



Essai sur l'eupéanisation du droit de la consommation

Hanane Ouirini

► **To cite this version:**

Hanane Ouirini. Essai sur l'eupéanisation du droit de la consommation. Droit. Université d'Avignon, 2016. Français. | NNT : 2016AVIG2051 |.

HAL Id: tel-01384348

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01384348>

Submitted on 19 Oct 2016

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

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



Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse
Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion
Ecole doctorale : Culture et Patrimoine
Laboratoire Biens, Normes et Contrats

Thèse pour obtenir le grade de :

Docteur en droit à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Discipline : Droit des contrats

ESSAI SUR L'EUROPEANISATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION

Présentée et soutenue publiquement par :

Madame Hanane OUIRINI

Le 19 mai 2016

Sous la direction de :

Madame Agnès MAFFRE-BAUGE

Maître de Conférences-HDR à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

Et de

Monsieur le Professeur Arnaud MARTINON

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris1)

Composition du jury :

Monsieur Christophe ALBIGES, Professeur de droit, Université Montpellier I

Monsieur Malo DEPINCE, Maître de Conférences-HDR, Université Montpellier I
(Rapporteur)

Madame Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, Professeur de droit, Université Montpellier I
(Rapporteur)

Madame Agnès MAFFRE-BAUGE, Maître de conférences-HDR, Université d'Avignon et
des Pays de Vaucluse

Monsieur Arnaud MARTINON, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, Paris 1

REMERCIEMENTS

L'aboutissement de ce travail est l'occasion d'adresser mes remerciements à l'ensemble des personnes qui ont contribué à son élaboration.

Mes plus vifs remerciements s'adressent d'abord à Monsieur le Professeur Arnaud MARTINON qui m'a témoigné sa confiance en acceptant de diriger mes travaux et qui durant ces années m'a accompagnée avec patience et disponibilité. Ses recommandations avisées, son expertise confirmée et ses nombreuses relectures m'ont incontestablement permis de finaliser cette production.

Ma reconnaissance s'adresse également à Madame Agnès MAFFRE-BAUGE ainsi qu'à Monsieur le Professeur Denis MOURALIS qui ont tous deux accepté d'assurer la codirection de mon travail et m'ont ainsi permis de poursuivre sereinement mes recherches au sein du Laboratoire Biens, Normes et Contrats de l'Université d'Avignon. Je les remercie pour leurs patientes relectures, leurs précieux conseils et leurs différentes implications.

Mes remerciements s'adressent naturellement à l'ensemble des membres du jury qui me font l'honneur de participer à l'appréciation de ce travail.

J'ai eu l'occasion de dispenser différents cours magistraux et travaux dirigés au sein de la faculté d'Avignon, je remercie les professeurs qui m'en ont confiés la charge et m'ont ainsi offert l'opportunité de découvrir et d'apprécier l'immense richesse de l'enseignement.

Une pensée pour mes proches qui m'ont soutenue à bien des égards durant ces années. C'est l'occasion pour moi de leur témoigner ma profonde gratitude. Merci à Leïla qui s'est livrée au difficile travail de relecture et qui a su intelligemment m'encourager à la finalisation de ce projet. Merci à Amal et Karima pour leurs différentes interventions et aides. Merci à mon père pour l'intérêt constant qu'il a porté à l'avancement de mes recherches.

Enfin, je tiens à remercier particulièrement ma sœur Naoualle. Sa collaboration a été entière, son investissement sans limite et son implication toujours fidèle. Je ne saurai lui témoigner mon immense reconnaissance sans craindre de lui rendre un hommage limité tant ses sacrifices ont été importants. Que cet aboutissement soit le gage de ma profonde estime pour elle.

A la mémoire de Farida,

LISTE DES SIGLES ET PRINCIPALES ABREVIATIONS

Act.	Actualité
Aff.	Affaire
AJ Pénal	Actualités juridiques du droit pénal
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
BEUC	Bureau Européen des Unions de Consommateurs
C.	Code
C/	Contre
CA	Cour d'appel
CCA	Commission des clauses abusives
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CCIP	Chambre de commerce et d'industrie de Paris
CCR	Cadre commun de référence
C. civ.	Code civil
C. Conso.	Code de la consommation
CDPPOC	Centre de droit privé et public des obligations et de la consommation
CEE	Conseil des Communautés Européennes
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEJEC	Centre d'études juridiques européennes et comparées
Cf.	Confer : renvoi, « reportez-vous à »
CGPME	Confédération générale des petites et moyennes entreprises
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de Cassation
Civ. 2e	Deuxième chambre civile de la Cour de Cassation
Civ. 3e	Troisième chambre civile de la Cour de Cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes

CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Coll.	Collection
Cour de Cass.	Cour de Cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de Cassation
COM.	Commission
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de Cassation
Cons. Constit.	Conseil Constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Directive
DGCCFR	Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Doct.	Doctorat
Doss.	Dossier
ECTAA	Groupement des Unions nationales des Agences et Organismes de Voyages de l'Union Européenne
éd.	Edition
EGPIL	Groupe européen de droit international privé (<i>European Group for Private International Law</i>)
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GEBTA	Gilde des Agents de Voyages Européens (<i>Guild of European Business Travel agents</i>)
Infra	Ci-dessous
Ibid.	Déjà cité, juste auparavant

In	Dans
INAO	Institut national de l'origine et de la qualité (sigle de son ancien nom : Institut National des Appellations d'Origine)
INC	Institut National de la Consommation
JCP	Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)
JCP C	JCP édition concurrence consommation
JCP CCC	JCP édition contrats concurrence consommation
JCP Civ.	JCP de droit civil
JCP E	JCP édition entreprise
JCP G	JCP édition générale
JO	Journal officiel
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union Européenne
LNE	Laboratoire National d'Essais
Jur.	Jurisprudence
L.	Loi
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LME	Loi de modernisation de l'économie
LNE	Laboratoire national d'essais
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
Note	Renvoi à un n° de paragraphe ou à une note/commentaire d'un auteur
OCDE	Organisation de développement et de coopération économique
Obs.	Observation
Op. cit.	Opere citato (ouvrage déjà cité)
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
P.	Page
Préc.	Précité

Propos.	Proposition
PUF	Presses Universitaires de France
RDC	Revue droit des contrats
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
Rev.	Revue
Rép. Civ.	Répertoire encyclopédique Dalloz
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RRJ	Revue de la Recherche Juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
Supra	Ci-dessus
S.	et suivants
T.	Tome
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
T. Com	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
Traité CE	Traité instituant la Communauté européenne
UE	Union européenne
UFC	Union Fédéral des Consommateurs
UEO	Union de l'Europe Occidentale
ULC	Union luxembourgeoise des consommateurs
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Partie 1 : L'européanisation des sources du droit de la consommation

Titre 1 : L'envergure des projets à l'origine de la construction d'un droit européen de la consommation, une ambition revendiquée

Chapitre 1 : La volonté affichée en faveur de la construction d'un droit commun des contrats au niveau international

Chapitre 2 : Le choix opéré en faveur de la définition d'un droit européen de la consommation

Titre 2 : La réalisation modérée des projets à l'origine de la construction d'un droit européen de la consommation, une réalité expliquée

Chapitre 1 : La concrétisation du projet d'européanisation du droit de la consommation à travers l'adoption d'une directive cadre

Chapitre 2 : La consolidation du projet d'européanisation du droit de la consommation à travers la création d'un Code européen de la consommation

Partie 2 : L'européanisation des droits du consommateur

Titre 1 : L'européanisation de l'obligation d'information

Chapitre 1 : L'identification de l'obligation d'information

Chapitre 2 : La vigueur de l'obligation d'information

Titre 2 : L'européanisation du droit de rétractation

Chapitre 1 : L'applicabilité du droit de rétractation

Chapitre 2 : L'application du droit de rétractation

INTRODUCTION

1. « *Semper in moto. Une devise en latin pour un droit de la consommation jeune mais vigoureux* »¹. Le droit de la consommation affiche sa jeunesse avec une récente apparition, datant des années 70, et manifeste sa vigueur à travers sa capacité à se développer et s'adapter au gré du droit communautaire et du contexte économique et social. Conçu comme un droit dérogatoire au droit commun, en réponse notamment à un déséquilibre manifeste des rapports de force, le droit de la consommation a souvent été fustigé, considéré comme le « droit des faibles par opposition au droit commercial assimilé au droit des forts »². Aujourd'hui, l'utilité du droit de la consommation n'est plus à démontrer, il apparaît incontournable de protéger tant la personne du consommateur que ses intérêts économiques. Cet impératif est d'ailleurs corrélé avec l'avènement des pratiques consuméristes qui se sont fortement multipliées et ont évolué sous l'influence des différents changements économiques et sociaux. En effet, la consommation en France, et plus largement en Europe, est au cœur de nombreuses stratégies commerciales visant à fidéliser le consommateur en l'incitant à l'achat. Par ailleurs, le développement des méthodes modernes de distribution et de crédit, possible par la dématérialisation des échanges via Internet, a majoritairement contribué à resituer la place du consommateur, et par la même son besoin de protection, qui sera plus important à un niveau extra national.

2. Le droit de la consommation s'est donc construit en réaction aux abus des professionnels, précisément dans un contexte où se manifestait l'impuissance du droit civil à appréhender le déséquilibre entre les deux partenaires. Ce décalage peut être expliqué par la profonde et récente mutation de la réalité politique et sociale européenne. En effet, le droit civil n'a pas été élaboré dans la perspective d'une globalisation des échanges, l'atteinte de ces limites a ainsi poussé la Commission européenne à engager des mesures. Celles-ci ont été accompagnées d'une forte volonté politique de promouvoir le commerce transeuropéen qui s'est exprimée à travers la signature de différents traités, composant le droit communautaire.

¹ Hélène AUBRY, Professeur à l'Université Paris 13, Elise POILLOT, Professeur à l'Université du Luxembourg, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, *Droit de la consommation, Janvier 2009-Janvier 2010*, Recueil Dalloz 2010, p. 790

² Delphine BAZIN-BEUST, *Droit de la consommation*, Lextenso éditions, 1^{er} éd 2014-2015

3. **L'origine de la définition d'une politique de protection du consommateur.** Le besoin de protection du consommateur a ainsi rapidement été évoqué et envisagé. Bien que le traité de Rome du 25 mars 1957³ ne comporte pas de politique de protection des consommateurs, cet objectif a été rapidement explicité, dès 1992 avec le traité de Maastricht⁴ qui prévoyait que « la Commission européenne contribue à un niveau élevé de protection des consommateurs »⁵. Cette prévision concorde parfaitement avec les objectifs du traité sur l'Union européenne qui sont plus ambitieux que ceux préalablement fixés par le traité de Rome, à savoir la constitution d'un marché économique unique. En effet, avec le traité de Maastricht, l'objectif économique de la Communauté, à savoir la réalisation d'un marché commun, est clairement dépassé dans la mesure où ce texte constitue l'occasion de confirmer une certaine vocation politique. A ce titre, le législateur européen entreprend de fixer cinq objectifs principaux en s'engageant à « renforcer la légitimité démocratique des institutions, à améliorer l'efficacité de celles-ci, à instaurer une union économique et monétaire, à développer la dimension sociale de la Communauté et enfin à instituer une politique étrangère et de sécurité commune »⁶. Le texte instaure par ailleurs d'autres politiques communautaires dans six nouveaux domaines, parmi lesquels figure la protection du consommateur.
4. Cette prise en compte est une avancée majeure dans la mesure où elle reflète nécessairement la nouvelle dynamique amorcée, qui vise à faire du libre-échange une priorité tout en garantissant une place centrale au consommateur qui se trouve être au cœur du processus. Désormais, l'ordre juridique qui sous-tend l'Union Européenne (UE) fait partie intégrante de la réalité politique et sociale. Chaque année, les traités européens sont à l'origine de nombreuses décisions qui influent directement sur la réalité des Etats membres de l'UE et de leurs ressortissants. D'autant qu'une des grandes innovations apportée par le traité est l'institution d'une citoyenneté européenne qui

³ Décret n°58-84 du 28 janvier 1958 portant publication du traité instituant la Communauté économique européenne et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, signés le 25 mars 1957, JORF du 2 février 1958 page 1188

⁴ Décret n°94-80 du 18 janvier 1994 portant publication du traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992

⁵ Traité de Maastricht sur l'Union Européenne, JO 29 juillet 1992

⁶ Op cit Traité de Maastricht

s'ajoute à la citoyenneté nationale. Cette consécration apparaît comme l'aboutissement d'une longue période de construction identitaire.

5. **La recherche d'une construction européenne renforcée et commune.** Peu après la Seconde Guerre Mondiale, le fonctionnement de l'Etat et la vie politique des pays européens reposaient encore majoritairement sur les constitutions et les lois nationales, celles-ci fixant des règles de conduite intrinsèques à chaque nation. C'est l'effondrement total de l'Europe et son déclin économique et politique qui ont finalement permis d'établir les bases d'un renouveau et de relancer l'idée d'un nouvel ordre européen.
6. Globalement, les efforts d'unification de la seconde moitié du XIX^e siècle renvoient « l'image déconcertante d'une myriade d'organisations complexes et difficiles à cerner »⁷, du fait de l'existence de nombreuses organisations dont les liens entre elles ne sont pas toujours manifestes voire perceptibles. Coexistent ainsi des organisations telles que l'Organisation de Développement et de Coopération Economique (OCDE), l'Union de l'Europe Occidentale (UEO), l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN), le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne au sein desquelles le nombre d'Etats représentés varie.
7. Cette diversité, bien que source de confusion pour le citoyen européen, acquiert toutefois une certaine cohérence à travers notamment les objectifs poursuivis par les différentes organisations. En effet, alors que certaines organisations entreprennent de consolider la paix internationale notamment à travers l'alliance unissant les Etats-Unis d'Amérique et l'Europe, d'autres au contraire amorcent l'ébauche d'une coopération européenne. Celle-ci demeure limitée à une simple collaboration traditionnelle entre Etats mais elle présente le mérite d'introduire le symbole d'une nouvelle dynamique avec par exemple la création du Conseil de l'Europe. Cette organisation politique fondée le 5 mai 1949, ne prévoit pas explicitement dans ses statuts l'objectif d'une union ou une fédération pas plus qu'elle n'envisage un transfert ou un exercice en commun d'éléments de souveraineté nationale. Pour autant, le Conseil de l'Europe prend l'ensemble des décisions importantes sur le principe de l'unanimité. Cette possibilité laissée à chaque Etat d'empêcher l'adoption d'une décision en opposant son veto illustre

⁷ Professeur Klaus-Dieter BORCHARDT, *L'ABC du droit de l'Union européenne*, Union européenne, Office des publications, 2010

parfaitement le choix d'une coopération qui doit nécessairement être souhaitée et jamais imposée.

8. **La signature du Traité de Paris, une première étape.** Il faudra attendre *la déclaration du 9 mai 1950*⁸ du ministre français des affaires étrangères, Robert SCHUMAN, au terme de laquelle il présentait le plan élaboré avec Jean MONNET, en vue d'unifier l'industrie européenne du charbon et de l'acier, pour que soit posée la première pierre de la construction de l'UE. Il s'agissait d'une initiative historique qui promouvait la construction d'une nouvelle Europe solide, gage d'une sauvegarde de la paix mondiale et renforcée, car capable de s'unir pour la défense d'intérêts communs.

Le plan *Schuman* s'est concrétisé le 18 avril 1951 avec la signature du Traité de Paris par six pays fondateurs⁹. Il constitue la première étape d'un long processus de coopération qui se révélera toujours plus poussé et plus ambitieux. En effet, les mêmes Etats ont institué quelques années plus tard et notamment par les Traités de Rome du 25 mars 1957¹⁰, la Communauté Economique Européenne (CEE) et la Communauté Européenne de l'Energie Atomique (CEEA ou Euratom).

⁸ Le texte intégral de la proposition lancée par Robert Schuman, ministre français des Affaires étrangères, et considéré comme l'acte de naissance de l'Union européenne est consultable sur le site officiel de l'Union Européenne http://europa.eu/index_fr.htm

Cette déclaration est l'occasion pour Robert Schuman de proposer la création d'une Communauté européenne du charbon et de l'acier, afin que la production devienne commune et concertée.

⁹ Signé à Paris le 18 avril 1951, le traité de Paris instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) a été conclu pour 50 ans. Par ce traité, les six pays signataires - la République Fédérale d'Allemagne, la France, l'Italie et les trois pays du Benelux (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas) mettent en œuvre une forme de coopération internationale entièrement nouvelle. Il est entré en vigueur le 23 juillet 1952.

¹⁰ Le 25 mars 1957, l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas signent à Rome deux traités : le premier crée la Communauté économique européenne (CEE) ; le second crée la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom). Ces deux traités sont entrés en vigueur le 14 janvier 1958. Les nouvelles Communautés sont alors apparues comme un facteur de renforcement économique pour les Etats membres.

La CEE a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit.

Le traité de Rome élargit le champ de la coopération supranationale et relance ainsi la construction européenne, ralenti par l'échec, en 1954, du projet politique de Communauté européenne de défense (CED). Le domaine économique, moins sujet aux résistances nationales, apparaît comme un champ consensuel de coopération.

La Communauté Euratom est d'une nature différente. Il ne s'agit pas de mettre en commun des activités économiques déjà existantes, mais de contribuer à la formation et à la croissance d'une industrie nucléaire européenne. Cette Communauté existe toujours.

9. **La création d'une Union européenne avec le Traité de Maastricht.** La création de l'Union Européenne par le Traité de Maastricht a marqué une nouvelle étape dans ce processus. Ce traité, signé le 7 février 1992 à Maastricht, n'a pu entrer en vigueur que le 1 novembre 1993 en raison de plusieurs obstacles rencontrés lors de sa ratification¹¹. Les dispositions du texte nous renseignent sur sa portée en ce qu'il se définit comme « une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »¹². Toute sa force repose sur le fait qu'il contient l'acte fondateur de l'Union européenne et représente ainsi le premier pas vers la reconnaissance d'un ordre constitutionnel européen définitif.

10. **Une étape supplémentaire avec les Traités d'Amsterdam, de Nice et de Lisbonne.** L'UE a franchi une étape supplémentaire avec les Traités d'Amsterdam¹³ et de Nice¹⁴. L'objectif de ces réformes était de sauvegarder le pouvoir d'action de l'UE dans une Union élargie, passant de quinze à vingt-huit Etats membres. Il s'agissait principalement de réformes institutionnelles, la volonté politique d'approfondir l'intégration européenne restant relativement faible par rapport aux réformes précédentes.

Les multiples critiques qui en ont résulté ont soulevé des interrogations sur l'avenir de l'UE et précisément sur sa structure institutionnelle. C'est pourquoi une déclaration sur l'avenir de l'Union européenne¹⁵ a été approuvée par les chefs d'Etat ou de gouvernement le 15 décembre 2001. Celle-ci marque symboliquement l'engagement de l'UE à devenir plus démocratique, plus transparente et plus efficace notamment en ouvrant la voie à l'établissement d'une Constitution.

¹¹ La population danoise a consenti à la ratification à l'issue de deux référendums et en Allemagne un recours constitutionnel a été introduit contre l'approbation du Traité par le Parlement.

¹² Op Cit supra Traité de Maastricht

¹³ Traité d'Amsterdam, JORF n°71 du 25 mars 1999 p. 4463, Loi n°99-229 du 23 mars 1999 autorisant la ratification du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes

¹⁴ Traité de Nice, Loi n° 2001-603 du 10 juillet 2001 autorisant la ratification du traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes

¹⁵ Déclaration sur l'avenir de l'Union européenne, Conseil européen de Laeken, Belgique, 14 et 15 décembre 2001

11. Ce projet n'aboutira qu'en 2007 avec la signature du Traité de Lisbonne le 13 décembre. Ce nouveau texte, ratifié le 1 décembre 2009, marque une avancée majeure, voire un tournant dans le processus de coopération jusqu'alors engagé. En effet, l'Union européenne et la Communauté européenne forment désormais une seule entité qui est identifiée à travers une appellation unique à savoir *l'Union Européenne*.

12. **Les caractéristiques de l'Union Européenne.** La particularité fondamentale de l'Union réside dans le fait que les Etats membres ont renoncé à une partie de leur souveraineté à son profit et ont doté cette dernière de pouvoirs propres et indépendants des Etats membres. Dans l'exercice de ses pouvoirs, l'UE est désormais en mesure d'arrêter des actes européens dont les effets sont les mêmes que ceux adoptés par les Etats. La construction de cette Europe unie a été bâtie sur la base de principes fondamentaux communs, dont se réclame chacun des Etats membres qu'il soit partie ou candidat, et dont l'application est confiée aux organes exécutifs de l'UE.

13. La principale innovation de l'Union par rapport aux tentatives précédentes réside dans le fait qu'elle n'utilise pas la violence ou la soumission pour unifier l'Europe, mais la force du droit. Ainsi, au-delà d'être une création du droit, l'UE poursuit ses objectifs en utilisant exclusivement le droit, elle constitue à ce titre une « création du droit et [une] communauté par le droit »¹⁶.

La source essentielle du droit de l'Union est constituée par les traités fondateurs de l'UE. En tant que droit de création directe par les Etats membres, ces règles sont qualifiées de droit originaire de l'Union. La deuxième source de droit la plus importante de l'Union est composée par ses différents actes juridiques, il s'agit du droit dérivé de l'Union, car créé dans l'exercice des compétences transférées aux institutions de l'UE. Parmi ces actes, l'Union dispose de deux outils majeurs, qui lui permettent de produire des effets plus ou moins contraignants. Il s'agit des règlements et des directives.

14. **Le règlement, premier outil fondamental de l'UE.** Les règlements constituent les actes juridiques par lesquels les institutions de l'Union interviennent le plus profondément dans les ordres juridiques nationaux. Ils se caractérisent par deux propriétés tout à fait inhabituelles en droit international à savoir leur caractère

¹⁶ Cf supra note Professeur Klaus-Dieter BORCHARDT

communautaire et leur applicabilité directe. En effet, le règlement présente la particularité de créer une règle juridique uniforme et intégrale pour l'ensemble des Etats membres de l'Union sans tenir compte des frontières. Il est ainsi interdit aux Etats d'appliquer de manière incomplète les dispositions d'un règlement ou de procéder à une sélection parmi celles-ci afin d'éliminer des règles auxquelles ils se sont déjà opposés au cours de la procédure décisionnelle ou qui sont contraires à certains intérêts nationaux. De même, l'Etat membre ne peut pas se soustraire au caractère contraignant du règlement en se référant aux dispositions du droit national.

Par ailleurs, la mesure est d'application directe, c'est-à-dire que chaque Etat membre, ses institutions, juridictions, administrations ainsi que toutes les personnes relevant du champ d'application personnel du règlement sont directement liés par le droit de l'Union et sont tenus de le respecter au même titre que le droit national. Les ressemblances entre ces actes et les lois nationales sont manifestes dans la mesure où ils sont qualifiés d'actes législatifs lorsqu'ils sont adoptés dans le cadre de la procédure de codécision avec le Parlement européen.

15. **La directive, second outil essentiel à disposition de l'UE.** Concernant la directive, elle est le deuxième instrument à la disposition de l'UE, et non le moindre. Elle se caractérise par son objectif de conciliation entre la recherche d'une indispensable unité du droit de l'Union et la nécessaire préservation de la diversité des particularités nationales. Contrairement au règlement, le principal objectif de la directive n'est donc pas l'harmonisation juridique mais le rapprochement des législations. La directive ne lie les Etats membres qu'au regard du résultat à atteindre, leur laissant ainsi le choix de la forme et des moyens qu'ils adopteront pour réaliser les objectifs de l'Union dans le cadre de leur ordre juridique interne.

Cette manière de lier les Etats membres est le reflet d'une volonté d'atténuer les interventions de l'Union dans les systèmes juridiques et administratifs nationaux. Les dispositions d'une directive ne remplacent pas automatiquement les règles juridiques nationales, mais elles imposent aux Etats membres l'obligation d'adapter leur droit national aux dispositions de l'Union. La directive demeure destinée aux Etats membres, à ce titre elle ne crée pas de droits ou d'obligations directes pour les citoyens de l'Union.

Seule la mise en œuvre de la directive par les autorités nationales, notamment par la voie de la transposition, confère des droits ou au contraire impose des obligations.

16. Pour autant, aux termes d'une jurisprudence constante de la Cour de Justice¹⁷, il est permis au citoyen européen d'invoquer directement le texte communautaire dès lors que certaines conditions sont remplies. Cet effet direct constitue une garantie essentielle du droit communautaire qui trouve valablement à se développer selon différentes branches, précisément celle du droit de la consommation.

17. **L'eupéanisation du droit de la consommation.** L'eupéanisation du droit de la consommation est d'ailleurs la conséquence de règlements mais surtout de directives. Ce développement est inhérent à l'article 153 du Traité de Rome, tel que modifié par le Traité d'Amsterdam, qui fait « d'un niveau élevé de protection des consommateurs [notamment en ce qui concerne] leur santé, leur sécurité, la protection de leurs intérêts économiques et leur droit à l'information »¹⁸, un des grands objectifs de la Communauté. Ce besoin de protection a été corrélatif à la promotion du marché intérieur et a été érigé en objectif prioritaire afin de consolider la confiance du consommateur, acteur clé du processus. En effet, depuis 2005, les directives communautaires en droit de la consommation tendent à l'harmonisation totale des législations nationales. L'objectif étant toujours de favoriser la réalisation du marché intérieur et de supprimer

¹⁷ CJCE 5/02/1963, Van Gend en Loos, Rec., 1963, p.3, concl. K. ROEMER : Les normes communautaires créent des droits et obligations pour les individus et peuvent donc être invoquées directement devant le juge national par ceux-ci. La CJCE juge qu'une disposition est d'effet direct si elle est claire et précise c'est-à-dire qu'elle ne présente aucune ambiguïté quant à son contenu, et s'il s'agit d'une norme complète, caractère inconditionnel de l'acte qui fait qu'il se suffit à lui-même, sans qu'aucun autre acte des institutions communautaires ou nationales ne soit nécessaire.

¹⁸ Article 153 Traité de Rome modifié (ex-article 129 A) : « 1. Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, la Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts.

2. Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de la Communauté.

3. La Communauté contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 par :

a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 95 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur;

b) des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États membres, et en assurent le suivi.

4. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures visées au paragraphe 3, point b).

5. Les mesures arrêtées en application du paragraphe 4 ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes. Ces mesures doivent être compatibles avec le présent traité. Elles sont notifiées à la Commission ».

les entraves aux échanges transfrontaliers¹⁹. Cette harmonisation maximale empêchant les Etats membres de maintenir dans leur droit national des dispositions plus permissives ou plus contraignantes pour les professionnels, la transposition en droit français des directives les plus récentes s'est parfois traduite par un recul de la protection jusque-là organisée, notamment eu égard à l'impossibilité de conserver des mesures plus favorables au consommateur.

18. En réalité, l'unification des normes consuméristes s'inscrit dans un programme plus vaste d'harmonisation globale qui a été engagé par les autorités européennes dès 2007 et marqué par la publication d'un livre vert. La Commission avait adopté une stratégie de démocratie participative en engageant une réforme de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur, sur la base d'une consultation ouverte portant sur huit directives relatives à la protection des consommateurs²⁰. Le but était de « parvenir à la mise en place d'un véritable marché intérieur des consommateurs, offrant un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises, dans le strict respect du principe de subsidiarité »²¹. C'est en effet à partir du constat d'une réglementation éparse entre les différents Etats membres et une crainte, animée par un manque de confiance, des consommateurs dans les transactions transfrontalières que la Commission a souhaité inviter « toutes les personnes intéressées à exprimer leur point de vue sur les questions soulevées à l'occasion de la révision »²². La mission poursuivie portait sur la réflexion de la faisabilité de l'élaboration d'un instrument optionnel européen.

¹⁹ Article 114 TFUE : « 1. Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

²⁰ Dir. N°85/577/CEE « contrats négociés en dehors des établissements commerciaux » ;
Dir. N°90/314/CEE, « voyages, vacances et circuit à forfait » ;
Dir. N°93/13/CE « clauses abusives » ;
Dir. N°94/47/CE « acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers » ;
Dir. N°97/7/CE « contrats à distance » ;
Dir. N°98/6/CE « indication des prix des produits offerts aux consommateurs » ;
Dir. N°98/27/CE « actions en cessation » ;
Dir. N°99/44/CE « ventes et des garanties des biens de consommation »

²¹ Livre vert §2.1, Bruxelles, le 8.2.2007, COM(2006) 744 final Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs

²² Félix ROME, Livre vert : livre ouvert !, Recueil Dalloz 2007, p. 641

19. Une première réponse à ce Livre vert a été la proposition de directive-cadre sur les droits des consommateurs, adoptée le 8 octobre 2008²³. Alors qu'il était initialement question de réformer huit directives, cette proposition a choisi la révision combinée de quatre directives notamment celles relatives aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, aux contrats à distance, aux clauses abusives et à la vente²⁴. Dans un long exposé des motifs, la proposition de directive reprend les objectifs poursuivis à savoir assurer un niveau de protection élevé des consommateurs tout en incitant les échanges nationaux et surtout transfrontaliers afin de développer le marché intérieur. Il s'agit donc d'assurer un niveau de protection des consommateurs élevé pour leur donner confiance dans les transactions et parallèlement permettre aux entrepreneurs de promouvoir leur activité de commerce transfrontalier.

20. Pour la Commission, le seul moyen d'y parvenir est de recourir à une harmonisation « totale », appelée aussi « complète » ou « maximale », c'est-à-dire à l'impossibilité pour les Etats membres de prévoir d'autres règles que celles prescrites par le droit communautaire, ni plus ni moins favorables²⁵. Or jusqu'à présent, toutes les directives étaient d'harmonisation minimale, ce qui permettait aux Etats de protéger davantage les consommateurs, faculté d'ailleurs très largement utilisée et à différents degrés par les Etats. L'argument fondamental à l'appui de cette globalisation repose sur l'analyse de la Commission selon laquelle la disparité des législations conduirait à des coûts élevés pour les entreprises ainsi qu'à une dissuasion commerciale tant de la part des consommateurs que des professionnels.

21. **La mise en place d'un cadre commun de référence.** Parallèlement à la révision de l'acquis communautaire en matière de consommation, un second processus est à l'origine de la présente proposition de directive. En effet, sans s'orienter explicitement vers la mise en place définitive d'un Code européen des contrats mais sans l'exclure non plus, le choix a été fait au profit d'un « cadre commun de référence » (CCR) destiné à recevoir des principes communs en matière contractuelle. Ces derniers sont « conçus

²³ Proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008, COM (2008) 614 final

²⁴ Dir. N°85/577/CEE, Dir. N°93/13/CE, Dir. N°97/7/CE et Dir. N°99/44/CE

²⁵ Cf supra Proposition de directive du 8 octobre 2008, Exposé des motifs

comme une boîte à outils destinés à recevoir des principes communs en matière contractuelle qui permettraient d'améliorer la rédaction et la cohérence de la législation communautaire »²⁶. Le CCR, résultat de propositions académiques²⁷, couvre ainsi l'ensemble du droit des contrats mais également le droit des obligations. La directive-cadre se concentre quant à elle sur le droit de la consommation et certains de ses aspects, elle constitue à ce titre une étape intermédiaire favorisant la recherche de cette référence réglementaire commune.

22. Le degré d'harmonisation proposé par cette directive cadre est le plus abouti, le texte fait référence à la notion d'harmonisation complète, qui est aussi assimilée à l'harmonisation totale, pleine ou maximale. Le sens reste le même, le degré d'harmonisation signifiant simplement ce que rappelle la directive à savoir que « les Etats membres ne peuvent maintenir ou introduire dans leur droit national des dispositions divergeant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau de protection des consommateurs différent »²⁸. Cette exigence s'inscrit dans une démarche engagée depuis plusieurs années qui tend à remplacer l'harmonisation minimale jusqu'alors privilégiée, par une harmonisation maximale. Cette nouvelle intensité normative est finalement corrélative à la démarche chronologique communautaire qui cherche à accroître l'harmonisation horizontale au détriment de l'harmonisation verticale. Cela a bien évidemment engendré certaines conséquences au niveau du droit consommériste national.

23. Les caractéristiques du droit de la consommation, un droit d'origine communautaire, concret et utile. Le droit de la consommation est un droit d'origine communautaire qui a été réceptionné au niveau du droit national au gré des différentes transpositions. Sa codification s'est inscrite dans un processus général qui a été lancé

²⁶ Note C. AUBERT DE VINCELLES, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD et J. ROCHFELD, *Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions*, in Dossier *Droit européen des contrats : à la recherche du temps perdu*, Dr et Patrimoine, Déc. 2007, n°165, p. 40

²⁷ Association Henri Capitant et Société de législation comparée, *Projet de Cadre Commun de Référence, Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, vol. 7, 2008.

²⁸ Article 4 de la proposition de directive

dès les années 1990²⁹. La démarche était motivée par la nécessité d'ordonner et de réorganiser les normes juridiques afin de faciliter leur utilisation et leur accessibilité. Par ailleurs, une parfaite transparence était assurée dans la mesure où la codification du droit consumériste permettait de regrouper en un document unique l'ensemble des textes relatifs à cette matière. Ce travail a été élaboré sous la tutelle de la Commission Supérieure de Codification, créée par un décret de 1989³⁰ et dont les missions consistaient à déterminer les méthodes de codification, à établir un programme de travail et à coordonner les travaux des administrations.

24. La qualité du travail final a pu être observée grâce aux principes qui ont été dictés à travers la procédure de codification. Parmi ceux-ci, est dénombré « le regroupement des textes généraux relatifs à la protection du consommateur, le respect du droit constant, la mise à jour de certaines dispositions et l'abrogation des textes codifiés »³¹.

Cela s'est traduit par une délimitation du champ d'application du Code, notamment à travers le choix des textes qui ont été insérés. Ces derniers n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'une modification de fond afin de respecter le droit constant et d'éviter l'écueil d'un bouleversement de la législation nationale. En revanche, une mise à jour de certaines dispositions a été opérée. La démarche s'inscrivait dans la droite ligne des objectifs fixés à savoir une bonne cohérence du document final et une logique de simplification.

25. C'est la loi du 18 janvier 1992³² qui avait posé dans son article 12, le principe de l'élaboration d'un Code de la consommation. Le législateur avait prévu que ce Code « rassemblera les textes législatifs et réglementaires fixant les règles relatives aux relations individuelles ou collectives entre consommateurs et professionnels, notamment celles relatives à la loyauté des transactions et à la sécurité des produits et

²⁹ Près de 30 Codes étaient en voie d'élaboration ou en cours de refonte

³⁰ Décret n°89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification

³¹ Dossier établi par l'Institut National de la Consommation pour le colloque "Le code de la consommation : 20 ans et après ?", 15 mars 2013 in La création du Code de la consommation, Droit et Justice, Mars 2013

³² Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs

des services »³³. Finalement créé en 1993³⁴ pour la partie législative, et 1997³⁵ pour la partie réglementaire, le Code de la consommation a depuis subi de nombreuses modifications ou ajouts qui ont eu des incidences sur son contenu et sa structure, rendant son utilisation et sa compréhension moins aisées que celles espérées en 1992.

26. Cette réalité s'explique majoritairement par la nature transversale du droit de la consommation qui implique des interactions qu'il faut prévoir, évaluer et coordonner. Le droit de la consommation est une matière issue du développement d'un mouvement en faveur de la protection des consommateurs dans leurs relations avec les professionnels et la justification de ce besoin a été corrélative avec « l'objectif d'efficacité du marché intérieur »³⁶.

27. Le mouvement, d'origine nord-américaine et précisément à l'initiative de R. NADER, fédérateur des mouvements consuméristes aux Etats Unis, s'est poursuivi en Europe avec J. ROYER. C'est ainsi que le 22 décembre 1972, une première loi relative au démarchage à domicile³⁷ s'inscrit dans le paysage législatif. D'autres textes ont par la suite suivi, notamment la loi dite « Royer »³⁸ du 22 décembre 1973, modifiée par les lois « Raffarin »³⁹ et « Galland »⁴⁰.

La construction de cette matière a ainsi été fortement liée à l'évolution des impératifs socio-économiques, c'est ce qui fait d'ailleurs le particularisme du droit consumériste. Il s'agit d'un droit concret et d'une utilité quotidienne, pouvant parfois s'avérer déroutant du fait de sa forte densité et de sa grande mouvance. Il se situe au carrefour

³³ Cf supra article 12 de la loi du 18 janvier 1992

³⁴ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (Partie Législative)

³⁵ Décret n°97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation (Partie Réglementaire)

³⁶ Carole AUBERT DE VINCELLES, Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation, *Revue des Contrats*, 1 avril 2009, n°2, p. 578

³⁷ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 « relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile »
Modifiée par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 « relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales », puis abrogée par la loi n°93-949 du 26 juillet 1993 « relative au Code de la consommation ».

³⁸ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 « d'orientation du commerce et de l'artisanat »

³⁹ Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 « relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat »

⁴⁰ Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 « sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales »

de plusieurs disciplines et enjeux tant juridiques qu'économiques. Il est convoité par les consommateurs qui y trouvent la consécration de droits supplémentaires tout en étant redouté par les professionnels à l'égard desquels les obligations sont renforcées.

28. Cette matière est matérialisée par le Code de la consommation, ouvrage dont la structure suit une logique chronologique. Au terme de celui-ci, le contrat de consommation est envisagé en fonction des différentes étapes qui conduisent de l'offre à sa conclusion jusqu'à son exécution. Le Code est présenté selon une dichotomie séparant la partie législative de la partie réglementaire. Ce dernier nous offre des définitions des notions incontournables constituant la matière.

29. **Définition des notions.** La notion de « consommation » vient du latin « *cosummare* » qui signifie accomplir. Globalement, la notion de consommation renvoie au fait de réaliser ou accomplir quelque chose⁴¹.

30. **Le consommateur.** Le droit de la consommation s'est construit autour du consommateur et notamment en se concentrant sur le besoin de protection que celui-ci engendrait du fait de sa vulnérabilité. Jusque très récemment, le législateur national avait fait l'économie d'une définition de la notion, laissant ainsi la liberté à la jurisprudence nationale et européenne pour cantonner le champ d'application afférent. Depuis la loi sur la consommation, dite Hamon⁴², une définition légale est désormais proposée par un article préliminaire. Celui-ci est rédigé dans les termes suivants : « Au sens du présent Code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁴³. Cette définition, bien que largement souhaitée et attendue, n'apporte pas toute la clarté espérée⁴⁴. En effet, elle ne met pas un terme à la dichotomie opposant le consommateur au non-professionnel, notion qui a largement contribué à complexifier le

⁴¹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, 9e éd., Paris : PUL, 2011, p.245

⁴² Loi n°2014-344 du 17 mars 2014, loi relative à la consommation

⁴³ Article préliminaire du Code de la consommation, Créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 3

⁴⁴ Voir en ce sens note de G. RAYMOND, *Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014*, JCP CCC mai 2014, n°5, Dossier n°3 : *On attendait une clarification et malheureusement le ciel s'obscurcit.*

débat autour de la définition du consommateur dans la mesure où la qualité de non-professionnel permettait d'offrir la protection consumériste à une personne morale⁴⁵.

31. Cette complexité a suscité certains questionnements notamment la question de savoir si « le consommateur existe-t-il ? »⁴⁶. En effet, définir le consommateur est une tâche compliquée dans la mesure où il s'agit d'une notion qui ne peut être figée, celle-ci évoluant au gré des différentes interventions communautaires, précisément en demeurant l'objet des nombreuses directives à transposer. A la pluralité des situations, est ainsi constatée une multiplicité de régimes avec un consommateur à plusieurs visages. Tantôt « acquéreur, investisseur, contractant, client, utilisateur, touriste ou simple justiciable, il n'existerait pas un consommateur mais des consommateurs »⁴⁷. Le juge communautaire participe au mouvement, l'arrêt Gruber⁴⁸ de l'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) en atteste dans la mesure où il révèle « l'opportunité d'une acception unique du consommateur »⁴⁹.

32. **Le consommateur, une personne physique.** A la différence du droit français, le consommateur européen est nécessairement une personne physique⁵⁰. L'article 2 de la directive du 22 mai 1997 sur la vente à distance le définit comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »⁵¹. Cette définition est reprise à l'article 2 de la directive sur les clauses abusives⁵². L'article 1 de la directive du 25

⁴⁵ Jean-Christophe GRALL et Marie RIGAL, *Une nouvelle définition du consommateur ?*, mai 2014, www.droitdesmarches.com

⁴⁶ J-P. CHAZAL, D. 1997, chr. p. 260

⁴⁷ D. FASQUELLE, Rapport introductif in *Le droit de la consommation*, actes du colloque de Boulogne sur Mer, 14 et 15 janvier 2000, Doc. Fr, p. 8

⁴⁸ CJCE, 2 janvier 2005, arrêt Gruber, C-464/01, D. 2005 chr. p. 1948, note A. BOUJEKA

⁴⁹ Juliette MEL, docteur en droit, Université Paris XII, Val de Marne, *La notion de consommateur européen*, Les Petites Affiches, 31 janvier 2006, n°22, p. 5

⁵⁰ Un grand nombre de directives le prévoit expressément. Pour une liste, voir M. LUBY, *Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! Contrats, concurrence, consommation*, 2002, chr. 4

⁵¹ Dir. 97/7/CE du 22 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19

⁵² Dir. 93/13/CE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L n°95 du 21 avril 1993, p. 29

mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation le considère comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle et commerciale »⁵³. L'article 2 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales prévoit pareille définition aux termes de laquelle : « toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, artisanale, industrielle ou libérale »⁵⁴.

L'affirmation récurrente selon laquelle le consommateur est nécessairement une personne physique conduit à la certitude de l'exclusion des personnes morales du champ protectionniste. Cette position est corrélée par la jurisprudence qui n'entend pas étendre la notion en ce sens. Dans un arrêt rendu le 22 novembre 2001, la Cour européenne a estimé que le consommateur, au sens de la directive sur les clauses abusives, est une personne physique⁵⁵. Le droit français est plus nuancé sur ce point, accordant le bénéfice de la protection consumériste au non-professionnel.

33. Le non-professionnel, un consommateur assimilé. Aux termes de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁵⁶ disposant « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat », il apparait que la protection consumériste est accordée au consommateur et au non-professionnel.

⁵³ Dir. 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation, JOCE n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12

⁵⁴ Dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, JOUE n° L 149 du 11 juin 2005, p. 22

⁵⁵ CJCE, 22 novembre 2001, Cape et Idealservice, aff C-541-99 et C-542-99, RTD civ. 2002, p. 291, note J. MESTRE et B. FAGES

⁵⁶ Article L. 132-1 Code de la consommation, modifié par la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 62 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

34. Deux lectures de cette disposition peuvent valablement être admises, soit le non-professionnel et le consommateur sont synonymes, soit ces deux notions sont deux catégories distinctes. L'analyse jurisprudentielle nous permet d'opter pour la seconde option dans la mesure où la notion de non-professionnel permet d'accorder une protection à la personne morale, laquelle est exclue en droit communautaire⁵⁷. En effet, pour la Cour de justice la notion de consommateur vise exclusivement les personnes physiques, elle réfute ainsi par principe toute protection accordée à une personne morale bien qu'elle soit plus souple dans le domaine du démarchage⁵⁸.
35. Elle précise par ailleurs le sort des actes mixtes notamment lorsque l'usage du bien objet du contrat est destiné à la fois à l'utilisation professionnelle et à l'usage privé. Dans ce cadre, le bénéfice de la qualité de consommateur sera reconnu lorsque l'utilité professionnelle du contrat est négligeable⁵⁹.
36. Alors que le droit communautaire affiche un rejet de principe quant au fait d'offrir la protection consumériste à la personne morale, en droit interne le rejet a été progressif. En effet, la Cour de Cassation opère une distinction et considère que le non-professionnel, personne morale, peut bénéficier de la protection consumériste dès lors que la personne morale, assimilée au non-professionnel, agit en dehors de son activité professionnelle⁶⁰. La solution est d'ailleurs réitérée précisant que le non-professionnel est celui qui conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle⁶¹.

⁵⁷ CJCE, 22 novembre 2001, aff. C-541/99, Sté Cape SNC, Contrats Concurrence, Consommation 2002, comm. 18, note G. RAYMOND ; D. 2002 p. 2929 note J-P PIZZIO ; JCP 2002, II 10047, note G. PAISANT

⁵⁸ Arrêt de la Cour, première chambre, 14 mars 1991, Affaire C-361/89, ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par la cour d'appel de Paris et tendant à obtenir, dans la procédure pénale poursuivie devant cette juridiction contre Patrice Di Pinto, une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (JO L 372, p. 31).

⁵⁹ Arrêt de la Cour, deuxième chambre, CJCE, 20 janvier 2005, arrêt Johann Gruber contre Bay Wa AG, Demande de décision préjudicielle : Oberster Gerichtshof - Autriche. Convention de Bruxelles - Article 13, premier alinéa - Conditions d'application - Notion de contrat conclu par un consommateur' - Achat de tuiles par un agriculteur pour la couverture d'une ferme à usage en partie privé et en partie professionnel, Affaire C-464/01.

⁶⁰ Cass. Civ. 1^o, 15 mars 2005, n°02-13.285, Bull. civ. 2005, I, n°135

⁶¹ Cass. Civ. 1^o, 27 septembre 2005, n°02-13.935, Assoc. Fédération Française d'Athlétisme c/ Sté Entenial

Pourtant, ces positions jurisprudentielles démontrent que peu à peu la Cour de Cassation rejoint l'analyse de la Cour européenne. En effet, le droit français reconnaît la protection consumériste à une personne morale en l'assimilant au non-professionnel mais ce dernier doit prouver que son action n'avait aucun rapport direct avec son activité professionnelle. Or la conclusion d'un contrat par une personne morale exerçant une activité professionnelle et qui n'aurait aucun lien avec celle-ci semble peu probable.

37. **Le consommateur, un acteur économique.** Qu'il soit une personne physique ou morale, un des éléments caractéristiques du consommateur résulte de sa situation dans le processus économique de fabrication et de distribution des biens et services. En effet, c'est parce qu'il est « le dernier maillon de la chaîne [que] le consommateur doit bénéficier d'une protection »⁶², le bon fonctionnement du marché commande d'ailleurs cette prise en considération.
38. A priori divergents, les intérêts du libre-échange rejoignent ainsi ceux du consommateur et cet état de fait a été mesuré tant par le législateur communautaire que national notamment à travers le projet d'harmonisation du droit communautaire. Celui-ci n'est autre que la traduction d'une prise de conscience globale des limites engendrées par l'application dispersée du droit de la consommation.
39. **La disparité d'application du droit communautaire de la consommation par les Etats membres.** Instaurer une notion unique de consommateur au niveau européen s'est progressivement révélé être une nécessité. En effet, le maintien des disparités entre les droits nationaux, manifestation de la consécration du principe de subsidiarité, constitue aujourd'hui un obstacle au mouvement d'harmonisation globale amorcé par le droit communautaire. Il convient désormais d'asseoir et de consolider un droit de la consommation unique et uniforme, impulsé et porté par le pouvoir communautaire.
40. S'inscrivant dans une telle dynamique, la Commission européenne a alors entrepris dès 2007 de réviser l'acquis communautaire en matière consumériste. Ses actions ont été formalisées synthétiquement à travers trois étapes majeures notamment avec l'ouverture

⁶² Mathieu IZORCHE, *Un Code de la consommation écrit à quatre mains*, in *Liber amicorum*, Jean CALAIS-AULOY, D. 2004, p. 687

du livre vert en 2007⁶³, la proposition d'une directive d'harmonisation globale en 2008⁶⁴ et enfin l'adoption de la directive-cadre en 2011⁶⁵. Le but de la démarche est bien évidemment de redonner toute sa vigueur au droit de la consommation dans la mesure où l'essence de cette matière est fondée sur la qualité et la spécificité des sujets qui méritent une protection particulière du fait de leur vulnérabilité. C'est d'ailleurs cette vulnérabilité qui donne son sens au contrat de consommation appréhendé comme étant « le contrat qui, en raison de la qualité des parties, se trouve soumis à un socle de règles communes dérogatoires au droit commun »⁶⁶. Or, « s'il y a des situations de vulnérabilité, il ne saurait y avoir de traitement uniforme »⁶⁷ et c'est ce point que le droit communautaire entend réformer.

41. Toute la difficulté réside alors dans l'établissement d'un cadre de protection commun qui tient compte toutefois des spécificités du consommateur lesquelles peuvent justifier une protection plus ou moins poussée. En effet, même s'il est admis que « nous sommes tous, par définition, des consommateurs »⁶⁸, il n'en demeure pas moins qu'il existe plusieurs catégories de consommateurs. Cette réalité s'est traduite au niveau interne par des transpositions poussées des textes communautaires, le législateur national veillant toujours à accorder le bénéfice de la protection la plus importante au consommateur. Dans cette mesure, le droit consumériste français est souvent apparu comme un droit favorable aux intérêts du consommateur, par opposition au droit allemand qui privilégie quant à lui le droit de la vente, et se positionne alors en faveur des intérêts des professionnels. Ces droits, pourtant tous deux d'origine romano-germanique, ne connaissent pas un niveau de protection équivalent, et ils sont par ailleurs confrontés au

⁶³ Commission des Communautés Européennes, Bruxelles, 8 février 2007, COM(2006) 744 final Livre Vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs

⁶⁴ Procédure 2008/0196/COD, COM (2008) 614 : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs {SEC(2008) 2544} {SEC(2008) 2545} {SEC(2008) 2547}

⁶⁵ 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.

⁶⁶ Nathalie SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives*, Répertoire de droit civil Dalloz, juin 2014

⁶⁷ Xavier LAGARDE, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, Rapport annuel de la Cour de Cassation 2009, site officiel de la Cour de Cassation.

⁶⁸ Citation de J-F. KENNEDY au Congrès du 15 mars 1962.

droit anglais, appartenant au droit de la *Common Law* et marqué par sa prédominance jurisprudentielle.

42. Ces divergences ont incontestablement alimenté les nombreuses craintes exprimées lors de l'annonce du projet d'harmonisation globale⁶⁹ qui a finalement vu le jour bien que sa traduction finale semble quelque peu éloignée du projet initial. L'intérêt majeur de la protection a porté sur la nécessité du besoin de restructuration et le niveau de protection à retenir. Cette question absorbe un large champ d'application.

43. **Annonce de plan.** Selon Jean-Luc Aubert, « Le droit de la consommation n'est pas un droit autonome, mais un droit spécialisé qui, pour ce qui touche au droit civil, réalise une dispersion de celui-ci, comme il opère une dispersion du droit pénal ou du droit processuel »⁷⁰. L'affirmation de cet auteur est très révélatrice du positionnement incertain qu'occupe le droit de la consommation au niveau national, et cette fragilité est par ailleurs retrouvée au niveau extranational.

44. La naissance du droit de la consommation en France est en général assimilée à la parution des deux premières lois Scrivener⁷¹ sur la protection des consommateurs du 4 janvier 1978, même si on pouvait en discerner des prémises dans d'autres textes antérieurs⁷². Globalement, deux caractéristiques semblent représenter le droit de la consommation, notamment sa « spécificité certaine » et sa « proximité avec d'autres droits »⁷³.

⁶⁹ Sur la manifestation de ces craintes, cf Luc GRYNBAUM, *Un Code, mais lequel ?*, RDC 1 avril 2008, n°2, p. 579 ; Jérôme HUET, *Le scandale de l'harmonisation totale*, RDC 1 juillet 2011, n°3, p. 1070 ; Benoit SOLTNER, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, *La prolifération des fondements et des voies d'actions juridictionnelles : profusion ou confusion ?*, Les petites affiches, 24 novembre 2011, n°234, p. 39

⁷⁰ *La codification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil*, in *Le Code civil, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 133

⁷¹ Loi n°78-23 sur l'information et la protection des consommateurs de produits et services, notamment contre les clauses abusives dans les contrats ;

Loi n°78-22 sur l'information et la protection des consommateurs contre les dangers du crédit en matière d'achat de biens mobiliers in D. FERRIER, *La protection des consommateurs*, Dalloz connaissance du droit, 1996

⁷² Par exemple, loi du 22 décembre 1972 relative au démarchage et à la vente à domicile.

⁷³ Jérôme HUET, professeur à l'université Paris II, directeur du centre d'études juridiques et économiques du multimédia (CEJEM), *Eléments de réflexion sur le droit de la consommation*, Les petites affiches, 8 novembre 2001, N°223, p. 4

45. Le droit de la consommation est incontestablement un droit spécifique qui s'est construit sur fond de droit commun. Pour autant, il s'est constitué pour une large part à partir de règles originales. En effet, sa spécificité est appréciée eu égard au fait qu'il vise une catégorie de personnes en particulier notamment le consommateur, tout en poursuivant un but précis, celui de défendre les consommateurs dans les actes de la vie quotidienne contre un certain nombre de dangers, et précisément ceux émanant des professionnels. Pour atteindre ces objectifs, la création d'un Code était donc utile ne serait-ce que par souci de visibilité. La seconde particularité du droit de la consommation réside dans le fait qu'il entretient des relations étroites avec les autres droits.

46. Les craintes manifestées à l'encontre de ce projet trouvent valablement leur justification dans le fait que la protection du consommateur est aujourd'hui assurée et garantie malgré un droit de la consommation fragmenté et dispersé. Pour autant, il convient de dissiper ces inquiétudes en démontrant qu'un droit de la consommation unifié est gage d'une protection perfectible et un bienfait pour les échanges transfrontaliers. C'est là que réside l'objectif prioritaire des pouvoirs publics et des institutions européennes. En effet, promouvoir le commerce transfrontalier apparaît incontestablement comme un impératif économique mais il est aussi un enjeu social et de politique publique majeur. A ce titre, tenir compte de la dimension communautaire du droit de la consommation était une nécessité.

47. Le droit de la consommation est un droit dont l'empreinte européenne est fortement marquée tant au niveau de ses sources (Partie 1) que des droits des consommateurs (Partie 2). La volonté de concrétiser ce droit européen apparaît ainsi totalement légitime et cohérente.

Partie 1 : L'eupéanisation des sources du droit de la consommation

Partie 2 : L'eupéanisation des droits du consommateur

**PARTIE 1 : L'EUROPEANISATION DES SOURCES DU
DROIT DE LA CONSOMMATION**

48 Depuis une dizaine d'années, la Communauté européenne pratique une politique dite « d'harmonisation totale⁷⁴ » visant à regrouper les différentes législations des Etats membres. Les domaines concernés sont principalement le droit des contrats⁷⁵ ainsi que le droit de la consommation pour lequel la démarche a été plus approfondie. En effet, alors que la codification du droit au niveau européen s'impose progressivement comme l'issue inévitable, il semblerait que le rapprochement de la législation consumériste constitue l'étape intermédiaire incontournable au regard notamment de la légitimation du processus d'eupéanisation du droit. C'est ainsi que la Commission européenne a élaboré une proposition de directive le 8 octobre 2008⁷⁶, destinée à regrouper quatre directives⁷⁷ qui établissent des droits contractuels pour les consommateurs. La refonte de ces quatre textes en un seul instrument horizontal permettrait de simplifier et d'actualiser les règles existantes, en supprimant notamment les incohérences et en comblant les lacunes.

49 Le projet est louable d'autant plus qu'il met au cœur de son ouvrage la maximisation de la protection du consommateur, bien que celle-ci semble, en l'état actuel du droit, très acceptable. En effet, le droit communautaire de la consommation, s'emploie efficacement à préserver l'intégrité du consentement du consommateur. Pour cela, il s'assure que celui-ci reçoive une information suffisante lui permettant de consentir à un acte de consommation en pleine conscience. Par ailleurs, il est accordé au consommateur un droit de repentir lui permettant de se désengager de toute obligation contractuelle, qui aurait été conclue valablement, au titre d'une faculté de renonciation permettant ainsi au consommateur de changer d'avis sans autres explications supplémentaires.

⁷⁴ Jérôme HUET, *Le scandale de l'harmonisation totale*, RDC, 1 juillet 2011, n°3 p. 1070

⁷⁵ Trois études ont œuvré au rapprochement des différents droits des contrats au niveau européen : celle de la Commission Lando, de la Commission Von Bar et les travaux de l'académie des privatistes européens

⁷⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM(2008) 614 final

⁷⁷ Directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ;
Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ;
Directive 97/7/CE concernant les contrats à distance ;
Directive 1999/44/CE sur la vente et les garanties de biens de consommation.

50 Le droit de la consommation est un droit qui puise principalement ses sources au niveau des textes communautaires. Prenant acte de cette réalité, la Commission Européenne a alors entrepris de consolider ces sources en les regroupant en un instrument unique, gage de visibilité et de transparence.

Construire un corpus juridique commun à un échelon extranational requiert nécessairement de la dextérité mais suppose surtout de s'engager selon une ligne de conduite prédéfinie. La portée accordée à ce socle commun de référence pourra être divergente selon les auteurs. En effet, alors que pour Jérémie BENTHAM par exemple, la formulation des règles du droit international dans un code avait pour objectif d'établir « une paix perpétuelle entre les nations »⁷⁸, pour l'abbé Grégoire, il s'agissait simplement d'énoncer « les principes éternels de justice qui devraient guider les nations dans leurs relations mutuelles »⁷⁹.

51 Les premiers défenseurs de la codification internationale, à la fin du XVIIIème siècle, avaient une vue très optimiste et universelle de cette entreprise qu'ils exprimaient avec l'emphase caractérisant cette époque. Pour autant, au fil des siècles, cette volonté de codification internationale a vu son but changer. Elle fut en effet peu à peu considérée comme étant le meilleur moyen de favoriser les échanges commerciaux et cela notamment par le biais de la passation de contrats, il s'agissait des prémices du droit international.

52 Classiquement, on considère que le droit international des contrats est la branche du droit privé dont l'objet est d'apporter un règlement approprié aux relations contractuelles privées présentant un caractère international, lequel implique pour les relations qu'il qualifie et qui tombent sous son application l'élaboration et la mise en œuvre d'un outillage normatif particulier, distinct de celui du droit commun, et qui forme le contenu de la discipline.

53 Le droit communautaire, quant à lui, est le droit qui relève du système juridique de l'Europe communautaire, fondé sur les traités instituant la communauté économique du

⁷⁸ *Principes of International Law*, écrits entre 1786 et 1789, Bentham émet l'opinion d'un Code international fondé sur l'application systématique de l'utilitarisme benthamien aux relations entre les nations qui conduirait à un système garantissant une paix durable

⁷⁹ Cf supra *Principes of International Law*

charbon et de l'acier (CECA) et la communauté économique et européenne (CEE), ainsi que sur les instruments conventionnels ayant procédé à la révision de ces traités originaires. Le Droit communautaire se distingue du droit européen, lequel est entendu comme le droit du Conseil de l'Europe et de la protection européenne des Droits de l'Homme. Le point commun entre le droit international et le droit communautaire réside dans la problématique de leur articulation avec les ordres juridiques nationaux, c'est-à-dire les droits internes des Etats sur lesquels ils se superposent, et desquels ils sont différents. Ils soulèvent donc des questions semblables : celles de leur coordination et de leur hiérarchisation avec les droits nationaux. Ils sont également marqués par leur complexité juridique et matérielle, autant dans leur détermination que dans leur application.

54 Malgré ces difficultés, une construction de ces deux droits par le biais de la codification demeure une question d'actualité. En effet, au regard du droit international il est vite apparu qu'il serait irréaliste de s'enfermer dans la vision d'une codification complète susceptible de contenir l'ensemble des règles et de régir toutes les situations. L'expérience du droit interne est là pour rappeler qu'aucun code ne peut contenir le droit de tout un pays. A ce sujet, Portalis, l'un des principaux rédacteurs du Code civil français, qui est sans doute l'une des codifications les plus anciennes et les plus achevées, disait : « il est impossible au législateur de pourvoir à tout »⁸⁰. Néanmoins, sans prétendre à la possibilité de regrouper en un code unique l'ensemble des réglementations de différents pays, il demeure opportun de s'interroger sur la question des enjeux d'une telle codification pour les droits international et communautaire, des droits qui sont caractérisés par leur complexité et leur concurrence avec les droits nationaux.

55 Cet enjeu, au niveau international, s'apparente à un besoin de cohérence et de rassemblement des différentes sources du droit gage d'une meilleure lisibilité. Et au niveau européen, ce concept de codification, peut s'analyser au niveau politique comme étant la démonstration ou l'affirmation d'une toute puissance voulue.

Il semble que la première volonté de codifier ait eu une ambition internationale. Même si la codification complète du droit international apparaît comme étant une entreprise

⁸⁰ Extrait du discours préliminaire sur le projet de Code Civil, Jean-Etienne-Marie PORTALIS, présenté le 1^{er} pluviôse an IX

chimérique, cela n'a pas empêché la production de certains exercices intellectuels plus ou moins convaincants. Pour autant, malgré l'ambition et l'énergie déployées autour de ces projets, il n'en demeure pas moins qu'ils furent tous sans issue précisément parce qu'ils connurent l'emprunte d'une époque et d'une culture imbibées d'une philosophie humaniste en faveur de principes généraux de justice, de progrès et de paix. Ces projets n'auront pas été finalement totalement inutiles puisqu'ils ont inspiré d'autres projets contemporains. Et c'est face à l'ampleur et à la difficulté d'une telle tâche qu'on s'est peu à peu rendu compte que cette idée de codification du droit des contrats aurait des perspectives de succès beaucoup plus grandes si elle se concentrait sur les droits des nations qui se trouvent à un niveau d'évolution culturelle et économique à peu près similaire.

- 56 Cette volonté de codifier le droit des contrats au niveau européen se comprend au regard de l'objectif de la communauté qui est la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Cette ouverture favorisant le développement considérable des échanges transfrontaliers se fait généralement grâce à la multiplication des contrats. Cette réalité ne permet pas pour autant d'envisager et d'entreprendre une construction globale et radicale d'un droit européen des contrats et à travers lui de la consommation (Titre 1). Seule une construction progressive permettra à terme de constituer un socle commun homogène servant à la fois les intérêts de l'Union ainsi que ceux des consommateurs (Titre 2).

Titre 1 : L'envergure des projets à l'origine de la construction d'un droit européen de la consommation, une ambition revendiquée

Titre 2 : La réalisation modérée des projets à l'origine de la construction d'un droit européen de la consommation, une réalité expliquée

TITRE 1 : L'envergure des projets à l'origine de la construction d'un droit européen de la consommation, une ambition revendiquée

57 Le rôle de l'Etat dans les affaires économiques est aujourd'hui une préoccupation générale du fait, entre autres, de la persistance d'une crise financière, économique et monétaire qui appelle sans cesse des mesures de soutien, de relance et surtout de régulation. Qu'elle intervienne pour encadrer les activités économiques privées ou en qualité d'entrepreneur ou de partenaire, la puissance publique doit désormais inscrire son action dans une perspective régulatrice globale. Sa stratégie d'action doit ainsi inévitablement intégrer les dimensions européenne et internationale, ainsi que les paramètres sociaux et environnementaux. A terme, l'objectif est de parvenir à une certaine harmonie, gage de constance et de lisibilité. Pour autant, la recherche de cet équilibre n'est pas une action aisée car elle doit nécessairement tenir compte des spécificités culturelles de chaque pays et composer avec différentes traditions juridiques.

58 Ces spécificités sont d'ailleurs très visibles à travers l'approche du droit commun de chacun des pays. En effet, les civilistes français utilisent la formule « théorie générale du contrat » pour décrire les règles du Code civil ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats. Cette théorie générale se présente ainsi comme une très singulière doctrine car elle s'identifie à une fraction de l'ordre juridique positif. Pour autant, cette singularité apparente n'est due en réalité qu'à un emploi sans rigueur de la formule et à une confusion extrêmement répandue entre deux notions : le droit commun des contrats et la théorie générale du contrat. La théorie générale du contrat est fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté, principe selon lequel chaque individu est à même de se régir par ses propres lois. En d'autres termes, la volonté suffit à créer du droit.

59 Les origines de cette théorie ont été retrouvées au XII^e siècle, lorsque les canonistes reprennent les enseignements du droit romain et défendent fermement l'idée selon laquelle il faut respecter la parole donnée. Deux adages latins font foi à cette époque : *Pacta sunt servanda*, qui signifie le respect en la parole donnée et *Solo consensus obligat* c'est-à-dire que seul le consentement oblige. Ceci marque les prémises d'une théorie générale du contrat qui va d'ailleurs se construire progressivement au fil du temps. Bien que le mouvement se soit largement poursuivi aux XVI^e et XVII^e siècles,

avec GROTIUS et PUFFENDORE⁸¹, il faudra toutefois attendre le XVIII^e siècle pour que DOMAT et POTHIER⁸² synthétisent toutes ces idées et élaborent ainsi la théorie générale du contrat qui repose sur la volonté et la liberté. Cette nouvelle doctrine s'inscrit en parfaite harmonie avec le mouvement des Lumières, issu de la philosophie individualiste, qui prône que la liberté de tout Homme ne peut être restreinte par un assujettissement à une obligation à laquelle il n'a pas consenti. En revanche, s'il s'engage en connaissance de cause, on considère qu'il y a eu consentement à la réduction de sa liberté.

60 Depuis sa consécration, la théorie générale du contrat a largement évolué. Elle a dû en effet faire face à de nombreuses évolutions économiques et sociales et s'adapter ainsi à la société moderne. Les modalités de cette adaptation juridique sont diverses, néanmoins le processus est toujours le même. Il convient ici de remettre à profit la théorie du contrat social de Rousseau dans laquelle il pose les fondements de tout régime démocratique. Il affirme en ce sens que « ce qui rend la Constitution d'un Etat véritablement solide, c'est quand les convenances sociales sont tellement observées que les rapports naturels et les lois tombent toujours de concert sur les même points, et que celles-ci ne font pour ainsi dire, qu'assurer, accompagner, rectifier les autres. Mais si le législateur se trompant dans son objet, prend un principe différent de celui qui naît de la nature des choses [...] on verra les lois s'affaiblir insensiblement, la Constitution s'altérer, et l'Etat ne cessera d'être agité jusqu'à ce qu'il soit détruit ou changé, et que l'invincible nature ait repris son empire »⁸³.

61 L'étude de la théorie développée par Rousseau nous permet d'entrevoir l'émergence de conséquences pour le moins intéressantes du contrat sur la société. Il en ressort en effet, que le droit est étroitement lié à la société qu'il régit, il doit donc représenter fidèlement la structure socio-économique de celle-ci afin de préserver et garantir la pérennité sociale. Pour autant, il semble que la théorie juridique du contrat soit bien plus que la simple traduction institutionnelle de l'organisation socio-économique. En effet, bien

⁸¹ GROTIUS dit Hugo DE GROOT (1583-1645), *Théorie de l'autonomie fondée sur le droit naturel*

⁸² DOMAT Jean (1625-1696) incarne l'esprit classique du XVII^e siècle. Scientifique, théologien et philosophe, à l'instar de beaucoup de ses contemporains, il pratique tout naturellement la « pluridisciplinarité ».

⁸³ Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, Chapitre XI « Des divers systèmes de législation »

que la règle de droit détermine grandement l'organisation socio-économique, celle-ci assume ce rôle tout autant que la norme économique. D'ailleurs, de plus en plus d'auteurs tendent à considérer que la règle de droit et la norme économique sont homologues.

62 Toutes ces considérations soulèvent des interrogations inhérentes à l'impact de l'évolution de la théorie juridique du contrat sur les évolutions économiques et sociales. Appartient-il à la théorie juridique de s'adapter à son nouvel environnement économique et social ou au contraire les changements envisagés doivent-ils respecter l'état actuel du droit ? La réponse à cette question fondamentale est essentielle pour comprendre et analyser les réels enjeux de l'harmonisation du droit de la consommation au niveau communautaire. En effet, le projet d'harmonisation du droit de la consommation au niveau communautaire supporte l'idée d'une diminution de la protection du consommateur. Bien que cette crainte puisse être avérée et justifiée au regard de nombreuses considérations factuelles, il n'en demeure pas moins qu'elle peut aisément être dépassée par la prise en compte de certains paramètres. D'ailleurs, le choix de circonscrire le périmètre de l'harmonisation au niveau européen (Chapitre 2) est un choix opportun eu égard à la difficulté d'opérer un changement d'une telle envergure au niveau international (Chapitre1).

Chapitre 1 : La volonté affichée en faveur de la construction d'un droit commun des contrats au niveau international

Chapitre 2 : Le choix opéré en faveur de la définition d'un droit européen de la consommation

**CHAPITRE 1 : La volonté affichée en faveur de la construction d'un droit
commun des contrats au niveau international**

Chapitre 1 : La volonté affichée en faveur de la construction d'un droit commun des contrats au niveau international

63 La tentative d'une construction d'un droit commun des contrats à un niveau extranational s'est rapidement révélée être une entreprise majeure dont la complexité a constitué un obstacle à sa réalisation effective (Section 1). C'est pourquoi, la restriction de la mesure au seul champ consumériste a été accueillie avec davantage de pragmatisme (Section 2).

Section 1 : Le projet de construction international et européen d'un droit commun des contrats, une entreprise freinée par sa lourdeur

64 C'est l'utopie, l'inapplication probable et l'envergure du projet international qui a finalement impulsé la constitution de projets au niveau local (§1), notamment parce que la plupart des obstacles à la codification internationale ne se retrouve pas dans la codification européenne (§2).

§1 : Le désir utopique d'une codification internationale

65 Le caractère utopique se confirme autant à travers les modalités possibles d'une codification ou d'une recodification du droit international (I), qu'au travers de ses enjeux (II).

