureau national du consommateur et le DPDC ont reçu le mandat de superviser et de coordonner le Système national de défense du consommateur, l'activisme de toutes les institutions constituantes est promu et requis. Parmi celles-ci, les *Procons* constituent un autre pilier majeur du cadre institutionnel brésilien chargé de la protection du consommateur.

¹¹²⁰En juillet 2012, les données du SINDEC sont fournies par 24 *Procons* provinciaux et 146 *Procons* municipaux. Du 1^{er} janvier au 30 juin 2012, 861 218 plaintes ont été enregistrées dans le SINDEC.

¹¹²¹Ces registres sont prévus par l'article 44 du CDC, *supra* note 13. Ils dressent une liste des fournisseurs contre qui les consommateurs ont déposé des plaintes fondées tout en montrant si ces réclamations ont été résolues ou non.

B. Les Procons

Les *Procons* sont des organismes publics provinciaux et municipaux ayant comme objectifs spécifiques de protéger, d'informer et de conseiller les consommateurs. Le premier de ces organismes a été le *Procon* de l'État de São Paulo, créé par le décret d'État 7.890 en 1976, suivi de la création des *Procons* d'État de Minas Gerais, de Rio de Janeiro et de Rio Grande do Sul, ainsi que d'autres *Procons* municipaux. La création d'un *Procon* exige une disposition légale dans laquelle ses fonctions sont énumérées. Il est donc possible qu'un *Procon* ne possède pas les mêmes fonctions que son homologue de la province voisine. Si le mot « *Procon* » est la dénomination commune et simplifiée des organismes publics de défense du consommateur, d'un État à l'autre, en raison de leur autonomie législative, le nom complet de ces organismes varie¹¹²².

Au quotidien, la tâche principale d'un *Procon* est de servir les consommateurs, en les informant sur leurs droits. Ce service se fait principalement en personne dans les bureaux de l'institution, ou par téléphone, mais aussi par courriel ou par courrier. En outre, les *Procons* publient des recueils sur divers thèmes et organisent régulièrement des cours et des conférences sur les différents aspects de la protection et de la défense des consommateurs¹¹²³.

Le *Procon* constitue un système provincial de protection qui s'est révélé être, dès sa création, un point de référence pour les associations de consommateurs et pour les

¹¹²²À titre d'illustration, le *Procon* de l'État de São Paulo s'appelle *Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor*; le *Procon* de l'État de Rio de Janeiro s'appelle « *Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor* »; le *Procon* de l'État de Piauí s'appelle *Programa de Proteção e Defesa do Consumidor*, le *Procon* de l'État de Paraná s'appelle *Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor*.

¹¹²³Le rapport des activités organisées par le *Procon* de São Paulo se retrouve dans sa page officielle: *Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor*, « *Projetos e Atividades* » (15 août 2012), en ligne : *Procon São Paulo* <<http://www.procon.sp.gov.br/categoria.asp?id=178>>

consommateurs individuels. Dans les années 1980, presque tous les États de la fédération avaient institué des organismes publics de protection du consommateur et des rencontres nationales entre les divers *Procons* furent alors organisées.

Le *Procon* est également très actif dans la résolution des litiges de consommation, en agissant comme un conciliateur/médiateur/arbitre¹¹²⁴. Lorsqu'il est impossible d'arriver à une entente entre les parties, un procès administratif est engagé¹¹²⁵. Ce procès est constitué d'un ensemble d'actes ordonnés et établis par la loi, notamment les articles 33 à 55 du Décret 2.181/97¹¹²⁶. Son objectif est de formuler des décisions fondées sur l'acceptation ou le refus de plaintes formulées par les consommateurs à l'endroit de fournisseurs. Un tel instrument administratif permet au *Procon* d'agir en toute transparence¹¹²⁷. Celui-ci traite et documente donc les plaintes formulées par les consommateurs lorsque celles-ci s'avèrent fondées et que la médiation n'a pas permis la résolution du conflit.

Dans le cas d'une infraction reconnue, l'autorité compétente peut publier un document administratif dans lequel l'infraction est décrite et les dispositifs législatifs violés, sont énumérés. Ce document doit aussi contenir le lieu, la date, le nom, l'adresse et la fonction de l'auteur de l'acte illégal ainsi qu'une signature de l'autorité compétente et un avis déterminant le délai dans lequel le responsable pourra présenter

¹¹²⁴Ce rôle varie selon la loi qui régit chaque *Procon*. Celui de l'État de Rio de Janeiro a instauré une procédure appelée « *Expressinho* » dont le but est de favoriser la conclusion des accords. ProconRJ « Atendimento/procon expressinho » (15 août 2012), en ligne : Governo do Rio de Janeiro <<http://www.procon.rj.gov.br/expressinho.html>>

¹¹²⁵Dans sa Note technique 220 de 8 octobre 2003, en se basant sur le CDC, *supra* note 13, art 55 para 4 et sur le Décret 2.181 de 1997, *supra* note 1110, art 33 para 22, le DPDC affirme reconnaître la légalité d'un ordre, émis par l'autorité publique, visant à déterminer la présence du fournisseur au sein de l'audience administrative pour fournir des informations d'intérêt du consommateur, lorsqu'un règlement serait proposé aux parties.

¹¹²⁶Décret 2.181/97, *supra* note 1110. On qualifie les procès et les sanctions émises par le DPDC et par le *Procon* comme relevant de l'ordre « administratif » car il s'agit de sanctions émises par des organes exécutifs de l'Administration publique.

¹¹²⁷Voir dans le site du *Procon* de São Paulo le formulaire de plainte : Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor, « Cadastro de Reclamações » (15 août 2012), en ligne : Procon São Paulo <<http://www.procon.sp.gov.br/reclamacoes.asp>>.

sa défense. Chaque *Procon* peut, dans le respect de la loi le régissant, allonger cette liste de qualifications préalables.

L'existence d'un procès administratif pour le consommateur découle d'un droit constitutionnel, soit celui d'avoir la possibilité d'exiger des actions de la part des institutions publiques compétentes afin de défendre ses droits lorsqu'il s'estime victime d'abus ou d'actes illégaux¹¹²⁸. En sa qualité de conciliateur/médiateur/arbitre, le *Procon* cherchera d'abord, avant et pendant le procès administratif, à obtenir un accord entre le consommateur et le fournisseur. Cet accord, représentant un compromis entre les parties, doit être accepté et signé par elles. Il constitue un titre légal pouvant être présenté devant les tribunaux s'il n'est pas respecté par l'une des parties.

La décision définitive doit être motivée et reconnaître ou non la prétention du consommateur. Les instances administrative et judiciaire étant complètement indépendantes, le consommateur n'est pas obligé d'entamer un procès administratif avant de lancer une action judiciaire. En outre, les décisions ne sont pas liées, c'est-à-dire que la décision du *Procon* imposant une amende¹¹²⁹ n'implique pas nécessairement une décision judiciaire favorable au consommateur et vice-versa. Après le procès administratif, le *Procon* assurera le suivi du dossier pour vérifier si la cause de la plainte perdure auprès d'autres consommateurs.

Le *Procon* et le DPDC sont les deux institutions du Système national de défense du consommateur habilitées à émettre des sanctions administratives, dont des amendes. Les sanctions administratives sont prévues par les articles 55 à 60, composant le chapitre VII du CDC. Lorsque la médiation échoue et que le processus administratif

¹¹²⁸Constitution de 1988, *supra* note 12, art 5(LX).

¹¹²⁹CDC, *supra* note 13, art 56.

conclut à l'illégalité des actes du fournisseur¹¹³⁰, le *Procon* peut émettre une sanction administrative. Sa notification doit comporter les éléments suivants : désignation de la norme du CDC transgressée et description des faits ayant conduit au constat de l'infraction ; identification des auteurs des actes réprimandés ; critères ayant mené à l'établissement et au choix de la sanction et ; justifications quant à la proportionnalité de la sanction appliquée.

Le *Procon* a donc l'importante tâche d'imposer les sanctions administratives aux fournisseurs qui ne respectent pas les normes de protection du consommateur¹¹³¹. Aux termes de l'article 56 du CDC,

[l]es infractions des normes de défense du consommateur sont sujettes selon le cas aux sanctions administratives suivantes, en dépit de celles de nature civile, pénale et celles définies dans les normes spécifiques : I. amende; II. appréhension du produit; III. destruction du produit; IV. annulation du registre du produit auprès de l'organe compétent; V. interdiction de fabriquer le produit; VI. suspension de la fourniture du produit ou du service; VII. suspension temporaire de l'activité; VIII. révocation de la concession ou de la permission d'utilisation; IX. annulation du permis de l'établissement ou de l'activité; X. fermeture totale ou partielle de l'établissement, interdiction d'exercer l'activité; XI. intervention administrative; XII. imposition de publicité rectificative. Paragraphe unique. Les sanctions prévues dans cet article seront appliquées par l'autorité administrative dans le cadre de ses attributions. Elles peuvent être appliquées de façon cumulative, y compris selon une mesure provisoire, antérieure ou incidente au procès administratif¹¹³² [notre traduction].

¹¹³⁰Cela implique de la plupart des *Procons* d'avoir en leur sein une section juridique, composée de juristes qui pourront analyser l'aspect juridique – les dispositions législatives enfreintes – des relations de consommation présentées au *Procon*.

¹¹³¹CDC, *supra* note 13 art 55-60 et Décret 2.181/97, *supra* note 1110.

¹¹³²CDC, *ibid*, art 56: « *As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo* ».

La transgression de toute norme de protection du consommateur peut donner lieu à l'application de sanctions administratives étant donné que le dispositif se réfère aux « normes de protection des consommateurs » et non aux normes du CDC¹¹³³. Ces sanctions ne visent pas à indemniser le consommateur lésé. Elles ont plutôt un but préventif et répressif, leur objectif étant d'empêcher le fournisseur de commettre de nouveau la violation. Il est donc possible que le *Procon* applique une sanction administrative pour une violation ayant déjà été indemnisée en vertu d'un recours judiciaire. Soulignons que le *Procon* exerce ses fonctions de façon indépendante du pouvoir judiciaire, du ministère public, de l'aide juridique, des bureaux de police spécialisés en protection du consommateur et de tout autre organisme composant ou non le Système nationale de défense du consommateur¹¹³⁴.

Le type de sanction le plus souvent appliquée par le *Procon* est l'amende¹¹³⁵. Les critères pour en déterminer le montant sont établis par l'article 57. Les articles 58 et

¹¹³³Dans ce sens, Leonardo Bessa dans Benjamim, Marques et Bessa, *Manual, supra* note 562 à la p 326.

¹¹³⁴À titre d'illustration, le 3 juillet 2012 le *Procon* de São Paulo a appliqué des amendes qui dépassent 3 millions de « reais » brésiliens aux entreprises *Nestlé Brasil Ltda.*, *Mattel do Brasil Ltda.*, *Alsaraiva Comércio Empreendimentos Imobiliários Ltda.* (« *Habib's* »), *Dunga Produtos Alimentícios Ltda.* (« *Biscoitos Spuleta* ») et *Roma Jensen Comércio e Indústria Ltda.* (« *Roma Brinquedos* »). L'amende la plus importante a été imposée à *Habib's*, une chaîne brésilienne d'aliments de restauration rapide : d'une valeur de 2 408.240,00 « reais » brésiliens. Cette amende visait une publicité présentant les repas du restaurant suivis de jouets à collectionner. L'amende imposée à *Mattel* de 534 000 réaux brésiliens résultait de la diffusion de messages publicitaires sur la poupée *Barbie*. Ceux-ci ont été considérés inappropriés parce qu'ils véhiculaient une importance exagérée de l'apparence physique, tout en encourageant une consommation excessive et une insertion précoce de l'enfant dans le monde adulte. L'amende appliquée à *Nestlé*, de plus de 400 000 réaux brésiliens, découlait d'une campagne publicitaire dans laquelle des prix suscitant un vif intérêt chez les enfants avaient été distribués. L'entreprise *Dunga* s'est fait imposer une amende de 160 000 réaux brésiliens pour la diffusion d'une publicité qui entretenait une confusion entre fantaisie et réalité. La *Roma Brinquedos* a dû déboursier 34 000 réaux brésiliens parce qu'elle avait divulgué une publicité trompeuse sur ses jouets (des petits chariots qui avaient l'air de bouger sans que la participation de l'enfant ne soit nécessaire). Voir « *Multas aplicadas a várias empresas que visavam o público infantil* » (23 juillet 2012), en ligne: Instituto Alana <<http://www.alana.org.br/CriancaConsumo/Comunicacao.aspx?v=5>>.

¹¹³⁵En raison de l'extinction de l'unité fiscale de référence, paramètre mentionné par le CDC à l'article 57, en 2000, et l'omission de l'actualisation des valeurs maximales et minimales des amendes pour l'infraction du CDC, chaque *Procon* établit ses propres limites. À titre d'exemple, on cite la « *Portaria Normativa n° 38* » du *Procon* de São Paulo et la « *Portaria* » *Procon/Paraná 03/2011*.

59 énoncent des critères pour l'application des sanctions de saisie, de destruction des produits, d'interdiction de fabrication, de suspension de la fourniture, de suppression du registre du produit, de révocation de la concession ou du permis, de retrait du permis, d'interdiction et de suspension de l'activité¹¹³⁶. Dans tous ces cas, incluant l'application d'une amende, les sanctions sont mises en œuvre par une procédure administrative¹¹³⁷, au cours de laquelle le droit de défense du fournisseur est assuré.

Chaque année, la plupart des Procons publient la liste des établissements commerciaux qui ne respectent pas les droits des consommateurs; elle indique également si le fournisseur a donné suites aux plaintes des consommateurs. Les *Procons* détiennent ce pouvoir en vertu de l'article 44 du CDC :

Art. 44. Les organismes publics de défense du consommateur maintiendront des registres actualisés de plaintes fondées contre les fournisseurs de produits et de services et les rendront publics annuellement. La divulgation indiquera si le fournisseur a donné suite ou non aux plaintes.

Paragraphe premier. L'accès aux informations qui y sont contenues pour l'orientation et la consultation est assuré à toute personne intéressée¹¹³⁸ [notre traduction].

Dans un souci de transparence, mais aussi d'exactitude de l'information fournie aux consommateurs, le *Procon* doit établir des critères précis au sujet du maintien et de la mise à jour de cette liste, ainsi que des bases sur lesquelles les fournisseurs sont inclus dans ladite liste. Celle-ci doit identifier les fournisseurs contre qui des plaintes

¹¹³⁶Le CDC, *supra* note 13, à l'article 59 prévoit que les peines de retrait du permis, d'interdiction et de suspension temporaire de l'activité ne sont appliquées que quand le fournisseur est récidiviste dans la pratique des infractions les plus graves prévues dans le Code et dans les autres normes de protection du consommateur.

¹¹³⁷Il faut donc indiquer la norme du CDC violée, les responsables de la violation, les critères ayant mené au choix du type de sanction, une preuve de la proportionnalité de la sanction appliquée, le respect du *due process of law* et l'inexistence de *bis in idem*. Dans ce sens Leonardo Bessa et Walter José Faiad de Moura, *Manual de Direito do Consumidor*, Brasília/DF, Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2008.

¹¹³⁸CDC, *supra* note 13, art 44: « Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor. § 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado. § 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código ».

sont formulées et clairement indiquer s'ils ont répondu ou non à la plainte des consommateurs. L'article 44 énumère des critères minimaux pour cette liste, mais les *Procons* sont libres d'y inclure d'autres éléments qu'ils jugent utile de divulguer aux consommateurs.

Le devoir du *Procon* de formuler et de publier une telle liste vise à renforcer le droit primordial du consommateur à une information juste et objective sur les opérateurs économiques présents sur le marché et à lui éviter d'être lésé. Ainsi, pour rendre cet outil efficace, la publication de la liste doit être étendue. Finalement, celle-ci doit être revue et mise à jour, au minimum une fois par an, le consommateur doit pouvoir y accéder en tout temps. Le but du législateur est d'assurer au consommateur un moyen de se renseigner sur les fournisseurs dans une société de consommation dans laquelle nombre de nouvelles entreprises arrivent sur le marché à chaque jour. Il s'agit en quelque sorte de garantir une information réciproque des parties. On sait, en effet, que les fournisseurs recueillent les données personnelles des consommateurs à plusieurs occasions dans le cadre de pratiques commerciales ou de certains contrats, comme le contrat de crédit.

L'exemple du *Procon* de la province de São Paulo permet de mieux comprendre le fonctionnement de ce type d'organisme. Ce *Procon* est composé de six départements : programmes spéciaux; études et recherches; relations institutionnelles; inspection et contrôle; traitement des plaintes et orientation du consommateur; et administration et finances. Vera Remedi fournit des données impressionnantes sur le travail effectué par cet organisme pendant l'année 2009¹¹³⁹. Le Département des programmes spéciaux a orienté 56.632 consommateurs tout en coordonnant 13 commissions et chambres techniques, lesquelles fonctionnent encore. Le Département d'études et de recherches a organisé des conférences pour les étudiants suivant des

¹¹³⁹Vera Remedi, « A Importância e o Papel da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor Procon-SP no Brasil » dans Fonseca, Ramos et Bourgoignie, *Diálogos*, *supra* note 455.

cours techniques professionnels (équivalent du cégep), atteignant ainsi 2 980 élèves. En outre, 329 recherches ont été faites sur des sujets les plus divers, parmi lesquels des recherches comparatives de prix ainsi que des travaux sur les activités bancaires et sur le comportement de leurs acteurs. Ce *Procon* a aussi organisé: des conférences s'adressant aux consommateurs; des cours pour les entreprises; des pièces de théâtre pour enfants; le lancement et l'édition de diverses publications. De son côté, le Département des relations institutionnelles du *Procon* de l'État de São Paulo a conclu des ententes avec 239 *Procons* municipaux de l'État. Le Département d'inspection et de contrôle a entamé 39 842 enquêtes préliminaires et 38 457 démarches d'inspection concernant divers fournisseurs et commerçants, au terme desquelles il a finalement mis en œuvre 1 562 procès administratifs pour des infractions aux normes de protection du consommateur (1 170 de ces procès ont été intentés par les agents de la capitale de la province, 392 par les agents municipaux et 10 par le Bureau des finances - qui équivaldrait au ministère des Finances du Québec). Le Département du traitement des plaintes et des services d'orientation du consommateur¹¹⁴⁰ a servi 533 000 consommateurs dans divers secteurs tels que les aliments, la santé, l'habitation, les produits, les services et les services financiers. Le Département d'administration et des finances s'occupe de la gestion administrative et financière ainsi que des ressources humaines du *Procon*.

En plus des *Procons*, les agences de régulation disposent de pouvoirs à l'endroit des fournisseurs œuvrant dans les secteurs réglementés. Elles peuvent ainsi surveiller les activités des acteurs privés, intervenir, fixer les prix et même, ultimement, imposer la cessation de la prestation d'un service ou la production d'un produit¹¹⁴¹.

¹¹⁴⁰*Direção de Atendimento e Orientação ao consumidor.*

¹¹⁴¹Au Brésil, il existe 10 agences de régulation, toutes créées entre 1996 et 2001: l'Agence nationale de télécommunications (*ANATEL*), l'Agence nationale de pétrole, l'Agence nationale d'énergie électrique, l'Agence nationale de santé supplémentaire, l'Agence nationale de vigilance sanitaire, l'Agence nationale de l'eau; l'Agence nationale du cinéma; l'Agence nationale des transports aquatiques; l'Agence nationale des transports par terre et l'Agence nationale d'aviation civile.

Le consommateur a le droit de déposer une plainte¹¹⁴² auprès de tout fournisseur de services publics. Si l'entreprise procurant le service ne donne pas suite à une telle plainte¹¹⁴³, le consommateur doit alors s'adresser à l'agence de régulation concernée. D'ailleurs, ces agences de régulation ont le pouvoir d'imposer des sanctions administratives, qui sont basées sur les réglementations en vigueur spécifiques à chaque secteur ainsi que sur les normes générales de protection du consommateur établies dans le CDC¹¹⁴⁴. Cependant, cette possibilité pour le consommateur de porter plainte devant une agence de régulation ne l'empêche pas de le faire aussi devant le *Procon* dans le cas d'une réclamation portant sur un intérêt individuel ou devant le ministère public dans le cas d'une réclamation portant sur un droit collectif.

¹¹⁴² *Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995* qui réglemente le régime de concession et permission de la prestation de services publics, art 29(VII) et 7 (IV).

¹¹⁴³ À titre d'illustration, l'article 37 de la *Resolução 456/2000 da ANEEL* établit un délai de trente jours pour qu'une entreprise de services d'approvisionnement en énergie réponde à la plainte du consommateur, l'informant sur les mesures adoptées ou à être adoptées.

¹¹⁴⁴ Le 18 juillet 2012, l'*ANATEL* interdit aux compagnies offrant des services de téléphonie mobile *Tim*, *Oi* et *Claro* de vendre de nouvelles puces dans plusieurs États brésiliens. Une suspension de la vente de services de téléphonie cellulaire et d'Internet est imposée à ces entreprises jusqu'à ce qu'elles présentent un plan d'investissement pour les deux prochaines années. Ce plan devra chercher à résoudre les problèmes de qualité des services fournis aux consommateurs. Cette suspension doit être mise en œuvre dans un délai de 30 jours à partir de l'entrée en vigueur de la décision, le 23 juillet 2012. Les futurs plans présentés par les entreprises devront contenir un budget avec la prévision de coûts et des investissements. Selon le superviseur de services privés de l'*ANATEL*, M. Bruno Ramos, c'est la première fois que l'Agence suspend la fourniture de trois entreprises simultanément. La décision a été basée sur trois critères, soit la capacité du réseau, le nombre d'interruptions des services et les plaintes des consommateurs. Les services fournis par ces entreprises ont été analysés de janvier 2011 à juin 2012. L'activation des nouvelles lignes de téléphonie cellulaire de *Tim* est suspendue dans 19 États; celles de la compagnie *Oi* dans six États et les nouvelles lignes de la compagnie *Claro* dans trois États. La veille de la décision de l'*ANATEL*, le *Procon* de Porto Alegre avait interdit à ces mêmes entreprises de vendre des nouvelles lignes de téléphonie cellulaire et d'Internet 3G dans la capitale de l'État de Rio Grande do Sul en raison de problèmes dans la prestation de services.

Section 2. Les institutions judiciaires spécialisées

Tant le système juridique civiliste que la *common law* offrent au juge de jouer un rôle déterminant dans l'application des lois (§1). Dans le domaine de la protection du consommateur, l'interaction entre le juge et le législateur, particulièrement promue par la doctrine, se manifeste avec une ampleur différente dans les systèmes juridiques québécois et brésilien (§2).

§ 1. Systèmes juridiques et rôle du juge

L'activisme judiciaire est l'objet d'innombrables débats dans le monde juridique depuis la nuit des temps¹¹⁴⁵.

Le rôle du juge s'inscrit dans un système juridique déterminé. Dans le Dictionnaire de droit québécois et canadien, le « système juridique » est défini comme « l'ensemble de règles de droit et des institutions qui déterminent la conduite des individus dans une société donnée »¹¹⁴⁶.

Selon Merryman,

¹¹⁴⁵La discussion sur le rôle du juge va de pair avec celle sur les sources du droit et, par conséquent, sur la définition du droit en tant que tel. Le premier texte légal dont le contenu est connu, la *Loi des Douze Tables*, datant de 450 av JC, adoptait déjà un modèle jurisprudentiel. Ahilan T Arulanantham, « Breaking the Rules?: Wittgenstein and Legal Realism » (1997-1998) 107 Yale LJ 1853 à la p 1859. Sur la question des sources du droit, Arulanantham affirme que « [w]hile I do not attempt to provide a strict definition of the sources of law in positive sense, the positivist's sources of law are in general, statutes, regulations, case laws, and other material sources as opposed to social sources, moral principles and other more idealized sources ». Voir aussi Herbert L. A. Hart, *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 [Hart, *Law*] et Dennis Patterson, *Law and Truth*, New York et Oxford, Oxford University Press, 1996.

¹¹⁴⁶Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1994, s.v. « système juridique ».

[t]here are three highly influential legal traditions in the contemporary world: civil law, common law, and socialist law... A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective¹¹⁴⁷.

Le système juridique en vigueur au Québec étant un système mixte, un rappel rapide de ce qui caractérise et distingue les systèmes civiliste et de la *common law* s'avère utile¹¹⁴⁸. Les origines du système civiliste remontent au droit romain, codifié dans le *Corpus Juris Civilis* de l'empereur Justinien¹¹⁴⁹. Ce système, basé sur une structure légale hiérarchisée et sur les principes généraux communément statués dans les codes, s'est développé tout d'abord en Europe occidentale. La principale caractéristique du système civiliste, aussi appelé système romano-germanique, est le rôle central joué par la loi, ce qui se traduit par la conception, l'expression et l'application que réserve ce système à la norme légale¹¹⁵⁰. Quant au système de la *common law*, ou anglo-américain, il s'est

¹¹⁴⁷John Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2^e éd, Stanford University Press, Stanford, California, 1985 aux pp 1-2 [Merryman, *Legal Systems*].

¹¹⁴⁸Il existe d'autres type de systèmes de droit : le droit musulman, le droit hindou, le droit juif, les divers systèmes juridiques des différents peuples africains. Merryman y ajoute aussi le droit de tradition scandinave. *Ibid*, à la p 5. L'analyse de ces systèmes dépasse, cependant, le but de notre étude.

¹¹⁴⁹Le *Corpus Iuris Civilis* a été préparé par une commission nommée par l'empereur byzantin Justinien I, des années 529 à 534 av JC. Cette compilation des normes romaines est composée de quatre parties distinctes : le *Codex Iustinianus*, le *Digeste* (ou *Pandectas*), les *Institutions* et les *Novellae*. Le *Codex* comprenait les décrets en vigueur, mis en œuvre avant l'empire Justinien. Le *Digeste* contenait des fragments de citations de juristes romains, tels qu'Ulpian et Paul. Les *Institutions* servaient de texte introductoire pour le *Digeste* et étaient basés sur le travail précédent du juriste Gaius. La *Novellae* compilait des nouveaux décrets impériaux mis en place par Justinien. Soulignons que la principale source du droit romain est le *Digeste*. Voir Antonio Guarino, *Diritto privato romano*, 12^e éd, Naples, Jovene, 2001 et Jill Harries, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

¹¹⁵⁰René David et Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd, Paris, Dalloz, 2002.

développé en Angleterre à partir du XI^e siècle. Ses principes sont basés sur les décisions des juges, principalement les magistrats des cours supérieures¹¹⁵¹.

Avec le temps, les deux systèmes ont développé des similarités. Par exemple, le grand nombre de lois qui composent aujourd'hui le système juridique anglo-américain contredit ce qui a été reconnu pendant longtemps comme une autre différence majeure entre les deux systèmes, soit le peu de de normes composant le système de common law. La principale différence entre les deux systèmes réside toujours dans leur manière d'aborder la loi. Le système civiliste s'est construit à partir d'un ensemble de principes confirmés et le plus souvent intégrés dans le Code civil et en fonction desquels les décisions sont prises. À l'inverse, le système de la *common-law* est bâti différemment et se base sur les jugements des cas précédents, dont il extrait des principes généraux ensuite appliqués aux questions futures. Le *stare decisis*, c'est-à-dire le principe légal obligeant les juges à respecter ce qui a été établi dans les décisions préexistantes, sert de fondement à ce système. En revanche, dans le système civiliste, les principes codifiés sont souverains.

Dans le système romano-germanique, les cours et tribunaux recherchent les fondements de leurs décisions dans les principes énoncés à l'intérieur des codes, alors que dans le système de la *common law*, les tribunaux déduisent les principes du droit à partir des décisions juridiques précédentes.

Dans le modèle juridique anglo-saxon, le rôle majeur accordé aux juges ne fait pas l'objet de discussions. Hart affirme que

[t]he open texture of law leaves to courts a law creating power far wider and more important than that left to scorers, whose decisions are not used as lawmaking precedents. Whatever courts decide, both on matters lying within that part of the rule which seems plain to all, and those lying on its debatable border, stands till altered

¹¹⁵¹Voir Lon L. Fuller, *The Anatomy of the law*, New York, Mentor, 1969.

*by legislation; and over the interpretation of that, courts will again have the same last authoritative voice. Nonetheless there still remains a distinction between a constitution which, after setting up a system of courts, provides that the law shall be whatever the supreme court thinks fit, and the actual constitution of the United States — or for that matter the constitution of any modern State*¹¹⁵².

Dans le système civiliste, la protection contre la possibilité de voir les juges rendre des décisions arbitraires ou partiales a été¹¹⁵³ et continue d'être au centre des discussions entourant les limites de la fonction judiciaire¹¹⁵⁴.

Malgré son importance dans le système de la *common law* en ce qui concerne le développement du droit, le juge joue un rôle assez restreint dans la tenue du procès. La limitation de sa fonction résulte notamment de la procédure non-inquisitoire (appelée au Québec procédure contradictoire), souvent en vigueur dans ce système légal. Dans cette procédure, le rôle du juge se limite strictement à celui d'un arbitre impartial entre les parties, la procédure étant essentiellement orale. Par exemple, le juge ne peut que signaler aux parties des lacunes dans la preuve ou dans la procédure, n'étant pas autorisé à prendre l'initiative de les combler¹¹⁵⁵. Les avocats présentent leur cause et, en général, dirigent le débat tant sur les faits que sur le droit. Selon David Cameron, c'est la procédure non-inquisitoire qui prévaut habituellement au Québec.

¹¹⁵²Hart, *Law*, *supra* note 1145 à la p 145.

¹¹⁵³Avant la Révolution française, les registres des abus commis par les parlements royaux avaient provoqué une énorme insécurité qui s'est traduite par l'adage : « Que Dieu nous garde de l'équité des parlements ».

¹¹⁵⁴Le thème de la légitimité du juge est venu se greffer à ce débat, surtout à partir du positivisme kelsénien. Yves-Marie Morissette, « Figure actuelle du juge dans la cité » (1999) 30 RDUS 1 à la p 26. L'auteur affirme que la seule légitimité du pouvoir judiciaire réside dans la nécessité d'un juge de mettre fin à certaines controverses. Il ajoute que « [s]a légitimité ne découle jamais, et ne peut donc en aucun cas dépendre, de la conformité de la décision rendue avec un quelconque idéal platonique de décision « juste » ou « conforme au droit » qui préexisterait pour les fins du litige hic et nunc à la décision qui en dispose ».

¹¹⁵⁵*Code de procédure civile du Québec*, LRQ, c C-25, [CPC], art 292; CcQ, *supra* note 19, art 2859. Par contre, pour le recouvrement de petites créances, le juge doit intervenir.

Dans la préparation des causes, les parties définissent, par l'entremise de leurs avocats, les questions en litige par l'échange de procédures écrites et communication des pièces; déterminent l'identité et l'ordre de témoins; conduisent leurs interrogatoires et présentent les arguments. Le juge préside essentiellement pour écouter et il n'intervient que sur demande, ou exceptionnellement, pour imposer d'office une règle de preuve impérative ou encore pour signaler une lacune¹¹⁵⁶.

Par ailleurs dans la procédure de type accusatoire, c'est au juge de maîtriser le procès. Son rôle est donc beaucoup plus actif. Il peut rechercher des éléments de preuve lui-même afin de fonder sa propre opinion, en plus des éléments présentés par les parties. Cette procédure, prédominante au Brésil, est en lien étroit avec l'institution du ministère public, qui détient le pouvoir de déclenchement du procès.

Une autre différence majeure entre les deux systèmes juridiques a toujours résidé dans la production des preuves. Toutefois, le principe selon lequel la preuve doit être présentée uniquement par les parties n'est plus aussi rigide.

Du fait de la coexistence des principes qui caractérisent l'un et l'autre système, le rôle du juge est devenu d'abord celui d'un protecteur puis d'un gestionnaire¹¹⁵⁷. En ce sens, le juge est devenu plus inquisitorial. Les exemples en sont divers, notamment en matière de protection des personnes. Dans ce domaine, l'intervention active du juge a débuté avec les mineurs, mineurs en danger victimes d'accidents ou mineurs délinquants, pour s'étendre ensuite aux personnes majeures vulnérables¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁶Cameron, « Le rôle du pouvoir judiciaire », *supra* note 1168.

¹¹⁵⁷Pâquerette Girard, « L'évolution du rôle des juges », (2001) 42 Cahiers de droit 361 à la p 365 [Girard, « L'évolution »] : « D'une mission technique, au sens où le juge devait seulement appliquer une science, la *mission du juge* est devenue *d'abord protectrice* puis *gestionnaire* ».

¹¹⁵⁸Dans ce cas, en l'absence de tout conflit de droit, au-delà de la fonction protectrice, l'intervention du juge sert surtout une fonction de gestionnaire de la vie de l'individu.

Pâquerette Girard affirme qu' « au fur et à mesure que le droit s'est complexifié, le législateur a voulu développer le rôle de protecteur du juge »¹¹⁵⁹. Par conséquent, le principe de la stricte légalité a été réduit au profit de considérations personnelles et même morales¹¹⁶⁰.

Pour François Ost, la mutation du pouvoir du juge le fait passer du rôle de juge-arbitre à celui de juge-entraîneur, animé d'« une volonté positive d'adaptation aux changements qui lui fait résolument occuper des champs nouveaux »¹¹⁶¹.

§ 2. Le rôle du juge dans l'application du droit de la consommation au Québec et au Brésil

Appliquant au domaine du droit de la consommation l'analyse proposée par François Ost, Thierry Bourgoignie met en avant le rôle primordial que le juge est appelé à jouer dans l'application des normes de protection du consommateur. Particulièrement dans ce domaine, le juge s'écarte du rôle passif de juge-arbitre garant de la conservation des textes en vigueur et contribue de manière active et innovante à la réalisation des objectifs de la politique de protection du consommateur :

L'adaptation du droit aux préoccupations sociales nouvelles de l'État providence trouve un autre agent important de changement dans les cours et tribunaux. Le passage d'un système de droit formel, autonome et individualiste, à un modèle adaptatif, dualiste et collectif, oblige en effet à une perception différente de la fonction juridictionnelle¹¹⁶².

¹¹⁵⁹Girard, « L'évolution », *supra* note 1157 à la p 364. L'auteure parle aussi du domaine de la bioéthique. Devant la procréation artificielle médicalement assistée, le juge joue le rôle de garant de la volonté des individus, en dehors de tout contexte contentieux.

¹¹⁶⁰*Ibid* à la p 367.

¹¹⁶¹François Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice » dans Philippe Gérard, Michel Van de Kerchove et François Ost, dir, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, 1 à la p 7.

¹¹⁶²Bourgoignie, *Éléments*, *supra* note 14 à la p 169.

Le juge devient ainsi co-auteur du changement juridique¹¹⁶³.

Le droit de la consommation offre au dynamisme du juge un terrain privilégié. En effet, le droit matériel de la consommation recèle, nous l'avons vu, nombre de normes abstraites qui nécessitent l'interprétation d'un juge. Il en est notamment ainsi du concept lui-même de consommateur, de la notion de vulnérabilité du consommateur, de la détermination du caractère abusif des clauses contractuelles, de la notion du caractère trompeur ou déloyal d'une pratique commerciale, de l'évaluation de la situation de surendettement du consommateur, du caractère dangereux ou défectueux du produit placé sur le marché, et de l'atteinte portée à l'intérêt collectif ou aux intérêts diffus des consommateurs.

En France, à partir de janvier 2008¹¹⁶⁴, l'article L.141-4, qui a été ajouté au Code de la consommation¹¹⁶⁵, stipule que « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». Cette modification a provoqué un élargissement important du rôle du juge. Celui-ci a donc le pouvoir de relever d'office les irrégularités d'un contrat de consommation. En fait, toutes les dispositions du Code français de la consommation peuvent être soulevées d'office, ce qui confirme le rôle d'entraîneur conféré au juge dans le domaine de la protection du consommateur. L'intervention du juge n'est plus neutre, comme c'était le cas auparavant¹¹⁶⁶. La carence des consommateurs non à même de faire valoir leurs droits est compensée par la saisine d'office du juge.

¹¹⁶³*Ibid* à la p 169.

¹¹⁶⁴*Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, JO 4 janvier 2008.

¹¹⁶⁵Voir Code de la consommation, *supra* note 606.

¹¹⁶⁶Dans son arrêt du 15 février 2000, la Cour de cassation soutient que le juge ne peut pas relever d'office les dispositions du Code de la consommation. Ce raisonnement fut confirmé par l'arrêt du 16 mars 2004, rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a décidé le 4 octobre 2007 que la directive n° 87/102, telle que modifiée par la directive n° 98/7, doit être interprétée en ce sens qu'elle consent au juge national d'en appliquer d'office les dispositions. La modification apportée au Code français de la consommation a

L'activisme du juge dans l'application du droit de la consommation est d'ampleur inégale au Québec (A) et au Brésil (B).

A. Au Québec

Au Canada, toutes les provinces au Canada font partie de la famille juridique de la *common law*. Toutefois, le Québec a cette particularité que le droit qui y est en vigueur émane tant de la tradition civiliste que de la tradition anglo-saxonne¹¹⁶⁷. Ainsi, en droit public québécois, le système anglo-américain est en vigueur, car le système droit public britannique est à l'origine des institutions québécoises, notamment les tribunaux¹¹⁶⁸. Pour sa part, le droit privé québécois est basé sur le droit romano-germanique en raison de la colonisation par la France. L'Acte de Québec de 1774¹¹⁶⁹ a consolidé la confluence de ces deux sphères juridiques. Il a préservé le droit civil, alors appelé « ancien droit », pour tout ce qui concernait la propriété et les autres droits privés et a imposé les lois anglaises de droit criminel, imposant aussi le principe anglais de la liberté d'ester en justice et permettant la profession de la foi

donc été commandée par le droit communautaire. Eric Bazin affirme que « [s]i le juge était donc prisonnier de son impérieuse neutralité dans le déroulement du procès consommériste, il est aujourd'hui libéré du carcan de l'interdiction de relever d'office la méconnaissance des dispositions du Code de la consommation ». Voir Eric Bazin, « De l'office du juge en droit de la consommation » (2 mai 2012) en ligne : Social. Faits de société <<http://magat.francois.free.fr/De%20l%20office%20du%20juge%20en%20droit%20de%20la%20consommation.html>>.

¹¹⁶⁷Les autres exemples de juridictions mixtes joignant le droit civiliste et de la *common-law* sont : la Louisiane, Sainte-Lucie, Porto Rico, l'Afrique du Sud, le Zimbabwe, le Botswana, le Lesotho, le Swaziland, la Namibie, les Philippines, le Sri Lanka et l'Écosse. Il y a aussi les cas des systèmes mixtes constitués de traditions juridiques non-occidentales, comme l'Iran, l'Égypte, la Syrie, l'Irak et l'Indonésie. Voir Esin Orucu, Elspeth Attwooll et Sean Coyle, *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1996 et René David et John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 3^e éd, Stevens & Sons, London, 1985.

¹¹⁶⁸David Cameron, « Le rôle du pouvoir judiciaire dans le développement du droit de la consommation au Québec » dans Ramos, Fonseca et Bourgoignie, *Diálogos*, *supra* note 455 [Cameron, « Le rôle du pouvoir judiciaire »].

¹¹⁶⁹*Acte de Québec*, *supra* note 21.

catholique¹¹⁷⁰. La coexistence des deux systèmes juridiques est aussi observée dans le Code civil de 1994¹¹⁷¹. Certains principes et certaines institutions du système de la *common law* figurent dans le Code de 1994, tels que la liberté d'ester, les fiducies et les hypothèques, ainsi que la reconnaissance de la personne humaine et des droits de l'homme comme étant le noyau de tout le droit privé. Simultanément, sa disposition préliminaire définit le Code comme étant l'ensemble suprême des normes du droit commun au Québec¹¹⁷².

Certains ont souligné le fait qu'au Québec, les langues parlées, reflétant et soutenant les deux systèmes légaux qui subsistent ensemble, ont facilité la coexistence de deux systèmes juridiques¹¹⁷³.

David Cameron affirme qu'au Québec, le juge œuvre au sein de deux réalités différentes¹¹⁷⁴. Selon le système civiliste, le juge « dit le droit », alors que selon le système anglo-saxon, il lui appartient de créer le droit. Devant cette dualité, l'auteur soutient que l'accent est donc mis sur la justice, un concept plus idéal que le droit, en faisant mention du code de déontologie des magistrats : « [l]e rôle du juge est de rendre justice dans le cadre du droit »¹¹⁷⁵. Les juges, décideurs impartiaux dans le cadre du droit existant, n'en ont pas moins pour mission de rechercher la justice.

¹¹⁷⁰À partir de la séparation du Canada en deux parties en 1791 par l'*Acte de 1791*, *supra* note 23, le système de *common law* régnait de façon absolue dans le Haut-Canada (l'actuelle province de l'Ontario), tandis que le droit civiliste continuait à être le système en vigueur dans le Bas-Canada (l'actuelle province de Québec).

¹¹⁷¹William Tetley, « Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified) » (2000) 60 La. L. Rev 677 à la p 697 [Tetley, « Mixed Jurisdictions »].

¹¹⁷²CcQ *supra* note 19, disposition préliminaire, al 2 : « Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger ».

¹¹⁷³Tetley, « Mixed Jurisdictions », *supra* note 1171 à la p 682.

¹¹⁷⁴David Cameron, « Le rôle du pouvoir judiciaire dans le développement du droit de la consommation au Québec » dans Fonseca, Ramos et Bourgoignie, *Diálogos*, *supra* note 455 [Cameron, « Le rôle du pouvoir judiciaire »].

¹¹⁷⁵*Code de déontologie de la magistrature*, RRQ c T-16, r 4.1.

1. L'interprétation de certaines dispositions du droit matériel par le juge

Au Québec, la menace de l'arbitraire a agi et continue d'agir comme un frein à l'office du juge-entraîneur.

Sous le régime du CcBC, les prétentions des parties contractantes prédominaient sur la fonction juridictionnelle. Selon Claude Masse, même les coutumes avaient préséance sur le pouvoir discrétionnaire du juge et « [e]n vertu des règles relatives à l'interprétation des contrats, le juge n'a pas d'autre fonction que de retrouver la commune intention des contractants »¹¹⁷⁶.

Toutefois, le dogmatisme de la force obligatoire des contrats a été symbolisé par la clause *pacta sunt servanda*¹¹⁷⁷ se trouvait compensé par la théorie de l'imprévision selon laquelle les parties se sont engagées au regard d'une situation indiquant un certain équilibre des prestations. Devant des circonstances imprévisibles ayant entraîné le déséquilibre des prestations, la clause *rebus sic stantibus*¹¹⁷⁸ peut être appliquée, entraînant soit la résolution du contrat soit son ajustement aux nouvelles circonstances¹¹⁷⁹. La disposition de l'article 1040 (c) dans le CcBC¹¹⁸⁰ a suscité de

¹¹⁷⁶Masse, « Fondement », *supra* note 20 aux pp 71-72. Pierre-Gabriel Jobin, « L'équité en droit des contrats » dans Lafond, *Mélange Claude Masse*, *supra* note 20, 471 à la p 482 [Jobin, « L'équité »]. L'auteur ajoute « qui dit stabilité contractuelle dit non-intervention du juge, soit pour réviser le contrat soit pour annuler ou réduire une clause, soit pour annuler ou résoudre le contrat ».

¹¹⁷⁷Le principe était reconnu chez les Romains, ainsi qu'au Moyen-Âge chrétien, en passant par la Renaissance. L'accord de volonté étant purement et simplement l'élément créateur de droit dans le contrat, le principe *pacta sunt servanda* est le fondement qui lie les parties au contrat. Voir Johannes Barmann, « *Pacta sunt servanda*. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel » (1961) 13 RIDC 18.

¹¹⁷⁸Son origine remonte aux écrits de Sénèque et Cicéron, deux auteurs de l'Antiquité. Saint Augustin a repris ce concept dans le Décret de Gratien. Voir Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition*, Cape Town, Juta & Co, 1990, aux pp 542-43.

¹¹⁷⁹Voir notamment Baudoin, Jobin et Vézina, *Les obligations*, *supra* note 448.

¹¹⁸⁰CcBC, *supra* note 37, art 1040(c) : « Les obligations monétaires découlant d'un prêt d'argent sont réductibles ou annulables par le tribunal dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'elles rendent le coût du prêt excessif et l'opération abusive et exorbitante ».

« nombreuses critiques, quelques interrogations et beaucoup de scepticisme »¹¹⁸¹ car elle représentait une scission par rapport à l'esprit du Code. Plusieurs décisions ont soutenu le principe de l'immutabilité des obligations devant la clause *rebus sic stantibus*¹¹⁸² au nom de la préservation de la sécurité des transactions et de la force obligatoire des contrats¹¹⁸³. Selon Georges Massol, la notion de l'imprévision n'est pas insérée de façon claire dans le nouveau Code civil¹¹⁸⁴, à la différence de la LPC, qui contient une application partielle du principe¹¹⁸⁵.

Selon Stefan Martin, cette disposition du Code comme d'autres susceptibles de conférer au juge un large pouvoir discrétionnaire, tels que les articles 1056 (b)¹¹⁸⁶,

¹¹⁸¹Stefan Martin, « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois » (1993) 34:2 Cahiers de droit 599 à la p 610 [Martin, « Pour une réception »].

¹¹⁸²*Grant Mills Ltd. c Universal Pipeline*, [1975] CS 1203.

¹¹⁸³Voir notamment Albert Mayrand, « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil » dans Germain Brière et al, *Lois nouvelles*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965, 69; Maurice Tancelin, *Des obligations*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988; Robert Soucy, « Étude sur les abus de droit » [1979] RL 1, 77. Plus récemment, voir Anne-Françoise Debruche, qui soutient qu'en droit civil, le juge n'est pas le partenaire du législateur. Son rôle se limite à celui d'une cheville ouvrière chargée de l'application du droit. Anne-Françoise Debruche, *Équité du juge et territoires du droit privé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 157. Pour une position moins radicale, voir Jean-Louis Baudoin, *Les obligations*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 1983.

¹¹⁸⁴Georges Massol, « Le juge et l'équité en matière de protection du consommateur » dans Lafond et Moore, *L'équité*, *supra* note 44, 45 à la p 55. [Massol, « Le juge et l'équité »]. Cet auteur ajoute que « [p]arallèlement, voire paradoxalement, le législateur parsème ça et là des cas d'interventions particulières pour assurer une meilleure justice contractuelle ». *Ibid.*

¹¹⁸⁵LPC, *supra* note 8, art 107 : « Si le consommateur ne remédie pas au fait qu'il est en défaut dans le délai prévu à l'article 106, le solde de son obligation devient exigible à moins que, sur requête du consommateur, le tribunal ne modifie les modalités de paiement selon les conditions qu'il juge raisonnables ou n'autorise le consommateur à remettre le bien au commerçant ». Voir les décisions *Mathieu c Banque Nationale du Canada*, *supra* note 303; *Leblanc c Citizen Electronic Rentals*, [1995] RJQ 1048 (CA); *Crédit Mercedes Benz du Canada Inc c Champagne*, [1993] RJQ 1744; *Banque de Commerce canadienne impériale c Thibeault*, [1998] RJQ 8 (CA); *Banque Nationale du Canada c Ayotte* [1985] CA 182; *Desnoyers c Banque nationale du Canada* (23 février 1993), Montréal 500-09-000101-881, J.E. 93-549 (CA).

¹¹⁸⁶CcBC, *supra* note 37, art 1056(b) : « Dans les cas de recours en dommages-intérêts résultant de blessures corporelles, les quittances et les règlements et les déclarations écrites obtenus de la victime dans les quinze jours de la date du délit ou du quasi-délit ne peuvent lui être opposés si elle en souffre lésion ». On trouve désormais cette disposition à l'article 1609 CcQ.

1664 (10) et (11)¹¹⁸⁷ du CcBC, ainsi que les articles 424 et 472 du Code civil actuel, n'ont que rarement conduit à des décisions démontrant un activisme du juge¹¹⁸⁸.

La situation est confuse car il existe aussi des exemples où les juges se sont montrés novateurs. Ainsi en est-il de l'application de la lésion entre majeurs sur base de l'article 1406 du CcQ¹¹⁸⁹ et de l'article 8 de la LPC¹¹⁹⁰ (arrêt *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*¹¹⁹¹) et de la reconnaissance d'une action directe envers le producteur en cas de défaut de garantie dans les ventes au consommateur (*Kravitz c General Motors of Canada*¹¹⁹²). Le principe d'équité¹¹⁹³ qui fait partie du droit positif commun québécois depuis le CcBC¹¹⁹⁴, l'enrichissement sans cause¹¹⁹⁵, la protection de partie en situation d'inégalité comme telle que l'adhérent dans le contrat d'adhésion ou le consommateur dans le contrat de

¹¹⁸⁷CcQ, *supra* note 19, art 1901.

¹¹⁸⁸Il cite l'arrêt *Boutin c Belvédère Finance Co*, [1970] CA 389, situation spécialement inéquitable sur le taux d'intérêt. Martin, « Pour une réception », *supra* note 1181 à la p 611. Sur le concept de « justice contractuelle », voir aussi *General Motors c Kravitz*, [1979] 1 RCS 790; *Banque Nationale du Canada c Saucisse*, [1981] 2 RCS 339; *Houle c Banque canadienne nationale*, [1990] 3 RCS 122.

¹¹⁸⁹« La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation. Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances ».

¹¹⁹⁰LPC, *supra* note 8 art 8. *Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante.*

¹¹⁹¹*Gareau Auto Inc c Banque canadienne impériale de commerce*, *supra* note 465.

¹¹⁹²*Kravitz c General Motors of Canada*, [1979] 1 RCS 790. Voir aussi *Posluns c Entreprises Lormil Inc*, CS Québec, n° 200-05-001584-858, 4 juillet 1990, JE 90-1131.

¹¹⁹³Pour la définition de l'équité, voir Michelle Cumyn, « L'équité : définition et concepts » dans Lafond et Moore, *L'équité*, *supra* note 44, 1.

¹¹⁹⁴CcBC, *supra* note 37, art 1024 : « Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi ». Dans le nouveau Code civil, il s'agit de l'article 1434 qui prévoit : « Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi ».