I/ Les modalités de la codification internationale

66 Concernant les modalités d'une codification internationale, l'élaboration d'un Code international est un projet pragmatique notamment parce que l'existence du besoin n'est plus à démontrer. L'opportunité d'un tel projet d'unification réside dans l'utilité de posséder un outil contractuel commun, gage d'efficacité au niveau commercial malgré l'existence et l'applicabilité des règles existantes en l'état.

- 67 Le désir d'une codification est né dans un souci de favoriser les échanges transfrontaliers. En effet, les droits nationaux ne suffisent pas à répondre aux questions particulières rencontrées par le commerce international dans la mesure où ils n'ont pas été conçus dans cette optique. Par ailleurs, le contrat international soulève des problématiques inhérentes au droit du commerce international, notamment parce qu'elles sont liées aux questions d'assurances, de transports ou encore de douanes. A ce titre, l'existence d'un droit matériel propre au contrat international apparaissait comme un impératif incontournable malgré l'existence de certaines règles applicables de manière casuistique par les opérateurs.
- 68 Il existe plusieurs outils permettant aux opérateurs du commerce international de contracter. L'analyse de la nature de ces outils ne présuppose pas qu'il s'agisse d'un droit codifié, dans la mesure où aucune valeur contraignante ne leur est affectée, néanmoins le caractère ordonné de ces outils est révélateur d'une certaine structure et hiérarchisation appréciables.
- 69 Parmi ceux-ci, on recense la *Lex Mercatoria*⁸⁴. Il s'agit d'un ensemble de normes qui ne s'imposent pas par elles-mêmes de par le fait qu'elles n'émanent pas d'une autorité nationale, c'est-à-dire que leur source est d'origine non étatique. Ces normes sont proposées aux parties qui peuvent, si elles le souhaitent, soumettre leur contrat à cette règle et aux arbitres qui peuvent s'y référer lors d'un contentieux. La *Lex Mercatoria* ne peut pas être assimilée à un droit codifié car ses contours et sa teneur sont difficiles à cerner.
- 70 Il existe par ailleurs un droit particulier à la vente internationale, les *Incoterms*. Les *Incoterms* sont des principes commerciaux destinés à régir le contrat de vente internationale. Ils fixent la répartition des tâches entre le vendeur et l'acheteur. Bien que très utiles, il est difficile de considérer les *Incoterms* comme une codification. En effet, ils sont davantage assimilés à un outil contractuel qui est mis à la disposition des parties au contrat international afin de permettre une harmonisation des différents droits nationaux. Il s'agit au mieux d'une ébauche de codification privée mais qui demeure

⁸⁴ P. LAGARDE, *Approche critique de la Lex mercatoria, Le droit des relations internationales*, 1982, LGDJ. p. 125.

restreinte au cadre professionnel. L'intérêt était donc de dépasser ce périmètre ne serait-ce que par souci d'adaptation à la multiplication des contrats internationaux dématérialisés, c'était là l'objet de la Convention de Vienne du 11 avril 1980⁸⁵ sur la vente internationale des marchandises. Ce texte poursuivait en effet l'objectif d'harmoniser les règles matérielles sur le plan international. Pour autant, il ne s'agit pas d'une codification mais d'une harmonisation car d'une part, pour être applicable, la Convention doit au préalable être ratifiée. D'autre part, les parties peuvent exclure son application car elle est d'autorité supplétive⁸⁶.

71 C'est ainsi qu'une démarche de codification de ces principes a été entreprise avec les principes *Unidroits*. Ceux-ci n'ont qu'une autorité persuasive, ils sont dépourvus de force obligatoire. Dans la pratique contractuelle, il est très rare que les parties désignent les principes *Unidroits* comme *lex contractus*. Le plus souvent, ce sont les arbitres qui s'y réfèrent soit à la demande des parties, soit pour conforter la légitimité de leur décision. Pour les législateurs et pour les juges, les principes *Unidroits* sont considérés comme une source d'inspiration. Ces principes n'ont pas vocation à être autonomes, ils ont pour finalité l'accompagnement du droit national préexistant. Par conséquent, certains auteurs ont reproché aux principes *Unidroits* leur caractère non contraignant et refusent d'y voir une codification. Pourtant, toute codification ne suppose pas nécessairement l'élaboration d'un code comme tend à le faire croire cette définition simplificatrice. Certes, on ne peut pas considérer cette codification savante comme une codification au sens formel et stricto sensu mais on ne peut pas non plus nier son efficacité face aux incertitudes du droit du commerce international.

II/ Les enjeux de la codification internationale

72 Au-delà de la structure et du gain de lisibilité qu'apporterait une codification des règles au niveau international, il apparaît que l'existence d'un corpus juridique unique soit

⁸⁵ Décret n°87-1034 du 22 décembre 1987 portant publication de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne le 11 avril 1980. Entrée en vigueur le 1 janvier 1988.

⁸⁶ Article 6 Convention de Vienne : « Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'art. 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets ».

bénéfique aux échanges internationaux, bien qu'il demeure difficilement concevable en raison de son large champ d'application.

73 Ce projet présente des enjeux incontestables tenant tant à la forme qu'au fond. En effet, au niveau international, le droit est fragmenté c'est pourquoi une codification est nécessaire. D'une part, la codification faciliterait l'accès à la règle de droit aux justiciables, aux praticiens et aux opérateurs du commerce international. D'autre part, elle permettrait d'avoir un droit cohérent en assurant la prévisibilité des solutions jurisprudentielles ce qui renforcerait la sécurité juridique. Par ailleurs, codifier c'est également l'occasion de moderniser, de faire évoluer des règles devenues inappropriées, de trancher des controverses, en d'autres termes de réformer. Le droit n'étant pas intangible, il y a toujours la tentation de rénover pour améliorer. Cela permet de faire évoluer le droit afin de l'adapter aux valeurs changeantes de la société.

Le manque de volonté politique, voire d'intérêt politique est un des facteurs explicatifs à l'avortement de ce projet très ambitieux. Les Etats préfèrent davantage se concentrer sur la codification du droit européen des contrats qu'à celle du droit international. Les projets Catala, Von Bar, Gandolfi et celui de la Chancellerie en témoignent.

74 Un législateur qui codifierait le droit international ne devrait pas se contenter d'assurer la prévisibilité des solutions nationales, il devrait également assurer l'harmonie internationale nécessaire à l'efficacité du droit en s'attachant au droit déjà codifié pour s'inscrire dans une cohérence globale. Mais quel Etat aurait la démarche de se soumettre aux contraintes juridiques d'autres Etats de son plein gré ? Vraisemblablement aucun. Le droit est devenu l'objet d'une trop grande compétition entre les Etats, il est la marque de leur souveraineté. Enfin, il n'y a qu'un pas entre l'élaboration d'un code national et l'idée d'un code international. Opterait-on alors pour un code national particulier ? Sinon, comment concilier des droits différents ? En d'autres termes, qu'en est-il de la réalité d'une telle entreprise ? En effet, elle prendrait nécessairement la forme d'une convention internationale, dont la ratification serait soumise à la discrétion des Etats. Ces derniers pourraient alors émettre des réserves la vidant d'une partie de son sens. A toute entreprise de codification doit nécessairement précéder la volonté d'un système juridique uni, le sentiment d'une communauté que l'on veut renforcer. Et la scène internationale est pour l'instant dépourvue de cette envie commune d'association et d'œuvre conjointe, d'où la pertinence de concentrer le projet au niveau européen.

75 Les obstacles qui empêchent la codification internationale ne se retrouvent pas au niveau communautaire. En effet, une importante envergure territoriale, un code dont l'application serait tributaire de la volonté politique des Etats, et une utilité incontestable irriguent ce projet d'harmonisation communautaire. L'Union Européenne est un espace territorial et juridique plus défini et le droit communautaire bénéficie d'une force normative contraignante. Par ailleurs, le principe phare de libre circulation implique que la vocation première de l'Europe, à savoir l'économie, pourrait voir dans l'élaboration d'un outil contractuel commun, un moyen d'optimisation. Mais la volonté de codifier procède surtout ici d'un intérêt politique, celui d'affirmer l'ordre juridique communautaire. A un droit ou un code se superpose classiquement un Etat, et l'aspiration des Communautés Européennes à acquérir une autorité politique pleine est notoire. La codification est alors le moyen qui permet ensuite de démontrer l'existence d'une véritable entité, non plus juridique, mais politique, ce qui n'était pas le but de la codification internationale. En tout état de cause, on peut affirmer que c'est vraisemblablement l'inapplicabilité et l'envergure du projet international qui ont sans aucun doute impulsé les projets européens. En effet, les deux niveaux de codification sont liés, les carences de l'un étant les forces de l'autre. Sans doute, même l'aboutissement de la codification communautaire permettra-t-elle plus aisément l'entreprise de codification internationale.

§2 : L'unification du droit des contrats au niveau européen, un projet plus réaliste

76 Il ne s'agit pas de nier que cette ambition relève d'une ampleur considérable. Néanmoins, elle présente l'avantage de bénéficier du contexte d'eupéanisation, ce qui faciliterait l'établissement d'un tel projet de codification. En effet, la création d'un Code européen des contrats permettrait incontestablement d'asseoir l'assise du pouvoir communautaire en révélant notamment sa forte intégration (I). De plus, les modalités de la codification sont plus aisées à cet échelon (II).

I/ L'émergence d'un code européen des contrats, une étape supplémentaire en faveur de l'intégration européenne

77 La logique européenne s'oriente dans le sens d'une union sans cesse plus ténue des États membres. Celle-ci tend à se concrétiser par le rapprochement de leur législation civile contractuelle, souhait émis par les institutions européennes. Néanmoins, l'harmonisation du droit européen des contrats ne pourra se faire qu'en créant une identité européenne commune (A), laquelle serait bénéfique pour asseoir l'autorité du pouvoir communautaire (B).

A/ La reconnaissance effective d'une identité européenne commune

78 La construction de cette identité commune doit se concevoir dans l'optique d'une conciliation des spécificités culturelles d'une part (1), et des traditions juridiques d'autre part (2).

1. La conciliation des spécificités culturelles

79 Chaque État membre possède sa propre manière de raisonner, de penser les concepts juridiques contractuels lesquels sont inhérents à l'héritage culturel. La culture d'un pays dans une acception large, c'est « l'ensemble des structures sociales et des manifestations religieuses, intellectuelles et philosophiques qui définissent une société par rapport à une autre »⁸⁷. Ainsi, le droit est en partie la résultante de cette culture nationale et par conséquent, la question de la souveraineté est mise en exergue. En effet, des concessions subtiles devront être envisagées afin de parvenir à un ensemble cohérent. C'est pourquoi la codification européenne doit entreprendre d'harmoniser mais tout en respectant les particularités nationales. Pour atteindre cette finalité, il est nécessaire que les traditions juridiques soient dépassées.

⁸⁷ Séverine NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Editions Larcier 2008

2. Le dépassement des traditions juridiques

80 Synthétiquement, il existerait au sein de l'Union Européenne une scission entre les pays de tradition romano germanique, et les pays fondés sur le système de la Common Law. Pour ces derniers, une place privilégiée est accordée à la jurisprudence, dans la mesure où ce sont les juges qui élaborent le droit. Ce système parait donc a priori totalement hermétique à toute idée de codification du droit. A l'opposé, le droit civiliste des pays de tradition romano germanique est un droit codifié, où le juge est perçu comme l'exécuteur de la règle.

81 A première vue, le rapprochement entre ces deux systèmes semble être, de prime abord, inconcevable. En effet, leur appréhension même du concept de contrat est différente : le contrat est engagement juridique pour les uns alors qu'il est échange économique pour les autres. Pourtant, il semblerait qu'ils évoluent de façon convergente. En effet, l'Angleterre connaît depuis peu un contrat code, dit Code Mc Gregor⁸⁸, qui est une œuvre de doctrine, ne possédant pas de valeur contraignante, mais visant à rassembler l'ensemble des principes applicables aux contrats. De plus, des pans entiers du droit anglais ont été exposés sous forme de droit législatif. De son côté, le système civiliste a tendance à s'assouplir, par le biais d'un recours plus fréquent au juge. L'exemple de l'imprévision⁸⁹ et la possibilité de renégocier le prix⁹⁰ dans les contrats-cadre l'illustrent bien. Par conséquent, toute conciliation n'est pas exclue, et, pour ce faire, les universitaires ont axé leurs travaux sur les droits français, anglais et allemand, représentant le noyau dur du droit des contrats au niveau européen. Tout cela contribue à redonner une autre dimension au droit des contrats, lequel jouit d'une nouvelle légitimité.

⁸⁸ Jean-Pierre GRIDEL Agrégé des facultés de droit Conseiller à la Cour de cassation, *Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie)*, La gazette du palais, Février 2003

⁸⁹ Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du mardi 24 novembre 1998, Bulletin 1998 IV N° 277 p. 232, arrêt Chevassus Marche

⁹⁰ Cour de cassation, Assemblée plénière, Audience publique du vendredi 1 décembre 1995 Bulletin 1995 A. P. N° 7 p. 13

B/ L'assise du pouvoir communautaire

82 Traditionnellement, on entend par droit communautaire, l'ensemble des directives qui ont vocation à être transposées afin d'être applicables en droit interne. Même s'il est d'application indirecte, le droit communautaire est perçu comme du droit positif car il présente un caractère coercitif. En effet, tout défaut ou absence de transposition sera sanctionné par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). C'est ainsi que l'idée d'une codification permettrait de reconnaître officiellement ce qu'est déjà le droit communautaire officieusement. En somme, il s'agirait donc de légitimer la démarche communautaire (1), et de conférer une compétence particulière au législateur communautaire (2).

1. La légitimation de la démarche communautaire

83 La CJUE forge des notions, des règles et des principes déterminants pour le droit de l'Union et a fortiori pour le droit des Etats membres. Pour autant, son rôle est limité par le fait qu'elle n'est pas une Cour Suprême pour les litiges de droit privé dans l'Union Européenne. En effet, son principal rôle est de garantir une application uniforme du droit communautaire. L'analyse du contenu des directives applicables témoigne d'une volonté de réglementer chaque domaine spécifique. Une globalisation apparaît alors comme un projet complémentaire qui consoliderait et structurerait ces réglementations éparses et qui aboutirait à la construction d'un droit commun des contrats communautaires.

2. La reconnaissance d'une compétence spécifique au législateur communautaire

84 Le pouvoir législatif communautaire a d'abord agi dans des domaines spécifiques comme le droit de la concurrence, de la propriété intellectuelle ou le droit des sociétés. Le législateur communautaire ne bénéficie que d'une compétence d'attribution, en cela il voit donc son action limitée. C'est pourquoi, l'idée d'un Code européen apparaît être une solution séduisante tant pour le législateur que pour la CJUE dans la mesure où une

base juridique propre constituerait une référence incontestée. De plus, la formalisation du droit communautaire donnerait naissance au droit commun des contrats. Finalement, ce processus de codification conduirait à un droit communautaire plus autonome et donc plus légitime. Seule la réalisation concrète de ce droit commun au niveau européen reste aujourd'hui ouverte.

II/ L'enclenchement du processus de codification, une procédure simplifiée

85 Il existe différentes méthodes de rapprochement du droit des différents Etats membres (A), l'important est d'identifier la meilleure stratégie d'intégration à adopter (B).

A/ La diversité des modes de rapprochement

86 Plusieurs techniques peuvent être recensées : l'unification, l'uniformisation, l'harmonisation et la coordination. Quel que soit le procédé adopté, il ne faut pas s'éloigner de l'objectif à atteindre à savoir un droit communautaire commun des contrats décliné et applicable à l'ensemble des Etats. L'idéal étant de trouver un juste équilibre entre imposition (1) et proposition à titre facultatif (2) de règles de droit européen.

1. La proposition de règles uniformes supplétives

87 Une certaine marge d'action est ici laissée aux Etats membres en ce sens où ces derniers devront appliquer des principes généraux préétablis. Deux options sont à envisager. La première consiste à proposer un modèle de droit des contrats auquel les agents économiques devront se référer, il s'agit de la perspective des principes *Lando*. Cette formule présente l'avantage de ne pas bouleverser le droit interne des Etats. Le juge joue un rôle très important dans ce cadre car il devra faire coïncider le droit interne et les principes européens.

88 La seconde consiste à proposer des règles uniformes aux législateurs nationaux. On invite ici le droit interne à s'aligner sur ces règles européennes tout en lui laissant une certaine latitude pour les adapter à son propre système juridique. Il s'agit d'une formule respectueuse de l'identité nationale.

Ces deux formules sont très séduisantes, néanmoins il faut garder à l'esprit qu'un projet d'une telle ampleur va nécessairement provoquer des bouleversements. Ainsi, au lieu de tenter de les limiter, mieux vaut adopter une démarche plus radicale et imposer des règles communes.

2. La proposition de règles uniformes impératives

89 Deux possibilités sont également envisageables. La première consiste à proposer des règles uniformes qui s'incorporeraient aux droits nationaux mais qui ne seraient applicables qu'aux opérations transeuropéennes. On est donc là dans un système de coexistence entre le droit étatique et le droit européen. Il s'agit d'un système séduisant mais il ne faut pas confondre la superposition et l'harmonisation. De plus, la juxtaposition entraîne souvent la confusion.

90 Le choix de la deuxième option semble alors plus opportun. Celle-ci est certes plus radicale, mais elle représente visiblement la meilleure réponse à l'objectif poursuivi. Il s'agit d'uniformiser globalement le droit interne de chaque Etat membre. Ainsi, l'opérateur économique n'appliquera et ne sera face qu'à un seul corps de règles quelle que soit l'opération entreprise. Il s'agit d'une solution qui garantit une homogénéité incontestée et qui semble être la solution privilégiée par la communauté européenne, principalement au niveau consommériste.

B/ La réalisation concrète d'un tel processus de codification au niveau interne

91 Afin de déterminer quelle est la solution la plus adéquate, l'établissement d'un bilan coûts-avantages s'impose. En effet, l'analyse des principes pour un droit européen des

contrats nous permet d'apprécier l'impact promotionnel du droit français dans ce processus de construction européenne des contrats (1). Dans cette vaste entreprise, de nombreuses difficultés matérielles ont été rencontrées (2).

1. La promotion du droit interne français

92 Afin de parvenir à une harmonisation des systèmes juridiques européens, les droits français, allemand, et anglais ont été fort enrichissants, puisqu'ils constituent les trois grandes familles du droit des contrats. Trois études ont œuvré au rapprochement des différents droits des contrats au niveau européen: celle de la commission Lando⁹¹, de la commission Von Bar⁹², et les travaux de l'académie des privatistes européens⁹³. L'objectif était de parvenir à des règles communes permettant de passer outre la complexité grandissante des droits de l'Union Européenne. Aucune valeur normative ou contraignante ne leur est conférée, mais ils jouissent d'une influence considérable. Le but principal de ces principes étant de privilégier les échanges économiques, les relations contractuelles doivent néanmoins se faire dans le respect de la loyauté contractuelle. Ainsi, le droit français des contrats bénéficie d'une assise confortable au niveau européen qui permet de préserver son essence et favorise même son rayonnement.

2. Les obstacles rencontrés

93 Des obstacles restent à surmonter. En effet, au-delà de l'investissement scientifique qui est fort conséquent, il semble nécessaire de trouver un financement qui serait adapté à l'ampleur du projet. De plus, la diversité linguistique peut se révéler être un frein à l'élaboration matérielle d'un tel Code. En effet, même si un droit peut s'entendre en plusieurs langues, le problème réside dans la traduction d'une notion précise, ou dans la

⁹¹ Principes de droit européen des contrats, (Commission Lando) Par la Commission du droit européen des contrats. Commission on European contract law, København

⁹² Christian VON BAR, *Le groupe d'études sur un code civil européen*, RIDC 1-2001

⁹³ X. BLANC-JOUVAN, *Les travaux de l'Académie des privatistes européens et le Code européen des contrats*, RIDC, 2009, Vol. 61, n°1, p.187

recherche d'une équivalence. Est présent également le risque d'une interprétation divergente des terminologies traduites au préalable. C'est ainsi que les institutions communautaires rédigent les textes en français ou en anglais à titre principal, puis ils sont traduits dans toutes les langues officielles. La Cour de Justice détient à sa disposition deux méthodes, elle peut soit donner la préférence à l'une des versions pour l'interprétation d'une disposition, soit elle décide de trancher en faveur du sens le plus large. Au-delà de ces considérations, il paraît important de mettre l'accent sur la volonté politique qui reste la clef de voûte de tout le processus.

Section 2 : Le projet de construction européenne d'un droit commun de la consommation, une action valorisée par son caractère intermédiaire

94 Le droit européen est à ce jour celui qui influence le plus fortement notre droit interne. Si cette évolution est moins marquée en droit des personnes et de la famille, elle demeure considérable en droit des contrats. Bien qu'il n'existe pas véritablement de droit européen des obligations, la réalité du développement d'un mouvement d'idées qui tend à l'élaboration d'un Code européen des obligations semble de plus en plus marquée. A terme, nous pourrions assister à une relative unification du droit des obligations dans les pays de l'Union Européenne. Il s'agit là d'une question récurrente à laquelle le Parlement européen accorde de l'importance, c'est pourquoi d'importants travaux d'initiative privée ont participé à l'élaboration de règles communes à l'ensemble des pays de l'Union visant ainsi à créer un nouveau système juridique autonome. Pour cela, les intervenants ont entrepris la lourde tâche de rechercher un compromis entre les deux influences, pour le moins antagonistes, qui marquent l'Europe à savoir le droit de la *Common Law* et le droit de tradition romano-germanique.

95 Par ailleurs, il est à noter que ce processus n'est pas nouveau. En effet, sur le plan international, la Convention de Vienne prévoit des règles communes en matière de vente, applicables aux différents Etats signataires depuis 1980. Ces règles contenues dans les « Principes relatifs aux contrats du commerce international », publiées en 1994

par l'organisme UNIDROIT⁹⁴ puis complétées en 2004, ont pour objectif d'harmoniser et de coordonner les droits des différents Etats membres. On remarque ainsi aisément que le but ultime recherché est l'unification juridique à un échelon global. Or cette unification a des perspectives de succès beaucoup plus grandes si elle se concentre sur les droits des nations qui se trouvent à un niveau d'évolution culturelle et économique à peu près similaire.

96 C'est pourquoi, au niveau européen l'orientation en faveur d'une harmonisation progressive du droit européen des contrats est clairement affichée. En témoignent les trois études qui ont œuvré au rapprochement des différents droits des contrats au niveau européen. Concernant les travaux de la Commission Lando⁹⁵, ils ont été lancés en 1975 sous l'impulsion du professeur danois Olé Lando qui avait décidé de rassembler un corps d'universitaires des pays européens dans le but d'élaborer des « Principes européens du droit des contrats ». L'objectif était de parvenir à des règles uniformes afin de dépasser la complexité grandissante des droits des pays de l'Union. Ces principes aspirent à garantir une véritable souplesse du droit des contrats. Bien qu'aucune valeur normative ou contraignante ne leur soit conférée, ces principes ont eu un réel impact à l'égard des praticiens du droit, de la doctrine et des réformateurs. Par ailleurs, ces travaux sont à l'origine des deux autres initiatives privées, le projet de la Commission Von Bar⁹⁶ et l'avant-projet de l'Académie des privatistes européens⁹⁷, qui ont également poursuivi l'objectif de codifier le droit européen des contrats.

97 Ces travaux préparatoires constituent de véritables sources du droit européen des contrats et malgré leur caractère prospectif, leurs influences sont considérables, notamment les principes élaborés par la Commission Lando, qui constituent aujourd'hui le projet d'harmonisation d'une branche centrale du droit européen le plus consciencieusement préparé, le plus avancé et le plus fortement remarqué sur la scène internationale. Ces principes résultent en réalité d'un effort européen de collaboration

⁹⁴ UNIDROIT, Institut international pour l'unification du droit privé est une organisation intergouvernementale indépendante

⁹⁵ Op cit supra Commission Lando

⁹⁶ Op cit supra Commission Von Bar

⁹⁷ Op cit supra Travaux de l'Académie des privatistes européens

et de comparatisme. En effet, l'approche des intervenants consistait à identifier le noyau commun du droit des contrats de tous les Etats membres de l'Union et de créer, à partir de là, un système en état de fonctionner. Vaste projet donc que celui de réconcilier les juristes de tradition civiliste et les juristes de la *Common Law* que tout oppose, y compris leur façon d'appréhender le concept même de contrat.

- 98 Pour parvenir à une harmonisation des systèmes juridiques européens, il était judicieux de s'intéresser aux trois grandes familles du droit des contrats à savoir le droit français, le droit allemand, et le droit anglais né de la *Common Law*.

De manière synthétique, le droit français préserve essentiellement la force obligatoire du contrat assurant ainsi la sécurité juridique, il se distingue essentiellement du droit allemand dans la mesure où ce dernier admet l'immixtion judiciaire dans le contrat. Quant au droit anglais, la conception économique inspire fortement les contrats qui relèvent exclusivement de l'affaire des parties.

- 99 Ces principes sont dépourvus de tout caractère normatif, ils forment néanmoins un cadre de référence supranational auquel les différents Etats membres ont recours lorsqu'ils examinent leur propre droit national. Il en ressort que ce cadre de référence vise à promouvoir la liberté d'entreprendre, et cette promotion du libre-échange s'effectue toujours dans le respect du droit national français. Cette primauté, si elle a lieu, n'est pas sans incidence sur l'objectif d'harmonisation globale dans la mesure où la recherche de l'équilibre nécessitait la mobilisation de lourds moyens.

C'est d'ailleurs l'ampleur de la tâche qui a permis de valoriser le projet commun de formation d'un droit consumériste européen puisqu'il constituait une étape intermédiaire et surtout accessible. En effet, tenter d'uniformiser le droit consumériste était nécessairement gage de consolidation de la confiance des acteurs du libre-échange. L'intérêt majeur porté à cette réflexion d'uniformisation du droit de la consommation réside dans la prise en compte des exigences d'ordre économique. Il en résulte que l'autonomie recherchée du droit contractuel de la consommation est un processus souhaité et partagé (§1) mais qui a vocation à être consolidé (§2).

§1 : L'autonomisation engagée du droit de la consommation au niveau européen, un préalable nécessaire

100 La question de la codification européenne du droit de la consommation dépend de celle de son autonomie par rapport au droit civil. En effet, la viabilité d'une codification séparée est étroitement liée au caractère d'autonomie du droit en question dans la mesure où sa codification deviendra rapidement illisible en cas de dépendance à un système juridique établi. Pour autant, le caractère d'autonomie du droit de la consommation n'est pas un principe naturellement établi qui s'impose par lui-même. En témoignent les travaux de Philippe STOFFEL-MUNCK pour qui « l'autonomie du droit de la consommation est moins ancrée dans notre tradition intellectuelle que celle du droit commercial »⁹⁸.

101 Au-delà de ces considérations, il reste que la politique européenne de protection des consommateurs est une des illustrations de la spécificité du droit consumériste. En effet, elle n'est pas expressément prévue par les traités de Rome, pour autant elle n'en demeure pas moins nécessaire à travers la promotion du principe de libre circulation des marchandises. C'est d'ailleurs l'accroissement des échanges transfrontaliers qui a finalement entraîné une série d'autres exigences de mise en place de politiques européennes. Plus généralement, l'abolition des frontières intérieures laissant circuler librement les marchandises a nécessité la construction d'une politique européenne de protection du consommateur. Le traité de Maastricht⁹⁹ a progressivement constitué la base juridique de protection des intérêts des consommateurs (I), cette compétence a par la suite été partagée avec le traité de Lisbonne¹⁰⁰ (II).

⁹⁸ Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation*, RTD Com 2012, p. 705

⁹⁹ Décret n°94-80 du 18 janvier 1994 portant publication du traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992

¹⁰⁰ Décret n° 2009-1466 du 1er décembre 2009 portant publication du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, et de certains actes connexes. JORF n°0279 du 2 décembre 2009 page 20706, texte n°6

I/ La protection du consommateur au sein de l'Union européenne, une compétence partagée

102 Le principe de protection du consommateur a été initié par le traité de Maastricht¹⁰¹ qui érige cet objectif en une compétence subsidiaire de l'UE. Le traité sur le fonctionnement de l'UE¹⁰² fonde quant à lui cette protection sur une compétence partagée, cela permet ainsi de renforcer la protection du consommateur qui ne repose plus seulement sur un titre de compétence subsidiaire ou d'appui. Cette dimension est consacrée par l'article 169 du traité de Lisbonne¹⁰³, au terme duquel il est précisé :

« 1) Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leurs droits à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts.

2) L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 par :

a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ;

b) des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres, et en assurent le suivi.

3) Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du comité économique et social, arrêtent les mesures visées au paragraphe 2, point b.

¹⁰¹ Cf note supra traité de Maastricht. Le traité sur l'Union européenne (TUE), aussi appelé traité de Maastricht, est un des traités constitutifs de l'Union européenne, l'autre étant le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

¹⁰² Cf note supra traité de Lisbonne. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est l'un des deux traités fondamentaux des institutions politiques de l'Union européenne avec le Traité sur l'Union européenne. Il portait le nom de traité instituant la Communauté économique européenne ou traité CE avant l'entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 du traité de Lisbonne. On l'appelle également couramment le traité de Rome

¹⁰³ Traité de Lisbonne, Titre XV : Protection des consommateurs, Article 169 (*ex-article 153 TCE*) : « 1. Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts.

2. L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 par :

a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur;

b) des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États membres, et en assurent le suivi.

3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures visées au paragraphe 2, point b).

4. Les mesures arrêtées en application du paragraphe 3 ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission »

4) Les mesures arrêtées en application du paragraphe 3 ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission ».

Sur la base juridique de ce texte, il en résulte que l'harmonisation maximale telle que souhaitée et envisagée par la proposition de directive de 2008 n'est pas transposable en l'état, précisément parce que le traité de Lisbonne ne remet pas en cause la possibilité pour les Etats membres de garantir un niveau de protection plus élevé.

103 Plusieurs directives ont été adoptées au cours des dix dernières années sur des éléments sectoriels de la politique européenne de protection du consommateur. Qu'il s'agisse de questions de publicité trompeuse, d'étiquetage des produits, ou encore de politique de rappels de produits défectueux, l'Union Européenne est présente à chaque stade de la consommation, soit directement, soit par l'intermédiaire des autorités nationales. Cela présente incontestablement un aspect bénéfique car bien que les décisions doivent être prises au plus près du citoyen, il reste évident que l'autorité émanant d'une décision supranationale est parfois plus efficace. En effet, dans le cadre du marché unique européen, la nécessité de la consolidation de l'échelon européen dans la recherche de protection du consommateur est une exigence fondamentale. C'est pourquoi même si la protection du consommateur conduite au niveau européen repose sur une compétence subsidiaire, elle donne actuellement lieu à une politique transversale.

II/ La protection du consommateur au sein de l'Union Européenne, une politique transversale

104 Les politiques européennes liées au marché unique sont toutes soumises aux exigences dictées par la protection des consommateurs. En effet, le développement des échanges ne peut être envisagé sans cet axe majeur, gage de confiance pour les acteurs du marché. Par ailleurs, ce principe fondamental est parfois invoqué par les Etats membres afin d'opposer à l'Union un refus d'application temporaire du droit européen. En témoigne, par exemple, le refus de la France de lever l'embargo sur le bœuf britannique, cela en

dépit des conclusions des experts européens¹⁰⁴. Dans cette espèce, le gouvernement français était passé outre les recommandations de la Commission européenne en se fondant sur les conclusions de ses experts nationaux et en faisant prévaloir la supériorité du principe de protection des consommateurs ainsi que celui de protection de la santé.

105 Le maintien de cette possibilité nationale de faire échec à l'application d'une règle européenne peut se révéler rassurant pour les consommateurs, d'autant plus que la politique européenne de protection du consommateur est principalement fondée sur des programmes qui tiennent compte des spécificités locales, permettant ainsi la conduite d'une politique transversale. Pour autant, il demeure important d'offrir à ces derniers rapidement et simplement, la garantie d'un dispositif efficace ne serait-ce que pour éviter les éventuels recours judiciaires qui, au niveau extranational, se révèlent souvent longs et coûteux. Cette entreprise passe nécessairement par une étroite coopération entre les Etats membres, coopération qui est aujourd'hui le centre d'attention. Il ne s'agit plus de se contenter d'une politique transversale mais d'initier une nouvelle dynamique, un nouveau corpus juridique lisible et accessible, qui constituerait le droit de la consommation européen.

Aujourd'hui, les consommateurs, incertains de leurs droits et craignant toute forme d'abus voire d'escroqueries, peuvent hésiter à effectuer des achats transfrontaliers. D'où l'intérêt de la nouvelle directive de 2011, d'harmonisation totale, qui offre à tous les consommateurs une protection identique, qu'ils effectuent leurs achats auprès d'un professionnel physique, ou sur un site web hébergé par un autre pays de l'Union.

§2 : L'autonomisation engagée du droit de la consommation au niveau européen, un processus à poursuivre

106 L'idée de la création d'un droit européen de la consommation a été matérialisée dès 2007 avec l'ouverture d'un nouvel outil revêtant la forme d'un recueil d'informations et d'un Livre vert¹⁰⁵. Le 1er juillet 2010, la Commission a publié une « chronique

¹⁰⁴ Florence CHALTIEL, Professeur de Droit public, IEP Grenoble, *Actualité de la protection du consommateur en Europe*, Les Petites Affiches, 25 mars 2011, N°60, p. 5

¹⁰⁵ Guy RAYMOND professeur honoraire à la faculté de droit de Poitiers, *Le livre vert sur le droit communautaire de la consommation*, Contrats Concurrence Consommation - Avril 2007 - n° 4 : « La Commission européenne a

commentant les réponses apportées au Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »¹⁰⁶. Celles-ci, publiées sur le site de la Commission européenne¹⁰⁷, apportent des indications précieuses sur la perception par les différents acteurs de ce nouvel instrument juridique. En effet, les réponses émanant d'organisations professionnelles, d'universitaires, de professionnels du droit, d'institutions étatiques et d'associations de consommateurs¹⁰⁸, constituent une source d'informations importante pour la Commission puisqu'elles indiquent précisément la faveur des institutions pour une option juridique en particulier. Dans cette large entreprise, la Commission réaffirme l'intérêt d'un droit européen des contrats pour le marché intérieur, en reconnaissant que le droit des contrats n'est pas qu'un instrument au service du marché et que doivent être prises en compte, outre les impératifs économiques, les différentes traditions juridiques et leur histoire séculaire. Cette position vise de facto à exclure un processus d'harmonisation totale du droit ou l'idée d'un Code européen des contrats. Cette défaveur à l'égard des instruments contraignants doit être tempérée d'autant que l'harmonisation totale demeure une voie conservée par la Commission, et est vivement soutenue par le Parlement européen.

107 Le choix de cette stratégie est par ailleurs très largement réfuté par les associations de consommateurs qui y voient le déni des spécificités nationales, et à travers elles le particularisme de la protection du consommateur français. En réalité, la pratique de l'harmonisation totale souffre d'une mauvaise connaissance du sujet par les Etats membres, ce qui favorise la crainte qu'elle suscite.

lancé une consultation sur le contenu de huit directives relatives au droit communautaire de la consommation. Cette étude est une réponse partielle à cette proposition de la Commission. La Commission des Communautés européennes a publié au début du mois de février 2007 un livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs »

¹⁰⁶ RTDE. 2010. N°695

¹⁰⁷ http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/100701_en.htm

¹⁰⁸ Carole AUBERT DE VINCELLES, professeur à l'université de Cergy-Pontoise, secrétaire générale de Trans Europe Experts, *Réponses au livre vert sur le droit européen des contrats*, RTDE 2011, p. 615
43 % de réponses des organisations professionnelles, 20 % d'universitaires, 16 % de professionnels du droit, 9 % d'institutions étatiques et 5 % d'associations de consommateurs.

Pour autant, il convient de reconnaître que l'harmonisation souhaitée a engendré une nouvelle dynamique profitable (I), même si elle n'illustre qu'une facette de ce qu'il reste à construire (II).

I/ Le projet d'harmonisation du droit communautaire de la consommation, à l'origine d'une nouvelle dynamique stratégique

108 La Commission comme le Parlement européen s'accordent sur l'opportunité d'un instrument extranational auquel pourraient se référer les deux parties au contrat, à titre optionnel dans une moindre mesure ou à titre obligatoire dans l'idéal. Les raisons d'une telle position sont assez compréhensibles notamment du fait de leur caractère protectionniste d'une part et parce que cet outil offre la possibilité d'une garantie supplémentaire d'autre part. Néanmoins, s'en tenir à une conclusion aussi hâtive serait un leurre dans la mesure où elle présuppose que les consommateurs aient conscience des enjeux du choix de la loi à adopter. Or, il faut garder à l'esprit que le postulat même du droit de la consommation repose sur le principe de l'incompétence du consommateur moyen à apprécier l'équilibre du contrat. A fortiori, il semble donc difficile d'établir qu'il puisse apprécier et choisir entre deux systèmes juridiques, celui de son pays et celui de l'Union Européenne. De plus, même si personne ne nie qu'un droit unifié faciliterait les transactions, d'autres insistent sur le fait que le droit des contrats n'est pas le seul obstacle au commerce transfrontalier. En effet, l'étude des différentes réponses apportées au Livre vert, inspire plusieurs remarques exprimant autant de points de vue différents, que ce soit au niveau économique, culturel ou encore politique. Pour Carole AUBERT DE VINCELLES, il y a « du bon droit et du mauvais droit, et l'harmonisation totale par directive fait incontestablement partie du deuxième »¹⁰⁹. Cet auteur préconise alors un instrument optionnel ou un instrument contraignant dès lors qu'il se limiterait à un champ restreint, précisément aux contrats transfrontaliers. Cette position est plus ou moins partagée par la doctrine, qui a vu un projet pertinent bien que trop ambitieux (A), ce qui in fine a donné lieu à une directive cadre restreinte (B).

¹⁰⁹ Cf supra Note Carole AUBERT DE VINCELLES

A/ L'échec d'un projet trop ambitieux

109 La technique de l'harmonisation des droits est celle utilisée actuellement pour rapprocher les législations nationales afin de développer et fluidifier le marché intérieur. Elle consiste pour les Etats membres à modifier leur droit interne de manière à le faire converger vers des objectifs communs. Cette harmonisation s'est réalisée par étapes successives et de manière verticale notamment par le biais de directives sectorielles d'harmonisation minimale. Pour autant, depuis quelques années, le degré d'harmonisation s'est durci et l'harmonisation totale est fortement privilégiée. En effet, cette technique juridique présente l'avantage d'échapper aux difficultés engendrées par une directive d'harmonisation minimale dans la mesure où cette dernière crée des disparités d'application importantes entre les Etats alors que l'instauration d'une règle commune avec un même niveau de protection pour tous est gage de simplicité.

110 Néanmoins, c'est la volonté toujours marquée des Etats membres de conserver une marge de manœuvre, et précisément la possibilité de « conserver des règles plus protectrices »¹¹⁰ qui constitue le frein à la globalisation du droit. Cette frilosité est aisément appréciable au regard des étapes ayant marqué le processus d'harmonisation. En effet, en 2007, l'ouverture du projet d'harmonisation du droit de la consommation au niveau communautaire concernait initialement huit directives. Celles-ci regroupaient l'ensemble des directives incontournables constituant le socle du droit de la consommation. Il s'agissait de la :

- Directive 85/577, relative aux « contrats négociés en dehors des établissements commerciaux »¹¹¹
- Directive 90/314, à propos des « voyages, vacances et circuits à forfaits »¹¹²

¹¹⁰ Point 10 du Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 1 juillet 2010, COM (2010) 348 final *In* Carole AUBERT DE VINCELLES, *Nouvelles orientations : directive cadre sur les droits des consommateurs et Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats*, Revue des contrats, 1 octobre 2010, N°4, p. 1284

¹¹¹ JOCE du 31 décembre 1985 page 31, Directive 85/577/CEE du Conseil concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux

¹¹² JOCE du 23 juin 1990 page 59, Directive Européenne n°90-314 du 13 juin 1990 N° 90314 concernant les voyages, vacances et circuits à forfaits

- Directive 93/13 sur les « clauses abusives »¹¹³
- Directive 94/47 encadrant la procédure « d'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers »¹¹⁴
- Directive 97/7 concernant les « contrats à distance »¹¹⁵
- Directive 98/6 relative à « l'indication des prix des produits offerts aux consommateurs »¹¹⁶
- Directive 98/27 portant sur les « actions en cessation »¹¹⁷
- Directive 1999/44 réglementant la « vente et garantie des biens de consommation »¹¹⁸

111 Face à l'absence de consensus, une restructuration du projet est amenée. Celle-ci est matérialisée par une réduction du champ d'application limité désormais à, non plus huit, mais quatre directives. C'est la proposition du 8 octobre 2008 qui porte ce nouveau projet très prometteur et qui concerne les textes suivants :

- Directive 85/577 relative aux « contrats négociés en dehors des établissements commerciaux »
- Directive 93/13 portant sur les « clauses abusives »
- Directive 97/7 concernant les « contrats à distance »
- Directive 1999/44 encadrant la « vente et garantie des biens de consommation »

112 Cette proposition est très favorablement accueillie par la doctrine, malgré l'annonce de son caractère d'harmonisation totale. Elle intervient comme le consensus et la solution

¹¹³ JOUE n°95 du 21 avril 1993 page 29, Directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

¹¹⁴ Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers

¹¹⁵ JOUE n°144 du 4 juin 1997 page 19, Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance

¹¹⁶ JOUE n°80 du 18 mars 1998 page 27, Directive Européenne n°98-6 du 16 février 1997 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs

¹¹⁷ JOUE n°166 du 11 juin 1998 page 51, Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs

¹¹⁸ JOUE n°171 du 7 juillet 1999 page 12, Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation

intermédiaire à une situation bloquée par les trop importantes disparités culturelles. En effet, face à la volonté de créer un Code unique européen des contrats en lieu et place des législations nationales, dont l'utilité et la pertinence étaient difficilement appréciables, la réflexion portée sur l'institution d'un droit consumériste unique était beaucoup plus concrète et donc plus aisée à mettre en œuvre. Le souhait initial d'englober la quasi-totalité de ce droit à travers les huit directives s'étant rapidement révélé être une entreprise malaisée, la restructuration du projet portant désormais sur quatre directives a fait l'objet d'un accueil favorable. Pour autant, malgré les réflexions conduites dans le but de s'accorder sur un consensus, trois ans plus tard le champ d'application de la directive cadre adoptée ne concerne que deux directives.

Les explications à cette restriction sont nombreuses, même s'il semble évident que le projet initial ait été trop ambitieux tant sur le contenu que sur la durée de sa mise en œuvre.

B/ L'insuffisance du projet révisé

113 L'actuel droit européen de la consommation doit être amélioré à trois titres. En premier lieu, son approche est sectorielle et par conséquent fragmentée. Il y a en effet autant de directives que de sujets traités, les éléments communs ne faisant l'objet d'aucun texte référent de base. Par ailleurs, la teneur de la protection dont bénéficient concrètement les consommateurs varie selon les Etats membres, principalement en raison des traditions très différentes. Enfin, le marché intérieur n'est guère pour le consommateur un marché unifié et intégré, bien au contraire il demeure cloisonné. Les achats transfrontaliers effectués restent faibles en dépit du développement des ventes à distance et cela en raison d'un manque de confiance vis-à-vis des transactions extranationales¹¹⁹. En d'autres termes, le marché unique profite actuellement plus aux entreprises qu'aux particuliers. C'est pour cette raison que les négociations demeurent difficiles, chaque Etat souhaitant maintenir un niveau de protection élevé du consommateur.

¹¹⁹ 56 % des consommateurs ont déclaré que de tels achats présentent un risque plus élevé de non-respect des règles du droit de la consommation

Information recueillie par Marietta KARAMANLI, Rapporteur en charge de la publication du livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur et sous l'autorité de la Commissaire chargée de la protection des consommateurs.

Document E3447-7 octobre 2010

Les négociations ont finalement conduit à l'adoption d'une directive cadre du 25 octobre 2011, intitulée « droits des consommateurs »¹²⁰ et regroupant les deux domaines ayant pu faire l'objet d'un consensus à savoir :

- Directive 85/577 portant sur les « contrats négociés en dehors des établissements commerciaux »
- Directive 97/7 portant sur « les contrats à distance ».

Ce projet revisité est bien moins ambitieux que celui prévu à l'origine, voire insuffisamment innovant. En effet, là où il était question de restructurer entièrement le droit de la consommation, les mécontentes et résistances nationales ont eu raison d'une harmonisation totale sous la forme de la création d'un Code unique européen de la consommation. C'est pourquoi, il est important de continuer à asseoir et consolider la démarche afin de la pérenniser sur le long terme.

II/ La traduction du projet d'harmonisation du droit communautaire de la consommation, révélatrice d'une identité à construire

114 Les règles propres au contrat de consommation sont-elles si autonomes qu'elles méritent de figurer dans un code spécifique ? Cette question fondamentale à laquelle les Etats membres de l'Union Européenne tentent d'apporter une réponse satisfaisant les intérêts de la communauté tout en tenant compte des intérêts nationaux de chacun est au cœur des débats.

Il est admis que la codification autonome présente des avantages pratiques, ne serait-ce qu'en terme de lisibilité. En effet, il est plus aisé pour un consommateur de prendre connaissance de ses droits lorsque ceux-ci sont regroupés au sein d'un ouvrage unique. D'ailleurs, en pratique, les éditeurs juridiques y pourvoient spontanément en ajoutant les textes consuméristes et la jurisprudence non codifiés, le plus souvent sous la forme d'un index rattaché à l'ouvrage édité. Néanmoins, le caractère privé de cette entreprise présente un coût pour le consommateur qui souhaite s'informer de ses droits, coût non perceptible pour ce dernier lorsque cette charge est assurée par le gouvernement lui-

¹²⁰ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JO L 304 du 22.11.2011

même. Par exemple, la consultation du Code de la consommation est possible pour toute personne par le biais d'une connexion Internet via le site Légifrance¹²¹.

115 Bien que cet aspect ne soit pas déterminant sur le fond, il demeure que la question de la codification du droit de la consommation dépend en réalité de celle de son autonomie par rapport au droit civil. C'est cela qui détermine « l'intérêt et la viabilité d'une codification séparée »¹²². Comme l'a justement déclaré Jean CALAIS-AULOY, il faut « un code, un droit »¹²³, or il semble admis que le droit de la consommation soit devenu un droit du marché dont la logique, même appliquée à la matière contractuelle, s'est éloignée du droit des contrats fixé par le Code civil. Celui-ci vise en effet, l'instauration d'un ordre public catégoriel, collectif assez étranger à l'esprit des règles civilistes. Et pourtant, historiquement, le droit de la consommation s'est construit comme un « droit de protection du faible contre le fort »¹²⁴. Or, cette optique protectrice n'est absolument pas étrangère au droit des contrats qui figure dans le Code civil. En effet, inspiré du « christianisme de DOMAT et POTHIER, ce code protège l'incapable, l'errans, le trompé, la victime de violence. Il exalte la bonne foi et admet des délais de grâce »¹²⁵.

116 Aujourd'hui, l'essence du Code civil tend à s'adapter aux évolutions socio-culturelles de la nation. En témoigne par exemple la récente admission du mariage pour les personnes de même sexe¹²⁶, à qui l'accès à l'institution matrimoniale était jusqu'alors verrouillé. Cette consécration peut s'apparenter à une révolution culturelle, de la même façon que l'a été à son époque la loi Simone Veil relative au droit à l'avortement¹²⁷, et

¹²¹ www.legifrance.gouv.fr

¹²² Philippe STOFFEL-MUNCK, Professeur à l'université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), *L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation*, RTD Com 2012 p. 705

¹²³ Jean CALAIS-AULOY, *Un code, un droit*, in *Après le code de la consommation : grands problèmes choisis*, Litec, coll. Actualités du droit de l'entreprise

¹²⁴ J. BEAUCHARD, Remarques sur le Code de la consommation, *Ecrits en hommage à Gérard CORNU*, PUF, 1994, p. 9

¹²⁵ Cf note supra Philippe Stoffel-Munck

¹²⁶ JORF n°0114 du 18 mai 2013 page 8253, texte n°3, Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

¹²⁷ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse

pourtant ces interventions législatives étaient fondamentales car elles conditionnaient l'assise et la bonne cohérence du droit civil français.

117 En matière consumériste, un parallélisme de ces actions peut être effectué, il concerne l'approche même du consommateur. En effet, là où ce dernier était considéré comme un incapable devant bénéficier d'une protection absolue, il semble qu'aujourd'hui, le développement et la généralisation des habitudes consuméristes placent le consommateur à un autre niveau au sein de sa relation avec le professionnel sachant. Sans remettre en cause la relation déséquilibrée unissant ces deux co-contractants, il semble nécessaire de revoir le degré d'asymétrie qui les oppose et de tenir compte du nouveau contexte socio-économique.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

118 La volonté d'une codification internationale. « Il peut sembler à la fois facile et impudent, pour un juriste français, de parler de droit comparé en ce début de troisième millénaire »¹²⁸. Ces propos que l'on prête au professeur Roland DRAGO, figure du comparatisme français en droit public, témoignent avec justesse de la corrélation existante entre l'histoire du droit et l'exercice du droit comparé. Ce lien important est en effet au cœur des nouvelles voies de réflexion qui conduisent à repenser en permanence les processus existants pour les faire évoluer en les améliorant ou simplement en les adaptant.

119 L'intérêt partagé de rapprocher les législations. Les réflexions relatives au rapprochement des législations des différents Etats ont été vives durant la dernière décennie, et pour cause le droit devient désormais un outil incontournable dans un contexte de globalisation des échanges en constante progression. L'explication de la mesure étant entendue et partagée par tous, ce sont davantage ses modalités qui font l'objet de nombreuses controverses.

120 L'échelon international trop ambitieux. La construction d'un droit commun des contrats au niveau international a ainsi été soumise, étudiée et à certains égards appliquée. Néanmoins, l'envergure et la lourdeur d'un tel projet n'ayant pas permis de produire un instrument coercitif, la réflexion a alors été concentrée à un échelon intermédiaire, précisément européen. La faisabilité du projet, sa cohérence et peut être aussi sa meilleure perceptibilité par ses utilisateurs ont ainsi permis de valoriser la mesure.

¹²⁸ Dictionnaire de la Culture Juridique, publié sous la direction des professeurs RIALS et ALLAND, in J-M. SAUVE, texte écrit en collaboration avec O. FUCHS, *Allocution d'ouverture*, RIDC, n°2, 2015

**CHAPITRE 2 : Le choix opéré en faveur de la définition d'un droit
européen de la consommation**

Chapitre 2 : Le choix opéré en faveur de la définition d'un droit européen de la consommation

121 La Commission européenne a engagé une communication afin d'informer le Conseil, le Parlement européen ainsi que le Comité économique et social européen de la stratégie adoptée pour « la politique des consommateurs 2007-2013 »¹²⁹. Celle-ci vise à renforcer durant cette période le commerce de détail au sein du marché intérieur pour que les consommateurs puissent librement faire leurs achats dans toute l'Union européenne avec le même niveau de protection, en tirant avantage des meilleurs prix et qualités des produits. Les objectifs poursuivis peuvent être regroupés selon trois axes. D'une part, il s'agissait d'instaurer un marché transparent permettant aux consommateurs de faire de véritables choix de consommation, notamment en leur conférant davantage de pouvoirs. D'autre part, il fallait veiller à la qualité, la diversité, l'accessibilité et la sécurité des produits et services proposés aux consommateurs. Enfin, il importait surtout de protéger les consommateurs contre les risques et menaces graves auxquels ils pouvaient être exposés.

122 Il apparaît ainsi que les priorités de cette politique communautaire restent celles de la période précédente, car elle favorise la promotion d'un niveau élevé de protection des consommateurs et une application uniforme des règles en la matière. Parmi les domaines d'actions définis, celui de l'amélioration de la réglementation consumériste demeure un objectif principal, puisqu'il représente la garantie d'une assise pérenne du marché intérieur. Pour autant, malgré la volonté affichée et partagée de parvenir à un tel niveau d'entente communautaire, la recherche d'un consensus est toujours l'objet de nombreuses discussions (Section 1) qui resteront improductives si un changement même de logique n'est pas opéré (Section 2).

¹²⁹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen du 13 mars 2007 « Stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013 »
[COM (2007) 99 final – Non publié au Journal officiel]

Section 1 : Parvenir à un consensus, une entreprise freinée par la persistance d'intérêts antagonistes

123 Le traité de Rome ne prévoyait pas de politique européenne de protection du consommateur, seul le traité de Maastricht nous fournit des bases juridiques précises à la protection de celui-ci. Bien que le dispositif de protection se soit largement renforcé ces dix dernières années, il nécessite encore des perfectionnements liés entre autres à la réalisation progressive du marché intérieur. Ce développement a inéluctablement favorisé l'adoption de mesures protectrices de manière précoce. Un tel renouveau s'explique par la nouvelle place qu'occupe le consommateur au sein du marché intérieur européen. En effet, celui-ci est désormais au centre du processus car il est le premier bénéficiaire de la consécration du principe de libre circulation des biens et des services.

124 L'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) s'est d'ailleurs largement démarquée dans ce mouvement de protection par ses « interprétations audacieuses »¹³⁰ des traités. Son objectif s'inscrivait dans la garantie d'un niveau élevé de protection avec le respect d'une application effective des règles dans ce domaine. La Cour contribue et veille ainsi « à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques et juridiques des consommateurs, de même qu'à promouvoir le droit de ceux-ci à l'information, à l'éducation et à l'organisation de la défense de leurs intérêts »¹³¹.

125 La libre circulation des biens et des services appelle une protection des consommateurs, dans la mesure où la notion de confiance est essentielle en la matière. Celle-ci suppose la garantie de plusieurs droits, souvent disparates, au niveau des différentes législations nationales et davantage encore au niveau du droit de l'Union. Le besoin d'harmonisation n'est pas contesté, au contraire il est souhaité par le traité CE¹³² et jugé nécessaire au

¹³⁰ Florence CHALTIEL, Professeur à l'IEP de Grenoble, *Le droit européen de la protection du consommateur*, Les petites affiches, 2 octobre 2007, N°197, p. 5

¹³¹ Cf supra note Florence CHALTIEL

¹³² L'article 95 Traité CE est relatif aux mesures d'harmonisation nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur. Il dispose : « 1. Par dérogation à l'article 94 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »

bon fonctionnement du marché intérieur. Quant à l'article 153¹³³ du même texte, introduit par le traité de Maastricht, il donne mission à la Communauté d'assurer un haut niveau de protection du consommateur en définissant un socle commun aux consommateurs tout en tenant compte du maintien et du respect de certains droits spécifiques à certains produits, services ou catégories de consommateurs. Ce projet partagé sur le principe demeure pourtant difficile à mettre en œuvre. Sur le fond, bien que l'existence du lien entre développement du marché et protection des consommateurs ne soit plus discutée (§1) il demeure des divergences de points de vue quant au degré de protection à octroyer, précisément au regard des exigences d'équité à mettre en œuvre (§2).

§1 : La nécessaire corrélation entre développement du marché intérieur et protection des consommateurs

126 La relation corrélatrice entretenue entre la volonté de développer le marché intérieur et le besoin de renforcement des droits du consommateur constitue un point d'accord entre les Etats de l'Union. La limite est observée à un autre niveau, précisément celui de la détermination du degré de protection à octroyer. Le droit de la consommation est, à l'instar du droit des obligations, un droit récent et sujet aux nombreuses et rapides évolutions économiques et sociales dans ce domaine. Par ailleurs, son origine communautaire complexifie sa matière dans la mesure où les transpositions éparsees et diverses selon les Etats le rendent parfois illisible. En effet, le nombre de directives portant sur la question de la protection du consommateur est trop important, ce qui nuit à la clarté mais aussi à l'efficacité du dispositif. Il existe plus d'une vingtaine de directives qui concernent le consommateur européen, sans compter les interprétations jurisprudentielles de la CJUE dont la portée n'est pas contestée. Déjà en 2001, la Commission avançait l'idée d'une directive cadre. En 2007, la proposition est réitérée

¹³³ Article 153 (ex-article 129 A) du traité instituant la communauté européenne « 1. Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, la Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts.

2. Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de la Communauté [...] »

avec soumission des éléments à consultation publique¹³⁴. En 2015, l'avancée en la matière est mitigée. Une directive cadre a bien été adoptée bien que son champ d'application soit très éloigné de celui prévu initialement. Cela s'explique par la réelle complexité du projet très ambitieux (I) qui pourra et devra être mené à terme si l'on souhaite poursuivre et s'inscrire dans la démarche libérale engagée (II).

I/ La création d'un droit européen unique, une entreprise complexe

127 L'Union européenne est une source d'inspiration pour les principes de droit français et plus largement pour l'ensemble des droits nationaux des Etats membres. La transposition des directives édictées s'opère donc en fonction des spécificités nationales. Schématiquement, deux traditions s'opposent. D'un côté, un droit d'origine latine dont l'influence prédominante est d'ordre romano germanique, de l'autre le droit de la *Common Law*, propre aux pays anglo-saxons. L'essence même de l'ordre juridique est différente selon le pays d'appartenance, d'où la difficulté majeure lorsqu'est recherché un point d'équilibre. De plus, des dissemblances existent également au sein des pays partageant une tradition similaire. En effet, le droit allemand est un droit majoritairement favorable au vendeur, alors qu'en France la primauté est accordée au consommateur considéré comme étant la partie faible au contrat et méritant à ce titre une protection particulière. Ces différences compliquent ou du moins retardent les négociations visant la recherche d'un consensus. La mise en avant des divergences juridiques (A) mais aussi économiques (B) explique cette complexification.

A/ L'existence d'intérêts antagonistes du point de vue juridique

128 Aujourd'hui, le rôle de l'Etat dans les affaires économiques et plus précisément dans la discipline juridique qu'il encadre est primordial. En effet, la crise financière, économique et monétaire appelle nécessairement des mesures de soutien, de relance et surtout de régulation. C'est pourquoi, quel que soit son domaine d'intervention, la puissance publique doit désormais inscrire son action dans une perspective plus large et

¹³⁴ Cf supra note relative au Livre vert, 8 février 2007

globale. Elle doit alors intégrer les dimensions européenne et internationale ainsi que les nouveaux paramètres sociaux et environnementaux. C'est là une des principales missions assurées par le droit public économique qui œuvre pour faire face et s'adapter progressivement à la libéralisation des économies.

129 Le droit public économique, traditionnellement considéré « comme l'ensemble des règles à travers lesquelles la puissance publique manifeste, directement ou indirectement, sa présence dans le domaine économique »¹³⁵, a ainsi considérablement évolué, s'adaptant sans cesse au nouvel environnement socio-économique. En effet, le développement de la libre concurrence entre les acteurs économiques a heurté les situations monopolistiques des Etats qui détenaient jusqu'alors l'exclusivité des règles de droit en matière économique. Désormais, le concours des uns et des autres est nécessaire pour l'établissement de nouvelles règles communes et la recherche d'un consensus est freinée par la volonté plus ou moins affichée de conserver un relatif monopôle.

130 Par ailleurs, la nature même du droit applicable aux actions économiques reste une problématique majeure car elle demeure étroitement liée aux influences politiques, or la libéralisation des économies s'est nécessairement accompagnée d'une déréglementation de certains secteurs d'activités sur lesquels chacune des puissances étatiques exerçait jusqu'alors un contrôle important. A ce titre, soit le droit public économique est évincé, ce qui paraît être une solution radicale, soit il est « banalisé sous la poussée du droit privé »¹³⁶. Cette deuxième hypothèse a notre préférence car elle oriente vers l'harmonisation en invitant les Etats à s'unir dans la coopération, gage du rayonnement du marché intérieur.

131 La période actuelle, marquée par une crise économique importante, a inéluctablement conduit les Etats à élaboré des « stratégies nationales, européennes et internationales de soutien de l'économie et d'élaboration de nouveaux modes de régulation »¹³⁷. La

¹³⁵ Jean-Philippe COLSON, Pascale IDOUX, *Droit public économique*, Lextenso, 7^e édition, LGDJ 2014

¹³⁶ Sébastien BERNARD, Thèse portant sur *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 218, 2001

¹³⁷ Cf supra note Jean-Philippe COLSON, Pascale IDOUX

difficulté a ainsi d'ores et déjà été abordée dans la mesure où il s'agissait de globaliser l'encadrement public d'activités et d'acteurs économiques. La nature du débat semble évoluer car là où était craint un « dépérissement d'une discipline [du droit public économique] dont l'âge d'or semblait habituellement lié à celui de l'interventionnisme économique »¹³⁸ il apparaît au contraire que cette discipline retrouve un regain d'importance puisqu'elle constitue le centre d'intérêt des réflexions conduites pour l'adaptation de l'action publique dans le nouveau schéma globalisé. Il est aujourd'hui nécessaire de penser l'action publique de manière globale, au niveau international, et notamment devant l'incapacité des Etats à gérer la crise financière en empêchant « isolément la survenance de facteurs de risques systémiques ou à les traiter sans coordonner leurs interventions »¹³⁹.

132 Ce mouvement au niveau international a eu le mérite de déclencher une certaine prise de conscience à l'échelon européen visant à préserver l'identité et la diversité européennes face à la mondialisation. Il apparaît alors important que les pays membres de l'UE travaillent ensemble pour résoudre leurs problèmes. Toutefois, travailler ensemble ne signifie pas effacer les identités propres et distinctes de chacun des pays, il demeure primordial de respecter les spécificités culturelles, linguistiques et juridiques de chacun des Etats. L'intégration européenne présente par ailleurs l'avantage de créer et d'insuffler une nouvelle croissance économique fondée sur les particularités régionales et la grande diversité des traditions et des cultures.

Le marché intérieur est ainsi l'une des plus grandes réussites de l'Union européenne. Celui-ci n'est pas encore devenu un espace économique unique, certains secteurs d'activités, et notamment ceux relevant de l'intérêt général, demeurant soumis aux lois nationales. Pour autant, la consécration des libertés de circulation des biens et services a fortement contribué à la libéralisation du marché et à la stimulation économique, ce qui a été corrélatif avec le nombre de politiques d'accompagnement instaurées par l'Union. L'objectif poursuivi étant la protection efficiente du consommateur, la législation en la matière a largement été renforcée mais aussi multipliée afin de satisfaire au mieux les intérêts nationaux des uns et des autres.

¹³⁸ Cf supra note Jean-Philippe COLSON, Pascale IDOUX

¹³⁹ M. LOMBARD, *La crise : une parenthèse ? Plutôt un tournant...* ; RJEP 2009 p. 1

133 En France, le droit de la consommation est un droit spécifique, qui s'est construit sur fond de droit commun mais toujours en s'inspirant de règles originales issues d'une philosophie particulière. En effet, le législateur français édictait les règles consuméristes toujours dans un objectif protectionniste, notamment afin de défendre le consommateur dans les actes de sa vie quotidienne. Ce dernier a ainsi toujours été considéré comme étant une partie faible, un profane dénué de tout pouvoir. Il s'agissait donc de lui offrir des moyens et garanties pour qu'il puisse valablement faire face aux stratégies commerciales des professionnels. Cette vision naturelle et quasi manichéenne constitue l'essence même du droit de la consommation français. Dès lors, l'approche de cette législation à l'échelon supérieur n'en est que plus compliquée dans la mesure où il existe autant de philosophies particulières qu'il y a d'Etats membres. En Allemagne par exemple, la vision du consommateur comme étant la partie faible au contrat et justifiant ainsi l'ultra protectionnisme n'est pas partagée. En témoigne par exemple le sort réservé à la conformité du bien. En effet, alors qu'en droit allemand, la seule protection accordée demeure celle issue de la transposition du texte communautaire¹⁴⁰, en droit français l'existence de règles supplétives¹⁴¹ vient renforcer les garanties issues de la transposition de cette directive.

134 Conscient de la disparité du niveau de protection offert, le législateur français a choisi de transposer conformément la directive communautaire¹⁴². Pour autant, la possibilité est laissée au bénéfice du consommateur d'agir en vice de conformité au-delà du délai mais en se fondant non plus sur le Code de la consommation mais sur le Code civil. Cette possibilité qui est souvent dupliquée dans d'autres domaines ne sera plus permise avec l'harmonisation totale souhaitée et engagée du droit de la consommation par le droit communautaire. C'est d'ailleurs cela qui freine majoritairement les négociations, le consensus étant plus difficile à trouver. A un autre niveau, purement économique d'ailleurs, la même difficulté est rencontrée.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ Articles 1641 et suivants du Code civil

¹⁴² Directive transposée par l'ordonnance du 17 février 2005 et qui introduit une action en garantie de la conformité du bien au contrat

B/ La réalité d'intérêts divergents du point de vue économique

135 Le droit de la consommation entretient des relations de proximité avec de nombreuses disciplines, ce qui rend d'ailleurs plus complexe la délimitation de son périmètre exact. Son interaction est évidente avec le droit économique, précisément avec le droit de la concurrence. En effet, il est indéniable qu'en protégeant les consommateurs dans leur rapport avec les professionnels, on favorise en même temps les conditions d'une concurrence saine. A ce titre, le projet d'harmonisation doit nécessairement tenir compte de l'état du droit concurrentiel de chacun des Etats de l'Union. Dans cette perspective, une directive a été adoptée le 11 mai 2005 par le Parlement et le Conseil, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur¹⁴³.

Ce texte vient interdire les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs dans le but de consolider la confiance de ces derniers en permettant parallèlement le développement sain et concurrentiel des relations économiques entre les différents acteurs. La directive s'applique aux pratiques des professionnels vis-à-vis des consommateurs, « qu'elles se déroulent avant, pendant, ou après la transaction commerciale portant sur un produit »¹⁴⁴. L'article 2¹⁴⁵ définit les termes de « pratiques commerciales », de « consommateur », de « professionnel » et de « produit ».

¹⁴³ Directive européenne N°2005-29 du 11 mai 2005 du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOCE du 11 juin 2005

¹⁴⁴ Article 3 de la directive du 11 mai 2005 : « Champ d'application : 1. La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit »

¹⁴⁵ Article 2 de la directive du 11 mai 2005 : « Définitions : Aux fins de la présente directive, on entend par :

- a) «consommateur»: toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ;
- b) «professionnel»: toute personne physique ou morale qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, et toute personne agissant au nom ou pour le compte d'un professionnel ;
- c) «produit»: tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations ;
- d) «pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs» (ci-après également dénommées «pratiques commerciales»): toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »

136 L'article 5¹⁴⁶ quant à lui, définit la pratique commerciale déloyale en général par un double élément. Elle doit en premier lieu être contraire aux exigences de la diligence professionnelle, c'est-à-dire au « niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité »¹⁴⁷. Elle doit en second lieu être susceptible « d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur par rapport au produit »¹⁴⁸, c'est-à-dire compromettre sensiblement son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause et le conduire par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

137 Le texte vise ainsi à exclure toute pratique commerciale déloyale afin de protéger le consommateur qui est associé au standard « du consommateur moyen, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale cible un groupe particulier, en tenant compte éventuellement de la vulnérabilité particulière de ce groupe »¹⁴⁹. Toute la subtilité réside alors dans l'interprétation à donner à ce groupe qui renvoie nécessairement à un modèle de référence.

En France, en matière civile, le modèle de référence est celui du « bon père de famille »¹⁵⁰, qui renvoie à l'homme normalement prudent et diligent, attentif, soucieux des biens et/ou des intérêts qui lui sont confiés comme s'il s'agissait des siens propres. Cette interprétation nationale n'est pas nécessairement commune avec l'ensemble des pays de l'Union. C'est pourquoi, le degré de protection à accorder sera fonction des

¹⁴⁶ Article 5 de la directive du 11 mai 2005 : « Interdiction des pratiques commerciales déloyales : 1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. 2. Une pratique commerciale est déloyale si :

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et
b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs »

¹⁴⁷ Article 2 de la directive du 11 mai 2005 : « h) «diligence professionnelle»: le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité »

¹⁴⁸ Article 2 de la directive du 11 mai 2005 : « e) « altération substantielle du comportement économique des consommateurs » : l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement »

¹⁴⁹ Dominique FENOUILLET, *Une nouvelle directive pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales*, Revue des contrats, 01 Octobre 2005 n°4, P. 1059

¹⁵⁰ *Bonus Pater Familias*

positions internes de chacun des Etats membres. Néanmoins, la nécessité de s'unir n'étant aujourd'hui plus discutée, il semblerait que des efforts soient faits en ce sens.

II/ La création d'un droit européen unique, une entreprise nécessaire

138 L'innovation principale de l'UE, dans son projet d'harmoniser le droit européen, réside dans le fait qu'elle n'utilise pas « la violence ou la soumission pour unifier l'Europe, mais la force du droit [...] ce que le sang versé et les armes n'ont pas réussi à créer des siècles durant »¹⁵¹. En effet, seul un libre consentement permet à l'unification de prospérer et perdurer dès lors que celle-ci est fondée sur des valeurs fondamentales partagées par tous, telle la liberté ou l'égalité, et garantie par le droit. La particularité de l'UE s'apprécie au regard des objectifs qu'elle poursuit en utilisant exclusivement le droit, alors qu'elle en est une création. Les rapports entre les populations des Etats membres sont ainsi régis par le droit communautaire, base du système institutionnel, matérialisé par la production de règlements, directives et décisions émanant des Etats membres qui ont eux-mêmes reçu le pouvoir d'agir par l'UE. L'ordre juridique de l'Union influence de plus en plus les différents ordres juridiques nationaux, ce qui touche les personnes physiques dans leur vie quotidienne en leur qualité de ressortissant d'un Etat membre et de citoyen de l'UE. Mais à l'instar de tout ordre juridique, l'ordre juridique de l'Union constitue également un système cohérent de protection juridique, notamment lorsque le droit de l'Union est contesté et qu'il s'agit de le faire appliquer. Cette réalité pousse ainsi les parlementaires européens à poursuivre leur projet d'unification juridique. Alors que la mise en place d'un Code unique européen des obligations en lieu et place des Codes nationaux se profile comme le but ultime à atteindre (B), l'harmonisation totale du droit de la consommation semble être une étape intermédiaire conditionnant peut être la réussite du projet final (A).

¹⁵¹ Professeur Klaus-Dieter BORCHARDT, *L'ABC du droit de l'Union européenne*, Office des publications, UE 2010

A/ La création d'un droit unique de la consommation, première étape

139 La réglementation de l'économie constitue un mode d'encadrement qui prend souvent la forme de normes juridiques édictées unilatéralement par la puissance publique. Aujourd'hui, est constaté un phénomène de « dérèglementation »¹⁵² de l'économie, matérialisé entre autres par le recul de la norme unilatérale et tempéré par la concurrence avec d'autres modes de production. Pour autant, il serait excessif de croire en la réalité voire en la possibilité d'une renonciation pure et simple de l'Etat à encadrer les conduites. En effet, c'est la notion même de dérèglementation qu'il convient de remettre en cause dans la mesure où elle n'implique pas nécessairement un recul de la norme mais plutôt sa transformation. Celle-ci n'est désormais plus unilatérale mais plutôt consensuelle, son caractère normatif n'étant quant à lui aucunement remis en cause. Ce phénomène observé au niveau du droit public économique peut en réalité être transposé à l'échelon consommériste. En effet, le droit de la consommation trouve majoritairement sa source au niveau communautaire à travers les différents règlements et directives, lesquels font l'objet d'une application éparse et dépendante de chaque Etat membre. Ainsi, il convient de parler d'une réforme de la réglementation en place et non d'un recul voire d'une disparition de celle-ci.

140 Par ailleurs, il demeure opportun de s'interroger sur la définition même du droit de la consommation et surtout sur la nature qu'on souhaite lui attribuer. En effet, il subsiste encore beaucoup d'incertitudes sur la localisation du droit de la consommation et sur sa destination. Par exemple, certains contrats garantissent la protection du cocontractant considéré comme le plus faible dans la relation. Or, même si ce dernier n'est pas assimilé textuellement au consommateur, dans les faits la confusion est permise. Il règne ainsi une grande incertitude sur l'équation exacte du droit de la consommation et sur les personnes visées par celui-ci.

La légitimité de ces interrogations nous invite à conclure que le droit de la consommation est constitué d'un corps de règles ayant une homogénéité suffisante mais qui présente un fort besoin de restructuration. Celle-ci doit ainsi nécessairement passer par l'harmonisation totale du droit au niveau communautaire et par la création d'un Code unique de la consommation applicable par l'ensemble des Etats membres de

¹⁵² Cf supra note Jean-Philippe COLSON, Pascale IDOUX

l'Union. La réussite de cette première étape conditionnera celle de la prochaine qui est la création d'un instrument unique du droit des obligations.

B/ L'extension à un droit unique des contrats, seconde étape

141 La création d'un Code civil européen unique semble être une perspective envisageable au regard des autres évolutions en la matière. En effet, si l'on s'attarde sur le droit international privé communautaire, on constate que celui-ci a envahi progressivement le droit national des Etats membres, au point d'occuper aujourd'hui une place de plus en plus importante et de reléguer le droit international privé national dans un rôle subsidiaire. Avant les traités européens, chaque Etat édictait son propre droit international privé en fonction de ses intérêts propres et des catégories de son droit interne. Cela permettait ainsi à chaque Etat d'appliquer ses lois nationales aux situations de ses ressortissants, la répartition se faisant in fine par l'application de règles de conflits. La conséquence était bien évidemment une grande diversité des droits internationaux privés, propre à chaque Etat membre, et une multiplication de conventions internationales pour tenter de coordonner, ou du moins de simplifier, l'ensemble de ces règles issues d'une pluralité de systèmes juridiques, égaux les uns aux autres.

142 En lieu et place de ces conventions internationales, la volonté d'instaurer un Code unique européen est séduisante à plusieurs égards. En effet, avec l'apparition de la Communauté européenne, les perspectives évoluent, l'objectif étant la création d'un marché intérieur caractérisé par l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux¹⁵³. Désormais, la démarche elle-même est différente car alors qu'était simplement recherché un consensus acceptable et respectueux des souverainetés des uns et des autres, le pouvoir communautaire cherche aujourd'hui à favoriser avant tout la réalisation des objectifs du traité. Pour ce faire, c'est l'essence même de la réflexion qui est renouvelée, il ne s'agit plus de retenir comme point de départ les législations des

¹⁵³ Traité instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, article 3, 1^o, c) : « c) un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux »

Etats membres et de tenter de trouver un consensus mais plutôt de s'attacher aux principes édictés par le droit communautaire et tenter de trouver un équilibre commun en dépit des spécificités locales des uns et des autres.

L'entreprise n'est pas aisée, en témoigne le sort réservé à la justice sociale au niveau extra national.

§2 : La prise en compte de la justice sociale, un impératif à géométrie variable

143 La force obligatoire du contrat a longtemps consisté en une « exaltation de la volonté humaine »¹⁵⁴. Cette expression, empruntée au doyen CARBONNIER, pourrait simplifier grandement la définition de la relation contractuelle unissant le consommateur au professionnel dans la mesure où elle implique, sans d'autres considérations particulières, qu'un débiteur n'est en aucun cas tenu de prendre en compte les attentes de son créancier. Il serait pourtant hâtif de conclure en ce sens, surtout si l'on considère que « le contrat qui [est] chose vivante ne peut être absolument rigide »¹⁵⁵. En effet, il semble évident que la physionomie actuelle du contrat telle qu'elle résulte de l'évolution législative, jurisprudentielle et même pratique, s'insère dans cette logique. Le contrat actuel s'apparente désormais à « un point d'équilibre nécessaire, voire comme la base d'une collaboration souhaitable entre les contractants »¹⁵⁶. Il est soumis, à l'instar des obligations en général, au principe de la « justice commutative »¹⁵⁷, qui implique nécessairement le maintien d'un équilibre entre les intérêts des contractants.

C'est cette recherche d'équilibre qui est aujourd'hui au centre des discussions européennes. La Commission, cherchant à trouver un consensus, acceptable pour l'ensemble des Etats membres, s'applique à effectuer une étude comparée de l'ensemble des législations nationales afin de maintenir un niveau homogène de protection d'une part (I) et asseoir la légitimité d'un droit de la consommation novateur d'autre part (II).

¹⁵⁴ Doyen Jean CARBONNIER, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, « Rapport introductif » - Journées René SAVATIER, Paris PUF 1986, p. 34

¹⁵⁵ René DEMOGUE, *Traité des obligations*, Tome III, 1931, N°637

¹⁵⁶ J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986

¹⁵⁷ J. GUESTIN, *La notion de contrat*, Dalloz Sirey 1990, chronique p. 150

I/ Le nivellement des législations, étude comparée

144 L'ouverture à la concurrence n'est pas un objectif en soi, mais un moyen d'assurer de meilleures prestations à un moindre coût pour le consommateur. Celui-ci devrait donc être au cœur des activités des régulateurs chargés de veiller à la bonne application des règles concurrentielles. Pourtant, cette exigence n'est pas toujours respectée et les expériences étrangères nous montrent que la protection du consommateur en ce domaine est encore perfectible. En effet, alors que les autorités de régulation ont la charge d'assurer une protection optimale des intérêts des consommateurs (A), on constate qu'aucune politique du consommateur n'a été mise en place en la matière, la protection de ce dernier étant ainsi assurée de manière très hétérogène (B).

A/ Les autorités de régulation au service du consommateur

145 Toutes les autorités de régulation considèrent le consommateur comme le destinataire privilégié de leur action. Au Royaume-Uni, par exemple, c'est l'Office of Gas and Electricity Markets (OFGEM) qui remplit cette mission grâce à « la promotion d'une concurrence effective, d'une régulation encadrée et d'une vigilance à l'égard des consommateurs vulnérables auxquels une aide spéciale doit être apportée »¹⁵⁸. En France, c'est la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)¹⁵⁹ qui assure et veille à l'efficacité économique au bénéfice des consommateurs. La mission de cette autorité recouvre trois volets principaux. La régulation concurrentielle des marchés, la protection économique des consommateurs et enfin la sécurité des consommateurs.

146 Concernant le premier volet relatif à la régulation concurrentielle des marchés, il s'agit pour la DGCCRF de garantir les conditions d'un fonctionnement équilibré et transparent

¹⁵⁸ Vanessa BARBE, Allocataire-moniteur à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne), *La protection du consommateur de services ouverts à la concurrence : approche comparée*, Les Petites Affiches, 6 juillet 2006, N°134, p. 8, Droit de la concurrence

¹⁵⁹ Site officiel de la DGCCRF www.economie.gouv.fr
Directrice N. HOMOBO

des marchés. Cela passe entre autres, par la lutte contre les ententes et les abus de position dominante, par le contrôle des concentrations, par la lutte contre les pratiques commerciales déloyales, par l'examen de la situation de la commande publique et enfin par la lutte contre les contrefaçons.

147 Concernant le second volet, la DGCCRF s'applique à informer de façon loyale les consommateurs et contribue ainsi à leur donner confiance dans l'acte d'achat. En effet, elle veille à assurer et garantir le niveau de qualité que les consommateurs sont en droit d'attendre d'un produit ou d'un service, entre autres le respect des règles d'étiquetage, de composition et de dénomination des marchandises, contrôle des falsifications et tromperies. Elle favorise par ailleurs le développement de dispositifs de valorisation de la qualité (normes, labels, appellations d'origine contrôlée...) et constitue le garant de cette qualité supérieure annoncée. Enfin, elle recherche et constate les infractions et manquements aux règles de protection des consommateurs (publicités mensongères, abus de faiblesse...) et vérifie la bonne application des règles de publicité des prix. D'autres moyens sont mis en œuvre pour renforcer la protection économique des consommateurs : la concertation (notamment au sein du Conseil national de la consommation), l'information sur Internet, les publications de la Direction générale, l'accueil du public dans les directions territoriales. Il appartient également à la DGCCRF d'exercer un rôle de veille sur les prix lorsque ceux-ci connaissent ou sont susceptibles de connaître des variations inhabituelles, du fait de décisions des pouvoirs publics ou d'évènements qui peuvent avoir des répercussions sur les prix (mise en place d'observatoires de suivi des prix).

148 Concernant le troisième et dernier volet, l'autorité administrative tend à préserver la sécurité physique et la santé des consommateurs. Pour cela, la DGCCRF intervient sur tous les produits, alimentaires et industriels et à tous les niveaux (production, importation, distribution) ainsi que sur les services. Elle suit au niveau européen les indices de dangerosité des produits qui lui sont communiqués par les États membres de l'Union européenne. Les actions sont renforcées dans les domaines à risques comme les résidus de pesticides dans les aliments d'origine végétale, les jouets et articles de puériculture, les activités sportives et de loisirs, les accidents de la vie courante. La plupart des actions en matière de sécurité s'appuie sur l'expertise de laboratoires (Service Commun des laboratoires de la DGCCRF et de la Douane).

149 Ces missions protectrices garanties par la DGCCRF et combinées aux nombreuses autres missions conduites par des autorités aussi importantes sinon plus, comme l’Autorité de la concurrence, permettent ainsi de garantir une protection efficace du consommateur. Les pays européens voisins sont eux aussi engagés dans une politique active de défense du consommateur. En Italie par exemple, l’autorité de régulation de l’électricité et du gaz a pour mission « d’établir les tarifs et de définir des standards pour la qualité du service, de fixer les conditions techniques et financières de l’accès et de l’interconnexion et de veiller à la protection des intérêts des consommateurs »¹⁶⁰. Cette hétérogénéité de mesures en place au profit du consommateur tend à opacifier le traitement du consommateur européen et rend plus complexe son identification en tant que standard ou norme de référence.

B/ La multiplicité des moyens au bénéfice du consommateur

150 Face à la recrudescence des outils de protection au service du consommateur, une standardisation était nécessaire en ce domaine, standardisation recherchée via l’adoption de directives communautaires. Pour autant, la transposition engendrée a finalement contribué à faire perdurer voire alimenter cette hétérogénéité déjà existante dans la mesure où la transposition n’était pas totale.

A titre d’exemple, nous citerons l’application de la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales¹⁶¹ qui a conduit à la modification de la législation allemande en la matière. Cette vaste refonte est intervenue par le biais d’un amendement entré en vigueur le 30 décembre 2008 et concernait la loi allemande contre la concurrence déloyale du 8 juillet 2004¹⁶². Cette loi de 2004 a été en vigueur pendant près d’un siècle, évoluant seulement sous l’influence jurisprudentielle des tribunaux allemands, alors même que le droit allemand est ancré dans la tradition européenne de codification propre au modèle juridique romain.

¹⁶⁰ Cf supra note V. BARBE

¹⁶¹ Directive du 11 mai 2005 concernant les pratiques commerciales déloyales, JOCE L 149/22

¹⁶² Horst BECKER, Avocat au barreau de Munich, Chargé d’enseignement au Centre d’Etudes Internationales de la Propriété Intellectuelle (CEIPI), *La protection du consommateur à la suite de l’amendement de la nouvelle loi allemande contre la concurrence déloyale*, La Gazette du Palais, 26 mai 2009, N° 146, p. 10

151 Peu à peu l'influence du droit communautaire a été progressivement installée avec notamment les décisions de l'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), ce qui a fait du droit de la concurrence allemand un des droits les plus sévères. En effet, alors que la loi allemande protégeait le consommateur « peu et mal informé », la CJCE optait pour la protection du « consommateur moyen normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »¹⁶³. La conséquence de l'adoption d'une telle position a été inéluctablement l'évolution vers un droit plus libéral de la concurrence déloyale.

152 La loi de 2004 n'a pas remis en cause ce libéralisme, elle a simplement permis de restructurer l'état du droit en la matière en apportant la codification qu'exigeait la tradition romano-germanique. Pour autant, la réputation de sévérité dont fait l'objet le droit concurrentiel allemand n'était pas pour autant le gage d'une protection plus importante des consommateurs notamment quant à la validité, l'interprétation et l'exécution de leurs contrats. C'est ce dernier aspect que redoutent les autres pays de l'Union, et notamment la France, dans la mesure où globalement on considère le droit allemand comme un droit défavorable au consommateur. Pour autant, parallèlement le droit consumériste français accorde une place trop importante à la protection du consommateur, faisant de ce dernier un quasi incapable majeur, tel qu'entendu en droit civil¹⁶⁴. La recherche d'un consensus acceptable est donc souhaitée, et la technique de l'harmonisation globale semble être appropriée. A terme, si elle aboutit, elle permettra de simplifier, clarifier et améliorer l'efficacité du droit communautaire de la consommation, et à travers lui celui de la protection du consommateur.

¹⁶³ Cf supra note N. HOMOBOONO

¹⁶⁴ Article 425 (et suivants) du Code civil, Modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 7 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009 : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre.

S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions ».

II/ Le résultat de l'harmonisation, étude prospective

153 Selon Jean-Luc Aubert, « Le droit de la consommation n'est pas un droit autonome, mais un droit spécialisé qui, pour ce qui touche au droit civil, réalise une dispersion de celui-ci, comme il opère une dispersion du droit pénal ou du droit processuel »¹⁶⁵. Cette phrase résume à elle seule la particularité et la vivacité qui animent le droit de la consommation, lequel provoque de nombreuses interférences sur d'autres matières. En effet, le droit de la consommation poursuit deux finalités principales, protéger le consommateur d'une part et réguler le marché d'autre part. Au regard de ces objectifs, cette matière constitue alors un droit transversal en quête de délimitation, action qui n'est pas toujours aisée. Par ailleurs, le droit de la consommation jouit d'un rayonnement tel qu'il serait réducteur d'affirmer que celui-ci se résume au seul Code de la consommation. La protection du consommateur est en effet assurée par de nombreuses dispositions du Code civil¹⁶⁶ ou encore du Code de commerce¹⁶⁷.

154 D'autres Codes protègent quant à eux un partenaire qui n'est autre dans les faits que le consommateur, le Code du tourisme, notamment à travers la vente de forfaits touristiques¹⁶⁸, le Code de la construction et de l'habitation, pour tous les contrats qui relèvent de la location ou de l'achat d'un bien immobilier d'habitation et enfin le Code de la santé publique où le consumérisme prend une place de plus en plus importante. Parallèlement à cela, sont apparus ces dernières années des « droits spéciaux de la consommation »¹⁶⁹ consacrant des dispositions spécifiques aux professionnels qui

¹⁶⁵ *La codification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil*, in *Le Code civil, Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 133

¹⁶⁶ Articles 1386-1 (et suivants) du Code civil relatifs à la responsabilité du fait des produits défectueux, Créé par la loi n°98-389 du 19 mai 1998 - art. 1 JORF 21 mai 1998 : « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ».

¹⁶⁷ Règlementation des ventes en soldes, Article L. 310-3 Code de commerce : article modifié par la loi du 18 juin 2014 qui prévoit au 1 janvier 2015, deux périodes fixes de six semaines de soldes par an (été et hiver) au lieu de cinq, et supprime parallèlement les deux semaines de soldes « flottants » que la loi du 4 août 2008 avait instaurées.

¹⁶⁸ Articles L. 211-16 et suivants du Code du tourisme, Modifié par la loi n°2009-888 du 22 juillet 2009 - art. 1 : « Toute personne physique ou morale qui se livre aux opérations mentionnées à l'article L. 211-1 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ce contrat ait été conclu à distance ou non et que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci et dans la limite des dédommagements prévus par les conventions internationales ».

¹⁶⁹ Delphine BAZIN-BEUST, *Droit de la consommation, Mémento LMD*, Lextenso Edition 2014-2015

proposent leurs activités aux « personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels »¹⁷⁰.

La conséquence sur le projet de réforme globale du droit de la consommation au niveau européen est bien évidemment l'accroissement de la difficulté. En effet, il s'agit d'une entreprise d'envergure car elle implique l'interaction entre de nombreux domaines tant du point de vue interne qu'au niveau extra national. La cohésion et la coordination doivent ainsi se faire à un double niveau ce qui rend la tâche plus compliquée mais non insurmontable.

155 L'établissement effectif d'un véritable droit communautaire de la consommation, à travers notamment l'unification des règles consuméristes, est un projet qui prend place dans un programme plus vaste d'harmonisation du droit des contrats. Pour autant, il ne s'agit pas de s'orienter vers une codification européenne du droit de la consommation qui viendrait en superposition aux codifications nationales déjà existantes mais plutôt à une harmonisation totale qui ne laisserait plus place à l'interprétation au niveau interne. Dans cet esprit, la Commission européenne a publié en 2011 une proposition de règlement relatif à « un droit commun européen de la vente »¹⁷¹ dont l'objectif est de proposer aux parties à une vente transfrontalière conclue entre un professionnel et un consommateur ou un autre professionnel d'opter entre le droit interne de la vente et le droit commun européen de la vente. Sur un certain nombre de points¹⁷² ce droit optionnel est quasi aussi protecteur que le droit actuel de la consommation. Cette proposition présente certains intérêts bien que le principe de l'option demeure discutable. En effet, nous pouvons douter du réel choix du consommateur quant au droit applicable face au professionnel qui souhaite appliquer sa législation nationale. Il lui sera en effet difficile d'opposer un quelconque refus à moins de renoncer à contracter, ce qui in fine serait contre-productif. Ainsi, pour éviter ce type de situations controversées, l'harmonisation totale semble être une solution séduisante car elle évite toutes ces superpositions juridiques inutiles et génératrices de confusions tout en

¹⁷⁰ Code des assurances et Code monétaire et financier qui règlementent le démarchage et les contrats à distance portant sur des services financiers ou des produits d'assurance.

¹⁷¹ Commission Européenne, Bruxelles, le 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente.

¹⁷² Garantie légale de conformité, formalisme informatif et droit de rétractation dans la vente à distance, clauses abusives

garantissant un niveau égal et acceptable de protection pour tous les consommateurs, quel que soit leur nationalité. Mais pour y parvenir, il ne suffit pas de rechercher un consensus acceptable par tous. C'est en effet un changement de logique qu'il convient de fédérer.

Section 2 : Parvenir à un consensus, une entreprise favorisée par le changement de logique

156 Les réponses au livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises¹⁷³ constituent une importante source d'informations pour la doctrine et les parlementaires en charge de rédiger la loi, puisqu'elles confèrent une vision non dénaturée de la réalité économique. L'objectif principal de ce livre vert était donc de pouvoir étudier la faisabilité de l'élaboration d'un instrument optionnel européen et d'ouvrir le débat pour l'ensemble des Etats membres en répondant ainsi aux questions soulevées. Sept options ont alors été proposées et présentées par ordre croissant « d'intensité normative »¹⁷⁴. Les réponses apportées sont toutes aussi nombreuses que diverses, chacune s'inscrivant dans la droite ligne de son appartenance professionnelle. Que la faveur soit donnée à l'instrument optionnel, à l'harmonisation maximale ou encore à l'élaboration de principes généraux non contraignants, le point de convergence réside dans la détermination d'une définition commune et standardisée du consommateur européen. En effet, à l'heure de la généralisation des nouveaux moyens rapides de communication notamment par le biais d'Internet, il est indéniable que l'environnement socio-économique dans lequel évolue le consommateur national est en profonde mutation. Désormais, il serait réducteur de rechercher une protection effective et acceptable d'un consommateur en envisageant ce dernier du stricte point de vue national et en occultant l'ensemble des moyens de communication à sa portée qui lui permettent d'accroître ses possibilités d'achats.

¹⁷³ Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises du 1 juillet 2010, COM (2010) 348 final ; Réponses au livre vert consultable en ligne sur le site de la Commission : [http : // www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)

¹⁷⁴ Carole AUBERT DE VINCELLES, professeur à l'université de Cergy-Pontoise, secrétaire général de Trans Europe Experts, *Réponses au livre vert sur le droit européen des contrats*, RTDE 2011 p. 615

Il convient donc de se désolidariser de cette approche consumériste française selon laquelle le consommateur est un profane qui mériterait une protection absolue à tout égard (§1) et de tenter de trouver une nouvelle définition de celui-ci en tenant compte du nouveau cadre dans lequel il évolue (§2).

§1 : Le rejet d'une approche consumériste réductrice, à travers le prisme du consommateur incapable

157 En matière de vente, la divergence classique oppose le droit allemand, pour lequel la faveur est accordée au professionnel et où la doctrine s'accorde à dire que leur législation en la matière est un droit favorable au vendeur, au droit français qui constitue un ensemble de règles très protectrices des intérêts du consommateur. Cette dichotomie originelle constitue l'essence de l'opposition qui ne cesse d'être stimulée et amplifiée dans ce vaste projet d'harmonisation du droit de la consommation au niveau communautaire. Sans remettre en cause les différences traditionnelles et culturelles qui marquent la spécificité de chaque Etat, il semble en réalité que la recherche d'un consensus avec la détermination d'un niveau de protection acceptable par tous doit nécessairement se faire à travers la réévaluation du besoin de protection que l'on souhaite accorder au consommateur (I), laquelle est fortement corrélée avec le rééquilibrage institutionnel des parties à un contrat de consommation (II).

I/ La réévaluation du besoin de protection

158 Le droit français de la consommation est considéré comme étant un droit protecteur des intérêts du consommateur. Les règles qui le constituent viennent en renfort de la partie faible au contrat jugée inapte à appréhender et analyser l'ampleur de la portée d'un engagement contractuel face au professionnel sachant qui dispose et use de son savoir-faire au détriment de ce dernier. Sur la base d'un tel postulat, il appartenait aux pouvoirs publics de multiplier les règles de protection à l'égard du consommateur afin de consolider sa confiance et permettre le développement de ses transactions commerciales. Le panel d'interventions des dispositifs protecteurs est large et éparse,

allant de la simple obligation d'information du professionnel jusqu'à la possibilité pour le consommateur de renoncer à l'acte d'achat. En effet, le droit de la consommation est un droit particulier qui puise ses fondements principalement au niveau communautaire, à charge pour chacun des Etats membres de transposer la directive ou le règlement afin de l'incorporer à leur propre corpus juridique. Ce sont d'ailleurs ces différentes transpositions qui ont conduit à l'hétérogénéité de la protection à l'échelon national. En effet, lorsque la directive n'est pas d'harmonisation maximale, il appartient à chaque Etat de transposer le texte selon une interprétation qui peut soit être minimaliste soit au contraire absolue. La particularité française réside dans l'interprétation très extensive des mesures protectionnistes que suggère le droit communautaire. En effet, en matière de garantie de bien de conformité par exemple le droit consumériste français est très favorable au consommateur qui bénéficie à la fois d'une interprétation extensive de la directive communautaire doublée d'une protection civiliste garantie le cas échéant.

159 Au niveau du droit allemand, l'interprétation est autre, en témoigne d'ailleurs le principe de gratuité applicable en cas de remplacement d'un bien non conforme¹⁷⁵. Dans cette espèce, opposant une consommatrice allemande, ayant fait l'acquisition d'un ensemble de cuisson comprenant notamment un four dont la paroi interne était défectueuse, à une société de distribution, l'ancienne CJCE a statué sur le sens à donner à la gratuité, norme imposée par la directive du 25 mai 1999¹⁷⁶.

L'intérêt de la décision ne reposait pas sur le montant des sommes en jeu mais bien sur l'obligation imposée au vendeur de remplacer un bien non conforme sans exiger une quelconque contrepartie financière de la part du client, même lorsque celle-ci est justifiée par l'avantage dont a bénéficié l'utilisateur du bien jusqu'à son remplacement¹⁷⁷. Une telle position non consacrée par le droit civiliste allemand met en

¹⁷⁵ Arrêt CJCE, 17 avril 2008, saisie d'une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, sur l'interprétation de l'article 3 de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de la consommation, *in* Geneviève PIGNARRE, professeur à la faculté de droit de Chambéry et Louis Frédéric PIGNARRE, Maître de conférences à la faculté de droit de la Réunion, *A propos de la gratuité du remplacement d'un bien non conforme*, Dalloz 2008, p. 2631

¹⁷⁶ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de la consommation.

¹⁷⁷ Articles 439 §4 et 346 § 1 et 2 du Bürgerliches Gesetzbuch aux termes desquels le vendeur a droit en cas de remplacement d'un bien non conforme à une indemnité de compensation des avantages que l'acquéreur a retirés de l'usage de ce bien jusqu'à son remplacement par un nouveau bien.

exergue l'aspect moins protecteur existant au sein de cet Etat et le recours de la consommatrice allemande témoigne du souhait d'obtenir un degré de protection quelque peu plus poussé. Par ailleurs, ce recours est l'occasion pour la Cour d'asseoir et d'étendre l'emprise du droit communautaire et ce mouvement de consolidation ne se fait pas sans un recul corrélatif de l'interprétation française des textes communautaires.

160 Face à ces deux points de distension, il paraît opportun de trouver le point d'équilibre qui ralliera l'ensemble des protagonistes et cela passe nécessairement par la réévaluation du besoin de protection que l'on souhaite octroyer au consommateur. En effet, ce dernier évolue dans un contexte socio-économique qui a subi de profondes mutations dont il faut tenir compte avant même de s'interroger sur la potentialité de rechercher un point d'équilibre entre vision allemande et position française. L'ultra protectionnisme français est un frein au développement des échanges et n'est par ailleurs plus justifié au regard des prérogatives qui sont d'ores et déjà reconnues et consacrées au profane, qui jouit d'ailleurs d'une information de qualité et d'un droit de repentir salvateur. Il faut ainsi tenir compte du nouveau statut du consommateur qui certes, demeure un profane face au professionnel sachant, mais qui peut être assimilé à son égal selon les situations.

II/ La recherche d'un rééquilibrage de la situation contractuelle unissant le consommateur au professionnel

161 Le contrat tel qu'envisagé en droit privé connaît une profonde mutation liée à son besoin d'adaptabilité aux évolutions économiques et sociales. Cela a eu pour effet de renforcer le contenu de celui-ci par la prise en compte progressive et toujours plus importante « des attentes légitimes du cocontractant »¹⁷⁸. La traduction de cette extension du contenu contractuel s'apprécie à travers les interprétations de la jurisprudence qui n'hésite pas, pour satisfaire le créancier, à rendre l'autre partie débitrice « d'une

Transposition de la directive 1999/44 dans le droit allemand à l'occasion de la réforme du droit civil allemand, loi de modernisation Gesetz zur Modernisierung, publiée au BGBl, I, 2001, n°61 du 29 novembre 2001 entrée en vigueur le 1 janvier 2002.

¹⁷⁸ Pascal NGUIHE KANTE, Docteur d'Etat en droit privé, chargé de cours à l'université de Dschang, *La prise en compte des attentes légitimes du cocontractant en droit privé in Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime* par Hélène AUBRY, Revue internationale de droit comparé, 2005, Numéro 3, p. 627-651

obligation de sécurité, de coopération, de conseil, d'information, d'assistance ou de surveillance non formulée à l'origine »¹⁷⁹. Le droit positif vient donc ici en renfort des stipulations convenues entre les parties et notamment depuis un arrêt du 11 mars 1997¹⁸⁰ où la Cour de cassation a expressément consacré et intégré le concept d'attente légitime dans le droit interne des contrats, en reconnaissant l'existence du lien entre l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi et l'attente légitime.

162 En s'attachant à la bonne foi pour prendre en considération les attentes légitimes du cocontractant, la jurisprudence a dû inéluctablement « densifier les obligations créées par le contrat à la charge du débiteur »¹⁸¹. Pour autant, transposée au droit de la consommation cette théorie redonne une nouvelle vigueur à la relation entretenue entre le professionnel et le consommateur. En effet, cette relation souffre d'un déséquilibre originel opposant un sachant qui est en position d'ascendance et donc en mesure de persuader et convaincre un profane qui serait incapable de se détacher de l'emprise exercée sur lui.

163 Or, ce postulat de départ peut être réfuté ne serait-ce qu'à travers les différentes obligations qui pèsent sur le professionnel qui a la charge de la transmission de son savoir. Sans prétendre à une relation de force égale, le consommateur bénéficie par ailleurs de moyens afin de dénoncer le contrat le cas échéant. Enfin, en appliquant la théorie de la prise en compte des attentes légitimes du cocontractant on peut aisément penser que le consommateur souhaite jouir pleinement de sa récente acquisition. Parallèlement, le professionnel attend du consommateur une certaine loyauté, c'est à dire qu'il ne dénature pas l'acte de consommation en abusant par exemple de l'exercice de son droit de rétractation.

L'ensemble de ces éléments factuels tend à prôner une revisite des positions occupées par chacune des parties au contrat de consommation d'autant qu'en matière de droit allemand, le principe de bonne foi, obligeant les contractants à se comporter loyalement,

¹⁷⁹ Cf note supra Hélène Aubry, interprétation sur la base des articles 1134 et 1135 du Code civil.

¹⁸⁰ Cass Com, 11 mars 1997, pourvoi N°95-16.853 « en vertu de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, nul ne peut se contredire illégitimement au dépend d'autrui, et tromper ainsi l'attente légitime de son cocontractant » cité par AUBRY *in art préc.* p. 640 note 46

¹⁸¹ Philippe LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz 2005, N° 3714

est rattaché au « principe de confiance »¹⁸², or pour qu'une relation contractuelle prospère il faut nécessairement qu'un lien de confiance soit créé.

Au-delà d'une refonte des positions occupées, une nouvelle définition du consommateur doit être proposée, laquelle conditionnerait la réussite du vaste projet d'harmonisation globale du droit consumériste communautaire.

§2 : La recherche d'une approche consumériste novatrice à travers la nouvelle définition du consommateur

164 Construire un droit de la consommation unique et général implique nécessairement l'établissement d'un cadre général flexible (I) tenant compte des spécificités des différents consommateurs y évoluant (II).

I/ La nécessité de construire un cadre général flexible

165 Jusqu'à très récemment, le Code de la consommation ne contenait pas de définition du consommateur. En effet, celui-ci s'est construit autour des intérêts de celui-ci, précisément en poursuivant sans cesse un objectif protectionniste, mais toujours en faisant l'économie d'une définition légale de cette notion, laissant ainsi la jurisprudence façonner ce concept au gré de ses interprétations casuistiques. La loi du 17 mars 2014¹⁸³, a remédié à cette lacune en insérant un nouvel article préliminaire au sein du Code de la consommation au terme duquel il est précisé : « au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Eu égard à cette nouvelle définition, on constate aisément que le législateur n'a pas souhaité circonscrire de manière trop étroite le champ d'application de la notion, conservant ainsi la latitude aux interprétations jurisprudentielles de la CJUE et des juridictions nationales.

¹⁸² WITZ, *Droit privé allemand, coll Actes juridiques, droits subjectifs*, Tome 1, Edition Litec, 1992, N° 109

¹⁸³ Loi N°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

166 L'absence de rigidité de ce cadre général est favorable à l'évolution et à l'adaptation de la notion de consommateur sur la scène européenne. En effet, le contexte socio-économique dans lequel évoluait le consommateur s'étant fortement européanisé, la reconnaissance d'un « consommateur européen »¹⁸⁴ semblait inéluctable. D'ailleurs, cette consécration s'inscrit en parfaite adéquation avec l'accroissement des nouvelles formes de consommation. Alors que la notion de consommateur est, en général, toujours assimilée à celui qui accomplit des actes de consommation, il apparaît de nouvelles catégories de consommateurs, qui présentent la particularité de n'effectuer aucun acte d'achat tel qu'entendu au sens commun mais qui méritent pourtant que leur soit accordée la protection consumériste. En témoignent par exemple les personnes concluant un contrat de transport.

167 Dans ce cadre, le passager qui s'est engagé dans une telle relation peut être assimilé au consommateur alors même qu'il n'est pas un « consommateur ordinaire du fait de l'impact et des enjeux économiques qui interfèrent en cas de mise en œuvre de la responsabilité civile des professionnels de transports »¹⁸⁵. Le passager est « la personne embarquée soit en vertu d'un contrat de transport, encore appelé contrat de passage, soit sans billet et sans être en règle »¹⁸⁶. Au regard de cette définition, la question de savoir si le passager est assimilable au consommateur sous-tend en réalité celle, plus complexe, de la catégorisation des contrats dits de consommation. En effet, après l'immobilier, l'assurance et le crédit, le transport fait-il désormais aussi partie du champ de la consommation ? La réponse à cette question est bien évidemment affirmative surtout si l'on tient compte des volontés gouvernementales qui souhaitent le développement du marché intérieur.

Celui-ci ne pourra pourtant se faire qu'avec le maintien d'un cadre général, flexible et donc adaptable. Or, l'harmonisation globale telle qu'envisagée présente au niveau interne une certaine rigidité, notamment parce qu'elle exclut la marge de manœuvre

¹⁸⁴ Juliette MEL, Docteur en droit, Université Paris XII, Val de Marne, *La notion de consommateur européen*, Les petites affiches, 31 janvier 2006, N°22, p. 5

¹⁸⁵ Koffi Mawunyo AGBENOTO, Docteur en droit privé, assistant à l'université de Kara (Togo), *Le passager, un nouveau consommateur ?*, Les petites affiches, 16 mai 2011, n°96 p. 5

¹⁸⁶ Vocabulaire juridique, G. CORNU, 8^e édition, 2007

laissée jusqu'alors aux Etats. C'est pourquoi, il faut assurer la flexibilité à l'échelon supérieur afin de garantir la réussite du projet.

Parallèlement et dans le même état d'esprit, il convient de ne plus se cantonner à une vision unique du consommateur, fusse-t-elle générale, mais plutôt plaider en faveur de l'existence de plusieurs catégories de consommateurs.

II/ La faveur accordée à l'existence de plusieurs catégories de consommateurs

168 Le renouveau en matière de droit communautaire de la consommation réside dans la volonté affichée du législateur européen d'ériger des principes généraux alors que cette matière s'est jusqu'alors construite autour d'une approche purement sectorielle. Ce large projet répond parfaitement aux impératifs de protection du consommateur souhaités par l'ensemble des institutions dans la mesure où la construction de ce corpus juridique extra national sera centrée sur le consommateur. Cela implique alors nécessairement de définir la notion de consommateur européen, lequel serait envisagé de manière commune, générale et abstraite afin de reconnaître un cadre général global dans lequel chaque consommateur national s'identifiera (A) tout en conservant les spécificités inhérentes aux situations factuelles (B). In fine, il existerait plusieurs catégories de consommateurs, mais ces catégories seraient standardisées.

A/ Le consommateur moyen, cadre commun

169 Le droit français a forgé la notion de consommateur autour de son « impuissance présumée »¹⁸⁷, faisant de lui un « quasi-incapable »¹⁸⁸ dans ses relations avec un professionnel. Partageant cette finalité de protection, le droit communautaire semble néanmoins réticent à accorder de manière étendue cette surprotection en préférant resituer le consommateur au niveau européen.

C'est ainsi que dans une décision du 8 décembre 2003, le parlement européen et le Conseil ont affirmé que la politique des consommateurs contribue « de manière

¹⁸⁷ J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 34

¹⁸⁸ C. ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuels*, Lib. Univ. Aix en Provence, 2003, 2^e éd., N°273

essentielle [...] à moderniser l'économie européenne et à assurer une meilleure qualité de vie aux citoyens européens »¹⁸⁹. L'introduction de la notion de citoyenneté européenne n'est pas neutre, elle préfigure en effet la prise en compte explicite du consommateur, ne se contentant plus seulement d'envisager les échanges transfrontaliers à travers le seul agent économique¹⁹⁰. Une telle position vient en renfort de la nécessité de rechercher une unité conceptuelle à travers l'instauration d'une notion unique du consommateur européen. En effet, longtemps débattue au niveau national, la question de l'opportunité d'une définition commune du consommateur au niveau européen est dépassée par son évidente nécessité. Deux arguments peuvent être avancés. D'une part, l'harmonisation conduit intrinsèquement à établir un socle commun transcendant les divergences nationales. D'autre part, le consommateur revendique une protection dans sa vie sociale, en tant que citoyen européen, en même temps qu'il entend profiter des bienfaits du marché unique.

170 Plusieurs critères permettent d'appréhender le consommateur européen, même si l'essence dictant ce nouveau statut repose sur la réfutation du caractère d'ignorance qu'on lui reconnaît aisément. En effet, « le consommateur européen n'est pas un incapable mais une personne moyenne »¹⁹¹. Le critère de la moyenne renvoie à une appréciation objective de la situation, constituant une référence à « la réaction typique »¹⁹². L'appréciation in abstracto des faits permet ainsi de reconnaître un standard qui sert à mesurer la licéité de l'acte ou du fait litigieux, par rapport à la réception qui en est faite par le consommateur moyen.

¹⁸⁹ Décision 20/2004/CE du 8 décembre 2003 établissant un cadre général pour financer les activités communautaires à mener à l'appui de la politique des consommateurs, 2004-2007, JOUE, N° L 5 du 9 septembre 2004, p. 1

¹⁹⁰ H-W. MICKLITZ, *De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne*, in *Liber Amicorum*, Jean CALAIS-AULOY, D. 2004, p. 2004, p. 732 et 748

¹⁹¹ Cf supra note Juliette MEL

¹⁹² Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 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) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil.

Considérant 18 : « [...] La notion de consommateur moyen n'est pas une notion statistique. Les juridictions et les autorités nationales devront s'en remettre à leur propre faculté de jugement, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice, pour déterminer la réaction typique du consommateur moyen dans un cas donné ».

171 Une telle approche n'est pas en soi novatrice, précisément parce qu'elle n'apporte aucune plus-value supplémentaire en comparaison avec le concept de bon père de famille déjà utilisé en droit interne. C'est pourquoi, il est important d'admettre l'existence d'une pluralité de consommateurs moyens, et a fortiori reconnaître que certains consommateurs peuvent être avisés.

B/ Le consommateur averti, cadre spécifique

172 Au-delà du cadre commun propre au consommateur moyen et en pleine capacité de ses moyens, il existe des situations où le consommateur bénéficie d'une certaine expertise faisant de lui un consommateur « informé et intelligent »¹⁹³. Attentif, le consommateur européen perçoit ainsi avec raison les informations qu'il reçoit, « éclairé et suffisamment intelligent, il semble par ailleurs être en mesure d'une certaine capacité d'analyse »¹⁹⁴. Une telle position est corroborée par une jurisprudence constante de la Cour de Justice. En témoigne par exemple, un arrêt Clinique, au terme duquel le juge communautaire était interrogé sur la compatibilité d'une loi allemande, interdisant la commercialisation de produits sous des appellations ou présentations trompeuses, avec les articles 28 et 3 du TCE. En l'espèce, sur le fondement de la disposition allemande, était recherchée l'interdiction de la commercialisation par les sociétés Clinique Laboratoires et Estée Lauder de produits cosmétiques sous la dénomination « Clinique ». Le juge a ici pris le parti d'une interprétation favorable à la reconnaissance d'un consommateur averti en considérant « que la connotation hospitalière ou médicale du terme « Clinique » ne suffit pas à donner à cette appellation un effet trompeur susceptible de justifier son interdiction »¹⁹⁵.

En adoptant une telle position, la Cour réfute indirectement la surprotection accordée, et notamment dans le droit français, au consommateur. Celui-ci demeure un profane qui nécessite une protection minimale avec entre autres la reconnaissance de droits propres mais il reste titulaire de toutes ses capacités d'analyses et d'interprétations pour ne pas effectuer des associations directes dans son esprit.

¹⁹³ Cf supra note Juliette MEL

¹⁹⁴ CJCE, 6 juillet 1995, Mars, aff. C-470/93 Rec CJCE p. 1923

¹⁹⁵ CJCE, 2 février 1994, Clinique, aff. C-315/92, Rec. CJCE, p. 317, point 23

173 A l'aune de ces éléments, il en ressort que définir le consommateur demeure une tâche ardue et risquée, que l'on fige cette notion ou au contraire qu'on la libéralise. Cela constitue indéniablement un obstacle à l'harmonisation, obstacle qui reste néanmoins surmontable.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

174 La faveur retenue pour un échelon européen. L'ambition du projet de construction d'un droit commun international a sans doute impulsé et d'autant plus justifié le souhait de construire un droit commun au niveau européen. Bien que des intérêts antagonistes continuent à persister, l'intérêt et la pertinence reconnus du projet de rapprochement des législations a permis d'opter en faveur de la construction progressive d'un droit européen de la consommation.

Le développement du marché intérieur au niveau européen étant un réel enjeu économique, il relève désormais de l'intérêt de chacun des Etats de l'Union d'agir de concert pour promouvoir leurs échanges transfrontaliers. Pour y parvenir, un seuil élevé de protection du consommateur doit continuer à être garanti.

175 Les modalités de la construction d'un droit européen. Malgré les intérêts convergeant des Etats ayant adhéré au projet d'eupéanisation du droit des contrats, des divergences demeurent quant aux modalités de mise en œuvre de celui-ci. En effet, les réflexions ont mis en avant la volonté de chaque Etat membre de conserver ou au contraire d'abandonner certaines dispositions du droit consommériste. La difficulté réside ainsi quant à la définition du seuil de protection à retenir, et plus largement dans l'approche même du consommateur. Celui-ci a toujours été appréhendé sous le prisme de la partie faible au contrat, c'est d'ailleurs ce qui a justifié la naissance du droit de la consommation. Sans remettre en cause ce principe de base, il convient aujourd'hui que la notion puisse s'adapter et évoluer en harmonie avec le contexte socio-économique. La vision du consommateur ignorant, telle qu'entendue dans l'esprit du législateur et des praticiens lors de la naissance du droit consommériste doit être réévaluée. Ce dernier est désormais averti ou du moins connaisseur selon les situations, notamment lorsqu'il est l'instigateur de l'acte de consommation, via Internet notamment. Ainsi, la protection du consommateur doit être maintenue pour les situations de vulnérabilité de ce dernier mais celle-ci ne doit pas justifier une protection déraisonnée en toutes circonstances qui le desservirait in fine.

CONCLUSION DU TITRE 1

176 La volonté commune de partager un ensemble de règles homogènes. Qu'elle soit pensée au niveau international ou européen, la volonté de codification ou du moins d'homogénéisation du droit apparaît comme un objectif louable et efficace vers lequel les Etats membres doivent tendre pour leurs intérêts. En effet, l'évolution du contexte économique, l'émergence de nouvelles pratiques consuméristes sont autant de facteurs qui justifient l'abondance des réflexions en la matière, même si les modalités pour parvenir à un tel consensus restent difficiles à atteindre.

177 Les particularités de la construction d'un droit commun des contrats. La règle de droit, caractérisée par sa généralité et son effet obligatoire, joue le rôle essentiel de direction de la société. En effet, elle est le reflet des valeurs sociétales de l'ordre juridique dans lequel elle évolue. A ce titre, elle va impulser de nouvelles dynamiques en proposant de nouveaux modèles, gage d'une constante adaptation aux évolutions économiques et sociales. L'objectif de cohérence du droit invite par ailleurs à la formalisation d'un corpus juridique dont la conformité sera appréciée au regard du respect de l'équilibre nécessaire entre le besoin d'adaptation du droit aux nouvelles réalités économiques et sociales et la rapidité de cette mise en conformité. En effet, il apparaît nécessaire d'opérer la consécration d'un changement en veillant à tenir compte du besoin de sécurité juridique.

178 Les modalités de mise en œuvre de ce socle commun. Pour des raisons pratiques et de cohérence évidente, le projet de départ jugé trop ambitieux a ainsi été repensé à un échelon intermédiaire. Ce choix stratégique a permis de mobiliser et sensibiliser les différents acteurs en les impliquant dans une action commune concrète. Celle-ci implique de repenser totalement l'approche consumériste jusqu'alors adoptée. En effet, il s'agit de resituer le consommateur dans son nouvel environnement socio-économique et de lui garantir une protection adaptée, efficiente et optimale.

**TITRE 2 : La réalisation modérée des projets à l'origine de la construction
d'un droit européen de la consommation, une réalité expliquée**

179 La Commission européenne affiche infailliblement sa volonté d'uniformiser le droit des contrats dans l'Union européenne. Ses nombreuses initiatives, dont la dernière revêt la forme d'une directive d'harmonisation maximale sur les droits des consommateurs, adoptée par le Conseil le 10 octobre 2011¹⁹⁶ manifeste l'intérêt vif et constant en faveur de la construction d'un droit européen contractuel commun. L'insistance de la Commission de Bruxelles a favorisé l'accélération des mesures qui sont produites successivement et dont l'importance n'est pas minimisée. En témoigne ainsi la publication le jour suivant d'une proposition de règlement relatif à « un droit commun européen de la vente »¹⁹⁷.

180 L'initiative est en réalité bien plus ancienne, elle trouve en effet son origine dans une communication du 11 juillet 2011 et qui concerne « le droit européen des contrats »¹⁹⁸ et par laquelle la Commission engageait une consultation sur l'opportunité d'une telle entreprise. D'ailleurs, parmi les options envisagées figurait déjà à l'époque celle relative à « l'adoption d'une nouvelle législation complète au niveau communautaire »¹⁹⁹. Un « plan d'action [...] pour un droit européen des contrats plus cohérent [susceptible d'établir] un cadre commun de référence à même de fournir les meilleures solutions en termes de terminologie commune et de règles »²⁰⁰ a suivi en 2003. L'année suivante la Commission s'est investie dans un projet de « droit européen des contrats et de révision de l'acquis »²⁰¹ en privilégiant la préparation et l'élaboration du cadre commun de référence (CCR) dont la réflexion s'est portée sur la pertinence d'un instrument optionnel, « l'idée d'un Code civil européen [étant] alors clairement rejeté »²⁰².

¹⁹⁶ Dir. 2011/83/UE, 25 octobre 2011, JOUE n° L. 304, 22 nov. 2011, p. 64 in G. PAISANT, *La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs*, JCP G 2012, doct. 62

¹⁹⁷ COM (2011) 635 final in C. AUBERT DE VINCELLES, *Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente*, JCP G 2011, act. 1376 – Proposition impulsée par Viviane REDING, Commissaire européen à la justice

¹⁹⁸ COM (2001) 398 final

¹⁹⁹ Communication précité, option 4, p. 18-19

²⁰⁰ COM 2003, 68 final

²⁰¹ COM (2004) 651 final

²⁰² G. PAISANT, *La proposition d'un droit commun de la vente ou l'esperanto contractuel de la Commission européenne*, JCP G n°18, 30 avril 2012, doct. 560

181 En lien avec le processus d'établissement de ce CCR conçu comme une « boîte à outils » au service de « la simplification de l'acquis »²⁰³, la Commission européenne publiait un Livre vert en février 2007 sur la « révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs »²⁰⁴. Ce livre vert, outil de consultation « ouvert »²⁰⁵, portait sur huit directives existantes et relatives aux contrats. De ces diverses initiatives, résultèrent plusieurs réponses. D'un côté, le processus de révision de l'acquis a conduit la Commission à émettre une proposition de directive le 8 octobre 2008²⁰⁶ sur les droits des consommateurs, qui après de vifs débats et une réduction sensible de son domaine d'application est devenue la directive du 25 octobre 2011. De l'autre, la Commission a apporté son soutien à plusieurs groupes de travail pour l'élaboration du CCR.

182 Ce vaste projet a incontestablement permis de redynamiser le droit communautaire et plus précisément le droit communautaire de la consommation. En effet, alors que la directive de 2011 apparaît comme la première pierre à l'édifice contractuel souhaité (Chapitre 1), la poursuite dans la même ligne permettra d'asseoir définitivement la matière à travers la création d'un Code européen de la consommation (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La concrétisation du projet d'eupéanisation du droit de la consommation à travers l'adoption d'une directive cadre

Chapitre 2 : La consolidation du projet d'eupéanisation du droit de la consommation à travers la création d'un Code européen de la consommation

²⁰³ Communication précité, p. 3

²⁰⁴ COM (2006) 744 final in G. RAYMOND, *Le livre vert sur le droit communautaire de la consommation*, Contrats, conc., consom., 2007, étude 5

²⁰⁵ F. ROME, *Livre vert : livre ouvert !* ; D. 2007 p.641

²⁰⁶ COM (2008) 614 final in G. PAISANT, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs, avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ?*, JCP G 2009, I, 118

**CHAPITRE 1 : La concrétisation du projet d'européanisation du droit de
la consommation à travers l'adoption d'une directive-cadre**

Chapitre 1 : La concrétisation du projet d'eupéanisation du droit de la consommation à travers l'adoption d'une directive cadre

183 Initialement, la Commission européenne a engagé une réflexion de révision de l'acquis communautaire qui portait sur huit directives, matérialisé notamment par l'ouverture d'un livre vert. Progressivement, le champ d'application a été réduit à quatre textes, pour ne finalement concerner plus que deux domaines stratégiques. Ce choix a été profitable à bien des égards (Section 1), d'autant qu'il a permis d'imposer un ensemble de règles homogènes pour les Etats de l'Union (Section 2).

Section 1 : La réduction du champ d'application des domaines concernés, un choix salvateur

184 Poursuivant le vaste projet de mettre un terme à l'éclatement du droit de la consommation qui est appréhendé par différentes directives sectorielles, la Commission européenne a publié un Livre vert sur « la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs »²⁰⁷. Par ce biais, la volonté participative de la démarche est clairement affichée et elle concerne un large champ d'application, précisément l'ensemble des directives qui ont vocation à traiter des questions relatives au droit de la consommation tel que la définition du consommateur, le délai de rétractation, l'information du consommateur...

185 Huit directives ont ainsi été concernées par ce vaste projet global et ambitieux visant à unifier le droit au niveau européen par le biais d'une seule norme générale et d'effet horizontal (§1). Pour autant, la grandeur du projet, bien que louable, a rapidement montré ses limites ce qui a finalement conduit à la production d'une directive cadre dont l'objet concerne un champ bien plus réduit que le projet initial (§2).

²⁰⁷ COM (2006) 744 final, Livre publié le 8 février 2007, le document invite à répondre aux questions qui y sont soulevées pour le 15 mai 2007

§1 : La production d'un instrument horizontal global et unique, un projet ambitieux

186 Bien que dépourvu de valeur normative, le Livre vert publié par la Commission européenne est un document majeur dans le processus de construction du droit européen de la consommation. En effet, alors qu'il insuffle d'une part une nouvelle approche méthodologique, en ce qu'il impose la refonte du cadre juridique communautaire afin de donner une nouvelle cohérence à un droit communautaire sectoriel dispersé, incomplet voire parfois contradictoire, il invite d'autre part à aborder le caractère substantiel des différentes dispositions. Le but ultime étant de mieux protéger les consommateurs tout en favorisant le développement du marché intérieur.

187 L'entreprise est louable et portée par les pouvoirs publics européens qui trouvent un écho favorable à la mesure dans chacun des Etats membres²⁰⁸. Pour autant, il apparaît nettement que le consensus recherché autour de huit directives semble difficile à atteindre voire peut être irréaliste (I), d'où une proposition en 2008 relative à quatre directives qui fait l'objet d'un accueil bien plus favorable (II).

I/ La difficile recherche d'un consensus autour de huit textes

188 Le livre vert intervient dans le contexte particulier du « vaste chantier engagé en faveur des consommateurs »²⁰⁹, l'objectif recherché étant toujours le renforcement de « la confiance des consommateurs dans le marché intérieur [...] par la garantie d'un haut niveau de protection dans toute l'Union européenne »²¹⁰. A cet égard, l'article 153 du traité CE, unique texte du Titre XIV intitulé « Protection des consommateurs », énonce en son paragraphe 1^{er} « Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, la Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs

²⁰⁸ En France, nombreuses remarques et réponses de la part des professionnels du droit au Livre vert

²⁰⁹ A titre d'exemple : L'adoption pour la période 2007-2013 d'une nouvelle stratégie plus détaillée, en matière de santé et de protection des consommateurs, qui succède à celle adoptée pour la période 2002-2006. COM (2005) 115, « Améliorer la santé, la sécurité et la confiance des citoyens : une stratégie en matière de santé et de protection des consommateurs » in B. FAUVARQUE-COSSON, *Quelle protection des consommateurs pour demain ? La Commission hésite et consulte*, D. 2007, p. 956

²¹⁰ §2.1 Traité CE

ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts ».

189 A la lecture de cet article, il semble de prime abord que l'Union européenne soit apte à fonder sa compétence propre en matière de droit de la consommation. En réalité, le cadre juridique qu'il établit pour la politique des consommateurs n'a jusqu'à présent pratiquement jamais été utilisé comme base juridique pour les directives de consommation. Les différents domaines envisagés par chacune des directives, faisant l'objet de questionnements ouverts via le Livre vert, étant éloignés (A) et les positions adoptées divergentes (B) il apparaît évident que le consensus recherché autour de huit thématiques toutes aussi importante était une entreprise vaine ou du moins difficilement réalisable.

A/ L'approche sectorielle favorisée par la diversité des domaines concernés

190 Lors du lancement de la consultation par la Commission européenne via le Livre vert en 2007, l'interrogation portait sur la faisabilité de la construction d'un outil commun homogénéisant le droit communautaire de la consommation. Huit directives et autant de thématiques ont alors été intégrées à la réflexion. Il s'agissait de la directive relative aux « contrats négociés en dehors des établissements commerciaux »²¹¹ ; à celle des « voyages, vacances et circuits à forfaits »²¹² ; des « clauses abusives »²¹³ ; celle relative à « l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers »²¹⁴ ; des « contrats à distance »²¹⁵ ; de « l'indication des prix des produits offerts aux

²¹¹ Dir. 85/577/CEE

²¹² Dir. 90/314/CEE

²¹³ Dir. 93/13/CE

²¹⁴ Dir. 94/47/CE

²¹⁵ Dir. 97/7/CE

consommateurs »²¹⁶ ; des « actions en cessation »²¹⁷ et enfin de celle relative à la « vente et garantie des biens de consommation »²¹⁸.

191 Ce Livre vert couvrait ainsi la proposition de révision de huit directives relatives à la protection des consommateurs dans le but de « parvenir à la mise en place d'un véritable marché intérieur des consommateurs, offrant un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises, dans le strict respect du principe de subsidiarité »²¹⁹. Ce livre vert dressait le constat d'un éclatement de la réglementation consumériste entre les différents Etats membres ce qui favorise le manque de confiance des consommateurs dans les transactions transfrontalières. Il posait par ailleurs une série de questions quant à la faisabilité et la viabilité de mettre en place des instruments horizontaux en lieu et place d'instruments verticaux. Plus de trois cent réponses ont été apportées, parmi lesquelles de nombreuses réponses françaises²²⁰. Parallèlement, la Commission avait également commandité une analyse comparative de l'application jurisprudentielle et réglementaire des huit directives concernés dans tous les Etats membres, nommé Compendium²²¹.

192 Ce vaste projet consultatif visait l'ensemble des textes communautaires dont l'objet concerne la protection du consommateur. Bien que louable, la diversité des domaines concernés n'a pas permis de trouver un consensus général en ce sens qu'aucun instrument ni outil regroupant ces huit textes n'a pu être proposé. La difficile tâche de l'homogénéisation du droit a également pu être appréciée à travers les positions divergentes adoptées.

²¹⁶ Dir. 98/6/CE

²¹⁷ Dir. 98/27/CE

²¹⁸ Dir. 99/44/CE

²¹⁹ Livre vert, §2.1 in C. AUBERT DE VINCELLES, *Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation*, RDC, 1 avril 2009, n°2 p. 578

²²⁰ Livre vert sur le droit européen de la consommation, Réponses françaises. Toutes les réponses sont disponibles en ligne sur le site Internet de l'Union Européenne à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/consumers/rights/responses_green_paper_acquis_en.htm

²²¹ « Compendium CE de droit de la consommation » disponible en version française à l'adresse URL suivante : http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acqu

B/ L'approche globale compliquée par la diversité des positions adoptées

193 Le champ d'application très étendue de la révision de l'acquis communautaire en matière consumériste présente le mérite d'englober l'ensemble du panel de directives offrant une protection au consommateur. Pour autant, cet avantage est une difficulté supplémentaire pour rechercher et trouver un consensus général du fait des nombreuses positions à confronter. En effet, les questions ont concerné tantôt la nature juridique de l'instrument, tantôt le champ d'application à lui octroyer ou encore son contenu matériel. Quoiqu'il en soit, le Parlement européen a adopté une résolution non législative le 6 septembre 2007 sur le Livre vert relatif à la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs.

Cette position a été, entre autres, justifiée au regard des postulats selon lesquels « 48% des détaillants sont préparés à réaliser des transactions transfrontalières, mais qu'uniquement 29% le font réellement, que 43% des détaillants considèrent que leurs ventes transfrontalières augmenteraient si les dispositions des lois régissant les transactions avec les consommateurs étaient les mêmes dans toute l'Union européenne, ou encore que la moitié des européens se méfie plus des achats transfrontaliers que des achats domestiques »²²². Le bon fonctionnement du marché intérieur nécessite ainsi de trouver un équilibre entre la protection des consommateurs et la promotion de législations nationales transparentes et prévisibles pour les entreprises d'où la faveur affichée pour un instrument horizontal. Pour autant, cela n'a pas été sans susciter les craintes des Etats membres qui considèrent que le principe d'harmonisation complète ne correspond pas à cet équilibre dès lors que la proposition de la Commission « limite fortement la possibilité pour le législateur national d'introduire, dans les domaines concernés, des dispositions plus protectrices des intérêts des consommateurs que celles prévues par la directive »²²³. C'est cette particularité qui va alors constituer le frein majeur à la production d'un instrument commun et unique pour ces huit textes.

²²² A. ASTAIX, *Révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, Dalloz actualité, 14 septembre 2007

²²³ S. LAVRIC, *Directive sur la protection des consommateurs : négociations en cours*, Dalloz actualité 3 septembre 2009

194 En somme, le Livre vert a ouvert la voie à différentes actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises. Sa force réside dans une proposition du 8 octobre 2008 qui constitue un consensus intermédiaire et acceptable par l'ensemble des intervenants concernés.

II/ La réflexion facilitée autour de quatre textes

195 La proposition de directive-cadre sur les droits des consommateurs adoptée le 8 octobre 2008²²⁴ constitue la première réponse au Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs²²⁵. Attendue depuis un long processus, ce nouvel instrument bouleverse fortement l'approche communautaire du droit de la consommation en ce qu'il invite à un fort degré d'harmonisation du droit et couvre un champ d'exploitation important. Bien qu'ayant fait l'objet de nombreuses controverses de la part d'auteurs déplorant le recul de la protection du consommateur national et les dangers qu'engendreraient potentiellement une telle entreprise²²⁶, cette proposition inédite marque un tournant majeur dans la construction du droit communautaire de la consommation.

196 Celle-ci apparaît comme une réponse transitoire au projet initial porté par le Livre vert qui prévoyait la révision de huit textes. En ce sens, cette directive cadre est en mesure d'être favorablement accueillie du fait de sa réelle cohérence d'une part (A) et de son applicabilité facilitée (B).

²²⁴ Proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008, COM (2008) 614 final

²²⁵ Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM (2006) 744 final, présenté par la Commission européenne le 8 février 2007

²²⁶ Cf note supra C. AUBERT DE VINCELLES, A. ASTAIX

A/ La promotion du projet assurée par sa cohérence

197 La proposition de directive-cadre du 8 octobre 2008 sur les droits des consommateurs est désormais une directive bien connue²²⁷, entre autre du fait de sa spécificité qui tient en l'adoption d'une démarche d'harmonisation maximale pour une large partie du droit de la consommation²²⁸. Cette proposition constitue la révision combinée de quatre directives à savoir celle relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, aux contrats à distance, aux clauses abusives et à la vente²²⁹. Dans l'esprit des rédacteurs de cette proposition, il s'agit de supprimer les obstacles générés par les différences de législations protectrices des consommateurs sur le marché intérieur et de permettre ainsi d'exploiter au maximum « le potentiel des ventes à distance transfrontalières »²³⁰. Parallèlement, la proposition affiche aussi l'objectif « d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs »²³¹. Sous couvert de fusion des quatre directives existantes, le texte propose de nombreuses définitions (celles du « consommateur », du « professionnel », du « bien » ou encore du « contrat de vente »...). Par ailleurs, la proposition redéfinit le régime de l'information contractuelle (Chapitre II), du droit de rétractation (Chapitre III), des « droits des consommateurs spécifiques au contrat de vente » (Chapitre IV) et des clauses contractuelles abusives (Chapitre V).

198 La proposition trouve ainsi des soutiens très fermes auprès des acteurs économiques dans la mesure où les entreprises européennes voient dans cette unification annoncée du droit un « facteur de simplification non négligeable de leur pratique juridique, partant de réduction de leur coûts : nul besoin de concevoir un contrat pour les consommateurs de chacun des Etats membres avec lesquels ils voudraient contracter ; nul besoin de

²²⁷ Cf G. PAISANT, JCP G 2009, I, 118

²²⁸ Cf art. 4. Dir. : « Les Etats membres ne peuvent conserver ou introduire dans leur droit national des dispositions divergeant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau de protection des consommateurs différent »

²²⁹ Dir. N° 85/577/CEE ; 93/13/CE ; 97/7/CE et 99/44/CE

²³⁰ Considérant 5, 6, 7 et 8 du texte

²³¹ Art. 1 de la proposition

service juridique compétent et aptes à manier plusieurs droits ; il suffira de se référer au régime unifié, conçu comme simple »²³².

199 La cohérence du projet est d'ailleurs largement défendue dans l'exposé des motifs de la proposition de directive qui met l'accent sur l'existence « d'un cadre réglementaire communautaire fragmenté entraînant des coûts de mise en conformité élevés pour les entreprises désireuses de se livrer à des échanges commerciaux transfrontaliers »²³³. La Commission se montre en effet fermement attachée à sa proposition parce qu'elle y voit un moyen de réaliser parfaitement, en l'achevant, le marché intérieur. Par ailleurs, la mise en place effective des dispositions du texte s'en trouve facilitée du fait de sa pertinence.

B/ L'acceptation du projet possible par son applicabilité

200 La proposition de directive d'octobre 2008 relative aux droits des consommateurs marque parfaitement la nouvelle dynamique impulsée par l'autorité européenne visant à la refonte globale du droit communautaire de la consommation en ce qu'elle tend à remplacer, par une directive unique et horizontale, les quatre directives sectorielles relatives aux contrats négociés hors établissement (85/577/CEE), à distance (97/7/CE), aux clauses abusives (93/13/CEE) et à la garantie dans la vente (1999/44/CE). L'harmonisation ainsi projetée est moindre par rapport à l'annonce initiale via le Livre vert qui prévoyait la refonte de huit textes²³⁴ mais elle n'en est pas moins dénué de sens ni d'intérêt. En effet, les directives écartées ne l'ont pas été par défaut mais simplement pour donner au projet une meilleure cohérence et surtout garantir sa mise en œuvre. C'est ainsi que la Commission a préféré se concentrer sur les domaines au cœur des échanges économiques en reportant l'uniformisation des autres secteurs, sans pour autant véritablement les exclure, dans la mesure où cette proposition n'est que la

²³² J. ROCHFELD, *L'actualité des sources du droit des contrats – L'état des lieux des discussions relatives à la proposition de directive-cadre sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008*, RDC, 1 juillet 2009, n°3, p. 981

²³³ Cf Exposé des motifs de la proposition de directive, n°1

²³⁴ Cf supra consultation publique via l'ouverture du Livre vert

première étape du long processus engagé en faveur de la révision de l'acquis communautaire.

201 La particularité de cette proposition réside bien évidemment dans son caractère d'harmonisation. Celle-ci n'est donc pas totale quant au domaine mais bien « ciblée »²³⁵ sur certains aspects. En effet, l'homogénéisation du droit qui est recherchée repose en réalité sur la production de définitions communes, de régimes uniques, notamment concernant l'information et le droit de rétractation du consommateur et celui relatif aux clauses abusives et enfin sur quelques effets de la vente.

Quant à sa portée, l'harmonisation n'est pas minimale mais bien maximale. En effet, les législateurs nationaux ne seront plus habilités à légiférer au-delà ou en deçà de la lettre du texte communautaire, conformément à l'article 4 de la proposition qui interdit le maintien ou la production de « dispositions divergeant de celles de la directive, notamment [...] plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau de protection différent du consommateur ». En d'autres termes, l'Union dicte aux Etats membres le degré de protection du consommateur à établir, en leur laissant toutefois une certaine latitude pour déterminer les sanctions, lesquelles doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives »²³⁶.

202 Bien que la proposition de directive cherche corrélativement à assurer un niveau élevé de protection tout en évitant un niveau inégal de protection, elle ne réussit pas à convaincre pleinement du fait de la persistance de craintes, plus ou moins fondées, à l'origine d'une « expérience [qui] a montré que l'uniformisation et l'élévation de la protection du consommateur ne vont pas toujours de pair »²³⁷. En témoigne par exemple le sort réservé aux clauses abusives. La Commission a souhaité protéger le consommateur contre ces clauses non négociées en identifiant sur une liste noire et grise les clauses présumées abusives soit de manière irréfragable soit de manière simple. Par ailleurs, elle maintient qu'une clause puisse être abusive lorsqu'en « dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre

²³⁵ H. BOUCARD, *Présentation de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs*, L'essentiel droit des contrats, 1 décembre 2008, n°6, p. 4

²³⁶ Art. 42 de la proposition

²³⁷ Op cit supra note H. BOUCARD

les droits et obligations des parties »²³⁸. Cette référence à la bonne foi a ainsi suscité de vives interrogations dans la mesure où seule l'interprétation qui en sera faite par la jurisprudence permettra d'évaluer le renforcement ou au contraire le recul de la protection du consommateur.

203 Bien que très prometteuse dans l'ensemble, cette proposition du 8 octobre 2008 n'a pas été adoptée en l'état. Pour autant, le processus global engagé n'est pas remis en cause, bien au contraire dans la mesure où une directive cadre a été adoptée en 2011 et traduit incontestablement une première phase du vaste projet engagé à savoir l'amélioration de l'acquis communautaire.

§2 : La production d'une directive cadre réduite, un projet réaliste

204 La proposition de directive de la Commission européenne du 8 octobre 2008 relative aux droits des consommateurs²³⁹ avait principalement pour vocation d'améliorer l'acquis communautaire. Bien que des limites soient à déplorer et que celle-ci n'ait pas été adoptée en l'état, l'objectif est atteint de par le simple fait qu'elle constitue une directive d'harmonisation totale et horizontale. Elle insuffle par ailleurs un effort de définition et de systématisation des droits des consommateurs, tout en tenant compte des nouvelles problématiques inhérentes à l'acquis communautaire, ce qui permet in fine de donner corps à la construction d'un droit européen des contrats.

205 Les nombreuses et plus ou moins âpres négociations ont finalement abouti à l'adoption d'une directive cadre d'harmonisation totale. Son domaine d'action est toutefois réduit en ce qu'elle ne refond pas les quatre textes évoqués dans la proposition de 2008. Pour autant, elle n'en constitue pas moins une avancée majeure et une illustration symbolique du projet global dans la mesure où elle représente le compromis acceptable (I) par l'ensemble des Etats membres. L'inclusion de cette directive dans chacun des corpus juridique nationaux marque l'acceptation de la mesure et la première étape vers un droit communautaire de la consommation unique (II).