¹¹⁹⁵CcQ, *supra* note 19, art 1493 : « Celui qui s'enrichit aux dépens d'autrui doit, jusqu'à concurrence de son enrichissement, indemniser ce dernier de son appauvrissement corrélatif s'il n'existe aucune justification à l'enrichissement ou à l'appauvrissement ».

consommation ou le consommateur¹¹⁹⁶, la mise à l'écart des clauses illisibles ou incompréhensibles¹¹⁹⁷ et l'exclusion des clauses abusives¹¹⁹⁸ constituent autant de portes potentiellement ouvertes au juge-entraîneur¹¹⁹⁹

Les limites de l'exercice de la fonction judiciaire continuent de susciter de grands débats¹²⁰⁰.

Pierre-Gabriel Jobin¹²⁰¹ soutient que trois principes doivent guider l'intervention du juge dans les rapports contractuels : le respect des valeurs fondamentales, la souplesse dans les sanctions et l'équité, ce qui entraîne l'affaiblissement de la force obligatoire des contrats et de la stabilité contractuelle. Pour Jean-Guy Belley, l'intervention du

¹¹⁹⁶CcQ, *ibid*, art 1432 : « Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur. La clause illisible ou incompréhensible doit également être vérifiée par le juge ».

¹¹⁹⁷CcQ, *ibid*, art 1436 : « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été donnés au consommateur ou à l'adhérent ».

¹¹⁹⁸CcQ, *ibid*, art 1437 : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci ».

¹¹⁹⁹Cette liste n'est qu'illustrative, puisqu'il existe d'autres exemples, comme les articles 1726 (vices cachés) et 2778 du CcQ (l'obligation d'obtenir l'autorisation du tribunal pour que le créancier puisse reprendre possession d'un bien assorti d'un crédit); ainsi que les articles 142 (permission du tribunal pour que le commerçant puisse exercer le droit de reprise) et 272 (recours assurés au consommateur devant le manquement à une obligation légale par le commerçant) de la LPC.

¹²⁰⁰Pour citer quelques rencontres importantes qui ont eu lieu au Québec sur le sujet, l'Association canadienne des professeurs de droit et l'Association canadienne droit et société organisèrent en 1999 un congrès à Sherbrooke, sur le thème « Judges and the Public Space », au cours duquel on discuta amplement du rôle du juge et de son pouvoir d'intervention. La même année, en octobre, la Faculté de droit de l'Université Laval organisait le Forum international des juristes francophones, pour célébrer le 150^e anniversaire de la création de la Cour d'appel et de la Cour supérieure du Québec, ainsi que celui du barreau et de la Chambre des notaires. De plus, l'Association québécoise de droit comparé a organisé un colloque qui se tint à l'Université McGill en avril 2005 sur le thème « L'intervention du juge dans le contrat ». En 2009, la Fondation Claude Masse organisait un colloque intitulé « L'équité au service du consommateur ». Voir Lafond et Moore, *L'équité, supra* note 44.

¹²⁰¹Pierre-Gabriel Jobin, Allocution, Conférence lors du colloque 2004-2005 de l'Association québécoise de droit comparé et du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec sur le thème *L'intervention du juge dans le contrat*, à la Faculté de droit de l'Université McGill, 6 avril 2005 [non publié].

juge n'est jamais une intrusion dans le contrat, parce qu'« elle est toujours sollicitée par une partie et commandée par l'ordre juridique auquel appartient le juge »¹²⁰².

Marie Annick Grégoire affirme que « les juristes continuent tout de même de se méfier du pouvoir d'intervention judiciaire au contrat »¹²⁰³. Jean-Guy Belley affirme que l'idéologie néolibérale de la mondialisation réputée bénéfique aux consommateurs produit, parmi d'autres effets, un changement dans la conscience des juges chargés d'interpréter le droit de la consommation. Bien qu'équité et discrétion ne soient pas synonymes, l'équité ne peut être exercée « que suivant la discrétion conférée au juge », comme l'affirme Georges Massol¹²⁰⁴.

2. Droit de la procédure et rôle du juge

Le débat, présent sur le terrain du droit matériel, l'est aussi en droit procédural.

En 2002, l'Assemblée nationale du Québec a adopté la *Loi portant réforme du Code de procédure civile*¹²⁰⁵. La réforme visait notamment l'établissement d'une justice civile plus rapide, plus efficace et moins coûteuse de façon à améliorer l'accès à la justice et à accroître la confiance du citoyen envers le système de justice¹²⁰⁶. Elle vint modifier le Code de procédure civile (Cpc) en reconnaissant au juge une fonction

¹²⁰²Jean-Guy Belley, Allocution, *ibid.*

¹²⁰³Grégoire, « L'équité », *supra* note 44 à la p 38. À propos des clauses abusives, l'auteure affirme que « [t]oujours marqués par le principe de la non-intervention judiciaire, les tribunaux hésitent toujours à s'immiscer dans la relation des parties pour modifier ou annuler certaines pratiques contractuelles au nom de l'art 1436 CcQ ». Voir Grégoire, « L'équité », *supra* note 44 à la p 36.

¹²⁰⁴Massol, « Le juge et l'équité », *supra* note 1184 à la p 50.

¹²⁰⁵LQ 2002, c 7.

¹²⁰⁶Pierre E. Audet, « La réforme de la procédure civile de 2002 : un jalon de plus vers l'idéal d'un accès à la justice », Allocution, Conférence vers le futur, Hilton Montréal Bonaventure, 2 mai 2006. Transcription disponible en ligne <<http://www.cfcj-fcj.org/sites/default/files/docs/2006/audet-fr.pdf>> [Audet, « La réforme de la procédure civile de 2002 »]

manifeste d'arbitre, élargissant ainsi son rôle¹²⁰⁷. Pierre E. Audet affirme que « [l] ajout au Code de l'article 4(1) a confirmé le rôle attribué au juge de veiller au bon déroulement de l'instance et d'intervenir pour en assurer la saine gestion »¹²⁰⁸. En matière de gestion d'instance, le rôle du juge a été accru lors de cette réforme et lui a été reconnue la fonction de présider des négociations de règlements à l'amiable¹²⁰⁹.

En matière familiale et de recouvrement de petites créances, « entre dans la mission du juge celle de favoriser la conciliation des parties »¹²¹⁰. Dans ces branches du droit, le juge joue effectivement un rôle de médiateur. Les parties sont obligées d'assister à une séance d'information sur la médiation¹²¹¹. Le Cpc prévoit la possibilité d'une tentative de conciliation, présidée par le juge, entre les parties qui y consentent, à l'exception des cas impliquant des matières touchant l'État, la capacité des personnes ou l'ordre public¹²¹².

Il est important de souligner l'absence d'institutions judiciaires spécialisées en droit de la consommation au Québec. Aucun tribunal ne traite en exclusivité des litiges de consommation. La Cour des petites créances n'est pas davantage une institution spécialisée en droit de la consommation. Le ministère public n'est guère doté d'un département spécialisé en droit de la consommation. En contrepartie, la LPC octroie au directeur de l'OPC un pouvoir de représentation de l'intérêt public pour les infractions prévues aux lois de protection du consommateur, ce qui équivaut à lui

¹²⁰⁷CPC, *supra* note 1155, art 4(1), 4(2) et 4(3). Voir Charles Belleau, « Les règles générales de la procédure civile québécoise et le déroulement de la demande en justice en première instance – Les principes d'interprétation, les concepts généraux et les règles fondamentales » *Collection de droit 2005-2006*, vol 2, École du Barreau du Québec, 2005, EYB2005CDD, 1.

¹²⁰⁸Audet, « « La réforme de la procédure civile de 2002 », *supra* note 1206 à la p 3.

¹²⁰⁹Université Laval, « La Réforme de la Procédure civile » (22 août 2012), en ligne : Université Laval <<http://www.bibl.ulaval.ca/info/biddul/bid-166.html>>

¹²¹⁰CPC, *supra* note 1190, art 4(3).

¹²¹¹Marc Lacoursière, « Le consommateur et l'accès à la justice » (2008) 49 Cahiers de droit 97 à la p 120 [Lacoursière, « Le consommateur et l'accès »].

¹²¹²CPC, *supra* note 1190, articles 151(14) et s.

donner un pouvoir semblable à celui dont jouit le ministère public brésilien, le rendant apte à agir au pénal.

En revanche, le droit procédural québécois confère au juge de larges pouvoirs discrétionnaires. Tel est le cas, notamment dans le cadre du recours collectif et du règlement des petites créances. À propos du rôle du juge dans la procédure du recours collectif, Pierre-Claude Lafond soutient que « [d]ans le recours collectif, le juge est plus interventionniste que dans un procès traditionnel. En plus de son rôle habituel, il est investi d'une mission, celle de protéger les membres du groupe qui ne sont pas présents »¹²¹³. Il y voit une parfaite illustration du nouveau rôle du juge :

[I]a traditionnelle passivité du juge a peu à peu cédé le pas à une conception plus contemporaine et plus active du rôle du magistrat dans le déroulement de l'instance. Au-delà de l'impartialité, on exige désormais de lui qu'il agisse comme un bon administrateur de la justice, voire un bon gestionnaire, et qu'il assure un contrôle intelligent et souple de la conduite de l'instance¹²¹⁴.

La manière dont s'organise au Québec la représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs fera l'objet d'une étude détaillée dans le chapitre suivant.

À propos de la division des petites créances, Cameron souligne que « l'assistance aux parties, en l'absence des avocats, est assurée par le juge »¹²¹⁵. Le juge y est à la fois avocat des parties, administrateur de la preuve, professeur de droit, décideur et vulgarisateur¹²¹⁶.

¹²¹³Entrevue de Pierre-Claude Lafond par Marie-Claude Bourdon (22 janvier 2007) sur Journal UQAM, vol XXXIII, n° 9, « Les juges et le recours collectif », en ligne : Uqam.ca <<http://www.uqam.ca/entrevues/2007/e2007-012.htm>> [Entrevue de Lafond, Journal UQAM].

¹²¹⁴Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Qc, Yvon Blais, 2006 à la p 12 [Lafond, *Le rôle du juge*].

¹²¹⁵Cameron, « Le rôle du pouvoir judiciaire », *supra* note 1168.

¹²¹⁶Voir Bourgoignie, « Colloque Brésil Québec », *supra* note 1235.

La division des petites créances, qui fait partie de la Chambre civile de la Cour du Québec, a été mise en place en 1971 grâce à l'adoption de la *Loi favorisant l'accès à la justice*¹²¹⁷. Cette loi avait comme fondements les principes suivants : une plus grande accessibilité de la justice aux citoyens; le dépouillement du formalisme de la justice; la recherche d'un moyen de conciliation de nature à assurer la paix sociale; la garantie de la sanction du droit; l'atteinte d'une justice peu coûteuse et la garantie d'une justice rapide¹²¹⁸. Plusieurs mesures ont été adoptées pour consacrer ces principes¹²¹⁹, telles que la notion même de petites créances, la réduction des frais judiciaires, la restriction de l'admissibilité des personnes morales, le recours par requête et l'exclusion de l'avocat.

Les poursuites devant cette division sont caractérisées surtout par leur rapidité¹²²⁰, leur moindre coût¹²²¹ et une diminution importante du formalisme¹²²². Les avocats ne peuvent y représenter les parties. Lafond y voit l'un des traits les plus distinctifs de la division de petites créances¹²²³. L'absence de représentation par un avocat est compensée par l'assistance donnée aux parties par le greffier¹²²⁴. En plus de vérifier la

¹²¹⁷ *Loi favorisant l'accès à la justice*, LQ 1971, c 86, *supra* note 131. Cette loi a introduit le Livre VIII dans le *Code de procédure civile*, composé des articles 953 à 998.

¹²¹⁸ *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 22 janvier 1971, vol 11, t 6, p B-185 (intervention du ministre de la Justice, M. Jérôme Choquette).

¹²¹⁹ Marie José Longtin, « De certaines tendances en matière de petites créances » (1999) 40 *Cahiers de droit* 217 à la p 220.

¹²²⁰ À titre d'exemple, le droit d'appel est exclu. CPC *supra* note 1190, art 984.

¹²²¹ Les frais judiciaires, constitués notamment par les frais d'introduction, de contestation et de condamnation, sont limités à un coût minimal. Les honoraires professionnels sont exclus en vertu de l'interdiction de la représentation par les avocats.

¹²²² À ce sujet, voir Mauro Cappelletti et Bryant Garth, « Access to Justice: the Worldwide Movement to Make Rights Effective - A General Report » dans Mauro Cappelletti et Bryant Garth, dir, *Access to Justice: A World Survey (Vol. 1 of the Florence Access to-Justice Project series)*, Leyden and Boston/Milan, Sijthoff/Giuffrè, 1978, 1. [Cappelletti et Garth, « Access to Justice »]

¹²²³ *Ibid* à la p 118 : « Par la création de ce nouveau forum judiciaire, le législateur s'attaque aux deux principaux obstacles économiques à une justice économiquement accessible, soit les dépenses et les honoraires professionnels ».

¹²²⁴ *Ibid*, art 960.

recevabilité du recours¹²²⁵, le greffier a aussi le rôle important d'encourager les parties à soumettre leur litige, sans frais supplémentaires, à la médiation.

Le juge y joue un rôle plus inquisitoire, étant donné notamment le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'article 977 à l'égard de la procédure à adopter, des règles de preuve et des interrogatoires. Ses initiatives, tout comme son intervention directe auprès des parties, sont justifiées par le fait qu'il doit recueillir des éléments afin de rendre sa décision¹²²⁶. La représentation par avocat y étant interdite, « [l]e juge explique sommairement aux parties les règles de preuve qu'il est tenu de suivre et la procédure qui lui paraît appropriée »¹²²⁷. Il dispose de « la plus grande latitude possible dans la procédure »¹²²⁸.

Jacques Lachapelle fait valoir qu'en plus de son rôle traditionnel de décideur, le juge de la Cour des petites créances cumule aussi les rôles de maître des débats, de vulgarisateur du droit et de la procédure, de conciliateur, d'enquêteur ainsi que d'inquisiteur¹²²⁹.

B. Au Brésil

Au Brésil, le législateur a toujours compté la participation active du pouvoir judiciaire dans l'établissement des bases théoriques et des paradigmes sur lesquels s'érigerait le droit brésilien de la consommation.

L'obligation constitutionnelle de protéger la partie vulnérable de la relation de consommation et l'ordre public de protection qui en découle relativisent l'importance

¹²²⁵*Ibid*, art 963.

¹²²⁶*Ibid*, art 982.

¹²²⁷CPC, *supra* note 1190, art 977.

¹²²⁸Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, *Journal des débats*, 2^e sess, 29^e lég, 17 juin 1971, p B-2719.

¹²²⁹Lachapelle, « Un rôle multiforme », *ibid* à la p 199.

du dogme de l'autonomie des volontés. Dans ce contexte, l'acteur principal est le juge, auquel il est nécessaire d'octroyer une grande autonomie

Relation de consommation – les principes concernant les contrats de consommation :
Devant le contrat objet du droit de la consommation, le juge est loin des principes contractuels classiques, hypothèse selon laquelle l'égalité et la liberté des parties pour contracter sont présumables, indépendamment de la différence à l'égard de l'information, de la connaissance et du pouvoir de chaque sujet contractuel. La conduite du juge, devant une relation de consommation, peut et doit être dynamique, visant à assurer l'égalité des parties au moins au plan juridique¹²³⁰ [notre traduction].

Dans le domaine du droit matériel comme du droit procédural de la consommation, le juge brésilien est appelé à jouer un rôle majeur (1). Pour ce faire, il compte sur la collaboration efficace de sections judiciaires spécialisées dans la protection du consommateur (2), des cours spéciales (3), et du ministère public (4).

1. Dispositions de droit matériel et rôle du juge.

Comme au Québec, le CDC fait appel à de multiples concepts abstraits ouverts à l'interprétation du juge. Il n'y a pas de définition fermée de ce qui constitue une publicité trompeuse, une pratique commerciale déloyale ou une clause abusive¹²³¹. Le code dresse plutôt des listes non-exhaustives d'exemples, respectivement aux articles 37 (paragraphe 2), 39 et 51.

La plupart des normes composant le CDC sont des normes ouvertes et générales qui comptent sur un engagement effectif du pouvoir judiciaire en vue de leur interprétation et, à travers celle-ci, l'avancement du droit de la consommation.

¹²³⁰ TJRS, 21 Câ., ApC 197278518, rel. Des. Francisco José Moesch, j. 17.06.1998. «Relação de consumo – princípios relativos ao contrato de consumo: Diante do contrato objeto do direito do consumidor, o juiz afasta-se dos princípios contratuais clássicos, hipótese segundo a qual presume-se a igualdade e a liberdade das partes para contratar, independentemente da quantidade de informação, do conhecimento e do poder que detém cada um dos sujeitos contratuais. O comportamento do juiz, diante de uma relação de consumo, pode e deve ser dinâmica, de forma a assegurar a igualdade das partes, pelo menos no plano jurídico».

¹²³¹ Voir la partie I.2, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

L'action du juge s'inscrit dans la ligne directe du prescrit constitutionnel et des principes directeurs du CDC, dont le juge veille au respect.

Au plan procédural, le Code brésilien de procédure civile accorde au juge un large pouvoir de direction dans l'administration de la preuve comme dans le déroulement de la procédure. Ce pouvoir, le juge l'exerce de manière tout à fait remarquable dans le cadre des procédures collectives. Comme nous l'avons décrit plus haut, le législateur brésilien accorde une place privilégiée à la protection des intérêts collectifs des consommateurs. C'est au juge qu'il reviendra de conduire les procédures susceptibles d'assurer la représentation et la défense des divers types d'intérêts collectifs identifiés par la doctrine.

Selon Ada Pellegrini Grinover, l'une des auteures du CDC, les actions collectives ont transformé le procès civil au Brésil en le rendant plus effectif et plus proche de la réalité sociale. L'auteure soutient la formulation d'une théorie générale des actions collectives appelant à l'application de principes et d'instruments spécifiques et distincts de ceux relevant du droit procédural individuel¹²³². L'obligation d'assurer la protection de droits collectifs exige en effet de rompre avec la portée strictement individualiste de la procédure civile ordinaire. Le juge trouve dans les actions collectives une opportunité remarquable de mieux adapter le droit aux enjeux réels de la société de consommation de masse.

La manière dont s'organise au Brésil la représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs fait l'objet d'une présentation détaillée au chapitre suivant. La diversité des formes d'action collective admises accroît encore le rôle du juge en la matière.

¹²³²Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Aluisio Gonçalves de Castro, *Direito Processual Coletivo e o Anteprojetado de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, RT, 2007 à la p. 11.

2. Les sections judiciaires spécialisées en protection du consommateur

Le CDC prescrit la création de chambres spécialisées en droit de la protection du consommateur au sein des tribunaux¹²³³ : « Art. 5(IV). Création de cours spécialisées de petites créances et de chambres spécialisées pour la solution de litiges de consommation » [notre traduction]¹²³⁴.

La division interne du tribunal doit entraîner une spécialisation du juge, permettre une meilleure efficacité de la procédure juridictionnelle et une meilleure qualité de la décision rendue.

Ces facteurs contribuent à la mobilisation des juges pour la cause consumériste et, grâce à l'action judiciaire, au développement d'un droit de la consommation spécifique et novateur. Comme le souligne Thierry Bourgoignie,

[l]a forte sensibilisation des juges aux questions liées à la protection des consommateurs et le rôle actif joué par eux dans le développement de la discipline est remarquable: « juge-entraîneur » ou « juge-conciliateur » plutôt que « juge-arbitre », le juge brésilien se veut avocat des parties, administrateur de la preuve, professeur de droit, décideur et vulgarisateur¹²³⁵.

3. Les Cours civiles spéciales (Juizado Especial Cível, JEC)

¹²³³ Les cours brésiliennes sont composées d'autres chambres spécialisées. Le système judiciaire brésilien prévoit encore trois justices spécialisées qui fonctionnent de façon complètement indépendante de la justice dite commune. Il s'agit de la justice fédérale (*Constitution de 1988, supra* note 12, art 106-10); de la justice du travail (*Constitution de 1988, art 111- 17*) et de la justice électorale (*Constitution de 1988, art 118- 21*). Dans ces cas, les justices possèdent une structure propre, disposant des fonctionnaires qui intègrent un cadre à part, un budget différent et une logique propre.

¹²³⁴ CDC, *supra* note 13, art 5(IV): « *Criação de Juizados especiais de pequenas causas e Varas especializadas para a solução de litígios de consumo* ». Nous estimons que « chambre » est le mot qui traduit le mieux le mot portugais « vara », étant donné l'inexistence d'un organisme correspondant.

¹²³⁵ Bourgoignie, « Colloque Brésil Québec sur le droit de la consommation » dans Fonseca, Ramos et Bourgoignie, *supra* note 455 [Bourgoignie, « Colloque Brésil Québec »].

La Loi 7.244/84¹²³⁶ institue une procédure civile distincte pour les litiges impliquant des faibles réclamations financières devant les Cours des petites créances. La Constitution de 1988 confirme également la création de ces cours¹²³⁷ et le CDC y voit un instrument de mise en œuvre de la politique nationale de protection du consommateur¹²³⁸. En 1995, la Loi 9.099/95¹²³⁹ modifie l'appellation des Cours des petites créances en « Cours civiles spéciales » et élargit leur sphère de compétences vers le domaine pénal¹²⁴⁰.

Visant à favoriser un meilleur accès à la justice, les procédures soumises aux Cours civiles spéciales sont guidées par les principes d'oralité, de simplicité, d'absence de formalité, d'économie processuelle et de rapidité, selon l'article 2 de la *Loi sur la procédure spéciale civile et criminelle*¹²⁴¹. Ces Cours spéciales sont rattachées au système judiciaire provincial et chargées des demandes de complexité mineure, dont la valeur ne dépasse pas quarante « salaires minimums »¹²⁴². La valeur en cause n'est

¹²³⁶Loi 7.244 du 7 novembre 1984 qui a institué la procédure des petites créances. Sur le sujet, voir Kazuo Watanabe, dir, *Juizados especiais de pequenas causas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

¹²³⁷Constitution de 1988, *supra* note 12, art 98: « *A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; ».*

« L'Union, dans le District fédéral et dans les territoires, et les États créeront : I. des cours spéciales composées par des juges de carrière, ou de juges de carrière et des juges laïcs, compétents pour la conciliation, le jugement et l'exécution des demandes en matière civile de complexité mineure et des infractions pénales de potentiel offensif mineur, par des procédures orales et « sumarísimas », le cas échéant prévu dans la loi, la transaction et le jugement d'appel par les instances supérieures composées par des juges de premier degré étant possibles » [notre traduction].

¹²³⁸CDC, *supra* note 13, art 5(IV).

¹²³⁹*Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências [Loi sur la procédure spéciale civile et criminelle].*

¹²⁴⁰Les articles 60 et 61 de la Loi 9.099/95, *ibid*, établissent la procédure pour les infractions pénales de plus faible potentiel offensif, soit celles dont la peine ne dépasse pas un an.

¹²⁴¹Selon Candido Rangel Dinamarco, la procédure prévue par la Loi 9.099/95 consacre le principe de la concentration des actes dans l'audience et l'exécution du titre judiciaire ou extrajudiciaire. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2^e, São Paulo, Malheiros, 2002 à la p 735.

¹²⁴²Le salaire minimal, établi au niveau fédéral par l'État brésilien concerne le montant reçu chaque mois par le travailleur. En juin 2012, le salaire minimum est de 622,00 Réaux brésiliens, selon le Décret 7.655/2011. Un *réal brésilien*, la devise brésilienne, correspondait à 0, 4968 dollar canadien le 14 juin 2012.

donc pas le seul critère retenu pour qu'un litige soit admissible devant les cours spéciales: il doit s'agir aussi d'une cause dont la complexité est mineure¹²⁴³.

Pour les demandes équivalent à moins de vingt salaires minimums, l'assistance d'un avocat est facultative¹²⁴⁴, alors qu'elle est obligatoire pour celles dépassant cette limite. De plus dans ces procédures spéciales, le demandeur ne paie aucun frais judiciaire.

Dans le domaine de la consommation, la Cour spéciale civile (« *Juizado Especial Cível* ») joue un rôle exceptionnel. De janvier à août 2012, il y a eu 248 284 recours civils devant la Cour spéciale civile de Rio de Janeiro, dont 191 953, soit 77.31 % portaient sur la protection du consommateur¹²⁴⁵.

Le pouvoir du juge de cette Cour est plus important que dans la procédure ordinaire. En témoignent la possibilité de communication informelle entre le juge et les parties¹²⁴⁶, le registre résumé du contenu des actes¹²⁴⁷, l'administration souple des preuves¹²⁴⁸, la délégation des fonctions au juge laïc¹²⁴⁹ et la faculté de trancher en équité¹²⁵⁰. Un courant minoritaire de la doctrine brésilienne soutient d'ailleurs que les

¹²⁴³L'article 3 de la Loi 9.099/95 *supra* note 1239 prévoit que la cour spéciale civile est compétente pour concilier et juger les causes de complexité mineure, soit celles dont la valeur ne dépasse pas quarante salaires minimums (I); celles qui sont énumérées dans l'article 275, II du Code brésilien de procédure civile (II); l'action d'éviction pour son propre usage (III); l'action pour recouvrer la possession des biens immeubles dont la valeur n'excède pas celle établie dans le numéro I (IV).

¹²⁴⁴Si une partie se présente avec un avocat dans une cause dont la valeur n'atteint pas 20 salaires minimums, l'assistance d'avocat étant donc facultative, la loi permet que la partie adverse soit représentée par l'assistance judiciaire fournie par la procédure spéciale. *Ibid*, art 9 para 1.

¹²⁴⁵Ces données ont été fournies par la directrice générale de la Cour de justice de Rio de Janeiro, Mme Beatriz Gaspar, par courriel le 5 septembre 2012.

¹²⁴⁶Loi 9.099/95, *supra* note 1239, art 13 para 2 et art 19.

¹²⁴⁷*Ibid*, art 13 para 3.

¹²⁴⁸*Ibid*, arts. 33 et 40.

¹²⁴⁹*Ibid*, art 37.

¹²⁵⁰*Ibid*, art 6.

principaux mécanismes de contrôle de juge sont supprimés dans ce type de procédure, en raison de l'ampleur de la discrétion dont le juge y dispose¹²⁵¹.

Quand la procédure est engagée, une première session a lieu dans les quinze jours ; les deux parties doivent y être et accepter la présence d'un conciliateur¹²⁵². Si aucun accord n'est possible, une audience est convoquée, au cours de laquelle on analyse les preuves et on rend la décision. La partie non satisfaite de la décision peut en demander la révision devant les « Turmas Recursais », la procédure n'est alors plus gratuite et la présence d'un avocat devient obligatoire, celui-ci pouvant toujours être un avocat de l'aide juridique, selon le cas.

Le deuxième paragraphe de l'article 3 de la *Loi sur la procédure spéciale civile et criminelle* exclut de la procédure spéciale les actions « de nature alimentaire », telles celles concernant les retraites, les prestations familiales, les prestations fiscales et celles concernant les intérêts sur les économies, ainsi que les actions concernant les accidents de travail ou l'état et la capacité de la personne. Les procédures spéciales admettent comme demandeurs les personnes physiques et les micro-entreprises

Toute entreprise peut être défenderesse, exception faite de l'État. Si le défendeur est une entité publique (municipale ou provinciale), c'est un département spécialisé de la justice appelé « *Vara de Fazenda Pública* » qui a compétence pour résoudre le

¹²⁵¹Selon Leonardo Greco, les décisions judiciaires ne sont plus fondées sur ce principe du raisonnement adéquat, mais plutôt sur une tutelle effective des droits impliqués, ce qui permet à la fois un meilleur accès à la justice et une justice plus rapide et efficace. L'auteur explique cette transformation vers des décisions aux fondements plus faibles par plusieurs facteurs : diminution de l'importance de l'oralité, perte d'importance du droit à la preuve, autorisation des jugements en équité, inégalité entre les parties lorsqu'une seule d'entre elles est représentée par un avocat, audience bilatérale réduite par des délais prohibitifs; et déficiences quant aux fondements des décisions. Leonardo Greco, « Os Juizados Especiais como tutela diferenciada » (9 août 2009) vol III Revista Eletronica de Direito Processual, en ligne: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/os-juizados-especiais-como-tutela-diferenciada>>

¹²⁵²La loi 9.099/95, *supra* note 1239, art 7 prévoit que les conciliateurs et les juges laïques comme les auxiliaires de la justice, doivent être des avocats.

conflit. Devant le succès de la procédure spéciale, la Loi 10.259/01¹²⁵³ a instauré une procédure similaire au sein de la justice fédérale dans les affaires où l'Union, les entités publiques fédérales ou les entreprises publiques fédérales apparaissent soit comme demandeurs soit comme défendeurs. Le montant maximal des causes admissibles y est de soixante fois le salaire minimum et la cause est portée devant l'institution fédérale équivalente aux JEC, les « *Juizados Especiais Federais* ».

4. Le ministère public

Les racines du ministère public brésilien remontent au droit portugais en vigueur au pays durant la période coloniale. Son évolution historique témoigne de la transformation d'une institution créée pour protéger les intérêts des monarques en une institution chargée de défendre le régime démocratique lui-même.

Les changements politiques survenus au Brésil à partir de 1984 ont entraîné la convocation de l'Assemblée nationale constituante de laquelle a émané l'« *Ante projeto Afonso Arinos* », élaboré par une commission d'experts. L'idée à la source de ces tractations était d'assurer une nouvelle configuration de l'ordre juridique national dans le but d'en augmenter la légitimité. Certains acteurs sociaux se sont concertés pour discuter de leur rôle dans le nouvel ordre constitutionnel comme lors du VI^e Congrès national du ministère public en 1985 à São Paulo¹²⁵⁴. Le concept d'une « nouvelle conscience sociale », selon l'expression de Carlos Siqueira Netto¹²⁵⁵, avait déjà fait son chemin dans l'institution. Ce concept incarnait la nécessité d'assurer l'autonomie du ministère public grâce à la définition de sa structure, de ses principes

¹²⁵³Lei 10.259 de 25 julho de 2001.

¹²⁵⁴Les travaux du Sommet ont été publiés dans la revue juridique du ministère public de São Paulo *Justitia*, numéros 131 et 131-A, juin 1985.

¹²⁵⁵Carlos Siqueira Netto, « Ministério Público – uma nova estratégia para seu aperfeiçoamento » (1984) 99 *Justitia* 43.

et des limites précises de son action dans sa fonction institutionnelle, soit la défense des droits et des intérêts publics de la société. À la suite du 1^{er} Sommet national des procureurs et promoteurs de justice en juin 1986 à Curitiba (État du Paraná), un document a été produit, la « *Carta de Curitiba*¹²⁵⁶ », qui consolidait la mission sociale du ministère public en tant qu'institution de protection du peuple et des intérêts sociaux. La *Carta de Curitiba* a inspiré le parquet dans les travaux de l'Assemblée nationale constituante. Le 12 avril 1988, l'architecture de l'organisme était approuvée et la Constitution de 1988 incorporait le nouveau visage du ministère public brésilien.

Le ministère public est désigné comme l'institution responsable de la protection des principes et des valeurs fondamentales de l'État de droit consacrées par la Constitution de 1988. Sont ainsi visés le respect des fondements du modèle social énumérés à l'article 1 de la Constitution - souveraineté, citoyenneté, dignité de la personne, valeurs sociales du travail et de la libre initiative, pluralisme politique - et la protection des objectifs prioritaires du pays, énumérés à l'article 3 de la Constitution. Ces objectifs sont la construction d'une société libre, juste et solidaire; la garantie du développement national; l'éradication de la pauvreté, de la marginalité et la réduction des inégalités sociales et régionales; la promotion du bien-être de tous sans préjugé reliés à la race, au sexe, à l'âge ou toute autre forme de discrimination.

La reconnaissance du ministère public comme étant l'institution gardienne de l'État de droit est confirmée par l'article 127 de la Constitution de 1988: « Le ministère public est une institution permanente, considérée essentielle à la fonction juridictionnelle de l'État, chargée de la protection de l'ordre juridique, du régime démocratique et des intérêts sociaux et individuels publics » [notre traduction].¹²⁵⁷

¹²⁵⁶La *Carta de Curitiba* se trouve dans l'oeuvre de Hugo Nigro Mazzilli, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 5^e éd, Saraiva, São Paulo, 2001.

¹²⁵⁷Constitution de 1988, *supra* note 12 art 127: « *O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* ».

Selon Carlos Roberto Jatahy¹²⁵⁸, la mission et les fonctions du ministère public sont d'utiliser le droit comme outil de transformation de la réalité sociale. Jatahy affirme qu'une des caractéristiques principales du ministère public est de servir d'organisme essentiel à l'État de droit démocratique, interagissant et entretenant de multiples liens avec les autres sphères de pouvoir de l'État. Malgré ces interrelations, on retiendra surtout qu'il jouit d'une totale indépendance dans l'exercice de ses pouvoirs et que la Constitution lui octroie la vocation de servir de levier pour la transformation sociale. La structure de ses fonctions présuppose une relation latérale, voire d'affrontement, par rapport aux pouvoirs formels de l'État¹²⁵⁹.

L'article 5(II) du CDC désigne les sections spécialisées du ministère public en matière de protection du consommateur comme devant jouer un rôle prépondérant dans la représentation des droits collectifs ou des droits diffus des consommateurs¹²⁶⁰. C'est le ministère public qui entame le plus souvent de tels recours, suivi ensuite par les associations civiles. Le ministère public remplit donc la fonction essentielle de représentant des droits collectifs du consommateur. En revanche, la protection des droits individuels des consommateurs ne fait pas partie de ses fonctions.

Le ministère public est aussi autorisé, par l'article 80 du CDC, à entamer des poursuites criminelles publiques lorsqu'il constate des infractions de nature pénale aux droits des consommateurs. Par ailleurs, la Loi 7.347/85 lui reconnaît, comme aux autres organismes de protection du consommateur, la fonction d'élaborer des « modalités d'ajustement des conduite », connues au Brésil comme les « TACs » (« *Termos de Ajustamento de Conduta* »).

Art. 5 §6. Les organismes publics légitimés pourront prendre l'engagement des parties prenantes à adapter leur comportement aux exigences légales par le biais

¹²⁵⁸Carlos Roberto Jatahy, *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito Perspectivas Constitucionais de Atuação Institucional*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007 à la p 28 [Jatahy, *O Ministério Público*].

¹²⁵⁹*Ibid*, à la p 78.

¹²⁶⁰Voir le chapitre 2.section 3, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

d'ententes, et ceux-ci auront l'efficacité d'un titre exécutoif extrajudiciaire¹²⁶¹ [notre traduction].

Les *TACs* sont des ententes conclues entre les fournisseurs ayant violé des normes de protection du consommateur et les organismes de protection du consommateur, notamment le ministère public, en ce qui concerne les droits collectifs des consommateurs. La conclusion de ce type d'ententes est également fréquente pour garantir la protection de droits collectifs et diffus en matière de droit de l'environnement¹²⁶².

L'objectif du *TAC* est de prévenir une violation, d'en faire cesser une ou encore de conduire à une indemnisation des dommages causés aux intérêts individuels, collectifs ou diffus des consommateurs. Les fournisseurs s'engagent à ajuster leur conduite aux exigences légales, sous peine de subir les sanctions déterminées dans l'entente conclue. L'action (obligation de faire ou de donner) ou l'omission (obligation de ne pas ou de ne plus faire) requises sont clairement définies. Le ministère public n'est pas le seul organisme investi du pouvoir de conclure un *TAC*, mais quand il le fait, l'entente est l'aboutissement d'une enquête civile et constitue un titre judiciaire exécutoire¹²⁶³. Lorsque le *TAC* est conclu dans le cadre d'une procédure administrative, comme dans le cas du *Procon*, la mesure est de nature extrajudiciaire.

Le ministère public étant le pilier de la protection des intérêts diffus et collectifs, Paulo César Pinheiro Carneiro soutient que sa participation est obligatoire même dans

¹²⁶¹Ce paragraphe a été inclus dans la *Loi sur l'action civile publique*, supra note 11, par le CDC, supra note 13: CDC, art. 113 : « *Acrescente-se os seguintes §§ 4º, 5º e 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985* ». « Que les paraaphes 4, 5 et 6 suivants soient ajoutés à l'article 5 de la Loi 7.347 du 24 juillet 1985(Loi sur l'action civile publique) » [notre traduction].

¹²⁶²José Roberto Marques désigne le *TAC* comme l'instrument le plus efficace pour indemniser et prévenir des violations environnementales car ses résultats sont obtenus plus rapidement que ceux atteints par une décision judiciaire. José Roberto Marques, « Termo de compromisso de ajustamento de conduta » dans Antonio Herman Benjamim, dir, *Direito, Água e Vida, Law, Water and the web of life*. São Paulo, Instituto por um Planeta Verde, 2003, 588 à la p 622.

¹²⁶³Voir l'article 88 de l'« Ato Normativo» numéro 484, CPJ de 5.10.2006.

la situation d'un *TAC* mis en œuvre par le *Procon*¹²⁶⁴. En pratique, les *TACs* sont souvent conclus entre le ou les fournisseurs d'un côté et le ministère public et le *Procon*, de l'autre¹²⁶⁵.

Par ses actions pour la défense des droits des collectivités, notamment les droits diffus¹²⁶⁶, et les pouvoirs qui lui sont reconnus d'exiger des opérateurs économiques qu'ils ajustent leur comportement à ce qui est légalement prescrit, le ministère public joue pleinement son rôle d'agent promoteur de la transformation sociale imposé par le nouvel ordre constitutionnel. L'expérience démontre que la protection du consommateur constitue en effet un champ privilégié d'action du ministère public au Brésil. Selon un rapport du ministère public de São Paulo de l'année 2010¹²⁶⁷ parmi les actions collectives pour lesquelles l'institution a agi en tant que demanderesse, le plus nombreuses concernaient la protection du consommateur dans la ville de São Paulo¹²⁶⁸.

¹²⁶⁴Paulo César Pinheiro Carneiro, *A Atuação do Ministério Público na Área Cível*, 2^e éd, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2000.

¹²⁶⁵Le 4 février 2012, l'Association de supermarchés de São Paulo a signé avec le ministère public de São Paulo et le *Procon* de l'État un *TAC* stipulant que, pendant 60 jours, tous les consommateurs devaient être informés que les sacs de plastique ne leur seraient plus fournis après cette période. Ensuite, les supermarchés mettraient à leur disposition d'autres sacs compatibles avec les produits achetés, mais pas gratuitement. Ce *TAC* a été adopté dans le but de prévenir la violation du droit environnementale, mais comme l'entente touche les droits des consommateurs, le *Procon* en fait partie. La participation du ministère public est requise en fonction de son rôle protecteur des droits collectifs.

¹²⁶⁶Voir notamment Patricia Galindo da Fonseca et Antoine Bourgoignie, « The Belo Monte Dam Case » (2011) 41:2 *Environmental Policy and Law The Journal for Decision-Makers* 104.

¹²⁶⁷Ministério Público do Estado de São Paulo, « Relatório Diagnóstico do Ministério Público do Estado de São Paulo » (4 octobre 2012) en ligne : Ministério Público do Estado de São Paulo <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Portal_da_Transparencia/Relatorios_Atuacao>.

¹²⁶⁸En effet, 1 297 recours ont été intentés en matière de protection du consommateur, tandis que concernant la citoyenneté, on compte 1 145 recours, pour la protection de l'environnement, le ministère public a agi à titre de demandeur dans 198 recours; concernant la protection de l'enfance et de la jeunesse, on compte 236 recours; concernant le logement et l'urbanisme, il y en a 555; en matière de protection des personnes handicapées, 84; au sujet de la protection des fondations, 27 et finalement, en matière de protection des personnes âgées, 138. *Ibid*, section III.4.3 (*Atuação em Interesses Difusos e Coletivos*) du rapport.

L'article 5 du CDC prévoit la création de bureaux spécialisés pour accueillir les consommateurs victimes d'infractions pénales de consommation¹²⁶⁹.

¹²⁶⁹Dans les municipalités ne possédant pas ces bureaux, les postes généraux de police sont compétents pour veiller à l'application des normes pénales du CDC.

Section 3. L'organisation des intérêts des consommateurs et la société civile

§ 1. Au Québec

Malgré les difficultés inhérentes à la mobilisation citoyenne, la société civile québécoise a toujours trouvé des moyens de s'organiser (A). L'inégalité du rapport de force entre les entreprises et les consommateurs a conduit le législateur à reconnaître à leurs associations des pouvoirs spécifiques pour la défense et la représentation des intérêts de leurs membres (B).

A. Les organismes civils de protection du consommateur

La société civile québécoise s'est organisée dans le but de défendre les intérêts des citoyens en tant que consommateurs pour la première fois en 1947 en créant l'Association des consommateurs du Canada¹²⁷⁰. Grâce aux services mis à la disposition des travailleurs en grève par la Confédération des syndicats nationaux (CSN), comme le Service du budget familial créé par André Laurin¹²⁷¹ dans les années 1960, le mouvement de défense du consommateur a vraiment pris son envol. Divers groupes revendiquent la création de mesures de contrôle plus sévères sur la qualité des biens et des services offerts sur le marché.

¹²⁷⁰L'Association des consommateurs du Canada, une initiative de la *Commission des prix et du commerce en temps de guerre* du gouvernement fédéral et regroupait 56 organisations féminines. En 1961, l'organisme accepte les hommes comme adhérents. L'Encyclopédie canadienne, « Association des consommateurs du Canada » par Marilyn Lister, en ligne <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/articles/fr/association-des-consommateurs-du-canada>> (26 juillet 2012), en ligne : L'Encyclopédie canadienne <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/articles/fr/association-des-consommateurs-du-canada>>.

¹²⁷¹ACEF de Montréal, *Sommet populaire capitalisme et conditions de vie : présentation de l'ACEF sur le Front de la consommation*, avril 1980, Centre de documentation sur l'éducation des adultes et la condition féminine, en ligne : <http://bv.cdeacf.ca/bvdocphp?no=2005_04_0540&col=EA&format=htm&ver=old> .

En se séparant de la CSN, ces groupes ont formé les Associations coopératives d'économie familiale (ACEF), « favorisant ainsi le développement des services à proximité de la population »¹²⁷².

En 1964, l'Association coopérative féminine du Québec est mise en place. Deux ans plus tard, cette association crée la Fédération des consommatrices du Québec, qui réussit à réunir 300 000 Québécoises dans une campagne de boycottage des chaînes de magasins d'alimentation¹²⁷³. En 1968, l'Association pour la protection des automobilistes est fondée et l'année suivante, c'est au tour de l'Institut de promotion des intérêts de consommateur (IPIC).

En 1970, la Fédération des Associations coopératives en économie familiale (FACEF) réunit un grand nombre d'associations. Selon une étude, de 1970 à 1976, la population québécoise identifie les associations civiles des consommateurs à des organismes défendant leurs intérêts de façon authentique¹²⁷⁴. À partir de 1977, certaines associations quittent la FACEF pour former une autre importante fédération, la Fédération nationale des associations des consommateurs du Québec. L'IPIC, organisme reconnu comme l'un des trois groupes de défense des consommateurs les plus crédibles par cette même étude¹²⁷⁵, notamment dans le secteur alimentaire, disparaît en 1978 pour des raisons idéologiques¹²⁷⁶. En 1992, un autre regroupement fédératif de poids voit le jour : la Coalition des associations de consommateurs du Québec, réunissant des fédérations et des organismes indépendants.

¹²⁷² « Regard sur le mouvement des associations de consommateurs au Québec » (26 juillet 2012), en ligne : Option consommateur <<http://www.option-consommateurs.org/journalistes/chroniques/362/>>.

¹²⁷³ Union, « Points de repère chronologiques », *supra* note 1042.

¹²⁷⁴ Masse et Marois, *La règle du jeu*, *supra* note 134 à la p 280.

¹²⁷⁵ L'étude indique les trois groupes de défense des consommateurs les plus crédibles : l'Association pour la protection des automobilistes dans le secteur automobile, les Associations coopératives en économie familiale (ACEF) dans le secteur du crédit et du surendettement et l'Institut de promotion des intérêts des consommateurs (IPIC) dans le domaine alimentaire. Masse et Marois, *ibid* à la p 280.

¹²⁷⁶ « L'histoire du mouvement des consommateurs au Québec » (27 juillet 2012), en ligne : Union des consommateurs, <<http://uniondesconsommateurs.ca/qui-sommes-nous/historique/lhistoire-du-mouvement-des-consommateurs-au-quebec/>>.

Selon le Guide du consommateur canadien¹²⁷⁷, il existe au Canada, 55 organismes de défense des intérêts des consommateurs, dont 47 sont québécois. Parmi les huit organisations non québécoises, trois sont issues de l'Association des consommateurs du Québec¹²⁷⁸ et deux sont sectorielles, limitées au secteur des jouets¹²⁷⁹ et des automobiles¹²⁸⁰.

Au Québec, la préoccupation envers la protection des intérêts du consommateur est donc très présente dans la société civile, bien que la plupart des associations québécoises restent de petite taille. Dans la présente étude, nous privilégions deux associations, parmi les plus dynamiques : l'Union des consommateurs (a) et Option consommateurs (b).

1. Union des consommateurs

L'Union des consommateurs a été créée en 2002 par la fusion des ACEF et l'Association des consommateurs pour la qualité dans la construction. Leur expérience acquise depuis les années 1970 fait partie de l'héritage transmis à l'Union. La participation des ACEF dans les grands mouvements sociaux des 40 dernières années est soulignée par l'Union¹²⁸¹. Suivant en cela le but majeur des ACEF, la mission de l'Union privilégie la prise en compte des intérêts des ménages à revenus modestes.

¹²⁷⁷Voir « Organismes d'aide aux consommateurs », 26 juillet 2012, en ligne : Guide du consommateur canadien <<http://www.guideduconsommateur.ca/fr/contacts/consumer-groups>>.

¹²⁷⁸Alberta Consumers' Association, Consumer's Association of Canada (Manitoba) et Consumers' Association of Canada (Saskatchewan Branch Inc).

¹²⁷⁹Conseil canadien d'évaluation des jouets.

¹²⁸⁰Association pour la protection des automobilistes à Toronto.

¹²⁸¹Voir « Cahier présentation », 1^{er} août 2012, en ligne : Union des consommateurs <<http://uniondesconsommateurs.ca/docu/CahierPresentationUCpdf>>.

Actuellement, l'Union réunit dix ACEF (ACEF Abitibi-Témiscamingue, ACEF Amiante-Beauce-Etchemins, ACEF de l'Est de Montréal, ACEF de l'Île-Jésus, ACEF du Grand-Portage, ACEF du Nord de Montréal, ACEF Estrie, ACEF Lanaudière, ACEF Montérégie-est et ACEF Rive-Sud de Québec), l'Association des consommateurs pour la qualité dans la construction et des membres individuels¹²⁸². Plusieurs comités constituent l'Union, selon les thèmes prioritaires suivants : agroalimentaire, énergie, finances personnelles et endettement, politiques sociales et fiscales, protection du consommateur, santé et télécommunications.

L'Union joue un rôle fondamental dans la protection des intérêts du consommateur québécois. Sa fonction informative et éducative est exercée par des moyens des plus variés, notamment les informations mises à la disposition des consommateurs dans son site électronique¹²⁸³. L'organisation les soutient aussi dans leurs démarches individuelles ou collectives. Elle publie des mémoires sur des sujets controversés concernant la protection du consommateur¹²⁸⁴, des rapports des recherches de qualité¹²⁸⁵ et des revues publiées par les ACEF et elle organise des campagnes de sensibilisation¹²⁸⁶.

¹²⁸² *Ibid.*

¹²⁸³ Voir notamment « Trucs et conseils » (le 1^{er} août 2012), en ligne: Union des consommateurs <<http://uniondesconsommateurs.ca/ressources/trucs-et-conseils/>>.

¹²⁸⁴ À titre d'illustration, Union des consommateurs, *Maintenir les programmes sociaux et rétablir l'équité du régime fiscal, soumis dans le cadre des Consultations prébudgétaires 2012-2013*, Mémoire, 8 décembre 2011, en ligne <<http://uniondesconsommateurs.ca/docu/polsocfisc/MémoirePrebudgetaire111209.pdf>>.

¹²⁸⁵ À titre d'illustration, Union des consommateurs, *Mettre un frein aux clauses abusives dans les contrats de consommation. Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada*, Septembre 2011, en ligne <http://uniondesconsommateurs.ca/docu/protec_conso/FreinClausesAbusives.pdf>.

¹²⁸⁶ À titre d'illustration, la campagne de mobilisation virtuelle pour protester contre le passage difficile à la télévision numérique par l'envoi de lettres virtuelles au gouvernement fédéral. Voir Union des consommateurs, « Mobilisons-nous! Écrivons aux ministres fédéraux! » (7 août 2012), en ligne : Union des consommateurs <<http://uniondesconsommateurs.ca/nos-actions/campagnes-et-evenements/passage-rate-a-la-tele-numerique-ecrivez-au-ministre/>> et la campagne « Journée sans achat 2011 », concernant le 25 novembre 2011.

L'Union intervient devant les instances réglementaires, en commissions parlementaires et lors de processus de révision de lois et participe activement aux consultations gouvernementales¹²⁸⁷.

L'Union des consommateurs joue aussi un rôle prépondérant dans leur représentation devant les instances judiciaires. Dans sa page électronique, l'organisme dresse la liste des recours collectifs qu'il a intentés, qui sont en cours¹²⁸⁸ ou terminés¹²⁸⁹.

2. Option consommateurs

L'Association des consommateurs du Québec, née depuis plus de 50 ans, s'est associée à Option consommateurs, pour ne créer qu'un seul organisme à partir de 1983. La structure administrative d'Option consommateurs se compose, en plus de la direction, de l'administration et des communications, des services suivants : service juridique, service budgétaire, service d'agence de presse, service de recherche et de représentation et service de l'efficacité énergétique. Ces équipes de travail sont constituées d'environ 30 personnes¹²⁹⁰. L'organisme a acquis une expertise importante dans certaines matières, particulièrement dans les services financiers, la santé l'agroalimentaire, l'énergie, les services de voyage, les services d'accès à la

¹²⁸⁷ À titre d'illustration, voir Union des consommateurs, *Mémoire Commentaires sur le projet de loi 25. Loi visant à interdire la revente de billets de spectacle à un prix supérieur au prix annoncé par le vendeur autorisé* par dans *Consultations particulières sur le projet de loi n° 25*, présenté à la Commission des relations avec les citoyens, 12 septembre 2011, en ligne < <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CRC/mandats/Mandat-16207/memoires-deposes.html> >.