²³⁸ Art. 32 de la proposition *in* note supra H. BOUCARD

²³⁹ COM (2008) 614

I/ La réglementation de deux domaines stratégiques par la directive cadre, un compromis acceptable

206Après de longs débats nationaux et européens, la directive relative aux droits des consommateurs, dont la proposition initiale date du 8 octobre 2008, a finalement été adoptée conjointement par la Commission, le Parlement et le Conseil le 23 juin 2011²⁴⁰. Incontestablement moins ambitieuse que la proposition initiale²⁴¹, elle n'en est pas moins dénuée d'intérêt dans la mesure où elle concentre à elle seule le regroupement de deux textes stratégiques et majeurs du champ protectionniste du consommateur. En effet, le domaine a certes été restreint mais un accord portant sur les contrats conclus hors établissement et ceux conclus à distance a pu être ainsi formalisé. Les directives sur la vente et les clauses abusives, qui faisaient l'objet des principales critiques et mésententes, continuent alors à être appliquées en l'état.

207La vente à distance et hors établissement constituent un procédé de vente déstabilisant pour le consommateur, c'est en cela qu'il mérite une attention et une protection particulière. En effet, lorsque le consommateur est démarché, c'est-à-dire invité à l'achat, il fait l'objet d'une sollicitation extérieure à laquelle il n'est pas préparé et contre laquelle il ne pourrait pas vraiment se protéger²⁴². Parallèlement, dans un contexte de globalisation des échanges, la valorisation des ventes transfrontalières apparaît comme indispensable pour promouvoir les échanges économiques. A ce titre, la directive cadre, constitue l'instrument central et incontournable, représentant l'équilibre tant recherché entre le besoin de protection du consommateur et la nécessité de promouvoir davantage le commerce transfrontalier.

²⁴⁰ Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs, adoptée par le Parlement européen le 23 juin 2011, approuvée par le Conseil de l'Union européenne le 10 octobre 2011 et publiée au JOUE le 22 novembre.

²⁴¹ Quatre directives étaient concernées par la proposition de 2008, et huit étaient soumis à la réflexion lors de la consultation via le livre vert.

²⁴² Cf infra (Partie 2, Titre 1) paragraphes relatives à l'intégrité du consentement du consommateur dans la vente à distance

208 Conformément au souhait de la Commission dans son livre vert du 7 février 2007²⁴³, ce texte prévoit l'introduction « d'une disposition horizontale et transversale [applicable] à tous les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, indépendamment du type de contrat »²⁴⁴. Le volet principal de la directive concerne les contrats conclus hors établissement et à distance pour lesquels le texte en question prévoit des dispositions d'harmonisation totale dans les deux seuls domaines que sont les obligations d'information et le droit de rétractation. La relation contractuelle du consommateur et du professionnel est aujourd'hui largement régie par les règles particulières issues du droit de la consommation, alors qu'à l'origine elle était soumise aux règles du droit commun des contrats. Cette autonomisation du droit consumériste était en réalité animée « par une finalité sociale »²⁴⁵, le droit de la consommation ayant pour objectif à assurer la protection de la partie faible au contrat dû à l'inégalité entre les parties et à l'absence de liberté du consommateur. Le droit européen, à travers ses deux directives de 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et celle de 1997 sur les contrats à distance, poursuivait alors le même objectif. Ainsi, en choisissant de réglementer, et précisément d'harmoniser le droit consumériste sur ces deux domaines, les pouvoirs publics européens opèrent un choix stratégique tout en s'inscrivant dans une nouvelle dynamique symbolique.

209 Globalement, la directive est satisfaisante et prometteuse dans la mesure où elle entrouvre le domaine du numérique qui aura vocation à être consolidé au travers des autres textes d'harmonisation. Elle constitue donc un compromis acceptable malgré son absence de renonciation à l'harmonisation maximale et son option en faveur d'un champ d'application plus restreint. Son acceptation effective, marquée par sa transposition dans le droit national, s'explique par ailleurs au travers du caractère intermédiaire qu'elle représente.

²⁴³ COM (2006) 744 final, Livre vert sur le droit européen de la consommation, réponses françaises, SLC, coll. Droit privé comparé européen, vol. 5, 2007.

²⁴⁴ C. AUBERT DE VINCELLES, *Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre*, RTDE 2011, p. 621

²⁴⁵ L. LESTIENNE-SAUVE, *La directive européenne de 2011 sur les droits des consommateurs et le droit européen des contrats*, La semaine juridique, entreprises et aff., n°4, 26 janvier 2012, p. 1072

II/ La réglementation de deux domaines stratégiques par la directive cadre, un compromis accepté

210 Malgré des prémices difficiles, liés notamment à la fragmentation du droit européen de la consommation, qui en fait parfois un droit incomplet voire contradictoire, la Commission européenne a réussi à mettre en place une directive générale remplaçant les différentes directives sectorielles²⁴⁶. Fermement défendue par certains auteurs²⁴⁷, la création de cet ensemble de règles communes a ainsi vocation à consolider la confiance des consommateurs. Suite aux nombreuses critiques érigées contre la proposition de 2008, une nouvelle proposition a été faite en 2010 puis adoptée en 2011. L'unification, dont le champ d'application initiale était relativement large fut abandonnée au profit d'une unification plus limitée. Le texte ne couvre en effet plus que les seuls contrats à distance et hors établissement et certains contrats sont expressément exclus de son champ d'application, parmi lesquels, les contrats portant sur les services sociaux, sur les soins de santé et sur les services financiers²⁴⁸.

211 L'adoption de cette directive marque incontestablement une étape dans le processus d'harmonisation engagé au niveau du droit consommériste communautaire. Plusieurs facteurs explicatifs peuvent être apportés à l'acceptation et l'adoption de cette nouvelle mesure. En premier lieu, rappelons que la directive cadre en question représente un consensus acceptable pour les Etats membres qui ont poussé à sa variation. Par ailleurs, elle a été acceptée tant par le pouvoir européen que par les différents Etats membres car elle est le gage de la mise en place d'une homogénéisation progressive du droit au niveau européen, objectif majeur poursuivi par la Commission. En effet, le but ultime est de parvenir à la construction d'un droit commun européen des contrats afin d'éviter et de mettre un terme à « la prolifération des fondements et des voies d'actions juridictionnelles »²⁴⁹.

²⁴⁶ Cf supra note L. LESTIENNE-SAUVE

²⁴⁷ Pour un accueil favorable à cette directive voir C. CASTETS-RENARD, *La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats*, D. 2009, p. 1158

²⁴⁸ Op cit note supra L. LESTIENNE-SAUVE

²⁴⁹ B. SOLTNER, *La prolifération des fondements et des voies d'actions juridictionnelles : profusion ou confusion ?*, LPA, 24 novembre 2011, n°234, p. 39

212 La réalité et la complexité du droit de la consommation tant au niveau interne qu'à celui de l'Union européenne s'explique par ses origines et sa construction progressive, pas toujours coordonnée. L'existence du droit de la consommation est souvent assimilée à la loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage à domicile, bien que certains auteurs fixent réellement l'avènement du droit de la consommation à la loi du 1 août 1905 sur les fraudes et falsifications²⁵⁰. En réalité, ses origines sont encore plus anciennes²⁵¹, si l'on s'en tient à l'essence qui anime le droit de la consommation à savoir la prise en compte d'une inégalité originelle qui existe dans toute relation contractuelle. En effet, c'est en prenant conscience que les postulats d'égalité et de liberté prônés par le droit des contrats étaient en pratique mis à mal, lié notamment au fait « soit d'une inégalité économique (l'une doit nécessairement se procurer un bien ou un service que détient l'autre) soit d'une inégalité de savoir (l'ignorance technique et juridique met l'un des contractants en état d'infériorité par rapport à l'autre qui dispose de la connaissance) »²⁵² que la nécessité du droit de la consommation s'est fait sentir. Le développement de la société de consommation a accentué la prise de conscience que le consommateur était victime de ces inégalités et corrélativement la réglementation s'est multipliée de manière éparse, et la protection accordée a été plus ou moins poussée selon les Etats. Lorsque la Commission européenne publie son Livre vert en 2007²⁵³, elle entreprend de réviser l'acquis communautaire. Ce large projet illustre parfaitement une volonté importante de regroupement et de restructuration jusqu'alors lacunaire. C'est finalement à ce titre que la directive du 25 octobre 2011²⁵⁴ est intervenue. En effet, bien que restreinte dans son champ, elle n'en demeure pas moins une directive d'harmonisation totale et horizontale. Elle constitue alors un consensus acceptable et qui a été acceptée.

²⁵⁰ G. RAYMOND, *Domaine d'application du droit de la consommation*, Jurisclasseur commercial, Fasc. 902, 1 août 2012

²⁵¹ On retrouve dans le Code d'Hamourabi (1800 avt JC) des éléments de droit de la consommation tant en Grèce qu'à Rome et dans le droit français ancien.

²⁵² Cf supra note G. RAYMOND

²⁵³ COM (2006), 744 final

²⁵⁴ Directive N° 2011/83/UE, G. RAYMOND, *Directive consommateurs n°2011/83/UE du 25 octobre 2011*, contrats, cce conso, 2012, étude 3

Section 2 : Le caractère contraignant des nouvelles règles, contrepartie inéluctable

213 Dans son vaste projet de révision de l'acquis communautaire, et plus globalement d'uniformisation du droit des contrats dans l'Union, la Commission européenne a proposé de nombreuses mesures dont certaines demeurent optionnelles. En témoigne par exemple la proposition de règlement du 11 octobre 2011 relative à la création d'un droit commun européen de la vente, dispositif qui est destiné à s'intégrer au droit des Etats membres à titre optionnel²⁵⁵. Accepter un nouvel instrument juridique à titre optionnel présente ses avantages économiques et juridiques, pour autant il n'est pas l'option la plus pertinente pour l'harmonisation du droit, au contraire il favorisera souvent la confusion. Or dans un contexte où les droits des consommateurs et leur protection sont au cœur des débats, le choix de l'harmonisation totale semble être une option à privilégier. D'ailleurs, concernant la révision de l'acquis communautaire, la recherche d'un consensus a porté autour de cette modalité. Ce choix parfaitement assumé (§1) n'en est pas moins justifié (§2).

§1 : Le choix de l'harmonisation totale, un choix assumé

214 L'uniformisation du droit figure parmi les objectifs prioritaires de la Commission. Au-delà de l'aspect purement juridique du processus, l'homogénéisation présente en effet l'avantage de simplifier les transactions à différents niveaux. Il faut rappeler que la prospérité de la Communauté européenne est corrélativement liée à son renforcement et celui-ci est basé sur sa capacité à unifier pour être une entité commune et unique. Pour parvenir à cet objectif, le choix de l'harmonisation totale a été adopté. Pour bien comprendre les enjeux de ce processus (II), une identification de la notion est nécessaire (I).

²⁵⁵ G. PAISANT, *La proposition d'un droit commun de la vente ou l'esperanto contractuel de la Commission européenne*, JCP G n°18, 30 avril 2012, doct. 560

I/ La notion d'harmonisation totale

215 Chaque théorie générale du droit s'inscrit dans un système juridique particulier dont la cohérence est souvent gage de pérennité. Cette réalité constitue le premier obstacle lorsqu'est engagée une action d'homogénéisation des législations mais cette difficulté n'est pourtant pas insurmontable, elle implique simplement un effort de construction théorique et une analyse comparative. C'est là une des missions principales du droit comparé qui s'emploie à décrire « plusieurs systèmes juridiques positifs [...] à l'aide des concepts propres à chacun de ces systèmes »²⁵⁶. Un second aspect caractérise la science du droit comparé qui doit « se doter d'un ensemble de concepts qui ne sont pas les concepts d'un de ces systèmes, qui ne sont pas non plus communs à tous ces systèmes, mais qui sont produits par une théorie, en vue d'effectuer la comparaison »²⁵⁷.

216 En pourvoyant à ses missions, le droit comparé permet ainsi de produire une analyse des différents systèmes en place voire de proposer un nouveau système, ou du moins un cadre commun tenant compte des différentes disparités. Pour parvenir à un tel processus d'harmonisation, plusieurs techniques sont offertes (A), la technique la plus coercitive semble néanmoins avoir la préférence des pouvoirs publics européens (B).

A/ L'harmonisation du droit, possible à travers plusieurs techniques

217 Harmoniser le droit est une entreprise de grande envergure qui nécessite au préalable une maîtrise parfaite des concepts. Selon Vittorio Villa, un concept est « la classe des expressions synonymes parce qu'elles ont le même signifié »²⁵⁸. Cette définition présente le mérite de mettre en avant la difficulté à laquelle est confrontée le comparatiste qui se doit de tenir compte du sens commun que peuvent revêtir plusieurs expressions différentes et inversement en présence d'expressions identiques. Une fois cet obstacle maîtrisé, plusieurs techniques permettent de construire un corpus commun.

²⁵⁶ M. TROPER, *L'histoire du droit, le droit comparé et la théorie générale du droit*, RIDC n°2 – 2015, p. 332.

²⁵⁷ *Op cit* note M. TROPER, p. 333

²⁵⁸ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turin, Giappichelli, 1999 in Michel TROPER, *Histoire du droit-Droit comparé-Théorie générale du droit*, RIDC n°2-2015, p. 333

218 L'harmonisation « dite minimale » a historiquement été privilégié dans le domaine de la consommation. Il s'agissait ainsi de laisser « aux Etats membres la possibilité de maintenir ou d'adopter des mesures plus protectrices allant au-delà du niveau minimum de protection instauré par la directive »²⁵⁹. Très vite, cette technique a montré ses limites et notamment du point de vue de sa constitutionnalité. Un important arrêt de l'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), dit arrêt « publicité tabac I »²⁶⁰ datant de 2000 en atteste. Dans cette espèce, il était question de la première directive introduisant une interdiction quasi-totale de toute publicité et parrainage pour le tabac²⁶¹. La Cour s'est alors prononcée d'une manière restrictive sur les possibilités d'un recours à l'article 95 du traité CE²⁶². Le but poursuivi par le texte était la protection de la santé, mais la disposition du traité sur la politique de la santé ne put servir de base juridique en ce qu'elle exclue expressément les mesures d'harmonisation²⁶³. La Cour considéra alors que l'interdiction résultant de la directive, pour une grande partie des formes de publicité des produits du tabac, ne pouvait être justifiée par la nécessité d'éliminer des entraves à la libre circulation des supports publicitaires ou à la libre prestation des services dans le domaine de la publicité. En outre, la directive n'assure pas la libre circulation de ces produits qui seraient conformes à ses dispositions dans la mesure où les Etats membres gardent en la matière le pouvoir de prescrire des exigences plus strictes, dans le respect du traité, qu'ils estiment nécessaire pour assurer la

²⁵⁹ J. STUYCK, *Politique européenne de la consommation*, Juris Classeur Europe traité, Fasc. 2000, 2 janvier 2013, n°11, p. 8

²⁶⁰ CJCE, 5 oct. 2000, aff. C-376/98, Allemagne c/ Parlement et Conseil : Rec. CJCE 2000, I, p. 8419, spéc. Points 102-105

²⁶¹ Directive 98/43 CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac

²⁶² Article 114 TFUE (ex-article 95 TCE) : « 1. Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »

²⁶³ Article 168 TFUE « 5. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, peuvent également adopter des mesures d'encouragement visant à protéger et à améliorer la santé humaine, et notamment à lutter contre les grands fléaux transfrontières, des mesures concernant la surveillance des menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci, ainsi que des mesures ayant directement pour objectif la protection de la santé publique en ce qui concerne le tabac et l'abus d'alcool, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

protection de la santé en matière de publicité ou de parrainage de produits du tabac. Dans ces conditions, il y a lieu de constater que le législateur communautaire ne saurait se fonder sur la nécessité d'éliminer des entraves à la libre circulation des supports publicitaires et à la libre prestation des services pour adopter la directive.

La Cour a ainsi critiqué cette directive de 1998 en ce qu'elle ne contenait pas de disposition assurant la libre circulation de produits conformes à ces dispositions. En raison de son caractère minimum, la directive a été annulée au profit d'une nouvelle publiée en 2003²⁶⁴. L'intérêt de l'arrêt réside dans le fait que « si la simple constatation de disparités entre les réglementations nationales ne suffit pas pour justifier le recours à l'article 95 CE²⁶⁵, il en va différemment en cas de divergences entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des Etats membres qui sont de nature à entraver les libertés fondamentales et à avoir ainsi une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur »²⁶⁶.

A l'aune de ces considérations, il apparaît nettement que l'harmonisation minimale, bien que respectueuse des pouvoirs étatiques peut rapidement conduire à des disparités problématiques voire à une dénaturation des textes.

219 C'est pourquoi rapidement le législateur communautaire a opéré un tournant dans son approche en privilégiant l'harmonisation dite totale. Cette initiative a été entreprise dès 2005 avec la directive relative aux pratiques commerciales déloyales²⁶⁷ qui adopte une approche d'harmonisation totale, c'est-à-dire que les règles de protection qu'elle comporte sont le minimum mais également le maximum pour les Etats membres. Cette nouvelle technique intervient dans un contexte de prise de conscience par les autorités européennes de la nécessité de promouvoir le marché intérieur en offrant un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et une réelle compétitivité des entreprises.

²⁶⁴ Directive 2003/33/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac

²⁶⁵ Devenu article 114 du TFUE

²⁶⁶ Op cit supra note J. STUYCK, p. 9

²⁶⁷ Directive 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai 2005 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) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil

220 Les difficultés identifiées par la Commission concernent en premier lieu l'éclatement de la réglementation. En effet, les nombreuses directives d'harmonisation minimale, autorisant les Etats à adopter des mesures plus restrictives dans leur législation nationale, et dont l'usage permet souvent d'octroyer au consommateur un niveau de protection plus élevé en est visiblement la cause principale. Par ailleurs, la Commission émet le constat que plusieurs questions sont abordées de manière contradictoire dans les différentes directives ou alors sont laissées ouvertes²⁶⁸. L'harmonisation totale se profile alors comme étant potentiellement la meilleure réponse à cet état de fait. Elle est la technique la plus coercitive mais son approche est variée.

B/ L'harmonisation totale du droit, la technique la plus coercitive

221 L'harmonisation totale, appelée aussi harmonisation complète ou maximale est la technique d'harmonisation qui garantit un niveau optimal d'homogénéité. En effet, il s'agit d'une technique visant à imposer un cadre législatif précis et rigoureux, auquel les Etats membres devront strictement se conformer. La marge de manœuvre laissée aux Etats est nulle, le texte communautaire devra alors être transposé conformément à la lettre du texte.

La directive cadre de 2011 relative aux droits des consommateurs²⁶⁹ maintient et érige en principe l'approche initiale de la proposition qui est celle d'une harmonisation complète, en lieu et place de l'approche d'harmonisation minimale, caractérisant les directives objet de la révision. Aux termes de l'article 4 de ladite directive²⁷⁰, les Etats membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement.

²⁶⁸ Op cit supra note J. STUYCK, p. 18

²⁶⁹ Directive 2011/83/UE

²⁷⁰ Article 4, directive 2011/83/CE : « Niveau d'harmonisation - Les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement ».

222 Au regard de cette définition, l'aspect coercitif de la mesure est perceptible d'autant que cette harmonisation complète devait, selon la proposition initiale du 8 octobre 2008, également s'appliquer à la vente et aux garanties des biens de consommation ainsi qu'aux clauses abusives. Celle-ci n'a pas abouti en l'état faute d'avoir trouvé un consensus sur la définition du nouveau seuil de protection, les Etats dont le niveau de protection accordé au consommateur était élevé ne souhaitent pas voir celui-ci diminuer. Un exemple caractéristique d'une telle réduction en témoigne, il concerne le régime des clauses abusives. En effet, alors que la directive 93/13/CEE énonce de manière générale des critères objectifs d'identification d'une clause abusive²⁷¹, avec en annexe une liste indicative de clauses pouvant être qualifiées d'abusives, le régime serait remplacé par un nouveau dans lequel la norme générale est suppléée par une liste noire, dont les clauses sont réputées abusives en toutes circonstances, et une liste grise, dont les clauses sont présumées abusives, de manière simple²⁷². L'harmonisation est alors bien complète mais elle est également ciblée²⁷³. Cela signifie qu'elle est limitée aux aspects réglementés qui sont essentiels pour augmenter la sécurité juridique tant pour les consommateurs que pour les professionnels, mais elle ne vaut que tant que la directive n'en dispose pas autrement.

223 L'ajout de cette disposition au terme de l'article 4 de la directive cadre de 2011²⁷⁴ marque la modification opérée avec la proposition du 8 octobre 2008 qui ne prévoyait pas cette option. Ce choix trouve ses explications à travers les différents enjeux que revêt l'harmonisation.

²⁷¹ Directive 93/13/CEE, art. 3, §1 : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat »

²⁷² Op cit supra note J. STUYCK

²⁷³ Op cit supra note J. STUYCK

²⁷⁴ Art. 4, directive 2011/83/UE : « Sauf si la présente directive en dispose autrement »

II/ Les enjeux de l'harmonisation totale

224 Aujourd'hui, admettre que le droit de l'Union exerce une influence particulièrement importante sur le droit français relève presque de l'évidence, c'est d'ailleurs ce qui rend indispensable « une stratégie d'influence très en amont des projets »²⁷⁵. Cette stratégie est nécessairement envisagée au niveau macro, avec une préférence désormais affichée en faveur de la technique de l'harmonisation maximale qui insuffle une nouvelle dynamique de grande ampleur, notamment en concrétisant le dépassement de la démarche sectorielle antérieure et en progressant selon une nouvelle approche globale. La difficulté réside essentiellement dans l'adhésion des Etats membres à ce nouveau processus, d'autant que les enjeux tant juridiques (A) qu'économiques et sociaux (B) pour le droit français sont conséquents.

A/ L'importance des enjeux juridiques

225 L'usage du terme d'harmonisation totale, complète ou maximale, qualifiée ainsi indifféremment par les autorités européennes, est un terme relativement récent en droit européen de la consommation dans la mesure où il est attribué aux trois arrêts de l'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes du 25 avril 2002²⁷⁶ relatifs à la directive du 25 juillet 1985 en matière de responsabilité du fait des produits défectueux²⁷⁷. Jusqu'à ces arrêts, il apparaissait naturel, voire acquis, que l'harmonisation des législations nationales, y compris dans le domaine de la protection des consommateurs, soit minimale.

²⁷⁵ P. FOMBEUR, *Les enjeux européens pour le droit français*, LPA, 30 novembre 2010, n°238, p. 13

²⁷⁶ CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France*, aff. N° C-52/00 ; *Commission c/ Grèce*, aff. N° C-154/00, Rec. CJCE 2002, p. I-3879 ; *Gonzalez Sanchez*, aff. N° C-183/00, Rec. CJCE 2002, p. I-3901.

Sur ces arrêts voir S. ROBIN-OLIVIER et J-S. BERGER, *Droit de la consommation, La difficile question de la marge de manœuvre conférée par le droit communautaire aux droits nationaux dans la transposition des directives (retour sur trois arrêts de la CJCE du 25 avril 2002)*, LPA 2003 n°99 à 101 p. 6

²⁷⁷ Directive n°85/374 du Conseil du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE n° L. 210 du 7 août 1985, p. 29

226 Pour autant, dès cette période, il a été constamment reproché à la Commission de laisser subsister des règles nationales différentes au sein des Etats membres en matière de droit des contrats de consommation, « ce qui serait source d'effets négatifs sur les échanges intracommunautaires »²⁷⁸ et pour la « confiance des consommateurs dans le marché intérieur »²⁷⁹. En effet, l'Union européenne est une source importante de la législation française. L'exemple du droit des sociétés en témoigne, cette matière étant désormais harmonisée au niveau européen par un ensemble de directives qui englobe la majorité des questions intéressant la vie de la société²⁸⁰. De plus, le droit européen a érigé certaines règles communes aux différents Etats membres relatives à certaines formes sociétales et précisément au statut de la société européenne²⁸¹.

En matière de droit de la consommation, de nombreuses dispositions relatives à l'information des consommateurs et aux pratiques commerciales sont issues de la directive n°2005/29 du 11 mai 2005, la responsabilité du fait des produits défectueux est quant à elle aussi largement issue du droit communautaire.

Cette européanisation des sources concerne parallèlement l'office du juge dans la mesure où c'est essentiellement sous l'effet de la contrainte des dispositions communautaires, interprétées par la CJUE qu'il a été permis au juge de relever toute contrariété avec le droit de la consommation.

227 L'influence qu'exerce le droit de l'Union européenne est, à certains égards, coercitive en ce qu'elle oblige chaque Etat membre à modifier sa législation. L'intérêt aujourd'hui réside dans les modalités de cette modification car alors qu'une certaine latitude a toujours été laissée aux Etats membres par principe, il apparait aujourd'hui que cette faculté était source de confusion. D'où le débat sur le principe de l'harmonisation totale

²⁷⁸ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 12 février 2003, COM (2003) 68 final, spéc. P. 16 §50, Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs présenté par la Commission européenne le 8 février 2007, COM (2006) 744 final, spéc. p.8

²⁷⁹ Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs présenté par la Commission européenne le 8 février 2007, COM (2006) 744 final, spéc. p. 11. V. sur ce thème, J. ROCHFELD et S. ROBIN-OLIVIER, *Approche critique du vocabulaire juridique européen : la confiance en droit européen, chronique du Cejec*, LPA 2009, n°33

²⁸⁰ Directive n°68/151/CEE relative à la publicité légale ; Dir. N°77/91/CEE relative à la constitution et au capital des sociétés anonymes ; Directives de 1978 et 1982 relatives aux fusions et scissions de sociétés ; Directive de 2007 relative aux contrôles des comptes.

²⁸¹ Statut réglementé par le règlement CE n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001

qui, en imposant un égal niveau de protection et surtout une législation homogène sur l'ensemble du territoire européen, serait le gage d'un rayonnement du commerce transfrontière et a fortiori de l'Union. Pour autant, entreprendre une action d'homogénéisation du droit implique nécessairement une comparaison, voire une confrontation des différents systèmes en place, ce qui est source d'un véritable enjeu pour l'Etat membre qui jouira d'une influence plus importante lorsque les principes de son système juridique sera retenu.

228 L'Union européenne n'oblige pas seulement à modifier la législation des Etats membres. Elle exerce en effet « une influence plus indirecte, mais tout aussi importante, sur les principes de notre droit »²⁸². Cette influence peut être appréciée à travers l'applicabilité du principe de précaution. En effet, celui-ci a été introduit dans le droit communautaire par le traité de Maastricht du 7 février 1992²⁸³ alors que son apparition date des années 70 par le droit allemand²⁸⁴ et il a ensuite été intégré dans le droit français par l'article 1^{er} de la loi Barnier du 2 février 1995²⁸⁵.

Dans le même sens, le principe de sécurité juridique a d'abord été érigé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, pour ensuite être érigé en principe général du droit communautaire par l'ancienne CJCE dans son arrêt Bosch du 6 avril 1962²⁸⁶. La Cour de justice y a vu un principe fondateur qui « induit des exigences de stabilité et de prévisibilité de la norme, la possibilité de moduler dans le temps les effets de ses décisions, et des restrictions en matière de retrait des actes illégaux »²⁸⁷.

²⁸² Op cit supra note P. FOMBEUR

²⁸³ Principe de précaution figure aujourd'hui à l'article 191 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

²⁸⁴ Op cit supra note P. FOMBEUR

²⁸⁵ Loi Barnier sur le renforcement de la protection de l'environnement ; Principe aujourd'hui repris à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement

²⁸⁶ CJCE, 6 avril 1962, arrêt Bosch : Arrêt de la Cour du 6 avril 1962. - Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd contre Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn. - Demande de décision préjudicielle: Gerechtshof 's-Gravenhage - Pays-Bas. - Affaire 13-61.

L'objet du litige tend à ce que la CJCE se prononce « sur la question de savoir si l'interdiction d'exporter imposée par Robert BOSCH GMBH établie à Stuttgart, à ses clients et acceptée par contrat, est nulle en vertu de l'article 85, alinéa 2 du Traité CEE en ce qui concerne l'exportation aux Pays Bas ».

Références consultables sur le site officiel de l'UE : <http://eur-lex.europa.eu/>

²⁸⁷ Op cit supra note P. FOMBEUR

229 Cette prévalence du droit allemand n'est pas sans soulever des craintes, plus ou moins justifiées, sur la potentialité d'un risque pour les concepts du droit national, et notamment concernant la question de leur survie dans ce vaste mouvement de standardisation recherchée et voulue. A cette large question, il faut opter pour la prudence et refuser d'envisager l'Union uniquement en termes de risque. Elle est en effet une opportunité en ce que le droit français exerce également en sens inverse une influence sur le droit européen. Cette influence est en réalité celle du droit latin ou du droit continental. A titre d'exemple l'acte authentique a été consacré par l'ancienne CJCE dans un arrêt Unibank²⁸⁸ alors qu'il est inconnu du droit anglais.

230 Les divergences juridiques existent c'est un fait non contesté, pour autant au-delà des différences de doctrine et de mode de pensée d'appartenance, l'harmonisation est un processus compliqué par la réalité des résistances politiques qui abordent l'aspect économique différemment.

B/ La réalité des enjeux économiques et politiques

231 Le projet de la Commission d'harmoniser le droit de la consommation et plus globalement le droit des contrats est un vaste projet qui a été accueillie avec beaucoup de frilosité. La doctrine a rapidement manifesté les dangers qu'un tel processus engendrerait²⁸⁹ en se servant souvent du principe de protection du consommateur pour freiner l'avancée de la réflexion. Du point de vue juridique, nous l'avons vu, les enjeux sont importants, néanmoins la réalité économique, sociale et politique constitue un élément d'explication majeur dans la progression du processus.

232 En atteste en effet les différentes réponses qui ont été apportées par les praticiens et spécialistes du droit commentant le Livre vert. Le groupe européen de droit international

²⁸⁸ CJCE, 17 juin 1999, n° C-260/97 : l'acte authentique est celui dont l'authenticité est établie par une autorité publique ou une autre autorité habilitée pour ce faire par l'Etat, elle porte sur le contenu, et pas seulement la signature, et doit être exécutoire par lui-même dans l'Etat dans lequel il a été établi.

²⁸⁹ Cf note J. HUET, *Le scandale de l'harmonisation totale*, RDC 1 juillet 2011, n°3 p. 1070 ; Les différentes réponses au livre vert ; note H. CLARET et G. PIGNARRE, *Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ?*, D. 2011, p. 1981

privé (EGPIL)²⁹⁰ évoque l'effet engendré par l'harmonisation horizontale sur le droit des conflits de lois. Pour les membres de ce groupe, qui ont pu prendre connaissance du Livre vert de la Commission sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs²⁹¹, plusieurs points ont été soulevés au terme desquels l'intérêt même du projet d'harmonisation est remis en cause. Le groupe considère par exemple que « la fragmentation du droit de la consommation due au maintien d'une disparité des législations nationales par une harmonisation minimale est gérable au moyen de règles uniformes de conflits de lois »²⁹². Cet éclatement du droit communautaire de la consommation est dû à deux facteurs. D'une part, le degré persistant de disparité des règles matérielles nationales favorisée par l'harmonisation minimale, qui permet aux Etats membres d'adopter des règles plus strictes de protection et d'autre part, la coexistence de directives multiples qui sont parfois contradictoires. Cette réalité n'est pas sans conséquence sur le droit des conflits de lois et alors que la solution de l'harmonisation totale devrait être favorablement accueillie, il n'en est rien, car les membres du groupe européen de droit international privé y voient une source de complication de leur matière. Cette réticence, dont le fondement peut être discuté, constitue en réalité le reflet et la manifestation d'un fort attachement à la matière du droit international privé. En effet, au-delà de l'étude des bienfaits d'une harmonisation totale et horizontale, ce sont les enjeux économiques et politiques qui constituent les sources de motivation dans la progression de ce projet.

233 Consciente de cette réalité la Commission européenne a su maintenir le cap en poursuivant la conduite de son projet dont la légitimité est appréciable sur le fond et sur la forme.

²⁹⁰ European Group for Private International Law (EGPIL)

²⁹¹ Livre vert diffusé le 15 mars 2007 au JO 2007, C 61/1

²⁹² EGPIL, Réponse au livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, 14 mai 2007, www.gedip-egpil.eu

§2 : Le choix de l'harmonisation totale, un choix justifié

234 La réticence contre le processus d'harmonisation totale du droit a été quasi unanime, la majorité des personnes concernées et sollicitées y voyant de fortes limites et même d'importants risques en matière de protection du consommateur²⁹³. Après les nombreux échanges et débats, un consensus a finalement été trouvé²⁹⁴ conciliant parfaitement les intérêts poursuivis par les différents partenaires à savoir le maintien d'un niveau élevé de protection pour les consommateurs d'un côté et une parfaite homogénéisation du droit pour l'ensemble des pays de l'Union de l'autre.

235 La directive cadre de 2011 se réclame d'une nouvelle approche, dépassant ainsi l'approche sectorielle jusqu'alors employée, mais qui a déjà été mise en œuvre pour la directive n°2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur²⁹⁵. Cette première expérience d'harmonisation du droit confirme l'absence d'incohérence avec les objectifs communautaires (I), harmonisation dont on ne pourrait désormais plus vraiment se soustraire (II).

I/ L'absence d'incohérence vis-à-vis de la nature du droit communautaire

236 Le choix en faveur d'un droit européen et homogène de la consommation est un choix cohérent à plusieurs titres. Au-delà de la pertinence de la mesure, l'harmonisation trouve toute sa justification au regard de la politique conduite au niveau européen qui répond à des objectifs partagés par les Etats membres. En effet, l'intervention de l'Union européenne dans le domaine de la consommation est conditionnée « par la reconnaissance dans le droit des Etats membres de l'autonomie de la volonté des parties

²⁹³ Cf réponses au Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs du groupe européen de droit international privé, les commentaires de ECTAA et GEBTA, les réactions de la CCIP, site internet de l'UE

²⁹⁴ Adoption de la directive n°2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JOUE n° L304, 22 nov. 2011, p. 64

²⁹⁵ Directive N°2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, Exposé des motifs N°27 et 28

à un contrat »²⁹⁶. Au-delà de ce principe de liberté, rappelons que le rôle assigné à l'Etat dans le jeu de la politique de la concurrence, a toujours été une question centrale et d'ordre général. Martijn HESSELINK a produit une analyse très intéressante sur le sujet, au terme de laquelle il observe « que selon une théorie influente développée par l'analyse économique du droit, la raison de la protection juridique des consommateurs réside dans l'existence de déficiences du marché »²⁹⁷. En effet, le marché ne pouvant fonctionner parfaitement par lui-même l'intervention étatique a été justifiée afin de garantir un marché concurrentiel²⁹⁸, gage de protection pour le consommateur. Par ailleurs, certaines déficiences du marché résultant par exemple simplement d'un manque d'information ont pu être résolues par la définition d'obligations précontractuelles à la charge du professionnel. Une déficience supplémentaire a néanmoins pu être identifiée, elle concerne la « rationalité limitée du consommateur »²⁹⁹, qui reproche à celui-ci de ne pas toujours prendre les décisions qui sont dans son intérêt malgré une bonne information. A ce titre, l'intervention des pouvoirs publics a pu être pleinement justifiée.

237 Conscient de cette réalité, l'Union européenne a alors entrepris de réformer la législation en la matière au niveau le plus haut afin d'offrir une protection similaire, adéquate et la plus juste possible. Son but est louable et son intervention totalement justifiée. En effet, la Commission a toujours déploré que les Etats membres tardent souvent à transposer les directives. Même si « au 31 décembre 2000, 96.6% des mesures nationales d'exécution nécessaires à la mise en œuvre des directives étaient communiquées par les Etats membres »³⁰⁰, la Commission a érigé comme une priorité le fait de « mieux faire appliquer la législation et assurer un meilleur suivi »³⁰¹. Très vite, les initiatives prises

²⁹⁶ J. STUYCK, *Politique européenne de la consommation*, Jurisclasseur Europe Traité, Fasc. 2000, 2 janvier 2013

²⁹⁷ M. HESSELINK, SMEs in European Contract Law, in *The Future of European Contract Law*, Essays in honour of E. HONDIUS : Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 359 *in cf supra* note J. STUYCK

²⁹⁸ Objectif atteint à travers les interdictions identifiées dans le droit de la concurrence à savoir prohibition des ententes, des concentrations

²⁹⁹ Analyse du « Behavioural law & economics » *in cf supra* note J. STUYCK

³⁰⁰ Cf 18^e rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire : COM (2001) 309 final, 16 juillet 2001.

³⁰¹ M. LUBY, *Droit communautaire de la consommation*, JCP Cce-Conso, Fasc. 790, 15 septembre 2002.

en faveur du respect de dispositions non contraignantes ou d'accords d'autorégulation, se sont révélées insuffisantes. Pour y remédier, l'Union européenne a alors entrepris d'être plus coercitive dans son action, et y est parvenu par le biais de l'harmonisation maximale.

238 Cet objectif, a d'ailleurs pu être atteint dans la mesure où il ne remettait pas en cause les principes irriguant le droit communautaire, caractérisé par son autonomie et sa subsidiarité. Il a ainsi vocation à définir des politiques communes que chaque Etat membre devra réceptionner et traduire dans son corpus juridique. L'action de l'Union est entre autres dictée par le traité d'Amsterdam qui réaffirme la sujétion de la politique de consommation au droit du marché unique³⁰², alors même que cet assujettissement freinait parfois l'adoption de mesures protectrices, voire créait « un lien artificiel pour justifier les textes adoptés »³⁰³. Parallèlement, le principe de subsidiarité invite la Communauté à n'intervenir que lorsque l'action envisagée ne peut pas être réalisée de manière suffisante par les Etats membres³⁰⁴. Par ce biais, les autorités communautaires promeuvent la coopération entre les politiques des Etats membres, l'objectif étant finalement de parvenir à appuyer et compléter l'action des Etats en établissant des programmes-cadres. Pour l'Union européenne, il s'agit en d'autre termes de confirmer et conforter les dispositions nationales et d'aider à leur mise en œuvre.

239 La volonté politique qui accompagne les traités de Maastricht et d'Amsterdam dévoile en réalité et officialise un nouveau concept à savoir « les intérêts propres des consommateurs »³⁰⁵. En effet, un comité des consommateurs, créé par une décision de la Commission le 13 juin 1995³⁰⁶ ainsi que plusieurs autres entités³⁰⁷, participent désormais à la phase de réflexion voire d'élaboration des mesures. Néanmoins, il est important de souligner que la Commission « ne saurait se dispenser, au nom de la

³⁰² Art. 95 traité CE

³⁰³ S. CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam, un droit émancipé ?*, RED Conso. 1998, p. 265

³⁰⁴ Article 3B du Traité de Maastricht, devenu article 5 du traité d'Amsterdam

³⁰⁵ Cf supra note M. LUBY, n°30, p. 50

³⁰⁶ JOCE n° L162, 13 juillet 1995, p. 37

³⁰⁷ Par exemple le Bureau européen des unions des consommateurs, BEUC

subsidiarité, de prendre les initiatives utiles pour renforcer la protection des consommateurs »³⁰⁸. Tenant compte de ce principe, la légitimité de l'action de l'Union, dans sa volonté d'harmoniser le droit à l'échelon européen, est pleinement reconnue. D'autant plus, qu'elle s'inscrit dans une démarche globale de révision et de simplification du droit, salvatrice pour le marché intérieur.

II/ La légitimation de la démarche au regard du contexte global

240 Le développement du droit de la consommation reflète à certains égards le rôle essentiel joué par la pratique judiciaire. Dans la seconde moitié du XX^e siècle, un des phénomènes majeurs a été le développement d'un mouvement de protection du consommateur qui a abouti à la création d'un Code de la Consommation par une loi du 26 juillet 1993³⁰⁹. Le développement de ce droit est né du constat de l'impuissance du droit civil à assurer, à lui seul, une protection efficace du consommateur. Dans un contexte de développement des contrats de masse, il était nécessaire de prévoir et d'offrir une protection collective et préventive en sus d'une protection individuelle et curative (déjà effective grâce aux jeux des articles 1101 et suivants du Code Civil). L'émergence de ce Code témoigne alors de la prise en compte de ce besoin accru de protection. Dans la réalité économique et sociale, le consommateur n'est autre qu'un profane, en d'autres termes un ignorant dépourvu de toute compétence technique par opposition au professionnel qui dispose d'un certain savoir. Le consommateur a ainsi fait l'objet d'une définition jurisprudentielle, aux termes de laquelle celui-ci est assimilé à « toute personne qui contracte dans un domaine sans rapport direct avec son activité »³¹⁰.

241 Dans cet esprit, et eu égard aux nouveaux comportements consuméristes résultant notamment du contexte socio-économique³¹¹, l'intervention de l'Union européenne était

³⁰⁸ P. FAUCHON, *Pour une relance de la politique européenne*, RAE 1994/3, p. 10

³⁰⁹ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative)

³¹⁰ Civ, 1^o, 24 janvier 1995, Dalloz 1995.

³¹¹ Développement du commerce électronique et précisement des achats transfrontaliers, économie de masse avec multiplication des achats...

indispensable. En effet, au terme de l'Acte unique européen comme au regard des programmes d'action communautaire, l'achèvement du marché intérieur demeure un objectif prioritaire. A propos de l'Acte unique, « le Parlement européen n'accorde expressément dans la démarche de réalisation du marché intérieur, aucune place déterminante, aucune reconnaissance typique, à la défense du consommateur »³¹². Par cette disposition, les rédacteurs de l'Acte ont explicitement refusé de mentionner une politique précise de protection des consommateurs afin de réserver celle-ci à l'expression du rapprochement des ambitions économiques de l'Union. Il en résulte un certain immobilisme, qui n'est en réalité qu'apparent car l'introduction de l'article 95 dans le Traité CE³¹³ permet de manière explicite l'intervention de la Communauté en matière de consommation : « la Commission dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs prend pour base un niveau de protection élevé ».

242 Le droit de la consommation prend alors une nouvelle dimension, dans la mesure où il ne résulte plus seulement de l'interprétation évolutive des articles du Traité qui font référence au consommateur, il devient l'objet légitime et reconnu d'intégration dans la l'Union. A ce titre, les programmes d'action communautaire en faveur des consommateurs se sont multipliés et ont ainsi participé à une dynamique de renouveau. En effet, ces programmes proposent une promotion effective des intérêts des consommateurs à travers l'affirmation d'une politique spécifique de la consommation tenant compte des libertés de circulation, de concurrence et du rapprochement des politiques économiques.

243 C'est finalement la persistance d'imperfections liées aux applications différentes des textes, « la fragilité congénitale, à raison de la précarité de la base juridique susceptible de fonder une compétence communautaire en matière de protection des consommateurs »³¹⁴ qui a finalement impulsé et justifié le large projet

³¹² Cf supra note M. LUBY, n°21, p. 7

³¹³ Article 95 du Traité CE, ancien article 100 A : « 3. La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif »

³¹⁴ D. SIMON, op cit, p. 383

d'homogénéisation du droit. La transparence et la similarité constituent les facteurs clés de la réussite d'une politique communautaire protectionniste des intérêts des consommateurs et de l'accroissement des échanges.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

244 Le regroupement de huit directives, un projet initial ambitieux. Prenant la juste mesure de la mutation de l'environnement économique et social, la Commission européenne a entrepris d'engager une réforme globale du droit consumériste. Celle-ci a pris la forme participative, invitant ainsi les différents Etats à donner leur opinion et le cas échéant à faire des propositions, via l'ouverture d'un Livre vert. Le regroupement de huit textes s'étant révélé être une entreprise de trop grande envergure, une proposition a été formulée, celle-ci visant à regrouper et harmoniser quatre textes majeurs du droit de la consommation.

245 La proposition de directive du 8 octobre 2008, une avancée prometteuse. La proposition d'octobre 2008 constitue un espoir prometteur dans la mesure où elle formalise le regroupement de quatre textes majeurs du droit consumériste tout en imposant un degré d'harmonisation totale. Ce caractère contraignant de la norme communautaire constitue le gage d'une homogénéisation parfaite des règles applicables bien que le consensus a été d'autant moins aisé à trouver du fait des divergences de point de vue.

246 La directive-cadre du 25 octobre 2011, une réponse réaliste. La directive de 2011 relative aux droits des consommateurs constitue une avancée majeure dans le vaste processus d'harmonisation du droit qui a été engagé. En effet, elle est la traduction concrète de longues et plus ou moins vives discussions et réflexions engagées au niveau communautaire portant sur la formalisation d'un corpus commun unique. Son caractère concret et réalisable lui vaut d'être la première étape d'un long processus. En effet, bien que le champ d'application initial fût plus large, l'adoption de cette directive-cadre marque une avancée importante dans la mesure où elle constitue un instrument horizontal et d'harmonisation totale. Le caractère contraignant est ainsi le gage d'une transposition parfaitement similaire entre les Etats membres et parallèlement le niveau de protection du consommateur s'en trouve préservé.

**CHAPITRE 2 : La consolidation du projet d'européanisation du droit de la
consommation à travers la création d'un Code européen de la
consommation**

Chapitre 2 : La consolidation du projet d'européanisation du droit de la consommation à travers la création d'un Code européen de la consommation

247 Le droit européen est au même titre que n'importe quel droit attaché à un territoire, lié à une histoire et à ses réalisations. Aujourd'hui, il semble difficile de faire l'économie d'une réflexion tenant compte de cette construction européenne à moins que celle-ci demeure pure illusion. L'exercice est pourtant difficile dans la mesure où il suppose la rencontre d'univers juridiques différents, et surtout qui ont été conçus indépendamment les uns des autres, mais il est aussi nécessaire. En effet, le devenir du droit des contrats en Europe s'analyse selon une double grille, corrélant ainsi les considérations issues du droit européen et du droit des contrats de chaque Etat³¹⁵.

248 Le droit européen a pourtant ses particularités. Il s'agit « d'un droit spécialisé, fondamentalement incomplet, protéiforme qui, en soixante ans d'existence, a donné naissance à différentes « Europe » juridiques »³¹⁶. Le droit des contrats se trouve ainsi confronté à l'émergence progressive d'institutions proprement européennes, à une définition européenne des droits de l'Homme et des libertés économiques et à une politique européenne de rapprochement des droits nationaux. Sur ce dernier point, il convenait d'apprécier la compatibilité des théories et doctrines nationales avec les principes de droit européen. Il en résulte que la théorie juridique des contrats tel qu'appliquée en droit des contrats français est parfaitement assimilable et adaptable aux exigences européennes (Section 1). Par ailleurs, la construction d'un droit européen commun de la consommation semble être un projet opportun (Section 2).

³¹⁵ Voir sur ce thème J-S BERGE, *La corrélation « droit européen » et « droit des contrats » (A propos de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs)*, RDC, 1 avril 2009, n°2, p. 697

Et pour une expérience de ce type menée dans différents domaines du droit, cf le cycle de débats organisé par le CEJEC de Nanterre depuis 2007 sur « *l'approche critique du vocabulaire juridique européen* », chronique de droit européen et comparé publiée régulièrement aux petites affiches

³¹⁶ Pour une présentation d'ensemble, voir JS BERGE et S. ROBIN OLIVIER, *Introduction au droit européen*, PUF, coll. « Thémis », 2008 in JS BERGE, *La corrélation « droit européen » et « droit des contrats » (A propos de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs)*, RDC, 1 avril 2009, n°2, p. 697

Section 1 : La compatibilité de la théorie juridique du contrat dans le mouvement d'eupéanisation du droit des contrats

249 Les nombreuses évolutions du droit des contrats depuis le début du XX^e siècle contrastent avec la stabilité des textes. Cette absence de réforme est aujourd'hui source de difficultés car des modifications apparaissent nécessaires pour adapter le droit des contrats aux exigences contemporaines. Parmi ces évolutions, la plus importante semble être le développement des échanges au niveau européen à tel point que plusieurs projets de réforme ont envisagé et tenté de construire un droit des contrats européen. Les difficultés d'application sont fondamentalement liées à la pérennisation des théories juridiques internes. En témoigne par exemple au niveau national, la théorie juridique des contrats.

Bien que le projet de réforme envisagé tende à maximiser l'efficacité de notre théorie juridique (§1), on peut néanmoins observer que le maintien en l'état de la théorie actuelle ne remet pas fondamentalement en cause l'attractivité économique de notre droit français des contrats (§2).

§1 : L'amélioration de la théorie juridique du contrat par les principes de droit européen

250 Une analyse préalable des principes européens semble indispensable (I) pour apprécier la portée et l'impact sur la théorie générale du contrat (II).

I/ Les principes pour un droit européen des contrats ou le projet de la Chancellerie

251 Une présentation du processus d'élaboration de ce cadre commun de référence en matière contractuelle est nécessaire (A), pour apprécier la portée du projet mené par la Chancellerie (B).

A/ Le processus d'eupéanisation du droit des contrats

252 Les progrès techniques ont eu un impact majeur sur le développement des nouvelles formes de consommation ce qui a inéluctablement favorisé le développement des échanges transfrontaliers. Alors qu'à l'origine, ce mouvement d'eupéanisation n'était envisagé que du seul point de vue économique, l'idée d'un droit commun a progressivement émergé. Celui-ci viendrait en renforcement du processus amorcé et permettrait d'asseoir de manière incontestée l'assise de l'Union Européenne. Les auteurs, conscients de cette réalité, ont ainsi manifesté une volonté d'élaborer des principes généraux communs (parmi eux Gondolfi³¹⁷, Lando³¹⁸, Von Bar³¹⁹). L'idée était donc de regrouper les acquis communautaires afin de créer un cadre commun de référence, lequel constituant à terme un pilier incontournable.

La création de ce cadre commun de référence a été confiée à Von Bar, et même si son importance n'est plus à démontrer, ces règles demeurent constitutives d'un droit prospectif international. En effet, ces principes n'ont aucune valeur normative, ils ne représentent que des principes directeurs auxquels les agents économiques ont la faculté de se référer.

B/ Le projet de la Chancellerie

253 La volonté d'assimilation de ces principes européens a impulsé plusieurs projets de réforme du droit des contrats, au niveau interne. En effet, l'idée selon laquelle le droit français est ancien, et notamment le droit des obligations, est une réalité incontestée, c'est pourquoi la recherche d'une meilleure compétitivité a animé la doctrine. C'est

³¹⁷ Guiseppe GANDOLFI, coordonnateur de l'Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, *Avant-projet, Livre premier*, in Xavier BLANC-JOUVAN, *Revue internationale de droit comparé*, Année 2004, Volume 56, Numéro 2, p. 505-507

³¹⁸ Professeur Olé LANDO, coordonnateur de la Commission pour le droit européen des contrats, instituée dès 1980, qui a défini des *Principes du droit européen des contrats*

³¹⁹ Professeur VON BAR, coordonnateur du programme visant l'établissement d'un cadre commun de référence *in Vers un Code civil européen. From principles to codification : Prospect for European private Law*, Conférence du 12 avril 2002, Cour de Cassation

ainsi qu'a émergé un projet universitaire, mené par le professeur Pierre CATALA³²⁰, visant à réformer le droit des obligations, de la prescription et de la possession. Ce projet universitaire a reçu une consécration du gouvernement, il est donc devenu l'avant-projet de réforme du droit des obligations, en 2006.

254 Cependant, deux ans plus tard, en juillet 2008, un nouveau projet voit le jour, celui-ci émane du gouvernement. Globalement, ce nouveau projet, pour le moins occulte, apparaît en rupture avec celui de CATALA. En effet, le champ d'application est moindre par rapport à celui mené par les universitaires dans la mesure où il ne concerne que la réforme du droit des contrats d'une part. D'autre part, l'esprit même des deux travaux est différent, l'un se veut conservateur mais avec des tendances très innovantes, l'autre se veut beaucoup plus novateur, en s'inscrivant même dans une certaine rupture, mais en réalité ne comprenant que des innovations illusoires. On retiendra pour seul exemple le cas de l'imprévision. Celle-ci est reconnue par le projet de la Chancellerie (grande innovation qui va à l'encontre d'une jurisprudence établie par la Cour de Cassation depuis le 6 mars 1876, avec l'arrêt Canal de Craponne³²¹), mais en réalité ses conditions de mises en œuvre s'apparentent au cas de force majeure. Or, l'état actuel de notre droit accepte le cas de force majeure comme motif d'extinction du contrat, ce qui revient à conclure que l'imprévision n'est pas vraiment reconnue.

Une dernière distinction tient à la forme de ces deux projets, le projet CATALA a une qualité d'écriture remarquable alors que le projet ministériel est un projet administratif. Ce dernier, après un rapport de présentation initial, se présente comme une suite de 194 articles qui ne portent que sur le droit des contrats. L'ensemble du projet revendique une inspiration plurielle laquelle est louable car le droit français ne doit pas rester replié sur lui-même et doit savoir s'ouvrir aux influences étrangères et en particulier européennes.

³²⁰ Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) - Rapport présenté à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice le 22 Septembre 2005

³²¹ Dalloz 1876, n°193 commentaire François TERRE, professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et Yves LEQUETTE, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II) ; Arrêt de la chambre civile de la Cour de Cassation du 6 mars 1876, *Commune de Pelissanne contre Marquis de Galliffet*, Affaire dite du Canal de Craponne

255 Le but ultime est donc de parvenir à un consensus qui permettrait d'aboutir à une réforme cohérente tout en ne reniant pas la spécificité nationale de chaque Etat.

La démarche innovante de ce projet de réforme, qui se traduit par l'introduction de nombreux mécanismes, est opportunément guidée par plusieurs axes. En effet, on remarque en premier lieu une recherche accrue de lisibilité pour un droit plus attractif pour les opérateurs économiques nationaux, européens et internationaux. D'autre part, est notée une volonté de pragmatisme, qui est essentielle dans un contexte de globalisation des échanges. Enfin, le projet respecte des impératifs moraux et sociaux qui garantissent la sécurité et la liberté contractuelle. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'étude du contenu des règles européennes, élaborées par la Chancellerie, révèle l'existence de principes directeurs lesquels sont facilement assimilables par notre théorie générale du contrat. Celle-ci s'en trouve ainsi relativement améliorée.

III/ La réforme de la théorie générale du contrat à travers l'eupéanisation du droit des contrats

256 L'étude du devenir de la théorie générale face au mouvement d'eupéanisation du droit des contrats ne semble pas remettre fondamentalement en cause celle-ci (A), d'autant plus que la généralité des principes semble facilement incorporable au droit interne (B).

A/ La réaffirmation du principe de liberté contractuelle ou le maintien du fondement de la doctrine de l'autonomie de la volonté

257 Les principes du droit européen des contrats ont été élaborés dans le respect d'une certaine conservation et sauvegarde de l'identité nationale des Etats membres de l'Union européenne. Construire ce fond de valeurs communes n'a pas été une entreprise aisée et pour y parvenir les différents auteurs se sont bornés à tenter de rapprocher et de concilier le droit civiliste et le droit de la *Common Law*. Au regard de la substance de ces principes de droit européen, la liberté, la loyauté et la sécurité semblent constituer un socle incontournable. Ces principes directeurs ont pu être ainsi exploités par les réformateurs du droit interne qui n'ont d'ailleurs pas hésité à réaffirmer de manière

absolue le principe de liberté contractuelle. En effet, ce dernier constitue le pivot de la théorie générale, son maintien s'est ainsi révélé indispensable.

258 C'est l'article 16 du projet de réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie³²² qui consacre le principe directeur de la liberté contractuelle. Bien que limités en apparence, les apports de ce texte sont en réalité remarquables. « La version proposée autorise à croire en un renouvellement profond de la représentation traditionnelle des rapports de la liberté contractuelle et des règles de droit. Ce contexte prometteur rend d'autant plus regrettables certaines insuffisances du texte et conduit à suggérer quelques améliorations »³²³. Cet article énonce dans son premier alinéa que cette liberté « emporte celle de choisir son cocontractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat », mais ce principe n'étant pas sans limites, l'alinéa 2 dudit texte ajoute que « toutefois, il ne peut être dérogé par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

A première vue, il n'y a là rien de bien nouveau dans la mesure où il est désormais traditionnellement admis que la liberté contractuelle constitue un pilier essentiel de notre théorie générale du contrat de par le simple fait qu'elle est considérée comme « le corollaire de la liberté individuelle »³²⁴. Dès lors, on peut considérer que la liberté contractuelle, qui constitue un principe directeur de notre droit positif, du moins si on entend par là une directive de portée générale, a une valeur semblable au niveau européen. Il en résulte ainsi que l'adoption éventuelle d'un Code de droit des contrats européen n'aura a priori aucune incidence sur le principe essentiel qui fonde notre théorie. Pourtant, il est important de noter que la théorie juridique du contrat s'en trouvera enrichie car désormais, un seul article comprendra ce principe de liberté contractuelle et les limites qui l'assortissent. En effet, on remarque aisément que l'alinéa 2 de l'article 16 du projet ressemble fortement à l'actuel article 6 du Code Civil, qui prohibe la dérogation par la voie conventionnelle à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

³²² Projet de réforme du droit des contrats, Mai 2009, Ministère de la justice

³²³ Cécile Pérès, *La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie*, Dalloz actualité, 18 septembre 2015

³²⁴ Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, N°137, p. 269

259 Au regard de ces constatations, on en déduit donc que l'adoption d'un droit des contrats européen ne va pas nécessairement entraîner la remise en cause fondamentale de la théorie générale du contrat. En reconnaissant une portée fondamentale de l'ordre public et des bonnes mœurs, on contribue en réalité à préserver la construction de ces derniers lesquels étant étroitement liés à l'évolution des faits économiques et sociaux. Dès lors, la théorie pourra continuer à s'adapter progressivement à l'environnement économique et social européen et cela tout en tenant compte de ses propres évolutions internes. D'ailleurs, l'assimilation des autres principes directeurs ne semble pas davantage bouleverser la théorie générale du contrat.

B/ Des principes généraux, facilement assimilables par la théorie générale du contrat

260 La loyauté contractuelle (1) ainsi que le principe de la sécurité (2), fondements constitutifs de notre droit, tendent à s'adapter naturellement au phénomène d'europanisation.

1. La loyauté contractuelle

261 L'impératif de loyauté constitue le deuxième pilier de l'ordre contractuel façonné par les principes européens. La référence à un tel principe renvoie principalement au devoir de bonne foi. Telle qu'envisagée par les principes pour un droit européen des contrats, la bonne foi constitue une valeur contractuelle « fondamentale et fondatrice »³²⁵. Celle-ci joue un rôle fondateur car elle constitue un frein à la liberté contractuelle, qui ne peut se déployer qu'en la respectant, mais également une force d'appoint puisqu'elle peut conduire à compléter le contenu du contrat. La vision européenne du principe de bonne foi s'inscrit dans une parfaite continuité avec notre vision interne. En effet, la jurisprudence de la Cour de Cassation s'applique à faire respecter la loyauté contractuelle et cela tout au long de la relation c'est-à-dire de la phase de négociation précontractuelle jusqu'à l'exécution en passant par la conclusion du contrat. Ainsi, il

³²⁵ D. Mazeaud, *Un droit européen en quête d'identité*, D. 2007, p. 2959

ressort que la consécration d'un tel principe ne va pas provoquer un bouleversement trop important.

Un dernier impératif fondamental irrigue l'esprit des principes européens, il s'agit du principe de sécurité juridique.

2. Le principe de sécurité juridique

262 Par la consécration d'un tel principe, la volonté de maintenir et garantir la pérennité de l'ordre économique et social est mise en exergue. En effet, les règles du droit européen mettent l'accent sur l'exigence de cohérence qui se caractérise par la nécessité de protéger les « attentes raisonnables »³²⁶ des contractants. Cette exigence, renforcée par le respect du principe de loyauté, va venir donner toute sa force à la liberté contractuelle. Ce simple principe peut avoir des conséquences importantes dans la mesure où il englobe toutes les situations réelles que le droit n'a pas prises en compte. En effet, en recherchant les attentes raisonnables des parties, on tend à sauvegarder le contrat, donc on reconnaît implicitement la théorie de l'apparence qui vise à absorber juridiquement des situations réelles. On en déduit donc finalement que même au niveau européen, l'ordre économique et social est un paramètre essentiel et incontournable auquel il convient de s'adapter continuellement afin de rester compétitif.

Au vu de ces quelques éléments de droit européen, on peut d'ores et déjà conclure que la théorie générale du contrat ne semble pas bouleversée dans ses fondements, même si son amélioration n'est pas à réfuter, elle fait preuve d'une réelle adaptabilité qui préserve son attractivité.

§2 : Le maintien de l'attractivité économique du droit français des contrats

263 Même si le droit français des contrats a subi des évolutions importantes depuis le Code Civil de 1804, celles-ci sont restées jusqu'à une époque récente, sous le contrôle du juge et du législateur. Or l'avènement du marché unique a suscité l'idée d'une nécessaire

³²⁶ Cf supra note D. MAZEAUD

unification des règles du droit des contrats au niveau européen, en considération d'un postulat selon lequel un marché unique impliquerait nécessairement un « instrument contractuel unique »³²⁷. La naissance de projets de codification européenne a, quoi qu'il en soit, fait prendre conscience à la doctrine française de la nécessité d'une réforme du Code Civil dans sa partie consacrée au droit des obligations. Ce Code est en effet vieillissant et, pour qu'il demeure un modèle attractif, sa réforme apparaît sur ce point nécessaire.

Mesurer l'attractivité économique d'un droit est une entreprise délicate (I), pourtant celle-ci s'avère essentielle car elle constitue le reflet de l'ordre socio-économique (II).

I/ L'appréciation de l'attractivité économique du droit français des contrats

264 La possibilité de mesurer l'attractivité économique d'un droit est souvent contestée notamment parce qu'il n'existe pas de méthode scientifiquement fiable. Pour autant, empiriquement, il est aisé de constater que certains droits sont plus prisés que d'autres par les auteurs de la vie économique, et principalement les entreprises. L'opinion de ces opérateurs peut apparaître discutable notamment sous un angle théorique. Pourtant, il n'en demeure pas moins qu'elle existe et qu'en conséquence il importe de saisir ce qui, dans un système juridique, peut susciter « inclinaison ou prévention »³²⁸. Il s'agit donc de tenter de faire le lien entre l'opinion, c'est-à-dire la réalité économique et sociale, et le fait juridique.

Dans cette perspective s'interroger sur l'attractivité économique du droit français des contrats suppose d'abord de connaître les réactions qu'il peut susciter auprès des acteurs économiques. Le terrain propice à une telle analyse est celui des contrats internationaux. En effet, dans ces contrats les parties choisissent librement la loi applicable à leurs relations. Ainsi, plus un droit revient dans le choix des parties, plus il est permis de penser qu'il est attractif. Dans les faits, il ne semble pas que *l'electio juris* se fasse souvent au bénéfice du droit français, mais cela n'est pas suffisant pour conclure à l'absence d'attractivité de celui-ci. En effet, même si notre théorie générale du contrat

³²⁷ B. FAGES, *Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des principes de la Commission Lando*, D. 2003, p. 2386

³²⁸ X. LAGARDE, *Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats*, D. 2005, p. 2745

peut manquer d'atouts, elle n'en demeure pas moins fidèle à la réalité économique et sociale, c'est d'ailleurs ce qui lui donne toute sa force.

II/ Le système juridique français à l'image de l'homogénéité socio-économique

265 Après ces quelques interrogations sur le maintien et le devenir de la théorie générale du contrat face au mouvement d'eupéanisation de ce droit, il convient de relever son efficacité d'adaptation aux évolutions économiques et sociales. En effet, représentation fidèle du système économique et social en vigueur, elle a également prouvé qu'elle pouvait faire face à des évolutions plus importantes et notamment au mouvement d'eupéanisation qui ne cesse de prendre de l'ampleur. Dès lors, on peut provisoirement conclure qu'une refonte de la théorie n'est pas a priori indispensable ni nécessaire, même si elle peut se révéler être opportune. En effet, réaffirmer avec rigueur des principes largement utilisés permet de restructurer notre théorie générale, ce qui in fine répondrait à un souci de clarté. Un risque ne doit pourtant pas être occulté ici, il s'agit de la survenance d'une trop grande rigidité de notre droit qui ne permettrait plus d'absorber de nouveaux changements.

266 Une pertinente déclaration de DEMOGUE pourrait résumer cette réalité : « le contrat qui est une chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale »³²⁹. Cette affirmation a le mérite de simplifier tout le raisonnement entrepris selon lequel, une règle juridique, et notamment la théorie juridique du contrat, ne peut valablement exister et être justifiée en dehors de son contexte économique et social. Bien que faisant l'objet de controverses doctrinales tendant à remettre en cause ses fondements, la théorie générale du contrat a largement prouvé sa capacité d'adaptation aux situations nouvelles, et cela tout en restant fidèle à ses principes originaires.

D'ailleurs, l'absorption de ces influences est essentielle à la survie de la théorie qui se doit sans cesse de s'y adapter conformément. Tout cela, bien évidemment, dans le respect de la cohérence du droit, c'est-à-dire dans le respect de la conservation de la

³²⁹ R. DEMOGUE, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale* - 1ère édition, Édité par Christophe JAMIN, in Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Presses Universitaires de France, 2004.

pérennité de l'ordre juridico-socio-économique, ordre qui s'appréhende désormais à un échelon supérieur et auquel il faut pouvoir faire face.

Section 2 : La concordance d'un Code européen de la consommation avec le mouvement d'europanisation du droit des contrats

267 L'année 2007 a été marquée au niveau doctrinal par de nombreux articles relatifs à la progression des travaux dans la perspective d'un droit européen des contrats³³⁰. L'analyse des différentes contributions confirme l'existence de certaines césures déjà révélées et qui opposent schématiquement une attitude hostile à une démarche de codification d'un droit européen des contrats et un soutien apporté à une telle entreprise. Parmi les auteurs favorables à la création d'un corpus organisé de droit européen des contrats, une autre ligne de partage apparaît également, certains manifestant alors un vif intérêt mais seulement pour un Code européen de la consommation.

268 Sur le principe même d'un Code, bien en amont des recommandations et des souhaits de la Commission et du Parlement européen, il est démontré que « la discipline du droit comparé, ou comparatisme juridique »³³¹ invite au travail de rapprochement des législations nationales. Par ailleurs, il est démontré que la science juridique européenne est familière de la notion de « ius commune romano-canonique »³³² et que donc le droit romain constitue un fondement essentiel de la culture juridique européenne. Ce rapprochement des règles nationales au sein de l'Union européenne se réalise sous forme d'une harmonisation par les directives, harmonisation qui est ici entendue au sens strict, elle constitue d'ailleurs un phénomène juridique habituel dans des sociétés où l'évolution est semblable. En outre, il semblerait que « le destin commun que les

³³⁰ Cf notamment D. BLANC et J. DEROULEZ, *La longue marche vers un droit européen des contrats*, D. 2007, chr. p. 1615 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales*, D. 2007, chr. p. 96 ; D. MAZEAUD, *Un droit européen en quête d'identité. Les principes du droit européen du contrat*, D. 2007, chr. p. 2959

³³¹ R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'europanisation du droit privé*, RTD Civ. 2007, p. 451

³³² Cf supra note R. ZIMMERMANN

citoyens européens se sont donné après la Seconde Guerre mondiale au travers des institutions européennes conduisant inéluctablement au rapprochement des droits nationaux »³³³.

269 Chaque Etat membre a alors adopté les mesures édictées par les pouvoirs européens mais toujours de manière disparate. Aujourd'hui, l'évolution du contexte socio-économique a incontestablement mis l'accent sur la nécessité de donner une certaine cohérence d'ensemble à toutes ces règles, voire à améliorer cet acquis grâce à la production d'un corpus juridique unique. Alors que le droit des contrats fournit parfaitement les éléments pour se livrer à un tel exercice, l'entreprise s'est rapidement révélée trop ambitieuse ou du moins prématurée (§1), c'est pourquoi le projet de construction d'un corpus unique communautaire en matière consumériste a retenu davantage d'attention (§2).

§1 : L'élaboration d'un Code civil européen, un projet prématuré

270 A l'occasion du colloque « Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne ? » organisée par la présidence française de l'Union européenne les 23 et 24 octobre 2008, la ministre de la justice, Rachida DATI, a affirmé qu'il fallait « faciliter la conclusion de contrats en Europe pour accompagner la construction du marché intérieur, tout en rapprochant les droits des contrats nationaux »³³⁴.

271 Rappelant à cette occasion que l'élaboration d'un droit européen des contrats était « l'un des projets les plus emblématiques et les plus controversés »³³⁵, la ministre de la justice a pour autant défini trois orientations. En premier lieu, l'importance a été donnée à la recherche d'un équilibre entre la garantie d'une sécurité juridique et la réalité d'une souplesse d'utilisation d'un cadre juridique qui ne soit pas un frein à la conclusion de contrats, notamment en veillant à ce que les droits des contractants soient correctement protégés. En second lieu, la priorité est donnée à l'élaboration d'outils tels que des

³³³ L. GRYNBAUM, *Un Code, mais lequel ?*, RDC, 1 avril 2008, n°2, p. 579

³³⁴ Min. Justice, 23 oct. 2008, discours

³³⁵ Op cit Discours du 23 oct. 2008 in JCP G, n°45-46, 5 novembre 2008, act. 644

modèles de contrats ou des clauses types ainsi que des principes communs qui permettront de rapprocher les systèmes juridiques. Enfin, il convient de faciliter l'accès à l'information juridique en s'appuyant sur l'expertise des praticiens et des professionnels. En effet, il apparaît important d'intégrer dans la réflexion les avocats, notaires et huissiers, à même d'apporter en amont une vision pragmatique du terrain, forte d'une analyse confirmée et essentielle à la promotion et viabilité du projet.