¹²⁸⁸ Union des consommateurs, « Dossiers en cours » (le 1^{er} août 2012), en ligne : Union des consommateurs <<http://uniondesconsommateurs.ca/nos-actions/recours-collectifs/dossiers-en-cours/>>.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ Ces informations ont eu comme source le site web officiel d'Option consommateur. Option consommateurs, 1^{er} août 2012, en ligne : Option consommateurs <<http://www.option-consommateurs.org/qui/equipe/>>.

justice, les pratiques commerciales, l'endettement ainsi que la protection de la vie privée¹²⁹¹.

Par sa mission de promouvoir et de défendre les intérêts du consommateur, Option consommateurs exerce la fonction essentielle de les informer sur leurs droits. L'organisation fournit des renseignements généraux importants par voie électronique, en particulier sur la page « Liens utiles »¹²⁹² de son site, tout comme sur la page « Des avocats défendent vos droits », où ils clarifient les questions les plus communes concernant les droits du consommateur¹²⁹³. De plus, son site Web officiel contient un « Volet jeunesse »¹²⁹⁴. Toujours pour remplir sa fonction d'informer, Option consommateurs a publié, en 2011-2012¹²⁹⁵, des guides pratiques à l'intention du consommateur¹²⁹⁶, son guide annuel « Jouets » et le « Guide du voyageur » aux éditions *Protégez-vous*, en collaboration avec l'Office de la protection du consommateur. Option consommateurs a aussi réalisé 94 séances d'information collectives, auxquelles ont participé 1 210 personnes.

Il y a 10 ans, Option consommateurs a mis en place un programme efficace de microcrédit nommé « Prêt du quartier », dont le but est de prévenir l'endettement

¹²⁹¹Option consommateurs, *De la communication à la participation des organisations de la société civile. Rapport présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada*, juin 2011, en ligne <http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/rapports/divers/oc_ic3_participation_publique_resume_20110710.pdf>.

¹²⁹²Option consommateurs, « Vos outils Liens utiles », 1^{er} août 2012, en ligne : Option consommateur <http://www.option-consommateurs.org/vos_outils/liens_utiles/>.

¹²⁹³Option consommateurs, « Des avocats défendent vos droits », 1^{er} août 2012, en ligne : Option consommateur <<http://www.option-consommateurs.org/avocats/faq/>>.

¹²⁹⁴Option consommateurs, « Volet Jeunesse », 1^{er} août 2012, en ligne : <<http://www.option-consommateurs.org/volet-jeunesse/>>.

¹²⁹⁵Option consommateur, *Rapport annuel 2011 2012*, 1^{er} août 2012, en ligne : <http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/oc_rapport_activites_2011_2012.pdf>.

¹²⁹⁶À titre d'illustration, *Prévenir les pièges financiers de la retraite, Coup d'œil sur la consommation et Achète-toi une vie*. Ces guides sont mis à disposition du consommateur dans le site Web de l'organisme : Option consommateur, « Vos outils Guides pratiques », le 1^{er} août 2012, en ligne : Option consommateur <<http://www.option-consommateurs.org/>>.

chez les personnes de la région montréalaise ayant des revenus modestes¹²⁹⁷. L'initiative offre un service gratuit de consultation budgétaire et, le cas échéant, concède à la personne un prêt variant de 200 à 1 000 \$, sans aucun intérêt. Au total, le programme a accordé 286 prêts.

Comme l'Union des consommateurs, Option consommateurs conçoit d'importants rapports de recherche¹²⁹⁸ et des mémoires¹²⁹⁹, participe activement aux comités consultatifs gouvernementaux¹³⁰⁰ et représente les intérêts collectifs des consommateurs devant les instances judiciaires en introduisant des recours collectifs¹³⁰¹.

B. Les pouvoirs des organismes de protection du consommateur

Depuis la nouvelle rédaction de l'article 1048 du Cpc¹³⁰², les organismes de protection du consommateur sont assurés de pouvoir agir en tant que représentants

¹²⁹⁷Ce service est offert en collaboration avec les Caisses Desjardins du Centre de Montréal, la Fédération des Caisses Desjardins, la Caisse d'économie solidaire, la Caisse populaire Desjardins du Mont-Royal, la Caisse Desjardins des Versants du Mont-Royal, la Caisse Desjardins du Quartier Latin de Montréal, la Caisse populaire Place Desjardins, la Caisse Desjardins de l'Est du Plateau et la Caisse populaire Desjardins de la Maison de Radio-Canada et Centraide.

¹²⁹⁸À titre d'illustration, Stéphanie Poulin, Option consommateurs, *Deux modèles d'avis pour mieux communiquer avec les membres*, Recherche présentée au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, juin 2011, en ligne <<http://www.ic.gc.ca/app/oca/crd/dcmnt.do?id=4180&lang=fra>>.

¹²⁹⁹À titre d'illustration, Option consommateurs, *Observations sur le projet de loi n° 24, Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit et à la consommation*, Commentaires présentés à la Commission des relations avec les citoyens, 25 octobre 2011, en ligne : <http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/memoires/services_financiers/oc_commentaires_loi24_20111025.pdf>.

¹³⁰⁰À titre d'illustration, Option consommateurs fait partie du comité consultatif qui travaille à l'établissement d'une politique pour une saine alimentation au Québec.

¹³⁰¹Pour de plus amples renseignements sur tous les recours collectifs intentés par Option consommateur, voir son site officiel : Option consommateurs, 1^{er} août 2012, en ligne : Option consommateur <http://www.option-consommateurs.org/avocats/recours_collectifs/>.

¹³⁰²CPC, *supra* note 1155, art 1048 : « Une personne morale de droit privé, une société ou une association visée au deuxième alinéa de l'article 999 peut demander le statut de représentant si: a) un de ses membres qu'elle désigne est membre du groupe pour le compte duquel elle entend exercer un recours collectif; et b) l'intérêt de ce membre est relié aux objets pour lesquels la personne morale ou

dans les recours collectifs si l'organisation désigne comme partie au recours un de ses membres pour le compte duquel elle entend agir, pourvu que les intérêts de ce membre soient liés aux objectifs de l'organisme. Ce dernier peut donc, grâce à un de ses membres, plaider pour autrui, au nom des membres du groupe et dans l'intérêt collectif. Ainsi, la reconnaissance de l'intérêt à agir accordée aux organismes de protection du consommateur présuppose nécessairement qu'un de leurs membres ait subi un préjudice¹³⁰³.

Selon l'Office de la protection du consommateur, « les associations de consommateurs sont devenues des acteurs clés en matière de recours collectifs »¹³⁰⁴. Leur structure et leur expertise leur donnent un rôle majeur dans ce type de procédure visant la protection des intérêts collectifs des consommateurs québécois. La pérennité de ces organisations constitue un autre avantage important car il s'agit d'assurer le suivi de procédures le plus souvent très longues¹³⁰⁵.

Par ailleurs, depuis la modification de la LPC en 2009¹³⁰⁶, les organismes de protection du consommateur constitués en personne morale depuis au moins un an

l'association a été constituée. Hormis une personne morale régie par la partie III de la *Loi sur les compagnies* (ch C-38), une coopérative régie par la *Loi sur les coopératives* (ch C-67.2) ou une association de salariés au sens du *Code du travail* (ch C-27), une personne morale de droit privé, une société ou une association ne peut en aucun cas obtenir l'aide financière du Fonds d'aide aux recours collectifs pour exercer son recours ».

¹³⁰³C'est l'interprétation de la définition d'intérêt suffisant, mentionné à l'article 55 du Cpc: « Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant ». Cette condition du préjudice subi pour permettre la reconnaissance de l'intérêt d'agir empêche d'assimiler le droit de la consommation à un droit diffus. Aussi, elle ne permet pas d'identifier le consommateur comme étant détenteur d'un droit devant être protégé même en l'absence de la conclusion d'un contrat de consommation, soit le consommateur potentiel. Il s'agit pourtant du fondement à la base de la protection du consommateur dans la phase précontractuelle. Voir la partie I.chapitre II, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

¹³⁰⁴Office de la protection du consommateur, *Mémoire présenté à la Commission des institutions concernant l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Québec, 2012, à la p 11. [Office, *Mémoire concernant l'Avant-projet*].

¹³⁰⁵*Ibid* à la p 15.

¹³⁰⁶LPC, *supra* note 8, art 316(2): « Un organisme destiné à protéger le consommateur et constitué en personne morale depuis au moins un an peut demander une injonction en vertu du présent article et, à

ont la possibilité de demander une injonction au tribunal, en vue de mettre fin à une pratique commerciale interdite ou à l'usage dans un contrat d'une stipulation interdite par la loi. Ainsi, les associations de consommateurs sont dorénavant titulaires d'un droit déjà reconnu au président de l'OPC. L'intérêt à agir leur est octroyé et l'organisme « est réputé avoir l'intérêt requis ». Il doit aviser le président de l'Office de la protection du consommateur de son initiative.

Pour le barreau du Québec, la disposition légale assure une protection accrue des consommateurs par une meilleure prévention des atteintes à leurs intérêts et garantit un meilleur accès à la justice¹³⁰⁷.

Un même pouvoir d'injonction a été reconnu aux organismes de protection du consommateur de tous les pays membres de l'Union européenne depuis l'adoption, en 1998, de la *Directive européenne relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*¹³⁰⁸. Les organismes européens concernés s'y voient reconnaître le droit d'entamer des actions visant à obtenir la cessation d'une longue série de pratiques contraires à l'intérêt du consommateur.

L'action visant à sanctionner l'usage d'une clause abusive dans un contrat, même en absence de préjudice, a la nature d'une action en prévention. Elle ne vise pas à réparer le préjudice subi par un consommateur individuel, mais à prévenir le préjudice potentiel porté à l'intérêt collectif des consommateurs. En l'espèce, l'intérêt collectif

cette fin, est réputé avoir l'intérêt requis. Le tribunal ne peut statuer sur la demande en injonction présentée par un tel organisme à moins qu'un avis, joint à la requête introductive d'instance ou, le cas échéant, à la requête en injonction interlocutoire, n'ait été notifié au président ».

¹³⁰⁷ Barreau du Québec, « PL 60 - Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives Une priorité sociale selon le Barreau du Québec Barreau du Québec », communiqué, (le 1^{er} août 2012), en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qcca.fr/actualites-medias/communiques/2009/10/21-pl60>>

¹³⁰⁸ *Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*, [1998], JO L 166 à la p 51 [*Directive 98/27/CE*].

consiste à ne pas admettre la présence de clauses abusives dans les contrats de consommation.

§ 2. Au Brésil

Dans la disposition normative dressant la liste des instruments pouvant appuyer les pouvoirs publics dans la mise en œuvre de la politique nationale des relations de consommation, le CDC prévoit de stimuler la création et le développement d'associations civiles de défense du consommateur¹³⁰⁹.

La société civile a toujours joué un rôle important dans la mise en œuvre du droit brésilien de la consommation. Les *Procons* eux-mêmes sont nés des pressions exercées par le mouvement de défense des consommateurs.

Un premier mouvement social en matière de consommation avait eu lieu pendant les années 1930, en protestation contre la pénurie des aliments¹³¹⁰. En 1973, l'Association brésilienne des victimes de la thalidomide a été créée¹³¹¹ et pendant les années 1970, plusieurs autres associations de défense des intérêts des consommateurs ont vu le jour, principalement l'Association de protection du consommateur au Rio Grande do Sul, le Conseil de protection du consommateur à Rio de Janeiro et l'Association nationale de protection du consommateur, à Brasília. En 1976, l'Association de défense et d'orientation du consommateur de Curitiba, et l'Association de protection au consommateur de Porto Alegre sont mises en place. En réponse aux demandes du *Procon* de Minas Gerais qui appelait les

¹³⁰⁹CDC, *supra* note 13, art 5(V).

¹³¹⁰Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), « Guia de Mobilização para o consumidor – Cidadão », IDEC, São Paulo, 2003 à la p 5.

¹³¹¹Après un long recours judiciaire, l'Association brésilienne des victimes de la thalidomide réussit à avoir la Loi 7.070/82 (*Lei 7.070, de 20 de dezembro de 1982*) qui obligeait le pouvoir exécutif à payer des pensions mensuelles et pour la vie aux victimes de la thalidomide.

consommateurs à s'organiser devant le taux d'inflation, le Mouvement des femmes au foyer de Minas Gerais¹³¹² est créé en 1983.

La plupart des organisations de protection du consommateur ont été mises en place à partir du mouvement de redémocratisation du pays dans les années 80.

On sait que ces organisations sont très nombreuses, même si aucun État ne tient d'inventaire de tous les organismes actifs. Le site officiel du ministère de la Justice¹³¹³ dresse une liste de 28 organismes. En plus des associations enregistrées, il en est d'autres très actives au niveau fédéral : l'*Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON)*; l'*Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC)*; l'*Associação Brasileira do Consumidor*; l'*Instituto Nacional de Defesa dos Consumidores do Sistema Financeiro*; l'*Associação Nacional de Assistência ao Consumidor e Trabalhador*; l'*Associação Brasileira de Defesa do Consumidor*; l'*Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador* ; l'*Instituto de Defesa do Consumidor et le Fórum Nacional de Entidades Civis de Defesa do Consumidor*. Ce dernier rassemble à lui seul 21 associations¹³¹⁴.

¹³¹²*Movimento das Donas de Casa de Minas Gerais.*

¹³¹³Ministério da Justiça, « Direito do Consumidor Consulta a Órgãos de Defesa do Consumidor (SITAPRO) » (15 août 2012), en ligne: Ministério da Justiça <<http://www.mj.gov.br/ControleProcon/frmLogon.aspx>>.

¹³¹⁴Le *Fórum Nacional de Entidades Civis de Defesa do Consumidor* rassemble les associations suivantes: *Associação Brasileira de Economistas Domésticos, ABRACON – Associação Brasileira do Consumidor, ACV – Associação Cidade Verde; Associação de Educação e Defesa do Consumidor; Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor; Associação de Defesa do Consumidor do Estado do Amapá; ADOC/PR – Associação de Defesa e Orientação do Cidadão; ADOCON/SC – Associação Catarinense de Defesa dos Direitos da Mulher, Donas de Casa e Consumidor; Associação das Donas de Casa e Consumidores de Tubarão; ADUSEPS - Associação dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde; Associação de Proteção ao Consumidor; Associação de Apoio e Defesa do Consumidor; Centro de Defesa do Consumidor do Rio Grande do Norte; Comitê de Defesa do Consumidor Organizado de Florianópolis/SC; Instituto para o Consumo Educativo Sustentável do Pará; IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; Instituto de Pesquisa e Defesa do Consumidor ; Movimento de Donas de Casa e Consumidores da Bahia; MDC/MG – Movimento das Donas de Casa de Minas Gerais ; MDCC/RS – Movimento das Donas de Casa do Rio Grande do Sul; VIDA-BRASIL - Valorização do Indivíduo Ativo*

Parmi les plus actives, deux retiennent l'attention : l'Institut brésilien de politique et droit du consommateur (A) et l'Institut brésilien de défense du consommateur (B).

A. L'Institut brésilien de politique et droit du consommateur (Brasilcon)

Le *Brasilcon* joue un rôle majeur, essentiellement en matière de recherche scientifique et d'éducation. Il a été créé en 1990 par ceux-là mêmes qui représentent la doctrine brésilienne la plus connue en droit de la consommation.

L'Institut publie quatre fois par an la revue juridique *Revista do Direito do Consumidor*. Celle-ci contient les meilleures études de la doctrine brésilienne sur le droit de consommation. Le but de cette revue est d'être un pôle de convergence pour tous ceux qui s'intéressent à la protection du consommateur, en adoptant toujours une perspective scientifique¹³¹⁵.

En plus de rencontres ponctuelles, le *Brasilcon* organise chaque année un congrès (*Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor*) au cours duquel les thèmes d'actualité du droit de la consommation sont débattus¹³¹⁶. Contribution majeure à l'avancement du droit de la consommation, le site officiel du *Brasilcon* rend compte de la jurisprudence rendue dans le domaine du droit de la consommation¹³¹⁷.

B. L'Institut brésilien de défense du consommateur (IDEC)

¹³¹⁵ Antonio Herman Benjamim, « Préface » (1992) 1 *Revista de Direito do Consumidor*, 1 à la p 3. Dans la préface du premier numéro de cette revue, Antonio Herman Benjamim expliquait à l'époque que celle-ci devait servir de carrefour à tous ceux ayant comme préoccupation majeure la protection du consommateur, peu importe leurs perspectives, du moment qu'elles sont scientifiques.

¹³¹⁶ Voir *Brasilcon*, « Eventos », 5 septembre 2011, en ligne : <<http://brasilcon.org.br/?pag=todos-os-eventos>>.

¹³¹⁷ Voir *Brasilcon*, « Todas as Jurisprudências », 5 septembre 2011, en ligne : *Brasilcon.org.br* <<http://brasilcon.org.br/?pag=todos-os-julgamentos>>.

Depuis sa création en 1987, l'IDEC joue un rôle important sur la scène de la protection des consommateurs brésiliens¹³¹⁸. Au-delà de représenter leurs intérêts, l'IDEC encourage la création d'autres organismes de défense du consommateur et élabore des tests et recherches sur la qualité des produits et services destinés au consommateur public. De 1990 à 2007, l'Institut a effectué 221 tests et recherches sur 4 229 produits et services¹³¹⁹; 25 % environ des produits examinés ne respectaient pas les normes de santé publique et 34 % violaient des normes de sécurité¹³²⁰.

L'IDEC a mené plusieurs campagnes, comme celle de 1990 ayant pour thème « du lait santé pour tous »¹³²¹, celle de 2004 qui incitait le consommateurs à ne pas utiliser le téléphone pendant certaines périodes pour protester contre l'augmentation des tarifs téléphoniques¹³²², celle de la même année visant à empêcher l'importation de pneus écartés par l'Union européenne pour le Brésil¹³²³ et celle de 2008 contre les pratiques commerciales des banques¹³²⁴.

L'Institut exerce une fonction informative majeure auprès du citoyen, au moyen de conférences gratuites sur des sujets problématiques et méconnus¹³²⁵, comme les assurances privées de santé, la consommation durable ou encore la publicité destinée

¹³¹⁸En 2007, l'IDEC avait une équipe de 65 professionnels et un grand nombre des bénévoles. Son budget était de 4 millions de réaux brésiliens, 65 % provenant des associés et des commanditaires à l'occasion de grand projets.

¹³¹⁹À titre d'illustration, après plusieurs tests sur des sucettes, l'IDEC a mobilisée la société, ce qui a mené à l'adoption des nouvelles normes techniques pour la certification du produit par l'Institut national de métrologie, normalisation et qualité industrielle (*Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, Inmetro*) en 1998, conduite suivie par l'Association brésilienne de normes techniques (*Associação Brasileira de Normas Técnicas, ABNT*) en 1999.

¹³²⁰IDEC, *Vinte anos construindo a cidadania*, 5 septembre 2011, en ligne: [idecorg.br <www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/livro_20anos.pdf>](http://idec.org.br/idecorg.br/idecorg.br/uploads/publicacoes/publicacoes/livro_20anos.pdf).

¹³²¹« *Leite saudável para todos* ».

¹³²²Cette campagne s'intitulait « Caladão », qui se traduit par « Silencieux ». Tous les jeudis de 12h à 13 h, les consommateurs n'utilisaient pas leurs téléphones, pour répondre à la campagne lancée par l'IDEC le 8 juillet 2004.

¹³²³« *Fora pneus usados* ».

¹³²⁴« *Contra o calote do Plano Verão* ».

¹³²⁵Voir IDEC, *Resultado da Busca*, 5 septembre 2012, en ligne: [idecorg.br <http://www.idec.org.br/busca?q=idec+orienta>](http://www.idec.org.br/busca?q=idec+orienta).

aux enfants. Cet Institut favorise les examens comparatifs entre différents produits et services de consommation¹³²⁶ et représente les intérêts des consommateurs au sein de divers organismes publics et privés, comme les agences régulatrices de télécommunications, les agences de surveillance sanitaire, l'Association brésilienne de normes techniques, le Conseil fédéral du fonds fédéral des droits diffus, la Commission de produits organiques de l'État de São Paulo, le Groupe permanent d'études permanentes des accidents de consommation, l'Institut national de métrologie, de normalisation et de qualité industrielle¹³²⁷. L'IDEC publie une revue mensuelle¹³²⁸ et représente aussi les intérêts collectifs des consommateurs en proposant d'intenter ou d'organiser divers recours judiciaires¹³²⁹.

¹³²⁶ Voir IDEC, *Testes e Pesquisas Avaliações comparativas de produtos e serviços*, 5 septembre 2012, en ligne: [idecorg.br <http://www.idecorg.br/consultas/testes-e-pesquisas>](http://www.idecorg.br/consultas/testes-e-pesquisas).

¹³²⁷ Voir IDEC, *Representação O Idec representa os interesses dos consumidores* (5 septembre 2012), en ligne: [idecorg.br <http://www.idecorg.br/o-idec/o-que-e/locais-de-representacao>](http://www.idecorg.br/o-idec/o-que-e/locais-de-representacao).

¹³²⁸ Voir IDEC, *Revista do IDEC Independente e sem publicidade, com matérias exclusivas para associados e assinantes*, 5 septembre 2012, en ligne: [idecorg.br <http://www.idecorg.br/em-acao/revistas>](http://www.idecorg.br/em-acao/revistas).

¹³²⁹ Voir IDEC, *Ações Judiciais*, 5 septembre 2012, en ligne: [idecorg.br <http://www.idecorg.br/consultas/acoes-judiciais>](http://www.idecorg.br/consultas/acoes-judiciais).

CHAPITRE 2 : LA REPRÉSENTATION JURIDICTIONNELLE DES INTÉRÊTS COLLECTIFS DES CONSOMMATEURS

Les structures traditionnelles de règlement des litiges sont-elles capables d'apporter une réponse efficace aux demandes d'un grand nombre de citoyens devant affronter une même situation préjudicielle? Comment concilier le postulat de l'égalité des parties, sur lequel le système judiciaire est traditionnellement basé, avec des modèles de rapports sociaux empreints d'un déséquilibre inhérent et important, comme c'est le cas en droit de la consommation? La nature fondamentalement individualiste du droit judiciaire doit-elle céder la place à un modèle qui autorise la coexistence de la représentation traditionnelle des intérêts individuels et de la représentation des intérêts collectifs¹³³⁰?

La société de consommation de masse est, par sa nature même, faite de rapports collectifs entre les acteurs qui la composent. Le droit de la consommation, qui se donne pour objectif de veiller à l'ordonnement équilibré desdits rapports, présente donc une dimension collective naturelle. Des instruments de droit matériel sont définis dans le but de tenir compte de la dimension collective de cette branche de droit, dont les illustrations les plus significatives sont la normalisation des contrats (définition par le législateur de clauses tenues pour abusives, renforcement du formalisme des contrats, etc.), l'encadrement des pratiques commerciales (établissement par le législateur de listes de pratiques trompeuses ou déloyales interdites) et la mutualisation de la charge des risques liés à certains modes de consommation (introduction d'un régime de responsabilité sans faute, extension des obligations générales de sécurité liées au placement sur le marché de produits de consommation, multiplication des mesures visant à la protection du consommateur

¹³³⁰Thierry Bourgoignie et Jules Stuyck, « La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs » dans *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial : approche comparative*, Actes des XI^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin (14 et 15 novembre 1982), Bruxelles, 1984, 597 [Bourgoignie et Stuyck, « La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs »].

surendetté). L'ordonnancement des rapports entre individus dans nos sociétés appelle ainsi à un dépassement de l'action traditionnelle, exclusivement centrée sur deux personnes.

Il importe qu'une même vision collective s'applique dans la relation entretenue par les consommateurs avec la justice et les tribunaux. L'intérêt collectif, par nature diffus et difficilement compréhensible, doit trouver ses voies d'expression et de défense.

La question bouscule l'un des postulats de base du droit de la procédure. D'une part, des acteurs autres que l'individu se voient confier le droit de représenter les intérêts collectifs des consommateurs, d'autre part, le demandeur peut être admis à agir au nom d'un intérêt qui dépasse son intérêt individuel. Pour reprendre les termes de Mauro Cappelletti, il s'agit d'une véritable révolution de la procédure civile¹³³¹.

Ce juriste italien relève d'ailleurs trois grands mouvements visant à faciliter l'accès à la justice et leur donne une séquence chronologique. Il les appelle « les trois vagues de réforme ». La première vague trouve son assise dans le souci de placer les classes défavorisées au centre des préoccupations, l'attention étant surtout portée à l'amélioration de l'aide juridique. La deuxième vague se tourne vers les intérêts qualifiés de « collectifs » et vise à introduire des mécanismes juridiques servant à assurer leur protection et leur représentation; le droit de la consommation et le droit de l'environnement étant cités comme les illustrations les plus pertinentes de cette évolution: « *the second wave concerns the reforms aimed at providing legal representation for « diffuse » interests, especially in the areas of consumer and*

¹³³¹Cappelletti et Garth, « Access to Justice », *supra* note 1222 à la p 35. Voir aussi Mauro Cappelletti et John Anthony Jolowickz, *The Role of the Ministero Public, the Prokuratura and the Attorney General in Civil Legislation With a Glance at Other Forms of Representation of Public and Group Interests in Civil Proceedings*, Milan/Dobbs Ferry, Giuffrè Editore/Oceana Publications, 1975 à la p 520.

*environmental protection*¹³³²». La troisième vague, d'une ampleur majeure, ne se limite pas seulement à la représentation judiciaire : elle se rapporte à tous types de procédures, d'instruments et d'initiatives ayant comme but de faciliter l'accès à la justice, et n'ayant pas encore été couverts par les deux premières vagues. Cette troisième vague en faveur de l'accès à la justice inclut les deux premières, mais elle les dépasse car elle s'attaque de façon plus articulée à toutes les barrières limitant ou freinant l'accès à la justice. En effet, la création de mécanismes de représentation des intérêts collectifs n'épuise pas la question de l'accès à la justice :

*[t]he access-to-justice movement requires a much more comprehensive approach to reform.[...]. There is a need to go beyond legal representation, as some socially harmful effects were pointed out, such as overemphasizing formal rather than substantive change*¹³³³.

Ce chapitre porte sur la deuxième vague, soit la protection et la représentation des intérêts collectifs. Pour bien la cerner, il importe de préciser ses avantages (section 1), avant de déterminer les modes de représentation juridictionnelle des intérêts collectifs (section 2) et d'esquisser les instruments adoptés au Québec (section 3) et au Brésil (section 4).

¹³³²Cappelletti et Garth, « The Worldwide Movement to make rights effective », *supra* note 1222 à la p 21.

¹³³³*Ibid* à la p 51.

Section 1. Les avantages de la représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs

Le système juridique, appelé à prendre en compte la dimension collective du ou des préjudices individuels allégués par un ou plusieurs demandeurs, voire à considérer la façon d'assurer la représentation de l'intérêt partagé par toute la collectivité des consommateurs, va devoir rechercher des modes efficaces de représentation de ces intérêts devant les tribunaux.

Une telle représentation soulève de nombreux problèmes¹³³⁴: soit personne, sur la base des dispositions du droit traditionnel de la procédure, n'est habilitée à agir pour remédier à la violation constatée, soit l'intérêt à agir d'un individu isolé s'avère trop faible au regard de l'investissement nécessité par le recours. Les intérêts collectifs, justement parce qu'ils appartiennent à plusieurs, voire à tous et à chacun, restent non organisés. En plus d'être variées et diversifiées, les parties intéressées sont dispersées; on parle d'ailleurs d'intérêts « diffus ». Or, il serait inéquitable qu'une personne se trouve exclue du bénéfice de l'action collective parce qu'elle n'en aurait pas été informée. Dans le cas d'une demande visant à représenter la collectivité des consommateurs, la légitimité du représentant habilité à agir au nom de la collectivité ainsi que l'évaluation du préjudice subi par celle-ci sont deux autres questions fondamentales et délicates sur lesquelles le tribunal aura à se prononcer.

Ces difficultés sont toutefois à mettre en regard des avantages importants offerts par les recours collectifs. Certains de ces avantages sont de nature économique (§1). Ce genre d'action est aussi le moyen le plus adéquat d'assurer la justice sociale en facilitant l'accès de tous à la justice (§2).

¹³³⁴Bourgoignie et Stuyck, « La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs », *supra* note 1330 à la p 600.

§ 1. Les avantages de nature économique

Les bénéficiaires de l'introduction de modes de représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs ne sont pas seulement les consommateurs (A). L'organisation judiciaire dans son ensemble en retire aussi des bénéfices (B), de même que les défendeurs (C).

A. Pour les consommateurs

Faute de pouvoir intenter une action collective, nombre de poursuites potentielles ne sont pas économiquement concevables¹³³⁵. Une action judiciaire individuelle demande plus de ressources financières, d'efforts et de temps que ce que chaque individu aura à investir dans une demande collective. Dans la plupart des cas, les consommateurs renoncent à demander une réparation individuelle en raison des coûts de la procédure judiciaire, des démarches à effectuer et des dépenses à honorer, le tout étant susceptible d'excéder les gains attendus du procès. Les avantages économiques de la représentation collective des intérêts des consommateurs sont donc spécialement avérés lorsque les montants de l'indemnisation individuelle recherchée sont faibles, ce qui est communément le cas pour les litiges de consommation. Même pour les actions individuelles impliquant des montants élevés, l'action collective représente un atout, le demandeur ne disposant pas toujours des fonds nécessaires.

Si l'affaire soulève des points techniques difficiles exigeant la contribution d'experts ou la présence de témoins, les avantages économiques d'une agrégation des procédures sont encore plus évidents.

¹³³⁵Bruno Deffains, Myriam Donat-Duban et Éric Langlais, *Économie des actions collectives*, Droit et Justice, Paris, Presses Universitaires de France, 2008 à la p 20 [Deffains, Donat-Duban et Langlais, *Économie des actions collectives*].

Ainsi, l'action collective rend financièrement réalistes des poursuites que les consommateurs jugeraient trop coûteuses pour les intenter séparément. Grâce à la répartition des frais fixes de justice entre les titulaires de l'intérêt collectif, la représentation collective rend possible la représentation individuelle.

The class actions by allowing a litigant to represent an entire class of persons in a particular lawsuit, saves the cost of creating an ongoing organization. Economies of scale from the aggregation of small claims are thus available, and clearly the bargaining power of the class members is greatly enhanced by the threat of a huge damage liability for the other party. With the device of the contingent fee, where available, the work of organizing is financially encouraged for attorneys who may obtain substantial remuneration. The class action device, therefore, helps give the advantages of organizational litigants to group and public interest claims.¹³³⁶

Le Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur les infractions aux règles communautaires sur les ententes (2005) fait le même constat :

Pour des raisons pratiques, il est très improbable, voire impossible, que les consommateurs et les acheteurs réclamant des dommages et intérêts de faible ampleur intentent une action pour infraction en droit des ententes. Il faudrait donc examiner si des actions collectives ne permettraient pas de mieux protéger leurs intérêts. Au-delà de la protection spécifique des consommateurs, les actions collectives constituent également le moyen de regrouper en une seule action plusieurs plaintes de moindre ampleur, ce qui permet d'économiser du temps et de l'argent¹³³⁷.

Dans l'hypothèse d'une action visant la défense d'un intérêt collectif menée par un groupe ou une institution publique, le consommateur retire un bénéfice immédiat de la cessation de la pratique incriminée car celle-ci prévient un dommage potentiel. Pour le consommateur individuel qui n'a effectivement pas subi de préjudice, son avantage, diffus et non matérialisé, se fonde dans l'intérêt collectif des

¹³³⁶Cappelletti et Garth, «The Worldwide Movement to make rights effective», *supra* note 1222 à la p 3.

¹³³⁷COM (2005) 672, 19 décembre 2005. Le Comité économique et social européen a dans son avis du 26 octobre 2006, marqué son soutien à cette initiative (Avis CESE 1349/2006 – JO C 324 du 30.12.2006, rapporteur SÁNCHEZ MIGUEL).

consommateurs. S'il est victime d'un dommage individuel, il n'en obtiendra en principe pas réparation, mais l'ordre de cesser la violation constatée aura pour effet de ne pas en aggraver les conséquences et, partant, les préjudices. La condamnation intervenue aura aussi pour effet d'augmenter les chances d'une nouvelle condamnation du défendeur dans le cadre d'un éventuel recours intenté contre lui par un consommateur individuel ou d'amener le défendeur à offrir aux consommateurs lésés une indemnisation dans un cadre non-judiciaire ou alternatif de règlement des litiges.

En outre, certaines formes de représentation collective plus récemment introduites cherchent à faciliter un processus d'indemnisation individuelle dans le cadre même d'une action collective de type préventif¹³³⁸. La procédure présente alors l'avantage de permettre la réparation simultanée non seulement de préjudices collectifs mais aussi individuels, communs à de nombreux individus.

B. Pour le système judiciaire

Si l'on admet que le droit a pour principe sous-jacent de régler les litiges de la manière la plus juste et la moins coûteuse possible, il semble peu rentable et inefficace, non seulement pour les personnes en cause mais aussi pour le système de justice civile, d'exiger que les personnes intentent des actions individuelles pour obtenir réparation de comportements ou de faits qui ont eu une incidence sur bon nombre de victimes de la même manière ou de manière semblable¹³³⁹.

Que ce soit par l'agrégation d'intérêts individuels ou par la prise en compte de l'intérêt de la collectivité tout entière des consommateurs, le regroupement dans une seule action d'un grand nombre de personnes simultanément touchées par un même fait amène à économiser les ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Ces économies d'échelle contribuent

¹³³⁸Voir la section 2, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

¹³³⁹Deffains, Donat-Duban et Langlais, *Économie des actions collectives*, supra note 1335 à la p16.

au rendement et à l'efficacité de l'action des tribunaux. L'argument est certes relatif car il présuppose que le nombre d'actions individuelles entamées à la suite d'un comportement répréhensible d'une entreprise sera élevé, ce qui, en matière de litiges de consommation, ne constitue pas la réalité, tant l'accès des consommateurs individuels à la justice reste une fiction¹³⁴⁰. L'argument vaut donc surtout si le dédommagement potentiel est assez élevé pour qu'il soit financièrement intéressant d'intenter des actions individuelles.

Le système juridique y gagne aussi en sécurité. En effet, le traitement collectif par un tribunal de demandes éparses mais fondées sur une même cause juridique réduit le risque de conclusions contraires ou divergentes auxquelles pourraient mener les recours s'ils étaient jugés de manière individuelle.

Certes la question se pose de savoir si les actions collectives, en facilitant les demandes qui ne seraient pas intentées individuellement en raison de l'importance des coûts du procès, n'en deviennent pas une cause de prolifération des litiges et, de ce fait, d'encombrement et de dysfonctionnement des tribunaux. Les données disponibles aux États-Unis et en France semblent plutôt montrer que les actions collectives n'ont pas accru considérablement le recours au juge, notamment en raison du nombre important de règlements intervenant dans ces situations¹³⁴¹.

Au-delà du système judiciaire lui-même, la société toute entière tire des bénéfices certains de modes efficaces de représentation des intérêts collectifs. En, effet, certains auteurs remarquent que « [l]a disponibilité de recours collectifs peut contribuer à une amélioration de la perception que se fait le public de l'équité dans l'administration de la justice »¹³⁴². Pour faire perdurer cette vision, encore faut-il résoudre clairement le

¹³⁴⁰Voir Roderick Macdonald, « L'accès à la justice et le consommateur: une "marque maison"? » dans Pierre-Claude Lafond, *L'accès des consommateurs à la justice*, Montréal, Yvon Blais, 2010, 1.

¹³⁴¹Deffains, Donat-Duban et Langlais, *Économie des actions collectives*, *supra* note 1335 à la p 17.

¹³⁴²*Ibid* à la p 18.

problème du préfinancement des coûts d'introduction d'une action collective et celui de la charge des indemnités souvent élevées à payer dans le cadre de telles actions.

Par ailleurs, dans le système juridique, la présence de modes de représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs a une valeur préventive certaine. Cet effet dissuasif est l'un des atouts incontestables de l'action collective, en ce qu'il prévient des comportements générateurs de risques pour les consommateurs : « Le fait de rendre la réparation accessible aux personnes qui ne seraient pas autrement capables d'intenter des poursuites peut sanctionner une conduite qui autrement resterait peut-être impunie »¹³⁴³. Le rapport de force et le pouvoir de négociation des consommateurs sur le marché s'en trouvent considérablement renforcés, et l'effectivité du droit de la consommation mieux assurée.

C. Pour les défendeurs

L'action collective constitue une procédure moins coûteuse aussi pour les défendeurs. Traiter des allégations communes en une seule instance et ne pas devoir reproduire les mêmes arguments plusieurs fois représente sans contredit un avantage économique important pour les défendeurs. Deffains et Langlais expliquent à ce sujet que « [p]our certains défendeurs, du moins lorsque le procès est inévitable, il semblerait souhaitable de traiter des allégations qui sont communes à un certain nombre de demandeurs en une seule instance au lieu de devoir répéter les mêmes choses plusieurs fois »¹³⁴⁴.

¹³⁴³ *Ibid* à la p 29.

¹³⁴⁴ *Ibid* à la p16.

§ 2. Considérations de justice sociale

L'action collective rend plus effective la perspective pour les consommateurs d'accéder à la justice. Elle concrétise donc les considérations d'équité et de justice sociale à la base des politiques de protection du consommateur. L'effectivité du droit de la consommation s'en trouve également accrue.

Il apparaît certain que, en l'absence de pouvoir intenter un recours collectif, nombre de réclamations individuelles ne sont pas envisageables sur le plan économique. (...) L'action collective semble donc en mesure d'abolir certains des obstacles au recours individuel en permettant de réunir dans une seule instance les réclamations d'un groupe important de personnes¹³⁴⁵.

La représentation collective symbolise avant tout un rééquilibrage des relations et des rapports de force dans la société. Dans une cause opposant un plaideur vétéran à un novice en la matière, le système judiciaire avantage nettement le premier. En effet, celui-ci, souvent issu de grandes organisations, a appris au fil de ses actions ou comparutions devant la justice à mieux comprendre ce système et, en conséquence, à mieux se défendre. Face à lui se trouvent des individus isolés n'ayant que peu ou pas d'expérience avec le système judiciaire¹³⁴⁶. L'idéal égalitaire à la base du concept de la justice sociale est renforcé par la stabilisation des rapports de force entre de puissantes industries et des consommateurs nombreux, mais mal organisés.

Au Québec, le recours collectif a dès son introduction été perçu comme un instrument de justice sociale¹³⁴⁷.

¹³⁴⁵ *Ibid* à la p 20.

¹³⁴⁶ Marc Galanter, « Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of social change » (1974) 8 *Law & Soc'y Rev* 95; Marc Galanter, « Afterword: Explaining Litigation » (1975) 9 *Law & Soc'y Rev* 347.

¹³⁴⁷ Voir Pierre-Claude Lafond, « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale » (1998-99) 29 *RDUS* 3 à la p 32.

Cette dimension sociale se renforce sensiblement par la mise en place d'outils visant à faciliter aux consommateurs le recours à l'action collective. Ainsi en est-il au Québec, du Fonds d'aide aux recours collectifs. Une valeur ajoutée tout aussi significative résulte de l'attribution par le juge d'une partie, même minime, du montant de l'indemnisation à des organisations représentatives des intérêts des consommateurs, de fondations privées ou de centres universitaires en vue de permettre le financement d'autres recours en justice, d'activités de surveillance du marché ou de recherche sur les questions liées à l'accès à la justice et à la mise en œuvre du droit de la consommation.

Section 2. Les modes de la représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs

Il n'existe pas un instrument unique de représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs, mais plusieurs qui peuvent d'ailleurs coexister.

Les deux critères suivants permettent d'établir une classification : d'une part, l'objet de l'action en représentation collective (§1) et, d'autre part, la qualité de la personne admise à agir en représentation de l'intérêt collectif (§2). Dans certains systèmes juridiques plus ouverts, les critères de catégorisation des formes de représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Dans la réflexion sur le système de surveillance du marché le plus efficace à mettre en place, la tendance est à l'ouverture ou à la mixité la plus large des modes de représentation des intérêts collectifs (§3).

§ 1. L'objet de l'action en représentation collective

L'action en représentation collective peut chercher à prévenir une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs (A) ou à réparer le dommage causé par une telle atteinte (B).

A. L'action en prévention

L'action en prévention vise à faire cesser des agissements contraires aux droits des consommateurs, tel que l'usage de clauses abusives dans un contrat de consommation, la diffusion d'une publicité trompeuse, le recours à une pratique commerciale déloyale ou interdite ou l'offre sur le marché d'un produit dangereux ou

défectueux. La mise à l'écart de certains comportements d'entreprise importe plus que la condamnation des personnes.

L'action vise à assurer la protection de l'intérêt collectif des consommateurs, indépendamment de l'existence d'un intérêt né et actuel à agir pour le chef de consommateurs individuels. L'intérêt collectif ici considéré est perçu comme étant distinct des intérêts individuels des consommateurs. Il désigne l'intérêt du groupe consommateur à voir ses droits promus, reconnus et respectés dans le système socio-économique.

L'action a une portée collective en ce qu'elle prévient des dommages individuels par la cessation de la pratique incriminée. L'effet indirect de l'action d'intérêt collectif en prévention est d'éviter la naissance de préjudices individuels qui dans une société de consommation de masse, pourraient être multiples.

La portée collective de ce type d'action reste cependant limitée. D'abord, parce que l'effet de la décision de justice rendue vaut seulement pour la personne à qui on ordonne de cesser tel agissement : les autres entreprises adoptant un même comportement illicite ne sont pas atteintes par l'injonction prononcée. Il en serait ainsi d'une entreprise du même secteur dont les conditions générales de vente incluent la même clause abusive que celle faisant l'objet de l'injonction de cesser son comportement. En outre, l'effet de la décision rendue ne profite en principe qu'au seul demandeur : on peut certes penser que dans une société de consommation de masse l'ordre enjoint à une entreprise individuelle de cesser une pratique par ailleurs largement répandue aura *de facto* un effet collectif puisqu'il met à l'abri de la pratique interdite un grand nombre de consommateurs. Dans bien des cas, l'effet collectif reste indirect : il dépend de la volonté de l'entreprise à qui on ordonne de cesser la pratique incriminée de donner une portée collective à l'action intentée en

révisant ses conditions générales de vente pour en exclure la clause abusive ou en décidant de retirer du marché le produit incriminé.

Ces limites peuvent être corrigées par le législateur. Ainsi, en Europe, la législation relative aux clauses abusives dans les contrats de consommation¹³⁴⁸ prévoit expressément que le juge, appelé à ordonner la cessation de l'usage d'une clause abusive dans le cadre d'une action en prévention, peut décider d'étendre l'effet de la mesure aux autres entreprises faisant usage de la même clause dans leurs conditions générales de vente ainsi qu'aux organisations professionnelles chargées de les rédiger pour le secteur commercial en cause¹³⁴⁹. L'article 7 de la directive européenne sur les clauses abusives dans les contrats de consommation se lit comme suit :

Article 7.

1. Les États membres veillent à ce que dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.
2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.
3. Dans le respect de la législation nationale, les recours visés au paragraphe 2 peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires.

Ce type de recours constitue de longue date la forme de représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs privilégiée dans les pays européens. Dans la plupart d'entre eux, les outils de représentation des intérêts

¹³⁴⁸CE, *Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, [1993] JO L 095 à la p. 29.

¹³⁴⁹Cette disposition de la directive communautaire a été introduite dans la législation relative aux clauses abusives en vigueur dans les 27 États membres de l'Union européenne.

collectifs des consommateurs sont avant tout des procédures d'injonction dans lesquelles le juge ne peut prévoir aucune réparation. Le pays précurseur en la matière a été la Belgique, qui dès 1971 dans la loi relative aux pratiques du commerce, a ouvert l'action en cessation aux organisations de consommateurs pour mettre fin « à toute pratique ou acte contraire aux dispositions de la présente loi et, de manière générale, à l'intérêt collectif des consommateurs »¹³⁵⁰.

En 1998, la Directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs prescrit à tous les États membres de se doter d'un tel recours et en harmonise certaines conditions d'application¹³⁵¹. Chaque État reste libre de désigner les « entités qualifiées » à agir.

L'article 3 définit ce qu'il y a lieu d'entendre par « *entité qualifiée* » comme étant

tout organisme ou organisation dûment constitué conformément au droit d'un État membre, qui a un intérêt légitime à faire respecter les dispositions visées à l'article 1^{er} et, en particulier:

- a) un ou plusieurs organismes publics indépendants, spécifiquement chargés de la protection des intérêts visés à l'article 1^{er} dans les États membres où de tels organismes existent et/ou
- b) les organisations dont le but est de protéger les intérêts visés à l'article 1^{er}, conformément aux critères fixés par la législation nationale.

Fait intéressant et exceptionnel concernant la procédure, la directive instaure un système de reconnaissance mutuelle de la qualité à agir pour les infractions intracommunautaires. Tel est l'objet de l'article 7 de la directive, qui se lit comme suit :

Infractions intracommunautaires

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que, en cas d'infraction ayant son origine dans cet État membre, toute entité qualifiée d'un autre État membre, lorsque les intérêts protégés par cette entité qualifiée sont lésés par l'infraction, puisse saisir le tribunal ou l'autorité administrative visés à l'article 2, sur présentation de la liste prévue au paragraphe 3. Les tribunaux ou autorités

¹³⁵⁰ Loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, publiée au *Moniteur belge* du 29 juillet 1971, à la p 9087.

¹³⁵¹ CE, Directive 98/27/CE, *supra* note 1308 à la p 51.

administratives acceptent cette liste comme preuve de la capacité pour agir de l'entité qualifiée, sans préjudice de leur droit d'examiner si le but de l'entité qualifiée justifie le fait qu'elle intente une action dans une affaire donnée.

2. Aux fins de la lutte contre les infractions intracommunautaires et sans préjudice des droits reconnus à d'autres entités par la législation nationale, les États membres communiquent à la Commission, à la demande de leurs entités qualifiées, que lesdites entités sont qualifiées pour intenter une action au titre de l'article 2. Les États membres informent la Commission du nom et du but de ces entités qualifiées.

3. La Commission établit une liste des entités qualifiées visées au paragraphe 2, en précisant leur but. Cette liste est publiée au Journal officiel des Communautés européennes; toute modification de cette liste fait l'objet d'une publication immédiate, une liste actualisée étant publiée tous les six mois.

B. L'action en réparation

Ce mode de représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs rassemble les actions judiciaires permettant à plusieurs personnes ou à un groupe tenu pour représentatif d'obtenir réparation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif ou aux intérêts collectifs des consommateurs.

Deux types de recours sont possibles. Le premier consiste en une action visant à la réparation de dommages individuels juxtaposés : la réparation obtenue au terme du recours collectif revient aux consommateurs individuels qui se seront joints à l'action (selon le modèle *opt-in*) ou ne se seront pas exclus de l'action (selon le modèle *opt-out*). Le juge reste autorisé, notamment en cas de dommages diffus, à ordonner le versement d'une partie de l'indemnisation à une personne morale dont l'objet social est de contribuer à la promotion et à la défense des droits des consommateurs (association de consommateurs, fonds d'aide au recours collectifs, fonds d'aide juridique, groupe de recherche universitaire, etc.). Telle est la forme de recours privilégiée au Canada et aux États-Unis; en Europe, elle reste plus exceptionnelle.

Le deuxième recours implique une action visant à remédier au préjudice causé à l'intérêt des consommateurs, perçu comme un intérêt collectif spécifique et singulier : dans ce type de recours, l'indemnisation prévue par le juge n'est pas destinée à

couvrir des préjudices individuels mais équivaut à un dommage collectif défini comme étant celui porté à l'intérêt collectif de tous les consommateurs ou du « groupe consommateur » dans la société. Le montant attribué par le juge est versé au seul demandeur habilité à agir au nom de l'intérêt collectif, qui décidera ensuite de son affectation dans le cadre de ses activités (financement de campagnes de sensibilisation, financement de nouvelles actions en justice, etc.). Ainsi, outre le fait de voir reconnue mais aussi évaluée la notion d'intérêt collectif des consommateurs, cette forme de représentation juridictionnelle des intérêts collectifs a pour effet indirect d'éviter l'introduction de multiples recours individuels, pour lesquels les consommateurs isolés auront beaucoup de mal à obtenir gain de cause étant donné les obstacles à l'accès à la justice que constituent notamment les frais, le temps et les exigences de preuve.

La reconnaissance de ce dernier type d'action reste rare. En 1988, la France a introduit un recours en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs désigné sous l'appellation « action d'intérêt collectif »¹³⁵². Après une période d'hésitations des juges qui soit refusaient de conclure à l'existence d'un intérêt collectif des consommateurs, soit ordonnaient le versement d'une indemnité purement symbolique, des montants de réparation beaucoup plus importants sont attribués sur la base de cette action.

¹³⁵² Anne Morin-Evrard, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 » dans Thierry Bourgoignie, dir, *Group actions and consumer protection. L'action collective et la défense des consommateurs*, Bruxelles, Kluwer, 1992, 57 à la p 61 [Morin, « L'action d'intérêt collectif »].

§ 2. La qualité de la personne admise à agir en représentation de l'intérêt collectif

Le deuxième critère de classification des actions collectives se réfère à l'attribution de la qualité à agir en tant que représentant de l'intérêt collectif. L'initiative de la représentation collective peut appartenir à un ou plusieurs individus, agissant avec ou sans mandat (A); à un groupe privé, comme une organisation de consommateurs (B) ou à un organisme public général comme le ministère public ou spécialisé, telle une institution de protection du consommateur (C).