272 Deux nouveaux programmes du Conseil européen pour la prochaine décennie confirment la volonté déterminée de l'Union d'aboutir à une harmonisation du droit des contrats en Europe. Il s'agit du programme de Stockholm³³⁶, et du programme « Europe 2020 »³³⁷. Pour y parvenir, les instances européennes devront dépasser ce qui demeure aujourd'hui comme une contradiction, fruit de l'histoire, et une difficile conciliation entre deux objectifs qui écartèlent le droit européen des obligations à savoir la protection des consommateurs d'une part et le développement du marché intérieur d'autre part. En effet, si le premier implique un niveau de protection élevé³³⁸, le second assujetti le premier tout en encourageant la méthode de l'harmonisation totale qui elle conduit à un affaiblissement de la protection des consommateurs pour certains Etats membres. Ce sont ces tiraillements qui ont freiné l'élaboration d'un droit commun européen des contrats (I) sans pour autant y mettre un terme, le projet n'ayant pas été abandonné (II).

I/ L'élaboration d'un droit européen des contrats, un projet en lente progression

273 Partant du constat que les divergences en matière contractuelle découragent les entreprises à développer leur activité transfrontalière, les travaux dans ce domaine se

³³⁶ Programme de Stockholm pour 2010-2014, Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, 2 déc. 2009, JOUE 2010 C 115, p. 1

³³⁷ Communication de la Commission Europe 2020, Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM (2010) 2020, du 3 mars 2010

³³⁸ Cf art. 169 TFUE (ex-article 153 TCE) : « 1. Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts »

Et art. 38 de la Charte des droits fondamentaux : « Protection des consommateurs - Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union »

poursuivent et recherchent un but commun à savoir la création d'un droit des contrats unique et homogène au niveau européen. En parallèle du livre vert de la Commission du 1 juillet 2010³³⁹, d'autres études étaient en réflexion. En effet, un groupe d'expert travaille depuis avril 2010 sur un projet de cadre commun de référence³⁴⁰ (CCR), le Parlement européen a quant à lui approuvé le 12 avril 2011 le rapport de Mme Diana Wallis relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises³⁴¹. Les préconisations du rapport sont de divers ordres allant de la nature juridique de l'instrument à adopter jusqu'à son champ d'application. En effet, en invitant à la mise en place d'un « cadre facultatif »³⁴² qui serait complété par une « boîte à outils »³⁴³, le rapport envisage de nombreuses options en tentant d'anticiper au mieux les éventuelles réticences des Etats membres.

274 Pour autant, un tel positionnement bien que louable dans son principe le rend d'autant plus difficile dans sa mise en œuvre. En effet, le droit des contrats « est par nature un instrument sophistiqué qui est de plus au cœur des ordres juridiques nationaux. Il ne fait pas de doute que des progrès peuvent être réalisés dans la voie d'un rapprochement. Cela étant à vouloir tout embrasser, on risque d'aboutir à des textes généraux sans réel intérêt »³⁴⁴. Prenant conscience de cette réalité, la réflexion a alors été approfondie différemment.

II/ L'élaboration d'un droit européen des contrats, un projet résistant

275 Sans abandonner l'idée de départ, à savoir parvenir à la création d'un droit européen des contrats et à sa formalisation, l'idée d'un Code civil européen a pourtant été écartée ou

³³⁹ COM (2010) 348

³⁴⁰ Comm. UE, déc. 2010/233/UE, 26 avril 2011 : JOUE n° L105, 27 avril 2010, p. 109

³⁴¹ 2011/2013/INI, projet de rapport sur les actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 25 janvier 2011.

³⁴² Option 4 proposée par la Commission dans son Livre vert

³⁴³ Option 2 proposée par la Commission dans son Livre vert

³⁴⁴ L. IDOT, *La lente progression du droit européen des contrats*, Europe n°6, juin 2011, alerte 39

du moins reportée³⁴⁵. Rappelons que la volonté d'unifier, ou du moins de rapprocher les droits des contrats des différents Etats membres, est une idée ancienne animée par deux objectifs essentiels. Le premier est purement pragmatique et a justifié toutes les unifications internationales à savoir favoriser le commerce international, et précisément le commerce européen au sein du marché intérieur. En effet, la Commission a toujours affiché que « les professionnels craignaient de voir leurs contrats annulés pour non-respect de règles dont ils n'auraient même pas connaissance, et les consommateurs n'auraient pas confiance dans la protection dont ils pourraient jouir en dehors de leur territoire national »³⁴⁶. De plus, le travail d'adaptation des contrats aux différentes législations comporte un coût qu'il est difficile d'assumer pour les petites et moyennes entreprises et d'autant plus dans un contexte de crise économique mondiale. Ce sont d'ailleurs ces arguments qui ont été avancés le 24 février 2010 par Viviane REDING, vice-présidente de la Commission européenne à l'occasion d'un discours devant la Commission. Elle y présente le développement des transactions transfrontalières comme l'une de ses trois grandes priorités, en parfait accord avec une « stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive »³⁴⁷ et le déploie sur une durée décennale. Le développement des transactions transfrontalières est perçu comme le levier permettant de sortir de la crise, notamment parce qu'il provoquera une hausse significative du produit intérieur brut.

276 Pour autant, les associations de consommateurs contestent ce postulat selon lequel la cause du faible taux des transactions transfrontalières résiderait dans la fragmentation des droits. En effet, ces organisations considèrent comme plus probant « l'absence de mécanisme de recours transfrontières adéquats, les barrières linguistiques, l'accès à Internet ou encore les craintes concernant la sécurité et la protection des données »³⁴⁸. Par ailleurs, certains auteurs soulignent que la diversité des droits peut être un atout pour

³⁴⁵ L. IDOT, 2005 : *des avancées en droit européen des contrats, mais pas de « Code civil européen » ...*, Europe n°1, janvier 2005, repère 1

³⁴⁶ Cf exposé des motifs de la proposition de directive sur les droits des consommateurs du 8 octobre 2008, COM (2008) 614 final

³⁴⁷ Communication de la Commission Europe 2020, *Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive*, COM (2010) 2020 du 3 mars 2010

³⁴⁸ Cf position du BEUC sur la proposition de directive sur les droits des consommateurs du 22 oct. 2009, disponible sur le site internet : [http:// www.beuc.eu](http://www.beuc.eu)

le commerce, les contractants restant libres de choisir le droit qui leur convient³⁴⁹ car « si la convergence des droits présente des vertus indéniables, leur unification ne serait pas nécessaire, comme en témoigne le droit américain qui garde une souplesse d'adaptation selon les Etats »³⁵⁰.

277 A côté de ces considérations économiques essentielles, « l'harmonisation voire l'unification des droits en Europe porte également une ambition plus grande et idéaliste, celle de rapprocher les peuples en renforçant leur sentiment identitaire, celui d'appartenir au-delà des différentes nations, au peuple européen. La volonté de construire une « Europe des citoyens », fondée sur une « culture commune » et des « valeurs communes » rappelée dans le programme de Stockholm, s'inscrit dans cette dynamique »³⁵¹. C'est en gardant ces principes de base à l'esprit que l'eupéanisation du droit des contrats et précisément du droit de la consommation est et demeure un projet vigoureux qui mérite un suivi régulier afin qu'il puisse être conduit à son terme. Ce sont les modalités de sa mise en œuvre qui aujourd'hui animent les discussions.

§2 : L'étude d'un Code européen de la consommation, un projet à développer

278 En lançant une consultation publique sous forme de Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises le 1 juillet 2010³⁵², la Commission a clairement affiché sa volonté de construire un corpus juridique unique et commun à un niveau extra national. Ce livre interroge sur la nature de l'instrument et plusieurs options, plus ou moins coercitives, sont alors proposées³⁵³. A travers ce biais, c'est le principe même de la codification qui est acté, ses modalités sont envisagés sous différents aspects et

³⁴⁹ R. SACCO, *Les problèmes d'unification du droit*, in L. VOGEL, *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Ed. Panthéon-Assas, 2001, p. 9

³⁵⁰ D. TALLON, *Droit uniforme américain, Code civil européen : quels rapports ?* in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, SLC, 2003, p. 61

³⁵¹ C. AUBERT DE VINCELLES, *Droit européen des obligations*, RTD eur. 46 (3), juillet-sept. 2010

³⁵² COM (2010) 348 Final

³⁵³ Cf supra pour les différentes propositions

demeurent ouvert à la réflexion. En d'autre terme, le but recherché est la constitution d'un Code mais sans savoir quelle forme ni quel champ d'application celui-ci recouvrera³⁵⁴.

279 Le droit des contrats est une matière propice à la détermination « d'un noyau commun aux différentes traditions juridiques »³⁵⁵ qui permettrait alors de rapprocher les droits de la tradition civiliste de ceux de la Common Law. Cette uniformisation souhaitée et souhaitable présente l'avantage de mettre un terme aux incohérences existantes entre les différents droits nationaux résultant de transposition plus ou moins extensive mais également au sein même des textes communautaires. En s'orientant et en affichant sa préférence pour un instrument horizontal, la Commission défend alors l'idée d'un « code européen de la consommation »³⁵⁶. En effet, dans une démarche globale de simplification du droit communautaire, la Commission souhaite non seulement adopter un instrument-cadre applicable à la fois aux transactions intérieures et aux transactions transfrontalières tout en abandonnant la pratique de l'harmonisation minimale qui a été privilégiée jusqu'alors. D'ailleurs, un premier pas en ce sens a été effectué avec la directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur du 11 mai 2005³⁵⁷.

280 L'enjeu d'un tel projet réside dans la compétence de l'Union européenne. En effet, bien que l'article 153 du traité CE permette à la Communauté d'agir « afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs », celui-ci a été rarement utilisé comme « base juridique pour les directives adoptées en droit de la consommation »³⁵⁸. La question sous-jacente est bien évidemment celle de savoir si l'unification du droit demeure justifiée alors même que l'intérêt des consommateurs s'accorderait davantage avec la possibilité pour les Etats

³⁵⁴ L. GRYNBAUM, *Un Code, mais Lequel ?*, RDC 1 avril 2008, n°2, p. 579

³⁵⁵ Op cit supra note L. GRYNBAUM

³⁵⁶ A. MARAIS, *Le Code européen de la consommation, premier acte du Code européen des contrats ?*, RDC 1 juillet 2007, n°3, p. 901

³⁵⁷ Dir. N°2005/29/CE

³⁵⁸ B. FAUVARQUE –COSSON, *Quelle protection des consommateurs pour demain ? La Commission hésite et consulte*, D. 2007, p. 956

membres de prévoir des règles plus strictes que celles imposées par le droit communautaire. De nombreuses réflexions doctrinales sur le sujet ont été produites, aux termes desquelles la question sur la nature du droit de la consommation a été soulevée. L'aspect social du droit de la consommation ayant été confronté à sa vocation économique³⁵⁹, il appartenait alors à la Commission de démontrer que l'adoption d'un Code européen de la consommation est utile au marché intérieur.

281 A défaut d'être parvenu à la production finale d'un tel outil, une première directive cadre d'harmonisation totale et horizontale a toutefois été adoptée³⁶⁰ en 2011. Elle marque incontestablement le point de départ vers l'eupéanisation du droit de la consommation tant recherchée et souhaitée. En attendant l'achèvement du processus qui devrait prendre encore quelques décennies³⁶¹, il est utile de préciser que les droits des consommateurs ont déjà très largement été empreints de cette eupéanisation.

³⁵⁹ D. MAZEAUD, *Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ?*, Revue Lamy de la Concurrence oct. Déc. 2006, N°9 p. 136

³⁶⁰ Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

³⁶¹ D. BLANC et J. DEROULEZ, *La longue marche vers un droit européen des contrats*, D. 2007, chr. p. 1615

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

282 Les conséquences de l'eupéanisation du droit de la consommation. En adoptant la directive-cadre du 25 octobre 2011, la voie a été ouverte en faveur de l'adoption d'un corpus juridique commun. La question de la compatibilité de la théorie juridique du contrat, telle qu'appliquée en droit des contrats français, avec les principes de droit européen s'est alors posée. Les nombreuses propositions porteuses de ce projet ont conclu en faveur d'une parfaite compatibilité et ont même démontré l'amélioration de la théorie par les principes européens.

283 Les manifestations de l'eupéanisation du droit de la consommation. Il s'agissait de postuler en faveur de la création d'un Code européen de la consommation. Celui-ci est parfaitement compatible avec les principes du droit communautaire et constitue la garantie d'un accroissement de la lisibilité tant recherchée pour le consommateur comme le professionnel. Il s'agit pourtant d'un objectif final vers lequel il convient de tendre, les étapes à franchir étant encore nombreuses.

CONCLUSION DU TITRE 2

284 La construction d'un droit commun extranational. Le projet de construction d'un droit communautaire de la consommation unique a suscité de nombreuses craintes au niveau interne. Parfois justifiées, toujours expliquées, celles-ci peuvent aisément être dépassées dès lors qu'ont été pris en compte certains paramètres essentiels. En effet, la construction d'un droit commun unique, d'ampleur internationale, est une volonté manifeste de longue date. Les tentatives se sont ainsi multipliées, certaines ont abouti d'autres au contraire ont rapidement été avortées. Aujourd'hui, l'utilité d'une construction homogène d'un droit consumériste au niveau européen n'est plus à démontrer et fait l'unanimité quant à sa nécessité. Pour autant, les modalités pour y parvenir continuent à vivement alimenter les débats.

285 L'identification d'une identité européenne commune. Le préalable nécessaire à la reconnaissance d'un droit communautaire de la consommation réside dans la construction d'une identité européenne commune. Celle-ci implique alors la conciliation des spécificités culturelles de chaque Etat membre et le dépassement des traditions juridiques. Parallèlement, l'action devient possible grâce à l'assise du pouvoir communautaire et au panel des différents modes de rapprochement des législations offerts.

286 La promotion du droit français. Au niveau interne, les réticences au projet d'harmonisation ont pu être dépassées à travers la promotion du droit français. En effet, le maintien d'un niveau important de protection du consommateur a pu être concilié avec l'impératif économique de développement du marché. Désormais, le droit communautaire de la consommation relève d'une compétence partagée et fait l'objet d'une politique transversale.

287 La poursuite du projet d'autonomisation du droit consumériste. L'autonomisation du droit de la consommation demeure pour autant un projet d'envergure à poursuivre. Afin d'y parvenir, il est important d'adopter une nouvelle stratégie, plaçant le consommateur au cœur du dispositif mais toujours en établissant un niveau de protection

en adéquation avec les impératifs factuels. L'acceptation de ce cadre flexible, combinée à de nouvelles définitions du consommateur, seraient gage d'une réussite du projet.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

288 Caractéristiques du droit de la consommation. Le droit de la consommation est un droit principalement d'origine communautaire qui se caractérise par sa recherche constante d'une volonté protectionniste du consommateur. Il s'agit d'un droit récent qui s'est formé et développé en réaction au droit civil dont les dispositions étaient parfois insuffisantes pour offrir une protection efficace à la partie faible au contrat. Le Code de la consommation, fruit des nombreuses réceptions des différents textes communautaires offre aujourd'hui une protection certes efficace, mais qui demeure fragmentée. En effet, les thématiques sont abordées de manière sectorisée et font parfois l'objet de multiplication ce qui favorise la confusion. L'objectif de construire un droit communautaire de la consommation unique et homogène ne peut à ce titre qu'être valablement accueilli.

289 D'un point de vue objectif, la mise en place d'obligations supplémentaires à la charge des professionnels, le plus souvent contraignantes, constitue un frein à leur réception d'autant plus que celles-ci s'imposent à l'ensemble des acteurs sans distinction de leur taille ou de leur puissance économique. D'un point de vue subjectif, les professionnels peuvent percevoir cette protection consumériste comme illégitime car trop excessive eu égard à certaines considérations factuelles. En effet, les prérogatives octroyées au consommateur peuvent être invoquées par celui-ci en dépit de sa bonne ou mauvaise foi. Aussi en pratique, ce qui doit être source de protection pour le profane, jugé partie faible au contrat, peut parfois s'apparenter à des dérives potentielles voire avérées.

290 Politique d'harmonisation du droit consumériste. La révision de l'acquis communautaire en matière consumériste constitue une entreprise souhaitée et salvatrice malgré un droit de la consommation qui offre une protection suffisante en l'état. En effet, réunifier le droit est un facteur de lisibilité et de transparence favorable tant pour les consommateurs que pour le développement du marché transfrontalier. Ce projet a été pensé de manière très large, portant sur le droit des contrats de manière globale et à un niveau international pour finalement se concentrer sur la seule matière consumériste

et à un échelon intermédiaire. Ce travail est en parfaite cohérence avec le constat de l'eupéanisation des sources du droit de la consommation.

**PARTIE 2 : L'EUROPEANISATION DES DROITS DU
CONSOMMATEUR**

291 Le projet de rapprochement des législations des différents Etats membres demeure un projet louable dans la mesure où il met au cœur de son ouvrage la maximisation de la protection du consommateur, bien que celle-ci semble, en l'état actuel du droit, très acceptable. Le droit communautaire de la consommation, s'emploie efficacement à préserver l'intégrité du consentement du consommateur. Pour cela, il s'assure que celui-ci reçoive une information suffisante lui permettant de consentir à un acte de consommation en pleine conscience (Titre 1). Par ailleurs, il est accordé au consommateur un droit de repentir lui permettant de se désengager d'une obligation contractuelle, conclue valablement, au titre d'une faculté de renonciation lui permettant ainsi de changer d'avis sans d'autres explications supplémentaires. (Titre 2).

Titre 1 : L'eupéanisation de l'obligation d'information

Titre 2 : L'eupéanisation du droit de rétractation

TITRE 1 : L'européanisation de l'obligation d'information

- 48** « Le technicien doit éclairer le profane, la bonne foi du professionnel comporte l'obligation de mettre le profane à son niveau de connaissances pour traiter à armes égales »³⁶². Cette formule met incontestablement l'accent sur le fondement de l'obligation d'information à savoir le rééquilibrage contractuel. En effet, le but premier de l'information est de transmettre au profane une connaissance relative du produit ou du service qu'il envisage d'acquérir afin que celui-ci puisse agir en connaissance de cause en donnant un consentement libre et éclairé.
- 49** On comprend aisément, eu égard à l'objectif poursuivi, que l'information doit nécessairement être comprise par un cocontractant moyen. A ce titre, l'utilisation de la langue française sera requise en présence d'un consommateur français. Mais nous verrons que cette règle imposée par l'article 2 de la loi du 4 août 1994³⁶³ a été progressivement infléchie par l'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE). Elle a ainsi jugé que « l'utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, [...] sans retenir la possibilité qu'une autre langue facilement comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures [...] »³⁶⁴, n'était pas en soi indispensable.
- 50** Cette position de la Cour de Justice met l'accent sur le rôle essentiel que doit jouer l'information. Celle-ci, avant de répondre à des exigences légales strictes, doit surtout répondre à son objectif premier à savoir réduire autant que possible la position d'infériorité dans laquelle se trouve le consommateur.

³⁶² Ivainer, *De l'ordre technique à l'ordre public technologique*, JCP G 1972, I, 2495 in S. PIEDELIEVRE, La semaine juridique – Entreprises et Affaires, N° 14 - 3 AVRIL 2014, p. 28

³⁶³ Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, Article 2 : « Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire.

Les mêmes dispositions s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à la dénomination des produits typiques et spécialités d'appellation étrangère connus du plus large public.

La législation sur les marques ne fait pas obstacle à l'application des premier et troisième alinéas du présent article aux mentions et messages enregistrés avec la marque ».

³⁶⁴ Arrêt de la CJCE (cinquième chambre) du 18 juin 1991. Piageme et autres contre BVBA Peeters. Demande de décision préjudicielle : Rechtbank van Koophandel Leuven - Belgique.

Interprétation de l'article 30 du traité CEE et de l'article 14 de la directive 79/112/CEE - Étiquetage et présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur - Étiquetage dans la langue de la région linguistique de la mise en vente. Affaire C-369/89, Recueil de jurisprudence 1991 page I-02971

51 Afin de mieux envisager sa teneur et avant d'étudier son évolution, il est nécessaire de tenter d'identifier cette obligation d'information (Chapitre 1). L'établissement des contours de cette obligation nous permettra alors de mieux apprécier sa vigueur (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'identification de l'obligation d'information

Chapitre 2 : La vigueur de l'obligation d'information

CHAPITRE 1 : L'identification de l'obligation d'information

Chapitre 1 : L'identification de l'obligation d'information

52 Identifier l'obligation d'information n'est pas chose aisée. En effet, celle-ci se déduit de certaines dispositions, à caractère légal ou réglementaire, ou de certaines décisions jurisprudentielles mais aucun texte ne la consacre explicitement. Pour tenter de produire une définition satisfaisante, il convient de recenser les différentes manifestations de celle-ci (Section 1) pour en dessiner ses contours (Section 2).

Section 1 : Les expressions de l'obligation d'information

53 Pour que le consommateur puisse donner un consentement éclairé, il est nécessaire qu'il soit convenablement informé sur le contrat qu'il envisage de conclure. Le droit de la consommation est le domaine où s'est épanouie le plus naturellement cette obligation qui est pourtant beaucoup plus ancienne que cette matière et qui joue également un rôle non négligeable dans les autres branches du droit. Le droit de la consommation n'a donc nullement été un innovateur ou un précurseur en ce domaine, il a seulement été un généralisateur d'une « idée en vogue depuis la deuxième moitié du XX^e siècle »³⁶⁵. Carbonnier justifiait une telle obligation en défendant l'idée d'un « besoin de transparence »³⁶⁶.

54 Le Code civil de 1804 contient d'ailleurs quelques rares obligations d'information. En effet, le texte original, l'article 1602, dispose que « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ». Ce texte, toujours utilisé par la jurisprudence, impose ainsi au vendeur d'informer son cocontractant, il est en réalité tenu de communiquer à l'acheteur une information claire et compréhensible. Pour cette raison, l'alinéa 2 du dit article prévoit et précise que « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur »³⁶⁷. Cette exigence de clarté apparaît ainsi comme l'un des piliers de l'obligation d'information.

³⁶⁵ Lucas DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, dans *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 305

³⁶⁶ CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e édition, n°82.

³⁶⁷ Article 1602 du Code civil, Créé par la loi 1804-03-06 : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ».

55 Même s'il n'en a pas été le précurseur, il n'en reste pas moins vrai que la généralisation de l'obligation d'information dans le droit contemporain des contrats résulte de l'émergence du droit de la consommation, ou peut-être plus exactement de la prise en compte de l'infériorité du consommateur. Ce mouvement devient d'ailleurs parfois excessif, car il est certain que l'abondance d'information se retourne souvent contre celui que l'on veut protéger, et notamment lorsque l'information transmise est d'ordre purement technique. Cela conduit parfois à un phénomène de saturation qui débouche en réalité sur un défaut d'information.

56 Il faut également tenir compte du coût économique de l'information. En effet, celle-ci n'étant jamais gratuite, elle pèse initialement sur le professionnel, lequel supporte la charge de l'administration d'une information adaptée, en opérant un travail de veille portant sur l'évolution des caractéristiques du produit. Toutefois, *in fine*, c'est bien souvent le consommateur qui supportera le coût de cette information.

57 Le besoin de protection du consommateur doit donc nécessairement être appréhendé au regard de ces considérations factuelles, d'autant plus que le caractère communautaire du droit de la consommation pousse les Etats membres à normaliser le plus efficacement possible la totalité des législations. La dernière initiative des pouvoirs publics, datant d'octobre 2008, consistait à fixer et imposer un niveau de protection équivalent pour l'ensemble de la Communauté sans qu'aucun des Etats ne puisse bénéficier d'une marge de manœuvre.

Quel que soit la formule retenue par les parlementaires européens, l'objectif commun est d'aboutir à une protection efficace du consommateur tant d'un point de vue interne, qu'au niveau européen. Cette protection passe nécessairement par la sauvegarde de l'intérêt individuel du consommateur mais aussi et surtout par la préservation de l'intérêt collectif de ces derniers. En effet, communiquer une information de qualité à un potentiel consommateur qui s'apprête à accomplir un acte précis de consommation vise incontestablement à protéger ce dernier des éventuels agissements malveillants des cocontractants. Pour autant, il ne faut pas occulter le fait que toutes les personnes n'accomplissant pas un acte de consommation à un moment précis, demeurent des consommateurs potentiels. A ce titre, il convient d'informer ces derniers afin de les prévenir et les mettre en garde. Cela permet de rétablir une certaine harmonie dans cette

relation déséquilibrée entre professionnel et consommateur. Bien évidemment, cette information globale à destination de la totalité des consommateurs n'a pas pour but d'évincer l'information que se doit de délivrer le professionnel lorsqu'il conclut un contrat de consommation. Au contraire, il s'agit plutôt de renforcer celle-ci, dans la mesure où le profane aura déjà bénéficié d'une première information générale qui lui a permis de faire un choix de consommation pertinent et à partir de là il va pouvoir bénéficier d'indications plus précises et plus adaptées à ses besoins de consommation.

58 Il convient toutefois et dès à présent de dissocier l'information, y compris l'information globale, de la publicité au risque d'une confusion qui pourrait s'installer à tort. En effet, alors que l'information a pour objectif de décrire de manière objective les caractéristiques principales d'un produit ou d'un service, la publicité vise quant à elle à attirer un consommateur, à l'inciter à acquérir un bien ou un service. La publicité se définit comme étant « toute information destinée à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou des services qui lui sont proposés »³⁶⁸.

59 L'information, qu'elle vise à protéger l'intérêt individuel (§1) ou collectif (§2) des consommateurs, se dissocie de celle-ci sur le fond du fait des objectifs poursuivis qui sont différents.

§1 : L'information visant à protéger l'intérêt individuel du consommateur

60 L'obligation générale d'information a vocation à s'appliquer au-delà du droit de la consommation. En effet, celle-ci intervient quel que soit le type de contrat conclu et n'exclut en aucun cas l'existence des règles spécifiques de protection du consommateur (notamment en matière de droit de repentir, de délai impératif de réflexion, de mentions informatives obligatoires). Pour autant, lorsque le législateur prévoit une obligation d'information dont le contenu est détaillé et plus strict que le droit commun, il paraît difficile d'imposer au professionnel une obligation supplémentaire. C'est là finalement une application classique de la règle du droit des obligations selon laquelle la règle

³⁶⁸ Cass. crim. 14 octobre 1998, JCP, 1999 II 10066, note Conte.

spéciale déroge à la règle générale³⁶⁹. C'est pourquoi, cette obligation générale d'information conserve principalement une vocation subsidiaire.

- 61 Néanmoins, la mise en œuvre de cette obligation n'exclut pas l'application de règles générales d'informations (I), venant ainsi renforcer l'utilité des obligations spécifiques d'informations, propres au droit de la consommation, et offrant une plus grande sécurité au consommateur (II).

I/ L'obligation générale d'information

- 62 Il s'agit d'une obligation dont les contours sont fluctuants, car en grande partie tributaire de la qualité des contractants. Elle est d'origine jurisprudentielle et la tendance actuelle vise à son alourdissement³⁷⁰. En effet, on considère par exemple que le contractant professionnel doit être informé dès lors que ses compétences ne lui permettent pas de connaître les caractéristiques et propriétés de la chose vendue. Il a ainsi été jugé par la chambre commerciale que « l'obligation d'information du vendeur à l'égard de son client sur l'adaptation du matériel vendu à l'usage auquel il est destiné [n'existe] à l'égard de l'acheteur professionnel que dans la mesure où sa compétence ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques du matériel vendu [...] »³⁷¹. Cette décision nous permet déjà de mesurer la portée spécifique de cette obligation. Elle trouve d'ailleurs toute sa justification dans le fait que le professionnel, qu'il soit un commerçant, un artisan ou même un libéral, connaît mieux que quiconque les biens ou services qu'il propose au public. Le client, même disposant de certaines compétences techniques particulières, a tout de même besoin d'être éclairé d'où la reconnaissance à son profit d'un droit à l'information.

- 63 Afin d'éclaircir notre propos, il convient de retracer l'histoire de cette obligation d'information (A) avant d'en étudier sa nature (B) puis d'en analyser son contenu (C).

³⁶⁹ Adage latin : *Specialia Generalibus Derogant*

³⁷⁰ TCHENDJOU, *L'alourdissement du devoir d'information et du conseil du professionnel*, JCP 2003 I 141

³⁷¹ Cass. com, 28 mai 2002, Contrats-concurrence-conso 2002, n°138, LEVENEUR

A/ L'émergence de l'obligation d'information

64 L'obligation générale d'information « oblige le professionnel vendeur de biens ou prestataire de services à communiquer au consommateur les renseignements qu'il détient relativement à l'objet du contrat à conclure ou déjà conclu »³⁷². Cette définition minimaliste explique grandement l'origine jurisprudentielle de l'obligation. En effet, c'est la jurisprudence qui a progressivement imposé à certains contractants l'obligation d'informer leurs partenaires. A cet effet, elle a pris appui sur des dispositions générales du Code civil et notamment l'article 1116³⁷³ qui protège le consentement de la réticence dolosive, les articles 1134³⁷⁴ et 1135³⁷⁵ qui posent l'exigence de bonne foi et d'équité ou encore l'article 1602 qui oblige le vendeur « d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige »³⁷⁶.

65 La loi du 1 août 1905 relative aux fraudes et falsifications, en sanctionnant pénalement les tromperies, a elle aussi participé indirectement à la reconnaissance de l'obligation générale d'information. D'ailleurs aujourd'hui, le délit de tromperie est intégré au Code de la consommation³⁷⁷.

³⁷² Nicolas DORANDEU, Marc GOMY, Sébastien ROBINNE, Vanessa VALETTE-ERCOLE, *Droit de la consommation*, sous la direction de Yvan AUGUET, Ellipses 2008, Collection Tout le droit.

³⁷³ Article 1116 Code Civ., Créé par la loi 1804-02-07 : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas et doit être prouvé ».

³⁷⁴ Article 1134 Code Civ., Créé par la loi 1804-02-07 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

³⁷⁵ Article 1135 Code Civ., Créé par la loi 1804-02-07 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

³⁷⁶ Cf supra

³⁷⁷ Art L.213-1 Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 – article 131 :

« Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 300 000 euros quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :

1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

- 66 Depuis, le législateur s'est employé à conférer un support particulier à cette obligation d'information que l'on retrouve dans le Code de la consommation aux articles L.111-1 à L.111-3³⁷⁸. L'obligation générale d'information se manifeste selon trois formes principales qui représentent chacune une intensité plus ou moins forte.
- 67 Le devoir de renseignement oblige le professionnel à informer le consommateur sur les caractéristiques essentielles du produit ou service faisant l'objet du contrat. Il s'agit de l'obligation formelle la moins aboutie et qui s'oppose au devoir de conseil. En effet, lorsque le débiteur d'une information entreprend de conseiller un consommateur, il adopte une démarche purement subjective en recherchant la réelle volonté du consommateur. En d'autres termes, le professionnel ne doit plus se contenter ici de fournir une information la plus complète possible, il doit préalablement se renseigner sur les besoins de consommation de son client pour adapter l'information à ses attentes. L'obligation de mise en garde constitue, quant à elle, l'échelon intermédiaire entre ces deux degrés d'obligations. Il s'agit ici d'attirer l'attention du consommateur sur la dangerosité du produit. Le professionnel se doit de fournir tous les renseignements inhérents à la chose ou le service, objet du contrat, en insistant sur certaines caractéristiques de celui-ci.
- 68 L'obligation générale d'information des consommateurs par les professionnels soulève la difficulté de sa sanction et de son efficacité, lesquelles sont conditionnées par la détermination de sa nature.

B/ La nature juridique de l'obligation d'information

- 69 De la détermination de la nature de l'obligation d'information dépendra le régime de responsabilité applicable au professionnel débiteur d'une telle obligation. L'intérêt de

^{3°} Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre.

Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits ».

³⁷⁸ Ce support est initialement né de la loi du 18 janvier 1992, dite loi Neiertz avant d'être consacré par la loi du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation.

la dispense d'une information conditionnant ou pas le consentement du consommateur réside dans sa délivrance avant ou après tout engagement définitif. Il en résulte que l'obligation d'information générale est une obligation précontractuelle. Les termes de l'article L.111-1 du Code de la consommation confirment notre propos dans la mesure où ce texte vise expressément l'information du consommateur « avant la conclusion du contrat ».

70 Cette obligation légale de nature précontractuelle, engageant alors la responsabilité délictuelle de son auteur, est conforme à l'intérêt des consommateurs. D'ailleurs, c'est cet intérêt des consommateurs qui va dicter les solutions jurisprudentielles. En effet, les juges du fond, dans un souci de protection effective, vont parfois opter pour la mise en œuvre de mécanismes de responsabilité contractuelle³⁷⁹ notamment en déduisant des articles 1134 et 1135 du Code civil une obligation contractuelle d'information dans un nombre croissant de contrats, et spécialement ceux conclus entre professionnels et consommateurs.

71 Les articles L.111-1 et L.111-2 du Code de la consommation³⁸⁰ restant muets quant aux sanctions à administrer, celles-ci diffèrent selon que la jurisprudence donne une nature précontractuelle ou contractuelle à l'obligation. Dès lors, si l'on s'en tient aux

³⁷⁹ CA Versailles, 8 juillet 1994, RTD Civ. 1995 p. 97, Observations J. MESTRE

³⁸⁰ Articles modifiés par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, article 6 (V) :

Article L.111-1 Code de la consommation : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;

2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;

3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;

4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat »

Article L.111-2 Code Conso. : « I.- Outre les mentions prévues à l'article L. 111-1, tout professionnel, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de services et, lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, met à la disposition du consommateur ou lui communique, de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise celles des informations complémentaires qui ne sont communiquées qu'à la demande du consommateur »

dispositions légales, le manquement à l'obligation précontractuelle d'information peut conduire à l'annulation du contrat lorsque le consentement du consommateur s'en est trouvé vicié à cause de manœuvres dolosives (art 1116 du Code civil) ou à cause d'une erreur commise (art 1110 du Code Civil). Le régime applicable demeure ici celui de la responsabilité délictuelle, prévue aux articles 1382³⁸¹ et suivants du Code civil.

En revanche, en cas de manquement à l'obligation contractuelle d'information seul le régime de la responsabilité contractuelle s'appliquera. Le professionnel défaillant devra alors réparer le préjudice causé par le manque d'informations utiles sur le fondement de l'article 1147³⁸² du Code civil.

72 Malgré des sanctions théoriquement dissuasives, il convient de souligner que le rôle de l'obligation d'information générale reste en pratique assez limité du fait notamment de l'imprécision de son contenu qui est alimenté par des textes aux régimes juridiques différents et parasité par des obligations spécifiques d'information. La confusion générée par ce manque de rigueur nous permet simplement de retracer, de manière laconique, le contenu de cette obligation sans toutefois prétendre à l'exhaustivité. Mais pour que l'analyse soit la plus concluante possible, il paraît judicieux de déterminer préalablement toutes les manifestations que peut revêtir cette obligation y compris concernant les obligations spécifiques d'informations.

II/ Les obligations spécifiques d'informations

73 Les obligations spéciales d'information sont celles qui viennent préciser l'information du consommateur en certains domaines (A) et qui sont propres à certains contrats (B).

³⁸¹ Article 1382 Code Civ., Créé par la loi 1804-02-09 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

³⁸² Article 1147 Code Civ., Créé par la loi 1804-02-07 : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

A/ Les domaines concernés

74 Comme la précédente obligation, ces obligations spécifiques d'information sont destinées à éclairer le consommateur dans son choix de contracter. Régies par des dispositions spéciales ou réglementaires impératives qui n'ont cessé de se multiplier, elles ont contribué à développer un formalisme informatif minutieux, qui demeure pourtant désordonné. Néanmoins, malgré cette apparence d'incohérence qui justifierait grandement une tentative de remise en ordre, certains domaines récurrents paraissent constituer le domaine d'application de ces obligations spécifiques. Deux objectifs semblent d'ailleurs se dessiner quant à la garantie d'une meilleure protection du consommateur. En effet, parmi la multiplicité des obligations spécifiques d'information, certaines sont propres à l'acte de consommation lui-même, dans la mesure où elles s'intéressent à l'objet du contrat (1) tandis que d'autres sont spécifiques à la bonne compréhension de celui-ci (2).

1. Les informations spécifiques relatives à la connaissance réelle de l'acte de consommation

75 Les pouvoirs publics en multipliant les informations spéciales d'information ont souhaité garantir une parfaite compréhension de l'acte de consommation que le consommateur envisage d'entreprendre. C'est pourquoi, est exigé du professionnel un écrit (a), qu'il fournisse certaines mentions obligatoires (b) et qu'il présente les caractéristiques essentielles de son produit (c).

a) L'exigence d'un contrat écrit

76 En droit commun des contrats, l'application du principe du consensualisme ne requiert aucune condition de forme particulière concernant la validité d'une convention. Cette règle est fortement atténuée en matière de droit de la consommation dans la mesure où certains contrats de consommation doivent être constatés par écrit, cela à peine de nullité et parfois même de sanction pénale.

77 Les contrats à distance et par démarchage constituent des exemples importants de cette exigence de l'écrit. Le contrat écrit est requis à titre « *ad validitatem* », mais également à titre « *ad probationem* » notamment au regard de l'article 1341³⁸³ du Code civil qui fait de l'écrit le mode de preuve légal pour les actes d'une valeur supérieure à 1500 euros.

Le commerce électronique ne fait pas exception à cette règle. En effet, l'écrit sous forme électronique est admis comme mode de preuve « au même titre que l'écrit sur support papier »³⁸⁴. Le support écrit permet de garantir la protection recherchée et souhaitée notamment parce qu'il concentre un certain nombre de mentions obligatoires qu'il convient de répertorier pour en apprécier sa portée.

b) L'exigence de mentions obligatoires

78 Astreindre le professionnel à fournir certaines mentions informatives spécifiques oblige celui-ci à éclairer le consommateur sur des points précis qu'il aurait pu négliger. Celles-ci figurent naturellement sur le document écrit qui constate l'engagement des parties. Ces mentions obligatoires diffèrent très largement d'un contrat à l'autre bien que l'on puisse retenir à titre de mentions obligatoires générales celles relatives à la disponibilité des pièces détachées (article L.111-3 Code Conso³⁸⁵) et au délai de livraison (article

³⁸³ Article 1341 Code Civ., Modifié par la loi n°80-525 du 12 juillet 1980 : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

³⁸⁴ Article 1316-1 Code civil : L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

³⁸⁵ Article L.111-3 du Code de la consommation, modifié par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 - art. 6 (V) : « Le fabricant ou l'importateur de biens meubles informe le vendeur professionnel de la période pendant laquelle ou de la date jusqu'à laquelle les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens sont disponibles sur le marché. Cette information est délivrée obligatoirement au consommateur par le vendeur de manière lisible avant la conclusion du contrat et confirmée par écrit lors de l'achat du bien. Dès lors qu'il a indiqué la période ou la date mentionnée au premier alinéa, le fabricant ou l'importateur fournit obligatoirement, dans un délai de deux mois, aux vendeurs professionnels ou aux réparateurs, agréés ou non, qui le demandent les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens vendus.

L.114-1 Code Conso³⁸⁶). Celles-ci revêtent en effet un caractère essentiel du fait de l'importance de leur impact sur le consentement du consommateur.

c) L'information portant sur les caractéristiques des biens et des services

79 Imposés par l'obligation générale d'information contenue dans l'article L.111-1 du Code de la consommation, les renseignements sur les caractéristiques des biens et des services font fréquemment l'objet de dispositions dont le non-respect est pénalement sanctionné. L'information résulte en outre d'une multitude de dispositions particulières visant à transmettre une information du produit ou service la plus complète possible. Sans prétendre à l'exhaustivité, ces informations spéciales concernent la nature même du produit ou service c'est à dire sa composition, son contenu, son utilisation et surtout son prix. L'information est ainsi transmise par voie d'étiquetage, notamment concernant les denrées alimentaires, ou par la fourniture d'une notice d'utilisation concernant certains services ou biens non consommables (le plus souvent appareil à usage domestique). Le prix quant à lui sera communiqué par voie d'affichage.

2. Les informations spécifiques relatives à la maîtrise réelle de l'acte

80 Rien ne sert de transmettre une information, même la plus complète possible, si son destinataire ne peut l'exploiter. Les pouvoirs publics, conscients de cette réalité ont alors entrepris d'assigner au professionnel d'informer le consommateur en employant exclusivement la langue française (a) et de rédiger leurs dispositions contractuelles de la manière la plus claire possible (b).

³⁸⁶ Article 114-1 du Code de la consommation, modifié par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 - art. 18 : « Préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de prestation de services, le professionnel s'assure du consentement exprès du consommateur pour tout paiement supplémentaire venant s'ajouter au prix de l'objet principal du contrat. Dans l'hypothèse où le paiement supplémentaire résulte d'un consentement du consommateur donné par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'opposition expresse de sa part à des options payantes qu'il n'a pas sollicitées, le consommateur peut prétendre au remboursement des sommes versées au titre de ce paiement supplémentaire.

Le présent article s'applique aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ainsi que sur la fourniture de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel ».

a) L'exigence de l'emploi de la langue française

81 La loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française a pour but de défendre des intérêts nationaux et supranationaux³⁸⁷. Elle contribue également à préserver et garantir une bonne information du consommateur dans la mesure où l'article 2 du texte en question rend obligatoire l'usage de la langue française « dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire ». Une telle disposition met incontestablement à l'abri le consommateur de la réception d'une notice de montage en anglais par exemple. Pour autant elle occasionne un coût certain pour les professionnels qui exportent leurs marchandises au sein de l'Union européenne et qui devront désormais utiliser non seulement la langue française mais également toutes les autres langues officielles des différents Etats membres.

82 Conscient des conséquences résultant d'une trop grande rigueur, l'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes, qui s'est prononcée le 12 septembre 2000, a adopté une position emprunte de réalisme et de bon sens, à propos de l'étiquetage des denrées alimentaires. En effet, elle a jugé que « le droit communautaire s'oppose à ce qu'une réglementation nationale impose l'utilisation d'une règle déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, sans retenir la possibilité qu'une autre langue facilement comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures »³⁸⁸. La Cour ici a fait preuve d'un grand pragmatisme en interdisant une telle démarche car elle a permis d'éviter aux professionnels exportant leurs denrées alimentaires de fournir une information dans toutes les langues officielles de l'Union (même si dans la réalité la langue française est le plus fréquemment utilisée).

³⁸⁷ Article 1 Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française : Langue de la République en vertu de la Constitution, la langue française est un élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France.

³⁸⁸ Dalloz affaires 2001, p. 1458, note J.M. PONTIER

83 Il en ressort que le critère de la compréhension suffit à garantir une protection suffisante d'autant plus que le professionnel est également assujéti à une obligation de clarté et d'intelligibilité des dispositions contractuelles.

b) L'exigence de clarté et d'intelligibilité des dispositions contractuelles

84 L'article L.133-2 du Code de la consommation disposant « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel »³⁸⁹ sanctionne l'ambiguïté des clauses. En effet, en cas de doute quant au sens d'une disposition contractuelle, la convention s'interprète toujours contre le professionnel. Cela permet ainsi de contraindre le professionnel à délivrer non seulement une information la plus complète possible mais de s'assurer également que celle-ci sera bien réceptionnée par son destinataire. D'ailleurs, il existe de nombreuses exigences particulières dans des domaines particuliers, notamment en droit des assurances ou en matière de crédit à la consommation, où est imposé un formalisme spécifique quant à la police et les caractères des clauses contractuelles. Il s'agit donc ici de garantir non seulement la clarté et l'intelligibilité des dispositions contractuelles mais surtout de permettre l'accessibilité de celles-ci. Ces contrats faisant l'objet d'une information spécifique tendent à renforcer la protection du consommateur.

B/ Les contrats concernés

85 Certains contrats revêtent une importance particulière soit à raison de leur spécificité soit au regard de leur fréquence régulière d'utilisation dans la vie courante. A ce titre, ils font l'objet d'une réglementation spécifique par le législateur national et communautaire en vue notamment de préserver l'intégrité du consentement du consommateur qui apparaît fondamentale en de telles circonstances. Le développement

³⁸⁹ Article L. 133-2 du Code de la consommation issue de la loi n°95-96 du 1 février 1995

de cette réglementation spécifique s'inscrit naturellement dans la démarche protectionniste du consommateur.

Les contrats concernés sont le crédit à la consommation (1) les contrats conclus à distance ou par voie de démarchage (2), mais également un ensemble de contrats relatifs à des actes quotidiens du consommateur (3).

1. Le crédit à la consommation

86 La prise de conscience de l'importance économique du crédit à la consommation a conduit le droit communautaire à réformer à plusieurs reprises la législation relative à cet acte de consommation (a) consacrant ainsi de nouvelles dispositions plus protectrices du consommateur (b).

a) Evolution de la législation communautaire à propos du crédit à la consommation

87 Très rapidement une réglementation communautaire s'est imposée en ce domaine, notamment au regard de la volonté de décroïsonner le marché bancaire qui ne pouvait valablement prospérer sans la garantie d'un égal niveau de protection des consommateurs à l'intérieur de l'Union européenne. C'est ainsi qu'une directive CEE 87-102 du Conseil du 22 décembre 1986³⁹⁰, plusieurs fois modifiée, a tenté d'établir un cadre communautaire permettant de créer un marché commun dans le domaine du crédit et d'instituer des règles communes minimales de protection du consommateur. Pour autant, on déplorera son influence limitée du fait de ses dispositions moins protectrices que celles prévues par le Code de la consommation.

88 Loin d'être découragé, le droit communautaire a continué à réglementer les crédits à la consommation, cet encadrement se révélant essentiel du fait des conséquences économiques que cet acte de consommation est susceptible d'engendrer. En effet, le

³⁹⁰ Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation
Journal officiel n° L 042 du 12/02/1987 p. 0048 – 0053

crédit est « un acte à la fois nécessaire et dangereux »³⁹¹. Sa nécessité s'apprécie notamment au regard de l'augmentation potentielle des biens de consommation des acheteurs qui contribue ainsi au bon fonctionnement de l'économie. Il est par ailleurs un acte dangereux dans la mesure où il peut conduire dans de nombreux cas à des situations de surendettement.

89 Un pas supplémentaire a été franchi avec la directive 2008-48 du 23 avril 2008³⁹² concernant les contrats de crédit, celle-ci abrogeant la directive précitée de 1986. L'objectif poursuivi est toujours le même à savoir établir un cadre commun en harmonisant les dispositions des différents Etats membres afin de réduire autant que possible les disparités existantes.

Pour cela, cette nouvelle directive va édicter de nombreuses dispositions spécifiques visant à protéger, garantir et renforcer la protection du consommateur à travers notamment l'accroissement de l'information de celui-ci.

b) Les nouvelles dispositions informatives en matière de crédit à la consommation

90 La directive du 23 avril 2008, qui tend à développer le crédit transfrontalier, constitue une étape incontournable dans le large mouvement de tentative d'harmonisation du droit communautaire de la consommation. Elle vise en effet à réformer, en les synthétisant, les mesures informatives qui devront être transmises au futur souscripteur d'un crédit à la consommation. L'article L.311-4 du Code de la consommation³⁹³ exige que les

³⁹¹ Stéphane PIEDELIEVRE, *La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs*, D. 2008 p. 2614

³⁹² 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
Journal Officiel de l'Union Européenne du 22 mai 2008, L 133/66

³⁹³ Article L311-4 du Code de la consommation, modifié par la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013, article 60 (V) :
« Toute publicité, quel qu'en soit le support, qui porte sur l'une des opérations visées à l'article L. 311-2 et indique un taux d'intérêt ou des informations chiffrées liées au coût du crédit mentionne de façon claire, précise et visible les informations suivantes à l'aide d'un exemple représentatif :

1° Le taux débiteur et la nature fixe, variable ou révisable du taux, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat, ainsi que les informations relatives à tous les frais compris dans le coût total du crédit pour l'emprunteur ;

2° Le montant total du crédit ;

3° Le taux annuel effectif global, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat ;

4° S'il y a lieu, la durée du contrat de crédit ;

5° S'il s'agit d'un crédit accordé sous la forme d'un délai de paiement pour un bien ou un service donné, le prix au comptant et le montant de tout acompte ;

mentions publicitaires, de nature informative, soient loyales en matière de crédit à la consommation. En effet, en matière de crédit à la consommation la publicité joue un rôle primordial dans la mesure où c'est elle qui va attirer le futur souscripteur. Il s'agira alors de promettre des garanties attractives et surtout un taux de remboursement le plus concurrentiel possible. Conscient des conséquences importantes pouvant résulter d'une mauvaise information du consommateur, le législateur a multiplié les informations spécifiques en invitant à transmettre de nombreuses mentions obligatoires ayant pour but de garantir un engagement en connaissance de cause. Celles-ci ont été d'ailleurs largement renforcées et multipliées à travers la récente loi du 1 juillet 2010³⁹⁴ relative à la lutte contre le surendettement. Bien que l'objectif du législateur soit louable, il faut noter qu'une simple profusion d'informations sera le plus souvent inefficace pour parvenir à une protection efficace.

91 L'information doit en effet s'accompagner « d'une sensibilisation et d'une éducation et/ou d'une formation du consommateur pour parvenir à ce résultat »³⁹⁵. C'est pourquoi, le législateur en réglementant l'information que les professionnels du crédit à la consommation doivent fournir aux consommateurs a contribué à augmenter le volume d'informations à transmettre que ce soit au niveau de la publicité qu'au niveau précontractuel, en s'assurant toutefois que le futur souscripteur ait bien été sensibilisé aux conséquences de cet acte de consommation spécifique. A titre d'illustration, citons l'article L.311-4 du Code de la consommation, qui définit les différentes mentions informatives à porter à la connaissance du public. Celles-ci concernent notamment l'ensemble des publicités promouvant les crédits à la consommation indépendamment du support de communication utilisé. Les informations obligatoires visées par le texte sont désormais les suivantes :

- le taux débiteur et sa nature pouvant être fixe, variable ou révisable
- les informations relatives à tous les frais compris dans le coût total pour l'emprunteur

6° Le montant total dû par l'emprunteur et le montant des échéances »

³⁹⁴ Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation

³⁹⁵ Céline AVIGNON, *Publicité en matière de crédit à la consommation, Pour un professionnel et un consommateur responsables*, Gazette du Palais, 25 juin 2011.

- la durée totale du crédit et son montant total avec notamment information des échéances ou des acomptes éventuels lorsqu'il s'agit d'un crédit accordé sous la forme d'un délai de paiement.

92 Le législateur impose en outre que la délivrance de ces informations réponde nécessairement à une exigence de clarté, de précision et de visibilité. Souhaitant que soit adoptée une démarche de responsabilisation du consommateur, celui-ci a également imposé l'insertion dans toute publicité, à l'exception des publicités radiodiffusées, de la mention suivante « Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager »³⁹⁶. Cette mention, que certains ont qualifiée de « mention de sensibilisation » ou encore de « mention pédagogique »³⁹⁷ revêt un caractère contraignant certain pour les professionnels.

93 Du côté du consommateur cette mention vise à lui rappeler le rôle qu'il doit jouer s'il choisit d'exercer un tel acte de consommation. En effet, dans une société de consommation où la pression publicitaire est très forte, le consommateur se doit d'adopter un comportement exemplaire en usant de sa réflexion, laquelle pourra être effective grâce aux nombreuses données informatives dont il dispose. En d'autres termes, on attend du consommateur qu'il se comporte raisonnablement dans la mesure où un consommateur averti est censé avoir un comportement plus responsable. L'efficacité de cette nouvelle réglementation spécifique visant à renforcer l'information en matière de crédit à la consommation ne pourra être mesurée qu'au regard des statistiques à venir relatives au surendettement des ménages. On peut néanmoins spéculer au regard des mesures plus ou moins efficaces qui ont été édictées en matière de contrats à distance et de démarchage.

³⁹⁶ Mention obligatoire sur toute publicité relative au crédit depuis le 1 septembre 2011 suite à l'adoption de la loi Lagarde sur le crédit n°2010-737 du 1 juillet 2010 modifiant ainsi l'article L.311-5 du Code de la consommation

³⁹⁷ Cf supra note C. AVIGNON

2. Le démarchage et la vente à distance

94 Il est communément admis que lorsque le consommateur conclut un contrat avec un professionnel dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance (par Internet, téléphone ou voie postale), ou lorsqu'il conclut un contrat en présence du professionnel mais en dehors de l'établissement commercial de ce dernier (démarchage), il est nécessairement soumis à un effet de surprise lié principalement au contexte, lequel est aux antipodes du cadre traditionnel de consommation.

Un tel bouleversement des habitudes consuméristes nécessite une attention particulière sous peine de s'engager alors que le contrat n'est pas voulu. C'est pourquoi, la protection du consommateur en ce domaine a ainsi fait partie des préoccupations du droit communautaire qui a réglementé successivement en 1985³⁹⁸ puis en 1997³⁹⁹ les contrats conclus par voie de démarchage (c'est-à-dire ceux conclus hors établissement), ainsi que les contrats conclus à distance. Le législateur national, bien qu'ayant transposé les dispositions protectrices de ces textes, a dû de nouveau intervenir en 2004⁴⁰⁰ avec la loi sur la confiance en l'économie numérique afin de s'adapter aux évolutions techniques notamment en matière d'accès à Internet. Le but consiste donc à améliorer favorablement la condition du consommateur qui contracte via Internet ou qui est démarché à domicile, objectif poursuivi alors par le droit communautaire. En effet, la proposition d'harmonisation des quatre directives (proposition du 8 octobre 2008⁴⁰¹) ayant été avortée, le choix s'est alors porté sur une harmonisation réduite portant seulement sur les directives de 1985 et 1997 relatives au démarchage et aux contrats à distance (directive cadre du 23 juin 2011⁴⁰²).

95 Cette nouvelle directive, telle qu'adoptée par le Parlement, comporte de nombreux changements renforçant la protection des consommateurs. Au-delà des nouvelles

³⁹⁸ Directive du Conseil du 20 décembre 1985, en matière de démarchage, transposée aux articles L.121-21 et suivants du Code de la consommation

³⁹⁹ Directive du Parlement européen et du Conseil n°97/7/CE du 20 mai 1997, concernant les contrats à distance

⁴⁰⁰ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

⁴⁰¹ Procédure 2008/0196/COD ; COM (2008) 614: Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs

⁴⁰² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs (COM(2008)0614 – C6-0349/2008 –2008/0196(COD))

garanties favorables à la rétractation du consommateur, le législateur communautaire a pris grand soin de contraindre les professionnels à transmettre des mentions informatives nouvelles et précises. A titre d'illustration, il convient d'énoncer les éléments d'informations à transmettre suivant les domaines.

Le droit communautaire exige ainsi que soient délivrées des informations plus claires sur la personne payant la réexpédition des marchandises. En effet, lorsque la livraison du produit ne pourra se faire par service postal, le professionnel devra avant l'achat, fournir, d'une manière claire, une estimation des coûts maximaux liés à la réexpédition de biens volumineux achetés par le biais d'Internet ou par correspondance. A défaut d'une telle information, le consommateur pourra se retourner contre le vendeur afin que celui-ci lui rembourse les frais non préalablement annoncés.

- 96** Dans le même ordre d'idée est adoptée une démarche exigeante de transparence des prix. Il faut entendre par là que le professionnel devra informer loyalement le futur cocontractant du prix réel qu'il devra engager c'est-à-dire du prix du bien ou service convoité ainsi que des éventuels frais supplémentaires. A défaut d'avoir pu accéder à une telle information avant de passer commande, le consommateur en sera exonéré.

La protection du consentement du consommateur passe également par l'interdiction des cases « pré-cochées ». En effet, le Parlement prohibe le fait de proposer des services complémentaires au produit ou service acheté en présupposant le consentement du consommateur par cette technique. Une telle pratique consiste à présupposer le consentement du consommateur, lequel doit alors faire preuve de plus de vigilance. Ce n'est bien évidemment pas ce redoublement d'attention que le droit communautaire cherche à condamner, au contraire. En effet, le but poursuivi reste la responsabilisation du consommateur, mais certainement pas au détriment d'un engagement où la volonté ferait défaut ne serait-ce qu'à certains égards. Il s'agit donc bien de préserver, autant que possible, un engagement en pleine connaissance de cause.

- 97** Par ailleurs, conscient de la difficulté d'appréhender un bien de consommation portant sur un outil numérique, la nouvelle directive cadre règlemente leur commercialisation en exigeant que l'information la plus claire possible soit transmise au consommateur. Celle-ci devra notamment porter sur la compatibilité du contenu du produit avec les matériels et logiciels informatiques d'application. L'ensemble de ces quelques règles spécifiques s'intègrent parfaitement avec les règles à visée plus générale qui ont pour

but d'établir un corpus juridique unique simplifiant ainsi le droit en la matière tout en favorisant le commerce transfrontalier. C'est d'ailleurs là le but principal, poursuivi par le droit communautaire, qui s'applique à encadrer et réglementer les domaines dans lesquels les consommateurs sont le plus présents.

3. Les autres contrats de la vie courante

98 Il est des domaines dans lesquels le consommateur est très présent du fait de la nature des contrats qu'il conclut. En effet, la satisfaction de ses besoins de consommation quotidiens le pousse à s'engager au détriment parfois de ses propres intérêts. Conscient de cet état de fait, le droit communautaire est alors intervenu afin de réglementer le plus favorablement possible les domaines de prédilection du consommateur. Le secteur qui est incontestablement le plus en expansion est celui du commerce électronique (a). En effet, dans une société de plus en plus consumériste, Internet a profondément bouleversé les habitudes de consommation. Désormais, satisfaire un besoin de consommation relève du libre choix du consommateur qui ne se préoccupe plus ni des distances, ni même des frontières géographiques. Un autre domaine, pour le moins surprenant, mais non dénué d'intérêt, mérite de retenir notre attention. Il s'agit du secteur médical dans lequel on peut observer un regain d'informations assignées au praticien et qui profite à cette nouvelle clientèle civile dont le comportement présente des similitudes avec celui du consommateur (b).

a) La protection du consommateur en ligne

99 Protéger le consommateur en ligne n'est pas apparu comme une évidence à l'origine. En effet, les internautes, nouvelle génération de consommateurs, ont d'abord été considérés comme des « trublions »⁴⁰³ au regard du droit de la concurrence du fait de l'absence d'intégration de ces points de ventes virtuels à une organisation physique. A cela s'ajoute une absence de développement de ce secteur du fait de la crainte, plus ou

⁴⁰³ T. Com. Nanterre, 4 octobre 2000, Cédric MANARA, D.2001 p.1317

moins avérée, de la plupart des consommateurs. Ces derniers n'étant pas rassurés dans la majorité des cas « de n'être pas en possession de toutes les informations leur permettant de s'engager en connaissance de cause, de ne pas recevoir le bon produit ou encore simplement de laisser leurs coordonnées bancaires sur des sites non sérieux »⁴⁰⁴. Presque dix ans après les premières apparitions d'actes de consommation sur Internet, les mesures protectionnistes n'ont cessé de se développer. Le texte incontournable parmi ceux applicables est la loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004⁴⁰⁵. Cette loi vient compléter les dispositions déjà existantes réglementant notamment de manière précise la publicité par voie électronique.

100 Ce texte, afin de consolider la confiance des consommateurs, prévoit entre autres que le consommateur puisse parfaitement identifier le professionnel avec lequel il s'engage. A ce titre, le législateur impose à toute personne qui propose et assure, par voie électronique, la fourniture de biens et de prestations de services, d'assurer un « accès facile, direct et permanent, utilisant un standard ouvert »⁴⁰⁶ à un certain nombre d'informations relatives à l'acte d'achat souhaité. Cela représente entre autres, la communication de sa dénomination ou de sa raison sociale, l'adresse où la société s'établie, son adresse de courrier électronique ainsi que son numéro de téléphone.

101 Là encore, la volonté protectionniste conduit le législateur à renforcer les diverses mentions informatives à transmettre au consommateur bien que cela ne lui soit pas toujours favorable. En effet, en témoigne ce contentieux allemand portant sur l'interprétation de l'article 5 de la directive 2000/31/CE⁴⁰⁷ sur le commerce électronique. En l'espèce il s'agissait d'une société allemande Deutsche Internet Versicherung (DIV) opérant exclusivement en ligne. Conformément au droit communautaire applicable en la matière celle-ci était tenu de fournir un certain nombre d'informations la concernant et notamment ses « coordonnées ». Le litige portant sur le contenu de cette notion, et

⁴⁰⁴ Jérôme PASSA, *Commerce électronique et protection du consommateur*, D. 2002 p. 555

⁴⁰⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)

⁴⁰⁶ Article 19 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, LCEN

⁴⁰⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique")

notamment sur le fait de savoir si un numéro de téléphone devait nécessairement être transmis, les Hauts magistrats allemands en ont référé aux juges communautaires. L'ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes apporte une réponse affirmative, sans pour autant conférer un caractère d'exclusivité au numéro de téléphone, en jugeant que doit être réservé au consommateur un « moyen de communication directe avec l'entreprise contractante »⁴⁰⁸. En d'autres termes, le consommateur effectuant un achat en ligne doit pouvoir en toutes circonstances entrer en contact rapidement avec le prestataire et avec un autre moyen de communication que celui d'Internet. Une telle position vise à garantir une protection maximale du consommateur dans la mesure où elle le met à l'abri de tous les désagréments pouvant survenir des moyens de communications électroniques. Pour autant, une société comme la DIV, qui est une société qui fonctionne exclusivement en ligne, devant se soumettre à cet impératif de moyen de communication directe, optera le plus souvent pour le choix d'un numéro d'appel surtaxé. Le consommateur devra donc s'acquitter du prix de la communication s'il souhaite des informations complémentaires alors même qu'il aurait pu y avoir accès via le site.

102 Il ne s'agit pourtant pas d'une mesure radicalement impropre à sa protection, bien au contraire, dans la mesure où cet autre moyen de communication auquel les professionnels devront répondre, constitue indéniablement un moyen de rassurer le consommateur. Mettre en confiance ce dernier apparaît d'ailleurs essentiel au bon développement des échanges et cela dans tous les domaines, en témoigne par exemple le secteur médical.

b) Le secteur de la santé

103 Dans le large mouvement de multiplication des obligations spéciales d'informations dont doit répondre le professionnel prestataire de biens et services, un nouvel acteur pour le moins surprenant, semble également assujéti à une telle obligation. Il s'agit du praticien, délivreur de soins médicaux, à qui l'on impose désormais de fournir à son patient, une information la plus complète possible. Une telle position trouve une pleine

⁴⁰⁸ Cédric MANARA, « *Veillez patienter, votre commerçant est déjà en ligne* », Dalloz Actualité 22 octobre 2008

justification si l'on recentre les objectifs poursuivis par la loi du 4 mars 2002⁴⁰⁹, dans la mesure où celle-ci était relative au renforcement des droits des malades ainsi qu'à l'amélioration du système de santé. Ainsi, consolider l'obligation d'information dont est débiteur le praticien paraissait chose naturelle car, à l'image du professionnel en matière de droit de la consommation, il est le sachant et le patient le profane. C'est alors qu'il est tenu de recueillir le consentement aux soins de son patient en s'assurant bien que celui-ci s'engage en connaissance de cause. Le contrat médical présente cette particularité de refléter une situation de pouvoir déséquilibré, c'est pourquoi seule l'autorisation de la loi pourra justifier une intervention sur le corps d'un malade et à l'unique condition que celle-ci poursuive un but thérapeutique. En d'autres termes, bien qu'informé, le patient bénéficie d'une protection maximale, dans la mesure où son consentement ne constituera pas un fait justifiant une mutilation par exemple.

104A l'image du droit de la consommation, on peut dès lors faire le parallèle avec l'obligation d'information, garantissant un engagement en connaissance de cause, et le contrôle de l'acte du médecin engageant sa responsabilité en cas d'abus ou de faute avec le droit de rétractation. En effet, on peut voir dans le droit de rétractation offert à tout consommateur agissant dans des cadres de consommation bien précis, une certaine sanction du professionnel à qui l'on reproche une espérance déçue inhérente à la description du produit et sa réelle effectivité.

105En matière médicale, la démarche adoptée est très similaire et précisément si l'on retient l'exemple des actes de chirurgie esthétique. En effet, le patient souhaitant acquérir par exemple une quelconque prothèse, va consulter un ou plusieurs médecins, afin que ces derniers lui communiquent une information claire, précise et la plus complète possible sur l'acte qu'il envisage d'effectuer. Après cela, il pourra alors effectuer un choix réfléchi en s'adressant au praticien qu'il jugera le plus « concurrentiel ». Ce comportement consumériste justifierait-il d'aligner les obligations spéciales d'informations effectives en droit de la consommation au domaine médical ? Si l'on est audacieux, osera-t-on aller jusqu'à réglementer l'information en matière médicale au niveau communautaire ? Ces interrogations sont loin d'être dénuées d'intérêt et notamment si l'on s'intéresse aux habitudes de consommation des français. En effet, il

⁴⁰⁹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

n'est pas rare qu'un consommateur national opte pour une chirurgie d'implantation mammaire à l'étranger, par exemple chez nos voisins espagnols, attiré la plupart du temps par des prix très attractifs. Bien évidemment une telle réglementation ne pourra voir le jour qu'après que les facteurs de résistance du droit national à l'égard du droit communautaire s'estompent. Mais en attendant, une telle démarche présente l'intérêt majeur non seulement de faire jouer la concurrence et donc de développer le marché européen, tout en garantissant une uniformisation de l'information accessible à tout potentiel consommateur, protégeant ainsi leur intérêt collectif.

§2 : L'information visant à protéger l'intérêt collectif des consommateurs

106 Il existe de nombreuses situations dans lesquelles un potentiel consommateur, bien que n'ayant fait l'acquisition d'aucun bien ou service, a besoin d'accéder à certaines mentions informatives en vue de répondre prochainement à un besoin de consommation. Conscient de cet état de fait, les pouvoirs publics sont alors intervenus en faveur du consommateur en promouvant une information par voie d'affichage (I) et en renforçant l'initiative des institutions de défense de consommateurs ainsi que le pouvoir des médias lesquels interviennent essentiellement en amont afin de prémunir le consommateur de toute situation conflictuelle ou litigieuse (II).

I/ Les modes de valorisation

107 Les modes de valorisation constituent une source indéniable d'informations pour le consommateur profane. Leur utilité n'est plus à démontrer (B), bien que leur identification demeure quelque peu problématique (A).

A/ La définition des modes de valorisation

108 Comme beaucoup de notions, l'expression « mode de valorisation » n'a pas fait l'objet d'une définition législative. Leur identification résulte alors des nombreuses

interprétations jurisprudentielles qui sont fonction de l'application de la réglementation précise qui les régie notamment aux articles L.115-1 et suivants du Code de la consommation⁴¹⁰. A l'aune de ces articles, valoriser un produit consiste à l'identifier par son origine, à lui reconnaître une bonne qualité ou encore à lui conférer une mention de conformité par rapport à un cahier des charges. En d'autres termes, l'expression « mode de valorisation » désigne « tout message bref porté à l'attention des consommateurs et attestant qu'un produit ou un service présente certaines qualités, garanties par un organisme indépendant »⁴¹¹. Cette mise en valeur du produit vise ainsi à accroître la confiance des consommateurs dans la mesure où ces signes ne sont pas délivrés par les professionnels eux-mêmes mais bien par des organismes indépendants. On est donc dans ce cadre au-delà de la notoriété que pourrait procurer une marque de qualité, laquelle reste inhérente au professionnel.

109 Il en ressort à ce titre que, même si les signes des professionnels peuvent faire allusion à des produits ou services de qualité, l'expression « mode de valorisation » demeure réservée aux seules informations objectives et permet ainsi de conférer une plus-value au produit ou service concerné. Afin d'identifier pertinemment les contours de cette notion, il convient de déterminer les manifestations de cette valorisation ainsi que son objet (1) avant de s'attarder sur les acteurs qui garantissent la valorisation objective (2).

1. Les différents signes de valorisation des produits

110 Le législateur a consacré dans le Code de la consommation un chapitre entier relatif à la valorisation des produits et des services, inséré dans le livre premier⁴¹² portant sur l'information des consommateurs et la formation des contrats. Il distingue alors les appellations d'origine (a) des autres signes d'identification de l'origine et de la qualité (b). Dans un souci de clarté de notre propos, nous allons reprendre cette dichotomie.

⁴¹⁰ Article L. 115-1 du Code de la consommation, créé par la loi n°93-949 du 27 juillet 1993 : « Constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains ».

⁴¹¹ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, Coll. « Précis », 6^e ed., 2003, n°60

⁴¹² Code de la consommation, version consolidée au 1 juillet 2015 : « Livre Premier « Information des consommateurs et formation des contrats » ; Chapitre V « Valorisation des produits et des services » ».

a) Les appellations d'origine

111 L'article L.115-1 du Code de la consommation nous fournit une définition de l'appellation d'origine. Aux termes de ce texte « constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains ». Il faut bien évidemment distinguer les appellations d'origine des simples indications de provenance, qui ne sont rien d'autre qu'une désignation géographique de l'origine du produit. La Cour d'appel de Pau nous fournit d'ailleurs une illustration de cette distinction en jugeant que la dénomination « Linge Basque » n'est pas une appellation d'origine puisqu'elle ne met pas en œuvre des techniques se rattachant aux terroirs basques⁴¹³. Par ailleurs, les dénominations relevant du domaine public ne peuvent constituer une appellation d'origine comme en témoigne une affaire portant sur la dénomination « Moutarde de Dijon »⁴¹⁴. On en déduit au regard de ces décisions que les appellations d'origine sont strictement contrôlées afin qu'elles ne fassent pas l'objet d'une appropriation abusive de la part de professionnels qui souhaiteraient pouvoir bénéficier d'une notoriété non méritée.