A. Un ou plusieurs individus, agissant avec ou sans mandat

Ce type d'action se distingue par le droit d'agir en représentation des intérêts collectifs des consommateurs reconnu à un ou plusieurs individus, qui peuvent ne pas disposer d'un mandat à cet effet. Satisfaire à certains critères de représentativité fixés par le législateur ou le juge autorise le demandeur à se prévaloir de la qualité de représentant des intérêts collectifs des consommateurs en cause.

Si les consommateurs ayant subi un préjudice constituent un groupe restreint et déterminable, l'initiative de l'action reviendra à un représentant du groupe, qui récoltera à cet effet auprès des membres du groupe le mandat d'agir en leur nom. L'action en représentation collective constitue alors une action en représentation conjointe, qui ne déroge pas aux règles du droit commun de la procédure. Un tel mode de représentation collective équivaut en réalité à joindre plusieurs procédures individuelles dans le cadre d'une même procédure en justice.

En France, en 1992, les associations de consommateurs agréées et reconnues comme représentatives à l'échelle nationale ont vu leur droit d'agir en réparation devant les

tribunaux élargi par la *Loi 92-60 du 18 janvier 1992*¹³⁵³. Celle-ci prévoit pour les associations agréées et reconnues représentatives sur le plan national la capacité de demander réparation devant toute juridiction au nom de consommateurs (personnes physiques et identifiées) ayant subi des préjudices individuels. Ces préjudices doivent avoir une origine commune et avoir été causés par le fait d'un même opérateur économique. Il est aussi nécessaire que l'association de consommateurs ait été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés. L'action en question s'apparente donc plus à une action en représentation conjointe. Pour agir, l'organisation doit disposer d'un mandat écrit et personnel émanant de chaque consommateur.

L'originalité et la nouveauté de la représentation collective proviennent du fait qu'un même regroupement d'actions individuelles se trouve autorisé sans qu'un mandat ait été confié à cette fin au représentant du groupe. L'action peut être entamée par un seul membre du groupe sans la permission expresse des autres membres. Le recours permet alors de représenter un groupe de consommateurs qui reste au départ de l'action indéterminé. Le représentant du groupe demande une solution susceptible de s'appliquer à toutes les personnes se trouvant dans une situation semblable vis-à-vis du même adversaire. La portée de l'action est collective puisqu'elle atteint toutes les personnes ayant exprimé leur volonté d'adhérer au groupe (modèle *opt-in*) ou ne s'en étant pas expressément exclues (modèle *opt-out*).

L'effet de la chose jugée ne dépasse toutefois pas le groupe dont la représentation s'est vue assurée. L'intérêt collectif en question dans ce type de recours est un rassemblement, une somme ou un agrégat d'intérêts individuels homogènes.

¹³⁵³ France, *Loi 92-60 du 18 janvier 1992*, JO du 21 janvier 1992.

Au Québec, le recours collectif en est un exemple, comme la *class action* nord-américaine, les *representative proceedings* en Australie et l'action collective pour la protection des intérêts individuels homogènes au Brésil, le « recours collectif ».

B. Un groupement privé, telle une organisation des consommateurs

Un groupement qui se donne pour objet social de défendre les intérêts des consommateurs peut être habilité à assurer cette défense devant les tribunaux. Il ne s'agit pas pour lui d'y défendre un intérêt propre – par exemple, une atteinte à son image ou à sa réputation, ou un préjudice subi par le groupement lui-même à la suite d'une pratique commerciale ou d'une transaction – mais bien d'y représenter soit les intérêts de consommateurs individuels, soit leur intérêt collectif.

La capacité de l'association de consommateurs d'intenter une action en justice est conditionnée par plusieurs critères visant à assurer la représentativité de l'organisme demandeur. Sont ainsi souvent prévues des conditions relatives à l'ancienneté du groupement (par exemple, avoir six mois d'existence), sa couverture géographique (par exemple, avoir une ampleur nationale), sa dimension (par exemple, compter au moins 100 membres) et la conformité des activités menées avec l'objet social du groupement (par exemple, démontrer avoir mené des actions d'éducation, d'information ou de promotion des consommateurs).

Dans la plupart de cas, la reconnaissance de la qualité à agir de l'organisation de consommateurs se trouve confirmée par une habilitation légale ou un agrément administratif, selon les normes internes du pays concerné. Le groupement, ainsi autorisé à contribuer par l'exercice d'actions de police privée, à la surveillance du marché et l'application des lois en vigueur, s'érige en gendarme de la vie

économique¹³⁵⁴. S'il s'agit d'encourager le développement de groupements actifs dans la promotion des intérêts des consommateurs en retenant une définition large de telles organisations, il est naturel d'établir un contrôle de leur représentativité dès lors qu'elles détiennent le mandat de représenter formellement l'intérêt collectif des consommateurs. Un tel contrôle permet aussi d'éviter des abus ou la création de fausses associations de défense des consommateurs.

Le groupement ayant pour objet de défendre les consommateurs ainsi habilité peut se voir reconnaître le droit d'introduire des actions en prévention visant à faire cesser des pratiques contraires à l'intérêt collectif. Il peut aussi se voir admettre à agir comme représentant dans le cadre d'actions visant à la réparation des préjudices subis par des consommateurs individuels.

Plus exceptionnellement, le groupement sera autorisé à demander réparation du préjudice causé à l'intérêt des consommateurs perçu comme un intérêt collectif distinct et spécifique. Les montants obtenus en remboursement des frais divers liés à l'introduction d'un tel recours – frais de procédure, honoraires d'avocats et d'experts, frais de recherche, etc. – ne se confondent nullement avec l'indemnisation recherchée en compensation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs ou aux intérêts juxtaposés de consommateurs individuels.

C. Un organisme public, général comme le ministère public, ou spécialisé, telle une institution chargée de la protection du consommateur

Dans le cadre de sa fonction générale de sanctionner les violations des lois, le ministère public peut être autorisé à agir en représentation de l'intérêt collectif des consommateurs. En effet dans bien des cas, l'intérêt collectif des consommateurs se

¹³⁵⁴ Anne Morin, « L'action d'intérêt collectif », *supra* note 1352 à la p 77.

confond avec l'intérêt général. Citons, par exemple, la sécurité des produits de consommation, alimentaires et non alimentaires. Dans les pays ne possédant pas de système institutionnel propre au domaine de la consommation, l'action du ministère public est essentielle et reste la seule forme de représentation collective des intérêts des consommateurs. Leur intérêt collectif n'y est pas reconnu comme étant distinct de l'intérêt général et susceptible d'entrer en conflit avec d'autres intérêts collectifs.

La plupart des pays sont désormais dotés d'un cadre normatif spécifique sur la protection du consommateur et d'une institution publique - sa mission étant l'application de la législation, ayant le droit d'agir en représentation de l'intérêt collectif des consommateurs devant les tribunaux. Cette fonction s'inscrit dans le cadre de sa mission générale de surveillance du marché pour tout ce qui concerne les consommateurs, au pénal comme au civil. C'est le cas de l'ombudsman des consommateurs, institué dans les pays scandinaves, ainsi que du ministère public brésilien. Ce dernier est devenu un organisme spécialisé parce qu'il possède une chambre interne spécialisée de protection des consommateurs¹³⁵⁵. Tel est aussi le cas de l'Office de protection du consommateur du Québec.

Le plus souvent, l'action restera une action en prévention ou le droit d'obtenir du juge un ordre de cessation de la pratique ou de l'acte contraire à l'intérêt collectif des consommateurs.

Selon Mauro Cappelletti, la méthode la plus courante pour représenter l'intérêt collectif s'effectue par l'intermédiaire d'institutions publiques. Cependant, il ajoute que leur manque d'indépendance et le risque de les voir soumises à des pressions politiques en raison des forces en jeu contre les intérêts collectifs peuvent mettre en

¹³⁵⁵ Au Brésil, le CDC a mis en place des sections spécialisées internes de protection du consommateur au sein du ministère public. CDC, *supra* note 13, article 5(II): « *instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público* ». « L'institution de parquets de justice de défense du consommateur dans le cadre du ministère public » [notre traduction].

péril l'efficacité de cette protection. En revanche, ces organismes disposeront de plus de ressources et seront mieux organisés que les organisations non gouvernementales pour investir dans des recours collectifs souvent difficiles à gérer.

Une représentation efficace des intérêts collectifs des consommateurs plaide donc pour la reconnaissance du droit d'agir accordé tant aux groupements privés tenus pour représentatifs qu'aux organisations étatiques ayant pour fonction la protection du consommateur.

§ 3. Un système ouvert ou mixte

Assurer la promotion, la représentation et la défense des intérêts collectifs des consommateurs devant les tribunaux a inspiré l'adoption de divers modes de représentation. Ayant à intégrer la dimension collective des relations de consommation au sein du système économique et ayant à gérer le règlement de litiges de nature collective, tous les systèmes juridiques ont cherché à compenser les limites d'un système de procédure traditionnellement fondé sur l'exigence d'un intérêt personnel à agir. Cette préoccupation commune, et toujours actuelle, a conduit à l'adoption d'instruments forts différents, tels que l'action en cessation en Europe et le recours collectif ou la *class action* en Amérique du Nord.

Les instruments ainsi privilégiés reflètent des positions idéologiques différentes, voire opposées : en Amérique du Nord, le maintien d'une perception individualiste de la protection des consommateurs, selon laquelle leur intérêt collectif se résume en réalité à la juxtaposition d'intérêts individuels homogènes ; en Europe, la reconnaissance d'un intérêt collectif des consommateurs spécifique et distinct de l'intérêt général, dont il est une des composantes. Malgré cette intégration plus franche de la notion d'intérêt collectif dans le domaine de la consommation, les pays

européens hésitent pourtant à admettre des modes de réparation des dommages collectifs, se limitant à exiger la cessation des pratiques incriminées.

Cependant, ces modes de représentation doivent être vus comme étant plus complémentaires qu'opposés. Une activité peut éventuellement violer plus d'une catégorie d'intérêts en même temps. Par exemple, la publicité à la télévision d'un produit pharmaceutique ne contenant pas de principe actif, pourrait être à l'origine des dommages chez le consommateur et, par conséquent, engendrer une violation de l'intérêt collectif de tous les consommateurs potentiels (droit indivisible et entre des personnes non identifiées). De plus, il y aurait également violation du droit individuel homogène des acheteurs du produit ayant effectivement subi des dommages.

Il est donc possible d'introduire dans une même action collective une demande de protection des intérêts collectifs (la demande d'annulation d'une clause abusive) et une demande de protection des intérêts individuels homogènes. Tel serait le cas, par exemple, d'une clause abusive insérée dans un contrat d'adhésion. Si le parquet entame une action collective et demande la nullité de cette clause, les droits collectifs de tous ceux ayant signé le même contrat d'adhésion se trouveront protégés. S'il y a eu des dommages causés par cette clause, le parquet peut encore demander l'indemnisation.

Certains systèmes mixtes reconnaissent encore la juxtaposition de la protection des intérêts diffus, comme le système brésilien. Par exemple, lorsqu'on ajoute une exigence au fournisseur, l'enjoignant de ne pas insérer une pareille clause dans les futurs contrats. De même, le demandeur peut donc requérir du juge qu'il ordonne au défendeur de ne pas insérer des clauses semblables dans ses futurs contrats. On parle alors d'intérêts diffus protégés parce que les futurs contractants sont indéterminés et que leur relation n'a pas un caractère juridique, aucun contrat n'ayant été signé. En effet, il s'agit plutôt d'une relation factuelle, car ils ont simplement la possibilité de

signer le contrat à l'avenir¹³⁵⁶. Dans une action collective visant un intérêt collectif concerné par une clause abusive, tous les signataires de ce contrat seront reconnus comme bénéficiaires, sous réserve de l'approbation du juge. Dans cette situation, ce droit est collectif et son objet, indivisible. Par exemple dans le cas de la vente d'une automobile défectueuse ayant provoqué un accident, l'action civile pour indemniser les victimes n'apportera pas un bénéfice à tous les acquéreurs, mais visera uniquement les victimes des dommages causés par l'accident.

Bref, les droits individuels homogènes sont des droits individuels, mais en raison de leur cause commune, leur protection s'effectue par un recours collectif¹³⁵⁷. Dans le cas des droits collectifs, l'origine du problème est le contrat lui-même. Pour les intérêts individuels homogènes, malgré l'existence de la relation juridique (le contrat d'achat du véhicule au commerçant), l'origine du problème est plutôt factuelle : l'accident survenu pouvant être une conséquence du défaut du véhicule.

Ainsi, une seule action collective peut protéger les différentes catégories d'intérêts collectifs *lato sensu* grâce au cumul des demandes. C'est d'ailleurs en ce sens que les réformes entamées ont évolué.

Même si la mosaïque reste le plus souvent incomplète ou confuse, la majorité des systèmes juridiques admet maintenant une pluralité des modes de représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs. Les actions en prévention y côtoient celles en réparation. De même, la qualité à agir est reconnue tant à l'organisme public ayant pour compétence la protection du consommateur qu'aux organisations de consommateurs non gouvernementales.

La situation la plus commune à ce jour peut être schématisée de la manière suivante :

¹³⁵⁶Comme exemple de la juxtaposition de la protection simultanée des intérêts collectifs et des intérêts diffus, voir *TJDF, 1^{re} Turma Cível, AgIn 2004.00.2.004298-5, rel. Des. Nivio Gonçalves, j. 25.10.2004 DJU 9/12/2004*. Action civile publique qui traite de la revente de carburant.

¹³⁵⁷Consortiom de veículos – *TJ RGS, 3^{re} Câmara cível, AC 194154365 Rel. Aldo Ayres Torres*.

L'action en prévention:

- Vise à obtenir la cessation d'une pratique ou d'un acte contraire à une disposition de la loi sur la protection du consommateur ou, de manière générale à l'intérêt collectif des consommateurs.
- Ne permet pas, en principe, la réparation des préjudices individuellement subis par des consommateurs identifiés ou par le groupe consommateur en général.
- Concerne les demandeurs possibles: l'organisme public chargé de la politique de protection du consommateur et les groupements privés ayant pour objet social de promouvoir, représenter et défendre les droits des consommateurs.
- A constitué et constitue toujours le mode privilégié de représentation des intérêts collectifs des consommateurs devant les tribunaux en Europe, malgré quelques exceptions et des voix de plus en plus fortes en faveur d'une réforme (voir ci-dessous).

L'action en réparation :

- Cherche à obtenir une indemnisation pour le dommage subi du fait de l'atteinte aux intérêts de consommateurs individuels, identifiés ou identifiables.
- Ne permet pas, en principe, la réparation du préjudice collectif subi par les consommateurs du fait de l'atteinte à leur intérêt collectif.

- Concerne les demandeurs possibles : un individu isolé, ou plusieurs individus, agissant en tant que représentant d'un groupe plus large de consommateurs.

- A constitué et constitue toujours le mode privilégié de représentation des intérêts collectifs des consommateurs devant les tribunaux en Amérique du Nord. Par exemple, le pouvoir de demander au juge la cessation d'une pratique illicite est déjà prévu dans la Loi sur la protection du consommateur du Québec (article 316, alinéa 1^{er}), mais son élargissement aux associations de défense des consommateurs constituées en personnes morales depuis au moins un an est récent (article 316, alinéa 2 nouveau introduit en 2009).

Ces dernières années, le souci d'accroître l'effectivité des lois a entraîné une réflexion nouvelle sur les instruments publics et privés de la surveillance du marché. L'un des objectifs poursuivis est de rationaliser les recours en gommant les différences traditionnellement établies dans les systèmes judiciaires actuels.

- L'action d'intérêt collectif française va dans ce sens puisqu'elle autorise une organisation de consommateurs à demander la réparation du préjudice causé à leur intérêt collectif. La Grèce et la Pologne, ont aménagé des mécanismes semblables qui autorisent l'organisme public responsable de la protection du consommateur à requérir une indemnisation en raison du préjudice collectif subi. L'indemnité octroyée n'est pas versée aux consommateurs individuels car elle entend réparer un préjudice partagé par

l'ensemble des consommateurs, mais elle est conservée par les entités représentatives qui l'utiliseront dans le cadre de leurs fonctions.

- En Belgique, un consommateur isolé se voit octroyer le droit d'agir en cessation d'une pratique contraire à l'intérêt collectif des consommateurs.

- Plusieurs ordres juridiques étrangers ont pris des initiatives en vue d'aménager des mécanismes d'indemnisation des consommateurs en complément de l'action en prévention. Une tendance récente consiste à conférer à l'organisme public responsable de la protection du consommateur le droit d'accompagner son recours en injonction d'une demande visant à réparer les préjudices subis par des consommateurs individuels du fait de l'infraction commise¹³⁵⁸.

- Les pays européens s'engagent sur la voie du recours collectif, en complément de l'action en injonction, mais avec grande prudence. Le débat sur l'introduction d'un recours en réparation voisin de la *class action* nord-américaine ou du recours collectif québécois est ouvert, mais il est vif et sans doute loin d'être clos.

Deux exemples illustrent le débat en cours : le sort incertain réservé à l'initiative prise en

¹³⁵⁸Voir notamment Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Consumer Policy Toolkit*, Paris, 2010, en ligne < <http://www.oecd.org/sti/consumerpolicy/45098058.pdf> > aux pp 101-107. Voir aussi Great Britain, Parliament, « A Better Deal for Consumers. Delivering Real Help Now and Change for the Future » par The Secretary of State for Business, Innovation and Skills by Command of Her Majesty (July 2009).

France dans le but d'introduire une « action de groupe » (a) et les propositions, encore non concrétisées, d'une initiative communautaire sur la question (b).

a) *En France*¹³⁵⁹ : le débat sur la mise en place dans le système judiciaire d'une procédure collective de poursuites civiles a été ouvert le 4 janvier 2005 par le président de la République lui-même, son souhait étant de permettre aux groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives. Depuis, les discussions ont été alimentées, en particulier par le Rapport sur l'action de groupe remis le 16 décembre 2005 au ministre de l'Économie et au ministre de la Justice¹³⁶⁰. Depuis novembre 2006, plusieurs projets, dont le dernier est une proposition de loi déposée au Sénat le 9 février 2010, se sont succédés. L'action de groupe est définie comme étant une voie ouverte par la procédure civile, permettant à un ou plusieurs requérants, avec ou sans mandat, d'exercer, au nom d'un groupe de personnes (classe) ayant subi, du fait d'une même personne, des préjudices identiques ayant une origine commune, une action en justice aboutissant au prononcé d'une décision ayant autorité de chose jugée à l'égard des membres du groupe¹³⁶¹. La portée de la réforme envisagée reste limitée : le droit d'agir n'est reconnu qu'aux seules organisations de consommateurs agréées et non aux consommateurs eux-mêmes ou à un organisme public; plus fondamentalement, le mode de représentation repose sur le mécanisme du *opt-in*, requérant donc que les membres du groupe concernés par l'action collective se fassent explicitement connaître et manifestent leur intention d'adhérer à l'action.

b) *Dans l'Union européenne*¹³⁶² ces dernières années, plusieurs États membres ont introduit des formes de représentation collective permettant d'obtenir, à

¹³⁵⁹Deffains, Donat-Duban et Langlais, *Économie*, supra note 1359 aux pp 7-10. Voir aussi Gaele Patetta, « L'action de groupe : un mécanisme indispensable à la protection du consommateur européen » dans Lafond, *Le droit de la consommation sous influences*, supra note 40, 93 à la p 103.

¹³⁶⁰Guillaume Cerutti et Marc Guillaume (groupe de travail), « Rapport sur l'action de groupe », ministère de l'Économie et ministère de la Justice (France), 2005.

¹³⁶¹*Ibid.*

¹³⁶²Christofer Hodges, « A New Framework for Collective Redress in Europe » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, 2009, 1 à la p 13 [Hodges, « A New Framework »]. Voir aussi Jules Stuyck et Tom van Dyck, « Des *class actions*

l'initiative soit d'un organisme public, soit d'un groupement de consommateurs, la réparation des préjudices causés à un groupe de consommateurs – c'est le cas principalement du Portugal, de l'Espagne, de la Grèce, de l'Italie, des Pays-Bas et des pays scandinaves. L'Union européenne connaît donc une grande diversité de solutions Celle-ci est peu compatible avec la politique de marché intérieur et crée des discriminations non fondées dans la mise en œuvre de l'acquis communautaire en faveur des consommateurs. Il est donc naturel que les institutions de l'Union européenne se penchent sur l'opportunité d'introduire un recours collectif harmonisé, comme elles l'ont fait pour les actions en cessation par la directive 98/27 (voir ci-dessus). Plusieurs documents de réflexion ont été soumis à consultation, dont le *Green Paper on Consumer Collective Redress* (2008)¹³⁶³. Le Comité économique et social des Communautés européennes a rendu sur le sujet un avis d'initiative important¹³⁶⁴. Pendant la période du 4 février au 30 avril 2011, la Commission européenne a soumis à la consultation publique un nouveau document intitulé *Towards a more coherent European approach to collective redress*¹³⁶⁵. Plusieurs réponses ont été formulées lors de cette consultation. La liste de réponses soumises jusqu'au mois de novembre 2011 est disponible sur le site de la Commission européenne¹³⁶⁶.

À ce jour, ces travaux n'ont pas mené à la formulation d'un texte rassemblant un consensus

en Europe : diversités culturelles entre États membres et limites d'une intervention de l'Union européenne » dans Lafond, *Le droit de la consommation sous influences, supra* note 40, 63 à la p 92. Ce texte comprend des tableaux résumant et comparant le régime des procédures collectives en place dans les pays de l'Union au moment de sa rédaction (2006).

¹³⁶³ *Green Paper on Consumer Collective Redress*, COM (2008) 794.

¹³⁶⁴ *Définition du rôle et du régime des actions de groupe dans le domaine du droit communautaire de la consommation*, Avis d'initiative du CESE, Bruxelles, 2007. Cet avis comprend, en annexe, une étude comparative des recours collectifs actuellement admis dans les pays de l'Union.

¹³⁶⁵ European Commission, « Consumers affairs consultations Towards a coherent European approach to Collective Redress », 10 décembre 2011, en ligne : European Commission Health and Consumers <http://eceuropa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/collective_redress_consultation_en.htm>

¹³⁶⁶ European Commission, « Replies to the consultation », 10 décembre 2011, en ligne : European Commission Directorate General for Health and Consumers <http://eceuropa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/replies_collective_redress_consultation_en.htm>

suffisant pour pouvoir être proposé sous la forme d'une proposition de directive.

Section 3. La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs au Québec

La *Loi sur le recours collectif* date de 1978¹³⁶⁷ et modifie le Code de procédure civile¹³⁶⁸. Cette loi avait comme but de favoriser l'accès à la justice tout en en minimisant les coûts.

La Loi sur le recours collectif, introduite dans notre législation en 1978, est évidemment une loi à portée sociale : elle favorise l'accès à la justice à des citoyens qui ont des problèmes communs dont la valeur pécuniaire peut souvent être d'une modicité relative et qui, en raison de circonstances particulières de leur état individuel, n'oseraient pas ou ne pourraient pas, de façon appropriée, mettre en marche le processus judiciaire¹³⁶⁹.

Ce régime s'inspire grandement des *class actions* des États-Unis, notamment en ce qui concerne les conditions d'autorisation, les avis communiqués aux membres, le mécanisme d'exclusion de certains individus du groupe par la formule de l'*opting-out*¹³⁷⁰ et le plus grand pouvoir de décision reconnu au juge. Le paradigme des dommages-intérêts, l'utilisation de la formule d'honoraires conditionnels et l'effet de la règle des dépenses sont des thèmes régulés de façon distincte¹³⁷¹. L'ensemble des normes du Cpc régissant cette procédure¹³⁷² impose des balises strictes tant sur le plan juridique que factuel, pour qu'un tribunal autorise un recours collectif¹³⁷³.

¹³⁶⁷Le PL 39/1977 a été adopté par l'Assemblée nationale du Québec, devenant ainsi la *Loi sur le recours collectif*, LRQ, c R-2.1. Voir Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 8 juin 1978, B-2064, Québec 1978. Cette loi fut adoptée sous le gouvernement de René Levesque.

¹³⁶⁸CPC, *supra* note 1155.

¹³⁶⁹*Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles-Boromé c Lapointe*, [1980] CA 568 [Hôpital St-Charles-Boromé].

¹³⁷⁰Selon cette approche, les personnes qui ne s'excluent pas sont automatiquement membres du groupe. Seules les personnes qui veulent s'exclure doivent se manifester.

¹³⁷¹Pierre-Claude Lafond affirme que la conception de la procédure et la formule de financement public donnent au recours collectif québécois un visage différent de celui de la procédure équivalente adoptée aux États-Unis. Lafond, *Le recours collectif*, *supra* note 41 à la p 334.

¹³⁷²CPC, *supra* note 1155, art 999 à 1052 (Livre IX).

¹³⁷³Office, *Mémoire concernant l'Avant-projet*, *supra* note 1304.

Le recours collectif consiste à traiter de façon collective des demandes individuelles au moyen d'une seule demande et présuppose un groupe composé par des personnes ayant des droits identiques, similaires ou connexes. Le représentant ne détient pas un mandat de la part de ceux qu'il représente et, pour cette raison, la première étape du recours collectif est constituée par l'autorisation¹³⁷⁴. Ainsi, la permission du tribunal doit être obtenue avant de pouvoir poursuivre une entreprise au nom du groupe.

Le recours collectif a été rapidement reconnu comme étant un instrument capable de rendre justice à un grand nombre de consommateurs qui, autrement, n'auraient pas pris l'initiative de s'adresser aux tribunaux pour présenter un recours individuel, notamment parce que la plupart des réclamations résultent d'une perte pécuniaire assez modeste¹³⁷⁵. Ainsi, les consommateurs québécois ont adhéré au recours collectif de façon particulièrement active¹³⁷⁶.

Lafond considère le recours québécois comme une forme de rassemblement des plaintes individuelles, affirmant que « [m]algré les apparences, les réclamations des membres du groupe ne sont pas fusionnées en une seule demande »¹³⁷⁷. Lors de la réforme du Cpc de 2002, la définition de « membre » a été élargie pour inclure une compagnie, une société ou une association faisant partie d'un groupe, pourvu qu'elles n'aient pas eu plus de 50 salariés pendant les 12 derniers mois¹³⁷⁸.

¹³⁷⁴CPC, *supra* note 1155, art 1002(1).

¹³⁷⁵*Hôpital St-Charles-Boromé*, *supra* note 1369; *Nadon c Anjou (Ville d')*, [1994] RJQ 1823 (CA) [Nadon]. La doctrine dresse la liste d'une série de raisons constituant de véritables obstacles empêchant le consommateur d'entamer une action individuelle : le besoin d'investir de son temps personnel, la méconnaissance du droit applicable, le peu de connaissances sur l'objet ou sur le service en cause. Macdonald a aussi énuméré une série de barrières à l'accessibilité à la justice, soulignant divers facteurs qui contribuent à rendre difficile l'accès aux tribunaux par le citoyen : barrières physiques et matérielles, barrières objectives, barrières subjectives, barrières socioculturelles, barrières liées aux troubles de santé physique ou mentale et barrières psychologiques. Roderick Macdonald, « L'accès à la justice et le consommateur : une marque maison? » dans Lafond, *L'accès des consommateurs à la justice*, *supra* note 144, 1 aux pp 9-10 [Macdonald, « Une marque maison? »].

¹³⁷⁶Office, *Mémoire concernant l'Avant-projet*, *supra* note 1304.

¹³⁷⁷Lafond, *Le recours collectif*, *supra* note 41 à la p 341.

¹³⁷⁸CPC, *supra* note 1155, art 999.

Dans la procédure du recours collectif, les parties impliquées dans l'action ne sont pas toutes présentes devant le tribunal. Le représentant est le seul à ester en justice. Le législateur a donc conféré au juge un plus grand pouvoir d'intervention pour lui permettre d'agir non seulement comme un arbitre, mais aussi comme un gestionnaire, visant à assurer aux parties absentes une représentation adéquate¹³⁷⁹.

L'association de consommateurs a l'initiative de la représentation collective et le droit d'agir au profit des intérêts des membres du groupe, dès que les critères légaux suivants sont rencontrés :

→ un de ses membres qu'elle désigne est membre du groupe pour le compte duquel elle entend exercer un recours collectif;

→ l'intérêt de ce membre est relié aux objets pour lesquels la personne morale ou l'association a été constituée¹³⁸⁰.

Donc, au Québec, le droit d'agir en représentation des intérêts collectifs des consommateurs est admis non seulement pour l'individu membre du groupe, décrit selon les termes de l'article 999 (d) du Cpc, mais aussi pour les associations de consommateurs¹³⁸¹. Ces regroupements ont joué un rôle majeur dans la procédure du recours collectif en agissant comme requérants¹³⁸².

¹³⁷⁹Voir Chantal Corriveau, « L'exercice de la discrétion judiciaire dans le cadre des recours collectifs, une loi sur le recours autorisé » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents sur les recours collectifs*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001.

¹³⁸⁰CPC, *supra* note 1155, art 1048.

¹³⁸¹À titre d'exemple, le 12 juillet 2012, la Cour d'appel a autorisé le recours collectif intenté par l'Union des consommateurs, appelante-requérante, et Myrna Raphael, personne désignée, contre Bell Canada. *Union des consommateurs c Bell Canada* [2012] JQ n° 6758 (CA). Dans la même journée, dans le recours collectif Option consommateurs requérante et Guillaume Girard personne désignée c British Airways et Virgin Atlantic, la Cour supérieure du Québec a approuvé une entente conclue entre Option consommateurs et Virgin Atlantic Airways concernant une « surtaxe sur les carburants ». La poursuite est toujours en cours contre British Airways. Voir *Option Consommateurs c British Airways, plc*, 2010 QCCS 140. Dans le recours collectif, la Cour d'appel a considéré que les frais facturés pour

Trois phases différentes composent habituellement le parcours de la procédure du recours collectif : l'autorisation¹³⁸³, le mérite et le recouvrement. Exception faite de la phase du recouvrement, le règlement est possible au cours des deux premières étapes de la procédure.

L'article 999 (d) du Cpc définit le recours collectif comme étant « un moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres ». Le membre est défini par le paragraphe (c) de cette disposition comme étant « une personne physique, une personne morale de droit privé, une société ou une association faisant partie d'un groupe pour le compte duquel une de ces personnes, une société ou une association exerce ou entend exercer un recours collectif ».

Ainsi, la première phase du recours collectif est l'autorisation¹³⁸⁴. Cette étape est préalable à l'exercice même du recours dont l'objectif est de réprimer de possibles abus. L'article 1002 Cpc détermine qu'une requête en autorisation de recours collectif doit contenir trois éléments. Le premier réfère aux faits qui donnent ouverture à la requête, le deuxième réfère à la nature du recours pour lequel on recherche l'autorisation, et le dernier exige une description du groupe. L'article 1003 du CPC établit les critères de l'autorisation: l'identification, la similarité ou la connexion entre les questions posées, l'apparente justification des conclusions, l'inapplicabilité des articles 59 et 67 Cpc et la représentation adéquate du groupe. À partir de la vérification de ces paramètres, le juge permet l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne comme tel. Selon l'article

le transfert au nouveau propriétaire de la garantie supplémentaire étaient interdits par la *Loi sur la protection du consommateur* lorsqu'il s'agit de la garantie émanant du fabricant.

¹³⁸²Voir Charles Tanguay et Stéphanie Poulin, « Les recours collectifs : perspective de deux associations de consommateurs » dans Fonseca, Ramos et Bourgoignie, *Diálogos*, supra note 455.

¹³⁸³À titre d'illustration, *Gagnon c Bell Mobilité*, 2011 QCCS 187 (CanLII).

¹³⁸⁴Kathleen Delaney Beausoleil, « Le recours collectif - Dispositions introductives » dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir, *Précis de procédure civile*, vol 2, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2003, para 2.

1005, le jugement qui accorde la requête doit : (1) décrire le groupe dont les membres seront liés par tout jugement ; (2) déterminer les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent ; (3) ordonner la publication d'un avis aux membres ; (4) déterminer la date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure du groupe sauf si cette personne démontre l'impossibilité d'agir plus tôt. Le jugement qui accueille la requête n'est pas passible d'appel, alors que le jugement qui la rejette est sujet à un appel de plein droit, selon l'article 1010 Cpc. Dans la plupart des cas, autorisés, les dossiers sont réglés avant la tenue d'un procès¹³⁸⁵.

Dans la deuxième phase du recours collectif québécois, selon l'article 1011 du Cpc, la demande principale doit être introduite dans un délai de trois mois suivant le jugement qui accueille la requête en autorisation. La discrétion du juge est une caractéristique majeure de l'administration globale du recours¹³⁸⁶, notamment dans sa phase finale. Dans le recours collectif, le juge joue donc un rôle plus marqué que dans un procès ordinaire en raison de sa fonction de protecteur des intérêts des membres du groupe. Le jugement définitif sur le recours collectif doit décrire le groupe et a pour effet de lier les membres qui ne s'en sont pas exclus¹³⁸⁷. Selon l'article 1030, dès que le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée, il doit être publié. L'article 1028 énonce que le tribunal peut accorder un recouvrement collectif ou dans certaines circonstances, un recouvrement individuel. La première hypothèse est réglementée par les articles 1031 à 1036, alors que la deuxième est prévue par les articles 1037 à

¹³⁸⁵ Donald Bisson, « Problèmes théoriques et pratiques lors du déroulement d'un recours collectif au mérite » (2007) 278 *Revue du Barreau* 1 à la p 3. Voir aussi Nicole Duval Hesler, « Le recours collectif: un parcours complexe » (2004) 64 *Revue du Barreau* 383 à la p 399. L'Honorable Nicole Duval partage la même opinion : « Il ne faut donc pas s'étonner si l'on trouve peu de jugements au mérite en matière de recours collectif. Au Québec, les juges acceptent d'autoriser des recours collectifs conditionnellement à un règlement, c'est-à-dire, qui ne vaudront que si le règlement intervient. On pourrait presque parler d'une demande d'autorisation *pro forma* ».

¹³⁸⁶ Voir Lafond, *Le recours collectif*, *supra* note 41 aux pp 434-45.

¹³⁸⁷ CPC, *supra* note 1155, art 1027. Il s'agit de l'adoption de la formule de l'*opt out*, importée du droit des États-Unis.

1040. En cas de recouvrement collectif, la somme est déposée au greffier par le débiteur et le montant non réclamé (le reliquat) est conservé, à la discrétion du juge. Ainsi, le jugement définitif est tenu de prévoir le mode de recouvrement. De plus, le tribunal dispose encore d'une troisième option: la combinaison du recouvrement collectif et du recouvrement individuel. L'article 1031 limite la discrétion du juge en déterminant que la preuve doit permettre « d'établir de façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres » pour que le juge ordonne le recouvrement collectif.

Le recours collectif consiste en une action en réparation visant à obtenir une compensation pour le préjudice subi. Le CDC adopte une formule identique au moyen de l'article 81 paragraphe unique (III), lequel porte sur l'action collective pour la protection des intérêts individuels homogènes¹³⁸⁸.

L'instance judiciaire accompagne d'ailleurs toutes les étapes de l'intervention juridique. En effet, dès la première étape, c'est au tribunal d'autoriser l'exercice du recours. Le juge de la requête en autorisation détient une grande discrétion, notamment en ce qui concerne la description du groupe et celle des questions traitées collectivement. Yves Lauzon remarque qu'on laisse aussi à la discrétion du tribunal le moyen à utiliser pour aviser les membres du groupe de l'issue du jugement¹³⁸⁹. Ainsi, le tribunal doit préciser les moyens de communication, le contenu des avis aux membres ainsi que le délai pour s'exclure du groupe¹³⁹⁰. La vérification des critères

¹³⁸⁸CDC, *supra* note 13, art 81: « *A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:[...] III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum* ». « La défense des intérêts et des droits des consommateurs et des victimes pourra être exercée en justice individuellement et à titre collectif. Paragraphe unique. La défense collective sera exercée quand il s'agit de : [...] III. D'intérêts ou de droits individuels homogènes, c'est-à-dire, ceux qui découlent d'une origine commune. » [notre traduction].

¹³⁸⁹Yves Lauzon, « Le recours collectif québécois : description et bilan » (1994) 9 *Revue canadienne du droit de commerce* 324 à la p 329 [Lauzon, « Description et bilan »].

¹³⁹⁰Voir CPC, *supra* note 1155, art 1005, 1006, 1010(1) et 1046.

énoncés à l'article 1003 était d'abord considérée comme résultant d'un pouvoir discrétionnaire¹³⁹¹. Cependant dans la décision *Nadon c. Anjou (Ville d')*¹³⁹², la juge Rousseau-Houle affirme que

[r]eprenant l'enseignement de la Cour suprême dans le *Comité régional des usagers de transport en commun de Québec c. CTCUQ*, [1981] 1 RCS 424, la jurisprudence a généralement établi que les conditions de l'article 1003 doivent être interprétées de façon non restrictive et qu'elles laissent peu de discrétion au tribunal lorsqu'elles sont remplies¹³⁹³.

En conséquence, la jurisprudence définit, la requête pour autoriser l'exercice d'un recours collectif comme étant, selon l'expression souvent utilisée, un « mécanisme de filtrage et de vérification »¹³⁹⁴.

Parmi les cas d'intervention judiciaire prévus dans la procédure de recours collectif, on cite quelques exemples, notamment ceux prévus dans le CPC aux articles 1001, 1004, 1014, 1016 à 1020, 1022 à 1025, 1029, 1031, 1032, 1034, 1036, 1039, 1043, 1045 et 1046¹³⁹⁵. Le demandant ne peut amender un acte de procédure ou se désister que par l'autorisation du tribunal¹³⁹⁶. Également, le représentant ne peut renoncer à cette qualité que par l'autorisation du tribunal¹³⁹⁷. L'approbation de la Cour est nécessaire pour la validité des transactions, pour l'acceptation des propositions réelles et pour l'acquiescement, sauf s'il est sans réserve à la totalité des demandes¹³⁹⁸. C'est au tribunal de déterminer les questions communes à traiter judiciairement¹³⁹⁹. On

¹³⁹¹ *Thompson c Masson*, [1993] RJQ 69, 72 (CS); *Gelmini c Québec (Procureur général)*, [1982] 560, 564 (CS).

¹³⁹² *Nadon*, *supra* note 1375. Voir aussi *Hôpital St-Charles-Boromé*, *supra* note 1375.

¹³⁹³ *Nadon*, *ibid* aux pp 1827-28.

¹³⁹⁴ *Gelmini et Thompson*, *supra* note 1391; *Cilinger c Centre hospitalier de Chicoutimi*, JE 2001-1497, REJB 2001-25463, [2001] JQ n° 3370 (CS).

¹³⁹⁵ Lafond, *Le recours collectif*, *supra* note 41 à la p 434.

¹³⁹⁶ CPC, *supra* note 1155, art 1.016.

¹³⁹⁷ *Ibid*, art 1.023

¹³⁹⁸ *Ibid*, art 1025.

¹³⁹⁹ *Ibid*, art 1005 : « Le jugement qui fait droit à l'enquête [...] (b) identifie les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent ».

assure aussi au juge la capacité d'approuver ou non un règlement conclu entre les parties¹⁴⁰⁰. En effet, les juges québécois acceptent d'autoriser des recours collectifs conditionnellement à un règlement. Ce type de demande est désigné comme étant une demande d'autorisation *pro forma*¹⁴⁰¹ et doit être présenté à l'initiative des deux parties au règlement potentiel.

L'article 1045 reconnaît au juge un important pouvoir discrétionnaire : tout au long du déroulement du recours collectif, la Cour peut prendre des mesures pour l'accélérer ou pour en simplifier la preuve¹⁴⁰². Cette disposition prévoit aussi la possibilité pour le tribunal d'ordonner la publication d'un avis aux membres, « lorsqu'il [l'] estime nécessaire pour la préservation de leurs droits ».

La décision ayant autorisé l'exercice du recours collectif peut, en tout temps, être révisée ou annulée par le tribunal à la demande d'une partie¹⁴⁰³. La Cour peut aussi permettre au demandant de modifier les conclusions recherchées¹⁴⁰⁴. Le tribunal peut, même d'office, modifier ou scinder le groupe, même après avoir concédé l'autorisation du recours¹⁴⁰⁵. Outre sa capacité à déterminer le mode de réparation le plus approprié, la Cour gère aussi l'administration de l'exécution du jugement et détient la fonction de prononcer le jugement. Le pouvoir discrétionnaire assuré au tribunal par la *Loi sur le recours collectif*¹⁴⁰⁶ lui permet aussi d'établir les honoraires extrajudiciaires du procureur du représentant, y compris dans le cas d'un règlement

¹⁴⁰⁰CPC, *supra* note 1155, art 1025.

¹⁴⁰¹Nicole Duval Hesler, « Le recours collectif : un parcours complexe » (2004) 64 *Revue du Barreau* 383 à la p 399 [Hesler, « Un parcours complexe »].

¹⁴⁰²CPC, *supra* note 1155, art 1025.

¹⁴⁰³*Ibid*, art 1022. Voir *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand c (Québec) Curateur public* [1994] RJQ 2776-2783 et *Coopérative d'habitation de Cloverdale (Pierrefonds) c Turenne*, 1995 CanLII 5284 (CA).

¹⁴⁰⁴CPC, *supra* note 1155, art 1022

¹⁴⁰⁵*Ibid*, art 1022. Dans le cas *Rouleau c. Placements Etteloc inc.*, 2006 QCCS 5319, la demande de modification du groupe en vertu de l'occurrence de faits postérieurs, méconnus dans la première phase (l'autorisation), a été acceptée.

¹⁴⁰⁶CPC, *supra* note 1155, art 32(2) de la *Loi sur le recours collectif*, *supra* note 1367.

hors cour¹⁴⁰⁷. Or, au-delà de l'économie d'échelle représentée par cette procédure, la procédure de recours collectif assure au tribunal une grande flexibilité en matière de solutions rémunératrices¹⁴⁰⁸.

Du côté judiciaire, pendant la première décennie suivant l'entrée en vigueur de la loi sur les recours collectifs, la plupart furent refusés, ne réussissant même pas à franchir l'étape de l'autorisation¹⁴⁰⁹. Selon Pierre-Claude Lafond, à partir des années 1990, les tribunaux adoptent une posture différente et « cessent de faire preuve d'un excès de formalisme qui compromet l'efficacité même de la procédure »¹⁴¹⁰. Trois jugements différents de la Cour d'appel, échelonnés sur une période de quelques mois, ont entraîné une ouverture judiciaire favorable à l'autorisation du recours collectif : *Comité d'environnement de La Baie c. Société d'électrolyse et de chimie Alcon ltdée*¹⁴¹¹, *Château c. placements Germarich inc.*¹⁴¹² et *Tremaine c. A.H. Robbins Canada inc.*¹⁴¹³. Cependant, pendant les années 2000, on remarque une tendance à un certain resserrement des autorisations¹⁴¹⁴. L'entrée en vigueur en 2003 de

¹⁴⁰⁷ Lafond, *Le recours collectif*, supra note 41 à la p 435. Cet auteur soutient d'ailleurs que « [d]ans le recours collectif, le rôle du juge ne se termine pas avec le jugement. Le magistrat est chargé de veiller à l'exécution du règlement et continue à intervenir dans la cause jusqu'à ce que les parties soient indemnisées »; dans Entrevue de Lafond, Journal UQAM, supra note 1213.

¹⁴⁰⁸ Cameron, « Le rôle du pouvoir judiciaire », supra note 1168.

¹⁴⁰⁹ Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Qc, Yvon Blais, 2006, à la p 7 : « De 1979 à 1990, sauf exceptions, les juges apparaissent déroutés face à une procédure de recours collectif qui bouleversait leurs conceptions individualistes de l'adjudication ».

¹⁴¹⁰ Lafond, *ibid* à la p 7. Cet auteur soutient que le juge, au-delà d'autoriser la procédure, en est le maître d'œuvre. Entrevue de Lafond, Journal UQAM, supra note 1213.

¹⁴¹¹ *Comité d'environnement de La Baie c Société d'électrolyse et de chimie Alcon ltdée* [1990] RJQ 655 (CA).

¹⁴¹² *Château c placements Germarich inc* [1990] RDJ 625 (CA).

¹⁴¹³ *Tremaine c AH Robbins Canada inc* [1990] RDJ 500 (CA).

¹⁴¹⁴ « Il y a certains commentaires de juges qui semblent avoir tendance à interpréter les critères de façon plus rigoureuse » comme l'affirme Yves Lauzon, considéré comme étant le « père » du recours collectif québécois. Entrevue d'Yves Lauzon par Karim Benessaïeh (17 février 2009) dans La Presse, « Le Québec champion des recours collectifs au Canada », en ligne : La Presse <<http://www.lapresse.ca/actualites/quebec-canada/national/200902/17/01-828055-le-quebec-champion-des-recours-collectifs-au-canada.php>> [Entrevue d'Yves Lauzon par Karim Benessaïeh, La Presse]

modifications apportées au Cpc¹⁴¹⁵, dont l'objectif était de simplifier ce type de procédure, a facilité les autorisations, ce qui a entraîné le dépôt d'un grand nombre de demandes mal formulées. En plus, pendant cette période, les juges éprouvaient des difficultés pratiques en raison du grand nombre d'autorisations octroyées dans les premières années suivant la modification de la loi¹⁴¹⁶.

En 2004, Nicole Duval Hesler affirmait que

[s]elon les décisions rendues dans cette juridiction au cours de la dernière année, il n'est pas impossible qu'il existe un mouvement récent de resserrement des normes d'autorisation au Québec, mais il est trop tôt pour pouvoir affirmer quoi que ce soit à ce sujet. Si toutefois ce mouvement continuait de se manifester, il s'agirait là d'un véritable retour vers l'arrière, puisqu'au départ, les tribunaux québécois ont envisagé le recours collectif comme un recours d'exception, vision d'origine qui s'est transformée au fil des ans au point où la Cour d'appel en est venue à affirmer que le recours collectif est un "véhicule procédural comme il y en a plusieurs autres", disponible dès que les conditions d'exercice se rencontrent¹⁴¹⁷.

La question de la redéfinition du groupe par les tribunaux illustre bien la tendance jurisprudentielle récente à laquelle Duval Hesler fait référence. Cette redéfinition par la Cour est prévue par l'article 1022 du Cpc, ce qui a permis un grand nombre d'autorisations. Dans le cas *Lavigueur*¹⁴¹⁸, étant donné que le requérant ne présentait

¹⁴¹⁵LQ 2002, c 7, art 150. La réforme avait surtout comme but de réduire le temps et les coûts du recours collectif, en visant spécifiquement la phase d'autorisation. La constitutionnalité de ces modifications a cependant été contestée, sur la base de la *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c C-12 : *Pharmascience inc v Option consommateurs and Piro*, 2005 QCCA 437. La Cour d'appel a considéré que le régime modifié de l'article 1002 Cpc ne viole pas l'article 23 de la Charte québécoise parce que la modification apportée permet la contestation du défendeur au stade préliminaire de l'autorisation. D'ailleurs, pendant cette phase, le nouveau régime empêche de soutenir une défense de fond, en laissant inchangées et applicables toutes les règles du procès civil dès la formation de l'action, et ce, jusqu'au jugement final. L'article 1002 du Cpc connut une nouvelle rédaction : la contestation à la requête d'autorisation est devenu orale et le témoignage du requérant n'est plus exigible. Après une période de débat au sein de la doctrine et de la jurisprudence, la partie finale de l'article, « le juge peut permettre la présentation d'une preuve appropriée » a été comprise comme désignant le raisonnement du juge en ce qui concerne le « *fumus bonni iuris* ».

¹⁴¹⁶Entrevue d'Yves Lauzon par Karim Benessaïeh, *La Presse*, *supra* note 1414. Pierre-Claude Lafond nous informe que de 2005 à 2006, le nombre total de requêtes est tombé de 85 à 66. Lafond, *Le rôle du juge*, *supra* note 1409 à la p 102.

¹⁴¹⁷Hesler, «Un parcours complexe», *supra* note 1401 à la p 394.

¹⁴¹⁸*Lavigueur c Commission scolaire Marie-Victorin*, EYB 2006-113352 (CS).

pas une définition objective du groupe, la Cour l'a modifiée, afin de pouvoir concéder une autorisation¹⁴¹⁹. En effet, la modification de la définition du groupe par le tribunal, visant à remplir les conditions établies par l'article 1003, constituait une conduite assez fréquente des tribunaux.

Dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres c. Dutton*¹⁴²⁰, la juge Lachlin a souligné la nécessité de fournir une description adéquate du groupe. Peu de temps après cette décision dans l'affaire *Hollick c. Toronto (Ville de)*¹⁴²¹, la même juge a raffiné l'interprétation du terme groupe en y ajoutant un critère objectif relatif à la délimitation du groupe ainsi qu'au lien rationnel unissant ses membres. Ces critères établis par la jurisprudence en matière de définition du groupe sont aujourd'hui respectés par les tribunaux¹⁴²², par exemple par la Cour d'appel de Québec (*Paquin c. Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*¹⁴²³, *Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c Agence métropolitaine de transport*¹⁴²⁴ et *George c Québec (Procureur général)*¹⁴²⁵).

Depuis ces trois décisions émises en 2007, la tendance est dorénavant de restreindre cette discrétion judiciaire à la modification du groupe, ce qui se traduit par un grand nombre de refus d'autorisations en recours collectifs. Par exemple dans le cas *Lallier c Volkswagen Canada inc.*¹⁴²⁶, la Cour d'appel expliqua que pendant longtemps, la jurisprudence comprenait que la discrétion judiciaire lui permettait dans la phase d'autorisation, de modifier le groupe tel que proposé par le requérant. Selon la Cour,

¹⁴¹⁹Voir aussi *Billette c Groupe Dumoulin Électronique inc*, REJB 2003-471510 (CS); *Beck c Sony du Canada ltée*, EYB 2005-91050 (CS), *Diamond c Bell Mobilité inc (Bell Mobilité Cellulaire inc)*, EYB 2006-103840.

¹⁴²⁰*Western Canadian Shopping Centers Inc. c Dutton*, [2001] 2 RCS 534.

¹⁴²¹*Hollick c Toronto (Ville de)*, [2001] 3 RCS 158.