112 La protection de ces appellations d'origine est largement garantie par le législateur qui a prévu à la fois une procédure administrative de protection et une action judiciaire, lesquelles peuvent être assorties selon les cas d'une répression pénale (articles L.115-2 et suivants du Code de la consommation⁴¹⁵). Le rôle de la jurisprudence ne doit pas être négligé non plus dans la mesure où celle-ci s'emploie à vérifier qu'aucune marque reprenant ou créant la confusion avec une appellation d'origine ne soit déposée. Elle a ainsi interdit que soit déposée la marque « Fourme » pour désigner un fromage dans la

⁴¹³ CA Pau, 8 mars 1957, D. 1957 p. 118

⁴¹⁴ CA Paris 19 mars 1929, DH 1929 p. 257

⁴¹⁵ Article L. 115-2 Code de la consommation, Créé par la loi 93-949 1993-07-26, annexe JORF 27 juillet 1993 : « A défaut de décision judiciaire définitive rendue sur le fond en application des articles L. 115-8 à L. 115-15, un décret en Conseil d'Etat peut délimiter l'aire géographique de production et déterminer les qualités ou caractères d'un produit portant une appellation d'origine en se fondant sur des usages locaux, loyaux et constants ».

mesure où ce signe distinctif pouvait créer la confusion avec l'appellation d'origine « Fourme d'Ambert »⁴¹⁶.

113 Ces appellations d'origine contribuent ainsi indéniablement à protéger la réflexion du consommateur lequel se trouve à l'abri de toute confusion qui pourrait le conduire à effectuer un mauvais choix de consommation. Par ailleurs, d'autres signes visant à identifier l'origine et la qualité du produit viennent corroborer et renforcer cette action protectrice des appellations d'origine.

b) Les autres signes d'identification de l'origine et de la qualité du produit

114 Le Code de la consommation reconnaît plusieurs signes distinctifs visant à identifier l'origine et/ou la qualité de certains produits. En effet, aux articles L.115-19 et suivants sont distingués « le label rouge », « l'appellation d'origine protégée, l'indication géographique protégée, la spécialité traditionnelle garantie » ainsi que « l'agriculture biologique ». Est également consacrée la « certification de conformité ».

Les mentions de ces signes d'identification dans le Code de la consommation n'ont pour seul but que de prévoir les sanctions applicables en cas d'utilisation détournée d'un de ces signes distinctifs. En effet, ces derniers relevant principalement du domaine agricole, ils sont tous appréhendés par le Code rural auquel le Code de la consommation fait référence.

115 A titre d'exemple, concernant le label rouge, l'article L.115-19 du Code de la consommation dispose que « l'objet et les conditions d'utilisation d'un label rouge sont fixés par les articles L.641-1 à L.641-3 du Code rural ». Le « label rouge » est le signe attestant la qualité supérieure d'une denrée alimentaire ou d'un produit agricole non alimentaire et non transformé. L'importance de leur notification dans le Code de la consommation est un facteur fondamental de protection du consommateur dans la mesure où celui-ci est considéré largement. En effet, peu importe la nature des actes de consommation qu'il envisage d'effectuer, ce dernier peut compter sur l'applicabilité des règles consuméristes.

⁴¹⁶ Cass. Com. 26 octobre 1993, note E. AGOSTINI, D. 1995 p. 58

De plus, la fonction des acteurs assurant la valorisation objective renforce le crédit accordé à ce système.

2. Les acteurs garantissant une valorisation objective

116 En règle générale, c'est le gouvernement qui met en œuvre la politique de valorisation des produits et des services. La procédure est assez simplifiée et place au cœur du processus l'Institut National de l'origine et de la qualité, le nouvel INAO (de son ancien sigle Institut National des Appellations d'Origine)⁴¹⁷. Sollicité par des organismes intéressés par un mode de valorisation, c'est l'INAO qui propose aux ministres compétents la reconnaissance réglementaire du mode de valorisation.

117 La reconnaissance d'une appellation d'origine contrôlée, par exemple, est prononcée par décret sur proposition de l'Institut National de l'origine et de la qualité, après avis de l'organisme de défense et de gestion compétent⁴¹⁸. En revanche, pour la certification d'autres produits et services, le rôle du gouvernement est amoindri dans la mesure où il va simplement accréditer les organismes candidats pour la délivrance de la certification. Ces organismes doivent déposer un dossier démontrant leur impartialité et leur compétence, sachant qu'ils doivent bien évidemment être distincts du fabricant, de

⁴¹⁷ L'Institut national de l'origine et de la qualité, ou INAO (sigle de son ancien nom Institut National des Appellations d'Origine), renommé par l'article 73 de la loi n°2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, est un établissement public à caractère administratif français placé sous la tutelle du ministère de l'Agriculture.

Il accompagne les producteurs qui s'engagent dans les démarches de qualité et gère plus globalement les signes d'identification de l'origine et de la qualité pour les produits fabriqués en France qui sont des signes officiels français :

- AOC : Appellation d'Origine Contrôlée.
- AOP : Appellation d'Origine Protégée (transposition au niveau européen de l'AOC).
- IGP : Indication Géographique Protégée.
- STG : Spécialité traditionnelle garantie.
- AB : Agriculture Biologique.
- Label Rouge.

⁴¹⁸ Article L. 641-6 du Code rural et de la pêche maritime, modifié par la loi n°2014-1170 du 13 octobre 2014, article 25 : « La reconnaissance d'une appellation d'origine contrôlée est proposée par l'Institut national de l'origine et de la qualité, après avis de l'organisme de défense et de gestion prévu à l'article L. 642-17.

La proposition de l'institut porte sur la délimitation de l'aire géographique de production, définie comme la surface comprenant les communes ou parties de communes propres à produire l'appellation d'origine, ainsi que sur la détermination des conditions de production qui figurent dans un cahier des charges.

Ces conditions de production peuvent comporter des mesures destinées à favoriser la préservation des terroirs ».

l'importateur, du vendeur ou du prestataire (article L.115-27 et L.115-28 du Code de la consommation)⁴¹⁹.

118 Ce rapide survol des différents moyens de valorisation des produits nous laisse une impression de disparité qui justifierait en somme une certaine harmonisation, gage de transparence. Pour autant, cela n'enlève rien à l'utilité de la valorisation dont la portée informative demeure considérable.

B/ L'utilité informative de la valorisation

119 Rappelons-le, la réglementation de la valorisation a principalement pour objet des produits alimentaires et assimilés. Les autres produits et services se contentent des « appellations d'origine simple » et des « certificats de conformité » comme mode de promotion. La confusion est générée par la multiplication des modes de valorisation qui diffèrent en fonction de la nature des produits selon qu'il s'agisse de produits agricoles, forestiers ou encore alimentaires. Malgré les faiblesses du système qui incite le consommateur à une certaine prudence, il n'en demeure pas moins que l'impact informatif issu de ce processus de valorisation est fondamental. En effet, la généralisation de ces signes d'identification au niveau communautaire favoriserait incontestablement les échanges transfrontaliers dans la mesure où la confiance des consommateurs s'en trouverait consolidée. Un simple signe fournissant une indication précieuse sur la nature du produit, et surtout sur sa qualité, permettrait d'effectuer des actes de consommation avec davantage de sérénité, sans craindre les effets d'une publicité tapageuse et trompeuse, souvent source de litiges.

D'ailleurs les pouvoirs publics, conscients de cet état de fait, ont alors renforcé les pouvoirs des institutions de défense des consommateurs, lesquelles interviennent

⁴¹⁹ Article L115-27, modifié par la loi n°200-776 du 4 août 2008 : « Constitue une certification de produit ou de service soumise aux dispositions de la présente section l'activité par laquelle un organisme, distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur, du prestataire ou du client, atteste qu'un produit, un service ou une combinaison de produits et de services est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel de certification »

Article L115-28, modifié par la loi n°200-776 du 4 août 2008 : « Peuvent seuls procéder à la certification de produits ou de services les organismes qui bénéficient d'une accréditation délivrée par l'instance nationale d'accréditation, ou l'instance nationale d'accréditation d'un autre Etat membre de l'Union européenne, membre de la coopération européenne pour l'accréditation et ayant signé les accords de reconnaissance mutuelle multilatéraux couvrant la certification considérée.

désormais majoritairement très en amont notamment avant toute survenance d'un conflit.

II/ L'information délivrée par les institutions de défense de consommateurs et les médias

120 Pendant de longues décennies, la presse et les médias ont été un correctif important contre les abus qui pouvaient survenir des trois pouvoirs traditionnels (législatif, exécutif, judiciaire), à tel point que l'on a considéré ce nouveau rôle de la presse comme constitutif d'un quatrième pouvoir. En effet, dans un contexte où les parlementaires œuvraient à l'abri de toute transparence et où la frontière entre l'exécutif et le judiciaire a parfois été ténue, les médias en dénonçant de tels abus se sont alors positionnés comme le « contre-pouvoir légitime des citoyens »⁴²⁰. Poursuivant continuellement le but de toujours dénoncer les excès générés par les tenants du pouvoir, les journalistes se sont ainsi engagés dans une quête de la vérité afin de délivrer l'information la plus sincère possible. Cette réalité est toujours d'actualité, même si certains déplorent la perversion de l'intégrité de ces derniers, pris malgré eux dans le cercle infernal de l'économie mondialiste et capitaliste, réduisant par la même l'impact de cet important pouvoir médiatique⁴²¹.

121 Pour ce qui nous concerne d'ailleurs, on ne peut qu'abonder dans le sens d'Ignacio RAMONET, dans la mesure où le constat est sans appel, il existe un réel déficit informationnel des consommateurs par la voie de la presse (B). Néanmoins, la situation n'est pas aussi dramatique que ce que l'on pourrait penser, et ce « déficit informationnel » est à relativiser du fait notamment du rôle grandissant des associations de consommateurs (A).

⁴²⁰ Ignacio RAMONET, *Le cinquième pouvoir*, Le Monde diplomatique, octobre 2003

⁴²¹ Cf supra note I. RAMONET

A/ L'objectif de mise en garde poursuivi par les associations de consommateurs

122 Classiquement, on considère que les associations de consommateurs sont des associations chargées de défendre les droits des citoyens dans leur dimension économique. Le Code de la consommation consacre leur importance en leur réservant, dans son exclusivité, son livre quatre (article L.411-1 et suivants)⁴²². En effet, il s'agit là de garantir l'effectivité de la mise en œuvre de l'ensemble des droits théoriques qui peuvent être reconnus au consommateur. Les associations assistent ainsi les consommateurs en difficulté dans leurs éventuels litiges avec un organisme ou une entreprise en les informant quant à la démarche à adopter, en les accompagnant dans la procédure mais aussi en leur indiquant la portée de leurs droits.

123 Bien que non négligeable, il serait pourtant très réducteur de limiter l'action des associations de consommateurs à ce rôle secondaire d'intervention a posteriori, notamment après la survenance du conflit. En effet, les associations de consommateurs interviennent aussi en amont, notamment auprès des Etats et des organisations internationales, en participant entre autres à la définition des normes protectrices des consommateurs. Cela constitue un bienfait considérable dans la mesure où elles sont en mesure d'influencer l'élaboration des nouvelles normes en fonction de leurs expériences très fructueuses sur le terrain. C'est d'ailleurs à ce niveau qu'est apprécié le facteur informationnel délivré par les associations de consommateurs dans la mesure où l'information provient de l'expérience même des consommateurs et est dirigée directement à destination des acteurs qui ont pour mission de la régler. L'information est également effective en sens inverse, notamment dans le cadre de la mission d'informer le public que dispensent les associations de consommateurs. Pour ce faire, celles-ci disposent d'un droit d'information légal leur permettant entre autres de se livrer à des analyses comparatives.

124 Conscient du caractère agressif que peut revêtir la mise en œuvre des modalités d'une telle pratique, le législateur a pris soin de limiter cette liberté d'information des associations en conférant notamment au professionnel un droit de réponse prévu par

⁴²² Code de la consommation, version consolidée au 1 juillet 2015, « Livre IV : Les associations de consommateurs ; Titre I : Agrément des associations ; Chapitre 1 : Les associations (article L. 411-1 et suivants) »

l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et par l'article 6 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle. Pour autant, il ne s'agit pas ici de condamner la simple critique, seule est visée la critique virulente susceptible de porter atteinte à l'honneur ou à la réputation du producteur.

125 Au regard de ces considérations, la mission informative confiée aux associations de consommateurs est essentielle, d'autant plus que leurs actions s'en trouvent renforcées au regard de leur regroupement aux niveaux européen⁴²³ et international⁴²⁴, permettant ainsi de divulguer une information complète à une échelle globale par le biais de l'utilisation des médias et des revues spécialisées.

B/ L'objectif comparatif poursuivi par les médias et la presse écrite

126 Moyens d'actions des associations de consommateurs, les médias et la presse vont permettre de rendre effectif le travail de ces dernières en diffusant le plus largement possible une information générale et impersonnelle. Cette diffusion est pourtant très inégalitaire au sein de l'Union européenne qui recense des déficits informationnels très importants chez certains pays alors que pour d'autres l'information est accessible et abondante. La France fait partie de cette dernière catégorie grâce notamment, entre autres, au rôle très actif de l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC - Que choisir ?), de l'Institut National de la Consommation (INC) et du Laboratoire National d'Essais (LNE). Les revues mensuelles écrites jouent également un rôle non négligeable *Que choisir ?* (de l'UFC Que choisir) et *60 millions de consommateurs* (de l'INC).

127 Pour autant on ne peut décemment plus aujourd'hui se passer d'une grille de lecture européenne s'agissant des règles juridiques au sein de l'Union et à plus forte raison lorsque celles-ci sont d'ordre consuméristes. En effet, envisager le consommateur d'un point de vue strictement national est très réducteur au regard du renouvellement permanent des moyens de communications permettant le développement massif des échanges transfrontaliers. Ainsi, une réforme du droit de la consommation au niveau

⁴²³ Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC)

⁴²⁴ Consumer's International

communautaire ne pourrait faire l'économie d'une transmission d'une information fiable et de qualité à destination de l'ensemble des potentiels consommateurs européens.

128 Il s'agit donc de tendre vers une information généralisée, impersonnelle et qui serait identique pour l'ensemble de l'Union. Mais pour qu'une telle entreprise soit pertinente, il faudrait que les notions employées aient la même signification tant au niveau interne que communautaire. De plus, l'obstacle majeur rencontré dans une démarche globale de ce type est la langue employée, car dans une Europe qui compte 28 Etats membres on ne peut décemment pas contraindre tous les professionnels souhaitant exploiter leur activité en dehors des frontières nationales à répondre à leur impératif d'information préalable en 28 langues. En revanche, une telle démarche peut s'envisager si la tâche est confiée à un organe communautaire qui aurait en charge de divulguer une information à destination de tout potentiel consommateur européen. L'objectif d'harmonisation du droit de la consommation est alors largement respecté et entretenu du fait du changement d'approche. On ne s'intéresse plus aux disparités existantes entre les différents droits nationaux afin de tenter de créer un droit communautaire qui reprendrait assez maladroitement et la plupart du temps insuffisamment ceux-ci, mais on se concentre sur les nouveaux besoins réels du consommateur en proposant une réponse globale adaptée. C'est d'ailleurs cette perspective qui a été adoptée par la politique européenne créant et validant le « système Rapex »⁴²⁵, ce qui a ainsi permis de consacrer un droit à l'information garanti pour le consommateur européen. Cette base de données constitue un outil essentiel de communication entre les Etats qui peuvent y mentionner des alertes produits en temps réel afin que l'information soit diffusée le plus rapidement possible au sein des pays de l'Union européenne. Là encore, on remarque l'effort qui est fait afin que le consommateur, national ou européen, soit le mieux informé. Reste pourtant à déterminer, au moins en substance, le contenu de cette information qui se manifeste très différemment selon les domaines d'applications.

⁴²⁵ Florence CHALTIEL, *Actualité de la protection du consommateur en Europe*, LPA, 25 mars 2011, n°60 p.5. Rapex est une base de données définissant les lignes directrices pour la gestion du système communautaire d'échange rapide d'informations.

Section 2 : Les contours de l'obligation d'information

129 Une description, la plus exhaustive possible, des différentes manifestations de l'obligation d'information ne suffirait pas à définir et appréhender le contenu de l'obligation d'information. Ce sentiment est d'autant plus accentué que règne une impression de désordre notamment au regard de l'existence de multiples informations et des différentes sources, qui ne cessent de se multiplier. Afin d'éclaircir notre propos, il convient alors d'envisager l'obligation d'information d'un point de vue strictement interne (§1) avant d'étudier la portée de l'information communautaire notamment au regard de l'objectif d'harmonisation (§2).

§1 : L'obligation d'information en droit interne

130 Comme beaucoup de notions centrales, l'obligation d'information n'a pas fait l'objet d'une définition précise par le législateur. C'est à l'occasion de son entreprise globale de clarification et de simplification du droit, qu'a été modifié en 2009⁴²⁶ l'article L.111-1 du Code de la consommation⁴²⁷ en imposant, sans plus d'autres précisions, au professionnel de mettre le consommateur en mesure de connaître, avant la conclusion du contrat, les caractéristiques essentielles du bien ou du service. Cette seule définition légale, bien que complétée et précisée par la loi relative à la consommation⁴²⁸, présente

⁴²⁶ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

⁴²⁷ Article L111-1 du Code de la consommation, modifié par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 21 « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service. En cas de litige, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté cette obligation ».

⁴²⁸ Article L111-1, du Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 6 (V) « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :
1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;
2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ;
3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;
4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles. La liste et le contenu précis de ces informations sont fixés par décret en Conseil d'Etat »

un aspect lacunaire à deux égards. En effet, le débiteur de l'obligation d'information n'est pas précisément identifié, du fait notamment de la largesse de la notion de professionnel (I) et il en est de même des « caractéristiques essentielles » (II).

I/ L'identification du débiteur de l'obligation d'information

131 A priori, l'identification du débiteur de l'obligation d'information n'engendre pas de grande difficulté. En effet, celle-ci ayant vocation à protéger la partie faible au contrat, ce sera nécessairement le sachant qui devra s'en acquitter. On imagine dès lors que la charge de l'obligation d'information ne repose que sur la seule partie cocontractante qui bénéficie de la qualité de professionnel par opposition au profane (A). Une telle vision est pourtant réductrice dans la mesure où d'autres personnes sont astreintes à une obligation d'information et notamment le fabricant du produit (B).

A/ L'information due par le professionnel cocontractant

132 Le principal texte mettant à la charge du professionnel une obligation générale d'information avant la conclusion du contrat par le consommateur est l'article L111-1 du Code de la consommation. Aux termes de ce texte, « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataires de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». Par cette disposition, le législateur a souhaité que le consommateur soit mis en mesure de connaître avec exactitude le bien ou service qu'il envisage d'acquérir et cela avant l'adoption définitive de sa décision de contracter avec le professionnel. Ce dernier sera ainsi tenu de communiquer les caractéristiques objectives de la chose (1) tout en tenant compte parfois de la position de son cocontractant (2).

1. La transmission d'éléments objectifs

133 Par son contenu, on remarquera que l'article L111-1 du Code de la consommation complète une disposition du Code civil, réservée aux opérations de ventes, et notamment l'article 1602 qui dispose « *le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige* ». Le professionnel est ainsi tenu de mettre à la disposition du consommateur les éléments lui permettant de connaître avec exactitude la nature et la composition du produit ainsi que sa traçabilité. Il doit aussi fournir au consommateur le mode d'emploi du produit et, le cas échéant, lui indiquer les précautions à prendre⁴²⁹.

Au regard de cet objectif, le professionnel débiteur de l'obligation d'information devra fournir une information graduée selon la situation. En effet, la simple transmission d'une information brute est nécessairement insuffisante selon les situations et notamment lorsque celle-ci ne peut pas être assimilée et comprise convenablement. C'est pourquoi, ont été déterminés trois niveaux différents d'information. Désormais, le consommateur profane peut bénéficier, selon la nature de son besoin de consommation, d'un simple renseignement jusqu'à un renseignement avisé en passant par une mise en garde recommandée.

2. La prise en compte d'éléments subjectifs

134 Il est nécessaire de distinguer l'obligation d'information, au sens strict du terme, de celle dite de conseil. L'obligation d'information n'est en réalité qu'un simple devoir de renseignement, elle consiste ainsi à transmettre simplement une donnée objective. A ce titre, la transmission de bonne foi d'une information exacte constitue la seule charge du débiteur de cette obligation. Sa mission prend fin dès l'instant où le créancier de l'obligation a bien reçu l'information, peu importe que ce dernier en ait compris le sens.

135 C'est d'ailleurs ce qui différencie ce devoir de renseignement de l'obligation de conseil. En effet, lorsque le professionnel est astreint au devoir de conseil, il sera nécessairement tenu de délivrer une information conforme tout en s'assurant également que celle-ci a bien été assimilée par le créancier. La démarche adoptée est ici purement subjective

⁴²⁹ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, D. 2003, p.54

dans la mesure où le débiteur devra rechercher la réelle volonté du consommateur afin de le diriger et le conseiller au mieux. D'ailleurs, le débiteur de l'obligation de conseil peut conduire celui-ci à ne pas conclure une opération qui pourrait pourtant lui être favorable⁴³⁰. Le conseil a ainsi pour but d'orienter le consentement de l'autre partie, il est l'obligation d'information la plus aboutie car empreint de la volonté de se substituer au profane dans la prise de décision.

136 Sur le plan théorique la dissociation de ces deux types d'obligations est aisée dans la mesure où une simple transmission d'informations ne constituera jamais en elle-même un conseil. En effet, le devoir de renseignement suppose simplement une transmission de l'information du sachant vers le profane, tandis que le conseil nécessite que soit instauré entre les cocontractants un véritable dialogue. Sur le plan pratique, cette exigence soulève une difficulté importante notamment lorsque la partie faible au contrat ne partage pas ses réelles motivations et ses mobiles en ne communiquant pas par exemple au professionnel des renseignements exacts et complets, empêchant ainsi celui-ci d'exécuter convenablement sa mission.

137 C'est pour dépasser cette difficulté qu'intervient l'obligation dite de mise en garde, qui est une obligation intermédiaire. Se situant entre l'information et le conseil, elle a pour objet de faire prendre conscience à l'autre partie des dangers que présente l'opération escomptée. Il s'agit donc là d'attirer l'attention du consommateur sur la dangerosité du produit sans toutefois interférer véritablement sur son consentement. Ces différentes informations, aux intensités variables, visent nécessairement à assurer et préserver la transmission d'une information la plus transparente possible et la plus claire possible. C'est pourquoi, il a été admis que l'obligation d'information devait, dans certains cas, non plus être supportée par le professionnel, partie au contrat, mais par le véritable sachant.

⁴³⁰ Philippe LE TOURNEAU, *Les professionnels ont-ils du cœur ?* D. 1990, p.22

B/ L'information due par le fabricant, tiers au contrat

138 Il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles l'obligation d'information est due, non pas par l'une des parties cocontractantes, mais par un tiers. En effet, en présence d'un contrat de vente classique, c'est le vendeur qui est normalement tenu de fournir l'information au client dans la mesure où il est incontestablement le professionnel. Pour autant, la jurisprudence va parfois mettre cette obligation à la charge du fabricant⁴³¹. Une telle solution se justifie par le fait que ce dernier connaît parfois mieux que le vendeur les caractéristiques du produit mis sur le marché, et pour certains produits ou services une information précise est nécessaire. C'est le cas pour les produits dangereux, il est ainsi admis que le fabricant ou le distributeur mettent en garde les utilisateurs contre la dangerosité de ces produits.

139 Dans notre droit interne, ce devoir a été consacré expressément dans les relations entre professionnels et consommateurs par l'article L.221-1-2 du Code de la consommation qui dispose « *le producteur fournit au consommateur les informations utiles qui lui permettent d'évaluer les risques inhérents à un produit pendant sa durée d'utilisation normale ou raisonnablement prévisible et de s'en prémunir, lorsque ces risques ne sont pas immédiatement perceptibles par le consommateur sans un avertissement adéquat* »⁴³².

A ce titre, le consommateur doit être en mesure de connaître la dangerosité du produit et dans quelle proportion, d'où l'intérêt de faire supporter la charge de cette obligation d'information directement par le fabricant et non plus par le vendeur. C'est ainsi que la jurisprudence a condamné un fabricant de colle pour ne pas avoir suffisamment averti les clients du danger de son utilisation, suite à la déflagration de celle-ci, qui a blessé deux individus⁴³³.

Une telle distinction est possible dans la mesure où le degré de connaissance du débiteur de cette obligation apparaît souvent comme un élément déterminant. La difficulté réside désormais dans la détermination des informations devant être transmises.

⁴³¹ Cass, Civ, 1^o, 23 avril 1985, note BOUVIER, D. 1985 p. 281

⁴³² Article L221-1-2 du Code de la consommation, modifié par l'Ordonnance n° 2008-810 du 22 août 2008-art. 2

⁴³³ Cass, Civ, 1^o, 31 janvier 1973, JCP ed G. 1975, I, n°2679
Cité dans *Concurrence consommation*, F. LEFEBVRE, 2005-2006, p.3878

II/ La détermination du contenu de l'obligation d'information

140 Au fil des nombreuses réformes visant à adapter le Code de la consommation aux nouvelles formes de consommation⁴³⁴, la tendance a été au renforcement de l'information des consommateurs, pierre angulaire dans la promotion et la consolidation de la confiance de ces derniers. Il s'agit donc simplement pour le sachant de partager ses connaissances du produit avec celui ou celle qui envisage de l'acquérir. La portée de l'obligation générale d'information des consommateurs par les professionnels est grande dans la mesure où elle s'impose à « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataires de services* »⁴³⁵ ainsi qu'au fabricant. Cette obligation est présente dans un nombre croissant de contrats, spécialement dans ceux conclus entre professionnels et consommateurs au sens large. On les retrouve par exemple, en matière de vente⁴³⁶, de contrat médical⁴³⁷ et d'assistance juridique⁴³⁸. Mais aussi, en matière d'installation, d'usage, d'entretien et de réparation de biens de consommation.

Pour tous ces types de contrats, il convient de transmettre une information la plus complète et la plus lisible possible. Pour cela il existe, à la charge du débiteur de cette obligation, une obligation de se renseigner. En effet, la Cour de Cassation a considéré que l'on devait parfois s'informer pour pouvoir informer⁴³⁹. Cette exigence est d'autant plus renforcée lorsque l'on est en présence d'un produit dangereux ou encore lorsque la chose est nouvelle.

141 Malgré ces indications, le contenu exact des informations à transmettre reste difficile à déterminer. C'est pourquoi, la question essentielle relative au contenu informationnel

⁴³⁴ Cf par ex, projet de loi tendant à instituer une action collective en faveur des consommateurs présenté au Conseil des ministres le 8 novembre 2006 ; Loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures visant à assurer une meilleure protection du consommateur en matière de vente

⁴³⁵ Article L.111-1 Code de la consommation, version modifiée par la loi n°2010-853 du 23 juillet 2010 - art. 35 : « I. - Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ».

⁴³⁶ Civ, 1°, 1 mars 2005, note RAYMOND, Contrats, Concurrence, Consommation 2005, n°142

⁴³⁷ Civ, 1°, 7 octobre 1998, note D. MAZEAUD, D. 1999, p.259

⁴³⁸ Civ, 1°, 18 juillet 2000, note J. MESTRE et B. FAGES, RTD Civ 2000 p.828

⁴³⁹ Cass, Civ, 2°, 12 juin 1996, Bull. civ, II, n°161

demeure. En d'autres termes, de quoi doit-on réellement informer ? La doctrine majoritaire a opté pour une information liée strictement à l'objet du contrat (A). Pour autant, un autre critère lié à la « pertinence de l'information »⁴⁴⁰, nous semble plus opportun (B). L'intérêt de ce nouveau critère réside ici dans l'identification de l'information utile pour le cocontractant, créancier de l'obligation.

A/ L'information au service de l'objet du contrat

142 La loyauté dictée dans les relations contractuelles oblige le cocontractant à informer le consommateur sur l'objet du contrat. Pour autant, il apparaît évident que l'on ne peut contraindre matériellement le débiteur de cette obligation à informer l'autre sur tous les éléments relatifs à ce contrat ni même sur tous les éléments dont il a connaissance. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit d'informer un profane sur l'objet d'un contrat, on s'en tient principalement aux informations intrinsèques de ce contrat (1). Pour autant, et afin de se prémunir contre toute erreur provoquée, il convient d'informer également sur les qualités substantielles de l'objet du contrat (2).

1. La transmission de données intrinsèques à l'objet du contrat

143 Au sens propre du terme, une information intrinsèque est une information « intérieure à quelque chose, en dedans de quelque chose »⁴⁴¹. L'information intrinsèque est donc celle qui porte « sur les caractéristiques propres, matérielles de la chose vendue et, plus largement, sur les caractéristiques des prestations convenues »⁴⁴². Par exemple, en présence d'un contrat de vente, sera considéré comme des qualités intrinsèques l'ensemble des informations relatives à la chose vendue, à sa quantité, sa qualité ou

⁴⁴⁰ Muriel FABRE-MAGAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992

⁴⁴¹ Dictionnaire « Littré », voir « intrinsèque » ; Définition du dictionnaire français Larousse : « Qui est inhérent à quelqu'un, à quelque chose, qui lui appartient en propre »

⁴⁴² Cf définition supra dictionnaire Littré

encore à ses propriétés principales. Mais pour étayer notre propos, il peut s'avérer utile de reprendre l'exemple classique proposé par Cicéron⁴⁴³.

144 Dans les faits, il s'agissait de savoir si le marchand de blé arrivé à Rhodes devait ou pas avertir les habitants de la venue prochaine d'autres vaisseaux chargés de blé, lesquels allaient non seulement mettre un terme à l'état de pénurie tout en favorisant la baisse des prix. Cicéron et Pothier pensaient en conscience que le marchand était tenu d'une obligation d'information. Cependant, Pothier considérait qu'un acheteur n'était pas recevable à se plaindre de ce que le vendeur ne l'avait pas tenu informé des circonstances extrinsèques à la chose vendue, c'est-à-dire une information qui n'a aucun rapport avec l'objet spécifique du contrat. Une telle position trouve nécessairement sa justification dans le fait que toute information extrinsèque est accessible à tout le monde. En effet, l'information d'espèce, à savoir l'arrivée d'autres vaisseaux de blé, n'était certes connue que du seul marchand. Pour autant celle-ci n'était pas inaccessible aux autres en ce sens que le marchand n'a usé d'aucune manœuvre pour garder confidentielle cette information capitale. Le seul reproche qui pourrait lui être opposé est d'avoir gardé le silence dans l'unique dessein de préserver son affaire. En cela il peut être moralement condamnable mais sur un plan juridique cela semble beaucoup plus délicat. D'ailleurs, il est intéressant de préciser qu'en droit positif, le seul fait de vendre une marchandise à un prix supérieur à sa valeur réelle n'est pas en soi constitutif du délit de fraude prévu et puni par l'article 1^{er} de la loi du 1 août 1905⁴⁴⁴.

145 A l'aune de ces éléments, doit-on alors conclure qu'à partir du moment où l'on est en présence d'une information extrinsèque à la chose vendue le vendeur n'est plus tenu juridiquement de la transmettre à l'acheteur ? Pour tenter de répondre à la question, reprenons l'exemple de Cicéron. Sans prétendre à l'exhaustivité, pouvaient être considérées comme intrinsèques, les informations sur la quantité de blé vendue, sa provenance, ou encore sa qualité et ses modalités de conservation. Il n'est pas contesté que toutes ces informations ont certainement dû être transmises aux acheteurs potentiels lors des négociations, ce qui a donc engendré un engagement en connaissance de cause.

⁴⁴³ Maurice TESTARD, *De officiis*, Cicéron, Livre III, XII, n°50, in *Les devoirs*, Livres II et III, édition « Les Belles Lettres », 1984

⁴⁴⁴ Crim, 25 octobre 1990, Gaz Pal, 15-16 mars 1991, p. 14

En revanche, peuvent être considérées comme des informations extrinsèques, celles ne portant pas sur les caractéristiques de la chose vendue mais, par exemple, sur les raisons personnelles de l'acheteur d'acquiescer le blé, autrement dit ses mobiles ou encore comme dans l'exemple susvisé sur des éléments ayant une incidence sur la valeur, et notamment, la fin prochaine de la pénurie. Ainsi, en informant son cocontractant de la totalité des caractéristiques inhérentes à la chose, objet du contrat, on en déduit que le vendeur a convenablement observé son obligation générale d'information. Il ne s'est pas rendu coupable de réticence dolosive dans la mesure où il a simplement répondu aux attentes des potentiels acheteurs en les tenant informés de la quantité de blé qu'il rapportait et de sa qualité. Rien ne l'obligeait à communiquer le fait que d'autres vaisseaux allaient prochainement arriver et livrer à leur tour un blé dont il ignorait la qualité et la quantité. On retiendra alors que le contenu informationnel auquel est tenu le vendeur porte principalement sur les qualités intrinsèques au contrat.

146 L'erreur sur la valeur, est celle qui porte sur « une appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes »⁴⁴⁵. En l'espèce, l'acheteur était en possession de toutes les données lui permettant de calculer le prix du blé au moment de la conclusion du contrat. Il n'a donc fait aucune erreur sur la substance de la chose qu'il a achetée dans la mesure où il s'agissait bien de blé de la qualité et de la quantité qu'il escomptait. Sa seule erreur repose finalement dans l'appréciation erronée du prix du blé dans un avenir proche. Il a donc commis une erreur sur la valeur prochaine du blé et non pas sur la substance de celui-ci. D'ailleurs, une erreur sur la substance aurait nécessairement été appréhendée autrement du fait de l'obligation pour le vendeur d'informer le profane sur les qualités substantielles de la chose qu'il vend.

2/ La délivrance de données substantielles à l'objet du contrat

147 Selon le principe de l'autonomie de la volonté, le consentement ne peut engager celui qui l'a émis que s'il est libre et éclairé, en d'autres termes s'il est exempt de vices. A ce titre, le Code civil, en son article 1110, prévoit et sanctionne toute erreur intervenant

⁴⁴⁵ Jacques GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Thèse, Paris, LGDJ, 1971, n°74, p.83

lors de la formation du contrat, remettant ainsi en cause l'intégrité du consentement donné par les parties. L'erreur est habituellement définie comme une représentation erronée de la réalité⁴⁴⁶, elle constitue un vice du consentement dans deux séries de cas. La première forme d'erreur, qualifiée d'erreur obstacle⁴⁴⁷, se caractérise par la méprise des cocontractants sur la nature même du contrat (c'est par exemple le cas d'une vente qui est associée dans l'esprit du potentiel acheteur à une donation, ou encore l'hypothèse d'une vente qui ne porte pas sur la même chose dans l'esprit des cocontractants). Celle-ci ne soulève pas en général de grande difficulté, ce qui n'est pas le cas de l'erreur sur la substance. En effet, définir la substance de la chose n'est pas une entreprise aisée dans la mesure où l'article 1110 alinéa 1, du Code civil évoque simplement l'erreur « qui tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ».

148 Deux conceptions doctrinales s'affrontent alors. Selon une conception purement objective, on considère que la substance n'est autre que la matière dont la chose est faite. Une seconde conception retient quant à elle un critère beaucoup plus subjectif selon lequel la substance d'une chose comprend l'ensemble des qualités qui étaient essentielles pour celui qui s'engage. Bien que la consécration de la conception subjective de la notion de substance de la chose rende impossible l'établissement d'une liste limitative des qualités substantielles susceptibles de vicier le consentement, on peut noter que les tribunaux en ont retenu une conception extensive. En effet, on assimile désormais à l'erreur sur la substance « celle sur les qualités substantielles, c'est-à-dire sur les qualités essentielles »⁴⁴⁸. C'est donc en fonction de leur incidence déterminante sur le consentement que les qualités sont jugées substantielles, ou pas. L'appréciation de ce caractère étant laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il convient toutefois de souligner qu'est substantielle la qualité déterminante pour l'errans « et qui était connue dans son importance par son cocontractant »⁴⁴⁹.

149 En d'autres termes, il est exigé pour que soit reconnue l'erreur, non pas que tous les partenaires se soient trompés, mais que l'élément déterminant ait été connu de l'autre.

⁴⁴⁶ Cf supra note J. GHESTIN, p.1963

⁴⁴⁷ Rémy CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 8^e ed, 2008

⁴⁴⁸ F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} vol, Obligations : théorie générale*, 8^e ed, 1991, n°163, p. 153

⁴⁴⁹ Droit Civil, Tome 1, Groupe ISP 2010, Société civile d'enseignement, p. 54

Ce raisonnement oblige finalement le débiteur de l'obligation à s'intéresser aux mobiles et raisons personnels qui ont poussé le cocontractant à contracter alors même que les mobiles ne sont jamais substantiels par définition. Il en résulte alors que l'information à transmettre devra non seulement comprendre la totalité des informations inhérentes à l'objet du contrat mais il appartiendra également au débiteur d'une telle obligation d'identifier l'information jugée essentielle pour son cocontractant.

150 Pour résumer on retiendra alors que l'erreur au sens de l'article 1110 du Code civil porte obligatoirement sur une qualité essentielle de la chose, objet du contrat, qualité convenue et déterminante du consentement donné par une partie à la conclusion de l'acte. La conséquence inéluctable est bien évidemment l'élargissement du champ d'application du contenu informationnel du débiteur de l'obligation d'information. Lorsqu'une erreur porte sur des qualités substantielles, elle peut justifier une annulation du contrat fondée sur l'article 1110 du Code civil. Pour autant, si cette action fait l'objet d'un échec, l'errans pourra toujours engager une action sur le fondement des articles 1116⁴⁵⁰ ou 1382⁴⁵¹ dudit Code. Un tel panel de possibilités d'actions peut être susceptible de créer la confusion dans l'esprit du consommateur mais également et surtout dans celui du professionnel débiteur de l'obligation. C'est pourquoi, nous préférons retenir le critère tiré de la pertinence de l'information⁴⁵², qui présente l'avantage de s'intéresser non plus exclusivement à l'information relative au contrat lui-même mais qui tient compte de l'état d'esprit du cocontractant.

B/ L'information au service du cocontractant

151 Nous venons de le voir, il est utile d'informer au mieux le cocontractant afin que celui-ci puisse s'engager en connaissance de cause. Le contenu informationnel relatif à l'objet du contrat étant difficile à délimiter du fait de l'existence d'informations intrinsèques et extrinsèques au contrat, il a été proposé de privilégier non plus l'information propre au

⁴⁵⁰ Cf supra, article relatif au dol

⁴⁵¹ Cf supra, article relatif au délit civil

⁴⁵² Cf supra note M. FABRE-MAGNAN

contrat, mais plutôt l'information susceptible d'intéresser le cocontractant lui-même. Il s'agit ainsi de transmettre une information, certes la plus complète possible, mais surtout la plus appropriée. A ce titre, il convient alors de transmettre toute information qui présenterait un intérêt pour le créancier de l'obligation, c'est-à-dire une information susceptible de l'intéresser du fait de son caractère pertinent. Ce critère tiré de la pertinence de l'information a été développé par Madame Muriel Fabre-Magnan. Celui-ci peut être défini « comme tout élément susceptible d'entraîner chez le créancier une réaction, en ce sens que si ce dernier avait connu l'information, il aurait agi différemment c'est-à-dire, par exemple, qu'il aurait refusé de conclure le contrat, ou encore aurait pu prendre des dispositions pour en obtenir une correcte exécution »⁴⁵³. Ce concept converge nécessairement avec l'idée de M. PETEL, qui prône pour la transmission d'un « fait majeur »⁴⁵⁴ concernant l'obligation d'information à laquelle est tenu tout mandataire. En effet, l'auteur considère qu'il faut « mettre le mandant en mesure de décider s'il y a lieu de réagir et dans l'affirmative de choisir la réaction la plus adaptée »⁴⁵⁵.

152 Toutefois, nous préférons retenir le critère de la pertinence du fait de son caractère beaucoup plus explicite qui nous renvoie à la notion d'utilité du contrat. Ainsi, en incluant cette dimension d'utilité, on précise par la même la portée de l'obligation d'information pesant sur le cocontractant débiteur dans la mesure où le contenu informationnel sera fonction du contenu concret du contrat. En d'autres termes, l'information est pertinente lorsqu'elle « se rapporte à l'objet des obligations nées du contrat »⁴⁵⁶ et elle devient utile lorsqu'elle intéresse le cocontractant.

153 La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 21 novembre 1975, a déclaré « qu'en plus des dispositions légales, la bonne foi contractuelle ajoute un devoir d'honnêteté élémentaire de renseigner le cocontractant sur tous les événements propres à l'intéresser, sans avoir à lui laisser le soin ou la chance de les découvrir dans les 140 pages d'un

⁴⁵³ Cf supra note M. FABRE-MAGNAN, n°169, p. 132

⁴⁵⁴ Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Thèse, 1988, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec

⁴⁵⁵ Cf supra thèse précitée Ph. PETEL, n°394, p. 253

⁴⁵⁶ Cf supra thèse précitée M. FABRE-MAGNAN, n°174, p. 137

règlement de copropriété »⁴⁵⁷. On en déduit alors qu'une information utile (et donc pertinente) pour le cocontractant est une information susceptible de l'intéresser, en ce sens qu'elle lui permettra de l'éclairer dans ses décisions, et le cas échéant de modifier son comportement.

Exiger que l'information soit utile pour le cocontractant ne signifie pas nécessairement que celle-ci doive être substantielle ou déterminante. En effet, le principe reste que l'ignorance, par la faute du cocontractant, d'une information simplement utile peut ouvrir droit à des dommages et intérêts.

154 Dans cette perspective, on procède alors à un changement du support du contenu informationnel car bien que l'information liée à l'objet du contrat ne soit pas totalement occultée, on privilégie davantage l'information qui va venir servir les intérêts du cocontractant. A ce titre, nous considérons que la délivrance de ce type d'information est beaucoup plus appropriée pour les deux parties dans la mesure où le débiteur, en transmettant une information réelle et conforme aux attentes de son interlocuteur, sera plus performant d'un point de vue économique en s'exposant moins par exemple aux retours de marchandises, du fait notamment de l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation. De l'autre côté, en sommant les professionnels de délivrer une information claire, lisible et adéquate aux attentes du consommateur, on contribue inéluctablement à consolider la confiance de ces derniers, ce qui permettra à terme de promouvoir et d'accroître le développement des échanges européens.

155 L'enjeu est considérable et retenir ce critère de la pertinence de l'information nous permet ainsi d'outrepasser les obstacles liés à l'identification des informations propres à l'objet du contrat. Ainsi, une information utile est une information qui intéresse le cocontractant, il en résulte alors, a contrario, que toute information qui ne serait d'aucune aide à ce dernier n'a pas à lui être transmise, même si elle a un lien avec l'objet du contrat. L'intérêt réside alors dans l'absence de nécessité d'imposer une obligation d'information lorsque la connaissance de celle-ci n'a aucun intérêt pour le cocontractant c'est-à-dire lorsque l'information ne va pas déterminer le choix de la décision opportune que devra faire le consommateur. En ce sens, la jurisprudence décide « que si une partie a eu à sa disposition toute une série d'information largement suffisante pour l'éclairer

⁴⁵⁷ D. 1976, p. 50

correctement dans sa décision de conclure le contrat, elle ne peut reprocher à son cocontractant de lui avoir recelé certaines informations secondaires pour demander l'annulation du contrat. Ainsi pour demander l'annulation d'un contrat de franchise relatif à l'exploitation d'une agence matrimoniale, le franchisé ne saurait faire grief au franchiseur de ne pas avoir correctement exécuté son obligation précontractuelle de renseignement, dès lors qu'avant la signature du contrat, des études démographiques, publicitaires et concurrentielles ainsi qu'un budget prévisionnel lui ont été communiqués, renseignements qu'il a exploités en [les] prenant comme base de recherches personnelles, nombreuses et précises, afin d'apprécier la potentialité de clientèle et la viabilité de la zone concédée »⁴⁵⁸.

156 L'efficacité de la transmission d'une information utile repose désormais sur le professionnel débiteur de l'obligation qui devra nécessairement adopter une démarche objective pour répondre au mieux à ses exigences légales et conventionnelles. En effet, il ne s'agit plus de transmettre toute information liée à l'objet du contrat et connu du débiteur de l'obligation, un travail de sélection doit être effectué en amont. Ainsi, le professionnel n'est pas tenu de transmettre une information globale et complète qui serait susceptible de ne pas éclairer le consommateur. Il doit au contraire agir afin d'éviter de l'induire en erreur et de lui faire prendre une décision inadéquate. En d'autres termes, il n'y a aucune obligation d'information, lorsque la connaissance de celle-ci peut se révéler inutile pour son destinataire, voire néfaste. En effet, dans certains cas la dispense de l'information est préférée et notamment en matière médicale, lorsqu'il s'agit pour les médecins de taire les informations liées aux risques exceptionnels⁴⁵⁹ présentés par une opération et qui conduiraient les patients à refuser systématiquement, et de manière irrationnelle, de se soumettre à l'acte médical alors même que celui-ci serait objectivement souhaitable. Il apparaît donc préférable de limiter leur obligation d'information aux risques normalement prévisibles⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ Cf supra thèse précitée M. FABRE-MAGNAN, p. 140, n°177 à propos de l'arrêt du 9 mars 1990 de la cour d'appel de Colmar, D. 1990, p.232, note de J-J Burst.

⁴⁵⁹ Civ, 1°, 3 janvier 1991, Bull. civ, I, n°5, p. 4 in Cf supra *L'obligation d'information dans les contrats*, M. Fabre-Magnan

⁴⁶⁰ Civ, 1°, 19 avril 1988, D. 1988, p. 125

157 A l'aune de ces éléments, on comprend que la délimitation du champ d'application de l'obligation d'information, et notamment la détermination du « contenu obligationnel »⁴⁶¹, ne sont pas une entreprise aisée et circonscrite. L'harmonisation communautaire en ce domaine sera donc la bienvenue.

§2 : L'obligation d'information par le droit communautaire

158 La spécificité du droit communautaire réside dans l'absence de définition globale et générale de l'obligation d'information, celle-ci étant simplement appréhendée au travers de ses nombreuses directives visant à réglementer des domaines particuliers. Bien que l'analyse des différentes exigences posées dans chacune de ces directives témoigne d'une certaine harmonie ou du moins de l'existence d'un certain socle commun dont a la charge le professionnel, débiteur de l'obligation (I), la volonté d'harmoniser le droit de la consommation à l'échelle européenne présente au moins l'avantage de simplifier l'accessibilité à l'information des consommateurs (II).

I/ L'identification éparpillée des mentions informatives à transmettre

159 L'objectif d'harmonisation totale a entrepris de regrouper des directives, essentielles dans la vie du consommateur, en un document unique pour plus d'accessibilité et de lisibilité du droit en la matière. Cette démarche concernait en 2008 quatre directives, mais l'absence d'entente entre les Etats, quant au niveau de protection à maintenir, a conduit à l'adoption d'une directive cadre en 2011 qui ne concerne plus que les directives portant sur les contrats conclus hors établissement de 1985 et sur ceux conclus à distance de 1997. La directive de 1993, relative aux clauses abusives et celle de 1999 sur la vente demeurent ainsi applicables en l'état conformément à la transposition nationale. Avant l'intervention de cette harmonisation minimale, on retrouvait des obligations, notamment en matière informative, dans chacun des domaines que couvraient ces directives. S'ajoutaient à ces diverses informations spécifiques des informations d'ordre général, sur les conditions de vente entre autres, qui faisaient

⁴⁶¹ Pascal ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, D. 1999, p. 771

également l'objet de l'obligation. Cet éparpillement de l'obligation faisait incontestablement défaut au professionnel qui parfois omettait de transmettre la totalité des éléments constitutifs de l'obligation et cela était préjudiciable in fine pour le consommateur, malgré le possible engagement de responsabilité du débiteur.

160 C'est pourquoi, le droit communautaire a imaginé un meilleur moyen de protection que le renforcement de la responsabilité du professionnel, en adoptant une démarche davantage préventive que restrictive afin que soit au mieux observées les obligations de ce dernier. En effet, le but est de faciliter les transactions entre professionnel et consommateur, à ce titre réunir les devoirs et obligations de l'un et de l'autre en un seul document semble être une solution convenable.

II/ L'identification regroupée des mentions informatives à transmettre

161 L'échec de la proposition de directive du 8 octobre 2008, qui après de longs débats nationaux et européens, aura finalement laissé place à une directive cadre du 23 juin 2011⁴⁶², témoigne d'une première tentative réussie d'un regroupement des mentions informatives à un niveau supra national. En effet, bien que réduite dans son champ d'application, celle-ci consacre une place importante à l'obligation d'information. Deux chapitres sont entièrement dédiés à l'obligation d'information. Un « chapitre II », relatif à « l'information des consommateurs » et qui envisage le contenu des obligations d'information générale, les obligations spécifiques ainsi que le défaut de celles-ci (A) et un « chapitre III » portant sur l'information des consommateurs concluant un contrat à distance ou hors établissement (B).

A/ L'information inhérente à tout acte de consommation

162 Poursuivant son objectif d'harmonisation totale, le législateur européen s'est appliqué à rendre le droit de la consommation plus lisible afin d'accroître et de renforcer la

⁴⁶² Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM (2008) 614 final du 08/10/2008, Date d'adoption du texte par les instances européennes : 25/10/2011

protection consumériste. En effet, de nombreuses mentions informatives, éparses, diverses et parfois même redondantes obligeaient le professionnel à faire preuve d'une grande vigilance selon le contrat qu'il prévoyait ou l'objet de celui-ci. L'effort fourni par le Parlement européen et le Conseil le 8 octobre 2008, facilite grandement le travail du professionnel qui désormais disposera d'une réglementation unique de référence l'informant de ses obligations. En effet, l'article 5 du Chapitre II nous fournit une liste limitative d'informations que le professionnel devra transmettre avant toute conclusion de contrats de ventes ou de services. Celle-ci porte notamment sur les caractéristiques du produit, sur l'identification du professionnel, sur le prix ainsi que sur les modalités de paiements et de livraisons de la chose, sur l'ensemble des prérogatives dont dispose le consommateur (droit de rétractation, existence d'un service après-vente ainsi que les conditions qui y sont afférentes) mais également sur les devoirs auxquels il est tenu (obligation de payer ou de fournir des garanties financières telles que caution ou autres). Dans l'article 7, le législateur européen met l'accent sur le débiteur de l'obligation d'information qui ne peut être que le professionnel cocontractant. En effet, lorsqu'un contrat de consommation est conclu entre un consommateur et un intermédiaire, ce dernier indique au professionnel, aux termes de l'article susmentionné, « qu'il agit au nom et pour le compte d'un autre consommateur ». Cette précision présente l'avantage de cantonner le domaine d'application de la directive en ce qu'elle a pour but de favoriser la protection des consommateurs mais nullement de leur offrir des garanties illimitées qui leur permettraient de se montrer négligents. L'article 6 met quant à lui l'accent sur les sanctions encourues par le professionnel cocontractant qui n'a pas respecté son obligation d'information. Ainsi, en cas de défaut d'information relatif aux frais supplémentaires, ces derniers ne pourront être exigés du consommateur.

163 En seulement trois articles, regroupés en un chapitre, le législateur européen a ainsi facilité la lisibilité du droit communautaire dans la mesure où désormais l'ensemble des mentions informatives assigné au professionnel est synthétisé en un document unique général. Ces mentions concernent l'ensemble des contrats de consommation, pour autant d'autres informations spécifiques demeurent et dépendent de la nature du contrat conclu.

B/ L'information particulière à certaines modalités de consommation

164 Il paraissait insuffisant d'harmoniser l'obligation générale d'information en assignant simplement au professionnel de transmettre au consommateur, avant toute conclusion d'un contrat, un « minimum d'information claire et compréhensible »⁴⁶³. En effet, il demeure des domaines dans lesquels l'information a besoin d'être plus poussée du fait notamment de la nature du contrat, qui sortant du cadre traditionnel de consommation, a pour effet de bouleverser le consommateur. Dans ces situations, regroupant le démarchage et les ventes à distance, la préservation de l'intégrité du consentement est primordiale. Le droit communautaire s'est alors employé à enrichir la liste informative qui vient alors s'ajouter aux informations générales dont est tenu tout professionnel. Celles-ci ont été alors regroupées au sein du chapitre III de la proposition de directive⁴⁶⁴, aux termes de douze articles appréhendant tantôt les informations concernant les contrats à distance et les contrats hors établissement (article 9)⁴⁶⁵, mais également les

⁴⁶³ Carole AUBERT DE VINCELLES, *Leçons jurisprudentielles sur l'harmonisation totale à travers les pratiques commerciales déloyales*, RTDE 2011, p. 630

⁴⁶⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs {SEC(2008) 2544} {SEC(2008) 2545} {SEC(2008) 2547} / COM/2008/0614 final - COD 2008/0196 : « Chapitre III : Information des consommateurs et droit de rétractation pour les contrats à distance et les contrats hors établissement »

⁴⁶⁵ Article 9 - Obligations d'information concernant les contrats à distance et les contrats hors établissement : « Pour les contrats à distance et les contrats hors établissement, le professionnel fournit les informations suivantes, qui font partie intégrante du contrat :

a) les informations visées aux articles 5 et 7 et en tout état de cause, par dérogation à l'article 5, paragraphe 1, point d), les modalités de paiement, de livraison et d'exécution;

b) lorsqu'un droit de rétractation s'applique, les conditions et les modalités d'exercice de ce droit conformément à l'annexe I;

c) si elle diffère de l'adresse géographique du professionnel, l'adresse géographique du siège commercial du professionnel (et, s'il y a lieu, celle du professionnel pour le compte duquel il agit) à laquelle le consommateur peut adresser une éventuelle réclamation;

d) les codes de conduite existants et, le cas échéant, les modalités d'obtention de ces codes;

e) la possibilité de recourir à un règlement amiable des litiges, s'il y a lieu;

f) le fait que le contrat est conclu avec un professionnel et, par suite, que le consommateur bénéficie de la protection prévue par la présente directive ».

informations formelles propres aux contrats hors établissement (article 10)⁴⁶⁶, ainsi que celles relatives aux contrats à distance (article 11)⁴⁶⁷.

165 Parmi les mentions informatives spécifiques que devra transmettre le professionnel, la plus importante est celle relative à la notification de l'existence d'un droit de rétractation. En effet, la particularité de ces modes de consommation atypiques a souvent pour effet d'arracher au consommateur son consentement, c'est pourquoi la possibilité de revenir sur celui-ci apparaît comme la contrepartie la plus efficace pour garantir l'intégrité du consentement du consommateur. C'est d'ailleurs cette recherche d'efficacité de la protection qui conduit le législateur à consacrer une information plus ou moins poussée.

⁴⁶⁶ Article 10 - Obligations formelles concernant les contrats hors établissement :

« 79. S'agissant des contrats hors établissement, les informations prévues à l'article 9 doivent figurer lisiblement dans le bon de commande, dans un langage clair et compréhensible. Le bon de commande doit contenir le formulaire standard de rétractation présenté à l'annexe I, partie B.

80. Un contrat hors établissement n'est valable que si le consommateur signe un bon de commande et, lorsque ce dernier n'est pas sur papier, s'il reçoit une copie du bon de commande sur un autre support durable.

81. Les États membres s'abstiennent d'imposer toute exigence formelle autre que celles prévues aux paragraphes 1 et 2.

⁴⁶⁷ Article 11 - Obligations formelles concernant les contrats à distance :

82. En ce qui concerne les contrats à distance, les informations prévues à l'article 9, point a), sont fournies au consommateur ou mises à sa disposition avant la conclusion du contrat, de manière lisible, dans un langage clair et compréhensible, et sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisé.

83. Lorsque le professionnel contacte par téléphone le consommateur en vue de conclure un contrat à distance, il est tenu de décliner son identité et d'indiquer la nature commerciale de l'appel dès le début de la conversation téléphonique.

84. Lorsque le support utilisé aux fins de la conclusion du contrat impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, le professionnel fournit au moins, sur le support en question et avant la conclusion du contrat, les informations concernant les principales caractéristiques du produit et le prix visées à l'article 5, paragraphe 1, points a) et c). Le professionnel fournit les autres informations visées aux articles 5 et 7 au consommateur sous une forme adaptée conformément au paragraphe 1.

85. Le consommateur reçoit confirmation de toutes les informations visées à l'article 9, points a) à f), sur un support durable et dans un délai raisonnable après la conclusion d'un contrat à distance, au plus tard au moment de la livraison du bien ou du début de l'exécution du service, sauf si ces informations ont déjà été fournies au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance.

86. Les États membres s'abstiennent d'imposer toute exigence formelle autre que celles prévues aux paragraphes 1 à 4.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

166 L'identification élargie de l'obligation d'information au niveau interne.

L'information est une obligation à la charge du professionnel qui a vocation à protéger les intérêts individuels et collectifs des consommateurs. Celle-ci prend plusieurs formes, elle est en effet d'ordre général et s'applique ainsi à l'ensemble des contrats de consommation mais peut aussi être spécifique à certaines situations qui nécessitent une attention particulière pour le consommateur jugé profane. Sa nature est précontractuelle, cela facilite ainsi la connaissance de l'acte en amont pour la partie faible au contrat. L'information visant la protection collective des consommateurs potentiels est plus impersonnelle et s'adresse à toute personne, qu'elle ait consommé ou pas. Cette information prenant la forme d'un label, d'un mode de valorisation ou encore d'une publicité poursuit un objectif de mise en garde mais aussi permet d'offrir des moyens de réflexion au potentiel consommateur, capable de comparer et analyser par lui-même les offres.

167 L'identification éparpillée de l'obligation d'information au niveau communautaire. Au niveau communautaire, chacune des directives réglementant les secteurs du droit de la consommation aborde l'obligation d'information. Le résultat est un effet éparpillé, souvent illisible pour le consommateur et le professionnel. Une des raisons à la volonté d'harmoniser le droit réside ainsi dans la restructuration des différentes dispositions protectrices, source d'efficience.

CHAPITRE 2 : La vigueur de l'obligation d'information

Chapitre 2 : La vigueur de l'obligation d'information

168 L'identification de l'obligation d'information laisse parfaitement entrevoir le renouveau de celle-ci. En effet, la tendance générale est à son renforcement quel que soit son domaine d'application permettant ainsi d'asseoir et d'ancrer avec force et vigueur sa portée dans notre droit. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette intensification de l'obligation d'information bien que le plus significatif repose sur la multiplication des formes de communication. En effet, les différentes manifestations de transmissions de données informatives ne cessent de croître, corrélativement à la profusion des moyens de communication qui engendrent de nouvelles formes de consommation. Cette profusion va le plus souvent être source de confusion, principalement pour le débiteur de l'obligation qui devra redoubler d'efforts pour garantir une parfaite information du consommateur, efforts qui seront in fine supportés par le consommateur. L'analyse de cette recrudescence de l'information, préjudiciable pour le consommateur (Section 1), nous pousse à tenter de mieux l'adapter afin que celle-ci demeure la plus efficiente possible (Section 2).

Section 1 : Le constat d'une intensification de l'obligation d'information

169 On doit le renforcement de l'obligation d'information à la recrudescence des nouvelles formes de consommation qui se sont, pour la plupart, accompagnées d'obligations informatives supplémentaires (§1). La profusion ayant alors généré de la confusion, l'idée de restructuration de toutes ces obligations semble s'imposer (§2).

§1 : La multiplication de l'information inhérente aux nouvelles formes de consommation, source de confusion

170 La forte période de surconsommation, ayant succédé à la seconde guerre mondiale, a provoqué un réel changement dans les habitudes de consommation des citoyens de l'Union en général et des consommateurs français en particulier. Désormais, satisfaire à des réels besoins de consommation n'est plus suffisant d'où le développement d'achats compulsifs. Dans un tel contexte, la tentation des professionnels de proposer des biens

et services tous aussi attractifs les uns que les autres s'est faite au détriment du consommateur, qui n'ayant plus les armes nécessaires pour faire un choix de consommation réfléchi, multipliait ses actes de consommation sans véritablement connaître la réelle destination du bien ou service qu'il achetait (I), et parfois, sans même être au point sur les modalités d'achat qu'il adoptait (II) notamment en effectuant des paiements par carte bancaire via des sites Internet plus ou moins sécurisés. L'intervention législative dans ces domaines a bien évidemment été la bienvenue.

I/ Le renforcement de l'information portant sur l'objet de l'acte de consommation

171 Le législateur, largement relayé par la jurisprudence, s'est efforcé de renforcer la connaissance des consommateurs relative à certains produits (A) et services (B) spécifiques.

A/ L'information renforcée pour certains produits de consommation

172 Il est des domaines particuliers où la spécificité du produit, objet de l'acte de consommation, est telle, qu'il convient d'attirer l'attention du consommateur. En effet, le caractère technique de l'acte renforce le déséquilibre originel existant entre le consommateur profane et le professionnel sachant. Ainsi, la délivrance d'une information classique telle que nous l'avons envisagée plus haut ne saurait suffire à répondre aux exigences protectionnistes que s'est fixé notre droit national. A titre d'illustrations, nous envisagerons l'information en matière de matériels informatiques (1), ainsi que celle inhérente au domaine médical (2), afin d'établir le renforcement de l'administration de celle-ci.

1. Le renforcement de l'information en cas de vente d'un ordinateur avec logiciel intégré

173 La vente liée d'un ordinateur équipé de logiciels pré installés est une pratique très courante du droit de la consommation. Il s'agit ainsi de proposer au consommateur un

produit dont il pourra faire usage immédiatement, c'est d'ailleurs principalement pour cette raison que les fabricants se sont appliqués à ne pas fournir des ordinateurs « nus »⁴⁶⁸ dont l'utilité aurait certainement été remise en cause par un consommateur moyen pour qui le matériel informatique est souvent une découverte voire une énigme. Aujourd'hui, cette réalité tend progressivement à s'amoinrir, notamment du fait de l'évolution notable du monde de l'informatique, qui a contribué à une profonde mutation des attentes des consommateurs. En effet, la réalité des décennies précédentes a laissé place à l'expression de la liberté de choix des consommateurs qui pour certains préfèrent ne plus s'acquitter du prix des logiciels pré installés dans la mesure où ceux-ci peuvent faire l'objet d'une vente libre et séparée. Mais ce changement de perspective de l'état d'esprit consumériste n'est pas sans poser de difficulté notamment au niveau de l'information que le vendeur est tenu de dispenser.

174 La jurisprudence tente alors de pallier au déséquilibre en privilégiant parfois l'équité comme en témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 26 novembre 2009⁴⁶⁹, au terme duquel les juges du fond concluent à l'absence d'obligation d'information spécifique du vendeur d'ordinateurs.

Dans cette espèce, il s'agissait pour les juges du fond de s'interroger sur la prohibition de la vente liée telle qu'envisagée aux termes de l'article L.122-1 du Code de la consommation⁴⁷⁰ en ce qu'elle faisait obstacle à la possibilité d'une renonciation des logiciels pré installés moyennant déduction du prix correspondant au coût de la licence d'exploitation des logiciels. S'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence en la matière, l'action a été vaine, la Cour d'appel jugeant que cette pratique est de « l'intérêt des consommateurs » car s'inscrivant dans l'objectif poursuivi par la directive communautaire de 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ X. DELPECH, *Logiciel pré installé : pas d'obligation d'information du vendeur d'ordinateurs*, D. 2010 p. 9

⁴⁶⁹ CA Paris, pôle 5, ch. 5, 26 novembre 2009, n°08/12771, commentaire X. DELPECH

⁴⁷⁰ Article L. 122-1 du Code de la consommation, modifié par l'Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013 : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1.

⁴⁷¹ Directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, transposée en droit français par la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008

175 L'intérêt de la décision est pourtant ailleurs et est relatif à l'obligation d'information dont est tenu le vendeur. En effet, il est acquis désormais que la vente d'un ordinateur équipé de logiciels constitue deux produits différents⁴⁷², pour autant les juges parisiens refusent de mettre à la charge du professionnel vendeur une obligation spécifique d'information quant au prix pratiqué. Ainsi, le prix global est suffisant et répond aux exigences du droit, point besoin d'astreindre le vendeur à fournir un « prix morcelé qui correspondrait au prix de l'ordinateur nu d'une part et des logiciels pré installés d'autre part dans la mesure où une telle ventilation perturberait le vendeur distributeur qui ne fait qu'appliquer les prix qui lui ont été imposés de manière globale par le fabricant »⁴⁷³. On ne peut donc décemment pas contraindre le professionnel à fournir une information spécifique au consommateur que lui-même ne détient pas. Cela aboutirait nécessairement à l'effet contraire recherché dans la mesure où le coût d'une telle pratique sera nécessairement supporté in fine par le consommateur.

176 Pour autant, et malgré la stabilité apparente de cette position jurisprudentielle, celle-ci n'est pas soutenue par le concours du juge de proximité de Toulouse qui dans une récente espèce a conclu à la « nécessité d'une information spécifique du consommateur en cas de vente d'un ordinateur avec logiciel intégré »⁴⁷⁴. Pour arriver à une telle solution la juridiction de proximité de Toulouse se fonde sur l'article L.132-1 du Code de la consommation visant à protéger le consommateur des clauses abusives. Dans les faits, un consommateur faisant l'acquisition d'un ordinateur, équipé de logiciels pré installés, en demande le remboursement considérant que ces derniers ne lui sont d'aucune utilité. Le vendeur lui oppose alors un refus de remboursement partiel mais lui indique qu'un remboursement total est envisageable. C'est ainsi que s'en trouve saisi le juge judiciaire par le consommateur qui souhaite faire reconnaître le caractère déloyal d'une telle pratique de vente en se fondant sur l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Contre toute attente celui-ci obtient gain de cause, le juge toulousain se livrant à une appréciation *in concreto* des faits de l'espèce. En effet, après avoir clairement établi qu'un ordinateur est un produit distinct d'un logiciel, il constate le manque

⁴⁷² Juridiction de proximité de Toulouse, 20 mai 2011, n°91-09-000641 ; note Ghislain POISSONNIER ; Gazette du Palais, 18 août 2011, n°230, p. 14

⁴⁷³ Cf supra note X. DELPECH

⁴⁷⁴ Cf supra note G. POISSONNIER à propos du jugement de proximité de Toulouse

d'information, et notamment portant sur le prix de chacun de ces produits, imputable au professionnel. Il en analyse ensuite les effets provoqués chez le consommateur qui se trouve dans l'impossibilité de se faire rembourser le prix de la licence d'exploitation sans rendre l'ordinateur. L'ensemble de ces éléments factuels, appréciés au regard du droit communautaire et notamment de la directive du 11 mai 2005, ont ainsi conduit à renforcer considérablement l'information du par le professionnel qui devra dès lors prendre soin de délivrer une information multipliée pour un produit jusqu'alors considéré comme unique.

Le domaine de l'informatique n'est pas le seul à être touché par ce phénomène de renforcement de l'information, d'ailleurs peu de domaines, dès lors qu'ils présentent une certaine originalité ou particularité, semblent épargnés. En témoigne ainsi le monde médical qui semble de plus en plus soumis aux règles consuméristes.

2. Le renforcement de l'information en matière médicale

177 Le phénomène d'intensification de l'information en matière médicale est très révélateur du changement des habitudes des consommateurs français et européens. En effet, il semblerait que l'abondance et la frénésie de consommation soient toujours d'actualité, mais de manière différente si l'on arrête comme point de comparaison la période de forte croissance économique d'après-guerre, qualifiée notamment de « *Trente Glorieuses* »⁴⁷⁵. La société actuelle, de plus en plus individualiste, tend à favoriser le culte de la personnalité, à travers principalement l'objectif de beauté, les manifestations principales de ce phénomène conduisant aux recours accrus à des opérations de chirurgie esthétique. Bien que souvent celles-ci se confondent avec la chirurgie réparatrice, qui entreprend de mettre fin à un trouble d'ordre physiologique ou simplement psychologique⁴⁷⁶, la chirurgie esthétique résulte d'une demande précise, pour laquelle sa réalisation s'apparente finalement à la satisfaction d'un besoin de consommation classique.

⁴⁷⁵ Appellation de Jean FOURASTIE dans « *Les trente glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975* », Paris Fayard, 1979

⁴⁷⁶ Définition Larousse « Spécialité chirurgicale regroupant l'ensemble des interventions consistant à réparer diverses lésions du corps humain. »

178 Une telle analyse peut surprendre, pour autant, il s'agit d'une réalité largement confortée par la présence d'exigences informatives largement renforcées. Ce renforcement s'apprécie d'ailleurs au regard du renouveau de l'administration de l'information par le professionnel, sachant que celui-ci se voit astreint à un réel devoir de conseil.

La multiplication des actes de chirurgie esthétique permet d'apprécier avec rigueur la réelle force de cette obligation d'information, pour autant dans ce large mouvement de banalisation de la consommation issue du domaine médical, une nouvelle forme de consommation assez singulière retient notre attention. Il s'agit en effet de l'acquisition de tests génétiques.

179 Cette nouvelle pratique qui consiste à se procurer des tests génétiques en ligne afin d'en faire un usage personnel témoigne des conséquences néfastes que peut engendrer un déficit informationnel du consommateur. En effet, l'essor de ces ventes, fondé sur le principe d'autonomie des consommateurs, qui agiraient ainsi en totale liberté et en toute connaissance de cause n'est en réalité qu'un leurre. Cette autonomie s'avère en réalité « illusoire aussi bien quant au caractère éclairé des décisions prises par l'individu que quant au contrôle de ce dernier sur les données collectées »⁴⁷⁷.

La vente de tests génétiques en ligne consiste à proposer à des consommateurs désireux de connaître certaines spécificités de leur patrimoine génétique des produits particuliers qui les renseigneront sur certains éléments particuliers. Ces informations, très diverses⁴⁷⁸, ne concernent pas seulement la santé. En effet, d'autres considérations beaucoup moins utilitaristes motivent les choix de consommation et notamment la « curiosité »⁴⁷⁹ des individus qui souhaitent par exemple connaître les données génétiques de leur appartenance à un groupe « ethnique »⁴⁸⁰.