¹⁴²²L'article 1003 du Cpc ne contient pas de telle prévision.

¹⁴²³*Paquin c Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique*, EYB 2005-97828 (CA).

¹⁴²⁴*Voisins du train de banlieue de Blainville inc c Agence métropolitaine de transport*, EYB 2007-115050 (CA).

¹⁴²⁵*George c Québec (Procureur général)*, EYB 2006-109753 (CA).

¹⁴²⁶*Lallier c Volkswagen Canada inc*, EYB 2007-121289 (CA).

ce raisonnement a eu l'effet pervers d'encourager les requérants à adopter des définitions amples parce qu'ils comptaient sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge pour redéfinir le groupe. Le risque de refus de l'autorisation était ignoré. Dans cet arrêt, la Cour conclut que plus le juge s'éloigne de la définition du groupe proposée par le requérant, plus il est facile d'opter pour une redéfinition complète du groupe, plutôt que d'en rejeter l'autorisation. Dans l'arrêt *Piérard c Montréal (Ville de)*¹⁴²⁷, l'autorisation fut rejetée parce que la définition du groupe était trop générique, ce qui faisait échouer la démonstration des fondements juridiques de la plainte. Dans la décision *Citoyens pour une qualité de vie / Citizens for a quality of life c Aéroports de Montréal*¹⁴²⁸, la Cour d'appel a confirmé que le tribunal peut se prononcer contre la redéfinition du groupe et, par conséquent, ne pas autoriser le recours collectif sous prétexte que les critères énoncés dans l'article 1003 (a) ne seraient pas satisfaits. En conclusion, la Cour soutient que c'est au requérant de définir le groupe, sauf quand le tribunal considère que la redéfinition convient.

Toutefois, une décision récente, *Option consommateurs c Infineon Technologies AG et al.*¹⁴²⁹ pourrait entraîner des conséquences importantes dans le domaine du recours collectif. En octobre 2004, une autorisation de requête pour l'exercice d'un recours collectif, fondée sur la *Loi sur la concurrence*¹⁴³⁰, a été demandée par l'organisation Option consommateurs pour le compte de personnes qui auraient subi un préjudice, pendant la période du 1^{er} juillet 1999 au 15 juin 2002, à la suite d'allégations concernant l'existence d'un complot visant à fixer les prix de mémoires vives dynamiques (DRAM) chez certains fabricants de ce produit (Infineon, Samsung,

¹⁴²⁷ *Piérard c Montréal (Ville de)*, EYB 2007-122228 (CS).

¹⁴²⁸ *Citoyens pour une qualité de vie / Citizens for a quality of life c Aéroports de Montréal*, CA Montréal, 500-09-015260-052, le 26 septembre 2007.

¹⁴²⁹ *Option Consommateurs c Infineon Technologies ag*, 2011 QCCA 2116 [*Option Consommateurs c Infineon Technologies*]. Allant dans le sens contraire, voir *MacMillan c Abbott Laboratories*, 2012 QCCA 1684.

¹⁴³⁰ *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, ch C-34.

Hynix et Micron). En novembre 2011, la Cour d'appel de Québec a autorisé le recours collectif, reconnaissant la compétence des tribunaux québécois à entendre ce recours puisque les membres du groupe auraient subi un dommage au Québec. Comme cette affaire tire son origine d'une reconnaissance de culpabilité enregistrée aux États-Unis par les intimés, des fabricants de DRAM ayant avoué avoir participé à un complot aux États-Unis et en Europe visant à fixer les prix du produit, la Cour remarque dans sa décision que les documents du Département de Justice des États-Unis et des tribunaux américains mentionnent un complot à l'échelle internationale. Une telle mention serait suffisante pour justifier la compétence des tribunaux québécois.

Cette décision récente semble indiquer une nouvelle tendance vers l'assouplissement de l'autorisation des recours collectifs par les tribunaux du Québec. La libéralisation en la matière est une tendance qui apparaît émerger au Canada depuis tout récemment¹⁴³¹. Le 1^{er} décembre 2011, la Cour suprême du Canada a autorisé l'appel de décisions rendues par la Cour d'appel de Colombie-Britannique. Cette instance provinciale avait refusé l'autorisation de recours collectifs concernant des manquements aux lois antitrusts dans les affaires *Sun-Rype Products Ltd v Archer Daniels Midland Company*¹⁴³² et *Pro-Sys Consultants Ltd v Microsoft Corporation*¹⁴³³, ce qui semble dévoiler une certaine intention d'assurer aux acheteurs et aux consommateurs indirects le droit à un recours en matière de préjudice anticoncurrentiel. Ainsi, pour la première fois en 20 ans, la Cour accepte de recevoir

¹⁴³¹*Irving Paper Ltd v Atofina Chemicals Inc*, [2009] OJ No 4021 (Ont S CJ); *Pro-Sys Consultants Ltd v Infineon Technologies AG* (2009), 98 BCLR (4th) 272 (CA). À la suite de la décision *Option Consommateurs c Infineon Technologies*, supra note 1429, la Cour d'appel de Québec a autorisé l'exercice du recours collectif dans deux décisions importantes : *Option Consommateurs c British Airways, plc* 2012 QCCS 1670 et *Gaumont c Corporation Shoppers Drug Mart*, 2012 QCCS 1078. La première décision a été rendue le 12 décembre 2012 et la deuxième a été rendue le 9 mars 2012. La Cour d'appel a accepté un recours collectif déposé au nom de détenteurs de la carte de fidélité Optimum des pharmacies Pharmaprix le 9 mars 2012.

¹⁴³²*Sun-Rype Products Ltd v Archer Daniels Midland Company*, 2011 BCCA 187.

¹⁴³³*Pro-Sys Consultants Ltd v Microsoft Corporation*, 2011 BCCA 186.

un appel interjeté concernant une action privée en matière de mise en œuvre des dispositions antitrusts¹⁴³⁴.

Le Fonds d'aide au recours collectif

L'existence d'un organisme dont le mandat consiste à financer l'exercice du recours collectif représente une particularité du Québec. La règle générale selon laquelle la partie déclarée fautive doit couvrir les dépenses s'applique à la procédure, à moins que le tribunal n'en décide autrement¹⁴³⁵. La représentation par avocat étant obligatoire¹⁴³⁶, les membres du groupe n'ont aucune responsabilité à l'égard de la procédure, ce qui englobe la répartition de frais de justice. Autrement dit, un membre qui n'est pas un représentant ou un intervenant ne peut être appelé à payer les dépenses d'un recours collectif¹⁴³⁷. D'autre part, ce dernier implique divers types de coûts indirects élevés (coûts d'opportunité, coûts de l'information et coûts émotionnels), on dit qu'il requiert « un engagement extraordinaire de la part de celui qui s'est porté volontaire pour représenter les intérêts des autres »¹⁴³⁸. En cas de défaite, il incombera au représentant de payer les frais de justice ainsi que les honoraires judiciaires et extrajudiciaires de son avocat et ceux de l'avocat de la partie

¹⁴³⁴Voir Christopher Naudie et Geoffrey Grove, « Recours collectif au titre des lois antitrust : la Cour suprême du Canada a autorisé un appel en vue d'envisager la mise en œuvre de la règle Illinois Brick au Canada » Osler, 15 mai 2012, en ligne : < <http://www.osler.com/newsresources/details.aspx?id=4011&langtype=3084>>.

¹⁴³⁵CPC, *supra* note 1154, art 477 et 1051.

¹⁴³⁶*Ibid*, art 1049.

¹⁴³⁷*Ibid*, art 1006(f).

¹⁴³⁸Union des consommateurs, *Consommateurs et accès à la justice: un guichet unique pour les consommateurs Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada*, Québec, 2011, en ligne : Union des consommateurs <http://uniondesconsommateurs.ca/docu/protec_conso/TribunalConsommation.pdf> à la p 27 [Union, *Consommateur et accès*].

adverse¹⁴³⁹. À la fin de la procédure, il ne recevra jamais plus que le montant initial de sa réclamation. Ainsi, comme il assume tous les risques de la poursuite en défendant les droits du groupe personnellement, il lui sera plus avantageux d'entamer une poursuite individuelle¹⁴⁴⁰.

Ainsi, si l'immunité de responsabilité accordée aux membres privilégie la pratique du recours collectif, la question de la responsabilité démesurée du représentant constitue quant à elle une difficulté pratique majeure. La complexité de la demande collective implique inévitablement des coûts extraordinaires, notamment en ce qui concerne la publication des avis de la requête et du jugement, la sténographie et éventuellement les expertises. Donc, comme les coûts intrinsèques à la mise en œuvre de cette procédure devant le tribunal dépassent considérablement le montant de la demande individuelle de chaque membre du groupe, la création du Fonds d'aide au recours collectif s'avère essentielle pour favoriser ce type de recours. Ce système innovateur d'aide judiciaire, rattaché exclusivement à l'exercice du recours collectif, a été institué par le Titre II de la *Loi sur le recours collectif*.

Selon l'article 7, le Fonds a pour objet de garantir le financement des recours collectifs et de diffuser des informations à l'égard de l'exercice de cette procédure. Ainsi, le but ultime du législateur était d'assurer un meilleur accès à la justice, en comblant les lacunes nées du poids économique imposé au représentant du groupe, c'est-à-dire le requérant du recours collectif.

La demande au Fonds doit être faite par écrit et contenir l'état de la situation financière du demandeur et des autres membres, le fondement du droit, les faits

¹⁴³⁹Dans l'*Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, 2^e sess, 39^e lég, Qc, 2011, l'art 595 prévoyait une compensation au représentant pour les efforts particuliers consacrés à l'exercice du recours collectif. Il s'agissait d'une indemnité pour le paiement de ses frais et déboursements de même qu'un montant pour le paiement des frais de justice et des honoraires de son avocat, le tout payable à même le montant du recouvrement collectif ou avant le paiement des réclamations individuelles.

¹⁴⁴⁰Lafond, *Le recours collectif*, *supra* note 41 à la p 485.

essentiels qui déterminent l'exercice de ce droit, la description du groupe, tout comme le montant réclamé, les fins pour lesquelles le demandeur entend utiliser ce montant et les autres revenus ou services dont il peut disposer¹⁴⁴¹. Si le demandeur de l'aide détient déjà le statut de représentant, le Fonds évalue seulement le besoin économique permettant d'exercer ou de poursuivre le recours. Étant donné que dans cette situation, le tribunal a déjà fourni l'autorisation d'exercer la demande, les questions à l'égard du sérieux du recours sont écartées. Le Fonds ne tient compte que de la situation financière du représentant, des revenus déclarés, de la situation financière de membres connus et de l'utilisation d'éventuels autres services. Si le demandant n'a pas encore acquis la qualité de représentant auprès de la Cour, celle-ci analysera l'apparence du droit et les probabilités d'exercice du recours, en plus des conditions financières¹⁴⁴². Lafond formule de vives critiques devant ces exigences, surtout en ce qui a trait à l'apparence de droit, se demandant pourquoi cette condition doit être répétée. La Cour vérifie aussi la même exigence, lorsqu'elle se penche sur la recevabilité du recours collectif. L'auteur affirme que « [c]ette dichotomie demeure ténue et critiquable »¹⁴⁴³.

La demande de financement peut concerner le paiement des honoraires du procureur, des honoraires des experts ou d'autres frais judiciaires, y compris les frais d'avis, de déplacement, de la recherche de témoins ou résultant des preuves¹⁴⁴⁴. Cependant, rien ne prévoit une révision d'une réévaluation des fonds versés. La décision est rendue

¹⁴⁴¹ *Loi sur le recours collectif*, supra note 1367, art 20, 21.

¹⁴⁴² *Ibid*, art 23(1)

¹⁴⁴³ Lafond, *Le recours collectif*, supra note 41 à la p 380.

¹⁴⁴⁴ Les recours collectifs *Conseil québécois sur le tabac et la santé et Jean-Yves Blais c JTI-Macdonald Corp., Imperial Tobacco Limited et Rothmans, Benson & Hedges Inc*, 500-06-000076-980 et *Cecilia Létourneau c Imperial Tobacco Limited, Rothmans, Benson & Hedges Inc et JTI-Macdonald Corp*, NO : 500-06-000070-983 dont les valeurs sont de 27 milliards \$ CA sont considérés « *the largest civil lawsuit in the country's history* ». Reuters Canada, « C\$27 billion suit vs Big Tobacco starts in Montreal », 24 août 2012, en ligne : Reuters Canada <<http://ca.reuters.com/article/domesticNews/idCABRE82C04H20120313>>. En 2010, le Fonds d'aide au recours collectif a versé un montant de 314 760 \$ pour ces deux dossiers. Québec, Fonds d'aide au recours collectif, *Rapport annuel 2009-2010* à la p 18 [Fonds d'aide au recours collectif, *Rapport*].

dans le mois suivant la réception de la demande et doit toujours être écrite. Devant l'impossibilité des membres du Fonds de se réunir en temps opportun et le risque du droit de se perdre ou de ne pas pouvoir être exercé, un administrateur du Fonds peut accorder une aide temporaire¹⁴⁴⁵. Le Fonds peut refuser la requête, fournir une aide totale ou partielle, ou encore différer l'étude d'une partie de la demande¹⁴⁴⁶. La possibilité de diminuer le montant accordé est prévue dans la Loi¹⁴⁴⁷.

En cas de refus de se voir attribuer de l'aide financière, le demandeur a un droit d'appel devant le Tribunal administratif du Québec dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la décision¹⁴⁴⁸. Celle accordant l'aide financière n'est pas passible d'appel. L'aide financière est attribuée au bénéficiaire ou à son procureur au moyen d'une entente, dont les conditions lient le Fonds et le bénéficiaire. Certains éléments doivent y figurer : le montant accordé, son mode d'utilisation et ses fins, les normes sur le paiement d'avance le cas échéant, les normes sur le paiement des comptes, les rapports à présenter par le bénéficiaire, les cas de suspension ou de diminution de l'aide et les modalités de remboursement de l'aide le cas échéant¹⁴⁴⁹. Selon le Rapport annuel 2009-2010¹⁴⁵⁰, 73 demandes d'aide ont été évaluées par les administrateurs du Fonds pendant cette période, dont la grande majorité a été accueillie favorablement : 71 ont été acceptées et seulement 2 ont été refusées¹⁴⁵¹. De 1994 à 2009, 88, 4% des demandes d'aide ont été acceptées et 9,8%, refusées¹⁴⁵².

Le Fonds met à la disposition du justiciable un service téléphonique pour fournir des informations sur les recours collectifs. Lorsqu'un justiciable a besoin de savoir s'il existe déjà un recours collectif et, le cas échéant, connaître le bureau d'avocats

¹⁴⁴⁵ *Loi sur le recours collectif*, *supra* note 1367, art 26.

¹⁴⁴⁶ *Ibid*, art 23(4).

¹⁴⁴⁷ *Ibid*, art 25(f).

¹⁴⁴⁸ *Ibid*, art 35. Jusqu'à 1998, les appels de décisions du Fonds se faisaient devant la Cour du Québec.

¹⁴⁴⁹ *Ibid*, art 25.

¹⁴⁵⁰ Voir le site <<http://www.farc.justice.gouv.qc.ca/doc/RapportAnnuel2009-2010.pdf>>.

¹⁴⁵¹ Fonds d'aide au recours collectif, *Rapport*, *supra* note 1444 aux pp 6 et 12.

¹⁴⁵² *Ibid* à la page 14.

responsable du recours, l'organisme lui fournit les informations nécessaires¹⁴⁵³. De plus, l'Association du barreau canadien a créé une base de données électroniques sur les recours collectifs¹⁴⁵⁴. Cependant, comme le processus de compilation n'est pas obligatoire, il n'existe aucune façon d'assurer que tous les recours collectifs y figurent, « [b]ien que la quasi-totalité des nouveaux recours collectifs y seront désormais répertoriés »¹⁴⁵⁵. Il s'agit d'une initiative inédite datant de 2007. Deux ans plus tard, la Cour supérieure instaurait un registre provincial de recours collectifs¹⁴⁵⁶.

Compte tenu de la durée moyenne d'un recours collectif et de la nature même de l'aide accordée par l'organisme, il était indispensable d'assurer à ce dernier une autonomie lui permettant de s'engager avec le bénéficiaire pour l'année suivante¹⁴⁵⁷. En plus de son budget attribué par le gouvernement, le Fonds prélève un pourcentage sur les montants résultant d'un recouvrement collectif à la suite d'un recours, peu importe qu'il ait ou non contribué à son financement¹⁴⁵⁸. Dans le cas d'un recouvrement collectif dont un pourcentage sur le reliquat¹⁴⁵⁹ est prélevé par le Fonds, ce montant est déterminé par le *Règlement sur le pourcentage prélevé par le*

¹⁴⁵³Information obtenue lors d'un entretien téléphonique avec l'organisme en date du 27 août 2012, au numéro 514-393-2087.

¹⁴⁵⁴Association du barreau canadien, « Base de données canadienne sur les recours collectifs » (27 août 2012), en ligne : Canadian Bar Association <<http://www.cba.org/recourscollectifs/main/gate/index/>>.

¹⁴⁵⁵Union des consommateurs, « Le recours collectif: un instrument de défense des consommateurs » (27 août 2012), en ligne : Union des consommateurs <<http://uniondesconsommateurs.ca/nos-actions/recours-collectifs/le-recours-collectif-un-instrument-de-defense-des-consommateurs-2/>>.

¹⁴⁵⁶Cour supérieure du Québec, « Consultation du registre des recours collectifs » (27 août 2012), en ligne : Cour supérieure du Québec <<http://services.justice.gouv.qc.ca/dgsj/trc/DemandeRecours/DemandeRecoursRecherche.aspx>>.

¹⁴⁵⁷À titre d'illustration, les engagements du Fonds relatifs à l'aide aux deux recours collectifs concernant le tabac (*Conseil Québécois sur le tabac et la santé et Jean-Yves Blais c JTI-Macdonald Corp., Imperial Tobacco Limited et Rothmans, Benson & Hedges Inc* NO : 500-06-000076-980 et *Cecilia Létourneau c Imperial Tobacco Limited, Rothmans, Benson & Hedges Inc et JTI-Macdonald Corp.*, NO : 500-06-000070-983) étaient de 5 194 \$. Fonds d'aide au recours collectif, *Rapport, supra* note 1444 à la p 18.

¹⁴⁵⁸*Loi sur le recours collectif, supra* note 1367, art 42. Concernant le droit de l'organisme de prélever un pourcentage des recours collectifs au financement desquels il n'a pas participé, Lafond affirme qu'il « nous semble prendre l'apparence d'un impôt judiciaire déguisé ». Lafond, *Le recours collectif, supra* note 41 à la p 501.

¹⁴⁵⁹Sur le thème, voir CPC, *supra* note 1155, art 1033 et 1034.

*Fonds d'aide aux recours collectifs*¹⁴⁶⁰. Le remboursement du Fonds par le bénéficiaire est prévu jusqu'à concurrence d'un tiers des sommes reçues à titre d'honoraires, des dépenses ou des frais¹⁴⁶¹. Les avances reçues et non dépensées doivent également être remboursées. En outre, la loi prévoit le remboursement des avances reçues dans le cas de recours couronnés de succès.

¹⁴⁶⁰ *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux recours collectifs*, ch R-2.1, r 2.

¹⁴⁶¹ *Loi sur le recours collectif*, *supra* note 1367, art 30.

Section 4. La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs des consommateurs au Brésil

D'abord, précisons que la nomenclature utilisée par le système juridique brésilien se réfère au « droit collectif » plutôt qu'à l'« intérêt collectif ».

Le droit procédural brésilien établit un système de protection juridictionnelle des droits collectifs.

Leur caractéristique la plus importante est d'appartenir à un groupe dont les membres sont liés entre eux. Ce lien peut être juridique ou seulement factuel. Ainsi, seront des droits collectifs les droits partagés par toutes les victimes d'un produit nocif mis sur le marché, ou encore, ceux partagés par toutes les personnes assujetties aux effets pervers d'un certain agent polluant dispersé dans l'atmosphère. En s'inspirant de la doctrine italienne des années 1970¹⁴⁶², le droit procédural brésilien a intégré un système de protection juridictionnelle des droits collectifs (incluant les droits diffus).

La *Loi sur l'action civile publique* de 1985 prévoit deux types de droits collectifs : les droits diffus et les droits collectifs. Le CDC ajoute une troisième catégorie : les droits individuels homogènes.

L'intention de ces nouveaux instruments est aussi d'éviter une prolifération d'actions judiciaires similaires, fondées sur la même situation juridique ou de fait. L'amendement constitutionnel numéro 45 adopté en 2004 (EC 45/2004) a établi l'effet obligatoire des arrêts de la Cour Suprême fédérale¹⁴⁶³.

¹⁴⁶²Grinover et al, *Código comentado*, supra note 585 à la p 792. Les travaux menés sur le thème des intérêts collectifs, à l'occasion du congrès de Paiva en 1974 eurent d'importantes répercussions sur la communauté juridique au Brésil.

¹⁴⁶³L'amendement constitutionnel numéro 45 adopté en 2004 (EC 45/2004) a apporté d'importantes modifications au système judiciaire brésilien, surtout à la Cour suprême fédérale (*Supremo Tribunal Federal - STF*). Certaines compétences de la Cour suprême ont été transférées à la Cour supérieure

La facilitation de la protection des droits collectifs s'est révélée un instrument efficace d'amélioration de l'accès à la justice, car la recherche individuelle se traduisait par des difficultés énormes pour le requérant. Au Brésil, le pouvoir judiciaire stimule la pratique de l'action collective pour la défense du consommateur : la Cour suprême fédérale a stipulé qu'« autant que possible, considérant le droit existant, on doit encourager la tenue de macro-procès afin d'éviter la prolifération des causes issues de l'action individuelle » [notre traduction].¹⁴⁶⁴.

À partir de l'entrée en vigueur du CDC en 1990, l'expression « action collective » a pris le pas sur celle d'« action civile publique ». En réalité, ces deux dernières sont des actions judiciaires dont le but commun est la protection et la réparation des droits collectifs au sens large. Les deux corpus législatifs prévoyant ce type de recours, la *Loi sur l'action civile publique* et le CDC, sont complètement intégrés. Selon Leonardo Roscoe Bessa¹⁴⁶⁵, vu le caractère complémentaire des deux normes, il n'existe pas de conflits entre les deux lois. C'est ainsi que, pour renforcer cette complémentarité, l'article 117 du CDC a ajouté l'article 21 à la *Loi sur l'action civile*

fédérale. L'intention était de faire du STF une cour constitutionnelle et d'essayer de résoudre la crise du pouvoir judiciaire. Cette crise était évoquée surtout en raison de la lenteur des procès, provoquée par le manque de technologies modernes, les carences sur le plan de la préparation des fonctionnaires ainsi que le manque de revenus. En fait, il s'agit d'une restriction d'accès aux tribunaux supérieurs à cause, entre autres facteurs, de nouvelles exigences d'admissibilité pour le recours extraordinaire. La création des *Juizados Especiais* constitue une autre innovation de l'amendement constitutionnel 45/2004. Ces organismes juridictionnels sont compétents pour résoudre des questions de nature civile de complexité mineure et des infractions pénales moins graves. Les procédures civiles y sont plus informelles et les appels sont entendus dans les cours inférieures (avec des juges de première ligne). Le Conseil national de justice (articles 103-A et 103-B) a été créé dans le but de contrôler le pouvoir judiciaire et le ministère public. Toutefois, plusieurs actions directes d'inconstitutionnalité ont été proposées en rapport avec ce Conseil. Soulignons par exemple l'action entamée le 9 décembre 2004 par l'Association des magistrats brésiliens questionnant la création du Conseil National de Justice (STF, ADI 3.367, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 17.3.2006). Aussi, l'action proposée le 14 mars 2005 par la Confédération nationale des travailleurs des établissements de l'éducation et de la culture questionne le besoin d'un « accord commun » pour une action collective du travail (STF, sub judge, ADI 3.432/DF, rel. Min. Cezar Peluso)

¹⁴⁶⁴ STF, RE 441.318, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/10/2005, DJU 24/2/2006.

¹⁴⁶⁵ Benjamim, Marques et Bessa, *Manual*, supra note 562 à la p 385.

*publique*¹⁴⁶⁶, qui se lit comme suit: « S'appliquent à la protection des droits et des intérêts diffus, collectifs et individuels, le cas échéant, les dispositifs du Titre III de la loi qui a institué le Code de protection du consommateur » [notre traduction].¹⁴⁶⁷.

Par conséquent, le CDC n'a pas abrogé la *Loi sur l'action civile publique*¹⁴⁶⁸.

L'entrée en vigueur du CDC a permis, de manière plus précise et systématique, d'utiliser l'outil procuré par la *Loi sur l'action civile publique* en vue de mettre en œuvre l'un des droits reconnus par cette Loi, à savoir le droit de la protection du consommateur.

Le CDC reconnaît le droit d'agir en prévention aux associations de consommateurs, au ministère public, à l'Union, aux États de la Fédération et aux municipalités, ainsi qu'aux organismes publics responsables de la protection du consommateur. L'article 82 du CDC désigne les titulaires de l'action collective *lato sensu* (ou de l'action civile publique). Sont ainsi

simultanément légitimés : I – le Ministère public; II – l'Union, les États, les municipalités et le district fédéral; III – les organismes et les institutions de l'administration publique, directe ou indirecte, même sans personnalité morale, dès qu'il s'agit d'un organisme spécifiquement destiné à la défense des intérêts et des droits protégés par ce Code; IV – les associations qui ont été légalement constituées depuis plus d'un an et qui assurent la défense des intérêts et des droits protégés par ce Code comme un de leurs buts institutionnels et ont renoncé à l'autorisation de l'assemblée. Paragraphe 1 – L'exigence de constitution peut être dispensée par le juge dans les actions prévues à l'article 91 et suivants lorsqu'il s'agit d'intérêt social manifeste ayant été mis en évidence pour la dimension ou pour la caractéristique du dommage ou encore par la pertinence du bien juridique à être protégé [notre traduction].

¹⁴⁶⁶Loi 7.347 de 1985, *supra* note 11.

¹⁴⁶⁷CDC, *supra* note 13, art 117. « *Acrescente-se à Lei nº. 7.347 de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: ' Art 21 aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título II da Lei que institui o Código de Defesa do consumidor' ».*

¹⁴⁶⁸La Loi 7.347 de 1985, *supra* note 11, comporte une importante innovation : l'enquête civile donnant au ministère public la possibilité de promouvoir les investigations précédentes, antérieures à l'action judiciaire.

Le but du législateur a clairement été d'élargir le nombre d'entités habilitées à représenter les intérêts collectifs des consommateurs devant les tribunaux.

C'est au ministère public que revient généralement la responsabilité de la protection des droits collectifs dans la sphère judiciaire¹⁴⁶⁹. L'article 129 de la Constitution de 1988 établit que « [l]es fonctions institutionnelles du ministère public sont de: [...] III- promouvoir l'enquête civile et l'action civile publique, pour la protection du patrimoine public et social, de l'environnement et des autres intérêts diffus et collectifs » [notre traduction]. L'attribution constitutionnelle de défense des droits collectifs *lato sensu* au ministère public signifie la reconnaissance du statut constitutionnel de ces droits¹⁴⁷⁰. Il faut remarquer également que la Constitution de 1988 n'a pas limité les droits collectifs en fonction du sujet protégé.

La seule restriction imposée par la loi brésilienne se réfère à la représentation collective des droits des consommateurs par l'individu. Le consommateur, en tant que personne physique, ne peut entamer qu'une action individuelle.

Dans le système brésilien, le critère différenciant l'action de cessation de l'action de réparation est inexistant. Tous les organismes mentionnés ci-dessus ont indistinctement le pouvoir d'entamer les deux catégories d'actions. Dans une étude récente, Christopher Hodges relève cependant qu'au sein de la « *leading jurisdiction* » d'Amérique latine, le Brésil, l'acteur principal des recours collectifs reste le ministère public plutôt que les associations de consommateurs privées¹⁴⁷¹.

Plutôt qu'opposés, ces modes de représentation sont vus comme complémentaires. Les actions en prévention y côtoient celles en réparation. De même, la qualité à agir

¹⁴⁶⁹Voir le CDC, *supra* note 13, art 82.

¹⁴⁷⁰Les articles 5(XXXII) et 8(III) de la Constitution de 1988, *supra* note 12, prévoient la possibilité pour les syndicats et les associations de protéger les intérêts de leurs collectivités respectives.

¹⁴⁷¹Hodges, « A New Framework », *supra* note 1362 à la p 4.

est reconnue tant à l'organisme public ayant la protection du consommateur dans ses compétences qu'aux organisations de consommateurs non gouvernementales.

Ainsi, le droit brésilien reconnaît trois types différents de représentation des droits collectifs : (§1) la protection des droits diffus, (§2) la protection des droits collectifs et (§3) la protection des droits individuels homogènes. La protection de ces trois catégories dans une seule action est possible (§4).

§ 1. La protection des droits diffus

Dans le premier cas, les droits diffus sont prévus à l'article 81, paragraphe unique (I), du CDC :

[I]a protection des intérêts et des droits des consommateurs et des victimes pourra être exercée de façon individuelle ou collective. Paragraphe unique – La protection collective sera exercée en cas de : I. intérêts ou droits diffus, entendus pour les besoins de ce Code comme étant des intérêts ou droits méta-individuels, de nature indivisible et dont les titulaires sont des personnes indéterminées et liées par des circonstances factuelles¹⁴⁷² [notre traduction].

Les titulaires d'un droit diffus sont liés entre eux par une relation factuelle. En guise d'illustration, prenons l'exemple des consommateurs exposés à la commercialisation d'un produit contaminé, qui disposent d'un droit diffus de voir cesser cette vente incriminée. Le lien entre les titulaires du droit diffus provient d'une relation factuelle, à savoir le simple fait d'être exposés à la commercialisation du produit contaminé. Si l'absence d'une relation juridique commune entre les consommateurs rend impossible la détermination des sujets, une relation factuelle existe néanmoins, certaines

¹⁴⁷²CDC, supra note 13, art. 81: « *A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato* ».

circonstances de fait liant les titulaires entre eux. Ainsi, ces droits collectifs sont indivisibles et des personnes indéterminées en sont les titulaires.

Dans le cas d'une décision favorable, l'autorité de la chose jugée s'étendra *erga omnes*, de sorte que la décision rendue au terme de la procédure judiciaire puisse bénéficier à tous les consommateurs

CDC, art. 103. Dans les actions collectives dont traite le Code, l'autorité du jugement de la chose jugée a un statut: I – *erga omnes*, excepté si la demande est jugée non recevable pour cause d'insuffisance de preuves dans lequel cas toute entité légitime pourra intenter une autre action, sur les mêmes fondements, en se basant sur une nouvelle preuve dans le cas du premier alinéa du paragraphe unique de l'article 81¹⁴⁷³ [notre traduction].

Le rejet de la demande pour insuffisance de preuve n'empêche donc pas qu'une deuxième action collective soit intentée, à partir des mêmes fondements, par n'importe quel titulaire ayant le droit d'agir¹⁴⁷⁴.

§ 2. La protection des droits collectifs

La représentation pour la protection des droits collectifs est prévue à l'article 81(II) du CDC. L'expression adoptée par le législateur « droits collectifs » est équivoque, car elle couvre aussi les deux autres catégories (droits diffus et droits individuels homogènes). La doctrine brésilienne préfère les désigner comme étant des droits collectifs au sens strict.

¹⁴⁷³CDC, *supra* note 13, art. 103: « *Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81* ».

¹⁴⁷⁴TJRJ, Ap. Cível 1998.001.11406, rel. Des. Walter D'Agostino, j. 30.3.1999; TRF da 2 Região, Ap. cível 99.2.25996-0/RJ, rel. Juiz Valmir Pecanha, DJU 17.2.2000.

Les droits collectifs au sens strict sont indivisibles et se rapportent aux personnes identifiées ou identifiables liées entre elles ou avec la partie adverse par une relation juridique. Les droits collectifs sont protégés de manière indivisible.

Prenons l'exemple d'une entreprise téléphonique qui laisse tous ses usagers sans service durant cinq jours, environ 100 000 consommateurs auront souffert de cette interruption. Une action collective entamée par le ministère public contre le fournisseur protégera alors un droit collectif. Les titulaires du droit violé sont identifiés et il y a une relation juridique de base commune à tous les consommateurs, issue du contrat de prestation de service téléphonique. Une situation semblable pourrait arriver avec un produit d'alimentation falsifié ou détérioré mis sur le marché.

Pour ce qui est des décisions favorables dans le cadre d'actions collectives de protection de droit collectif au sens strict, la chose jugée s'étend *ultra partes*¹⁴⁷⁵. La décision judiciaire correspondante doit profiter à tous les consommateurs ayant un lien contractuel avec le fournisseur, c'est-à-dire tous ceux faisant partie de la catégorie ou de la classe des personnes liées par la relation juridique commune¹⁴⁷⁶.

§ 3. La protection des droits individuels homogènes

Les droits individuels homogènes sont prévus à l'article 81(III) du CDC comme étant ceux qui présentent une origine commune de nature factuelle malgré l'existence d'une relation juridique. Ils sont divisibles et ont comme titulaires des personnes

¹⁴⁷⁵CDC, *supra* note 13, art. 103 (II). « *ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81* ». « *ultra partes, mais limité au groupe, catégorie ou classe, sauf dans le cas où il ne serait pas justifié pour cause d'insuffisance de preuves, selon les termes de l'alinéa précédent, quand il s'agit du cas prévu dans l'alinéa II du paragraphe unique de l'article 81.* » [notre traduction]. L'art 81 paragraphe unique (II) réfère au droit collectif au sens strict.

¹⁴⁷⁶STJ, AgRg dans le Ag 601.827, rel. min. Nancy Andrichi, j. 21.10.2004, DJ 22.11.2004.

identifiées ou identifiables. Ils diffèrent des droits diffus en raison de leur sujet (identifié ou identifiable) et de leur objet (divisible). Par exemple, les victimes des accidents provoqués par un défaut de fabrication d'une automobile. Dans ce cas, les acquéreurs potentiels des voitures sont non identifiables (droit diffus), mais les victimes des accidents sont identifiées (droit individuel homogène). Chaque victime peut entamer une action individuelle d'indemnisation et le juge les évaluera différemment, car l'intérêt est divisible.

La protection des droits individuels homogènes concerne un seul fait : l'origine commune qui engendre plusieurs demandes d'indemnisation¹⁴⁷⁷. Ainsi, le procès comporte deux phases. La phase initiale est constituée de la légitimation collective, où la demande constitue la reconnaissance, et de la déclaration de l'obligation d'indemniser. La deuxième phase a pour objectif de déterminer les bénéficiaires de l'exécution de la créance. Donc, la décision de l'action civile publique ayant comme objet les droits individuels homogènes est générale et se limite à reconnaître la responsabilité pour les dommages causés, conformément à ce qui est prévu par l'article 95 du CDC¹⁴⁷⁸. Ensuite, les consommateurs ayant subi la lésion (ou leurs héritiers) devront démontrer la recevabilité de leur recours individuel pour pouvoir procéder à la liquidation de la sentence. Ils devront alors démontrer le dommage subi ainsi que le montant réclamé¹⁴⁷⁹, tel que prévu par l'article 97 du CDC.

¹⁴⁷⁷ Les droits individuels homogènes furent introduits dans le système normatif brésilien plus tard, par le CDC en 1990, étant le dernier type de protection collective reconnu par le législateur.

¹⁴⁷⁸ CDC, *supra* note 13, art 95 : « Dans le cas d'une décision favorable, la condamnation sera générale en fixant la responsabilité de l'accusé pour les dommages causés. » [notre traduction]. *STJ, REsp. 253.589/SP, 4 T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 18.3.2002*

¹⁴⁷⁹ *Ibid*, art 97: « A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82 ». « La liquidation et l'exécution de la sentence pourront être entamées par la victime et ses successeurs aussi bien que par les légitimés, tel que prévu à l'article 82 » [notre traduction].

§ 4. La protection des différents types de droits collectifs dans une seule action

Il existait une controverse au sein de la doctrine à propos de la protection des différents droits collectifs dans une même action collective, en raison de l'interprétation littérale de l'article 3 de la *Loi sur l'action civile publique*¹⁴⁸⁰, lequel stipule que « [l]'action civile peut avoir comme objet la condamnation à un paiement en espèces ou l'accomplissement de l'obligation de faire ou de non faire »¹⁴⁸¹ [notre traduction].

La jurisprudence a tranché la question par diverses décisions. L'arrêt considéré comme le *leading case*¹⁴⁸² sur le sujet est le *REsp 105.215, rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira*, de juin 1997, dans lequel la Cour suprême avance que :

I – [l]e ministère public est partie légitime pour entamer une action collective de protection du consommateur dans une accumulation de demandes, en visant: a) la nullité d'une clause contractuelle établissant des profits mensuels; b) l'indemnisation des consommateurs qui ont signé des contrats contenant cette clause; c) l'obligation de ne pas insérer cette clause dans les contrats futurs. II – Comme il l'a déjà été signalé antérieurement, dans la société contemporaine qui est notamment massifiée, le procès civil est fortement lié aux principes constitutionnels et constitue un instrument permettant l'efficacité de ces principes. En matière de procès civil, le ministère public représente un organisme pertinent doté d'un sens extraordinaire de la valeur de protection de la citoyenneté. III – Les droits diffus et collectifs se caractérisent comme étant des droits méta-individuels de nature indivisible. Les premiers concernent des personnes indéterminées qui sont liées par des circonstances factuelles; les seconds se réfèrent à un groupe de personnes liées entre elles ou avec la partie adverse dans une relation contractuelle. IV – Les droits individuels homogènes sont ceux ayant la même provenance par rapport aux faits à l'origine de ces droits. Cette origine identique recommande la protection de tous ces droits simultanément¹⁴⁸³ [notre traduction].

¹⁴⁸⁰ *Loi 7.347 de 1985, supra note 11.*

¹⁴⁸¹ *Ibid*, art. 3: « *A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer* ».

¹⁴⁸² Voir Benjamim, Marques et Bessa, *Manual, supra note 562* à la p 391.

¹⁴⁸³ « *O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade da cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inserir nos contratos futuros referida cláusula. II. Como já assinalado anteriormente (REsp 34.155), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e*

Cette possibilité du cumul des demandes s'appuie sur l'application de la prévision de l'article 83 du CDC, qui stipule que

pour la défense des droits et des intérêts protégés par ce Code, sont admissibles tous types d'actions susceptibles d'atteindre leur protection adéquate et effective. C'est le principe de la loi effective, selon lequel le moyen d'atteindre le résultat prévu par la loi doit être cherché¹⁴⁸⁴ [notre traduction].

Dans l'exemple ci-dessus de victimes d'accidents provoqués par un défaut de fabrication d'une automobile, comme il existe une origine commune à toutes ces violations (le défaut de fabrication) et comme les véhicules étaient viciés par ce même défaut au moment de leur acquisition par les titulaires, l'action collective sera aussi possible.

Or, au Brésil, le système de représentation des droits collectifs des consommateurs devant les tribunaux est très largement ouvert en raison de la mixité des recours possibles dans une même procédure – cessation et réparation –, de la possibilité d'obtenir réparation du préjudice causé tant à des intérêts individuels homogènes de consommateurs qu'à leur intérêt collectif perçu comme étant un intérêt distinct de l'intérêt général, ainsi que de la faculté offerte à un demandeur – consommateur individuel, groupe de consommateurs, ministère public, organisme public chargé de

sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. III. Direitos (ou interesses) difusos ou coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, através de uma única relação jurídica. IV. Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo ».

¹⁴⁸⁴CDC, *supra* note 13, art 83: « Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela ».

la protection du consommateur (*Procons*) ou organisation de consommateurs - de se joindre à l'action intentée par un autre demandeur potentiel¹⁴⁸⁵.

Selon le système juridique brésilien, une même situation préjudicielle peut donc mener à vouloir défendre à la fois les droits diffus, les droits collectifs au sens strict et le droits individuels homogènes des consommateurs touchés par le comportement répréhensible d'une entreprise. Le meilleur exemple de cumul de demandes dans une action collective est celui d'un contrat d'adhésion contenant des clauses abusives¹⁴⁸⁶. Au-delà de la déclaration de nullité de la clause contractuelle (droit collectif en sens strict), il existe également une demande de prohibition de l'insertion d'une même clause dans les contrats futurs (droit diffus) ainsi qu'une demande d'indemnisation des consommateurs lésés en raison de l'application de cette clause abusive (droit individuel homogène).

Le Fonds de protection des droits diffus

Le Fonds de protection des droits diffus a été instauré en 1985 en vertu de la Loi sur l'action civile publique. Son article 13 prévoit que les amendes infligées dans le cadre de condamnations en responsabilité pour dommages moraux ou patrimoniaux causés aux intérêts diffus et collectifs servent à mettre en œuvre un fonds, géré par un conseil fédéral ou par des conseils d'État dont le ministère public et les représentants de la communauté sont membres. Ce fonds, de portée fédérale et lié au ministère de la Justice¹⁴⁸⁷, a comme objectif d'assurer la réparation des préjudices. Toute

¹⁴⁸⁵CDC, *supra* note 13, art 51. Augmentation des frais scolaires: action civile publique pour empêcher le recouvrement anticipé. *STJ, REsp. 138.583/SC, 3^a T, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU, le 13 octobre 1998, à la p 89. Contra: AC 169.496-1/0, 3^a Cam. Civ., Rel. Des. José Malerbi, le 8 septembre 1992.*

¹⁴⁸⁶*REsp 547.780, rel. Min. Castro Meira, j. 02.02.2006, DJU 20.02.2006.*

¹⁴⁸⁷Le Fonds de protection des droits diffus est réglementé par le *Décret n. 1306 de 9 novembre 1994.*

indemnisation résultant d'une condamnation est déposée dans ce fonds, puis transférée à l'organisme responsable en vue de la réparation des préjudices.

Le Fonds de protection des droits diffus est constitué des revenus découlant de l'ensemble des actions en protection des intérêts collectifs et diffus ainsi que des revenus tirés de sources extra-judiciaires. Il s'agit par exemple des sommes versées dans le cadre d'amendes imposées à la suite du non-respect d'une décision judiciaire imposant une obligation d'indemnisation, de violations des normes assurant l'ordre économique, ou encore d'infractions commises sur le marché des valeurs mobilières par des investisseurs. Parmi les sources extra-judiciaires de financement, on trouve principalement les sommes découlant d'amendes imposées dans le cadre de procédures administratives (par les *Procons* par exemple) à des fournisseurs ayant commis des infractions. Le fonds couvre toutes les sphères concernées par les intérêts collectifs ou diffus, et donc pas exclusivement les intérêts collectifs des consommateurs. En particulier, le droit de l'environnement y fait une contribution importante.

En plus du fonds fédéral, il existe des fonds de protection des droits du consommateur à l'échelon des États ou des municipalités¹⁴⁸⁸. Ainsi, lorsqu'un opérateur économique commet une infraction de portée fédérale et que le *Procon* lui impose une amende, celle-ci est versée au fonds fédéral. En revanche, si le *Procon* inflige une amende à un opérateur ayant commis une infraction dont la portée reste confinée à l'intérieur de l'État, ces dividendes seront alors déposés dans le Fonds d'État ou de la municipalité.

Les sommes destinées au Fonds de protection des droits diffus sont clairement identifiées et déposées dans un compte spécifique de la Banque du Brésil S.A., située

¹⁴⁸⁸Remarquons toutefois que toutes les municipalités ne disposent pas d'un tel fonds. À titre d'exemple, citons une municipalité possédant un tel fonds le « *Fundo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor* », mis sur pied par la ville de Rio de Janeiro.

à Brasília. Les sommes provenant d'amendes ou de condamnations judiciaires sont identifiées en fonction de la nature de l'infraction ou du préjudice causé. Ces revenus servent à réparer les préjudices subis et à administrer le conseil gestionnaire du fonds. Il est donc nécessaire que la réparation ait une relation directe avec la nature de l'infraction commise ou avec le préjudice. S'il est impossible de réparer le préjudice, par exemple dans le cas d'une violation au droit diffus, les ressources serviront à la promotion d'activités éducatives ou scientifiques. Tous les organismes gouvernementaux et non gouvernementaux dont les objectifs visent la protection d'intérêts en matière d'environnement, de consommation, de conservation des produits ou des droits de valeur artistique, historique et touristique, ou de protection de l'ordre économique sont susceptibles de financer leurs activités grâce au Fonds de protection de droits diffus.

CHAPITRE 3 : AUTRES MESURES VISANT À FACILITER L'ACCÈS À LA JUSTICE

Parmi les moyens de faciliter l'accès des consommateurs à la justice et d'ainsi renforcer l'effectivité de la LPC et du Code brésilien du consommateur, le recours, au Québec comme au Brésil, aux deux mesures suivantes mérite tout particulièrement d'être comparé : l'aide juridique au consommateur (section 1) et l'inversion de la charge de la preuve (section 2).

Section 1. L'aide juridique au consommateur

§ 1. L'aide juridique au Québec

Au Québec, l'aide juridique a vu le jour en 1972¹⁴⁸⁹. Depuis 1951, un service bénévole d'assistance judiciaire était fourni par le Barreau du Québec et par ses avocats. En 1956, le Bureau d'assistance judiciaire a été créé par le Barreau. Toutefois, le programme ne couvrait pas tous les actes de la procédure et se limitait à certains actes de la défense. Le régime d'aide juridique est venu remplacer le Service d'assistance judiciaire mis en place par le Barreau¹⁴⁹⁰.

Le système d'aide juridique au Canada se présente sous deux modèles distincts. Le premier, notamment adopté par le Nouveau-Brunswick, l'Ontario et l'Alberta, constitue le système d'assistance judiciaire appelé « *judicare* », dont les services sont rendus par des avocats qui travaillent en cabinet privé et rémunérés par un tarif fixe. Le deuxième modèle consiste à offrir les services d'avocats salariés par l'État. Les provinces de l'Île-du-Prince-Édouard, de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan ont opté pour ce choix¹⁴⁹¹.

Le système d'aide juridique du Québec conjugue les deux modèles. Les avocats autonomes qui acceptent des dossiers d'aide juridique, sont rémunérés au forfait à l'acte, indépendamment de la longueur du dossier. Ce montant est établi par

¹⁴⁸⁹Lacoursière, « Le consommateur et l'accès », *supra* note 1211 à la p 100, l'auteur souligne que l'aide juridique a été introduite au Canada en 1967.

¹⁴⁹⁰Lafond, *Le recours collectif*, *supra* note 41 à la p 134. En effet, en 1971, le ministère de la Justice et le barreau du Québec signent deux conventions par lesquelles le Barreau concédait aux défavorisés une assistance judiciaire gratuite, en matière civile, et les mêmes services en matière criminelle et pénale. Voir Monique Jarry, *Une petite histoire de l'aide juridique*, Commission des services juridiques, 2005.

¹⁴⁹¹Les États-Unis ont adopté ce système d'aide juridique, connu comme *salaried staff attorneys*.

règlement¹⁴⁹². L'avocat salarié par l'État, quant à lui, est affilié à un centre d'aide juridique.

Cette dernière institution n'est offerte qu'aux personnes économiquement défavorisées, qui ne pourraient pas autrement accéder à une assistance ou à une représentation juridique. Elle vise donc à offrir un soutien juridique aux personnes admissibles, c'est-à-dire, à celles dont les revenus sont inférieurs aux barèmes d'admissibilité établis par la loi¹⁴⁹³. Le montant de la réclamation n'importe pas, ce qui assure théoriquement à cet instrument un caractère universel¹⁴⁹⁴.

L'attribut d'universalité est cependant compromis par deux restrictions : les barèmes légaux d'admissibilité et les domaines pour lesquels l'aide juridique est autorisée.

La première restriction exclut la majorité de la population, le programme n'étant destiné qu'aux justiciables «véritablement, complètement démunis»¹⁴⁹⁵. Au Québec, malgré l'augmentation des seuils d'admissibilité en 2007, ils demeurent encore très bas¹⁴⁹⁶. En effet, le revenu annuel maximal pour qu'une personne seule soit éligible est de 13 573 \$, celui d'une famille composée d'un couple et de deux enfants est de 22 256 \$¹⁴⁹⁷. Le système d'aide juridique québécois prévoit aussi un volet contributif, dont les seuils d'admissibilité sont plus élevés, mais ce volet implique une

¹⁴⁹²Règlement ratifiant l'entente entre le ministre de la Justice et le barreau du Québec intervenue le 4 avril 2008 sur les conditions d'exercice, la procédure de règlement des différends et le tarif des honoraires des avocats dans le cadre du régime d'aide juridique, c A-14, r 6.

¹⁴⁹³Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques, LRQ, c A-14 [Loi sur l'aide juridique] et Règlement sur l'aide juridique, c A-14, r 2.

¹⁴⁹⁴Lafond, *Le recours collectif*, supra note 41 à la p 135.

¹⁴⁹⁵Union, *Consommateur et accès*, supra note 1438 à la p 20.

¹⁴⁹⁶Lacoursière, « Le consommateur et l'accès », supra note 1211 à la p 100.

¹⁴⁹⁷Québec, Commission des services juridiques, « L'aide uridique : un réseau au service des gens » (2 août 2012), en ligne : <http://www.csj.qcca/SiteComm/W2007Francais/Main_Fr_v3.asp>. Pour une étude comparative entre les barèmes d'admissibilité du programme en Ontario et en Colombie-Britannique, voir Ontario, Legal Aid Ontario, « Am I eligible for legal aid? » (2 aout 2012), en ligne : <<http://www.legalaid.on.ca/fr/getting/eligibility.asp>> et Colombie-Britannique, Legal Services Society, « Do I qualify for legal representation? » (2 août 2012), en ligne : <http://www.lss.bcca/legal_aid/doIQualifyRepresentation.php>.

contribution financière pouvant varier entre 100 \$ et 800 \$, selon la situation personnelle du bénéficiaire.

L'aide juridique couvre les matières civile et pénale. Le refus de demande d'aide juridique est prévu lorsque la réclamation a manifestement très peu de chances d'aboutir. Le programme exclut les réclamations en argent¹⁴⁹⁸. Le recours en consommation impliquant presque toujours une somme d'argent, la conception dominante du droit de la consommation au Québec, fait que même le consommateur le plus démuné n'obtient pas l'aide juridique.