180 Dans un cadre spécifique comme celui-ci, il est incontestablement insuffisant pour le législateur que d'assigner une obligation supplémentaire d'information au professionnel vendeur ou fabricant de ces tests dans la mesure où il est manifeste qu'un tel produit

⁴⁷⁷ Elsa SUPIOT, *Le consommateur de tests génétiques, un patient avisé ou berné ?* RDC, 1 octobre 2009, n°4, p.1573

⁴⁷⁸ Voir notamment Amy ARMON, *Comment je suis devenue accro aux tests*, Courrier International, n° 892, 6-14 décembre 2007, p. 36

⁴⁷⁹ Cf supra note E. SUPIOT

⁴⁸⁰ R. NIXON, *Rechercher ses ancêtres dans sa salive*, Courrier International, n° 892, 6-14 décembre 2007, p. 38

dépasse les compétences d'autodétermination du consommateur profane. De plus, en France certains de ces tests sont interdits à la vente, notamment ceux qui sont destinés à établir ou contester une filiation en dehors de tout cadre juridictionnel, leurs utilisateurs s'exposant à des sanctions pénales. Cette interdiction pouvant s'analyser comme une forme de protection des consommateurs visant à les prémunir de toute interprétation erronée ou illégale du résultat, s'avère pourtant très lacunaire. De plus, la plupart de nos voisins européens autorisent ce type de tests, se pose donc la question de l'intérêt d'une modification de notre ordonnancement juridique. En effet, si l'on poursuit l'objectif d'harmonisation et de globalisation de notre droit au niveau communautaire, la réelle question en la matière est celle de savoir : dans quel sens modifier la législation ?

181 Le processus d'harmonisation engagé nous pousse à postuler pour la thèse de l'encadrement juridique. Néanmoins, la rigueur doit être à l'épreuve et l'accent doit être porté sur la dangerosité d'une libéralisation incontrôlée de la vente de tels produits. En effet, la détermination du niveau de protection à maintenir au niveau européen, qui pose d'ailleurs le plus grand mal aux différents Etats membres, ne doit en aucun cas plier devant l'incapacité réelle du consommateur à consentir à un acte de consommation en connaissance de cause, c'est-à-dire que ce dernier doit être en mesure de comprendre l'acte et les conséquences que celui-ci va engendrer. Une telle discipline doit d'ailleurs alimenter l'ensemble du droit de la consommation, touchant ainsi les biens de consommation mais également les services de consommation.

B/ L'information renforcée pour certains services de consommation

182 Alors que certains biens de consommation nécessitent une information particulière invitant ainsi le professionnel à adopter une démarche de plus en plus subjective à l'égard des réels besoins du consommateur, certains services semblent également s'immiscer dans le champ très protectionniste que semble promouvoir le législateur national et qui est relayé par la jurisprudence. En effet, alors qu'à ce jour, la loi n'impose qu'une simple obligation d'information au profit des consommateurs, un arrêt du 28

octobre 2010⁴⁸¹ consacre une obligation de conseil à la charge des professionnels. L'obligation de conseil constitue le degré d'information le plus abouti en ce qu'il se situe bien au-delà du simple devoir de renseignement et de l'obligation de mise en garde.

183 Une telle vigueur du besoin informatif se trouve justifiée eu égard à l'émergence de nouveaux biens de consommation, accompagnés pour la plupart de nouvelles formes de consommation, qui nécessitent une information toute particulière comme nous l'avons vu précédemment. Par ailleurs, les spécificités de certains services proposés vont également justifier le renforcement de l'information comme en témoigne le renouveau de l'obligation d'information dont doivent répondre les agents immobiliers (2), mais également l'information assignée aux professionnels du transport (1).

1. L'alourdissement du contenu informationnel des professionnels du transport

184 A priori, mettre à la charge des professionnels du transport une obligation d'information semble assez surprenant dans la mesure où l'assimilation entre les usagers du service public et un consommateur lambda n'est pas entièrement consacrée. Pour autant, si l'on en croit la position du Conseil d'Etat qui a appliqué les dispositions relatives aux clauses abusives à un contrat de distribution d'eau il apparaît que « les statuts juridiques respectifs de l'usager et du consommateur tendent à s'unifier »⁴⁸². Cette tendance semble ainsi se confirmer au regard des obligations informatives dont doit répondre la SNCF. En effet, l'article L. 113-3 du Code de la consommation⁴⁸³ a vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats de transports « y compris [ceux] qui sont le fait de

⁴⁸¹ Civ, 1^o, 28 octobre 2010, n°09-16.913, commentaire de Xavier DELPECH, « *Vendeur professionnel : obligation de conseil* », D. 2010, p.2580

⁴⁸² Céline RONDEY, *La SNCF n'est pas dispensée d'informer ses usagers*, D.2002, p. 1276, à propos de l'arrêt CE, 11 juillet 2001, requête n°221458, D.2001 p. 2810

⁴⁸³ Article L113-3 du Code de la consommation, modifié par la LOI n° 2014-344 du 17 mars 2014, « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation »

personnes publiques [agissant] notamment dans le cadre de délégations de service public »⁴⁸⁴.

La vigueur de l'obligation d'information semble de moins en moins contestable embrassant le plus largement possible toutes les situations dans lesquelles un déséquilibre originel existe. En effet, il ne serait pas erroné d'affirmer que l'extension de la protection consumériste bénéficie désormais à tout profane potentiel qui, s'engageant dans un lien contractuel, risque de le faire en méconnaissance de cause. Le droit s'applique alors à éviter autant que possible de telles situations.

2. L'originalité de l'intensité de l'obligation informative imposée à l'agent immobilier

185 Le choix d'illustrer la vigueur de l'obligation d'information à travers le renforcement de l'obligation informative mise à la charge du professionnel immobilier trouve sa justification dans la particularité de la position de ce dernier qui, placé au cœur d'une relation tri partite et lié contractuellement qu'à une seule d'entre elles, va pourtant devoir répondre doublement de son obligation. En effet, la jurisprudence antérieure selon laquelle l'agent immobilier, mandataire exclusif de son client, n'est tenu de fournir un conseil éclairé qu'à ce dernier est très largement remise en cause. Une telle position ne se justifiait jusqu'alors qu'au regard du lien contractuel qui liait ces deux parties.

186 Pour autant, la jurisprudence a tenu compte progressivement de la situation particulière de l'acquéreur à l'égard duquel ne subsistait qu'une obligation sommaire d'information s'apparentant à la communication de simples renseignements d'ordre généraux et qui le plaçait dans une situation d'infériorité évidente. A ce titre, il a été progressivement mis à la charge de l'agent immobilier une obligation de conseil dont les créanciers sont non seulement le client, mais également l'acquéreur, cocontractant de son client. Ce nouveau rapport entre débiteur et créancier s'articule sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle dans la mesure où aucun lien contractuel ne peut être établi entre ces deux parties. Désormais, le professionnel mandataire ne pourra plus se contenter de « limiter ses diligences au profit de l'acquéreur à une sorte de contrôle minimum de comptabilité

⁴⁸⁴ Cf supra note C. RONDEY

de ses intentions avec la nature du bien vendu »⁴⁸⁵. Il devra en effet au même titre qu'à l'égard de son client s'acquitter de sa nouvelle obligation prétorienne en tentant de prodiguer des conseils adaptés à son interlocuteur, en le mettant en garde si besoin, et surtout en lui proposant des biens de consommation susceptibles de correspondre à ses attentes.

Quant au contenu de l'information, celui-ci n'est pas aisément identifiable en ce qu'il varie au gré de la casuistique jurisprudentielle qui a tantôt élargi le champ de cette obligation, tantôt s'est ravisée. Sans retranscrire cette évolution il convient de préciser que l'obligation dont doit répondre le débiteur ne se limite pas seulement aux éléments connus de l'agent immobilier, la Cour sanctionnant ainsi « l'ignorance illégitime »⁴⁸⁶ du professionnel en exigeant par la même que ce dernier entreprenne une démarche subjective afin de répondre aux attentes concrètes de l'acquéreur.

187 Un tel renforcement trouve naturellement sa justification dans l'importance du service fourni dans le cadre de l'acquisition d'un bien immobilier. En effet, un tel acte de consommation engage en règle général son acquéreur pour un nombre important d'années, et les données inhérentes à ce type d'acte de consommation échappent par nature à l'acquéreur (exposition de l'immeuble, matériaux de construction, environnement du site...). C'est pourquoi, il est important que le service rendu par le professionnel permette d'obtenir tous ces renseignements et à défaut de pouvoir être exploités convenablement. Il est donc indispensable que ces informations soient délivrées selon les besoins de l'acquéreur au moment de la transaction.

La prise en compte par la protection consumériste de ce type de service de consommation est un élément supplémentaire du renforcement de l'obligation d'information. Bien évidemment, celle-ci ne s'est pas cantonnée à ces seuls domaines, elle s'est étendue à d'autres situations à raison de certaines modalités spécifiques de consommation.

⁴⁸⁵ JL AUBERT, obs sous Civ, 1^o, 26 mars 1996, Defrénois 1996. 1030, spéc. 1031, in *L'obligation d'information et de conseil de l'agent immobilier à l'égard de l'acquéreur ; 1^{ère} partie : A la recherche de la nature de l'obligation*, Pascaline PILLET, AJDI 2008 p. 263

⁴⁸⁶ Pascaline PILLET, « *L'obligation d'information et de conseil de l'agent immobilier à l'égard de l'acquéreur ; Deuxième partie : A la recherche du contenu de l'obligation* », AJDI 2008 p. 366

II/ Le renforcement de l'information inhérent à certaines modalités de consommation

188 L'objectif protectionniste des consommateurs que poursuit le droit de l'Union européenne doit nécessairement s'articuler avec un des autres objectifs principaux poursuivis par celle-ci à savoir le développement du marché intérieur. Tenant compte de cette réalité, le droit n'a cessé de s'adapter aux profondes transformations de ces dernières décennies concernant les nouvelles habitudes consuméristes. En effet, à peine se familiarisait-on avec les ventes par correspondance téléphonique que l'on a dû s'adapter aux achats en ligne qui n'ont cessé de se multiplier. Aujourd'hui, c'est le développement du commerce électronique qui est au cœur des préoccupations européennes. La caractéristique de cette nouvelle forme de consommation justifiant là encore une protection plus poussée, la question de la transmission d'une information adéquate s'est rapidement posée. Il s'agissait en effet de construire et d'asseoir progressivement la confiance du consommateur en cette nouvelle forme de consommation si l'on souhaitait voir se développer le commerce électronique. Pour cela, la jurisprudence, étendant largement l'application de la directive de 1997⁴⁸⁷ sur les ventes à distance, s'est ainsi appliquée à accroître le champ d'application de l'information à laquelle doivent désormais répondre les professionnels proposant des biens ou services via Internet (A). Ces nouvelles garanties alimentent inéluctablement la confiance des consommateurs, il ne faut toutefois pas perdre de vue l'objectif premier qui reste d'assurer la protection de ces derniers, or une profusion de données informatives pourrait finalement les desservir (B).

A/ Le constat d'une large profusion de l'information en matière de commerce électronique

189 L'émergence progressive du commerce électronique ne s'est pas faite sans encombre, ne serait-ce qu'au regard du droit de la concurrence qui s'en est trouvé largement bousculé. Pour autant, alors qu'à ses débuts, ce nouveau mode d'exercice du commerce a fait l'objet de vives contestations notamment de la part de responsables de réseaux de

⁴⁸⁷ Directive communautaire n°97-7 du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance

distribution les considérant comme des « trublions »⁴⁸⁸, la prise en compte et surtout l'encadrement de ce nouveau phénomène d'importance se sont rapidement révélés nécessaires. En effet, alors que de nombreux acteurs soucieux de faire face à la concurrence ont étendu une partie de leur activité en ligne, le commerce électronique a également vu émerger de nouveaux acteurs, proposant exclusivement des produits et services en ligne, que la doctrine a nommé « pure players »⁴⁸⁹. La naissance du commerce électronique n'est ainsi plus contestée, en revanche les pouvoirs publics ont mesuré assez rapidement l'impact de ce nouveau phénomène et ont pris conscience de la nécessité de protéger le consommateur des abus qui pourraient survenir ne serait-ce qu'à travers le caractère de nouveauté de ce nouveau mode de consommation.

190 C'est ainsi qu'au niveau communautaire a été adoptée une directive le 8 juin 2000⁴⁹⁰ portant sur les modalités de mise en œuvre du commerce électronique et visant principalement à protéger les consommateurs. Il faudra attendre quatre ans, soit deux ans de retard par rapport aux prévisions communautaires, pour que soit transposée en droit interne cette directive par la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) de 2004⁴⁹¹. Cette loi poursuit l'objectif premier de l'Union en promouvant la libre circulation des biens et des services au sein de la Communauté tout en édictant de nombreux garde-fous afin de prévenir les éventuels excès. Concernant la protection du consentement des potentiels consommateurs, les principes applicables sont ici les mêmes en ce qu'ils assignent d'une part la délivrance d'une information claire et aisément compréhensible par son destinataire, et d'autre part ils favorisent l'exercice d'une réflexion en consacrant un délai de rétractation légal.

191 Mais la délivrance de l'information en présence d'un contrat électronique présente la particularité de recouvrir un champ d'application beaucoup plus étendu par rapport à un contrat de consommation classique. En effet, alors que pour ce dernier l'information se

⁴⁸⁸ T. com, Nanterre, 4 octobre 2000, in « *Veillez patienter, votre commerçant est déjà en ligne* », par Cédric MANARA, D. 2001 AJ 1317

⁴⁸⁹ Il s'agit de vendeurs « exclusivement internet » selon le Conseil de la Concurrence, CCE 2006 Comm. n°100, par M. CHAGNY in Dalloz actualité 22 octobre 2008

⁴⁹⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, (« directive sur le commerce électronique »).

⁴⁹¹ Loi pour la confiance dans l'économie numérique, n°2004-575 du 21 juin 2004, LCEN

limite exclusivement à l'objet du contrat lui-même, et par extension au cocontractant notamment lorsque le professionnel est tenu d'adopter une démarche subjective pour satisfaire à son obligation (cf supra), en matière de commerce électronique l'information présente la particularité de porter essentiellement sur l'identité de l'offrant.

La spécificité réside ici dans le fait que le professionnel en ligne ne peut se contenter de décliner son identité en répondant simplement aux obligations informatives inhérentes aux autres professionnels qui ne se livrent pas à une activité en ligne. En effet, le professionnel, étendant son activité via Internet, devra non seulement fournir la totalité des informations propres aux produits et services qu'il propose, mais également donner des informations le concernant personnellement en tant que structure.

192 Cette nouvelle exigence informative, d'origine communautaire⁴⁹², vise ainsi à consolider la confiance des consommateurs en l'économie numérique tout en garantissant leur protection juridique. La crainte en matière d'acte de consommation en ligne, quant à l'identification du professionnel prestataire, étant réelle, le droit communautaire a alors souhaité promouvoir une nouvelle garantie visant à contacter par un moyen supplémentaire le professionnel. On pense par cet « autre moyen » nécessairement à la ligne téléphonique qui permettra à tout moment au consommateur de joindre le vendeur de manière un peu plus directe qu'avec le simple contact internet. Il s'agit donc ici de tenir compte de la position particulière dans laquelle se trouve le potentiel acheteur en ligne. Ce dernier devra alors être en mesure d'accéder le plus simplement et rapidement possible aux différentes mentions informatives inhérentes aux produits ou services qu'il envisage d'acquérir tout en ayant la possibilité, si besoin est, de contacter, via un autre moyen que la connexion Internet, le professionnel prestataire.

⁴⁹² Article 5 directive 2000/31/CE, relative au commerce électronique : « Tout prestataire de services opérant exclusivement en ligne, doit fournir sur son site web diverses informations, parmi lesquelles ses coordonnées, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement avec elle »
in « *Veillez patienter, votre commerçant est déjà en ligne* », Cédric MANARA, Dalloz actualité 22 octobre 2008.

B/ Les effets pervers de l'administration d'une information inflationniste

193 L'information en matière de droit de la consommation vise à garantir un engagement en pleine connaissance de cause du potentiel acheteur. Pour cela, le droit interne, largement inspiré du droit communautaire, s'est alors engagé à promouvoir l'administration d'une information la plus complète possible à destination de ce consommateur jugé profane. Celle-ci revêt différents aspects et ne cesse d'évoluer dans le sens d'une plus grande profusion. En effet, on retrouve des données informatives au niveau publicitaire, lorsqu'il s'agit de promouvoir les aspects positifs d'un produit ou service, au niveau précontractuel, s'agissant de la délivrance d'une information objective et enfin au moment de la formation du contrat où est exigée la délivrance d'une information conforme aux besoins particuliers de l'acheteur potentiel.

194 Face à toutes ces nouvelles obligations informatives, la tentation chez le professionnel de transmettre le plus de données possibles est grande. En effet, pour se prémunir de toute sanction face à un quelconque défaut d'information, les débiteurs de telles obligations n'hésitent pas à multiplier les supports informatifs. Ce renouvellement accentué de données informatives, bien que justifiant la protection du consommateur, le dessert parfois à bien des égards. En effet, face à une quantité importante d'informations, le risque pour le consommateur profane est finalement d'avoir à effectuer un travail de recherche visant à identifier l'information pertinente.

195 Par ailleurs, l'information a un coût économique, or celui-ci est bien évidemment supporté, *in fine*, par le consommateur. A ce titre, l'administration de plus en plus massive de données informatives engendre nécessairement une augmentation des coûts non justifiée au regard de l'objectif protectionniste poursuivi par le droit communautaire.

L'ensemble de ces considérations factuelles met en exergue les limites personnelles de l'administration d'une information trop importante, c'est pourquoi nous préférons privilégier la transmission d'un socle informationnel indispensable pour le recueillement d'un consentement libre et éclairé du consommateur plutôt que de multiplier inutilement les données informatives à transmettre lesquelles dans la pratique se révèlent être un frein non seulement au développement du commerce mais aussi à la protection consumériste.

Mais pour parvenir à un tel équilibre sans risquer de voir le niveau de protection du consommateur diminuer il faut nécessairement entreprendre une réorganisation de l'administration de l'information en édictant de manière claire son contenu.

§2 : La restructuration de l'obligation d'information, source de clarification

196 S'agissant de protéger efficacement le consentement du consommateur, le rôle fondamental joué par la délivrance d'une information de qualité n'est plus remis en cause. Pour autant, afin que celle-ci conserve toute sa vigueur, il semble opportun de la dispenser en favorisant deux objectifs principaux : la transparence et la simplicité. En effet, l'accessibilité et la qualité de l'information doivent être garanties dès l'origine de l'acte de consommation afin de préserver un engagement optimal.

La directive cadre relative aux droits des consommateurs⁴⁹³, reprenant la plupart des modifications énoncées dans la proposition de directive du 8 octobre 2008 a été récemment adoptée. Elle modifie ainsi deux directives, celle relative aux clauses abusives⁴⁹⁴ et celle portant sur la vente et les garanties de biens de consommation⁴⁹⁵, et abroge les deux autres à savoir celle relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux⁴⁹⁶ et celle portant sur la vente à distance⁴⁹⁷. Cette nouvelle référence communautaire tend à harmoniser les règles en matière de consommation et contribue largement à accroître la lisibilité de l'obligation d'information due par le professionnel.

197 Ce nouveau texte s'applique désormais à tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur mais également à tous les contrats souscrits avec une personne publique dès lors que les biens fournis par ceux-ci se font sur une base contractuelle

⁴⁹³ Directive n°2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, 25 octobre 2011

⁴⁹⁴ Directive n°93/13/CEE du 5 avril 1993

⁴⁹⁵ Directive n°1999/44/CE du 25 mai 1999

⁴⁹⁶ Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985

⁴⁹⁷ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997

(notamment contrats de fourniture d'eau, de gaz, d'électricité et de chauffage urbain)⁴⁹⁸.

Le texte appréhende les obligations précontractuelles à la charge du professionnel de manière globale en imposant notamment en son article 5 l'administration de mentions informatives portant sur :

- les principales caractéristiques du bien ou service
- l'identité du professionnel
- le prix
- les modalités de paiement, de livraison et d'exécution
- les garanties commerciales découlant de la garantie d'éviction.

Outre ces mentions générales, des informations spécifiques sont par ailleurs exigées, du fait de leur particularité, en matière de contrats conclus à distance ou hors établissement.

En effet, pour ces deux types de contrats, sont exigées des mentions informatives supplémentaires, entre autres, le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance ainsi que l'existence et les modalités du droit de rétractation.

198 Malgré l'effort déployé par l'autorité communautaire, le consensus ne porte que sur deux des quatre directives initialement prévues. De plus, lors de la mise en place du livre vert en 2007, il était question d'harmoniser huit directives regroupant en somme la quasi-totalité des problématiques essentielles du droit de la consommation au niveau communautaire. Cette première initiative a vu son champ d'application réduit à quatre directives en 2008 pour finalement ne concerner plus que deux textes en 2011.

Ce recul progressif ne témoigne pas pour autant d'un recul du niveau de la protection du consommateur, au contraire. Il reflète simplement une mésentente quant au niveau définitif de protection à adopter en Europe. Les conséquences pour le consommateur ne sont pourtant pas nulles, ce dernier devant alors faire preuve d'une vigilance accrue en cas d'achat transfrontalier.

C'est pourquoi, la poursuite de la promotion du commerce européen nécessite non plus une adaptation du consommateur à la réglementation des pays voisins mais une simplification de cette dernière avec un accès facilité pour les consommateurs. La directive cadre de 2011 apparaît ainsi comme la première étape d'un long processus qu'il faut poursuivre et développer.

⁴⁹⁸ Focus « Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », par Nicole RAUD, Rédactrice en chef de la revue Contrats, Concurrence, Consommation et Gérard NOTTE, Rédacteur en chef du JCP E

Section 2 : L'exigence d'une adaptabilité de l'obligation d'information

199 Face à la difficulté d'adopter un consensus satisfaisant l'ensemble des Etats participants à la Communauté européenne, la priorité est à l'assimilation réelle de l'information par le consommateur. Pour ce faire, l'information doit être comprise (§1) et non redondante (§2).

§1 : La réception d'une information susceptible d'être assimilée par son destinataire

200 Chaque catégorie de produits nécessite des éléments de précision propres aux caractéristiques intrinsèques du bien. A ce titre, et afin de rendre l'information lisible, le Parlement européen s'est employé à édicter des règlements afin de rendre l'information relative à une catégorie de biens accessible. En témoigne, le nouveau règlement concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires adopté par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne le 25 octobre 2011⁴⁹⁹. En effet, la communauté européenne, à travers ce texte a contribué grandement à asseoir la légitimité de l'information dans la mesure où elle a participé au développement de la confiance du consommateur.

201 Parmi les principales dispositions du règlement, on recense la « déclaration nutritionnelle obligatoire »⁵⁰⁰. Il s'agit d'une nouvelle contrainte pour les entreprises agroalimentaires lesquelles devront mentionner sur chacun des emballages de leurs produits un certain nombre de mentions. Celles-ci concernent, entre autres, « la valeur énergétique, les quantités de graisses, d'acides gras saturés, de glucides, de protéines,

⁴⁹⁹ Règlement (UE) N°1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, modifiant les règlements (CE) n°1924/2006 et (CE) n°1925/2006 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 87/250/CEE de la Commission, la directive 90/496/CEE du Conseil, la directive 1999/10/CE de la Commission, la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2002/67/CE et 2008/5/CE de la Commission et le règlement (CE) n°608/2004 de la Commission.

⁵⁰⁰ Maxime BAUDOUIN, avocat à la Cour, « *Le nouveau règlement concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires* », Contrats Concurrence Consommation, Revue mensuelle LexisNexis, Jurisclasseur, Février 2012.

de sucre et de sel »⁵⁰¹. La transparence est ici assurée dans la mesure où il s'agit de mentions minimales à faire figurer, le producteur pouvant aller au-delà s'il le souhaite. La lisibilité est également garantie à travers la figuration de cette information sous forme de tableau et dans « le même champ linéaire »⁵⁰². Le texte prévoit par ailleurs une taille de caractère minimale de 1.2 millimètres de hauteur. La nouveauté concerne l'indication du pays d'origine. Cette référence revêt une importance majeure dans l'esprit des consommateurs, qui y voient un gage de qualité du produit et qui élimine ainsi la crainte d'un risque sanitaire.

A travers cet exemple, on peut mesurer l'intérêt fondamental pour la protection consumériste. En effet, l'information est réceptionnée, entendue et assimilée simultanément à la consommation voire à l'achat du produit. La seule limite dans ce cas réside dans la maîtrise de l'information inflationniste.

§2 : L'encadrement de l'information diffusée au niveau européen

202 Une enquête⁵⁰³ dont l'objectif a été d'évaluer le sentiment des consommateurs à propos du fait de savoir s'ils considéraient être bien informés de leurs droits, édicte des résultats édifiants quant à l'information délivrée par les pouvoirs publics européens. En effet, alors que « l'Allemagne estime à 2% les partisans satisfaits de cette information extra nationale, la France et le Royaume-Uni enregistrent un taux de 1% »⁵⁰⁴.

Ce très faible taux s'explique par le fait que les consommateurs estiment recevoir la meilleure information des seules associations de consommateurs et des médias. Néanmoins, ces chiffres dénotent une autre réalité qui est celle d'une information abondante délivrée par les institutions communautaires. En effet, les normes européennes obligent au respect de ce formalisme informatif malgré une très faible voire une absence totale de réception de l'information par les intéressés.

⁵⁰¹ Cf supra Règlement (UE) N°1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011

⁵⁰² Cf supra Règlement (UE) N°1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011

⁵⁰³ Béatrice LAMARTHE, journaliste Collection Réflexe Europe « *La défense du consommateur dans l'Union européenne* », Edition La documentation française, 2001.

⁵⁰⁴ Résultats de l'enquête ci-dessus citée

A ce titre, la réorganisation de l'information extra nationale tendant à sa simplification afin de la rendre plus lisible, plus accessible et in fine plus efficiente est une entreprise bienvenue. Pour autant, il faut garder à l'esprit que le droit à l'information n'est pas l'unique droit consacré au bénéfice du consommateur lui permettant de garantir sa protection. Il dispose entre autres d'un droit de repentir qui constitue pour lui une véritable aubaine quant à l'exercice de sa réflexion.

CONCLUSION CHAPITRE 2

203 La profusion des obligations d'information. Le constat d'un large renforcement de l'obligation d'information est aujourd'hui partagé et observé à plusieurs niveaux. En effet, celle-ci a été renforcée pour certains produits de consommation, et notamment concernant la vente de produits ou services spécifiques, nécessitant une expertise et des connaissances techniques particulières. La charge de l'information à délivrer est également plus importante en présence de certaines modalités de consommation, précisément afin de protéger un consommateur dont la vulnérabilité est accentuée du fait du cadre inhabituel de consommation.

204 La restructuration de l'obligation d'information. La profusion de l'information est ainsi génératrice d'une confusion nuisible au consommateur. A ce titre, il convient dans l'intérêt commun de redéfinir l'administration de celle-ci en privilégiant une information compréhensible pour le consommateur et valablement réceptionnée. Cela passe nécessairement par un encadrement des modalités de sa diffusion à l'échelon européen.

CONCLUSION DU TITRE 1

205 L'obligation d'information à l'origine d'un engagement en connaissance de cause.

En matière de droit de la consommation, le législateur a toujours veillé au gré de ses nombreuses interventions, à garantir un engagement intègre de la part de la partie jugée faible au contrat. En effet, dans un contexte où les incitations commerciales se multiplient, il était nécessaire de reconnaître des droits spécifiques au consommateur afin que ce dernier puisse s'engager en connaissance de cause. La réponse législative est ainsi appréciée au regard de la consécration de l'obligation d'information. L'identification de celle-ci permet d'établir la réalité de la recherche protectionniste des intérêts individuels et collectifs du consommateur.

206 La protection de l'intérêt individuel du consommateur. La protection individuelle du consommateur est atteinte à travers la reconnaissance d'une obligation générale d'information qui a pour but d'appréhender valablement l'acte de consommation envisagé ainsi que ses conséquences. Parallèlement, des obligations spécifiques relatives à certains contrats en particulier permettent au consommateur d'accéder à une information technique propre au produit ou service, laquelle est nécessaire pour mesurer concrètement les aléas de l'acte envisagé.

207 La protection des intérêts collectifs des consommateurs. La protection des intérêts collectifs des consommateurs relève, quant à elle, de la compétence de divers organismes qui ont pour but de dispenser une connaissance générale relative à certains produits ou services de consommation. Les consommateurs ont ainsi à disposition une connaissance globale de ceux-ci et peuvent compter par ailleurs sur le concours des acteurs assurant la mission de protection de leurs intérêts pour les défendre.

208 L'identification de l'obligation d'information. L'identification précise de l'obligation d'information, dont le débiteur principal est le professionnel, permet d'émettre le constat que celle-ci est administrée à travers la transmission d'éléments objectifs tout en prenant en compte certains éléments subjectifs. Cela regroupe des données intrinsèques à l'objet du contrat ainsi que des données substantielles, bien qu'une préférence ait été émise pour le critère de la pertinence de l'information. En

effet, l'intérêt dans la délivrance d'une donnée demeure incontestablement son utilité pour le contrat en question et pour son destinataire.

209 La vigueur de l'obligation d'information. La vigueur de l'obligation d'information est quant à elle appréciée à travers sa dispersion au niveau communautaire. La conséquence peut être préjudiciable dans la mesure où cette intensification s'est accompagnée d'une inflation de l'information. Là où le but était de consacrer une information fiable à destination du consommateur profane pour garantir l'intégrité de son consentement, la conséquence a été une profusion d'informations liée entre autres au développement des nouvelles modalités de consommation.

Le maintien de cette vigueur de l'information peut continuer à être effectif à travers une restructuration de celle-ci au niveau communautaire, gage d'une clarification bienvenue.

TITRE 2 : L'eupéanisation du droit de rétractation

210 *In dubio pro reo*⁵⁰⁵. Cet adage du droit pénal, pouvant être retranscrit au niveau du droit de la consommation signifiant que « le doute profite au consommateur » explique en grande partie l'essence même du droit de rétractation. En effet, protéger la réflexion du consommateur, c'est lui permettre d'effectuer un achat en pleine connaissance de cause mais aussi et surtout lui laisser le temps d'apprécier le produit ou le service en fonction de ses attentes personnelles. C'est ainsi que pour certaines situations particulières, il est légitime d'offrir un droit de repentir au consommateur déçu. C'est notamment le cas lorsque ce n'est pas le consommateur qui est venu à la rencontre du vendeur ou que ce dernier ne propose pas physiquement ses produits ou services (démarchage et vente à distance).

211 Le droit de rétractation a souvent été analysé « comme une condition résolutoire au profit du consommateur »⁵⁰⁶. Pour autant, il ne s'agit pas d'un droit général contrairement à ce que l'on pourrait penser. En effet, il s'agit d'un droit discrétionnaire⁵⁰⁷ dont les contours ne sont pas toujours maîtrisés. C'est pourquoi, il est essentiel, afin de garantir au mieux la réflexion du consommateur, d'informer ce dernier « sur l'existence ou non d'un droit de rétractation, ses limites éventuelles ainsi que ses conditions et ses modalités d'exercice »⁵⁰⁸.

212 La directive cadre du 25 octobre 2011⁵⁰⁹, relative aux droits des consommateurs, qui reprend les directives relatives aux « Contrats négociés en dehors des établissements

⁵⁰⁵ *In dubio pro reo* est une règle de preuve voulant que le doute joue en faveur du prévenu. Dans le doute, disait-on dans notre Ancien droit, il vaut mieux absoudre un coupable que de condamner un homme qui est peut-être innocent *in* Adages classiques - Formules juridiques en latin par le Professeur Jean-Paul DOUCET

⁵⁰⁶ G. RAYMOND, *Ventes à distance*, J-CI. Contrats, Distribution, fasc. 1390, n°96

⁵⁰⁷ Véronique LEGRAND, *Ventes à distance et ventes hors établissement : quelles avancées pour les consommateurs ?* Les petites affiches, 22 novembre 2011, n°232, p.5

⁵⁰⁸ Article L. 121-17, 2° du Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 « I.-Préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1° Les informations prévues aux articles L. 111-1 et L. 111-2 ;

2° Lorsque le droit de rétractation existe, les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit ainsi que le formulaire type de rétractation, dont les conditions de présentation et les mentions qu'il contient sont fixées par décret en Conseil d'Etat »

⁵⁰⁹ 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

commerciaux »⁵¹⁰ et aux « Contrats à distance »⁵¹¹ apporte quelques avancées pour les consommateurs. En effet, ce nouveau texte tend à renforcer l'obligation d'information et le droit de rétractation des consommateurs afin de développer et consolider les ventes au sein de l'Union. Parmi les différentes mesures, un délai désormais de quatorze jours, un formulaire type de rétractation et l'obligation du remboursement intégral du bien ou service, permettent de garantir une protection suffisante.

213 L'étude de l'étendue de cette prérogative (Chapitre 1) ne nous renseigne pourtant pas sur l'application réelle et effective de ce droit de rétractation (Chapitre 2). Il convient donc d'évaluer le degré de protection qu'offre cette possibilité de rétractation.

Chapitre 1 : L'applicabilité du droit de rétractation

Chapitre 2 : L'application du droit de rétractation

⁵¹⁰ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux

⁵¹¹ Directive 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance

CHAPITRE 1 : L'applicabilité du droit de rétractation

Chapitre 1 : L'applicabilité du droit de rétractation

214 La rétractation n'est pas une prérogative générale et absolue reconnue à toutes formes de consommation. En effet, il est octroyé un droit de repentir aux seuls consommateurs qui utilisent des techniques de communications spécifiques notamment la vente à distance, (via le téléphone ou Internet), ou qui concluent le contrat, en présence du professionnel, mais en dehors de l'établissement commercial de ce dernier. L'intérêt est de permettre au consommateur démarché de revenir sur un accord donné hâtivement car en dehors d'un cadre classique de consommation, le libre choix du consommateur tend à être remis en cause. C'est pourquoi lui reconnaître un droit de repentir est une alternative efficace pour garantir l'intégrité du consentement donné.

La délimitation des contours de ce droit de repentir nous permet d'apprécier son efficacité (Section 1) ainsi que sa fonctionnalité (Section 2).

Section 1 : L'efficacité d'un délai de réflexion, gage de protection du consentement du consommateur

215 L'objectif poursuivi au niveau communautaire, de permettre et garantir une réflexion efficace, se matérialise au niveau des différents droits nationaux, par une prérogative de rétractation reconnue au consommateur. Il s'agit, en effet, de permettre à l'acquéreur d'un bien ou service, d'apprécier son achat pendant un temps déterminé, d'évaluer ainsi s'il correspond à ses attentes et le cas échéant de revenir sur le consentement initialement donné. Aujourd'hui, le droit de rétractation s'est fortement généralisé dans la mesure où de nombreuses enseignes de distribution proposent un échange ou un remboursement des produits dans un délai minimum de sept jours. Néanmoins, cette faveur accordée n'en reste pas moins soumise à la discrétion du commerçant. En effet, réglementairement, cette possibilité de repentir n'est un droit défini et reconnu que pour certaines situations particulières (§1). Pour autant, cela ne signifie pas qu'en présence d'autres formes de consommation la réflexion ne trouve plus à s'appliquer (§2).

§1 : La réflexion conditionnée par l’octroi d’une prérogative de rétractation

216Le Code de la consommation règlemente certaines pratiques commerciales parmi lesquelles, les contrats conclus à distance ou hors établissements⁵¹². Il prévoit ainsi pour ces modalités d’achat un délai de rétractation de quatorze jours⁵¹³ durant lequel le consommateur pourra revenir sur son engagement. Antérieurement, le délai n’était accordé que pour une durée de sept jours francs. Cette modification législative, issue notamment de la loi du 17 mars 2014⁵¹⁴ avait pour objectif de consolider cette prérogative en garantissant ainsi une protection optimale au consommateur qui bénéficie désormais d’un champ d’application élargi de ce droit tant au niveau de sa portée (I) que de son applicabilité qui concerne plusieurs contrats (II).

I/ L’identification des contours du droit de rétractation

217La possibilité accordée aux consommateurs de revenir sur un engagement contractuel, en remettant en cause le consentement donné, est une prérogative légale consacrée par le Code de la consommation (A). Pour autant, il est des situations, où malgré l’absence de prévisions réglementaires, cette prérogative trouve à s’appliquer, ce qui garantit une protection consumériste optimale (B).

⁵¹² Code de la consommation, version consolidée au 1 juillet 2015 : « Livre I - Information des consommateurs et formation des contrats ; Titre II - Pratiques commerciales ; Chapitre I - Pratiques commerciales réglementées ; Section 2 - Contrats conclus à distance et hors établissement ; Sous-section 6 - Droit de rétractation applicable aux contrats conclus à distance et hors établissement (Articles L121-21 à L121-21-8)

⁵¹³ Article L. 121-21 Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 : « Le consommateur dispose d’un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d’un contrat conclu à distance, à la suite d’un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d’autres coûts que ceux prévus aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-5. Toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation est nulle »

⁵¹⁴ Journal Officiel de la République Française (JORF) n°0065 du 18 mars 2014 page 5400 texte n° 1, Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

A/ La garantie d'une protection minimale par la reconnaissance d'un droit de rétractation objectif

218 L'analyse des différentes dispositions du Code de la consommation nous fournit une définition légale du droit de rétractation (1). L'appréciation de son application jurisprudentielle, notamment à travers les sanctions en cas de non-respect de cette prérogative, nous permet d'en mesurer ses réels contours (2).

1. Définition légale du droit de rétractation

219 Le droit de rétractation ne fait pas l'objet d'une définition légale précise et circonscrite dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi relative à la consommation du 17 mars 2014. Pour l'appréhender, il faut donc se référer aux dispositions du Code de la consommation qui mentionnent ce droit afin d'en évaluer la portée effective.

Parmi celles-ci, l'article L.121-20 dudit Code nous renseigne sur le contenu du droit de rétractation en nous exposant les modalités de celui-ci. Il dispose, en effet, que « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour [...]»⁵¹⁵. La lettre du texte, nous renseigne sur la durée du délai permettant au consommateur d'exercer sa réflexion sans aucune autre précision sur la nature des contrats concernés. Pour identifier l'applicabilité de ce droit il faut se référer à l'article R121-2-1 dudit Code disposant en son 3^o point relatif au contrat à distance que « le fournisseur informe le consommateur de l'existence du droit de rétractation mentionné à l'article L. 121-20-12, de sa durée, des conséquences pécuniaires éventuelles de sa mise en œuvre, ainsi que de l'adresse à laquelle le consommateur doit notifier sa décision. En cas d'absence d'un tel droit, le fournisseur en informe le consommateur ainsi que des conséquences de cette absence »⁵¹⁶.

On en déduit ainsi que le droit de rétractation est reconnu pour tous les contrats conclus à distance.

⁵¹⁵ Article L121-20 modifié par la loi n°2005-841 du 26 juillet 2005

⁵¹⁶ Article R121-2-1 modifié par le décret n°2010-257 du 12 mars 2010 - art. 5

220 L'article L.121-20-13 précise quant à lui les modalités inhérentes à l'exécution du contrat lorsque le droit de rétractation trouve à s'appliquer. En effet, il dispose que : « les contrats pour lesquels s'applique le délai de rétractation mentionné à l'article L. 121-20-12 ne peuvent recevoir de commencement d'exécution par les parties avant l'arrivée du terme de ce délai sans l'accord du consommateur. Lorsque celui-ci exerce son droit de rétractation, il ne peut être tenu qu'au paiement proportionnel du service financier effectivement fourni, à l'exclusion de toute pénalité »⁵¹⁷.

221 Concernant les contrats de crédit conclus à distance, le législateur de 2010 a souhaité offrir un délai de rétractation plus long afin que la réflexion puisse s'exercer convenablement. C'est l'article L.121-20-12⁵¹⁸ qui nous informe des spécificités de rétraction d'un contrat de crédit. Il en va de même pour tous les contrats de vente conclus par la voie du démarchage, pour lesquels le délai est également de quatorze jours⁵¹⁹.

222 L'exercice du droit de rétractation emporte résolution de plein droit du contrat, le vendeur est alors tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur⁵²⁰. Néanmoins, pour les contrats de fourniture de services dont l'exécution a commencé avant la fin du délai de sept jours francs, et en accord avec le consommateur, la rétractation ne peut plus être exercée⁵²¹. En effet, il appartient au professionnel, avant la signature du contrat d'attirer l'attention du consommateur sur l'existence du droit de

⁵¹⁷ Article L121-20-13 créé par l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005 - art. 1 JORF 7 juin 2005 en vigueur le 1er décembre 2005

⁵¹⁸ Article L121-20-12, modifié par la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 59 « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités ».

⁵¹⁹ Article L311-41, modifié par la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 14, créé par la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 2 : « En cas de vente ou de démarchage à domicile, le délai de rétractation est de quatorze jours calendaires quelle que soit la date de livraison ou de fourniture du bien ou de la prestation de services. Aucun paiement comptant ne peut intervenir avant l'expiration de ce délai ».

⁵²⁰ Article L121-20-1 modifié par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 - art. 31 « Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser le consommateur de la totalité des sommes versées, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé. Au-delà, la somme due est, de plein droit, productive d'intérêts au taux légal en vigueur. Ce remboursement s'effectue par tout moyen de paiement. Sur proposition du professionnel, le consommateur ayant exercé son droit de rétractation peut toutefois opter pour une autre modalité de remboursement ».

⁵²¹ Article L121-20-2, modifié par l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005 - art. 1 JORF 7 juin 2005, en vigueur le 1er décembre 2005

rétractation, sa durée ainsi que sur l'interdiction d'un paiement d'avance pendant le délai de rétractation⁵²².

223 Les sanctions en cas de manquement du professionnel à son obligation tenant à l'information de l'existence du droit de rétractation pour le consommateur sont précisées par l'article L.121-70⁵²³ du Code de la consommation. Celui-ci prévoit que « dans le cas où le professionnel n'a pas rempli et fourni au consommateur sur support papier ou sur tout autre support durable le formulaire de rétractation prévu au 5° de l'article L. 121-68, le consommateur dispose d'un délai de rétractation d'un an et quatorze jours à compter du jour de la conclusion du contrat ou du jour de sa réception [...] ». Le dispositif de protection est renforcé en la matière par la disposition de l'article L121-74⁵²⁴ qui empêche le professionnel de « faire supporter au consommateur qui exerce son droit de rétractation [un quelconque] coût, y compris ceux afférents à d'éventuels services fournis avant l'exercice de son droit de rétractation ».

224 A l'aune de ces dispositions, il ressort que le droit de repentir est une faveur faite au consommateur pour lui permettre de confirmer sa décision de conclure le contrat en dehors de toute pression du démarcheur. Son exercice, enfermé dans un délai de sept jours, est d'ordre public. Pour autant dans un souci accru de protection celui-ci a été porté à quatorze jours par la loi du 17 mars 2014⁵²⁵. Dans tous les cas, lorsque le délai de repentir trouve à s'appliquer, le professionnel ne peut ni demander ni recevoir un paiement avant la fin de ce délai. La pratique consumériste ne certifie pas l'application stricte de cette règle, ce qui a donné l'occasion à la Cour de cassation de circonscrire son applicabilité.

⁵²² Article L121-67, modifié par la loi n°2009-888 du 22 juillet 2009 - art. 32 (V)

⁵²³ Article L121-70, modifié par la loi n°2009-888 du 22 juillet 2009 - art. 32 (V)

⁵²⁴ Article L121-74, modifié par la loi n°2009-888 du 22 juillet 2009 - art. 32 (V)

⁵²⁵ Article L121-21 du Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 - art. 54 « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-5. Toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation est nulle »

2. Définition jurisprudentielle du droit de rétractation

225 Dans un arrêt du 25 novembre 2010⁵²⁶, la Cour de Cassation a eu l'occasion de délimiter le champ d'application de l'article L.121-20 du Code de la consommation en excluant du droit de repentir les contrats conclus par voie électronique ayant pour objet la prestation de services d'hébergement. En l'espèce, il s'agissait d'un couple de consommateurs qui avait procédé par voie électronique à la réservation d'une chambre d'hôtel par l'intermédiaire du site d'une agence de voyages. Suite à une erreur de saisie ne pouvant faire l'objet d'une modification sans frais, ils tentent en vain de se rétracter. La Cour de Cassation a en effet censuré le jugement de proximité au visa de l'article L.121-20-4 du Code de la consommation qui exclut le droit de rétractation à l'égard de certains contrats, parmi lesquels les prestations de services d'hébergement, de transport, de restauration et de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée⁵²⁷.

Cette solution est intéressante puisqu'elle invite à s'interroger sur la justification de cette exclusion car bien que prévue par les textes et notamment par la directive du 20 mai 1997⁵²⁸, le seul caractère usuel de ces prestations ne devrait pas justifier une telle exclusion. Par ailleurs, le projet d'harmonisation ne comporte pas d'évolution sur ce point ce qui est regrettable.

226 Dans une seconde espèce, du 10 janvier 2012⁵²⁹, la chambre criminelle de la Cour de Cassation nous renseigne sur la lecture de l'article L.121-26 du Code de la consommation qui interdit au démarcheur de demander ou recevoir un paiement avant la fin de ce délai. Dans cet arrêt, la Cour se livre à une interprétation téléologique du texte en considérant que le fait pour le démarcheur de recevoir, sans attendre l'expiration du délai de réflexion de sept jours, un ordre de virement permanent est susceptible d'être sanctionné. Dans les faits, il s'agissait d'un contrat de courtage matrimonial qui avait été conclu par la voie du démarchage et dont un ordre de virement permanent avait été

⁵²⁶ Cass. Civ. 1^o, 25 nov. 2010, n^o09-70833, P+B+I

⁵²⁷ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Le droit de rétractation ne s'applique pas aux contrats de prestation d'hébergement conclus par voie électronique*, Revue Droit des contrats, 1 février 2011, n^o2 p.7

⁵²⁸ Directive 97/7/CE relative aux contrats à distance

⁵²⁹ Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, Cass. Crim., 10 janvier 2012, n^o11-86.985, *Etendue du délit d'obtention d'un paiement avant la fin du délai de réflexion en matière de démarchage à domicile*, AJ Pénal avril 2012

effectué le jour même. La validité de celui-ci se posait dans la mesure où même si l'alinéa 1 de l'article L.121-6 prévoyait une telle interdiction, son alinéa 3 admettait que le professionnel puisse recevoir durant le délai de réflexion des engagements ou ordres de paiement sous réserve qu'il ne les mette pas à exécution avant l'expiration du délai de sept jours. La Cour de Cassation réforme ainsi l'arrêt d'appel considérant que cet alinéa est comme l'alinéa 2, uniquement destiné à la presse écrite.

227 Cette interprétation, que l'on pourrait juger restrictive, est en réalité très protectrice des intérêts des consommateurs. En effet, une interprétation trop extensive, au-delà du fait qu'elle pourrait dénaturer l'interdiction posée par le premier alinéa, conduirait les professionnels à recevoir systématiquement des ordres de paiement en se gardant de les mettre à exécution les sept premiers jours. Or, de telles pratiques pourraient semer la confusion dans l'esprit du consommateur et mettre à mal sa liberté de se rétracter. En effet, celle-ci serait entravée par le doute qu'il pourrait avoir quant aux conséquences de sa rétractation sur l'engagement de paiement préalablement souscrit.

228 Ces deux exemples jurisprudentiels illustrent parfaitement la mise en œuvre effective du droit de rétractation à travers l'interprétation protectrice qui en est faite par l'autorité judiciaire. Dans une dynamique similaire, il est des situations où malgré une absence de prévision légale et jurisprudentielle le droit de rétractation trouve à s'appliquer.

B/ La réalité d'une protection suffisante par l'effectivité d'une rétractation matérielle

229 Le législateur n'a pas prévu un droit général de rétractation pour toutes les formes de consommations. En effet, seules les situations susceptibles de déstabiliser le consommateur et ainsi d'altérer son consentement sont visées par ce repentir, en l'occurrence lorsque celui-ci a été démarché ou en cas de conclusion d'un contrat à distance. Pour autant, la pratique consumériste semble avoir consacré un droit de rétractation que l'on pourrait qualifier de conventionnel. En effet, de nombreux distributeurs acceptent le retour de produits non consommés, sans aucune autre justification, à la condition que ce retour soit effectué dans le délai de sept jours. Il s'agit d'une faculté discrétionnaire que la plupart des professionnels ont choisi d'octroyer

principalement dans le cadre de l'adoption d'une stratégie commerciale de fidélisation. Cette possibilité est une aubaine pour les consommateurs, même si elle sous-entend un autre problème qui est celui de la responsabilisation de ces derniers.

En effet, consacrer l'exercice d'un repentir se justifie avant tout par la volonté de protéger le consommateur contre une décision précipitée, tout en garantissant par ailleurs un consentement intègre de la part de ce dernier. La protection du contractant contre sa propre précipitation⁵³⁰, premier fondement des facultés de rétractation⁵³¹, se conçoit pleinement pour les ventes à distances ne serait-ce que parce que le produit réel n'est pas à la portée de l'acheteur, peu importe le respect des obligations précontractuelles d'informations pesant sur le professionnel ni la description succincte du produit en question.

230 Or, lorsque le consommateur a accès effectivement à l'objet de son contrat, qu'il est dans un cadre classique de consommation, c'est-à-dire lorsqu'il s'est lui-même déplacé auprès du distributeur, on ne peut trouver la justification de cette faculté de rétractation dans le fondement de la précipitation. La préservation du consentement, second fondement du droit de repentir, peut alors justifier cette rétractation conventionnelle, notamment lorsque le professionnel manque à ses obligations précontractuelles d'informations. Même en présence du produit, le consommateur pourra être induit en erreur quant à son utilisation effective. Il s'agit d'une réalité qui se confirme d'autant plus lorsque les indications du vendeur ont été limitées, ou tout du moins mal comprises, alors même qu'aucun manquement à ses obligations informatives ne pourra lui être imputé. Dans ces situations, le repentir permet effectivement de garantir et préserver le consentement du consommateur, visiblement vicié, malgré la normalité de la situation. Ces facultés conventionnelles de rétractation restent discrétionnaires en ce qu'elles dépendent de la stratégie commerciale adoptée par les professionnels. A ce titre, il semble difficile de dresser une liste exhaustive recensant la reconnaissance d'une telle prérogative. En revanche, pour un certain nombre de contrats limitatifs, ce droit a été reconnu légalement.

⁵³⁰ Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7^e édition, 2006, n°169 ; Philippe BRUN, *Le droit de revenir sur son engagement*, Droit et patrimoine, mai 1998, p.78

⁵³¹ Michel CANNARSA, *Les facultés de rétractation en droit de la consommation et en droit des assurances : continuité en droit interne, changements en droit communautaire*, Revue générale du droit des assurances, 1 janvier 2009, n°2009-01, p.25

II/ L'identification des contrats soumis au droit de rétractation

231 Le droit de rétractation, tel que prévu par le droit communautaire⁵³², revêt un caractère d'ordre public, à ce titre le consommateur ne pourra renoncer aux droits qui lui sont conférés. Le libellé de cette disposition donne l'impression d'imposer au consommateur une obligation. Néanmoins, il s'agit d'une disposition en sa faveur dans la mesure où ce droit trouve à s'appliquer pour l'ensemble des contrats conclus à distance et ceux négociés en dehors des établissements commerciaux.

La particularité de ces contrats justifie une telle précaution dans la mesure où dans un cas le consommateur conclut un contrat avec une personne physiquement absente et dans l'autre il s'engage dans un environnement propice à sa mise en confiance, ce qui peut altérer son discernement. Pour autant, il est des domaines où la complexité du service proposé justifie que des délais de rétractation soient prévus. La difficulté réside alors dans la coexistence des réglementations, en témoigne le démarchage en matière de contrats d'assurances (A) et en cas de commercialisation de produits financiers (B).

A/ La rétractation en matière de contrats d'assurances, une rencontre incertaine entre droit des assurances et droit de la consommation

232 Le législateur, soucieux d'appliquer la réglementation européenne, a reconnu et consacré un droit de rétractation au profit des consommateurs qui concluent un contrat à distance ou qui ont été démarchés. L'identification précise de ces formes consuméristes (1) nous permet d'apprécier la validité d'extension de cette faculté qui est opérée au profit des contrats d'assurances (2).

⁵³² Dir. 85/577 « Contrats négociés en dehors des établissements commerciaux »
Dir. 97/7 « Contrats à distance »

1. La vente à distance et le démarchage à domicile, domaines de prédilection pour l'applicabilité du droit de rétractation

233 Bien qu'elles répondent au même régime, la particularité de la vente à distance (a) est un critère distinctif du démarchage à domicile (b).

a) Définition et critères de la vente à distance

234 La vente à distance est aujourd'hui une méthode de vente très répandue. En effet, limitée initialement aux achats via des catalogues, elle s'est corrélativement développée avec la multiplication des supports de vente tels qu'Internet, le téléphone, la radio, la télévision... Un point commun existe toutefois entre tous ces procédés, l'offre de vente ou de prestation de services est toujours transmise à distance. En effet, le consommateur et le professionnel ne sont pas présents physiquement et simultanément et la commande est transmise à distance selon trois modalités : le courrier postal, le téléphone ou encore le courrier électronique. Alors qu'elle s'est révélée très avantageuse pour le consommateur qui n'a pas à se déplacer pour effectuer ses achats, cette technique de vente n'est pourtant pas sans danger. C'est pourquoi le législateur a entrepris d'encadrer strictement sa technique.

235 Pour qualifier une opération de vente à distance, plusieurs éléments doivent être réunis⁵³³. La relation doit avant tout concerner un consommateur, personne physique, et un professionnel. En effet, les personnes morales ne peuvent prétendre au bénéfice de la protection. Par ailleurs, le consommateur doit agir pour ses propres besoins tandis que le professionnel, personne physique ou morale, doit opérer « dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestations de services »⁵³⁴. Enfin, la conclusion du contrat doit intervenir en dehors de toute présence physique simultanée des deux cocontractants, au moyen d'une technique de communication à distance. Ce dernier point distingue cette technique de vente du démarchage à domicile.

⁵³³ Cf Francis LEFEBVRE, *Concurrence et consommation*, Mémento pratique, édition 2013/2014

⁵³⁴ Cf supra note F. LEFEBVRE

b) Définition et critères du démarchage à domicile

236 Initialement, le démarchage recouvrait une seule technique de vente, celle qui consiste à inviter le consommateur à l'achat en le sollicitant directement à son domicile. Progressivement cette technique s'est elle aussi développée et a englobé toutes les formes d'invitation à l'achat qui impliquent une démarche active du professionnel qui tente de persuader le consommateur de conclure le contrat (démarchage par téléphone...).

Cette définition très généraliste ne vise pourtant pas les incitations à l'achat engendrées par les différentes formes de publicités. Néanmoins, le champ d'application du démarchage est très large, du fait notamment d'une appréciation très extensive opérée par la jurisprudence. L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de Cassation⁵³⁵ en est une illustration notable. Dans cette espèce le juge pénal admet l'application des dispositions protectrices du consommateur en matière de vente à domicile à « quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage [...] afin de lui proposer la fourniture de services ». Il considère à ce titre que constitue un démarchage « les visites pratiquées à domicile sous le couvert d'une activité associative tendant à la conclusion d'une convention d'assistance et de gestion »⁵³⁶.

237 Cette jurisprudence est intéressante à deux égards, elle nous informe non seulement que la structure sociale à laquelle appartient le démarcheur est indifférente, dans la mesure où il s'agissait d'une association, mais aussi que le statut juridique du démarcheur lui-même importe également peu, celui-ci étant un bénévole. Cette tendance protectionniste adoptée par les juges du fond et reléguée par les hauts magistrats semble s'étendre à différents domaines, notamment celui des assurances.

⁵³⁵ Crim. 26 sept 2006, Dalloz Actualité 5 novembre 2006, in Céline RONDEY, *Association, bénévolat et démarchage : difficile d'échapper à la protection du consommateur*

⁵³⁶ Cf supra note C. RONDEY

2. L'applicabilité aux contrats d'assurances des règles du Code de la consommation relatives au démarchage à domicile, une mesure controversée

238 A l'occasion d'un arrêt du 2 octobre 2007⁵³⁷, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a eu l'occasion de confirmer l'applicabilité des dispositions du Code de la consommation en matière de démarchage d'assurances. Ce positionnement a ressuscité les différences d'interprétations doctrinales existantes en la matière. Dans cette espèce, il s'agissait de démarcheurs d'une société de courtage en assurances qui ont visité des particuliers pour obtenir la souscription de contrats d'assurances, précisément des contrats de complémentaire santé. La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a alors signifié à cette société de courtage son obligation de respecter les prescriptions des articles L.121-21⁵³⁸ et suivants du Code de la consommation relatives au démarchage. Malgré l'alerte, il a été établi que parmi les personnes démarchées, certaines ont souscrit au contrat tout en autorisant simultanément un prélèvement automatique sur leur compte bancaire. Les deux co-gérants de la société sont alors poursuivis et condamnés, d'une part, pour avoir proposé des contrats dépourvus d'une faculté de rétractation et d'autre part, pour avoir accepté des moyens de paiement avant l'expiration du délai de réflexion. En statuant ainsi, la Cour réfute leurs moyens de défense qui reposaient sur l'inapplicabilité des dispositions litigieuses dans la mesure où l'activité en cause faisait l'objet d'une réglementation spécifique et qu'à ce titre le droit de la consommation ne trouvait pas à s'appliquer. En effet, seul le démarchage en matière de contrat d'assurances sur la vie se trouve réglementé par le droit des assurances⁵³⁹, en conséquence les contrats de santé ne devraient pas être soumis au droit de repentir.

⁵³⁷ Cass. Crim., 2 octobre 2007, pourvoi n°06-87.292, Dominique FENOUILLET, RDC 1 avril 2008, n°2 p. 353

⁵³⁸ Article L121-21 du Code de la consommation, version en vigueur du 27 juillet 1993 au 14 juin 2014 : « Est soumis aux dispositions de la présente section quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services. Est également soumis aux dispositions de la présente section le démarchage dans les lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé et notamment l'organisation par un commerçant ou à son profit de réunions ou d'excursions afin de réaliser les opérations définies à l'alinéa précédent »

⁵³⁹ Article L 132-5-1 du Code des assurances, modifié par la loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005 : « Toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pendant le délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu. Ce délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. S'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il n'est pas prorogé.

239 Cet arrêt a le mérite de mettre en perspective à la fois la complémentarité du droit de la consommation et du droit des assurances en matière de démarchage tout en ne pouvant échapper au conflit qu'engendre la conciliation de deux droits spéciaux. La solution se trouve pourtant justifiée car même si le droit des assurances ne contient aucune disposition relative au démarchage de contrats d'assurance santé, il est logique que les règles consuméristes s'appliquent dès lors qu'une situation de démarchage est identifiée. C'est d'ailleurs là l'objectif de protection poursuivi par le droit communautaire et les hauts magistrats se doivent d'en garantir la réelle effectivité. Le domaine bancaire nous offre également une illustration de ces particularités de coexistence de droits spéciaux.

B/ La rétractation en matière de contrats financiers, une rencontre à consolider entre droit financier et droit de la consommation

240 L'essor de la commercialisation à distance des services financiers est un enjeu majeur pour la Commission Européenne qui du fait de la spécificité et de la multiplicité des produits visés, a inéluctablement conduit au développement d'une réglementation dense et complexe en droit français⁵⁴⁰. Celle-ci est majoritairement contenue dans le Code de la consommation et découle de l'ordonnance du 6 juin 2005⁵⁴¹ transposant la directive européenne du 23 septembre 2002⁵⁴². De cette volumineuse réglementation, on retiendra un encadrement consumériste du contrat de service financier conclu à distance, avec

La renonciation entraîne la restitution par l'entreprise d'assurance ou de capitalisation de l'intégralité des sommes versées par le contractant, dans le délai maximal de trente jours calendaires révolus à compter de la réception de la lettre recommandée. Au-delà de ce délai, les sommes non restituées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié durant deux mois, puis, à l'expiration de ce délai de deux mois, au double du taux légal. Les dispositions du présent article sont précisées, en tant que de besoin, par arrêté ministériel. Elles ne s'appliquent pas aux contrats d'une durée maximale de deux mois »

⁵⁴⁰ François COUPEZ et Thibault VERBIEST, *Commercialisation à distance des services financiers : bilan d'un nouveau cadre juridique*, D. 2006, p. 3057

⁵⁴¹ Ordonnance N°2005-648 du 6 juin 2005, publiée au Journal Officiel du 7 juin, p. 1002

⁵⁴² Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept 2002. Ce texte est l'alter ego de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Elle porte sur la vente à distance de services financiers.

entre autres, la reconnaissance d'une obligation d'information et l'octroi d'une faculté de rétractation.

241 Le choix du Code de la consommation comme fondement du droit de la commercialisation à distance des services financiers, utilisé d'ailleurs à cet égard comme code « pilote »⁵⁴³ s'explique par le fait que le droit consommériste réglemente, depuis la directive de 1997⁵⁴⁴, les pratiques commerciales à distance, notamment la vente des biens et la fourniture de prestations de services. C'est ainsi que malgré la difficulté d'assimiler un consommateur à un investisseur⁵⁴⁵ les règles consoméristes trouvent à s'appliquer y compris pour ce dernier. En effet, même si l'investisseur et le consommateur poursuivent a priori des objectifs économiques divergents, l'un utilisant ses disponibilités monétaires pour la satisfaction de besoins immédiats et l'autre préférant épargner en prévision de besoins futurs, et malgré le fait que l'investisseur actionnaire peut être un professionnel selon le professeur GUYON⁵⁴⁶, les autorités communautaires ont estimé qu'un produit financier commercialisé à distance place le potentiel acquéreur dans la même situation que le consommateur.

242 A ce titre, une protection doit lui être accordée et précisément une faculté de rétractation. C'est l'article L.121-20-12 du Code de la consommation qui pose le principe selon lequel « le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités »⁵⁴⁷. La mise en œuvre de ce délai produit diverses conséquences et sont envisagées par l'article L.121-20-13⁵⁴⁸ dudit Code qui prévoit classiquement qu'aucun

⁵⁴³ Thierry GRANIER, *La commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : une rencontre entre droit de la consommation et droit financier*, Bulletin Joly Bourse, 1 janvier 2006, N°1 p.7

⁵⁴⁴ Directive N°97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance

⁵⁴⁵ Hervé CAUSSE, *L'investisseur*, in *Etudes droit de la consommation*, Mélanges Jean CALAIS-AULOY, Dalloz 2004, p. 261 ; J-P CHAZAL, *Le consommateur existe-t-il ?*, D. 1997 p.260

⁵⁴⁶ Cf supra note H. CAUSSE

⁵⁴⁷ Article L121-20-12 du Code de la consommation, modifié par la loi n°2010-737 du 1er juillet 2010, transféré par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014

⁵⁴⁸ Article L121-20-13 du Code de la consommation, créé par l'ordonnance n°2005-648 du 6 juin 2005, transféré par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 : « I.- Les contrats pour lesquels s'applique le délai de rétractation mentionné à l'article L. 121-20-12 ne peuvent recevoir de commencement d'exécution par les parties avant l'arrivée du terme

commencement d'exécution ne pourra intervenir avant l'arrivée du terme et qu'en cas d'exercice du droit de rétractation, le consommateur ne pourra être tenu que du paiement proportionnel au service effectivement rendu.

Le législateur européen a choisi ici de faire bénéficier explicitement l'investisseur des règles protectionnistes du droit de la consommation en lui octroyant une prérogative de rétractation. Cela témoigne du réel besoin de protéger ce dernier, protection qui embrasse un large champ car il persiste des situations où la rétractation n'est pas formellement prévue, pour autant cela n'indique pas qu'aucune protection n'est reconnue, au contraire.

§2 : La réflexion assurée malgré le refus d'un droit de rétractation

243 Le droit de rétractation est une faculté qui vise à protéger le consentement du consommateur après la conclusion de certains contrats, précisément ceux conclus à distance ou par voie de démarchage. Cette spécificité, prévue légalement, se justifie au regard de la vulnérabilité dont fait l'objet le consommateur sollicité dans des conditions particulières. Le législateur a ainsi souhaité préserver l'intégrité d'un consentement qui aurait été donné de manière trop hâtive. Pour autant, il est d'autres formes de consommations où le consentement donné peut avoir été vicié sans qu'aucun droit de rétractation n'ait été prévu, faute d'une reconnaissance générale et absolue de cette faculté.

Cette absence de consécration n'altère pas nécessairement la réflexion du consommateur qui trouve à s'exercer différemment (I) même si l'on peut regretter le défaut d'extension de ce repentir pour certaines situations particulières (II).

de ce délai sans l'accord du consommateur. Lorsque celui-ci exerce son droit de rétractation, il ne peut être tenu qu'au paiement proportionnel du service financier effectivement fourni, à l'exclusion de toute pénalité »

I/ La réflexion assurée par l'effectivité d'un repentir sanctionnant l'inexécution du professionnel

244 Le droit français de la consommation est un droit jugé protecteur des intérêts des consommateurs. En effet, les dispositions qu'il contient viennent souvent en renfort des règles de droit commun offrant ainsi des garanties supplémentaires pour la partie faible au contrat. En témoigne par exemple le régime lié à la garantie légale de conformité, dont le délai commence à courir à compter de la découverte du vice en droit civil alors qu'en droit de la consommation c'est à compter de la réception du bien. Dans cette perspective, la réflexion du consommateur trouvera ainsi à s'exercer malgré l'absence de prévision légale ou conventionnelle d'une faculté de repentir, notamment à travers la possibilité de dénoncer le contrat en cas d'inexécution du professionnel. En effet, lorsque le consommateur achète un produit au sein d'un établissement commercial, aucun droit de rétractation n'est prévu légalement. Pour autant, cet achat pourra nécessiter une livraison de la marchandise et dans les faits l'acheteur se heurte parfois à des retards de livraison, voire à une indisponibilité du produit⁵⁴⁹. Dans ce cas, le consommateur pourra revenir sur son engagement sur la base de l'article 1108 du Code civil, fixant comme une des conditions de validité de formation du contrat un consentement intègre. Le raisonnement est simple, le contractant a consenti à l'achat et son consentement portait tant sur le bien que sur la possession effective de celui-ci or le fait de n'avoir pas reçu le bien au moment souhaité conventionnellement, la validité du consentement a pu être altérée.

245 Cet exemple démontre comment le droit commun complète le droit consommériste et étend l'applicabilité de ses dispositions protectrices pour certains actes de consommations. La jurisprudence adopte d'ailleurs la même ligne de conduite. Un arrêt du 3 mars 2011⁵⁵⁰ de la Cour de Cassation en atteste. En effet, le droit de rétractation ne pouvant être invoqué en l'espèce, la Haute juridiction a recours au droit commun du contrat et notamment à l'article 1108 du code civil⁵⁵¹ pour annuler le contrat litigieux.

⁵⁴⁹ Véronique LEGRAND, *Ventes à distance et ventes hors établissement : quelles avancées pour les consommateurs ?*, Les petites affiches, 22 nov 2011, n°232 p. 5

⁵⁵⁰ Civ, 1^o, 3 mars 2011, Pascale GUIOMARD, *Le droit commun du contrat au secours du consommateur*, Dalloz actualité, 17 mars 2011, Rubrique consommation, contrats et obligations

⁵⁵¹ Article 1108 Code Civil : « objet certain qui forme la matière de l'engagement »

246A l'aune de ces éléments, le constat d'une volonté de protection manifestement importante ne semble pas contesté. Cela n'encourage pourtant pas les projets d'harmonisation globale au niveau communautaire qui feraient échec à cette possibilité de recours au droit interne et qui par la même seraient gage d'une limitation de la protection. C'est pourquoi, il est des domaines où, sans fondamentalement remettre en cause la réflexion du consommateur, certaines limites ont été apportées à la faculté de se repentir.

II/ La réflexion minimisée par la restriction du repentir en cas de location de meubles, l'exemple du contrat de location de véhicules automobiles sans chauffeur

247Le droit communautaire de la consommation présente la particularité d'être un droit complexe et hétérogène. La diversité et la multiplicité des textes édictés par la Commission constituent un des facteurs explicatifs. En effet, ceux-ci doivent faire l'objet d'une intégration dans les différents corpus juridiques nationaux et la réalité des transpositions limitées ou tardives ne favorise pas le gain de lisibilité.

Pour autant, les principes fondamentaux, précisément le droit de rétractation, trouve toujours à s'appliquer, le cas échéant sous couvert des sanctions infligées par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Anciennement dénommée Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), celle-ci a considéré que « le consommateur qui passe à distance un contrat de location de véhicule automobile sans chauffeur ne bénéficie pas du droit de rétractation prévu par la directive 97/7/CE sur les contrats à distance »⁵⁵².