Le gouvernement provincial organise et finance le régime d'aide juridique. La Loi prévoit la mise en place de la Commission des services juridiques du Québec¹⁴⁹⁹ dont la mission est de veiller à l'application de cette Loi notamment concernant l'admissibilité aux services, le développement des centres régionaux d'aide juridique et la formation juridique¹⁵⁰⁰. La Commission a institué 11 centres juridiques régionaux, responsables de fournir l'aide juridique à la population¹⁵⁰¹. Le régime est caractérisé par sa décentralisation, les services offerts par les différents centres étant adaptés aux besoins de leur région. Selon un rapport rédigé par l'Union des consommateurs, la décentralisation constitue « la force du système québécois », cet attribut étant aussi reconnu en 1991 par le rapport Macdonald sur l'accessibilité à la justice¹⁵⁰².

¹⁴⁹⁸ Lacoursière, « Le consommateur et l'accès », *supra* note 1211 à la p 101 et Lafond, *Le recours collectif*, *supra* note 41 à la p 139.

¹⁴⁹⁹ *Loi sur l'aide juridique*, *supra* note 1493, art 11.

¹⁵⁰⁰ *Ibid*, art 22.

¹⁵⁰¹ *Ibid*, art 29.

¹⁵⁰² Union des consommateurs, *L'accès à la justice : comment y parvenir ?*, rapport de recherche, juillet 2004, en ligne : Union des consommateurs <http://uniondesconsommateurs.ca/docu/protec_conso/acces_justice.pdf > à la p 20.

L'aide juridique constitue donc une mesure essentielle d'accès au système judiciaire¹⁵⁰³, en dépit de ses limites. Les seuils d'admissibilité sont justifiés par les coûts du financement d'un tel programme universel et leur poids sur les coffres publics, surtout dans un contexte de réduction du rôle de l'État.

À ce propos, Pierre-Claude Lafond soutient qu'«il faudra un jour se rendre à l'évidence que la justice et l'accès à la justice ont des coûts»¹⁵⁰⁴. Concernant les choix faits par les législateurs au sujet des matières admissibles pour les services d'aide juridique, Kent Roach et L. Sossin affirment que :

*Provincial legal aid budgets are devoted primarily to funding criminal defense representation for indigent clients, as a matter of constitutional duty. It is highly unlikely that government would ever be able or willing to commit to funding all citizens without adequate means so that they have effective legal representation in the civil justice system*¹⁵⁰⁵.

En matière civile, on a essayé de reconnaître le droit à l'aide juridique comme un droit fondamental¹⁵⁰⁶. Ainsi, le Barreau canadien a tenté de lui donner le statut de droit constitutionnel¹⁵⁰⁷. Cependant, la Cour suprême de Colombie-Britannique a rejeté cette demande pour son manque de fondements¹⁵⁰⁸. La Cour suprême du Canada est du même avis¹⁵⁰⁹.

¹⁵⁰³Sur le sujet, voir Cappelletti et Garth, « Access to Justice », *supra* note 1222 et Roderick A Macdonald, « Access to Justice in 2003 – Scope, Scale, Ambitions » dans Julia Bass, W A Bogart et Frederick H Zemans, dir, *Access to Justice for a New Century: The Way Forward*, Toronto, Law Society of Upper Canada / Irwin Law, 2005, 19 [Macdonald, « Access to Justice in 2003 »].

¹⁵⁰⁴Union des Consommateurs, « Consommateurs et accès à la justice », *supra* note 1438 à la p 89.

¹⁵⁰⁵Kent Roach et Lorne Sossin, « Access to justice and beyond » (2010) 60:2 *University of Toronto Law Journal* 373 à la p 388 [Roach et Sossin, « Access to justice »].

¹⁵⁰⁶À l'instar du régime instauré au Brésil dans la Constitution de 1988, *supra* note 12, art 5(LXXIV).

¹⁵⁰⁷Voir Canadian Bar Association, *Making the case: The Right to Publicly-Funded Legal Representation in Canada*, Report, Ottawa, 2002.

¹⁵⁰⁸*Canadian Bar Association v. British Columbia*, 2006 BCSC 1342. À propos de la décision, Lorne Sossin affirme : « issues such as the constitutional right to legal aid ought to be raised by public interest groups and why judicial discretion in applying public interest standing should facilitate such litigation ». Lorne Sossin, « The Justice of Access: Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid? » (2007) 40 *UBCL Rev* 727 à la p 727. Pour la reconnaissance

Devant les seuils d'admissibilité très restreints du programme d'aide juridique¹⁵¹⁰, l'assurance-frais juridiques constitue un instrument complémentaire pour faciliter l'accès à la justice au Québec. Selon ce programme d'aide, certains assureurs proposent un service de protection juridique, en couvrant les risques légaux d'incidents inattendus dus aux services juridiques en général comme le paiement de frais d'avocats et de frais judiciaires. Comme il s'agit avant tout d'un régime d'assurances, celle concernant les frais juridiques a pour objectif, par définition, de répartir le risque sur l'ensemble des cotisants. Les ménages de la classe moyenne sont écartés de l'aide juridique et c'est donc au moyen d'une assurance privée qu'ils parviennent à accéder à la justice.

L'assurance-frais juridiques couvre les frais découlant de recours devant les tribunaux et autres démarches préventives. Elle peut être offerte par un assureur ou elle peut être établie dans une convention collective. L'assuré acquiert une couverture moyennant le paiement d'une prime contre les risques légaux d'événements imprévus. Les assurances juridiques sont donc offertes individuellement ou sur une base collective. Lafond remarque que l'assurance juridique, au-delà de représenter un moyen de faciliter l'accès à la justice, possède une dimension préventive¹⁵¹¹.

du droit à l'aide juridique comme étant un droit fondamental dans une affaire de droit de la famille concernant la garde d'enfants, voir *New-Brunswick (Minister of Health and Community Services) v G (J)*, [1999] 3 SCR 46.

¹⁵⁰⁹*Christie v British Columbia*, [2007] 1 SCR 873; *Little Sisters v Canada*, [2007] 1 SCR 38. Pour plus de détails sur le thème, voir Roach et Sossin, « Access to justice », *supra* note 1505.

¹⁵¹⁰Marc Lacoursière, « Le consommateur et l'accès à la justice », (2008) 49:1 Cahiers de droit 97 à la p 102. Lafond, *Le recours collectif*, *supra* note 41 à la p 143. Lafond partage la même opinion, en affirmant que « cette formule agit comme mode de financement privé pour rendre les services juridiques accessibles aux justiciables à revenu moyen ».

¹⁵¹¹Lafond, *ibid* à la p 144.

§ 2. L'aide juridique au Brésil

Dans le chapitre intitulé « Des fonctions essentielles de la justice », la Constitution brésilienne prévoit l'aide juridique à l'article 134¹⁵¹². Au Brésil, il s'agit d'un système d'assistance judiciaire constitué de fonctionnaires ayant accédé par concours public à la fonction d'avocats salariés de l'État. Ces avocats, nommés « *defensores públicos* » ont le rôle de protéger et de représenter les intérêts de la personne n'ayant pas les moyens de payer les frais d'un avocat sans mettre en jeu sa subsistance et les besoins essentiels de sa famille. Le paramètre utilisé n'est pas nécessairement le revenu, mais l'impossibilité de payer les frais judiciaires. Une personne morale dont les ressources sont insuffisantes est également admissible à l'aide juridique, notamment la micro-entreprise, l'organisation sans but lucratif et l'association communautaire, moyennant la preuve auprès du « *defensor* » de l'insuffisance de leurs ressources.

L'admissibilité matérielle de l'aide juridique au Brésil est très large. Elle peut être obtenue en droit de la famille, en droit civil, en droit criminel, en droit de l'enfance et de la jeunesse, en droit de la consommation, en droit carcéral et dans plusieurs autres domaines du droit. L'assistance juridique intégrale et gratuite est énoncée comme un droit fondamental par la Constitution : « Art.5 LXXIV. L'État fournira une assistance juridique intégrale et gratuite à tous ceux qui prouvent l'insuffisance de leurs moyens »¹⁵¹³ [notre traduction].

¹⁵¹²Constitution de 1988, *supra* note 12, art 134 : « *A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV* ». « L'aide juridique (*Defensoria pública*) est une institution essentielle à la fonction juridictionnelle de l'État, chargée d'orienter en matière juridique et de favoriser, à tous les niveaux, la défense de ceux considérés comme en ayant besoin, selon l'article 5(LXXIV) » [notre traduction].

¹⁵¹³*Ibid*, art 5(LXXIV) : « *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos* »

En application de l'article 5(XXXII) de la Constitution de 1988¹⁵¹⁴, l'article 5 du CDC confirme expressément l'offre d'assistance juridique, complète et gratuite au consommateur défavorisé¹⁵¹⁵ et l'article 6 prévoit que l'accès aux instances judiciaires et administratives constitue un droit fondamental du consommateur.

Au Brésil, l'aide juridique a pour fonction non seulement d'éduquer et de renseigner le consommateur « défavorisé », mais aussi d'encourager la solution extrajudiciaire des conflits grâce à la médiation, la conciliation et l'arbitrage devant les instances administratives et judiciaires¹⁵¹⁶.

Le consommateur jouissant de l'aide juridique (« *defensoria pública* ») est considéré comme étant doublement vulnérable : la vulnérabilité qui fonde la prémisse de base de la notion de consommateur, et un deuxième type de vulnérabilité, celui de son état de nécessiteux, raison pour laquelle il est considéré comme étant « hypo-suffisant ».

Jusqu'en 2007, la possibilité pour le service d'aide juridique d'entamer une action collective restait très controversée. La *Loi 11.448/2007*¹⁵¹⁷ a clos le débat en reconnaissant la légitimité de l'aide juridique pour représenter les intérêts collectifs

¹⁵¹⁴*Ibid*, art 5(XXXII): « *O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor* ». « L'État favorisera, selon la loi, la défense du consommateur » [notre traduction].

¹⁵¹⁵CDC, *supra* note 13, art 5: « *Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente* » « Pour la mise en œuvre de la politique nationale des relations de consommation, les pouvoirs publics compteront sur les instruments suivants, entre autres : I. le maintien de l'assistance juridique, complète et gratuite pour le consommateur défavorisé. » [notre traduction].

¹⁵¹⁶*Loi 80* de 12 janvier 1994 qui organise l'aide juridique.

¹⁵¹⁷*Loi 11.448* de 5 janvier 2007. À partir de l'entrée en vigueur de la *Loi 11.448*, l'art. 5 de la *Loi sur l'action civile publique*, *supra* note 11, a été modifié, pour reconnaître l'aide juridique comme étant une institution légitimée à entamer une action collective. Cependant, le 16 août 2007, l'Association nationale du ministère public a entamé une action directe d'inconstitutionnalité, soutenant que cette loi n'est pas constitutionnelle. La décision à cet effet n'a toujours pas été rendue (il s'agit de l'ADIN 3.943). En 2010, la Cour de justice de l'État de Rio Grande do Sul a considéré l'aide juridique comme étant une partie légitimée à intenter une action civile publique, ignorant ce recours intenté par le ministère public. Dans cet arrêt, le juge Carlos Roberto Lofego Canibal affirme que « l'institution du ministère public n'a pas agi quand elle aurait dû le faire et elle essaie de faire taire celui qui a en effet agi » [notre traduction]. *TJRGS, Agravo de instrumento n. 70034602201, 1 Câ. Civ., rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, DJU 19.05.2010.*

du consommateur hypo-suffisant et pour entamer des actions civiles publiques. Cette évolution est le résultat d'initiatives prises par la *Defensoria pública* de l'État de Rio de Janeiro¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁸Remarquons que la première aide juridique à fonctionner au Brésil fut celle de Rio de Janeiro, qui date de 1897. À cette époque, la ville de Rio de Janeiro était la capitale fédérale. D'ailleurs, la première mention officielle de la « *Defensoria pública* » se trouve dans la constitution de l'État de Rio de Janeiro, adoptée en 1975. Voir Paulo César Santos Bezerra, *Acesso à Justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito*, Rio de Janeiro, São Paulo. Renovar, 2001.

Section 2. L'inversion de la charge de la preuve

Dans une étude minutieuse, Roderick Macdonald détermine six « facteurs d'exclusion », rendant la justice inaccessible ou mettant des barrières à travers du chemin du citoyen pour l'accès à la justice¹⁵¹⁹. Le renversement du fardeau de la preuve y est reconnu comme une stratégie d'inclusion « qui vise directement les inaccessibilités vécues par les consommateurs »¹⁵²⁰. En Europe, une étude comparative récente portant sur l'accès à la justice dans les 27 États membres de l'Union européenne ainsi que dans les pays membres de l'Espace économique européen et de l'Association européenne de libre-échange (Islande, Liechtenstein, Norvège) confirme l'importance de l'administration de la preuve devant les tribunaux, y voyant « un facteur clé » dans l'application effective du principe d'égalité des citoyens¹⁵²¹.

En droit de la consommation, la question est des plus pertinentes en raison de l'inégalité caractérisant le contrat ou la relation de consommation. Bien souvent, le consommateur n'a pas accès aux éléments de preuve qui lui permettraient de démontrer la véracité de ses allégations. Ainsi en est-il assurément de la preuve de la défectuosité technique d'un produit, du caractère incomplet de l'information fournie au consommateur, du caractère mensonger ou confus d'un message publicitaire, de

¹⁵¹⁹ Macdonald, *Jalons*, supra note 876.

¹⁵²⁰ Macdonald, « Une marque maison? » supra note 1375 à la p 15.

¹⁵²¹ Milieu Ltd., *Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law, Synthesis Report*, présenté à DG Justice of the European Commission, février 2011, en ligne : <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf> à la p 5. « *The key factor setting apart discrimination cases from others is the reversed burden of proof. However, practical implementation of the requirement is problematic: discriminatory conduct is seldom formulated on paper or expressed orally in front of witnesses and may be disguised as other behaviour; despite the requirement to shift the burden of proof in anti-discrimination legislation, civil procedural laws do not expressly provide for this; lack of awareness among judges and other members of the legal profession in relation to the requirement and the means of its application inhibit the implementation of the shift in practice* ». La question a été mise en avant par plusieurs études antérieures : Cappelletti et Garth, « Acces to Justice », supra note 1222 et Thierry Bourgoignie, Guy Delvax, Françoise Domont-Naert et C. Panier, *L'aide juridique au consommateur*, Bruxelles, Cabay/Bruylant, 1981.

l'agressivité d'une pratique commerciale ou du caractère disproportionné d'une clause contractuelle. Le législateur européen a répondu, mais de manière ponctuelle et limitée, à la problématique de l'administration de la preuve par le consommateur. La directive européenne de 1985 sur la responsabilité du fabricant du fait d'un produit défectueux allège la charge de la preuve par la victime de ce défaut en ne requérant plus la preuve de la négligence du fabricant. Toutefois, cette directive ne va pas jusqu'à introduire une présomption du défaut du produit¹⁵²². En revanche, la directive européenne de 1999 relative à certains aspects de la vente au consommateur et aux garanties associées aux produits de consommation introduit une telle présomption de défaut lorsque celui-ci apparaît dans les six mois suivant la livraison du produit au consommateur¹⁵²³. Une autre directive de 2007 prévoit le renversement de la preuve en matière de paiements électroniques¹⁵²⁴. Enfin, les dispositions européennes relatives à la publicité trompeuse offrent aux États membres la faculté de prévoir que le juge impose à l'annonceur de prouver le caractère non trompeur du message diffusé et non d'exiger du consommateur d'établir la tromperie¹⁵²⁵.

¹⁵²²CE, *Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, [1985] JO L 210 aux pp 29-33. Pour l'article 4 : « La victime est obligée de prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage ».

¹⁵²³Article 5 (1), *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*, [1999] JO L 171 aux pp 12-16 [Directive 1999/44/CEE]

¹⁵²⁴CE, *Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE*, [2007] JO L 319 aux pp 1-36, connue comme « Directive sur les services de paiement (PSD) 2007/64/CE ». Les États membres de l'Union européenne étaient tenus de transposer cette directive dans leur droit national avant le 1^{er} janvier 2012.

¹⁵²⁵Voir l'art 12 (a) de CE, *Directive de 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil*, JO L 149 aux pp 22-39.

§ 1. L'inversion de la charge de la preuve selon la LPC

Au Québec, dans le but de faciliter le recours du consommateur, l'article 253 de la LPC prévoit une présomption de dol contre tout commerçant qui ne se conforme pas aux dispositions sur les pratiques commerciales¹⁵²⁶. La présomption que le consommateur est exploité intervient lorsque celui-ci est incapable d'apprécier la valeur des prestations¹⁵²⁷. Marc Lacoursière précise que, malgré l'absence de pression de la part du commerçant visant à inciter le consommateur à s'engager dans une relation contractuelle, une intervention du juge est possible soit pour annuler le contrat, soit pour réduire les obligations du consommateur¹⁵²⁸. Il s'agit alors de la lésion objective¹⁵²⁹, dont l'objet est une disproportion importante entre les prestations, vérifiée lors de la formation du contrat. L'intervention du juge est donc justifiée par la présomption d'exploitation. Le législateur présume que si le consommateur avait eu connaissance de cet acte d'exploitation, il aurait refusé de s'engager dans la relation contractuelle ou n'aurait pas accepté de payer un prix si élevé. On présume donc que le commerçant a abusé de sa position privilégiée dans la phase précontractuelle de proposition au consommateur.

Cette présomption, prévue par l'article 253 de la LPC, a comme effet d'entraîner le renversement du fardeau de la preuve « de telle sorte que c'est au commerçant d'établir qu'il n'a pas exploité le consommateur et que la prestation exigée était justifiée »¹⁵³⁰. Ainsi, les pratiques commerciales interdites mentionnées dans cette

¹⁵²⁶Brigitte Lefebvre, « La bonne foi dans la formation du contrat » (1992) 37 RD McGill L J 1053 à la p 1066.

¹⁵²⁷*Gareau auto Inc*, supra note 465; *Banque canadienne impériale de commerce c Carbonneau*, [1985] CP 65, EYB 1985-145641.

¹⁵²⁸L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 65.

¹⁵²⁹LPC, supra note 8, art 8, première partie.

¹⁵³⁰L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 65.

disposition¹⁵³¹ sont censées avoir un effet déterminant sur la prise de décision du consommateur. Dans les cas des autres pratiques commerciales déloyales, fausses ou trompeuses, la règle du renversement de la charge de la preuve ne s'applique pas. Le consommateur peut cependant toujours invoquer l'article 9 de la LPC¹⁵³² et prouver que la pratique abusive a eu un effet sur sa volonté¹⁵³³.

Dans l'article 53(3), la LPC prévoit une présomption de connaissance absolue au sujet de défauts cachés d'un produit offert par un commerçant ou un fabricant. On tient pour acquis qu'ils ont la responsabilité de connaître les vices d'un produit, ainsi, ils ne peuvent alléguer leur ignorance du défaut¹⁵³⁴. Il s'agit donc d'une règle générale de garantie. Comme cette norme est également applicable dans les cas fortuits, L'Heureux et Lacoursière soulignent que le traitement offert à ce thème est variable dans le système de droit civil¹⁵³⁵. En effet, la responsabilité pour la perte d'un produit à la suite d'un cas fortuit repose sur l'acheteur, selon le CcQ¹⁵³⁶.

L'interdiction légale de diffuser toute publicité destinée aux enfants âgés de 13 ans ou moins, implique aussi une présomption légale. Une même norme prévaut en raison des difficultés à reconnaître une publicité comme telle, malgré les paramètres établis par l'article 249 de la LPC comme la nature du bien, sa destination, la manière de présenter le message publicitaire ainsi que le moment et l'endroit où il apparaît. Ainsi, le seul prétexte que la publicité est diffusée dans un endroit fréquenté par des

¹⁵³¹Les pratiques sont celles prévues dans les paragraphes (a) et (b) de l'art 220; (a), (b), (c), (d), (e) et (g) de l'art 221; (d), (e) et (f) de l'art 222; (c) de l'art 224; (a) et (b) de l'art 225 et aux arts 227, 228, 229, 237 et 239.

¹⁵³²La norme énonce trois critères pour évaluer la lésion subjective : la condition des parties, les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et les avantages qui résultent du contrat pour le consommateur.

¹⁵³³*Gareau auto Inc*, supra note 465.

¹⁵³⁴*ABB Inc c Domtar Inc*, [2007] 3 RCS 461, 2007 CSC 50, EYB 2007-126361; *Reinharz c Clermon Chevrolet Oldsmobile inc*, 2008 QCCQ 3023 (CQpc); *Lévesque c Bolduc (Garage Normand Bolduc enr)*, 2009 QCCQ 13343 (CQpc) et *Côté c Zagros Development Inc*, JE 2002-2011, 2002 CanLII 28517, REJB 2002-35115 (CQ).

¹⁵³⁵L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, supra note 84 à la p 103.

¹⁵³⁶Voir l'article 1727 du CcQ

personnes ayant 13 ans ou plus n'est pas suffisant pour la considérer comme n'étant pas destinée aux enfants.

Le non-respect des exigences en matière de forme, établies par l'article 271 de la LPC, entraîne l'approbation, par le tribunal, de la demande du consommateur. Cela est possible dans le cas de violation, par un commerçant, des règles de formation prévues dans les articles 25 à 28¹⁵³⁷, ainsi qu'un manquement aux exigences de forme prévue par la LPC ou par le règlement¹⁵³⁸. Le consommateur a donc droit à des dommages-intérêts et à une déclaration de nullité du contrat¹⁵³⁹. Dans un contrat de crédit, la non-conformité d'une modalité de paiement, de calcul, d'une indication des frais de crédit ou du taux du crédit, donne au consommateur le choix de demander l'annulation du contrat ou le maintien de son contrat, mais avec la suppression des frais de crédit et le remboursement de la part déjà payée¹⁵⁴⁰. Ainsi, le législateur présume que les infractions en matière de formalités légales du contrat causent un préjudice au consommateur¹⁵⁴¹.

Cependant, la LPC prévoit explicitement le renversement de la charge de la preuve dans la partie finale de son article 271 : « Le tribunal accueille la demande du consommateur sauf si le commerçant démontre que le consommateur n'a subi aucun préjudice du fait qu'une des règles ou des exigences susmentionnées n'a pas été

¹⁵³⁷ Les articles exigent la clarté et la lisibilité du contrat; le double du document sur support papier, sauf dans le contrat conclu à distance sur support papier; la rédaction du contrat en français, sauf si les parties manifestent une volonté explicite pour la rédaction dans une autre langue; la signature du commerçant et l'envoi du contrat dûment rempli au consommateur afin qu'il en prenne connaissance avant de le signer à son tour; l'apposition de la signature des parties sur la dernière page de chacun des doubles du contrat.

¹⁵³⁸ *Banque de Montréal c Boissonneault*, [1988] RJQ 2622.

¹⁵³⁹ *Nardeau c Banque de Montréal*, EYB 2008-146400 (CQ).

¹⁵⁴⁰ *Raymond et Cohen*, 2010 QCCS 1668.

¹⁵⁴¹ *Gauthier c Perrault*, JE 97-175, EYB 1996-85358 (CQ).

respectée ». Donc, si le commerçant prouve que le consommateur n'a pas été lésé par le défaut de forme, la demande sera refusée¹⁵⁴².

§ 2. L'inversion de la charge de la preuve selon le CDC

Au Brésil, le CDC prévoit deux hypothèses légales d'inversion de la charge de la preuve: l'inversion facultative (A) et l'inversion obligatoire (B).

A. L'inversion facultative de la charge de la preuve

L'article 6(VIII) du CDC traite de la facilitation de la mise en œuvre des droits du consommateur et cite explicitement le renversement de la charge de la preuve comme un moyen susceptible d'y contribuer. Selon le CDC, la preuve n'est plus exclusivement à la charge du demandeur, dès lors que certaines exigences sont satisfaites :

Article 6. Les droits fondamentaux du consommateur sont [...] VIII- la facilitation de protection de ses droits, incluant le renversement de la charge de la preuve en sa faveur dans le procès civil, à la discrétion du juge, quand son allégation semble être vraisemblable ou quand le consommateur est en situation d'« hyposuffisance », selon les règles ordinaires d'expérience¹⁵⁴³ [notre traduction].

Le renversement de la charge de la preuve se voit donc érigé en principe mais il reste facultatif et est laissé à la discrétion du juge, auquel il revient de vérifier si les exigences contenues dans l'article 6 du CDC sont satisfaites. Si tel est le cas, comme dans la situation d'un consommateur illettré (un cas évident de consommateur

¹⁵⁴² *Contat c General Motors du Canada ltée*, EYB 2009-163744, 2009 QCCA 1699.

¹⁵⁴³ CDC, *supra* note 13, art 6: « São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências »

« hypervulnérable »), l'application de la règle du renversement de la charge de la preuve est immédiate, le juge étant tenu de la déclarer d'office. De nombreux cas de jurisprudence brésilienne démontrent que les juges¹⁵⁴⁴ appliquent cette règle de manière généralisée. Cependant, il subsiste de nombreuses situations dans lesquelles la magistrature n'est pas unanime quant à cette règle d'imposition du renversement de la charge de la preuve. À titre d'illustration, une consommatrice s'est vu nier ce droit par une Cour de première instance. Après que la consommatrice ait fait appel, la Cour de deuxième instance (la Cour de « Alçada » civile de l'État de São Paulo) a réitéré la première décision. La consommatrice en question avait loué un coffre-fort particulier de la Banque de l'État de São Paulo, Banespa, afin d'y conserver ses économies en sécurité. Or, les coffres-forts de cette banque ont été volés en 2001. L'action en indemnisation intentée par la consommatrice a été jugée irrecevable parce que les deux cours ont considéré l'impossibilité de prouver que les biens énumérés par la demandeuse se trouvaient effectivement dans le coffre-fort au moment du vol. La consommatrice persévéra et entama des procédures d'appel devant la Cour supérieure de justice. Cette Cour a tranché en faveur de la demanderesse, déclarant de façon unanime que le procès devait retourner devant la Cour de première instance, laquelle devra appliquer la règle de l'inversion de la charge de la preuve¹⁵⁴⁵.

Devant la norme de l'article 6(VIII) du CDC, le pouvoir discrétionnaire du juge est assez large. La juge Cristina Tereza Gáulia, de la Cour de l'État de Rio de Janeiro,

¹⁵⁴⁴STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 237430 SP 2012/0206296-2, Relator Ministro Humberto Martins, p. DJe 19/2/2013; STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 1401074 RS 2011/0074315-7, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, p. DJe 1/3/2012; STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 456846 MT 2002/00, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, p. DJ 25/10/2004; TRF 4, AG 18185 RS 2004.04.01.018185-9, Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, p. DJ 24/08/2005; TJSP, CR 1212044009 SP, Relator Antonio Benedito Ribeiro Pinto, p. 17/02/2009; TJSP, AI 3020868520118260000 SP 0302086-85.2011.8.26.0000, Relator José Marcos Marrone, p. 2/3/2012.

¹⁵⁴⁵STJ, Terceira Turma, REsp 769879, Ministra Relatora Nancy Andrighi.

soutient que dans une relation de consommation, la charge de la preuve incombe *a priori* au fournisseur¹⁵⁴⁶.

Selon l'article 6(VIII), la première hypothèse d'inversion de la charge de la preuve découle d'« une allégation vraisemblable ». Dans un tel cas, il est nécessaire que l'affirmation soit véridique. Dès lors que le juge considère le critère de vraisemblance comme étant satisfait, il n'aura pas à vérifier la deuxième hypothèse. *A contrario*, la plus grande partie de la doctrine estime qu'il ne serait pas raisonnable qu'une fois la version présentée par le consommateur reconnue comme étant absurde, le juge décide d'admettre le renversement de la charge de la preuve en invoquant la deuxième hypothèse prévue par l'article 6.

Par exemple, la Cour supérieure a déterminé qu'il incombe à la compagnie téléphonique de prouver qu'elle a obtenu l'accord de l'utilisateur dans le cadre d'une fourniture de services spéciaux d'appels érotiques puisqu'il ne s'agit pas d'un service ou d'un produit inhérent au contrat de prestation de téléphonie. De plus, un tel service n'est pas d'utilité publique¹⁵⁴⁷. De même, la Cour de l'État de Minas Gerais impose à l'assureur de prouver que son client avait été informé au préalable des restrictions de la couverture de sa police d'assurance¹⁵⁴⁸.

La seconde hypothèse visée par l'article 6 du CDC renvoie à une situation spécifique, qualifiée d'« hypo-suffisance » (traduction de : *hiposuficiente*), que l'on pourrait aussi traduire par « hyper vulnérabilité ».

Ce terme d'hypo-suffisance est un néologisme ayant fait son apparition en droit du travail et sert à désigner une situation de vulnérabilité particulière du demandeur. Or,

¹⁵⁴⁶Cristina Tereza Gáulia, « A Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor » (2002) 40 *Revista de Direito do Consumidor*, 75 à la p. 86.

¹⁵⁴⁷REsp. 265.121/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^a Turma, julgado em 4/4/2002, DJ de 17/6/2002.

¹⁵⁴⁸ApCiv 1.0106.05.017309-0/002, 10^a Câmara Cível, TJMG, rel. Des. Evangelina Castillo Duarte, DJMG 29.06.2007.

on le sait, selon la loi brésilienne, le seul fait d'être consommateur implique une situation de vulnérabilité. La qualité d' « hypo-suffisance » requiert, quant à elle, une vulnérabilité accrue. La jurisprudence brésilienne y donne une connotation économique et se réfère à l'état de nécessité tel que défini par l'article 2, paragraphe unique, de la Loi 1.060 de 1950 (Loi de la justice gratuite):

aux fins légales, on considère comme étant nécessiteuse toute personne dont la situation économique ne lui permet de payer ni les frais du procès ni les honoraires des avocats sans mettre en risque son propre soutien et celui de sa famille¹⁵⁴⁹ [notre traduction].

Pour bien expliquer ce terme d'hypo-suffisance, prenons l'exemple d'un pneu de voiture qui présente un grave défaut de fabrication. À la suite d'un accident, le conducteur propriétaire de la voiture subit des dommages personnels et matériels. La victime de cet accident pourrait tant être le propriétaire d'un véhicule de luxe importé que le propriétaire d'un véhicule très modeste. Quelle que soit la situation sociale ou le niveau d'éducation du consommateur, il reste vulnérable et bénéficie donc des normes générales de protection établies par le CDC. Par contre, en principe, seul le second propriétaire possède, en plus, la qualité d'« hypo suffisance ». Par conséquent, le juge pourrait lui accorder le bénéfice du renversement de la charge de la preuve en se basant sur cet état de vulnérabilité qualifiée. Il incomberait alors au fabricant du véhicule de fournir la preuve que l'accident n'a pas été provoqué par le défaut du pneu¹⁵⁵⁰.

Le fournisseur a toujours droit à un appel concernant la décision du juge sur le renversement de la preuve.

¹⁵⁴⁹ *Lei 1.060 de 5 de fevereiro de 1950* (Loi de la justice gratuite), art. 2: « *Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família* ».

¹⁵⁵⁰ Khouri, *supra* note 568 à la p 157.

B. L'inversion obligatoire de la charge de la preuve

Le CDC prévoit aussi une situation dans laquelle le juge se voit obligé de renverser la charge de la preuve et ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire. Un tel renversement est une inversion *ope legis*, c'est-à-dire indépendant de la volonté du juge¹⁵⁵¹.

Cette situation spécifique concerne deux aspects liés à la publicité : la véracité et la correction du message publicitaire. Selon l'article 37 §1, lorsqu'il est question de véracité en publicité, il s'agit d'assurer que celle-ci ne soit pas trompeuse. La correction concerne la publicité abusive, selon l'article 37 §2¹⁵⁵². En fonction de l'article 38 du CDC, la publicité doit être conforme aux critères de vérité et de correction, ce qui signifie qu'elle ne peut être ni trompeuse, ni abusive.

C'est au fournisseur qu'incombe la charge de prouver que sa publicité n'a été ni abusive ni trompeuse. L'inversion a lieu en raison d'une disposition légale, le juge n'ayant pas besoin de se manifester à ce propos. En ce sens, le juge Aldo Magalhães, de la Cour de justice de l'État de São Paulo, soutient que le renversement de la charge de la preuve prévu par l'article 38 du CDC n'est soumis à aucune discrétion judiciaire¹⁵⁵³. L'argument selon lequel une publicité abusive ou trompeuse est véhiculée de bonne foi n'est aucunement considéré, ne pouvant ainsi dégager le fournisseur de sa responsabilité.

Dans le cas d'une publicité trompeuse, la jurisprudence majoritaire considère que la charge de la preuve n'incombe pas à ceux ayant véhiculé la publicité, mais plutôt aux fournisseurs du produit, qui doivent alors prouver que leur message publicitaire n'est

¹⁵⁵¹ TJSP 9^o Câmara Cível, rel. Des. Aldo Magalhães, Apelação Cível n. 255.461-2-6 São Paulo, j. 6/4/95 dans AASP n. 1911.9, 15/8/95, pag. 222-j. Voir aussi par rapport à la publicité trompeuse l'arrêt STJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Resp n. 49.272-6-RS, DJU 17/10/1994.

¹⁵⁵² Voir la partie I. chapitre 2. section 2, ci-dessus, pour l'analyse de ce thème.

¹⁵⁵³ TJSP, 9^o Câmara Cível, rel. des. Aldo Magalhães, Ap. Cível 255.461-2-6-São Paulo, s, p. 15/8/95.

pas trompeur¹⁵⁵⁴. Dès lors qu'une publicité est reconnue comme étant trompeuse, le fournisseur se doit de diffuser une « contre-publicité » dans les mêmes formes que la publicité originale.

¹⁵⁵⁴STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Resp 604172/SP, j. em 22/06/2004; STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi Resp 327257/SP, j. em 22/06/2004; TJRJ, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Jessé Torres, Apelação 2008.001.10994, j. 12/03/2008. On peut aussi voir une autre position, minoritaire dans la jurisprudence. Par exemple, la Cour de justice de l'État du Rio Grande do Sul a considéré qu'un supermarché partage une responsabilité solidaire avec le fabricant dans le cas de publicités trompeuses parce qu'il bénéficie aussi de la vente du produit. TJRGS, Rel. João Pedro Cavalli Junior. Recurso Cível 71001375740.

Conclusions

Au Québec comme au Brésil, un faisceau de facteurs politiques, sociaux, économiques et juridiques ont mené, ces dernières décennies, à l'émergence et la consolidation d'un ensemble normatif qui se donne pour objet de promouvoir et de protéger les intérêts des consommateurs sur la place économique. L'ensemble ainsi constitué impressionne par son ampleur et la nouveauté des principes auxquels il se réfère dans l'analyse des relations entre les consommateurs et les opérateurs économiques sur les marchés contemporains.

Le droit de la consommation s'est construit au départ de la prise de conscience de l'inégalité qui caractérise la relation entre le consommateur et l'entreprise. Le constat dépasse le seul cadre contractuel. En effet, la vulnérabilité du consommateur n'existe pas seulement au moment de la relation contractuelle. Elle est également réelle avant le contrat, du fait notamment du manque d'informations dont dispose le consommateur, de l'impartialité des messages publicitaires et de l'usage de pratiques commerciales trompeuses ou agressives, et après le contrat, par exemple au regard de la qualité et de la sécurité des produits et services placés sur le marché ou des difficultés d'accéder à la justice. Le droit de la consommation trouve donc sa raison d'être dans le souci qu'il a de promouvoir et de protéger les intérêts de la partie la plus faible dans les relations, contractuelles et extracontractuelles, entre les consommateurs et les entreprises.

Afin d'atteindre cet objectif, le droit de la consommation s'est vu contraint de prendre ses distances par rapport à une logique libérale fondée sur la primauté du droit privé, l'autonomie des volontés et la protection du contractant individuel. Il a bénéficié d'un contexte favorable pour mettre en avant d'autres principes directeurs, davantage susceptibles de lui permettre de faire œuvre de progrès social.

Ces principes ont pour nom : (a) la globalité du droit de la consommation ou sa vocation à couvrir l'ensemble des relations, contractuelles ou non, établies entre un consommateur et un fournisseur ou une entreprise, entendus au sens large; (b) la transversalité du droit de la consommation ou sa résistance à se voir insérer dans l'une ou l'autre des catégories juridiques traditionnelles; (c) la nature d'ordre public de la protection du consommateur, justifiant le caractère impératif de la majorité des dispositions protectrices des intérêts du consommateur, et les dérogations apportées par le droit de la consommation aux principes communs du droit des contrats et des obligations; et (d) la dimension collective des relations de consommation, appelant à la définition d'instruments juridiques aptes à assurer la protection, la représentation et la défense en justice tant des intérêts individuels du consommateur, agissant seul ou en groupe, que de l'intérêt collectif des consommateurs reconnu comme un intérêt spécifique.

Tant au Québec qu'au Brésil, le droit de la consommation s'est construit autour d'objectifs et de principes communs. Les instruments d'intervention auxquels il est fait recours sont voisins. À travers la *Loi sur la protection du consommateur* au Québec et le *Code de protection du consommateur* au Brésil, le droit de la consommation s'est imposé comme une discipline juridique nouvelle et spécifique au sein du système juridique.

Le développement de cette branche du droit dans les deux juridictions démontre que le droit sait s'adapter aux réalités et aux préoccupations qui priment dans son environnement socioéconomique. Dans une approche adaptative du droit, ce phénomène témoigne du fait que le droit est instrumental et qu'il va en s'adaptant.

La vaste réforme législative menée a conduit, dans les deux juridictions étudiées, à l'adoption de normes juridiques nouvelles jugées plus aptes à mettre en œuvre les droits fondamentaux du consommateur.

L'édifice final paraît plus solide au Brésil qu'au Québec. Au Brésil, la doctrine s'entend pour admettre que le droit de la consommation s'est constitué en un véritable micro-système juridique autonome; il n'en est guère ainsi au Québec où le corpus législatif constitué en faveur des consommateurs reste plus limité, manque des principes susceptibles de lui donner cohérence et reste confus dans la relation qu'il entretient avec le Code civil.

L'analyse comparative faite de l'état respectif du droit de la consommation dans les deux juridictions retenues dans le cadre de notre étude nous permet de suggérer les raisons d'une telle différence :

- (a) La constitutionnalisation des droits du consommateur au Brésil, rendant les initiatives prises en faveur des consommateurs pleinement légitimes et difficilement contestables et aidant à la mobilisation de tous les acteurs, dont la société civile, pour assurer le respect des prescrits constitutionnels dans le domaine de la consommation.

L'existence d'un code entièrement dédié à la protection du consommateur, reconnu comme un sujet spécifique et détenteur de droits fondamentaux, implique un surpasement de la conception classique centrée sur le Code civil en tant qu'axe central du système de droit privé. Les valeurs et les normes constitutionnelles s'imposent comme normes fondamentales du droit privé. Un nouveau modèle de droit privé émerge, configuré par l'ordre public constitutionnel et encadré par les droits fondamentaux qui y sont proclamés.

- (b) Le fondement subjectif ou la notion de consommateur vulnérable sur lequel repose le droit brésilien de la consommation : ce fondement reflète la situation du consommateur sur le marché de manière plus réelle et pertinente que le fondement objectif du contrat retenu par le législateur québécois.
- (c) La plus grande autonomie qui caractérise le Code de protection du consommateur au Brésil par rapport au Code civil, faisant du droit de la consommation un micro-système juridique qu'il est plus difficile de distinguer au Québec.
- (d) La prédominance de l'intérêt collectif des consommateurs au Brésil par rapport à un modèle de droit qui reste, au Québec, contractuel et individualiste. Dès l'origine, le droit de la consommation au Brésil s'est inscrit dans un contexte juridique favorable à la prise en compte des intérêts collectifs et l'incitant à s'éloigner du droit commun.
- (e) La définition, dans le Code de protection du consommateur au Brésil, d'un ensemble de principes directeurs, donnant cohérence aux normes du Code et aidant à leur interprétation.
- (f) Par le rassemblement des ses dispositions au sein du Code de protection du consommateur, l'intégration du droit de la consommation est plus forte et réelle au Brésil qu'au Québec. L'étape prochaine dans la consolidation du droit de la consommation au Québec, d'ailleurs mise en avant par une partie importante de la doctrine, consisterait précisément à adopter un code de la consommation proche du Code brésilien de protection du consommateur.

- (g) Le caractère plus complet, large et cohérent du Code de protection du consommateur accroît sa faculté d'adaptation aux facteurs nouveaux de vulnérabilité du consommateur sur des marchés économiques en constante évolution.
- (h) Le processus de révision en cours du cadre normatif défini en faveur du consommateur au Brésil et au Québec témoigne de la volonté plus affirmée du législateur brésilien de réformer les dispositions du droit matériel en vigueur. Le législateur québécois se montre réticent d'entreprendre une réforme en profondeur de la *Loi sur la protection du consommateur*, confirmant ainsi son attachement aux paradigmes classiques du droit civil et du droit des contrats et refusant de donner à la discipline du droit de la consommation une plus grande autonomie.

Comme le souligne pertinemment Bourgoignie, « la meilleure loi au monde, cohérente et actualisée, restera un travail décevant et trompeur si une égale attention n'est pas portée aux conditions de la mise en œuvre effective des dispositions ainsi adoptées »¹⁵⁵⁵.

L'évaluation des mesures mises en place afin de faciliter la mise en œuvre de la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec d'une part et, d'autre part, du Code de protection du consommateur au Brésil constituait l'objet de la seconde partie de notre ouvrage.

Le Québec et le Brésil se sont dotés d'un cadre institutionnel spécifique en charge de la protection du consommateur. Ce cadre inclut des autorités administratives, des

¹⁵⁵⁵Thierry Bourgoignie, « En guise de fil conducteur », dans Bourgoignie, *Propos autour de l'effectivité*, supra note 375, 1 à la p 5.

institutions judiciaires et des associations représentatives de la société civile. Des mesures ont par ailleurs été prises, au Québec comme au Brésil, en vue d'assurer la mise en œuvre effective des droits reconnus aux consommateurs.

L'analyse réalisée dans la présente étude laisse apparaître que, comme pour le cadre normatif mis en place en faveur des consommateurs, le Brésil a réussi à mettre en place un système institutionnel plus complet, coordonné et spécialisé. Les points forts en sont :

- (a) La mise en place d'un système national de protection du consommateur réunissant une grande diversité d'intervenants et dont la coordination est confiée à un organisme central.
- (b) La définition d'une stratégie de collaboration entre tous les acteurs responsables de la protection du consommateur.
- (c) La proximité des services de consultation, de réception et de traitement des plaintes assurés par les *Procons* au niveau local.
- (d) L'importance accordée à la médiation ou la conciliation des parties, au moment même où l'OPC québécois met fin aux services de conciliation qu'il offrait au consommateur¹⁵⁵⁶.
- (e) L'ampleur et la spécialisation des services d'aide juridique mis à la disposition des consommateurs.

¹⁵⁵⁶ Union des consommateurs, « Consommateurs et accès à la justice », *supra* note 1438 à la p 89.

Ce cadre institutionnel s'accompagne d'un engagement important du pouvoir judiciaire brésilien dans le traitement des questions de droit de la consommation, encouragé par la Constitution même du Brésil et l'obligation supérieure qu'a le juge d'assurer, dans ses décisions, le respect des principes directeurs énoncés par le Code de protection du consommateur.

L'activisme du juge brésilien se trouve par ailleurs conforté par :

- (a) L'existence d'institutions judiciaires spécialisées dans le traitement des litiges de consommation.
- (b) Le rôle particulièrement actif du ministère public et de ses départements spécialisés dans la protection du consommateur. Le dynamisme dont fait preuve le ministère public brésilien afin d'assurer une protection élargie aux consommateurs est étroitement lié à la reconnaissance de la dimension collective du droit de la consommation, et ce, dès l'origine. L'absence d'un organisme détenant une telle fonction dans le cadre institutionnel québécois reflète un important déficit dans la reconnaissance de la portée collective du droit de la consommation au Québec.
- (c) La diversité des formes de recours collectifs admises en droit brésilien de la consommation et la grande autonomie dont jouit le juge pour conduire ces procédures.
- (d) Le pouvoir discrétionnaire plus étendu reconnu au juge brésilien dans la décision de renverser au profit du consommateur la charge de l'administration de la preuve des faits allégués.

Enfin, l'ampleur, la force et la diversité des organisations de la société civile actives dans le domaine de la protection du consommateur au Brésil distinguent le système institutionnel en place au Brésil de celui opérant au Québec.

L'étude comparée que nous avons menée des cadres normatifs et institutionnels mis en place pour la protection du consommateur au Québec et au Brésil nous permet de conclure à une relative inadéquation du droit québécois de la consommation dans l'environnement socio-économique actuel, alors que le droit brésilien de la protection du consommateur fait preuve, au contraire, de sa capacité à s'adapter et de son ouverture aux changements.

L'inexistence d'un code unifié et l'aspect épars de la législation en matière de protection des consommateurs au Québec mènent à la superposition et la combinaison de différents espaces juridiques, rendant l'État incapable de maîtriser la régulation sociale. Comme le soutient Jean-Guy Belley, les dispositions parallèles de la *Loi sur la protection du consommateur* et du *Code civil du Québec* entravent la reconnaissance de certaines tendances importantes de l'évolution du droit des contrats, telles que l'émergence d'une philosophie juridique préventive, la jonction des techniques du droit administratif et du droit pénal avec celles du droit civil classique et la confrontation du droit privé avec les impératifs de l'ordre public économique¹⁵⁵⁷.

L'unité du droit brésilien de la consommation, les objectifs clairs et les principes directeurs qui s'y trouvent stipulés lui permettent d'être moins à la remorque des changements. Au Québec, où les principes directeurs sont moins clairs vu l'éparpillement des normes et la préséance du contrat, le travail de réforme se révèle plus complexe et hésitant.

¹⁵⁵⁷ Belley, « Le rôle de la doctrine », *supra* note 92 à la p 1053.

Moins ouvert au changement et à la réforme, le droit québécois de la consommation se montre aussi moins capable de rendre compte de l'environnement réel dans lequel se forment et s'exécutent les relations de consommation sur les marchés contemporains. L'action collective au Québec conserve une nature fondamentalement individuelle. La possibilité de cumuler des actions collectives visant à défendre aussi bien un agrégat de droits individuels, que l'intérêt collectif des consommateurs perçu comme un intérêt spécifique et distinct, confère au système brésilien de protection du consommateur un visage unique.

L'analyse conduit à mettre en cause la pertinence de la norme retenue par le droit de la consommation au Québec comme source de régulation sociale. La place centrale qu'occupe le contrat dans la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, reflète d'une idéologie libérale dominante, freine le développement d'un cadre normatif de protection axé davantage sur la prise en compte des intérêts subjectifs, individuels et collectifs, des consommateurs et la reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur comme grille de lecture des relations de consommation. Orienté vers la protection de la partie jugée naturellement la plus faible sur le marché, le consommateur, le droit de la consommation au Brésil s'inscrit dans la ligne directe du courant théorique postmoderne consistant à politiser le champ juridique de manière à engendrer une démocratisation sociale du droit.

Ce qui est vrai du cadre normatif l'est aussi du système institutionnel. Le cadre institutionnel brésilien offre au droit de la consommation un environnement pluriel, souple et ouvert au changement, soit les caractéristiques du droit postmoderne. Le nombre d'acteurs intervenant en faveur du consommateur, de manière coordonnée, effective et proche du citoyen, facilite le développement tant politique que participatif et démocratique du droit de la consommation.

Les succès brésiliens en matière de droit de la consommation nous ramènent à l'épistémologie moderne du droit, nous rappelant que l'État peut, par le droit,

prétendre maîtriser la complexité des faits sociaux. En privilégiant la fonction ultime de remédier à une situation de fait, soit la faiblesse du consommateur, l'État brésilien a reconnu avec succès un fait social dans toute sa complexité. Il est permis de s'interroger sur la capacité de l'État québécois à faire de même, dès lors que les paradigmes contractuels privilégiés par lui et restés inchangés depuis 1978 échouent à rendre compte de la complexité des relations de consommation. L'idéologie individualiste est restée beaucoup plus présente dans le modèle théorique du droit québécois de la consommation que dans le modèle brésilien. En maintenant la primauté reconnue au contrat comme fil directeur des relations de consommation, le droit québécois de la consommation, bien qu'ancré dans une idéologie social-démocrate, fait primer l'individu sur la société et limite naturellement ses acquis à la sphère individuelle du consommateur. Au Québec plus qu'au Brésil, le principe du libre marché impose ses limites à l'intervention étatique.

Le cadre institutionnel brésilien, conjugué avec l'importance du rôle du juge, l'existence de tribunaux spécialisés et l'activisme du ministère public, met en scène un droit dans lequel les pouvoirs publics sont des acteurs privilégiés, leur permettant de devenir des vecteurs de changement et d'adapter le droit aux besoins. Ce regard adaptatif fait à nouveau foi de la pertinence de la révision du Code de protection du consommateur actuellement en cours au Brésil, laquelle en effet entend institutionnaliser davantage le rôle des associations de consommateurs et renforcer les instruments juridiques de la représentation collective des droits du consommateur, invitant de ce fait plus d'acteurs privés à participer au développement et à la mise en œuvre du droit de la consommation.

Au Québec, au contraire, un système institutionnel beaucoup plus partiel et centralisé, caractérisé même ces dernières années par la diminution des moyens mis à la disposition de l'Office de protection du consommateur, le rôle moins actif du juge et du ministère public, l'absence d'institutions judiciaires spécialisées et des

organisations de consommateurs moins nombreuses contribuent à expliquer l'incapacité apparente du droit québécois de la consommation à se réformer en profondeur.

Si le droit de la consommation a trouvé une place spécifique au sein du système juridique québécois, il ne se détache pas clairement du droit commun pour constituer un microsystème propre ou autonome comme au Brésil.

La comparaison avec le développement du droit de la consommation au Brésil nous amène à formuler cinq propositions susceptibles de contribuer au renforcement du droit québécois de la consommation : (a) un remodelage en profondeur du cadre normatif mis en place pour la protection du consommateur; (b) une perception plus juste de la position dans laquelle se trouve le consommateur sur les marchés de consommation; (c) un cadre institutionnel spécifique, renforcé et coordonné; (d) une contribution plus active des acteurs judiciaires, gage d'une plus grande flexibilité et adaptabilité du droit de la consommation en même temps que de son effectivité et (e) une représentation plus large de l'intérêt collectif des consommateurs.

- (a) Un remodelage en profondeur du cadre normatif mis en place pour la protection du consommateur.

Un tel remodelage implique de reconnaître la nature transversale du droit de la consommation tout en confirmant son unité autour du but commun de ses dispositions, la protection du consommateur.

Le rassemblement des principales dispositions relatives à la protection du consommateur dans un cadre commun, lequel énoncerait par ailleurs les principes directeurs qui le guident, nous paraît une étape indispensable vers la consolidation de la discipline. Le droit de la consommation y trouvera cohérence et clarté, gages aussi

d'une meilleure accessibilité pour les acteurs appelés à le mettre en œuvre et les consommateurs eux-mêmes. L'émiettement actuel de la matière et l'ancrage de dispositions majeures dans le Code civil entravent l'évolution de la matière.

Il est également essentiel que le caractère impératif des dispositions du cadre commun ainsi adopté et partant sa primauté sur des dispositions particulières, verticales ou sectorielles moins protectrices se trouve clairement reconnu.

Enfin, comme suggéré à plusieurs reprises, le travail de remodelage législatif requiert de revoir la notion même de consommateur en l'élargissant au-delà du domaine contractuel et en reconnaissant que la position du consommateur sur le marché se caractérise par une double qualité naturelle : la vulnérabilité, d'une part, et la dimension collective, d'autre part.

- (b) Une perception plus juste de la position dans laquelle se trouve le consommateur sur les marchés de consommation.

L'observation de la réalité des marchés appelle à s'écarter du concept traditionnel du consommateur informé et rationnel et à admettre la vulnérabilité intrinsèque du consommateur dans les relations qu'il établit avec les opérateurs économiques. En privilégiant le consommateur contractant et la protection de ce dernier par des outils informationnels, le droit québécois de la consommation suggère une vision réductrice de la discipline et admet son incapacité à remplir la fonction qu'il se donne.

Une perception plus exacte de la réalité des relations de consommation requiert aussi de multiplier les modes de représentation, notamment juridictionnelle, des intérêts collectifs des consommateurs. En plus de l'action collective, déjà présente au Québec, d'autres formes d'action collective visant à la protection et la défense de l'intérêt collectif du consommateur, reconnu comme un intérêt distinct de celui des consommateurs individuels et de l'intérêt général, devraient, à l'instar du Brésil, être

introduites. L'efficacité du recours collectif comme instrument juridique garant d'un meilleur accès à la justice pour le consommateur n'empêche en aucune façon sa coexistence avec l'adoption d'autres instruments juridiques assurant différentes formes de procédures collectives.

(c) Un cadre institutionnel spécifique, renforcé et coordonné.

Le renforcement du cadre institutionnel chargé d'assurer le développement et la mise en œuvre du droit de la consommation est une autre condition de la consolidation du droit de la consommation au Québec.

Un tel renforcement suppose, selon nous, qu'une stratégie nationale et multiannuelle pour la protection du consommateur soit définie au niveau gouvernemental et qu'un engagement politique clair soit pris de donner aux institutions, publiques et privées, chargées de la protection du consommateur au Québec les ressources, humaines, techniques et financières indispensables au bon exercice de leurs missions, ce qui n'est certes pas le cas actuellement.

Au sein du système institutionnel, le rôle premier de l'Office de protection du consommateur du Québec doit être rappelé, confirmé et renforcé. La protection du consommateur ressort en premier de la responsabilité des pouvoirs publics et ceux-ci doivent jouer en la matière des fonctions essentielles d'initiative, de coordination et de représentation.

(d) Un rôle accru de l'acteur judiciaire

Si les dispositions du droit matériel de la consommation au Québec contiennent moins de normes abstraites que celles du droit brésilien, elles n'en offrent pas moins un large pouvoir d'interprétation au juge. Ce rôle d'entraînement du juge, appelé de

ses vœux par Ost¹⁵⁵⁸, est particulièrement important dans le domaine de la protection du consommateur. Le lien intrinsèque entre le droit de la consommation et l'évolution du contexte socio-économique exige une adaptation constante de normes au départ flexibles et générales. La nature fonctionnelle des normes du droit de la consommation, appelées à maintenir le cap sur l'objectif premier de protection du consommateur à travers les évolutions constantes des marchés, offre au juge un terrain d'action privilégié.

(e) Une représentation plus large de l'intérêt collectif des consommateurs

Au Brésil, le cadre normatif mis en place pour la protection des consommateurs a été dès l'origine marqué par la prise en compte de la dimension collective inhérente à l'acte de consommation. Ce parti pris a fortement contribué à ce que le droit de la consommation devienne une sphère du droit autonome et différenciée notamment du droit civil. L'éventail des instruments permettant de protéger ou de défendre les intérêts collectifs des consommateurs est sensiblement plus large au Brésil qu'au Québec, où seul le recours collectif, qui est en fait une agrégation de causes individuelles similaires, a une certaine portée collective.

La reconnaissance de la dimension collective des intérêts des consommateurs permettrait de défaire le lien épistémologique qui existe entre l'individu et l'acte de consommer, refléterait davantage l'environnement socio-économique dans lequel évoluent les consommateurs d'aujourd'hui et préparerait mieux le droit de la consommation à faire face aux enjeux nouveaux de la consommation.

¹⁵⁵⁸Ost, « Trois modèles de justice », *supra* note 1161.

BIBLIOGRAPHIE

LégislationBrésil

Constituição da República Federativa do Brasil, 5 octobre 1988.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 septembre 1946.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 juillet 1934.

Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código civil.

Lei 3.071 de 1º janeiro de 1916, Código civil de 1916.

Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de defesa do consumidor).

Lei 7.347 de 24 julho de 1985, Lei de Ação Civil Pública

Decreto de 16 dezembro de 1830, Código criminal do Império do Brasil.

Decreto 847 de 11 outubro de 1890, Código penal de 1890.

Decreto 22.213 de 14 setembro de 1932, Consolidação das leis penaes.

Decreto 22.626 de 7 abril de 1933, Lei de Usura.

Dereto-lei 869 de 18 novembro de 1938, Lei dos crimes contra a economia popular.

Decreto-lei 2.848 de 7 décembre 1940, Código Penal de 1940.

Decreto 49.974-A de 1961, Código Nacional da Saúde.

Lei 5.966 de 1973, Lei que institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade industrial e dá outras providências.

Lei 4.717 de 29 junho de 1965, Lei da Ação Popular.

Lei 6.938 de 31 agosto de 1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Lei 10.167/2000 de 27 dezembro de 2000.

Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto de 2006, Estatuto do Medicamento.

Decreto-Lei nº 118 de 25 de outubro de 2010.

Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, Lei de Arbitragem.

Decreto federal 2.181 de 1990.

Lei 8.137 de 27 novembro de 1990.

Lei Municipal de Campinas (São Paulo) n. 6.545/91.

Lei 556 de 15 juin 1850, Código Comercial do Império do Brasil.

Lei 7.565 de 19 dezembro de 1986, Código Brasileiro de Aeronáutica.

Lei 1.060 de 5 de fevereiro de 1950, Lei da Justiça Gratuita.

Decreto n. 2.181 de 20 de março de 1997

Decreto n. 7.963 de 18 março de 2013.

Projets de loi

Projeto de Lei do Senado 281 de 2012.

Projeto de Lei do Senado 282 de 2012.

Projeto de Lei do Senado 283 de 2012.

Projeto de Lei número 70/1971 para criação do Conselho de Defesa do Consumidor.

Canada

Acte de l'Amérique du Nord britannique, (R-U), 1867, 30-31 Victoria, c 3.

- Code civil du Bas Canada*, 1865 (29 Vit), c 41.
- Code criminel*, LRC 1985, c C-46.
- Loi constitutionnelle de 1791*, (R-U), 30 & 31 Victoria, c 3.
- Loi sur les produits dangereux*, SC 1968-1969, c 42.
- Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, LC 2010, ch 21.
- Loi sur les produits dangereux*, LRC 1985, ch H-3.
- Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*, SC 1970, c 30.
- Loi sur la sécurité automobile*, LC 1993, ch 16.
- Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34.
- Loi sur la concurrence*, LC 1986, c 26.
- Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, LC 1997, c 6.
- Loi concernant la Commission canadienne du lait*, LRC 1985, c C-15.
- Loi sur le ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire*, LRC 1985, c A-9.
- Loi sur le ministère de la Consommation et des Corporations*, LRC 1985, c C-37.
- Loi sur les transports au Canada*, LC 1996, c10.
- Loi sur le transport aérien*, LRC 1985, c C-26.
- Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, LRC 1985, c A-16.
- Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42.
- Loi sur les aliments et drogues*, LRC 1985, c F-27.
- Loi sur les explosifs*, LRC 1985, c E-17.
- Loi portant modification et abrogation de la Loi sur les petits prêts et modifiant le Code criminel*, LC 1980-81-82-83, c 43.
- Loi sur la mise en œuvre de l'Accord sur le commerce intérieur*, LC 1996, c 17.

Loi sur les poids et mesures, LRC 1985, c W-6.

Loi sur les produits agricoles au Canada, LC 1988, c 27.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, LC 2000, c 5.

Loi sur le tabac, LC 1997, c 13.

Loi sur les lettres de change, LRC 1985, c B-4.

Loi sur les marques de commerce, LRC 1985, c T-13.

Loi sur les petits prêts, SRC 1970, c S-11.

Loi sur les normes des produits agricoles canadiens, LRC 1985, c A-7.

Loi sur les télécommunications, LC 1993, c 38.

Loi sur l'étiquetage des textiles, LRC (1985), c T-10.

Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, LRC 1985, c C-38.

Loi sur les banques, LC 1991, c 46.

Loi sur l'intérêt, LRC 1985, c I-15.

Loi sur les produits dangereux, LRC 1985, c H-3.

Loi sur les prêts aux petites entreprises du Canada, LC 1998, c 36.

Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation, LC 2010, c 21.

Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, C 1970-71-72, c 41.

Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, LRC 1985, ch C-38.

Loi sur le ministère de la Consommation et des Corporations, SC 1967-68, c 16.

Décret 4616, (1940) 74 Gazette du Canada, 1020.

Québec

Acte de Québec, (R-U), 14 Geo III, c 83, section VIII.

Code civil du Québec, LRQ c C-1991.

Code des professions, LQ 1973, c 43.

Code des professions, LRQ, c C-26.

Loi favorisant l'accès à la justice, LQ 1971, c 86.

Loi sur l'aide juridique, LQ 1972, c 14.

Projet de loi n^o 25, *Loi visant à interdire la revente de billets de spectacles à un prix supérieur au prix annoncé par le vendeur autorisé*, 2^e sess, 39^e lég, Québec, 2011.

Loi sur les agents de voyages, LQ 1974, c 53.

Loi sur les agents de voyages, LRQ, c A-10.

Loi d'assurance-maladie, LQ, 1970, c 37.

Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, LRQ c I-6.

Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels, LRQ, c A-13.2.

Loi sur la protection du consommateur, LQ 1978, c 9; *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ, c P-40.1.

Loi de la protection du consommateur, LQ 1971, c 74.

Loi concernant le louage de choses, LQ 1973, c 74.

Loi instituant la Régie du logement et modifiant le code civil et d'autres dispositions législatives, LQ 1979, c 48.

Loi sur les véhicules hors route, LRQ, c V-1.2.

Loi sur les produits alimentaires, LRQ, c P-29.

Loi sur la mise en marché des produits agricoles, LRQ, c M-35.

Loi sur le transport, LRQ, c T-12.

Loi sur les établissements d'hébergement touristique, LRQ, c E-14.2.

Loi concernant les services de transport par taxi, LRQ, c S-01.

Loi sur les matériaux de rembourrage et les articles rembourrés, LRQ, c M-5.

Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres, LRQ, c L-0.2.

Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance, LRQ, c C-8.2.

Loi sur les produits et équipements pétroliers, LRQ, c P-29.1.

Loi d'assurance dépôt, LRQ, c A-26.

Loi sur le courtage immobilier, LRQ, c C-73-2.

Loi sur la distribution de produits et services financiers, LRQ, c D-9.2.

Loi sur les valeurs mobilières, LRQ, c V-1.

Loi sur l'autorité des marchés financiers, LRQ, c A-33.2.

Loi sur les coopératives de services financiers, LRQ, c C-67.3.

Code de procédure civile du Québec, LRQ, c C-25.

Loi sur les loteries, les courses, les concours publicitaires et les appareils d'amusement, LRQ, c L-6.

Loi sur les assurances, LRQ, c A-38.

Loi sur le tabac, LRQ, c T-0.01.

Loi sur les permis d'alcool, LRQ, c P-9.1.

Loi sur la Régie de l'énergie, LRQ, c R-6.01.

Loi sur les produits agricoles, les produits marins et les aliments, LRQ, c P-29.

Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges, LQ 1974, c 70.

Loi sur la Régie du logement, LRQ, c R-8.1.

Loi favorisant l'accès à la justice établissant la division de petites créances de la Cour provinciale, LQ 1971, c 86.

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, LRQ, c P 39-1.

Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, RRQ 1981, LRQ c P-40.1, r 1.

Loi sur les agences d'investigation ou de sécurité, LRQ, c A-8.

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, LRQ, C-1.1.

Loi sur la santé et les services sociaux, LQ, 1971, c 48.

Loi sur l'assurance automobile, LQ 1977, c 68.

Loi sur la sécurité des édifices publics, LRQ, c S-3.

Loi sur le bâtiment, LRQ, c B-11.

Loi sur la sécurité dans les sports, LRQ, c S-3.1.

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, LQ 2006, c 56.

Loi sur les coopératives de services financiers, LRQ, c C-67.3.

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur, LQ 1991, c 24.

Loi modifiant la loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives, LQ 2009 c 51.

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, LRQ, c C-1.1.

Loi sur les instruments dérivés, LRQ, ch I-14.01.

Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture, LRQ, c A-23.001.

Loi sur le recouvrement de certaines créances, LRQ, c R-22.

PL 24, *Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*, 2^e session, 39^e législature, Qc, 2011.

Ordonnance qui fixe les Dommages sur les Lettres de Change protestées, et le prix des Intérêts dans la Province de Québec, OB-C 1777, c 3.

Décret concernant l'application de règles de conduite aux commerçants d'automobiles d'occasion, D 1138-2006, GOQ 2006.11.5851.

Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur (9 juin 2010), p GOQ 11 juin 2010, 142^e année, n 23A, partie 2, pp 2199A-2206A (entré en vigueur le 30 juin 2010).

Modification à l'application des règles de conduite aux commerçants d'automobiles d'occasion (23 novembre 2011), p GOQ 23 novembre 2011, 143^e année, n 47, partie 2, p 5067 (entrée en vigueur le 8 décembre 2011).

Règlement modifiant le Règlement sur les agents de voyage (9 juin 2010), p GOQ 28 avril 2010, 142^e année, n 17, partie 2, pp 1624-1635 (entrée en vigueur 30 juin 2010).

Acte pour modifier les Lois d'Usure, SPC 1853, c 80.

Acte pour amender les lois de cette province, qui règlent le taux de l'intérêt, SPC 1858, c 85.

Acte concernant l'usure, SC 1906, c 32.

Loi concernant les petits prêts, SC 1939, c 23

Loi modifiant la Loi sur les petits prêts, SC 1956, c 46.

Loi suspendant l'exigibilité des créances hypothécaires et autres, SQ 1933, c 99.

Loi relative au moratoire et sauvegardant la petite propriété, SQ 1936, c 37.

Loi concernant la libération de certains débiteurs, SQ 1936, c 6.

Loi concernant la Régie des loyers, SQ 1950-51, c 20.

Loi modifiant le Code civil relativement aux ventes à tempérament, SQ 1933, c 107.

Loi relative aux ventes à tempérament, SQ 1939, c 92.

Loi concernant les ventes à tempérament, SQ 1947, c 73.

Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges, SQ 1964, c 67.

Règlement de régie interne de l'Office de la protection du consommateur, c P-40.1, r 2.

Charte des droits et libertés de la personne, LRQ, c C□12.

Ontario

The Unconscionable Transactions Relief Act, RSO 1960, c 410.

Allemagne

Constitution du Reich allemand du 11 août 1919 (Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919).

Loi réglementant le droit des conditions générales du 9 décembre 1976 (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGB Gesetz, 9 Dezember 1976, BGBl.I.S. 3317)

Code civil allemand, (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB) [Code civil allemand] (version promulguée le 2 janvier 2002).

Espagne

Real Decreto Legislativo 1/2007, publié dans le Boletín Oficial del Estado le 30 novembre 2007.

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

États-Unis

Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub L n° 111-203 (2010).

France

Code civil des Français, A Paris, de l'Imprimerie de la République, An XII 1804.

Loi n 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie législative), version consolidée au 14 mai 2009

Décret n° 97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation (partie réglementaire), version consolidée au 3 avril 1997 en France.

Italie

Codice del consumo, Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, en ligne : WIPO <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=2506>>.

Mexique

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Lei Federal de Protección al Consumidor, promulguée le 5 février 1976.

Portugal

Lei 29 de 22 de agosto de 1981.

Decreto-lei número 446 de 25 outubro de 1986

Royaume-Uni

Loi de l'Union, (Union Act 1840), Sous Victoria, 23 juillet 1840, c 35, (R-U).

Suisse

Loi fédérale sur le crédit à la consommation, LCC, 221.214.1.

Jurisprudence

Brésil

STF, ADIn 2.519/DF, rel. Min. Eros Grau.

STF Pleno, Adin (Action directe d'inconstitutionnalité) n. 939-7/DF, rel. Min. Sydney Sanches.

STF, Pleno, MS n. 21.311-6/DF, rel. Min. Néri da Silveira.

STF, Pleno, Adin n. 98-5/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

STF, Pleno, Adin no. 319 /DF, Questão de ordem, Rel. Min. Moreira Alves, p. 30/04/1993, Diário da Justiça, Seção I, 30 abril 1993, p 7.563.

STF, 1ª T, R. Extr. nº. 203.909-8/ES, Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 6 fev., 1998, p. 38.0.

STF, 2ª T., R. Extr. nº. 193.749-1/SP, min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa.

STF, ARE 673883 MG, Min. Rel. Carmem Lúcia, j. 27/03/2012.

STF, Pleno, R.Extr. nº. 199.517, SP, Rel. originário ministro Carlos Velloso, red. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, decisão 4-6-1998.

STF, ADIn 2.591/DF, rel. p/ acórdão Ministro Eros Grau.

STF, Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.12.1999, p. RDC, vol. 34, 2000, pp. 253-63

STJ, CComp. 41.056/SP, 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 20.9.2004.

STJ, 3ª T., AgRg dans le REsp 785720, rel. Min. Castro Filho, j. 16.5.2006, DJ 5.6.2006.

STJ, Resp 552.553, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12.12.2005, DJU 01.02.2006.

STJ, 4ª T, REsp 396.943, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 2.5.2002.

STJ, REsp 142.042/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.11.1997, RDC 30, p. 124 et ss.

STJ, 4ª T, REsp 761.944, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 05/11/2009, p. 16/11/2009

STJ, 1ª Seção, MS no. 5.943 / DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Diário da Justiça, Seção I, 27 março 2005.

STJ, REsp 181.580-SP, Min. Castro Filho, j. 09.12.2003.

STJ, Resp 476428/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005.

STJ, REsp 586.316 - MG (2003/0161208-5), Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 17.04.2007.

STJ, 3ª T, REsp 17232-SP, Rel. Min. Dias Trindade, DJU 06/04/92

STJ, 4ª T, RT 690/163, Rel. Min. Bueno de Souza.

STJ, Resp 604172/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 22/06/2004.

STJ, Resp 327257/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 22/06/2004;

STJ, REsp. 229.586/SE, rel/ Min. Garcia Vieira, DJU 21.2.2000, p. 103.

STJ, REsp 464.943, Min Rel. Castro Meira, j. 10.12.2003.

STJ, 2ª T., REsp. 845.695/RS, rel. Min. Humberto Martins, DJU 11.12.2006.

STJ, REsp 332.869/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Direito, j. 24.06.2002.

STJ, 3ª T., REsp 554.867/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Direito.

STJ, 1ª Turma, REsp 122.812, Rel Min Milton Luiz Pereira, j. 4.12.2000.

STJ, 4ª T., 419.252/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 5.9.2002.

STJ, REsp 370598/RS, DJ 1/4/2002, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi.

STJ, 1ª T, REsp 591.692/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavasck.

STJ, REsp 296.516, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 07.12.2002, DJ 05.02.2001

STJ, 3ª. T., REsp 545814/SP, rel., Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 06.11.2003.

STJ, 3ª Turma, REsp 669.525/PB, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 20.06.05.

STJ, 2ª T., REsp 853.392-RS, rel. Min. Castro Meira, j. 21.09.2006.

STJ, REsp 713.284/RJ, rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, j. 03.05.2005.

STJ, 4ª Turma, REsp. 265.121/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho, julgado em 4/4/2002, DJ de 17/6/2002.

STJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Resp n. 49.272-6-RS, DJU 17/10/1994.

STJ, REsp 519946/SC, rel. Min. Cesar Astor Rocha, j. 09.09.2003 et REsp 457398/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.11.2002.

STJ, Resp 157.841/SP, rel. Min. José Delgado, j. 12.03.1998, DJ 27.04.1998.

STJ, REsp 250523/SP, 4ª T, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 18/12/2000.

STJ, AgRg nos EDcl no REsp 561853/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 27.04.2004.

STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 237430 SP 2012/0206296-2, Relator Ministro Humberto Martins, p. DJe 19/2/2013

STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 1401074 RS 2011/0074315-7, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, p. DJe 1/3/2012.

STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 456846 MT 2002/00, , Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, p. DJ 25/10/2004.

STJ, 2ª Seção, REsp 522.491/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 23.08.2004.

STJ, Resp 254.413/RJ, rel. Min. Waldemar Zweiter, DJ 16.04.2001.

STJ, 3ª. T, REsp 769879, Ministra Relatora Nancy Andrichi.

STJ, 3ª. T, AgReg AI 385.045/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 25.04.2005, p. 33.

STJ, REsp 200.827/SP, rel. Min. Carlos Alberto Direit, DJ 09.12.2002.

STJ, CComp 18652/GO 1996/0072832-1, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 26.03.2001.

STJ, 3ª. T., AgReg. REsp. 718.124/RS, rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05.2005, p. 289.

STJ, 3ª. T, AgReg. AI 481.627/SP, rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05 2005, p. 267.

STJ, 3ª.T, REsp n. 658.748/RJ, rel. Min. Nancy Andrichi, jugé le 22/8/2005.

STJ REsp 151.401/SP rel Min. Humberto Gomes de Barros, jugé le 17//06/2004.

STJ, EREsp 176890/MG, rel. Min. Waldemar Zweiter, j. 22.09.1999.

STJ, 5ª T, REsp 204244/MG, Rel. Min. Félix Fischer, DJU de 1.7.1999.

STJ, 2ª Seção, Resp. nº 1.070.896/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 14/04/2010, DJ 04/08/2010.

TRF 4, AG 18185 RS 2004.04.01.018185-9, Rel. Luiz Carlos de Castro Lugon, p. DJ 24/08/2005.

TJSP, CR 1212044009 SP, Relator Antonio Benedito Ribeiro Pinto, p. 17/02/2009.

TJSP, AI 3020868520118260000 SP 0302086-85.2011.8.26.0000, Relator José Marcos Marrone, p. 2/3/2012.

TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, APL 9169616-39.2008.8.26.0000; j. 31/01/2012; p. 23/02/2012.

TJSP, 2ª C, Rel. Cezar Peluso, RJTJSP 125/180.

TJSP, Ap. n. 501.654-2, j. 13.04.1994, rel. Roberto Bedaque.

TJSP 9ª Câmara Cível, rel. Des. Aldo Magalhães, Apelação Cível n. 255.461-2-6 São Paulo, j. 6/4/95 dans AASP n. 1911.9, 15/8/95, pag. 222-j.

TJSP, 9ª Câmara Cível, rel. des. Aldo Magalhães, Ap. Cível 255.461-2-6-São Paulo, s, p. 15/8/95.

TACivSP, AP. 1052423-7, 12ª. Câm., rel. Campos Mello, j. 14.5.2002.

2ª. TACivSP, Ap. 610.267-00/0, rel. Juiz S. Oscar Feltrin, j. 26.9.2001.

TJDF, rel. Alfeu Machado, ACJ 20060710085655 DF, j. 10.10.2006.

TJDF, ap. Cível, 17538-2, rel. Des. Nívio Gonçalves, DJU 3.5.200, p. 34.

TJDF AI 2001.00.2.006748-7, rel. Des. Vazquez Cruxên, DJU 26.6.2002.

TJDE, Ap. Cível 1999.1.1050201-2, rel. Des. Eduardo de Moraes Oliveira, DJU 29.8.2001.

TJCE, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota, APL 567206-32.2000.8.06.0001/1, p. 31/03/2010.

TAMG, Ap. 0372966-8, 6ª. Câm., rel. Juiz Dárcio Lopardi Mendes, j. 21.11.2002.

TAMG, Ap. 134.886-7, rel. Juiz Célio Paduani.

TJMG, 10ª Câmara Cível, ApCiv 1.0106.05.017309-0/002, rel. Des. Evangelina Castillo Duarte, DJMG 29.06.2007.

TJSC, ACMS no. 37.651 de Joinville, Rel. Des. Eder Graf.

TJRS, Nona Câmara Cível, Apelação Cível n. 70025289943, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 18.02.2009.

TJRGS, Primeira Turma Recursal Cível, Recurso Cível n. 71003346566, Rel. Pedro Luiz Pozza, j. 14.06.2012.

TJRGS, AC 70001813468, rel. Des. Osvaldo Stefanello, j. 30.05.2001.

TJRGS, Rel. João Pedro Cavalli Junior, Recurso Cível 71001375740.

TJRGS, Agravo de instrumento n. 70034602201, 1 Câm. Civ., rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, DJU 19.05.2010.

TJRJ, APL 926744320108190001 RJ 0092674-43.2010.8.19.0001, Rel. Des. Fernando Foch Lemos, j. 04/11/2011.

TJRJ, 11ª. Cam. Civ. Ap. Civ. 2003.001.11632, rel. Des. José C Figueiredo, j. 18.08.2003.

TJRJ, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Jessé Torres, Apelação 2008.001.10994, j. 12/03/2008.

TJRJ, 6ª Câmara Cível, 0061138-17.2010.8.19.0000, Agravo de Instrumento, 1ª Ementa Des. Pedro Freire Raguene, j. 12.01.2011

TJRJ, 8ª Câmara Cível, 0047673-38.2010.8.19.0000, Agravo de Instrumento, 1ª Ementa Des. Norma Suely, j. 16/12/2010; TJRJ, 9ª Câmara Cível, 0296497-12.2008.8.19.000, Apelação, 2ª Ementa Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 17.05.2011.

TJRJ, 16ª Câmara Cível, 0000550-40.2011.8.19.0087, Apelação, 1ª Ementa Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito, j. 29.08.2011.

TAPR, AC 190.834-5, rel. Juíza Rosana Fachin, j. 16.10.2002.

26ª Vara Federal Cível SP, Ação civil pública nº 00.0937212-1.

Informativo STF nº. 113

Canada

Commercial Acceptance Corporation Ltdc Partridge, [1955] CS 80.

Comité d'environnement de La Baie c Société d'électrolyse et de chimie Alcon ltée [1990] RJQ 655 (CA).

Château c placements Germarich inc [1990] RDJ 625 (CA).

Tremaine c AH Robbins Canada inc [1990] RDJ 500 (CA).

Beneficial Finance Company of Canada Ltd c Morasse, [1972] CA 846.

Roynat Ltd c Restaurants La Nouvelle-Orléans, (1976) CA 557.

United States Polo Assn c Polo Ralph Lauren Corp., 1999 CanLII 7639 (CF) et Wrangler Apparel Corporation c Big Rock Brewery Limited Partnership, 2010 CF 477 (CanLII).

Drummond c Canadian Consumers Loan and Finance Corp, [1975] CS 819.

Beneficial Finance Company of Canada Ltd c Morasse, [1972] CA 846.

Drummond c Canadian Consumers Loan and Finance Corp, [1975] CS 819.

Roynat Ltd. c Restaurants La Nouvelle-Orléans, [1976] CA 557.

- Canada Motor Car Company c Béchard*, (1924) 37 B.R. 294.
- Procureur général (Québec) c Kellogg's Co of Canada et autre*, [1978] 2 RCS 211.
- Tradition Fine Foods Ltd c Oshawa Group Ltd.*, 2005 CAF 342.
- Richard c Time Inc*, 2012, CSC 8.
- Irving Toy Ltd c Québec (PG)* [1989] 1 RCS 929.
- Coopérative d'habitation de Cloverdale (Pierrefonds) c Turenne*, 1995 CanLII 5284 (CA).
- Dell Computer Corp c Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801.
- Seidel v TELUS Communications Inc*, 2011 CSC 15.
- Irwin Toy ltd. c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927.
- Québec Mack Inc c Alimentation en gros Bhérier ltée*, [1973] RP 382 (CS).
- Girard c Groupe Desjardins, Assurances générales*, [1989] RRA 153 (CA).
- Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles-Boromé c Lapointe*, [1980] CA 568.
- Garcia Transport Ltée c Cie Trust Royal*, [1992] 2 RCS 499.
- Banque Nationale c Soucisse*, [1981] 2 RCS 339.
- Régie des services publics v Dionne* [1978] 2 RCS 191
- Capital Cities Communications Inc v Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 SCR 141.
- Barrie Public Utilities c Assoc Canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 RCS 476.
- Citizens Insurance Co v Parsons* (1881), AC 96.
- Toronto Corporation v Bell Telephone Co* (AC 52).
- AG Ont v Winner* [1954], AC 541.

Little Sisters v Canada, [2007] 1 SCR 38.

New-Brunswick

New-Brunswick (Minister of Health and Community Services) v G (J), [1999] 3 SCR 46.

British Columbia

Christie v British Columbia, [2007] 1 SCR 873.

Canadian Bar Association v. British Columbia, 2006 BCSC 1342.

Québec

Gatti c Gareau Motors Sales Inc., [1981] CP 400.

Marcotte c Fédération de Caisses Desjardins du Québec, EYB 2009-171140, 2009 QCCS 27243.

Rouleau c. Placements Etteloc inc., 2006 QCCS 5319.

Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand c (Québec) Curateur public [1994] RJQ 2776-2783.

Peter Barss c 2440-0558 Quebec Inc., 2007 CanLII 50088 (CSC).

2440-0558 Québec Inc c Barss, 2007 QCCA 8440, EYB 2007-120668 (CA).

Banque de Montréal c Nadon, [1990] RJQ 880 (CQ).

Pharmascience inc v Option consommateurs and Piro, 2005 QCCA 437.

Trudeau c Entreprises Dorette Va/Go Inc, JE 95-1381, EYB 1995-72914 (CQ).

Caisse populaire de Charlesbourg c Roy, JE 90-1086 (CQ).

Tellier c La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance sur la vie, JE 98-1530 (CS).

Huel c Décalcomanie Beaver Inc, J.E. 97-727 (CS).

Rousse c Dion, JE 2001-1213 (CS).

- Banque Toronto-Dominion c Béland*, BE 97BE-661.
- Gaillardet c Microtec Inc*, J.E. 95-782 (CQ).
- Société générale Beaver Inc c Métaux ouvrés St-Philippe Inc*, J.E. 94-1295 (CS).
- Gosselin c 102150 Canada Inc*, J.E. 96-730 (CQ).
- Nadon c Anjou (Ville d')*, [1994] RJQ 1823 (CA).
- Option Consommateurs c British Airways, plc*, 2010 QCCS 140.
- Union des consommateurs c Bell Canada* [2012] JQ n° 6758 (CA).
- Audet c Jetté*, JE 98-2097 (CS).
- S.S.Q., Société d'assurance-vie c 2970-3691 Québec Inc*, JE 95-1806 (CS).
- Papineau c Survivance, cie mutuelle d'assurance-vie*, 2001 CanLII 18444 (CQ).
- Thompson c Masson*, [1993] RJQ 69, 72 (CS).
- Gagnon c Bell Mobilité*, 2011 QCCS 187 (CanLII).
- Cilinger c Centre hospitalier de Chicoutimi*, JE 2001-1497, REJB 2001-25463, [2001] JQ n° 3370 (CS).
- Gelmini c Québec (Procureur général)*, [1982] 560, 564 (CS).
- Association pour la protection des automobilistes c Toyota Canada Inc*, 2008 QCCA 761.
- Bouhalfaya c Garage Luckin inc*, 2008 QCCQ 6172 (CQ).
- Québec (Procureur général) c Centre aérobique professionnel Mirabel (CAPM) inc.*, 1988 CanLII 264 (QC CA).
- Matapédienne coopérative agricole c Assels*, EYB 2005-92681 (CS).
- Banque de Nouvelle-Écosse c Savard*, [1990] RJQ 1707 (CQ).

Formule Pontiac Buick Inc c Québec (Bureau des services financiers), 2004 CanLII 7239 (QC CS).

Marcotte c Banque de Montréal, JE 2009-1225, EYB 2009-160507, 2009 QCCS 2764 (CS) (en appel).

Adams c Banque AMEX du Canada, JE 2009-1226, EYB 2009-161006, 2009 QCCS 2695.

Option consommateurs c Banque Canadian Tire, JE 2007-77, EYB 2006-111024 (CS).

Bibaud c Banque Nationale du Canada, JE 2007-76, EYB 2006-111025, 2006 QCCS 5352.

Banque de Montréal c Côté, [1975] CS 753.

Xerox Canada Inc c Boily, JE 96-369, EYB 1996-71370 (CA).

Banque de Nouvelle-Écosse c Robert, JE 2000-1639, REJB 2000-21106 A Crépeau JCS.

Banque canadienne impériale de commerce c Carbonneau, [1985] CP 65, EYB 1985-145641.

ABB Inc c Domtar Inc, [2007] 3 RCS 461, 2007 CSC 50, EYB 2007-126361

Reinharz c Clermon Chevrolet Oldsmobile inc, 2008 QCCQ 3023 (CQpc)

Lévesque c Bolduc (Garage Normand Bolduc enr), 2009 QCCQ 13343 (CQpc)

Côté c Zagros Development Inc, JE 2002-2011, 2002 CanLII 28517, REJB 2002-35115 (CQ).

Équipements Robert Charest c Cadieux, B.E. 98BE-1258 (CQ.).

Frenette c Puisatiers Eau-Pro inc, 2008 QCCD 1788 (CanLII).

Pacific National Leasing Corp. c Rose, 2001 CanLII 20657 (QC CA)

Chevalier c Québec (Société des loteries), 2004 CanLII 27601 (QC CQ).

Président de l'OPC c Jardins du souvenir de l'Estrie Inc, JE 91-1625, EYB 1991-58817 (CA).

Banque de Montréal c Boissonneault, [1988] RJQ 2622.

Nardeau c Banque de Montréal, EYB 2008-146400 (CQ).

Raymond et Cohen, 2010 QCCS 1668.

Gauthier c Perrault, JE 97-175, EYB 1996-85358 (CQ).

Contat c General Motors du Canada ltée, EYB 2009-163744, 2009 QCCA 1699.

Première Électronique Plus Inc c Québec (Procureur Général), 2003 CanLII 33332 (QC CS), para 24. Voir aussi *Bérubé c Tracto inc*, 1997 CanLII 10225 (QC CA).

Banque de Nouvelle Écosse c Richard, [1983] CS 1197.

Time inc c Richard, 2009 QCCA 2378.

Kouloris c PG du Québec, [1978] CA 282.

Scott c Pavcan Construction inc, JE2007-2087, EYB 2007-124765, 2007 QCCQ 11819 (CQ).

Langis c 9044-4480 Québec inc (Toiture Impérial), 2009 QCCQ 13099, EYB 2009-166918 (CQ).

Gareau Auto Inc c Banque canadienne impériale de commerce, [1989] RJQ 1091 EYB 1989-63412 (CA).

Chez Rosaleen ltée c Grenon, [1978] CP. 190, EYB 1977-144351, *Banque de Montréal c Nadon*, [1990] RJQ 880 (CQ.), *Trexar Inc c Brousseau*, J.E. 96-1067 (CQ.), *Banque de Montréal c Spooner*, [1994] RJQ 1388 (CS.) et *Banque de Nouvelle-Écosse c Savard*, [1990] RJQ 1707 (CQ).

Sears Canada inc c Éliades, REJB 2004-81437 (C.S.).

Kind c Banque nationale du Canada, [1990] R.J.Q. 711; *Guerrier c Chassé Toyota inc*, J.E. 2009-1181, EYB 2009-159853, 2009 QCCQ 4839 (C.Q.).

Gagnon c Entreprises Faucher et Guérin inc, J.E. 2008-1392, EYB 2008-134985, 2008 QCCQ 5086.

Clement c London Life Insurance Company, JE 2006-2005, 2006 QCCQ 9813, EYB 2006-110559 (CQ).

Brodeur c Airtour Voyages (1989) inc, J.E.2010-775, EYB 2009-171340, 2009 QCCQ 16544; *Boucher c Groupe PPP ltée*, 2007 QCCQ 5733 (CQ.p.c); *Verrault c 124851 Canada inc* JE 2003-628, REJB 2003-39961, 2003 CanLII 6800 (CQ. p.c).

Piscitrium inc c Roy, 2005 Can LII 41000 (CQ).

Fruteau c. Banque Nationale du Canada, CQ, n 200-02-014018-966, 3 février 1997.

Raymons et Cohen, 2010 QCCS 1668.

Boissonneault c Banque de Montréal, [1988] RJQ 2611, EYB 1988-63035 (C.A.)

Doucet c Banque Nationale du Canada, J.E. 2006-1029, EYB 2006-105790 (C.Q.).

Boutin c DP Marchand (1989) inc, 2009 QCCQ 16242 (CQ).

Denis c Rénovation Jacques Normandin Inc, [1988] RJQ 2912, EYB 1988-77811 (CQ) et *Boulay c Services financiers Noram Inc*, JE 98-2405, REJB 1998-09194 (CA).

177197 Canada ltée c Ja Larue inc, 2005 CanLII 49339 (QC CS).

Rogers Media Inc c Marchesseault, J.E. 2007-190, 2006 QCCS 5314, EYB 2006-111408.

Canadian Real Estate Association c Sutton, [2003] JQ n 3606, REJB 2003-40471.

Québec (Procureur général) c Kabakian-Kechichian, [2000] RJQ 1730 (CA).

Martin c Pierre St-Cyr Auto caravanes ltée, 2010 QCCA 420 (CanLII); *Fortier c Meubles Léon ltée*, 2011 QCCS 3069 (CanLII).

Industrielle Alliance, compagnie d'assurance sur la vie c Blais, EYB 2008-129352 (CA); *Compagnie Commonwealth Plywood ltdé c 9018-2304 Québec Inc* J.E. 96-1338, EYB 1996-30247 (CQ) ; *Location d'autos Mont-Royal Inc c Martzouco*, J.E. 99-750, REJB 1999-11702 (CQ).

Marzenska c Développement immobilier Havre St-Louis inc, 2008 QCCQ 13264 (CanLII); *Bibeau c Salette*, [2004] RJQ 1963, REJB 2004-65758, 2004 CanLII 15789 (CS).

Vo Buu c 9128-9272 Québec inc (Garderie Les Canaries), 2009 QCCQ 2010 (CQ).

Église de scientologie c Office de la protection du consommateur, [1997] RJQ 2233 (CS).

Placement Mirok inc c Québec (Office de la protection du consommateur), EYB 2004-68776 (CS).

Québec (PG) c Groupe TCG (Québec inc), [1987] RJQ 693 (Cour des sessions de la paix).

PG Québec c Les distributions Canovex inc, [1996] JQ 5302 (CQ).

2440-0558 *Québec Inc c Barss*, 2007 QCCA 8440, EYB 2007-120668 (CA).

Richard c Time Inc, 2007 QCCS 3390.

Lévesque c Chabot, [1980] CP 400, EYB 1980-137768.

Systèmes techno-pompes Inc c La Manna, [1991] RJQ 1175, EYB 1991-95570 (CQ.), conf. [1994] R.J.Q. EYB 1993-64098 (CA.) (vente et installation d'une thermopompe) [*Systèmes techno-pompes Inc*]; *Mathieu c Banque Nationale du Canada*, J.E. 97-1049, REJB 1997-03217 (CQ) (thermopompe); *Piscines Trévi Inc c Lanthier*, JE 94-276, EYB 1994-73608 (CS.) (piscine creusée).

Banque canadienne Impériale de Commerce c Girard, JE 86-208 (CP).

American Automobile Association, Inc c Keneck Ventures Inc, 2010 COMC 103 (CanLII).

R c Imperial Tobacco Products Ltd, [1971] 5 WWR 409 (CS Alb, Div app).

Ontario

Re CFRB and AG for Canada, [1973] 3 OR 819 (Cour d'appel de l'Ontario).

États-Unis

Freeman v Time Inc, 68 F 3d 285 (1995), United States Court of Appeals, 9th Cir.

Union européenne

UE, Judgment of the Court (First Chamber) of 14 March 2013, C-15/11, Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), en ligne, <
<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62011CJ0415&lang1=en&lang2=FR&type=NOT&ancre=>>

Documents gouvernementaux

Québec

Rapports

Gouvernement du Québec, *Protection de l'emprunteur et du consommateur* (dans le Rapport du Comité d'études sur les institutions financières, institué par les arrêtés en conseil 2461 du 22 décembre 1965 et 2540 du 22 décembre 1966), Québec, juin 1969.

Jocelyne Valois et Pierre Paquet, *Les groupes populaires dans la structure du pouvoir*, (Rapport présenté au Conseil des affaires sociales et de la famille), Québec, 1974.

Jean-Guy Belley, Jacques Ramel et Claude Masse, *La société de consommation au Québec*, Québec, Office de la protection du consommateur/Éditeur officiel, 1980.

Roger Tassé, Maxime Faille et Gowling Lafleur Henderson, « Protection des consommateurs en ligne: une étude sur la compétence réglementaire au Canada » réalisée pour le Bureau de la consommation d'Industrie Canada, juillet 2001, La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

Rapport sur le Code civil, Éditeur officiel du Québec, 1978.

Canada

Canadian Bar Association, *Making the case: The Right to Publicly-Funded Legal Representation in Canada*, Report, Ottawa, 2002.

Autres documents

Québec

Assemblée nationale du Québec, Point de presse, « Point de presse de Monsieur Jean-Marc Fournier, ministre de la Justice », 8 juin 2011, en ligne : ASSNAT <<http://www.assnat.qcca/fr/actualites-salle-presse/conferences-points-presse/ConferencePointPresse-7439.html>>.

Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 8 juin 1978, B-2064, Québec 1978.

Matt Hurst, *Endettement et types de familles au Canada*, 15 août 2012, en ligne : Statistique Canada <<http://www.statcan.gc.ca/pub/11-008-x/2011001/article/11430-fra.pdf>>.

Office de la protection du consommateur, *Mémoire présenté à la Commission des institutions concernant l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Québec, 2012.

Office de la protection du consommateur, *Plan stratégique 2009-2013 Des consommateurs responsables et confiants dans un marché équilibré*, 2009, en ligne <http://www.opc.gouv.qc.ca/Documents/Publications/Corporatives/Planification_2009-2013.pdf>.

Office de la protection du consommateur, « Sujets de consommation », 10 octobre 2012, en ligne : Gouvernement du Québec <www.opc.gouv.qc.ca/Index.aspx#>.

Office de la protection du consommateur, *Rapport annuel de gestion 2010-2011*, en ligne : <http://www.opc.gouv.qc.ca/Documents/Publications/Corporatives/Rapport_annuel_2010-2011.pdf>.

Office de la protection du consommateur, « Renseignez-vous sur un commerçant », 10 octobre 2012, en ligne : Gouvernement du Québec <<http://www.opc.gouv.qc.ca>>.

Office de la protection du consommateur, « Régler un problème avec un commerçant », 10 octobre 2012, en ligne : Gouvernement du Québec <<http://www.opc.gouv.qc.ca>>.

Office de la protection du consommateur, « Publications administratives », 10 octobre 2012, en ligne : Gouvernement du Québec < <http://www.opc.gouv.qc.ca>>.

Office de la protection du consommateur, « Publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans. Guide d'application des articles 248 et 249 Loi sur la protection du consommateur », septembre 2012, en ligne <<http://www.opcgouv.qcca/WebForms/SujetsConsommation/Finances>

[Assurances/PubliciteTrompeusePratiques/EnfantsPub.aspx](#)>

Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice, Montréal, Publications DACFO, 1993.

The provincial statutes of Lower-Canada, volume 14, partie 2, par Québec (Province).

Brésil

« China foi o principal destino das exportações brasileiras no primeiro trimestre », 3 avril 2012, en ligne: Portal Brasil <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/04/03/china-foi-o-principal-destino-das-exportacoes-Brasileiras-no-primeiro-trimestre>>

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, « Exportações brasileiras mantêm patamar elevado em 2012 », en ligne : Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5¬icia=12078>>.

Canada

Industrie Canada, « Statistiques relatives à l'industrie canadienne », en ligne : Industrie Canada, <http://www.ic.gc.ca/eic/site/cis-sic.nsf/fra/h_00029.html>.

Documents non gouvernementaux

Québec

Barreau du Québec, *Mémoire additionnel du Barreau du Québec sur la protection du consommateur : Projet de loi n 72 de 1978*, Montréal, 1978.

Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (de la consommation) présenté à la Commission des institutions*, Montréal, octobre 1988, p.i-v.

Coalition des associations de consommateur du Québec, « Quelques chiffres intéressants », 11 avril 2012, en ligne : CACQ < <http://www.cacq.ca/dans-la-marge/2007/statistiques.html> >.

Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, « Instance pour déterminer si les conditions dans le marché canadien du sans-fil ont suffisamment changé pour justifier l'intervention du Conseil à l'égard des services sans fil de détail, Avis de consultation de télécom CRTC 2012-206, Ottawa, le 4 avril 2012, – Appel aux observations », 29 octobre 2012, en ligne : SCEP <http://www.cep.ca/sites/cep.ca/files/docs/fr/120515_memoire_au_CRTC_fr.pdf>

Union des consommateurs, *Surendettement: prévenir plutôt que guérir*, Rapport final du projet présenté au Bureau de la Consommation d'Industrie Canada, Québec, juin 2009, en ligne : UC <http://uniondesconsommateurs.ca/docu/budget/SurendettementPrevenir_F.pdf>.

Union des consommateurs, *L'accès à la justice : comment y parvenir ?*, rapport de recherche, juillet 2004, en ligne, Union des consommateurs <http://uniondesconsommateurs.ca/docu/protec_conso/acces_justice.pdf>.

Union des consommateurs, *Garanties prolongées : le consommateur en a-t-il pour son argent?*, Rapport final du projet de recherche présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, Québec, juin 2007.

Union des consommateurs, « Quelques points de repère chronologiques » (25 juillet 2012), en ligne, Union des consommateurs <www.uniondesconsommateurs.ca/qui-sommes-nous/historique/quelques-points-de-repere-chronologiques/>.

Union des Consommateurs, « Nouveaux modes de paiement : le Canada est-il prêt? », Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, 4 octobre 2011, en ligne : Union des consommateurs <http://uniondesconsommateurs.ca/doc/prtec_conso/NouveauxModesPaiement.pdf>.

Union des consommateurs, *Consommateurs et accès à la justice: un guichet unique pour les consommateurs Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada*, Québec, 2011, en ligne : Union des consommateurs

<http://uniondesconsommateurs.ca/docu/protec_conso/TribunalConsommation.pdf>

Chambre de notaires du Québec, *Mémoire portant sur « l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du droit des obligations »*, Montréal, 1988.

Option consommateurs, *La protection des consommateurs utilisant des cartes de paiement prépayées : Un instrument laissé aux forces du marché*, Rapport rédigé par Option consommateurs et présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, juin 2008, en ligne : OC <http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/rapports/services_financiers/oc_ic_cartes_prepayees_200806.pdf>.

Option Consommateurs, *Observations sur le projet de loi n 24, Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation*, Québec, (25 octobre 2011), en ligne : OC <http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/memoires/services_financiers/oc_commentaires_loi24_20111025.pdf>.

Roderick A Macdonald (groupe de travail), *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, ministère de la Justice du Québec, 1991.

Lacoursière, Marc avec la collaboration d'Arthur Oulaï, *Observations relatives à la Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation (projet de loi n° 24)*, Québec, 27 octobre 2011, en ligne: ASSNAT <www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/CRC/mandats/Mandat-16545/memoires-deposes.html>.

Brésil

Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), *Superendividamento no Brasil, Maio de 2008, São Paulo*, rapport de recherche, en ligne, Senado Federal <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/20100420/Relatorio_Idec_Superendividamento_CI_FINAL.pdf>.

Boa Vista Seguros, *Mercados Endividamento e Inadimplência – Mitos e Verdades 2012*, rapport de recherche, septembre 2012, en ligne, Boavistaserviços <http://www1.boavistaservicos.com.br/upload/mkt/mercados_endividamento2012.pdf>.

Canada

Public Interest Advocacy Centre (PIAC), *All along the watchtower: seeking the future of Canada's payments system Comments addressed to the Task Force for the Payments System Review*, Ottawa, 2010, en ligne: <www.piac.ca/files/watchtower_final.pdf >.

Association du Barreau canadien, « Making the Case: The Right to Publicly-Funded Legal Representation in Canada », février 2002, en ligne: <http://www.cba.org/cba/pdf/2002-02-15_case.pdf>.

France

La nouvelle France – Vie quotidienne, 8 août 2011, en ligne: History of Canada on line <
<<http://web.archive.org/web/20050224190050/northernblue.ca/hconline/chapters/3/3Fviecotid.php>>.

Syndicat industriel des travailleuses et des travailleurs, « Criminalisation de la contestation en France – Solidarité avec Gorgios », 17 septembre 2011, en ligne, Syndicat industriel des travailleuses et des travailleurs, <<http://sitt.wordpress.com/2011/09/17/criminalisation-de-la-contestation-en-france-solidarite-avec-gorgios-france-criminalize-dissent-support-giorgos>>.

Europe

Milieu Ltd., *Comparative study on access to justice in gender equality and anti-discrimination law, Synthesis Report*, présenté à DG Justice of the European Commission, février 2011, en ligne, <http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/conference_sept_2011/final_report_access_to_justice_final_en.pdf>.

European Commission, « Replies to the consultation », 10 décembre 2011, en ligne: European Commission Directorate General for Health and Consumers

http://eceuropa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/replies_collective_redress_consultation_en.htm.

European Commission, « Consumers affairs consultations Towards a coherent European approach to Collective Redress », 10 décembre 2011, en ligne: European Commission Health and Consumers http://eceuropa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/collective_redress_consultation_en.htm .

Définition du rôle et du régime des actions de groupe dans le domaine du droit communautaire de la consommation, Avis d'initiative du CESE, Bruxelles, 2007.

Autres

L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), *Toujours plus d'inégalités: pourquoi les écarts de revenus se creusent*, décembre 2011, en ligne: OCDE < <http://www.oecd.org/fr/social/soc/49205213.pdf> >.

Organisation des Nations Unies

Centre d'actualités de l'ONU *Les vastes disparités de revenu au niveau mondial continuent de se creuser*, octobre 2008, en ligne, UN <<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=17561&Cr=OIT&Cr1=crise#.UXyN4uDvW-w>>.

Documents internationaux

Résolutions

Protection du consommateur, Rés AG, Doc off AG NU, 39^e sess, Doc NU A/RES/39/248 (1985).

Loi type sur le commerce électronique adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Res AG, Doc off AG NU, 85^e sess, Doc NU 51/162 (1996).

Résolution du Parlement Européen concernant une stratégie de renforcement des droits des consommateurs vulnérables, 2011/2272 (INI), A7-0155/2012, 8 mai 2012

Directives

Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, [1993] JO L 095.

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, [2011] JO L 304/64.

Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, [2007] JO L 319.

Directive de 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, JO L 149.

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, [1999] JO L 171.

Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, [1985] JO L 210.

Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, [2008] JO L 133/66.

Traités

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 11 avril 1980, 1489 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1988).

Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 11 décembre 1997, 2302 RTNU 148 (entrée en vigueur : 16 février 2005).

Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, 29 janvier 2000, 2226 RTNU 208 (entrée en vigueur : 11 septembre 2003).

Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, 12 octobre 1929, 137 RTSdN 12 (entrée en vigueur : 13 février 1933).

Articles de revues savantes

Abreu, Paula Santos de. « A proteção do consumidor no âmbito dos tratados da União Européia, Nafta e Mercosul » (2005) 7 :73 *Revista Jurídica Presidência da República* 1.

Aguiar, Ruy Rosado de. « Projeto do Código Civil: As Obrigações e os Contratos » (1999) 15 *Revista de Direito Renovar* 1.

Aguiar, Ruy Rosado de. « O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de convergência) », (2003) 24 *Revista da EMERJ* 1.

Arbour, Marie-Ève et Caroline Plante. « Le consommateur de services publics » (2008) 49 *Cahiers de droit* 27.

Arulanantham, Ahilan T. « Breaking the Rules?: Wittgenstein and Legal Realism » (1997-1998) 107 *Yale LJ* 1853.

Badouin, Louis. « L'ordre public et les bonnes mœurs en droit privé » (1953) 13 *Revue du Barreau* 381.

Barbe, Raoul P. « La connaissance judiciaire des actes réglementaires » (1980) 21: 2 *Cahiers de droit* 427.

Barmann, Johannes. « *Pacta sunt servanda*. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel » (1961) 13 RIDC 18.

Belley, Jean-Guy. « La notion de protection du public dans la réforme du droit professionnel québécois: une analyse socio-politique » (1980) 21 Cahiers de droit 673.

Belley, Jean-Guy. « Le rôle de la doctrine », (1985) 26 Cahiers de droit 1044.

Benjamim, Antonio Herman. « Préface » (1992) 1 Revista de Direito do Consumidor 1.

Benjamin, Antônio Herman. « O Direito do Consumidor » (1992) 160 Revista Justitia 251.

Bertoncello, Karen Rick Danilevicz et Clarissa Costa de Lima. « Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ: Projeto-piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor » (2007) 63 Revista de Direito do Consumidor 173.

Bisson, Donald. « Problèmes théoriques et pratiques lors du déroulement d'un recours collectif au mérite » (2007) 278 Revue du Barreau 1.

Bourgoignie, Thierry et Julie St-Pierre. « Le statut de la politique de protection du consommateur dans les systèmes régionaux économiquement intégrés. Une première évaluation comparative » (2007) 20:1 RQDI 1.

Bourgoignie, Thierry. « O conceito jurídico do consumidor » (1992) 2 Revista de Direito do Consumidor 32.

Buchwald, Harold. « Consumer Protection in the Community: The Canadian Experience-An Overview » (1978) 2 Can Bus LJ 182.

Calais-Auloy, Jean. « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats » (1994) 2 RTD civ 239.

Chamberland, Luc. « L'absence de mise en vigueur des dispositions de la loi sur la protection du consommateur qui excluent certains champs de l'application de la loi » (1983) 13 RDUS 411.

Chaput, Denis. « Le Rapport Parizeau » (1969) 45:3 L'Actualité économique 521.

Coulombe, Serge. « Une analyse de la politique fiscale du gouvernement fédéral par l'examen des soldes budgétaires » (1984) 60:2 *Actualité économique* 240.

Crépeau, Paul-André. « Le droit civil et le droit de la protection du consommateur », (1979) 10 *RGD* 13.

Crépeau, Paul-André. « La réforme du Code civil du Québec » (1979) 31:2 *RIDC* 269.

Cumyn, Michelle. « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité » (2007) 41 *RJT* 1.

Dussault, Gilles. « La politique de la délégation des actes professionnels au Québec » (1985) 11 *Can Pub Pol'y* 2.

Duval Hesler, Nicole. « Le recours collectif: un parcours complexe » (2004) 64 *Revue du Barreau* 383.

Fabien, Claude. « La preuve par document technologique » (2004) 38 *RJT* 533.

Ferretti, Lucia. « La Révolution tranquille » (1999) 10 *L'Action nationale*, 1.

Fonseca, Patricia Galindo da et Antoine Bourgoignie. « The Belo Monte Dam Case » (2011) 41:2 *Environmental Policy and Law The Journal for Decision-Makers* 104.

Fonseca, Patricia Galindo da. « Le dynamisme du droit brésilien de la protection du consommateur » (2010) 23:1 *RQDI* 115.

Fonseca, Patricia Galindo da. « Formação de contrato de compra e venda internacional de mercadorias » (2000) 2 *Revista de Direito do Mercosul/Revista de Derecho del Mercosur* 149.

Fontaine, Laurence Léa. « Des services publics toujours essentiels au Québec? » (2008) 63:4 *Relations industrielles / Industrial Relations*, 719.

Galanter, Marc. « Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of social change » (1974) 8 *Law & Soc'y Rev* 95.

Galanter, Marc. « Afterword: Explaining Litigation » (1975) 9 *Law & Soc'y Rev* 347.

Gáulia, Cristina Tereza. « A Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor » (2002) 40 Revista de Direito do Consumidor 75.

Gautrais, Vincent. « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! », (2005) 106 R du N 617.

Gidi, Antônio. « Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries » (2003) 51 Am J Comp L 311.

Girard, Pâquerette. « L'évolution du rôle des juges », (2001) 42 Cahiers de droit 361.

Goulet, Henri. « L'histoire du mouvement des consommateurs au Québec » (1996) 6:1 Changements 11.

Guillemard, Sylvette. « Les clauses abusives et leurs sanctions: la quadrature du cercle » (1999) 59 R du B 369.

Guimond, Alexandre. « La notion de confiance et le droit du commerce électronique » (2008) 12:3 Lex Electronica 1.

Guindon, Hubert. « La Révolution tranquille et ses effets pervers » (1999) 20-21 Société : le chaînon manquant 1.

Grey, Julius H, Geneviève Coutlée et Marie-Ève Sylvestre. « Access to justice and the New Code of Civil Procedure » (2004) 38 Revue juridique Thémis 711.

Jacquemin, Alexis. « Illusions et réalités de l'État-protecteur » (1984) 13 Revue interdisciplinaire d'études juridiques 129.

Jobin, Pierre-Gabriel. « Les clauses abusives », (1996) 75 Revue du Barreau canadien 503.

Jobin, Pierre-Gabriel. « La réforme du droit des obligations : Prospective générale » (1989) 30:3 Cahiers de droit 557.

Kablan, Serge et Arthur Oulai. « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », (2009) 54:4 RD McGill 627.

Kasirer, Nicholas. « Review Essay: Of Combats Livrés and Combats Livresques » (2004) 19 Can J L & Soc 153.

Lachapelle, Jacques. « Le juge et les petites créances : un rôle multiforme », (1999) 40 Cahiers de droit 191.

Lacoursière, Marc. « Le consommateur et l'accès à la justice » (2008) 49 Cahiers de droit 97.

Lacoursière, Marc. « Richard c Time Inc: à la recherche de la définition du "consommateur moyen"! » (2011) 90 Revue du Barreau canadien 495.

Lafond, Pierre-Claude. « Le consommateur et le procès – Rapport général » (2008) 49 Cahiers de droit 131.

Lafond, Pierre-Claude. « Contours et ramifications de la « nouvelle » définition du contrat de consommation du Code civil du Québec » (1996) 56 Revue du Barreau 569.

Lafond, Pierre-Claude. « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale » (1998-99) 29 RDUS 3

Lamarche, Lucie. « Le féminisme québécois, la crise des droits et la recherche de droit : quelques raisons pour s'inquiéter [...] et quelques autres d'espérer », (2000) 34 Cahiers de recherche sociologique 99.

Lauzon, Yves. « Le recours collectif québécois : description et bilan » (1994) 9 Revue canadienne du droit de commerce 324.

Lefebvre, Brigitte. « La bonne foi dans la formation du contrat » (1992) 37 RD McGill L J 1053.

Lefebvre, Brigitte. « La bonne foi: notion protéiforme », (1996) 26 RDUS 321.

Lefebvre, Brigitte. « Le Contrat d'adhésion » (2003) 105 Revue du Notariat 439.

Lemieux, Marc. « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42:3 Cahiers de droit 841.

L'Heureux, Nicole. « La réforme du droit des obligations : La protection du consommateur » (1988) 29:4 Cahiers de droit 1083.

L'Heureux, Nicole. « Contrat de consommation » (1988) 29 Cahiers de droit 1083.

Lilkoff, Lubin. « Aspect social et technique de la vente à tempérament », (1967) 27 Revue du Barreau 1.

Lluelles, Didier. « Le mécanisme du renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux », (2002) 104 R du N 11 et Vincent Gautrais, « *Dell Computer c Union des consommateurs* – Histoire d'un "Oops"! », (2005) CPI 688.

Lôbo, Paulo Luiz Netto. « Princípios sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil » (2002) 42 Revista do Direito do Consumidor 172.

Longtin, Marie José. « De certaines tendances en matière de petites créances » (1999) 40 Cahiers de droit 217.

Losé Longtin, Marie. « Des certaines tendances de petites créances » (1999) 40 Cahiers de droit 217.

Maisani, Pauline et Florence Wiener. « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit » (1994) 27 Droit et Société 443.

Martin, Stefan. « Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois » (1993) 34:2 Cahiers de droit 599.

Marques, Claudia Lima. « O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIN dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil » (2007) 61 Revista do Direito do Consumidor 40.

Marques, Claudia Lima. « Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: pour um Direito do Consumidor aprofundado » (2006) 57 Revista do Direito do Consumidor 9.

Masse, Claude. « La réforme du droit des obligations : L'avant-projet de Loi et la protection des consommateurs » (1989) 30:4 Cahiers de droit 827.

McGuire, Seana et Roderick Macdonald. « Judicial Scripts in the Dramaturgy of the Small Claims Court » (1996) 11 Can J Law & Soc 63.

Meunier, Pierre B. « La nouvelle loi du Québec sur la protection du consommateur – loi 72 » (1979) 8 Meredith Mem Lect 1.

- Miles, John. « Decline or Impasse? The Current State of the Welfare State » (1988) 26 *Studies in Political Economy* 73.
- Mockle, Daniel. « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes auto-réglementaires » (2003) 44 *Cahiers de droit* 297.
- Moore, Benoît. « Sur l'avenir incertain du contrat de consommation », (2008) 49:1 *Cahiers de droit* 5.
- Moore, Benoît. « Les clauses abusives: Dix ans après » (2003) 63 *Revue du Barreau* 59.
- Morin, Gaston. « Les tendances actuelles de la théorie des contrats » (1937) 26 *RTD civ* 553.
- Morissette, Yves-Marie. « Figure actuelle du juge dans la cité » (1999) 30 *RDUS* 1.
- Motta Filho, Carlos Fernando Carvalho. « Ensaio sobre a lesão contratual nas relações de consumo, segundo a nova ordem civil » (2004) 371 *Revista Forense* 97.
- Normand, Sylvio. « Le Code et la protection du consommateur » (1988) 29 *Cahiers de droit* 1063.
- Opo, Giorgio. « Disumanizzazione del contratto? » (1998) 5 *Rivista di Diritto Civile* 525.
- Pinon, Stéphane. « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante » (2010) 2 *Revue du Droit Public* 523.
- Reich, Norbert. « Consumerism and citizenship in the Information Society – The case of electronic contracting » (2000) 7:3 *Competition and Consumer Law Journal* 185.
- Reich, Norbert. « The regulatory crises: does it exist and can it be solved? Some comparative remarks on the situation of social regulation in the USA and in the European Economic Community » (1984) 2:2 *Environment and Planning C: Government and Policy* 177.
- Reinhart, Carmen M et Kenneth S Rogoff. « Growth in a time of Debt » (2010) 100 *American Economic Review: Papers & Proceedings* 573.

- Rémillard, Gil. « Le partage des compétences législatives en matière de radio-télécommunication » (1973) 14 Cahiers de droit 299.
- Roach, Kent et Lorne Sossin, « Access to justice and beyond » (2010) 60:2 University of Toronto Law Journal 373.
- Romaniuk, Bohdan et Hudson Janisch. « Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition? » (1986) 18 Ottawa L Rev 561.
- Rothchild, John. « Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism » (1999) 74:3 Indiana Law Journal 893.
- Santos, Boaventura de Souza. « Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit (1988) 10 Dr et Soc 379.
- Saumier, Geneviève. « Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape », (2009) 113:4 Penn St L Rev 1203.
- Scott, W B. « Private Agreement and Public Order » (1940) 18 CBR 159.
- Siqueira Netto, Carlos. « Ministério Público – uma nova estratégia para seu aperfeiçoamento » (1984) 99 Justitia 43.
- Silva, André Vicente Seifer da. « As convergências e as assimetrias dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil » (2008) 65 Revista do Direito do Consumidor 1.
- Sossin, Lorne. « The Justice of Access: Who Should Have Standing to Challenge the Constitutional Adequacy of Legal Aid? » (2007) 40 UBCL Rev 727.
- Tancelin, Maurice. « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », (1988) 29:4 Cahiers de droit 865.
- Tetley, William. « Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified) » (2000) 60 La. L Rev 677.
- Teubner, Gunther. « Substantive and reflexive elements in modern law » (1983) 17 Law & Soc'y Rev 239.
- Thomas, Richard. « Codes of Practice in the United Kingdom and the Consumer Interest » (1984) 7 Journal of Consumer Policy 198.

Trubek, David M. « Turning Away from Law? » (1984) 82:4 Mich L Rev 824.

Vallée, Pierre-Hughes et Ejan Mackaay. « La confiance : sa nature et son rôle dans le commerce électronique », (2006) 11:2 Lex Electronica 1.

Vézina, Nathalie et Françoise Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec... deux solitudes : mesures préventives et sanctions civiles des atteintes à la sécurité », (2008) 49 Cahiers de droit 57.

Monographies

Alpa, Guido. *Tutela del Consumatore e Controlli Sull'Impresa*, Bologna, Il Mulino, 1977.

Alexis, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Batiffol, Henri. *La crise du contrat et sa portée*, Paris, Archives de Philosophie du Droit, t XIII, 1968.

Baudoin, Jean-Louis. *Les obligations*, 2^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 1983.

Baudouin, Jean-Louis, Pierre Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005.

Bauman, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2003.

Bauman, Zygmunt et Keith Tester. *La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones*, Barcelona, Paidós, 2002.

Beaudoin, Gérard-Armand. *La Constitution du Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990.

Beaulieu, Marie-Louis. *Les conflits de droit dans les rapports collectifs de travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1955.

Benjamin, Antônio Herman et Claudia Lima Marques et Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor*, São Paulo, RT, 2007.

Bessa, Leonardo Roscoe et Walter José Faiad de Moura. *Manual de Direito do Consumidor*, Brasília, Escola Nacional de Defesa do Consumidor, Ministério da Justiça, 2008.

Bezerra, Paulo César Santos. *Acesso à Justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito*, Rio de Janeiro, São Paulo, Renovar, 2001.

Bock-Côté, Mathieu. *Fin de cycle: aux origines du malaise politique québécois*, Montréal, Boréal, 2012.

Bourgoignie, Thierry et Guy Delvax, Françoise Domont-Naert et C. Panier. *L'aide juridique au consommateur*, Bruxelles, Cabay/Bruylant, 1981.

Bourgoignie, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation, au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

Brizzio, Claudia. *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3^e éd, Montréal, Yvon Blais, 1997.

Calais-Auloy, Jean. *Propositions pour un nouveau droit de la consommation: Rapport de la Commission de refonte du droit de la consommation*, Collection de rapports officiels, Paris, La Documentation française, 1985.

Cappelletti, Mauro. *La dimensione sociale: l'accesso allá giustizia. Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1994.

Cappelletti, Mauro et John Anthony Jolowickz. *The Role of the Ministero Public, the Prokuratura and the Attorney General in Civil Legislation With a Glance at Other Forms of Representation of Public and Group Interests in Civil Proceedings*, Milan/Dobbs Ferry, Giuffrè Editore/Oceana Publications, 1975.

Cárdenas, Sara Feldstein de. *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

Carneiro, Paulo César Pinheiro. *A Atuação do Ministério Público na Área Cível*, 2^e éd, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2000.

Carty, Anthony, dir. *Post-modern law. Enlightenment, Revolution and the Death of Man*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1990.

Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 2005.

Combre, Nilton da Silva. *Teoria e Prática da locação de imóveis*, Rio de Janeiro, Saraiva, 1985.

Crépeau, Paul-André. *La réforme du droit civil canadien. Une certaine conception de la recodification. 1965-1977*, Montréal, Thémis, 2003.

David, René et John E. C. Brierley. *Major Legal Systems in the World Today*, 3^e éd, Stevens & Sons, London, 1985.

David, René et Camille Jauffret-Spinozi. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd, Paris, Dalloz, 2002.

Debruche, Anne-Françoise. *Équité du juge et territoires du droit privé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Deffains, Bruno, Myriam Donat-Duban et Éric Langlais. *Économie des actions collectives*, Droit et Justice, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

Dekeuwer-Défossez, Françoise. *Droit Commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 5^e éd, Paris, Montchrestien, 1997.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2^e, São Paulo, Malheiros, 2002.

Domont-Naert, Françoise. *Consommateurs défavorisés : crédit et endettement*, Bruxelles, Story Scientia, 1992.

Dumont, Fernand. *Genèse de la société québécoise*, 2^e éd., Boréal, Québec, 1996.

Dumont, Fernand. *La vigile du Québec*, Montréal, Hurtubise HMH, 1971.

Dumont, Fernand. *Le lieu de l'homme*, 3^e éd Montréal, HMH, 1969.

Dumont, Fernand et Jean-Paul Montminy, dir. *Le pouvoir dans la société canadienne-française*, Québec, PUL, 1966.

- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- Efing, Antônio Carlos. *Fundamentos de direito nas relações de consumo*, 2^o éd, Juruá, Curitiba (Brésil), 2006.
- Featherstone, Mike. *Consumer Culture and Postmodernism*, 2^o éd, London, Sage Publications, 2007.
- Ferreira, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação – Direitos fundamentais na Constituição brasileira*, São Paulo, Celso Bastos, 1997.
- Foucault, Michel. *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.
- Fuller, Lon L. *The Anatomy of the law*, New York, Mentor, 1969.
- Garcia, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência*, 3^o éd., Niterói (RJ), Impetus, 2007.
- Ghersi, Carlos Alberto. *La postmodernidad jurídica – una discusión abierta*, Buenos Aires, Gowa, 1995.
- Gomes, Orlando. *Contratos*, 15^o éd, Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- Grau, Eros Roberto et Paula Forgioni. *O estado, a empresa e o contrato*, Malheiros, São Paulo, 2005.
- Guarino, Antonio. *Diritto privato romano*, 12^o éd, Naples, Jovene, 2001.
- Habermas, Jürgen. *Legitimation Crisis*, Boston, Beacon Press, 1975.
- Hargain, Daniel et Gabriel Mihali, *Circulation de Beines en el Mercosur*, Montevideo, Jùlio Cèsar Faria Ed, 1998.
- Harries, Jill. *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Hart, Herbert L. A. *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 2^o éd, Toronto, Carswell, 1985.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law in Canada*, Student Edition, Toronto, 2001.

Horta, Raul Machado. *Direito constitucional*, 2^e éd, Belo Horizonte (Minas Gerais), Del Rey, 1999.

Irti, Natalino. *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999.

Jadaud, Bernard et Robert Plaisant, *Droit du commerce international*, 4^e ed, Paris, Dalloz, 1991.

Jameson, Fredric. *Una modernidad singular – ensaio sobre la ontologia del presente*, Barcelona, Gedisa, 2004.

Jatahy, Carlos Roberto de C. *O Ministério público e o estado democrático de direito. Perspectivas constitucionais de atuação institucional*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007.

Karim, Vincent. *Les obligations*, 2^e éd, vol 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002.

Kelsen, Hans. *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

Khouri, Paulo Roberto. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*, 3^e éd, São Paulo Atlas, 2006.

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Qc, Yvon Blais, 2006.

Lafond, Pierre-Claude. *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996.

Lefebvre, Brigitte. *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

Lesage, Marc et Francine Tardif, dir. *30 ans de Révolution tranquille. Entre le Je et le Nous. Itinéraires et mouvements*, Montréal, Bellarmin, 1989.

Linteau, Paul-André et al. *Histoire du Québec contemporain. Tome 2, Le Québec depuis 1930*, nouvelle édition revisitée, Montréal, Boréal Compact, 1989.

Lipovetsky, Gilles. *L'ère du vide: Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983.

L'Heureux, Nicole et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.

- Lluelles, Didier et Benoît Moore. *Droit des obligations*, Montréal, Themis, 2006.
- Lisboa, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, 3^e éd, São Paulo, Saraiva, 2012.
- Maniet, Françoise. *Nanotechnologies et produits de consommation Quels risques? Quels encadrements?*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012.
- Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*, 5^e éd, São Paulo, RT, 2006.
- Masse, Claude. *Droit de la consommation : Introduction générale*, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 1982-1983.
- Mazzilli, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*, 5^e éd, Saraiva, São Paulo, 2001.
- Mestiri, Ezzedine. *Le nouveau consommateur : dimensions éthiques et enjeux planétaires*, Paris, Harmattan, 2003.
- Merryman, John. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2^e éd, Stanford University Press, Stanford, California, 1985.
- Monedero, Juan Carlos. *Estudio Preliminar en Boaventura de Sousa Santos, El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Madrid, Trotta, 2005.
- Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 7^e éd, São Paulo, Atlas, 2007.
- Monière, Denis. *Le développement des idéologies au Québec*, Québec-Amérique, Montréal, 1977.
- Montesquieu. *De l'esprit des lois*, t 1, Paris, Gallimard, 1995.
- Nascimento, Miguel Castro Tupinambá. *Comentários ao Código do Consumidor (Lei 8.078 de 11.09.1990)*, Rio de Janeiro, Aide, 1991.
- Nunes, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*, 5^e éd, São Paulo, Saraiva, 2010.

Nunes, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*, São Paulo, Saraiva, 2000.

Oliveira, José Lopes. *Contratos*, Rio de Janeiro, Saraiva, 1991.

Orucu, Esin, Elspeth Attwooll et Sean Coyle. *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1996.

Parent, Geneviève, dir. *Production et consommation durable : de la gouvernance au consommateur-citoyen*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Pasqualotto, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, RT, 1997.

Patterson, Dennis. *Law and Truth*, New York et Oxford, Oxford University Press, 1996.

Pelegrini Grinover, Ada, Kazuo Watanabe, Alúcio Gonçalves de Castro. *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, RT, 2007.

Pelletier, Michel et Yves Vaillancourt. *Les politiques sociales et les travailleurs, Cahier IV: Les années 1960*, Montréal, Y. Vaillancourt, 1974.

Perrault, Antonio. *Traité de droit commercial*, tome 2, Montréal, Albert Lévesque, 1936.

Prado Júnior, Caio. *História Econômica do Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 2008.

Rios, Josué. *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*, São Paulo, Mauad, 1998.

Ripert, George. *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd, Paris, LGDJ, 1935.

Ripert, George et René Roblot. *Traité de droit commercial*, 13^e éd, Paris, LGDJ, 1989.

Ruggiero, Roberto. *Insituições de Direito Civil*, trad. par Paolo Capitanio, Campinas (SP), Bookseller, 1991.

Saad, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 4^e éd, São Paulo, LTR, 1999.

Santos, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, São Paulo, Cortez, 1997.

Santos, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Biblioteca de Direito do Consumidor, 2000.

Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 9^e éd, São Paulo, Malheiros, 1994.

Soares, Paulo Brasil Dill. *Princípios Básicos de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Led, 2009.

Sodré, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, São Paulo, RT, 2007.

Steiner, Philippe. *Les rémunérations obscènes*, dans *Zones*, 13 octobre 2011, en ligne, <http://www.editions-zones.fr/spip.php?page=lyberplayer&id_article=144>.

Tancelin, Maurice. *Des obligations*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988.

Tchernonog, Viviane. *Le paysage associatif français. Mesures et évolutions*, Paris, Juris associations/Dalloz, 2007.

Teixeira, Odemir Bilhalva. *Aspectos Principiológicos do Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Russel, 2009.

Tocqueville, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*, t 3, 14^e éd, Paris, Éditions Michel Lévy Frères, 1864.

Vicentino, Cláudio et Gianpaolo Dorigo. *História para o ensino médio. História geral do Brasil*, São Paulo, Scipione, 2001.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition*, Cape Town, Irta & Co, 1990.

Articles publiés dans des ouvrages collectifs

Aguiar, Ruy Rosado de. « Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor », dans Claudia Lima Marques, dir, *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Ajuris, 1994, 1.

Balate, Éric. « Le contrat de crédit : les techniques en aval pour contrôler l'endettement » dans André Laurin, dir, *Endettement des consommateurs, chronique d'une catastrophe annoncée : actes du colloque. Colloque international sur la consommation, les 12 et 13 mars 2009*, Cowansville, Yvon Blais, 2010.

Belleau, Charles. « Les règles générales de la procédure civile québécoise et le déroulement de la demande en justice en première instance – Les principes d'interprétation, les concepts généraux et les règles fondamentales » dans *Collection de droit 2005-2006*, vol 2, École du Barreau du Québec, 2005, 1.

Belley, Jean-Guy. « Rapport de synthèse Comment l'équité advient-elle dans la société de consommation? » dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore, dir, *L'équité au service du consommateur*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 171.

Belley, Jean-Guy. « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse En quête de justice et d'équité*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 119.

Borgeat, Louis. « Présentation générale du thème » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *La publicité, arme de persuasion massive : les défis de l'encadrement législatif*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 3.

Borgeat, Louis. « Mot de la fin » dans *Endettement des consommateurs : chronique d'une catastrophe annoncée*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 129.

Borysewicz, Michel. « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats » dans *Études offertes à P. Kaysser*, tome II, Aix-Marseille, PUF, 1979, 90.

Bouchard, Gérard. « Une crise de la conscience historique. Anciens et nouveaux mythes fondateurs dans l'imaginaire québécois » dans Stéphane Kelly, dir, *Les idées mènent le Québec Essais sur une sensibilité historique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003, 41.

Bourgoignie, Thierry. « Colloque Brésil Québec sur le droit de la consommation » dans Patricia Galindo da Fonseca, Fabiana D'Andréa Ramos et Bourgoignie, dir, *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado*, Niterói (RJ), EDUFF, à paraître.

Bourgoignie, Thierry. « Lois générales sur la protection du consommateur et codes de la consommation en Europe » dans Françoise Maniet, *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 227.

Bourgoignie, Thierry. « Préface » dans Karounga Diawara, *Le contrôle de la puissance de marché – Contribution à une approche juridique du marché*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 1.

Bourgoignie, Thierry. « Droit de la consommation: une mutation salubre » dans *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis/Bruylant, 2008, 845.

Bourgoignie, Thierry. « Garanties légales et commerciales liées à la vente de produits de consommation : la confusion des genres » dans Thierry Bourgoignie, *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008, 41.

Bourgoignie, Thierry. « Garanties légales et commerciales liées à la vente de produits de consommation : la confusion des genres » dans Thierry Bourgoignie, *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008, 41.

Bourgoignie, Thierry. « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006 » dans Thierry Bourgoignie, dir, *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 1.

Bourgoignie, Thierry. « Consumérisme ou consommation durable? Un choix nécessaire sur les pas du développement durable » dans Agnes Michelot, dir, *Environnement et commerce. Perspectives pour l'Afrique de l'Ouest*, UNITAR, Genève, 2006, 141.

Bourgoignie, Thierry. « Les nouveaux enjeux nés du contexte international », Françoise Maniet, dir, *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 71.

Bourgoignie, Thierry. « Du développement durable à la consommation durable : la rencontre entre la politique communautaire de l'environnement et la politique communautaire de protection du consommateur » dans Sergio Gerotto, dir, *Questions choisies de droit comparé de l'environnement*, Cahiers du Département de droit comparé, n 5, Padova, Coop Libreria Editrice Universita di Padova, 2002, 129

Bourgoignie, Thierry. « Le contrôle abstrait des abus dans les rapports de consommation » dans *Rapports belges (vol. 1) XIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé* (Sydney, août 1986), Kluwer/Bruylant, Anvers/Bruxelles, 1986, 135.

Bourgoignie, Thierry et Jules Stuyck. « La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs » dans *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial : approche comparative*, Actes des XI^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin (14 et 15 novembre 1982), Bruxelles, 1984, 597.

Braën, André. « La santé et le partage des compétences au Canada » dans Tom McIntosh, Pierre-Gerlier Forest & Gregory Marchildon, eds, *The Governance of Health Care in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, 24.

Burnstein, Mathew. « A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment » dans Katharina Boele-Woelki et Catherine Kessedjian, dir, *Internet Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, 23.

Calais-Auloy, Jean. « La réforme du droit de la consommation en France » dans Françoise Maniet, dir, *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 217.

Caldéron, Fernando. « Latin American Identity and Mixed Temporalities; or How to Be Postmodern and Indian at the Same Time » dans John Beverley, José Oviedo et Michael Aronna, dir, *The Postmodernism Debate in Latin America*, Durham, Duke University Press, 1995, 56.

Cameron, David. « Le rôle du pouvoir judiciaire dans le développement du droit de la consommation au Québec » Patricia Galindo da Fonseca, Fabiana D'Andréa Ramos et Thierry Bourgoignie, dir, *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado*, Niterói (RJ), EDUFF, à paraître.

Cappelletti, Mauro et Bryant Garth. « Access to Justice: the Worldwide Movement to Make Rights Effective - A General Report » dans Mauro Cappelletti et Bryant Garth, dir, *Access to Justice: A World Survey (Vol. I of the Florence Access to-Justice Project series)*, Leyden and Boston/Milan, Sijthoff/Giuffre, 1978, 1.

Corriveau, Chantal. « L'exercice de la discrétion judiciaire dans le cadre des recours collectifs, une loi sur le recours autorisé » dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents sur les recours collectifs*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 1.

Cumyn, Michelle. « L'équité : définition et concepts » Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore, dir, *L'équité au service du consommateur*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 1.

Crépeau, Paul-André. « Les obligations — la justice contractuelle » dans *Codification, Valeurs et langage: actes du colloque international de droit civil comparé*, Québec, Conseil de la langue française, 1985, 364.

Delaney Beausoleil, Kathleen. « Le recours collectif - Dispositions introductives » dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir, *Précis de procédure civile*, vol 2, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2003, para 2.

Derrida, Jacques. « Structure, Sign, and Play in the Discourse of the Human Sciences » dans Joseph Natoli and Linda Hutcheon, dir, *A post modern reader*, Albany, State University of New York Press, 1993, 223.

Dion, Stéphane et James Iain Gow. « L'administration québécoise à l'heure des libéraux » dans Denis Monière, dir, *L'année politique au Québec*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1999, 61.

Dumoulin, Laurence et Violaine Roussel. « La judiciarisation de l'action publique » dans Olivier Borraz et Virginie Guiraudon, dir, *Politiques publiques 2*, Presses de Science Po, 2010, 243.

Fonseca, Patricia Galindo da. « Origens e Fundamentos do Direito Brasileiro do Consumidor », dans Patricia Galindo da Fonseca, Fabiana D'Andréa Ramos et Thierry Bourgoignie, dir, *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado*, Niterói (RJ), EDUFF, à paraître.

Fonseca, Patricia Galindo da. « A Lei brasileira de arbitragem : uma breve análise » dans Fernando de la Rosa, Guillermo Orozco Pardo et Francisco Javier Garrido Carrillo, dir, *Mediación y arbitraje de consumo Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 359.

Frost, Gary. « La résolution des différends en consommation : l'expérience de la conciliation à l'Office de la protection du consommateur » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Accès des consommateurs à la justice*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 69.

Gautrais, Vincent et Ejan Mackaay. « Les contrats informatiques » dans Denys-Claude Lamontagne, dir, *Droit spécialisé des contrats. Les contrats relatifs à l'entreprise*, vol 3, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 279.

Ghestin, Jacques et Isabelle Marchessaux. « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion » dans Jacques Ghestin, dir, *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications*, Acte du 19^e Colloque de droit européen, 6-9 novembre 1989, Luxembourg, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, 78.

Germain, Daniel et Jorge Passalacqua. « La Protection du consommateur une mission essentielle de l'État québécois » dans Françoise Maniet, dir, *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 25.

Grégoire, Marie Annik. « L'équité contractuelle au service du consommateur: quand l'idéalisme ne suffit pas à contrer la réalité » dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore, dir, *L'équité au service du consommateur*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 19.

Héleine, François. « Le droit des obligations – Une double préoccupation des tribunaux: contrôler les comportements – s'adapter au droit nouveau » dans Gil Rémillard, dir, *Le nouveau Code civil du Québec: un bilan*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, 27.

Hodges, Christofer. « A New Framework for Collective Redress in Europe » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, 2009, 1.

Jobin, Pierre-Gabriel. « L'équité en droit des contrats » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse En quête de justice et d'équité*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 471.

Lafond, Pierre-Claude. « Pour un code québécois de la consommation » dans Françoise Maniet, dir, *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 169.

Leclair, Jean. « L'interface entre le droit commun privé provincial et les compétences fédérales « attractives » dans *Un cocktail de droit d'auteur/A Copyright Cocktail*, Thémis, Montréal, 2007, 25.

Lesage, Marc et Francine Tardif. « Des luttes collectives a l'affirmation de l'individu » dans Marc Lesage et Francine Tardif, dir, *30 ans de Révolution tranquille. Entre le Je et le Nous. Itinéraires et mouvements*, Montréal, Bellarmin, 1989, 125.

Lévêque, François. « Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public » dans Thierry Kirat et Evelyne Serverin, dir, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS, 2000, 179.

Linteau, Paul-André. « Un débat historiographique : l'entrée du Québec dans la modernité et la signification de la Révolution tranquille » dans Yves Belanger, Robert Comeau et Céline Metivier, dir, *La Révolution tranquille. 40 ans plus tard: un bilan*, Actes du douzième colloque organisé par l'Université du Québec à Montréal (UQAM) sur les leaders du Québec contemporain (Montréal, du 31 mars au 1^{er} avril 2000), Montréal, VLB, 2000, 21.

Lima, Clarissa Costa de, Rosângela Lunardelli Cavallazzi et Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. « O Crédito consignado, a prevenção e o tratamento do superendividamento » dans Patricia Galindo da Fonseca, Fabiana D'Andréa Ramos et Thierry Bourgoignie, dir, *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado*, Niterói (RJ), EDUFF, à paraître.

Macdonald, Roderick. « L'accès à la justice et le consommateur: une "marque maison"? » dans Pierre-Claude Lafond, *L'accès des consommateurs à la justice*, Montréal, Yvon Blais, 2010, 1.

Macdonald, Roderick A. « Access to Justice in 2003 – Scope, Scale, Ambitions » dans Julia Bass, W A Bogart et Frederick H Zemans, dir, *Access to Justice for a New Century: The Way Forward*, Toronto, Law Society of Upper Canada / Irwin Law, 2005, 19.

Mackaay, Ejan. « L'analyse économique du droit de la consommation – Quelques réflexions sur son rapport avec le droit civil et sur l'évaluation de son effectivité » Thierry Bourgoignie, *Propos autour de l'effectivité du droit de la consommation*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008, 215.

Marques, Claudia Lima. « Comércio eletrônico de consumo internacional: modelos de aplicação da lei mais favorável ao consumidor e do privilégio de foro » dans Patricia Galindo da Fonseca, Fabiana D'Andréa Ramos et Thierry Bourgoignie, dir, *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado*, Niterói (RJ), EDUFF, à paraître.

Marques, Claudia Lima. « O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre os interesses individuais, sociais e direitos fundamentais » dans Claudia Lima Marques, dir, *A nova crise dos contratos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, 22.

Marques, Claudia Lima. « A insuficiente proteção do consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado - Da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo » dans *Derecho Internacional y de La Integración*, Santa Fe, v 2, 2003, 139.

Marques, Claudia Lima. « O Código Brasileiro do Consumidor e o Mercosul » dans Claudia Lima Marques, dir, *Estudos sobre A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994, 97.

Marques, José Roberto. « Termo de compromisso de ajustamento de conduta » dans Antonio Herman Benjamim, dir, *Direito, Água e Vida, Law, Water and the web of life*. São Paulo, Instituto por um Planeta Verde, 2003, 588.

Masse, Claude. « Les liens entre la *Loi sur la protection du consommateur* et le *Code civil du Québec* » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir, *Du Code civil du Québec : Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Thémis, 2005, 383.

Masse, Claude. « Fondement historique de l'évolution du droit historique du droit québécois de la consommation » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse En quête de justice et d'équité*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 39.

Masse, Claude et Pauline Roy. « Droit de la consommation: le difficile apprivoisement d'une réforme » dans Robert D Bureau et Pierre Mackay, dir, *Le droit dans tous ses états*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1987, 337.

Massol, Georges. « Le juge et l'équité en matière de protection du consommateur » dans Pierre-Claude Lafond et Benoît Moore, dir, *L'équité au service du consommateur*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 45.

Mayrand, Albert. « De l'équité dans certains contrats : nouvelle section du Code civil » dans Germain Brière et al, *Lois nouvelles*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965, 69.

Mazeaud, Denis. « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles Frontières? » dans Christophe Albigès et al, dir, *Liber amicorum Jean Calais-Aulay – Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, 697.

Moore, Benoît. « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 1.

Moreira, José Carlos Barbosa. « A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos » dans Ada Pellegrini Grinover, dir, *Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1984, 82.

Morin-Evrard, Anne. « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 » dans Thierry Bourgoignie, dir, *Group actions and consumer protection. L'action collective et la défense des consommateurs*, Bruxelles, Kluwer, 1992, 57.

Normand, Sylvio. « Le Code civil et l'identité » dans Serge Lortie, Nicholas Kasirer et Jean-Guy Belley, dir, *Du code civil du Québec Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussite*, Montréal, Thémis, 2005, 619.

Ost, François. « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice » dans Philippe Gérard, Michel Van de Kerchove et François Ost, dir,

Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, 1.

Patetta, Gaëlle. « L'action de groupe : un mécanisme indispensable à la protection du consommateur européen » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 93.

Pellegrini Grinover, Ada. « Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores » dans Ada Pellegrini Grinover, dir, *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense universitária, 1990, 149.

Ramos, Fabiana D'Andréa. « Superendividamento e o inadimplemento do fornecedor nos contratos de empréstimo » dans Patricia Galindo da Fonseca, Fabiana D'Andréa Ramos et Thierry Bourgoignie, dir, *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado*, Niterói (RJ), EDUFF, à paraître.

Ramsay, Iain. « Consumer protection in the era of informational capitalism » dans Thomas Wilhelmsson et al, dir *Consumer law in the information society*, Haia, Kluwer Law International, 2001, 45.

Remedi, Vera. « A Importância e o Papel da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor Procon-SP no Brasil » dans Patricia Galindo da Fonseca, Fabiana D'Andréa Ramos et Thierry Bourgoignie, dir, *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado*, Niterói (RJ), EDUFF, à paraître.

Roy, Pauline. « L'élaboration d'une politique en consommation et le contenu d'une nouvelle législation », dans Françoise Maniet, dir, *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 43.

Stuyck, Jules et Tom van Dyck. « Des *class actions* en Europe : diversités culturelles entre États membres et limites d'une intervention de l'Union européenne » Pierre-Claude Lafond, dir, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 63.

Mémoires de maîtrise/Thèses de doctorat

Goulet, Henri. *Origine et développement du mouvement ACEF au Québec 1960-1970*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, juin 1993.

Sauphanor, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris I, 2000, Paris, LGDJ.

Talbot-Lachance, Guillaume. *L'engagement volontaire en droit de la consommation québécois*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 2009.

Notes de recherche

Bourgoignie, Thierry, Pierre-Claude Lafond et Lindy Rouillard. *La réforme de la Loi sur la protection du consommateur du Québec. Jalons pour un Code de la consommation du Québec*, Rapport soumis à la Fondation Claude Masse, Montréal, GREDICC, UQAM, février 2010.

Masse, Claude et Michelle Marois. *La règle du jeu. Enquête auprès des organismes de consommation et des consommateurs plaignants, Groupe de recherche en jurimétrie*, Faculté de droit, Université de Montréal, 1976.

Allocutions et entrevues

Thierry Bourgoignie, Allocution de clôture, Colloque *Le consommateur à l'ère numérique. Enjeux et opportunités*, organisé par l'Union des consommateurs, UQAM, 15 mai 2011.

Paulo Arthur Lencioni Góes, « Comércio eletrônico: desafios e perspectivas nas relações de consumo », Allocution, Conférence *8º Seminário sobre Relações de Consumo*, Hotel Golden Tulip, São Paulo, 26 septembre 2011.

Entrevue d'Yves Lauzon par Karim Benessaïeh, 17 février 2009, dans La Presse, « Le Québec champion des recours collectifs au Canada », en ligne : La Presse <<http://www.lapresse.ca/actualites/quebec-canada/national/200902/17/01-828055-le-quebec-champion-des-recours-collectifs-au-canada.php>>.

Articles de journaux

Agence France-Presse, « Espagne: vers la fin des expulsions? », *Le Point.fr*, 14 mars 2013, en ligne, < http://www.lepoint.fr/societe/espagne-vers-la-fin-des-expulsions-14-03-2013-1640188_23.php >.

Masse, Claude. « Pour une nouvelle LPC » (2001) 33 *Journal du Barreau du Québec* 11.

Taillac, Mathieu de. « Le pouvoir espagnol confronté au drame des expulsés », *Le Figaro*, 13 novembre 2012, en ligne, < <http://www.lefigaro.fr/international/2012/11/12/01003-20121112ARTFIG00508-le-pouvoir-espagnol-confronte-au-drame-des-expulses.php> >.

C.M. avec AFP et AP, « Le plan Bush a franchi une étape », *Le Figaro*, 28 septembre 2008, en ligne, <<http://www.lefigaro.fr/international/2008/09/28/01003-20080928ARTFIG00015-le-plan-bush-a-franchi-une-etape-.php>>.

Grammond, Stéphanie. « Écart entre riches et pauvres: le fossé se creuse », *La Presse*, 14 mai 2011, en ligne, <<http://affaires.lapresse.ca/economie/canada/201105/13/01-4399274-ecart-entre-riches-et-pauvres-le-fosse-se-creuse.php>>.

Thénrière, Patrick et Rémy Morel. « Les dirigeants méritent-ils leur salaire? », *Les Affaires*, 25 novembre 2011, en ligne, <www.lesaffaires.com/blogues/les-investisseurs-financiers/les-dirigeants-meritent-ils-leur-salaire/536628>.

Agence QMI, « Rémunération des dirigeants d'entreprise: Le fossé se creuse avec les travailleurs », *TVA Nouvelles*, 19 avril 2013, en ligne, <<http://tvanouvelles.ca/lcn/economie/archives/2013/04/20130419-111528.html> >.

Bové José, Ahmed Méguini et Bruno Rebelle. « Contre la judiciarisation de la contestation », 15 novembre 2002, en ligne, *Humanité.fr* <<http://www.humanite.fr/node/430438> >.

Zalac, Frédéric. « La grande évasion », *Radio-Canada*, reportage diffusé le 4 avril 2013, en ligne, <<http://www.radio-canada.ca/emissions/enquete/2012-2013/Reportage.asp?idDoc=282443>>.

Desrosiers, Éric. « La crise européenne coûtera 8 milliards au Canada en 2012 », *Le Devoir*, 19 janvier 2012, en ligne, <<http://www.ledevoir.com/economie/actualites->

economiques/340547/plus-d-austerite-freinerait-davantage-la-croissance-dit-mark-carney>.

Witgen, Julia. « Brasil vive bolha imobiliária, dizem professores », 24 mars 2012, en ligne : Exame.com <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/imoveis/noticias/brasil-vive-bolha-imobiliaria-dizem-professores-da-fgv>>.

« Inflação no Brasil faz InBev reduzir previsão de volumes para indústria de cerveja », Agência O Globo, 30 avril 2013, en ligne, <<http://br.noticias.yahoo.com/inflação-brasil-faz-inbev-reduzir-previsão-volumes-indústria-131041960.html>>

Chaves, Danielle. « Inflação no Brasil sobe para 6,6% em março, diz OCDE », Agência Estado, en ligne : <<http://estadao.br.msn.com/economia/inflação-no-brasil-sobe-para-66percent-em-março-diz-ocde>>.

Therrien, Yves. « Québec s'attaque au surendettement des consommateurs » *Le Soleil [de Montréal]*, 08 juin 2011, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/le-soleil/affaires/consommation/201106/08/01-4407345-quebec-sattaque-au-surendettement-des-consommateurs.php>>.

Grammond, Stéphanie. « Québec s'attaque au surendettement » *La Presse [de Montréal]*, 09 juin 2011, en ligne, <<http://affaires.lapresse.ca/finances-personnelles/consommation/201106/09/01-4407451-quebec-sattaque-au-surendettement.php>>.

« Endettement : des consommateurs oubliés par le gouvernement? » *Argent, Quebecor Media [de Montréal]*, 21 juin 2012, en ligne, <<http://argent.canoe.ca/lca/affaires/quebec/archives/2012/06/endettement-consommateurs-oublies.html>>.

Estadão conteúdo, « Pesquisa aponta 35 milhões de novos tomadores de crédito » *Estadão [São Paulo]*, 27 septembre 2012, en ligne : Br.finanças <<http://br.financas.yahoo.com/noticias/pesquisa-aponta-35-milh%C3%B5es-novos-151200661.html>>.

Caprioli, Gabriel « Número de famílias endividadas cresceu em 2012, diz FecomércioSP », 10 octobre 2012, en ligne, Valor Econômico <<http://www.valor.com.br/brasil/2715188/numero-de-familias-endividadas-cresceu-em-2012-diz-fecomerciosp#ixzz1xrtcAkS4>>.

Benessaïeh, Karim. « Le Québec champion des recours collectifs au Canada » *La Presse* [de Montréal], 17 février 2009, en ligne, Lapresse.ca < <http://www.lapresse.ca/actualites/quebec-canada/national/200902/17/01-828055-le-quebec-champion-des-recours-collectifs-au-canada.php>>.

Dictionnaires et encyclopédies

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1994.

Autres documents

Jobin, Pierre-Gabriel. « Deux Lacunes de la justice contractuelle dans le Code civil au Québec », Contribution au congrès virtuel 2004 de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises (IDEF) sur le thème *Le code civil français : Droit des obligations face à la mondialisation*, 2004.

Irti, Natalino. « Legislazione e codificazione », 27 avril 2012, en ligne : Treccani.it L'enciclopedia italiana < http://www.treccani.it/enciclopedia/legislazione-e-codificazione_%28Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali%29/>.

Bourgoignie, Thierry. *Protection du consommateur et modes de consommation durables : retour sur les vrais enjeux du droit de la consommation*, Conférence présentée à l'Université Laval (Québec), septembre 2008, 9 pages, non publié.

Bradgate, Robert. « Consumer Rights in Digital Products », Institute of Commercial Law Studies, University of Sheffield, septembre 2010, en ligne, gov.uk < www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31837/10-1125-consumer-rights-in-digital-products.pdf >.

Herndon, Thomas, Michael Ash et Robert Pollin, « *Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff* », avril 2013, en ligne, Political Economy Research Institute <http://www.peri.umass.edu/fileadmin/pdf/working_papers/working_papers_301-350/WP322.pdf>.

Marsden, Chris. « “Total Policing” and the Criminalization of Dissent », 12 novembre 2011, en ligne: World Socialist Web Site <<http://www.wsws.org/en/articles/2011/11/pers-n12.html>> .

Martiniello, Marco. « Europe: de l'immigration à l'émigration? », *Réflexions*, en ligne: <http://reflexions.ulg.ac.be/cms/c_39463/europe-de-limmigration-a-lemigration>.