248Dans cet arrêt, la juridiction européenne veille à la bonne administration du droit de rétractation en se livrant à une interprétation restrictive de la directive de 1997. Elle refuse en effet d'étendre l'applicabilité de cette prérogative aux contrats de location de véhicules automobiles. Le contrat de location de meubles, précisément de véhicules

⁵⁵² CJCE, 10 mars 2005, affaire C-336/03 EasyCar, in *Chronique de contrats spéciaux (1^{er} partie) ; II. Location droit de rétractation et contrat à distance de location de véhicule automobile sans chauffeur*, Hélène CLARET, par le Centre de droit de la consommation et des obligations de la faculté de droit de Chambéry.

automobiles, est un contrat d'usage fréquent qui, jusqu'à présent, a peu suscité l'intérêt du législateur national ou communautaire dans la mesure où s'y appliquaient les dispositions du droit civil et les dispositions générales du droit de la consommation. Pour autant, un litige opposant *l'Office of Hair Trading (OFT)* à la société *Easycar* a donné lieu à un arrêt préjudiciel dont la question posée était de savoir si « la location de voiture sans chauffeur est-elle un service de transport au sens de la directive de 1997, relative à la protection du consommateur dans les contrats à distance, excluant pour le consommateur la possibilité de se prévaloir du droit de rétractation prévu ? »⁵⁵³.

La réponse apportée à cette question fut positive, pour autant un tel refus d'extension du droit de rétractation ne doit pas s'interpréter comme une diminution de la protection mais bien comme un cantonnement de celle-ci. En effet, le droit de rétractation est reconnu au consommateur dans l'unique dessein que celui-ci exerce sa réflexion convenablement. Or, dans cette espèce la rétractation n'était pas totalement exclue au regard du contexte particulier. Précisons que la société *Easycar* est une société qui loue des voitures au Royaume Uni et qui propose ses prestations exclusivement via Internet. Les contrats fournis permettent simplement au consommateur de se défaire de la relation contractuelle et d'obtenir le remboursement de la prestation qu'en cas de circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire en cas de maladie du conducteur locataire l'empêchant d'utiliser le véhicule ou encore en cas de catastrophes naturelles par exemple. Il apparaît que nous sommes dans un cadre classique de consommation de location de meubles, prévu et réglementé par la directive de 1997.

249 En refusant d'étendre le bénéfice de la rétractation à ce type de contrats de location de voitures sans chauffeur, la Cour contribue ainsi à préciser le champ d'application des contrats faisant l'objet d'une exception au droit de rétractation. Cet encadrement témoigne en réalité de la volonté communautaire d'atteindre l'objectif de globalisation du droit à l'échelle européenne. En effet, assurer une protection efficace du consommateur ne signifie pas nécessairement lui reconnaître toujours plus de droits mais bien veiller à la bonne administration de ceux-ci en privilégiant le respect des principes fondamentaux assurant la protection du profane.

En la matière, l'objet du contrat n'appelait aucune difficulté majeure, la réflexion pouvant valablement s'exercer en amont et avant la conclusion du contrat il semble

⁵⁵³ Cf arrêt CJCE, 10 mars 2005 affaire C-336/03 EasyCar

logique et opportun de ne pas étendre le bénéfice de la rétractation. La réflexion du consommateur, essence de la réglementation communautaire justifiant les mesures protectrices à l'égard de ce dernier, s'en trouve donc respectée.

Section 2 : La fonctionnalité du droit de rétractation, garante de la protection du consentement du consommateur

250 Avec l'obligation d'information, la faculté de renonciation constitue l'un des moyens de protection du consommateur. Celui-ci dispose désormais d'un délai de quatorze jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, pour y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception⁵⁵⁴. Il s'agit là d'une règle impérative qui rendrait, de ce fait, nulle et non avenue toute clause par laquelle le consommateur abandonnerait son droit de renonciation.

Il existe différentes facultés de rétractation. En effet, en matière de droit des assurances, la rétractation tend à permettre au consommateur de revenir sur un consentement donné précipitamment. Cet objectif diffère de celui poursuivi par le droit de la consommation qui cherche à sanctionner le manquement du professionnel ayant altéré l'intégrité du consentement donné. Pour autant quel que soit le régime applicable, les facultés de rétractation tendent majoritairement à protéger le consommateur contre sa précipitation (§1) et préserver l'intégrité du consentement donné (§2).

§1 : Le droit de rétractation, outil efficace contre la précipitation du consommateur

251 La possibilité octroyée au consommateur de se repentir, tient à la volonté du législateur, corrélée par le juge, de protéger le consommateur, « fut-il de mauvaise foi »⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Article L121-21 du Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-5. Toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation est nulle »

⁵⁵⁵ Michel CANNARSA, Docteur en droit, *Les facultés de rétractation en droit de la consommation et en droit des assurances : continuité en droit interne, changements en droit communautaire*, Revue générale du droit des assurances, 1 janvier 2009, N°2009-01, p.25

L'exercice de cette prérogative intervient nécessairement à un stade postérieur à l'échange des consentements, mettant à mal le principe de droit commun de l'irrévocabilité des conventions⁵⁵⁶.

L'octroi d'un délai fixe de rétractation matérialise cette protection contre la précipitation. Les facultés de cette prérogative tantôt d'ordre public (I), tantôt discrétionnaire (II) permettent de mesurer le degré de protection offert.

I/ Une faculté d'ordre public, caractère contraignant pour le professionnel

252 Le principe même du droit de rétractation présente la particularité qu'il intervient postérieurement à l'échange des consentements. Alors que le droit commun, donnant primauté à la liberté contractuelle, n'admet l'annulation d'une convention qu'à la condition de démontrer un vice du consentement, le droit de la consommation érige quant à lui l'erreur d'engagement du consommateur au rang des présomptions. En effet, durant le délai de réflexion, le consommateur pourra dénoncer la convention s'il change d'avis sans n'avoir rien d'autre à démontrer. Cette faculté exorbitante du droit commun est reconnue comme étant d'ordre public tant par le droit communautaire⁵⁵⁷, notamment à travers la plupart des directives relatives à la protection des consommateurs, que par le droit des assurances pour une certaine catégorie de contrats. En atteste par exemple, l'article L.132-5-1 du Code des assurances, qui revêt le caractère d'ordre public en vertu de l'article L.111-2 dudit Code.

253 Le caractère impératif a également été affirmé par la jurisprudence. La Cour de Cassation a ainsi exclu toute renonciation à la faculté de rétractation au motif que « celle-ci était d'ordre public »⁵⁵⁸. Dans le même sens, un autre arrêt de la Cour de Cassation a ainsi exclu la renonciation au droit de rétractation en se référant aux articles L.121-21 et suivants du Code de la consommation au motif que ces dispositions sont

⁵⁵⁶ Article 1134 alinéa 1 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »

⁵⁵⁷ Directive 94/4/CE, art 8 ; Directive 97/7/CE, art 12 ; Directive 2002/65/CE art 12 ;

⁵⁵⁸ Civ, 2^o, 7 mars 2007 in Michel CANNARSA, Docteur en droit, *Les facultés de rétractation en droit de la consommation et en droit des assurances : continuité en droit interne, changements en droit communautaire*, Revue générale du droit des assurances, 1 janvier 2009, N°2009-01, p.25

d'ordre public⁵⁵⁹. Le refus opposé et systématique de la Haute juridiction d'abandonner le bénéfice du droit de rétractation n'empêche pas malgré tout le consommateur de renoncer au bénéfice de cette règle d'ordre public instituée en sa faveur, dès lors que celle-ci intervient « postérieurement à l'acquisition de son droit »⁵⁶⁰.

Cet aménagement se justifie parfaitement par l'effectivité de la réflexion du consommateur qui trouve en l'espèce à s'exercer, or c'est là l'essence même du droit de rétractation. La rétractation est ainsi obligatoire et le professionnel devra s'y soumettre à moins que son bénéficiaire n'y renonce explicitement.

En dehors de ces prévisions légales, il est des cas où le consommateur peut bénéficier de cette faculté de manière discrétionnaire.

II/ Une faculté discrétionnaire, caractère confortable pour le consommateur

254 Le législateur, en permettant et consacrant une faculté de se rétracter, a d'abord souhaité protéger le consentement du consommateur contre les agissements des professionnels, qui savent se montrer très convaincants pour conclure leurs ventes. Cette volonté protectionniste a pourtant un champ plus large, dans la mesure où elle vise également à protéger le consommateur lui-même. En effet, dans la précipitation du moment, ce dernier peut s'engager hâtivement et regretter rapidement son choix, d'où la consécration d'un droit de rétractation.

255 Cette faculté fondamentale doit nécessairement intervenir sans aucun autre formalisme ni justification pour atteindre l'effet escompté. A ce titre, durant le délai octroyé, l'acheteur pourra revenir sur son engagement sans avoir à justifier d'aucun motif. Cette faculté réglementaire est présente principalement dans le domaine des contrats à distance⁵⁶¹ bien qu'on la retrouve dans d'autres domaines spécifiques tels que celui du

⁵⁵⁹ Civ, 1^o, 16 mars 1994, Note G. RAYMOND, Contrats, Concurrence, Consommation, 1994, n^o152

⁵⁶⁰ Cf supra note M. CANNARSA

⁵⁶¹ Article L. 121-20-13 du Code de la consommation, Créé par l'ordonnance n^o2005-648 du 6 juin 2005 - art. 1 JORF 7 juin 2005 et relatif à la conclusion de contrats à distance portant sur des services financiers : « I.- Les contrats pour lesquels s'applique le délai de rétractation mentionné à l'article L. 121-20-12 ne peuvent recevoir de commencement d'exécution par les parties avant l'arrivée du terme de ce délai sans l'accord du consommateur. Lorsque celui-ci exerce son droit de rétractation, il ne peut être tenu qu'au paiement proportionnel du service financier effectivement fourni, à l'exclusion de toute pénalité.

droit des assurances⁵⁶². La jurisprudence quant à elle veille également à conférer toute sa portée à cette faculté en écartant les arguments tirés « d'une mauvaise foi du souscripteur ou d'un abus de son droit à renoncer »⁵⁶³.

256 Par ailleurs, on la retrouve aussi en dehors de toute prévision légale, notamment lorsqu'elle résulte d'une stratégie commerciale des vendeurs. Ce choix permettant d'offrir au consommateur un délai de réflexion pouvant aller jusqu'à trente jours s'explique par le souhait de fidéliser la clientèle en consolidant sa confiance. Cette extension du droit de repentir, bien que confortable pour le consommateur, n'est pas sans poser de problème. En effet, elle constitue un des freins à l'harmonisation globale souhaitée et recherchée au niveau communautaire précisément parce qu'elle met en avant le caractère du droit consumériste français qui est jugé trop protecteur.

257 Cet ultra protectionnisme dont les effets pervers conduiraient à favoriser l'assistanat du consommateur s'oppose au droit consumériste allemand qui tendrait au contraire à responsabiliser davantage le consommateur en lui offrant une protection moindre, ou du moins non exclusive par rapport au professionnel. Au-delà de ces considérations impliquant différents niveaux de protection, dont les débats doctrinaux et jurisprudentiels sont riches en la matière, il n'en demeure pas moins que le droit de rétractation est un dispositif opérant qui protège valablement le consentement du consommateur.

⁵⁶² Article L. 132-5-2 du Code des assurances, Modifié par la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 - art. 5 : « Avant la conclusion d'un contrat d'assurance sur la vie ou d'un contrat de capitalisation, par une personne physique, l'assureur remet à celle-ci, contre récépissé, une note d'information sur les conditions d'exercice de la faculté de renonciation et sur les dispositions essentielles du contrat. Un arrêté fixe les informations qui doivent figurer dans cette note, notamment en ce qui concerne les garanties exprimées en unités de compte. Toutefois, la proposition d'assurance ou le projet de contrat vaut note d'information, pour les contrats d'assurance ou de capitalisation comportant une valeur de rachat ou de transfert, lorsqu'un encadré, inséré en début de proposition d'assurance ou de projet de contrat, indique en caractères très apparents la nature du contrat. L'encadré comporte en particulier le regroupement des frais dans une même rubrique, les garanties offertes et la disponibilité des sommes en cas de rachat, la participation aux bénéfices, ainsi que les modalités de désignation des bénéficiaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie, pris après avis de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, fixe le format de cet encadré ainsi que, de façon limitative, son contenu ».

⁵⁶³ TGI Paris, 26 mars 2004, RGDA 2004, p. 995, note J. BIGOT in Michel CANNARSA, Docteur en droit, *Les facultés de rétractation en droit de la consommation et en droit des assurances : continuité en droit interne, changements en droit communautaire*, Revue générale du droit des assurances, 1 janvier 2009, N°2009-01, p.25

§2 : Le droit de rétractation, dispositif opérant pour la préservation du consentement du consommateur

258 Le droit civil établit la validité d'une convention au regard de quatre critères⁵⁶⁴, parmi lesquels le consentement des parties apparaît comme primordial. En matière de droit de la consommation, une grande importance est ainsi accordée au consentement des parties qui s'obligent. Celui-ci s'apprécie à travers les nombreuses obligations d'informations auxquelles le professionnel est soumis, informations qui portent entre autres, sur l'existence d'un droit de rétractation. La reconnaissance d'une telle faculté s'analyse comme un réel pouvoir de résiliation unilatérale accordé au consommateur et qui semble, a priori, contraire aux principes fondamentaux du droit commun. En effet, durant cette période de réflexion, l'acheteur pourra revenir sur le consentement donné et mettre un terme à la relation contractuelle sans d'autres justifications. Ce bénéfice octroyé au consommateur s'explique par de nombreux facteurs, dont celui de vouloir remédier au déséquilibre originel existant dans la relation unissant le professionnel à l'acheteur. En effet, alors que la rétractation permet dans un premier temps de prémunir le consommateur contre sa propre précipitation, elle contribue surtout à confirmer et consolider la volonté de ce dernier. Il s'agit ainsi pour le législateur de reconnaître un droit spécifique au profane afin tantôt de sanctionner le professionnel qui aurait profité de la situation pour obtenir un engagement hâtif, tantôt de s'assurer que le consommateur détient bien la totale maîtrise de son engagement. Cela garantit ainsi une parfaite préservation du consentement du consommateur dans la mesure où même si cette faculté tend a priori à porter atteinte au droit commun des contrats (I) notamment en admettant l'annulation d'un contrat valablement formé (II), l'appréciation de la fonctionnalité du droit de rétractation permet de soutenir la thèse contraire.

⁵⁶⁴ Article 1108 du Code civil : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation »

I/ La nature fonctionnelle du droit de rétractation, une singularité conforme au droit commun

259 La singularité du droit de rétractation réside indéniablement dans la possibilité offerte à l'une des parties d'anéantir unilatéralement une convention, valablement conclue, sans d'autres justifications particulières et en dehors de tout accord du cocontractant. A cet égard, le repentir semble remettre en cause les fondements et l'essence même du consensualisme. Pour autant, bien que le droit civil accorde et reconnaisse sa haute importance à la liberté contractuelle, érigée au rang des libertés fondamentales, il n'en demeure pas moins que celle-ci fait l'objet de restrictions selon les cas. En effet, lorsque les conditions de validité d'une convention ne sont pas réunies, notamment en cas d'absence d'intégrité du consentement la convention pourra être anéantie. Le mécanisme d'espèce, en matière de rétractation peut ainsi s'analyser en une consécration implicite d'une présomption de consentement vicié (A) qui conduit de facto à une annulation conventionnelle particulière (B).

A/ La consécration d'une présomption de vice du consentement

260 Les vices du consentement sont une institution bien connue du droit commun des contrats. La démonstration effective de ces derniers permet de revenir sur un engagement contractuel qui aurait été donné sur la base d'une erreur, d'une contrainte ou qui aurait été obtenu grâce à des ruses ou artifices. La doctrine a ainsi parfois assimilé la faculté de rétractation, telle qu'envisagée par le droit de la consommation, à la reconnaissance implicite d'une « présomption de consentement vicié »⁵⁶⁵. Une telle position, bien que défendable à certains égards, doit néanmoins être nuancée. En effet, le droit positif⁵⁶⁶ encadre strictement ces modalités particulières d'anéantissement contractuel à travers des conditions de caractérisation de l'erreur, du dol et de la violence qui demeurent restrictives.

⁵⁶⁵ Stéphane DETRAZ, Docteur en droit, Institut de sciences criminelles de Bordeaux, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation* ; Contrats, Concurrence, Consommation, N°5, Mai 2004, étude 7.

⁵⁶⁶ Article 1109 Code civil : « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

261 Concernant l'erreur⁵⁶⁷, celle-ci ne peut être invoquée que dans les cas où l'individu s'est mépris, soit sur la nature ou l'objet même du contrat (erreur obstacle), soit sur les qualités substantielles du contrat (avec la reconnaissance d'une erreur sur les qualités essentielles de la personne en cas de contrat conclu *intuitu personae*). Par ailleurs, le caractère excusable de l'erreur est un élément caractéristique pour l'anéantissement de la convention sur ce fondement.

Concernant le dol⁵⁶⁸, celui-ci est assimilé à l'erreur provoquée. En effet, il est constitué de manœuvres qui ont pour effet d'obtenir le consentement du contractant sur la base de ruses ou d'artifices et qui sont le résultat soit de manœuvres positives soit qui découlent d'un mensonge voire d'un silence (réticence dolosive).

Enfin, la violence⁵⁶⁹ entraîne, quant à elle, l'anéantissement contractuel dès lors que son caractère de gravité a été démontré et que les menaces, physiques ou morales, exercées sur l'autre partie, ont engendré un sentiment de crainte.

262 Il apparaît ainsi que la rétractation constitue effectivement une technique contractuelle qui permet au consommateur de revenir sur son engagement tout en s'exonérant de la démonstration effective de l'atteinte de l'intégrité de son consentement. Pour autant, ne serait-il pas hâtif d'en conclure que l'ensemble des contrats bénéficiant d'une telle faculté sont des contrats dont le vice du consentement est présumé ?

Selon Stéphane DETRAZ, il y a bien présomption de vice du consentement, mais sa particularité réside dans le fait qu'il ne s'agit pas tant d'un vice *stricto sensu* tel qu'envisagé par notre droit positif, mais simplement de la reconnaissance implicite d'une « présomption d'un vice du consentement *lato sensu* »⁵⁷⁰. En effet, pour cet auteur, il est des situations qui altèrent le consentement, mais insuffisamment pour être

⁵⁶⁷ Article 1110 du Code civil : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

⁵⁶⁸ Article 1116 du Code civil : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé ».

⁵⁶⁹ Article 1111 Code civil : « La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite ».

⁵⁷⁰ Cf supra note S. DETRAZ

pris en compte comme cause de nullité, notamment du fait des conditions restrictives de démonstration des vices du consentement. Par exemple, la nullité ne sera pas accordée lorsque la méprise porte sur une qualité non substantielle de la chose ou sur la valeur de celle-ci ou encore si elle est inexcusable.

Ces évènements non vicieux au sens du droit commun contribuent toutefois à ôter au consentement une partie de son intégrité ce qui justifie alors la rétractation érigée au rang d'une présomption particulière de vice du consentement. Dans la même perspective, l'annulation qu'elle engendre est une annulation particulière.

B/ La reconnaissance d'une annulation particulière

263 Les effets produits par la rétractation sont à plusieurs égards assimilables à ceux engendrés par l'annulation, bien que les modalités de mise en œuvre de cette faculté divergent de ceux-ci.⁵⁷¹ En effet, lorsque le consommateur use de sa faculté de rétractation, il empêche (comme dans le cas d'une annulation) la convention de se former valablement en entraînant ainsi l'anéantissement rétroactif de l'acte.

La rétractation peut alors être considérée comme une annulation relative, en ce qu'elle n'est invocable que par l'individu protégé par l'action. En outre le caractère gratuit de la rétractation est un élément confirmant la thèse de la convergence de ces deux modalités d'anéantissement contractuel, dans la mesure où comme l'annulation, la rétractation est envisagée comme la sanction d'un défaut empêchant la formation valable de l'accord. Il n'y a donc pas lieu de verser au cocontractant une quelconque indemnité.

La comparaison de l'annulation avec la rétractation pourrait être poussée davantage, notamment au niveau de la possibilité laissée, tant au consommateur qu'au cocontractant dont le consentement a été vicié, de poursuivre la relation contractuelle en dépit du vice constaté. En effet, de la même façon que le cocontractant lésé est en mesure de confirmer l'accord⁵⁷², le consommateur qui laisse le délai légal de rétractation arriver à son terme est censé avoir renoncé à invoquer le vice dont il est victime.

⁵⁷¹ L'action en nullité relative dure 5 ans (aux termes de l'article 1304 al 1 du Code civil) alors que la faculté de se repentir est de quatorze jours

⁵⁷² Dans le seul cadre d'une action en nullité relative, la confirmation ne pouvant émaner que de la partie qui peut se prévaloir de cette dernière

264 Malgré les nombreux points communs qui conduisent à unir la rétractation à l'annulation, un élément les oppose toutefois et concerne leur mise en œuvre. En effet, afin que la nullité d'un contrat soit reconnue, celle-ci doit obligatoirement être prononcée par le juge⁵⁷³ tandis que la rétractation n'émane que du consommateur seul et ne nécessite pour être valide qu'une signification au cocontractant de la volonté de se délier de l'engagement. On peut en réalité expliquer et nuancer cette différence, sans renoncer à considérer les institutions comme apparentées. D'une part, il ne s'agit là que d'une divergence purement technique car substantiellement les deux mécanismes sont destinés à sanctionner un vice altérant le consentement pour, *in fine*, anéantir le contrat. D'autre part, l'éviction de l'autorité judiciaire se justifie pleinement en matière de rétractation dans la mesure où, de manière générale, le citoyen renonce souvent à faire valoir ses droits en raison du coût financier et de l'effort psychologique que représente l'obligation d'agir en justice. Cette réalité a ainsi incité le législateur à sacrifier la règle de l'article 1117 du Code civil⁵⁷⁴.

265 Plus globalement, on peut considérer que l'ensemble des exigences de la théorie des vices du consentement sont infléchies en la matière : le consommateur pouvant se prévaloir d'une altération, qui en droit commun n'est pas suffisamment déterminante pour être érigée en vice du consentement, mais qui conduit valablement à l'anéantissement du contrat en matière consumériste. En cela, on peut alors considérer que la rétractation est certes une modalité d'annulation contractuelle mais elle demeure une annulation particulière du fait notamment de sa nature extra-judiciaire. La volonté protectionniste poursuivie par le législateur a conduit à la multiplication de ces spécificités du droit de rétractation. Pour autant, la nature fonctionnelle de cette prérogative n'est pas dissidente au droit commun des contrats.

⁵⁷³ Article 1117 du Code civil : « La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre ».

⁵⁷⁴ Cf supra note S. DETRAZ

II/ Les effets de la nature fonctionnelle du droit de rétractation, une analyse conforme au droit commun

266 Alors que le droit commun consacre et érige la liberté contractuelle en liberté fondamentale⁵⁷⁵, le droit de la consommation permet au consommateur qui s'est engagé envers un professionnel « d'anéantir unilatéralement le contrat, l'image étant celle de la reprise, par le consommateur, du consentement »⁵⁷⁶. La doctrine s'est interrogée sur la nature juridique d'un tel mécanisme. En effet, les textes emploient des dénominations différentes pour évoquer la rétractation (« droit de dénonciation »⁵⁷⁷, « faculté de renonciation »⁵⁷⁸, « faculté de résiliation »⁵⁷⁹, « faculté de rétractation »⁵⁸⁰) et il n'est pas certain que le législateur ait entendu le même sens pour ces différentes notions. Pour autant, et malgré les différentes natures que peut revêtir le droit de repentir, sa fonction mérite une attention particulière dans la mesure où quel que soit le domaine d'application, le législateur assigne le même rôle à cette faculté. En effet, qu'elle soit « un privilège (sans fondement légitime) ou une sanction (la réponse apportée à une faute ou un défaut) »⁵⁸¹ la rétractation ne porte nullement atteinte aux principes fondamentaux qui irriguent le droit commun des contrats puisqu'elle ne porte ni atteinte

⁵⁷⁵ Article 1134 du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »

⁵⁷⁶ S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, thèse éd. 1997, LGDJ in *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation*, Etude par Stéphane DETRAZ, Contrats, concurrence, consommation, N°5, Mai 2004, étude 7

⁵⁷⁷ Article L.211-16 du Code des assurances : « La victime peut, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dénoncer la transaction dans les quinze jours de sa conclusion. Toute clause de la transaction par laquelle la victime abandonne son droit de dénonciation est nulle »

⁵⁷⁸ Article L.132-5-1 du Code des assurances : « Toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pendant le délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu. Ce délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. S'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il n'est pas prorogé.

La renonciation entraîne la restitution par l'entreprise d'assurance ou de capitalisation de l'intégralité des sommes versées par le contractant, dans le délai maximal de trente jours calendaires révolus à compter de la réception de la lettre recommandée. Au-delà de ce délai, les sommes non restituées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié durant deux mois, puis, à l'expiration de ce délai de deux mois, au double du taux légal ».

⁵⁷⁹ Article L.121-33 du Code de la consommation

⁵⁸⁰ Article L.121-22, L.271-1 et L.311-15 du Code de la consommation

⁵⁸¹ Etude par Stéphane DETRAZ, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation*, Contrats, concurrence, consommation, N°5, Mai 2004, étude 7

au principe de formation instantanée du contrat (A) ni à celui de la force obligatoire du contrat (B).

A/ L'absence d'atteinte au principe de la formation instantanée du contrat

267 Le fait d'ériger le droit de rétractation en une présomption de vice du consentement et de l'assimiler parallèlement à une annulation extra judiciaire a pour conséquence de l'intégrer au droit commun des contrats. A ce titre, la question légitime qui se pose est celle de savoir si ce privilège accordé au consommateur porte ou pas atteinte aux libertés fondamentales régissant le droit des contrats. Plus précisément, le débat de fond qui anime la communauté doctrinale en matière de repentir repose sur le fait de savoir à quel moment la formation de la convention a lieu, car alors que certains prônent pour une formation instantanée du contrat, d'autres défendent l'idée que la formation de celui-ci est retardée jusqu'à l'épuisement du délai de rétractation. Pour autant, si l'on partage l'avis que la rétractation s'apparente à l'annulation, le débat n'a pas lieu d'être. En effet, celle-ci ne constitue pas un obstacle au principe de la formation instantanée du contrat et suppose simplement l'absence d'exercice de la faculté.

268 Il est ainsi permis, voire imposé, de penser comme la Cour de Cassation⁵⁸² qui considère que la convention est conclue sans attendre. Dans cet arrêt, les Hauts juges rappellent l'essence de l'article L.311-15 du Code de la consommation, selon lequel si l'offre de crédit ne comporte aucune clause par laquelle le prêteur se réserve le droit d'agréeer la personne de l'emprunteur alors « le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur »⁵⁸³, alors même que ce dernier peut revenir sur son engagement en exerçant sa faculté de rétractation⁵⁸⁴. La première chambre civile de la

⁵⁸² Cass. Civ. 1°, 10 juin 1992 : Contrats, Concurrence, Consommation 1992, n°195, G. RAYMOND

⁵⁸³ Cf supra arrêt Cass. Civ. 1°, 10 juin 1992

⁵⁸⁴ Article L311-15 du Code de la consommation, créé par la loi 93-949 1993-07-26 annexe JORF 27 juillet 1993 : « Lorsque l'offre préalable ne comporte aucune clause selon laquelle le prêteur se réserve le droit d'agréeer la personne de l'emprunteur, le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur. Toutefois, l'emprunteur peut, dans un délai de sept jours à compter de son acceptation de l'offre, revenir sur son engagement. Pour permettre l'exercice de cette faculté de rétractation, un formulaire détachable est joint à l'offre préalable. L'exercice par l'emprunteur de sa faculté de rétractation ne peut donner lieu à enregistrement sur un fichier ».

Cour de Cassation rapproche dans un second temps la lecture de cet article avec celle de l'article L. 311-16 dudit Code qui nous indique que si l'offre contient la clause précitée, « le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que [...] ledit emprunteur n'ait pas usé de la faculté de rétractation et que le prêteur ait signifié son agrément »⁵⁸⁵. Il en résulte, à l'aune de cette interprétation jurisprudentielle, que cette prétendue formation successive du contrat n'est rien d'autre que la situation de droit commun dans laquelle tant que le délai de l'action en nullité n'est pas forclos, il règne sur le devenir de la convention quelques incertitudes. La différence notable réside simplement dans les délais d'action, la période de rétractation étant beaucoup plus courte.

269 Selon certains auteurs⁵⁸⁶, cette conception n'est pas le reflet de la réalité psychologique dans la mesure où celui qui conclut une convention accompagnée d'une faculté de repentir ne consentirait pas définitivement à l'offre, suspendant ainsi l'octroi irrévocable de son accord. L'analyse est certainement vraie mais on peut tout aussi bien penser que le consommateur a accepté l'engagement simplement sous réserve que son consentement n'ait pas été altéré. L'idée est d'autant plus défendable qu'elle répond à la volonté législative de protéger le consommateur contre les ruses et artifices des professionnels mais également contre la propre précipitation du consommateur. A ce titre, l'acheteur d'un bien ou service, séduit par l'offre telle que présentée en amont, va pouvoir exercer sa réflexion avec le recul nécessaire en revenant sur sa promesse s'il découvre que les termes de son engagement sont éloignés de ce qu'il prévoyait. Cela ne remettant pas en cause le principe de formation instantanée pas plus que celui de la force obligatoire des contrats.

B/ L'absence d'atteinte au principe de la force obligatoire du contrat

270 L'essence du contrat réside sur son caractère obligatoire. Pour autant, cette force juridique ne concerne que « les conventions légalement formées »⁵⁸⁷, or en matière de

⁵⁸⁵ Cf supra arrêt Cass. Civ. 1^o, 10 juin 1992

⁵⁸⁶ R. BAILLOD, *Le droit de repentir*, RTD civ. 1984, p. 229 n^o3.

⁵⁸⁷ Cf supra, article 1134 Code civil

rétractation la question légitime qui se pose est celle de savoir si le contrat a été valablement formé. En effet, l'acte formé ne doit produire aucun effet selon l'adage⁵⁸⁸, c'est donc à ce titre que la victime d'un vice du consentement s'adresse au juge afin d'obtenir l'anéantissement de l'engagement. Dans ce cadre précis, il n'y a donc pas d'atteinte à la force obligatoire. En poursuivant le raisonnement, et si l'on estime que le droit de rétractation repose sur une présomption de vice du consentement (*lato sensu*)⁵⁸⁹, son exercice n'entre alors nullement en contradiction avec ce principe essentiel. On peut ainsi aisément concevoir que le contrat anéanti par la rétractation a été instantanément formé et qu'il n'a pas été porté atteinte à sa force obligatoire.

271 Par ailleurs, le domaine naturel de la rétractation est celui des actes qui, par nature, n'engendrent ni n'établissent de droits au profit des tiers, ceux qui produisent un tel effet étant a priori exclus du bénéfice de la rétractation. Or, la conclusion d'une convention affectée par le droit de repentir peut s'analyser comme appartenant à cette seconde catégorie, notamment en ce qu'elle confère au professionnel une créance sur le consommateur ce qui contrarie alors l'essence même de la force obligatoire. C'est sans compter sur le caractère, présumé vicié du consentement, qui rend donc inapte à donner valablement naissance à des obligations. Ce n'est ainsi qu'une fois la période de réflexion arrivée à terme que le contrat se classe parmi les actes créateurs de droits. En réalité l'image qu'évoque l'expression « droit de rétractation » apparaît trompeuse. Elle signifie que celui qui a donné son consentement peut le reprendre, obligeant alors en quelque sorte, à caractériser les éléments constitutifs du contrat au jour de l'exercice du repentir, de sorte qu'à cet instant le consentement fait défaut. Or si la rétractation est une variété d'annulation, sa mise en œuvre équivaut simplement à faire reconnaître que l'accord donné à la conclusion de l'acte est excessivement altéré pour être considéré comme valable. Il en résulte finalement que le consommateur ne reprend pas son consentement, il en sanctionne simplement la mauvaise qualité. L'institution du droit de repentir se justifie logiquement par l'accroissement des exigences tenant à l'intégrité du consentement de la partie faible au contrat : le consommateur. Celui-ci bénéficie d'une large protection dont l'application demeure

⁵⁸⁸ *Quod nullum est nullum producit effectum* : ce qui est nul ne produit aucun effet

⁵⁸⁹ Cf supra analyse S. DETRAZ

hétérogène, ce qui n'est pas pour faciliter une harmonisation globale en la matière au niveau européen.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

272 Définition du droit de réflexion. Le droit de rétractation est une prérogative consacrée par le législateur et corroborée par la jurisprudence qui permet au consommateur d'exercer valablement sa réflexion après un acte d'achat. Ce droit prend la forme d'un délai durant lequel le consommateur pourra revenir sur le consentement donné sans d'autres justifications à apporter. Il s'agit d'une prérogative très protectrice des intérêts individuels du consommateur dans la mesure où elle permet à ce dernier d'évaluer la pertinence de son acte de consommation, en somme d'exercer valablement sa réflexion dans des situations particulières.

273 Utilité du droit de réflexion. Le droit de rétractation n'est pas un droit général et absolu qui s'applique à toutes les situations. En effet, celui-ci est légalement prévu dans deux situations à savoir la vente à distance et celle résultant d'un démarchage commercial. Le législateur a ainsi offert au consommateur le droit de se rétracter dans ces deux cas de figure considérant que ces actes d'achats s'effectuent dans des cadres inhabituels de consommation. Il s'agit donc de prémunir et protéger le consommateur contre sa propre précipitation.

274 L'harmonisation du délai de réflexion. Au niveau européen, les délais reconnus en matière de rétractation peuvent parfois différer entre les Etats membres. Par ailleurs, une confusion est également possible entre le délai légal de réflexion, les délais conventionnels reconnus à la discrétion de certaines enseignes ou encore les délais applicables à certains domaines particuliers tels le crédit à la consommation. La Commission européenne a ainsi entrepris de réformer ce domaine en définissant un délai commun et d'une durée équivalente pour l'ensemble des situations. Celui-ci est ainsi de quatorze jours à compter de la réception du bien.

CHAPITRE 2 : L'application du droit de rétractation

Chapitre 2 : L'application du droit de rétractation

275 Alors qu'à l'origine l'Europe s'est construite sur la base d'objectifs politiques, principalement afin de promouvoir la paix et la sécurité, elle poursuit aujourd'hui son œuvre sur la base d'une coopération économique. Celle-ci est d'ailleurs devenue indispensable pour assurer la croissance et faire face à la concurrence mondiale car « dans un siècle où les tendances démographiques privilégient d'autres continents »⁵⁹⁰, les pays européens ont rapidement compris qu'ils devaient continuer à s'unir. En effet, pris isolément, aucun de nos Etats n'est aujourd'hui en mesure de faire suffisamment le poids pour défendre ses intérêts dans le commerce mondial. Par ailleurs, les entreprises européennes ont besoin d'un espace plus vaste que le marché national pour engager des économies d'échelle et trouver de nouveaux acheteurs, ce que leur offre le marché unique européen. Mais pour prospérer, ce vaste marché de 500 millions de consommateurs⁵⁹¹ doit être profitable à l'ensemble des acteurs économiques et sociaux. C'est pourquoi l'Union Européenne s'emploie à faire disparaître les obstacles aux échanges et les rigidités administratives qui entravent leurs actions.

276 C'est donc afin de développer et consolider les relations commerciales interétatiques qu'est souhaitée et recherchée une uniformisation du droit de la consommation. En effet, seul le gain de la confiance des consommateurs pourra engendrer un accroissement des échanges et celui-ci ne peut se concevoir si les modalités réglementaires divergent de manière prononcée.

En matière d'exercice du droit de rétractation en l'occurrence, une certaine disparité demeure et est constitutive d'un obstacle majeur pour la pérennisation des échanges. En effet, lorsqu'un consommateur effectue un achat transfrontalier il s'attend à ce que lui soient appliqués et reconnus les mêmes droits que ceux applicables au sein de son Etat, or si les modalités divergent soit celui-ci renoncera à l'acte soit il renoncera définitivement à cette forme d'achat notamment si l'expérience n'a pas été concluante. L'extension du champ d'application du droit de rétractation est une initiative qui sert les intérêts du consommateur dans la mesure où celui-ci sera nécessairement plus enclin

⁵⁹⁰ Pascal FONTAINE, *12 leçons sur l'Europe*, Commission Européenne – Direction générale de la communication, Edition Union européenne 2010.

⁵⁹¹ Cf supra, donnée issue de l'ouvrage de P. FONTAINE

à s'engager dans des relations où le lien contractuel n'est pas ferme et définitif (Section 1). Pour autant, malgré les bienfaits appréciables d'une application élargie de ce droit, l'administration d'un cadre permet de valoriser et consolider une réflexion aboutie (Section 2).

Section 1 : Une application extensive du droit de rétractation, aubaine pour la réflexion du consommateur

277 Le droit de rétractation fait l'objet d'une application éparse en droit interne. En tant que prérogative d'ordre public pour certains contrats⁵⁹² ou simple mesure de complaisance commerciale pour d'autres, la réflexion du consommateur peut s'en trouver troublée. En effet, à l'heure où les ventes en ligne ne cessent de se développer et proposent un délai de rétractation allant parfois jusqu'à trente jours, le consommateur a tendance à globaliser ce bénéfice pour l'ensemble des actes de consommation qu'il entend engager. C'est ainsi que prenant acte de cette réalité, le législateur est intervenu pour rallonger le délai légal de rétractation. Les lois du 1 juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, et celle du 17 mars 2014 relative à la consommation ont ainsi permis de proroger la durée du droit de rétractation en s'accordant sur un délai commun de quatorze jours. Cela concerne les contrats de crédit à la consommation, ceux conclus par voie de démarchage et ceux conclus hors établissements. L'accueil favorable de cette mesure souhaitée et encouragée (§1) a été largement renforcé par sa mise en œuvre simplifiée (§2).

§1 : L'extension du champ d'application de la rétractation, une mesure encouragée

278 Le champ d'application du droit de rétractation a été étendu tant au niveau des caractéristiques même de cette prérogative (I) qu'au niveau de ses effets (II).

⁵⁹² Article L. 121-21 Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-5. Toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation est nulle.

I/ Les nouvelles caractéristiques du droit de rétractation

279 La spécificité du droit de rétractation tient au fait que la durée de celui-ci a été augmentée ce qui est gage de clarté (A) pour le consommateur mais aussi de confiance notamment car ce droit trouve désormais à s'appliquer pour un nombre plus important de contrats (B).

A/ La durée augmentée et harmonisée du délai de rétractation, facteur de lisibilité pour le consommateur

280 La récente loi du 17 mars 2014⁵⁹³ relative au consommateur est à l'origine des changements opérés en matière de rétractation. Un état des lieux avant (1) et après (2) la loi permet d'apprécier les avancées significatives opérées au profit de l'accroissement de la protection consumériste.

1. La situation avant la loi du 17 mars 2014

281 La loi du 17 mars 2014, dite « loi Hamon »⁵⁹⁴, est une loi de consommation qui modifie une partie importante du Code de la consommation. Les principaux changements engendrés par ce texte portent notamment sur :

- « les contrats d'assurance,
- l'introduction de l'action de groupe en droit français,
- le renforcement de la législation relative aux clauses abusives,
- les nouvelles règles applicables en matière de ventes en ligne,
- l'encadrement des règles liées au transfert de risques au consommateur en cas de livraison perdue ou endommagée,
- les frais de dossiers abusifs des auto-écoles,

⁵⁹³ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *Loi Hamon*
Journal Officiel de la République Française, 18 mars 2014

⁵⁹⁴ Cf supra

- l'introduction d'un nouveau label « fait maison » dans les restaurants,
- l'interdiction des hypothèques rechargeables en matière de crédit à la consommation
- la vente d'or par les particuliers
- un meilleur encadrement du démarchage téléphonique
- l'instauration d'une définition légale du consommateur au sein du Code de la consommation
- une réduction de la durée des plans de surendettements des particuliers
- l'interdiction des frais de rejet de paiement pour les clients en difficulté financière
- le renforcement des droits du consommateur contre l'obsolescence programmée des produits
- et enfin l'augmentation du délai de rétractation en cas de vente ou de démarchage »⁵⁹⁵.

282 La multiplicité des domaines réformés met incontestablement en exergue le besoin de restructuration et de transparence des droits du consommateur. En effet, la situation avant cette intervention législative faisait coexister plusieurs situations, précisément plusieurs durées de rétractation. C'est ainsi que le consommateur qui souscrivait à un contrat de crédit à la consommation bénéficiait d'un délai de quatorze jours pour revenir sur sa décision, alors qu'il ne disposait que de sept jours dans le cas d'une vente à distance ou par démarchage.

Cette situation n'appelait pas nécessairement de difficultés majeures, pour autant elle constituait un obstacle au développement des échanges transfrontaliers, précisément en ce qu'elle créait de la confusion dans l'esprit des consommateurs. Or, dans un contexte où le développement des nouvelles formes de consommation a engendré de nombreux changements des habitudes consuméristes, ce qui a été bénéfique pour l'exercice de la concurrence, un consensus était nécessaire à établir.

283 Jusqu'à cette date, dans le cadre d'une vente à distance ou hors établissement, le délai de réflexion octroyé au consommateur était de sept jours. En matière de crédit à la consommation le délai était de quatorze jours aux termes notamment de la loi du 1 juillet

⁵⁹⁵ Cf site du gouvernement : www.gouvernement.fr et le Portail de l'Economie et des Finances : www.economie.gouv.fr

2010, portant réforme du crédit à la consommation⁵⁹⁶ qui poursuivait un objectif plus ambitieux que la simple transposition de la directive communautaire de 2008⁵⁹⁷. En effet, celle-ci affichait la volonté des pouvoirs publics de lutter contre le surendettement en moralisant et responsabilisant la pratique du crédit. C'est ainsi que parmi les mesures essentielles, figurait l'allongement du délai de rétractation accordé à l'emprunteur et qui est porté depuis cette date à quatorze jours. Les bienfaits de la disposition n'ont pour autant pas été accueillis par la doctrine de manière unanime. En témoigne la position de Véronique LEGRAND qui considère les modalités de la nouvelle disposition comme favorisant la confusion du consommateur qui « risque de se sentir définitivement lié dès le septième jour comme auparavant [et que lorsqu'il faudra concilier] ce nouveau délai avec ceux dont bénéficie le consommateur en matière de vente à distance ou de démarchage à domicile, des difficultés se poseront inévitablement »⁵⁹⁸.

284 A cet égard une clarification était alors bienvenue et formalisée à travers les dispositions de la loi du 17 mars 2014. D'autant qu'une disparité demeurerait entre les différents pays membres qui continuaient à appliquer des délais différents. En effet, alors que la France et l'Allemagne ont rallongé leur délai à quatorze jours, le Royaume-Uni et l'Espagne continuaient à appliquer le délai de sept jours. Quant à la Belgique la confusion était d'autant plus importante qu'elle appliquait, en matière de vente à distance, un délai de 14 jours à compter du lendemain de la livraison et de sept jours pour les contrats conclus en dehors de l'établissement du professionnel.

2. La situation après la loi du 17 mars 2014

285 Deux types de contrats ont justifié un renforcement de la protection du consommateur en raison de leur conclusion en dehors d'un lieu habituellement réservé au commerce. D'une part, les contrats à distance, pour lesquels le besoin de protection spécifique se

⁵⁹⁶ Loi n°2010-737, 1 juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, JO n° 0151

⁵⁹⁷ 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

⁵⁹⁸ Véronique LEGRAND, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen, *Consommateurs et délais de repentir : crédit à la consommation, vente à distance ou démarchage, comment s'y retrouver ?*, Les petites affiches, 1 octobre 2010, n°196 p.7.

justifie par le risque de déception du consommateur qui s'est engagé alors qu'il était seul et sans la marchandise dans les mains, ou bien parce qu'il a agi avec impulsivité. Il s'explique aussi par la complexité en cas d'insatisfaction à mettre en œuvre ses droits à l'encontre d'un partenaire qu'il n'a pas rencontré physiquement. En effet, le commerce électronique s'étant généralisé, la consommation en ligne est devenue un phénomène de masse qu'il a fallu réglementer davantage. D'autre part, les contrats conclus à la suite d'un démarchage, où le danger vient de la présence du professionnel, qui par son insistance voire parfois par son agressivité, peut réduire ou annihiler la liberté contractuelle du consommateur.

286 La matière a ainsi été profondément réformée lors de la transposition de la directive 2011/83 par la loi relative à la consommation, du 17 mars 2014. Cette loi Hamon est un texte qui vise à créer de nouveaux outils de régulation économique pour rééquilibrer les pouvoirs entre consommateurs et professionnels. Au-delà de sa disposition novatrice instaurant une procédure d'action de groupe, permettant ainsi à une association de consommateurs agréée au niveau national d'agir en justice pour un groupe de consommateurs, ce texte rallonge la durée du délai de rétractation en fixant un délai commun de quatorze jours pour les ventes à distance, par voie de démarchage ou hors établissement.

L'article L. 121-21 du Code de la consommation a ainsi été modifié « le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-5. Toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation est nulle », mettant un terme à la rédaction antérieure. Cette nouvelle disposition présente l'avantage d'améliorer la lisibilité de la réglementation en la matière dans la mesure où une clarification est opérée quant au champ d'application de la prérogative.

Cette nouvelle législation est applicable à l'ensemble des contrats conclus après le 13 juin 2014. Alors que certains contrats sont clairement exclus du bénéfice de ce repentir d'autres au contraire ont pu prospérer et favoriser ainsi les échanges transfrontaliers.

B/ Le panel élargi des contrats faisant l'objet d'une rétractation, facteur de confiance pour le consommateur

287 L'encadrement des contrats conclus à distance et hors établissement, bien qu'uniformisé par la directive 2011/83, connaît encore quelques spécificités plus ou moins éparses. Pour autant, il est expressément prévu que « nonobstant toute stipulation contraire, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par un Etat membre de l'Union européenne en application de la directive 2011/83 [...] lorsque le contrat conclu à distance ou hors établissement présente un lien étroit avec le territoire de cet Etat »⁵⁹⁹. Cette disposition rappelle le principe selon lequel lorsque le contrat conclu avec un professionnel est soumis à une loi nationale, ne ressortissant pas d'un Etat membre de l'Union Européenne, le consommateur français ne peut pas être privé de la protection que lui accorde le droit communautaire dès lors que le contrat présente un « lien étroit »⁶⁰⁰ avec le territoire de la France.

Le bénéfice de ce régime protecteur suppose que le contrat en question relève du champ d'application qui lui a été assigné par les textes, à savoir un contrat conclu à distance ou un contrat conclu hors établissement. Il doit également s'agir d'un contrat entre un consommateur et un professionnel, sont à ce titre exclus les contrats conclus entre deux particuliers via une plateforme de vente en ligne⁶⁰¹. La stricte délimitation du champ de la réglementation applicable a ainsi permis d'asseoir la confiance des consommateurs. Par ailleurs, l'allongement du délai de rétractation, constituant une des garanties offertes qui a favorisé la transparence, a aussi permis mécaniquement de développer le crédit à la consommation dont l'encadrement est renforcé (1) ainsi que le commerce électronique (2).

⁵⁹⁹ Article L. 121-24 du Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014

⁶⁰⁰ La notion de lien étroit est définie par l'article L. 139-1 du Code de la consommation, créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 – art 5, au moyen de plusieurs présomptions énoncées par le texte.

Celui-ci dispose « Pour l'application des articles L. 121-24, L. 121-32, L. 135-1 et L. 211-18, un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre est réputé établi notamment :

1° Si le contrat a été conclu dans l'Etat membre du lieu de résidence habituelle du consommateur ;

2° Si le professionnel dirige son activité vers le territoire de l'Etat membre où réside le consommateur, sous réserve que le contrat entre dans le cadre de cette activité ;

3° Si le contrat a été précédé dans cet Etat membre d'une offre spécialement faite ou d'une publicité et des actes accomplis par le consommateur nécessaire à la conclusion de ce contrat ;

4° Si le contrat a été conclu dans un Etat membre où le consommateur s'est rendu à la suite d'une proposition de voyage ou de séjour faite, directement ou indirectement, par le vendeur pour l'inciter à conclure ce contrat.

⁶⁰¹ TI Dieppe, 7 février 2011 : exclusion du bénéfice de la rétractation concernant la vente de biens d'occasion conclue entre deux particuliers par l'intermédiaire de la plateforme de vente en ligne *eBay*.

1. Le développement des contrats de crédits transfrontaliers favorisé

288 La directive 2011/83 a réformé en profondeur la réglementation protectrice en matière de contrats conclus à distance ou hors établissement. Outre l'importance accordée à l'encadrement du démarchage téléphonique et à la prospection commerciale, le texte s'attache à la technique de rétractation reconnue au consommateur afin d'inciter ce dernier à opérer des actes transfrontaliers. Cette nouvelle réglementation vient en complément de la loi du 1 juillet 2010⁶⁰² qui avait fait l'objet d'un accueil mitigé par la doctrine considérant que l'allongement du délai de rétractation constituait une mesure de protection vaine, entre autres du fait de sa difficile conciliation avec les délais de rétractation des ventes à distance. Désormais, l'harmonisation de la durée du délai applicable, porté pour l'ensemble des contrats concernés à quatorze jours, présente l'avantage de simplifier les démarches consoméristes. En effet, le consommateur en bénéficiant d'un délai unique de repentir tant pour les crédits à la consommation que pour les ventes à distance ou conclues hors établissement, sera plus enclin à recourir aux contrats de crédits transfrontaliers.

289 Pour autant, il ne faut pas occulter les réelles intentions qui ont motivé le législateur de 2010 à intervenir en matière de crédit à la consommation, à savoir la lutte contre le surendettement des consommateurs. La loi dite *Lagarde*⁶⁰³, poursuivait en effet comme objectif principal de faciliter les procédures de désendettement des particuliers. Depuis cette loi, le traitement de l'inexécution des contrats de consommation a été réduit à deux procédures au lieu de trois à l'origine⁶⁰⁴, ce qui a permis un renforcement de la « dimension sociale »⁶⁰⁵ du traitement de l'inexécution des contrats de consommation.

⁶⁰² Loi n°2010-737, 1 juillet 2010, loi relative aux contrats de crédit de consommation et applicable aux contrats dont l'offre a été émise après le 1 mai 2011.

⁶⁰³ Cf supra – Loi dite Lagarde, portant réforme du crédit à la consommation.

⁶⁰⁴ Une première procédure de traitement qui correspond au degré le plus faible de surendettement qui concerne un débiteur disposant de ressources ou d'un actif réalisable (Article L. 330-1 al 1 Code de la consommation) ; Une seconde procédure de rétablissement personnel qui correspond au degré le plus grave de surendettement, notamment lorsqu'une situation irrémédiablement compromise est identifiée c'est-à-dire lorsqu'est caractérisée « l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement » (Article L. 330-1 al 3 Code de la consommation)

⁶⁰⁵ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « d) La loi n°2010-737 du 1 juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (2° partie) : les dispositions relatives au surendettement », Revue des contrats, Janvier 2011.

Les effets de l'intervention législative de 2014 ont ainsi pu être réceptionnés en complément des mesures instaurées en 2010 et ont pu être, à ce titre, efficaces.

290 Par ailleurs, la confiance des consommateurs a également été consolidée par la stricte délimitation de la réglementation issue de la directive 2011/83. En effet, au terme de la nouvelle rédaction de l'article L. 121-16-1-I du Code de la consommation⁶⁰⁶, le démarchage portant sur des services financiers relève désormais du Code monétaire et financier⁶⁰⁷, et les contrats à distance portant sur ces services sont régis depuis 2005 par

⁶⁰⁶ Article L. 121-16-1-I Code de la consommation, Créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V) :

« I : Sont exclus du champ d'application de la présente section :

1° Les contrats portant sur les services sociaux, y compris le logement social, l'aide à l'enfance et aux familles, à l'exception des services à la personne mentionnés à l'article L. 7231-1 du code du travail ;

2° Les contrats portant sur les services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux ;

3° Les contrats portant sur les jeux d'argent mentionnés à l'article L. 320-1 du code de la sécurité intérieure, y compris les loteries, les jeux de casino et les transactions portant sur des paris ;

4° Les contrats portant sur les services financiers ;

5° Les contrats portant sur un forfait touristique, au sens de l'article L. 211-2 du code du tourisme ;

6° Les contrats portant sur les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, les contrats de produits de vacances à long terme et les contrats de revente et d'échange mentionnés aux articles L. 121-60 et L. 121-61 du présent code ;

7° Les contrats rédigés par un officier public ;

8° Les contrats portant sur la fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante, qui sont livrés physiquement par un professionnel lors de tournées fréquentes et régulières au domicile ou au lieu de résidence ou de travail du consommateur ;

9° Les contrats portant sur les services de transport de passagers, à l'exception des dispositions prévues à l'article L. 121-19-3 ;

10° Les contrats conclus au moyen de distributeurs automatiques ou de sites commerciaux automatisés ;

11° Les contrats conclus avec des opérateurs de télécommunications pour l'utilisation des cabines téléphoniques publiques ou aux fins d'une connexion unique par téléphone, internet ou télécopie, notamment les services et produits à valeur ajoutée accessibles par voie téléphonique ou par message textuel.

⁶⁰⁷ Article L. 341-1 Code monétaire et financier : Modifié par l'Ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014 - art. 2
« Constitue un acte de démarchage bancaire ou financier toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou une personne morale déterminée, en vue d'obtenir, de sa part, un accord sur :

1° La réalisation par une des personnes mentionnées au 1° de l'article L. 341-3 d'une opération sur un des instruments financiers énumérés à l'article L. 211-1 ;

2° La réalisation par une des personnes mentionnées au 1° ou au 4° de l'article L. 341-3 d'une opération de banque ou d'une opération connexe définies aux articles L. 311-1 et L. 311-2 ;

3° La fourniture par une des personnes mentionnées au 1° de l'article L. 341-3 d'un service d'investissement ou d'un service connexe définis aux articles L. 321-1 et L. 321-2 ;

4° La réalisation d'une opération sur biens divers mentionnée à l'article L. 550-1 ;

5° La fourniture par une des personnes mentionnées au 3° de l'article L. 341-3 d'une prestation de conseil en investissement prévu au I de l'article L. 541-1 ;

6° La fourniture par une des personnes mentionnées au 1° de l'article L. 341-3 d'un service de paiement prévu au II de l'article L. 314-1 ;

7° La fourniture par un conseiller en investissement participatif de la prestation de conseil en investissement prévu au I de l'article L. 547-1.

une section spéciale du Code de la consommation. Rappelons également le revirement de jurisprudence du 27 janvier 2009⁶⁰⁸ où la Cour de Cassation reconnaît au juge national le pouvoir de relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation.

La multiplication de ces réglementations spécifiques a eu pour conséquence au fil des années de pérenniser la structure des exigences légales imposées à chacun des cocontractants. Ces derniers ont ainsi pu évoluer simultanément en s'adaptant au nouvel environnement économique et social.

2. Le développement et la promotion des ventes en ligne

291 La définition légale du contrat conclu à distance proposée par l'article L. 121-16 1° du Code de la consommation⁶⁰⁹ implique la conjonction de trois critères. D'une part, le contrat doit être conclu sans la présence physique simultanée des parties contractantes, c'est-à-dire que consommateur et professionnel ne se rencontrent pas de manière concomitante lors de la formation du contrat, peu importe si ultérieurement ils sont appelés à être en présence l'un de l'autre. D'autre part, le contrat suppose le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance. Historiquement, ces techniques recouvraient exclusivement la voie postale, le consommateur faisant son choix à partir d'un catalogue papier et adressait sa commande par courrier. Puis le

Constitue également un acte de démarchage bancaire ou financier, quelle que soit la personne à l'initiative de la démarche, le fait de se rendre physiquement au domicile des personnes, sur leur lieu de travail ou dans les lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers, en vue des mêmes fins.

L'activité de démarchage bancaire ou financier est exercée sans préjudice de l'application des dispositions particulières relatives à la prestation de services d'investissement, à la réalisation d'opérations de banque et de services de paiement et à la réalisation d'opérations sur biens divers, ainsi que des dispositions de l'article 66-4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

⁶⁰⁸ Cass. Civ. 1°, 27 janvier 2009, V. AVENA-ROBARDET, *Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé* », Dalloz actualité 2010.

⁶⁰⁹ Article L. 121-16 1° Code de la consommation : Modifié par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V)

« Au sens de la présente section, sont considérés comme :

1° "Contrat à distance" tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ; »

téléphone, le fax et le minitel ont pris le relais ainsi que le « télé-achat »⁶¹⁰. Désormais, l'essentiel des opérations conclues à distance se fait par voie électronique, principalement par Internet, courriels et messages SMS, à l'aide d'ordinateurs fixes ou de terminaux mobiles. La précision terminologique « jusqu'à la conclusion du contrat » confirme que l'un des éléments qualifiant le contrat à distance est le contexte de l'échange du consentement. Dès lors que le contrat a été négocié et conclu via une technique de communication à distance, le statut protecteur sera déclenché (y compris pour la commande d'un produit sur un site de vente en ligne avec retrait en magasin). Enfin, la convention devra être conclue dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance. Ce critère a été ajouté par la directive 2011/83⁶¹¹ qui vise à exclure les relations à distance nouées entre un consommateur et un professionnel n'utilisant ce type de procédé qu'exceptionnellement.

292 Quant au contrat conclu hors établissement, selon l'article L.121-16 2^o⁶¹², trois situations peuvent également le caractériser. Globalement, la notion regroupe l'ensemble des contrats conclus dans un lieu non destiné à la commercialisation et en présence des deux parties. Il s'agit des cas où c'est le professionnel qui vient à la rencontre du consommateur c'est-à-dire « à son domicile, sa résidence ou son lieu de travail »⁶¹³. Les hauts magistrats ont d'ailleurs admis que la réglementation inhérente au démarchage puisse s'appliquer à « l'achat fait par une dame au domicile de son frère où

⁶¹⁰ Décret n°92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat.

⁶¹¹ Directive 2011/83/UE du Parlement 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.
Texte de transposition : Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

⁶¹² Article L. 121-16 2° Code de la consommation : « 2° "Contrat hors établissement" tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur :

a) Dans un lieu qui n'est pas celui où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle, en la présence physique simultanée des parties, y compris à la suite d'une sollicitation ou d'une offre faite par le consommateur ;
b) Ou dans le lieu où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle ou au moyen d'une technique de communication à distance, immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu différent de celui où le professionnel exerce en permanence ou de manière habituelle son activité et où les parties étaient, physiquement et simultanément, présentes ;
c) Ou pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur ; »

⁶¹³ Cass. Crim. 24 mars 2009, arrêt n°08-84073

se trouvait le démarcheur »⁶¹⁴, cette interprétation étant corroborée par la nouvelle définition extensive. La délimitation précise des champs d'application a ainsi permis de structurer et encadrer le domaine de la rétractation. L'effet a été immédiat quant à la promotion des ventes en ligne car, bien que le développement des nouvelles technologies ait été un facteur évident de multiplication de ces formes d'achats, le droit en la matière a conforté l'assise de ces nouvelles formes consuméristes.

293 Pour autant, le sort réservé aux « ventes en ligne de séjours »⁶¹⁵ ne s'est pas inscrit dans cette dynamique promotionnelle dans la mesure où celles-ci relevaient des opérations exclues de la réglementation. En effet, les activités de tourisme et le transport de passagers comptent parmi les onze opérations qui sont exclues du régime protecteur consommériste offert à travers le repentir⁶¹⁶. Mais cette exclusion se justifie par l'existence d'un corps de règles spécifiques. Sont ainsi concernés les contrats de forfaits touristiques proposés par des agences de voyages ou des professionnels du tourisme, soumis au Code du tourisme⁶¹⁷. La Cour de Cassation n'applique pas de manière extensive le bénéfice de cette protection, elle a ainsi rappelé que le touriste qui réserve un séjour en ligne ne peut pas se rétracter. En l'espèce⁶¹⁸, il s'agissait d'un couple de vacanciers qui, ayant fait une erreur de saisie des dates, souhaitaient faire valoir leur droit de rétractation. Sont également visés les contrats de « multipropriété » ou *timeshare* et les services de transport de passagers, quel qu'en soit le mode. La préservation de cadres réglementaires spécifiques est un bienfait pour le niveau de protection du consommateur en ce qu'ils ne tendent pas à déstabiliser ce dernier. In fine,

⁶¹⁴ Cass. 1^o Civ., 9 juillet 2003, arrêt n°00-21651

⁶¹⁵ D. BAZIN-BEUST, *La vente en ligne de séjours*, RTD, avril, mai, juin 2013, Formule 2 ; *Combinaison du Code de la consommation et du Code du tourisme : le touriste est-il encore un consommateur ?*, RTD 2011, étude 3.

⁶¹⁶ Article L. 121-16-1-I Code de la consommation, 5^o, 6^o et 9, Créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V)

⁶¹⁷ Article L. 211-2 Code du tourisme : Modifié par la loi n°2009-888 du 22 juillet 2009 - art. 1 « Constitue un forfait touristique la prestation :

1^o Résultant de la combinaison préalable d'au moins deux opérations portant respectivement sur le transport, le logement ou d'autres services touristiques non accessoires au transport ou au logement et représentant une part significative dans le forfait ;

2^o Dépassant vingt-quatre heures ou incluant une nuitée ;

3^o Vendue ou offerte à la vente à un prix tout compris ».

⁶¹⁸ Cass. Civ. 1^o, 25 novembre 2010, n°09-70833

les effets de la rétractation s'exerceront uniformément mais, selon les domaines, cette prérogative sera envisagée et administrée différemment.

II/ Les effets consolidés du droit de rétractation

294 Le bénéfice octroyé au consommateur qui a changé d'avis n'est pas un principe général applicable à l'ensemble des situations contractuelles. En effet, pour pouvoir y prétendre, ce dernier devra soit se trouver dans l'un des cas prévus par la loi, soit être dans la situation où c'est le professionnel lui-même qui lui accorde un délai de rétractation. Quel que soit le contexte, les effets produits demeurent identiques car ils permettent au consommateur d'exercer convenablement sa réflexion, précisément parce que l'absence d'engagement de ce dernier (A) entraîne inéluctablement l'amélioration de l'offre professionnelle (B).

A/ La conséquence directe, l'absence d'engagement du consommateur

295 A l'origine, c'est la directive n°97-7 CE du Parlement et du Conseil du 20 mai 1997 qui, mettant en place des règles destinées à assurer la protection des consommateurs dans les contrats à distance, a étendu l'application du droit de rétractation. L'apport majeur de ce texte, transposé par l'ordonnance du 23 août 2001⁶¹⁹ est d'accorder un droit de rétractation pour tout contrat conclu à distance, indépendamment de l'objet de celui-ci, en l'occurrence vente d'un produit ou fourniture d'un service. La surprise n'étant pas tolérée par le droit de la consommation, car faisant partie de « ces formes d'agressions qui se multiplient à mesure que se développe la société d'abondance »⁶²⁰, le législateur a ainsi déployé de nouveaux mécanismes visant à privilégier la protection préventive du consommateur.

En consacrant un droit de repentir, le législateur communautaire, relégué par le législateur national, a ainsi garanti l'exercice d'une réflexion qui intervient une fois

⁶¹⁹ Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF n°196 du 25 août 2001

⁶²⁰ J. CALAIS-AULOY, *Les ventes agressives*, D. 1970. Chron. 37 s.

l'échange des consentements réalisé. Il s'agissait là d'un changement majeur. Aujourd'hui, ce dispositif protecteur a été réformé en profondeur par la directive 2011/83 et la loi Hamon⁶²¹, mais s'inscrit toujours dans la même ligne protectrice, la conclusion éventuelle d'un contrat défavorable au consommateur n'entraînant aucun engagement moral (1) ni même financier (2).

1. L'absence d'engagement moral

296 Les ventes à distance ou conclues hors de l'établissement du professionnel présentent la particularité d'induire plus facilement le consommateur en erreur. Ce dernier, n'étant pas dans un cadre classique de consommation, ne serait-ce que parce qu'il n'a pas recherché et donc souhaité l'acte contractuel, ne sera pas en mesure de contrer les arguments d'un professionnel usant de techniques de vente intrusives et proposant des contrats pas toujours favorables aux intérêts de celui-ci. La propension jurisprudentielle et législative visant à admettre plus largement la rétractation a été approuvée par deux auteurs mais pour des raisons diamétralement opposées. Pour Daniel MAINGUY⁶²², favorable à la primauté de la spéculation, considère que l'engagement moral du contractant, doit être interprété strictement. En l'espèce, l'auteur approuvait le refus de la Cour de Cassation de contraindre le promettant d'une promesse unilatérale de vente à tenir son engagement. Il justifie sa position en considérant qu'il n'y a que « consentement à la promesse dont l'objet est de maintenir son offre de vendre [qui se distingue selon l'auteur] du consentement à la vente »⁶²³.

297 Cette position, corrélée par l'interprétation de Stéphane DETRAZ⁶²⁴, qui défend quant à lui le besoin effectif de la protection du consommateur, considère également que la rétractation met fin à un contrat ayant existé en se réclamant d'une approche fonctionnelle de la rétractation. Ces positions, toutes deux favorables à la généralisation

⁶²¹ Cf supra Loi sur la consommation

⁶²² Daniel MAINGUY, *L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter*, RTD civ.2004, p.1 et s.

⁶²³ Cf supra note D. MAINGUY

⁶²⁴ Stéphane DETRAZ, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation*, Contrats, concurrence, consommation, 2004, n°7

du droit de rétractation, peuvent néanmoins s'analyser comme favorables à une certaine irresponsabilité du consommateur. En effet, en permettant à ce dernier de revenir discrétionnairement sur l'engagement valablement conclu, il ne se sent pas engagé moralement.

298 Il ne faut pas pour autant confondre désengagement et impunité, car certes le consommateur pourra user de sa faculté de repentir, mais il ne pourra le faire que dans les cas délimités par la loi. A ce titre, le bénéficiaire lui sera refusé lorsque le risque pour le consommateur est minime. Sont ainsi concernés, « les services sociaux et les soins de santé »⁶²⁵, « les denrées alimentaires, boissons ou autres biens ménagers de consommation courante livrés physiquement par un professionnel lors de tournées fréquentes et régulières au domicile ou au lieu de résidence ou de travail du consommateur »⁶²⁶. L'exclusion est aussi justifiée, au-delà du risque minime supporté par le consommateur, en raison de l'utilité de ces opérations commerciales de proximité, pour lesquelles un alourdissement du régime juridique serait néfaste.

Bien qu'atténué dans ses effets, le sentiment d'absence d'engagement moral du consommateur demeure une conséquence fondamentale du droit de rétractation parce qu'il procure un réel sentiment de protection. Le résultat en matière de développement des échanges est également mesurable voire renforcé à travers l'absence d'engagement pécuniaire.

2. L'absence d'engagement financier

299 L'attribution d'un droit de rétractation au profit du consommateur ne signifie pas qu'il n'est tenu d'aucune obligation de payer et que le professionnel ne doit pas s'exécuter

⁶²⁵ Article L. 121-16-1 du Code de la consommation, créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, « I.- Sont exclus du champ d'application de la présente section :

1° Les contrats portant sur les services sociaux, y compris le logement social, l'aide à l'enfance et aux familles, à l'exception des services à la personne mentionnés à l'article L. 7231-1 du code du travail ;

2° Les contrats portant sur les services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux »

⁶²⁶ Article L. 121-16-1 du Code de la consommation, créé par la loi du 17 mars 2014 « I, 8° - Les contrats portant sur la fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante, qui sont livrés physiquement par un professionnel lors de tournées fréquentes et régulières au domicile ou au lieu de résidence ou de travail du consommateur »

tant que le délai n'est pas échu. En effet, l'exercice de la rétractation garantit simplement au consommateur un retour au *statu quo ante*, c'est-à-dire que celui-ci pourra exiger le remboursement des sommes versées. Avant la réforme de 2011, l'ancien article L.121-26 relatif aux contrats conclus par voie de démarchage prévoyait que pendant le délai de sept jours, « le consommateur ne pouvait effectuer aucun paiement quel qu'il soit »⁶²⁷. Le professionnel non plus ne pouvait être tenu de s'exécuter pendant la même durée. Cette disposition protectrice visait à prévenir les situations litigieuses où des versements inhérents à la prestation ont déjà eu lieu sans que puisse s'exercer valablement la réflexion du consommateur déçu.

Lors de la transposition de la directive 2011-83, le législateur national a maintenu un dispositif de protection favorable au consommateur hors établissement. Désormais, le nouvel article L. 121-18-2 alinéa 1 du Code de la consommation prévoit que « le professionnel ne peut recevoir aucun paiement ou aucune contrepartie, sous quelque forme que ce soit, de la part du consommateur, avant l'expiration d'un délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat hors établissement »⁶²⁸.

Ainsi, pendant la première moitié du délai de rétractation, le consommateur démarché ne pourra être tenu d'aucune somme à l'égard du professionnel, mais au-delà, le gel des versements cesse. L'interprétation de cette mesure conduit à la conclusion que le consommateur qui ne s'est pas rétracté pendant la première semaine sera dissuadé de le faire après, précisément si le professionnel lui a déjà réclamé les paiements.

300 Pour autant, la position de l'ancienne CJCE, tend à confirmer la thèse inverse. En effet, dans un arrêt du 16 décembre 2008⁶²⁹, la Cour reconnaît la possibilité au législateur national d'interdire tout paiement avant l'expiration du délai de rétractation. En l'espèce, l'interprétation effectuée de l'article 29 du Traité CE permettait à ce que la loi Belge n'interdise pas au fournisseur, dans le cadre d'une vente à distance transfrontalière, d'exiger un acompte ou un paiement quelconque de la part du consommateur avant l'expiration du délai de rétractation. En revanche, la Cour s'oppose

⁶²⁷ Cass. Crim., 10 janvier 2012, n°11-86985 : arrêt qui sanctionne la remise d'un ordre de virement permanent le jour même de la visite d'un gérant d'agence matrimoniale.

⁶²⁸ Article L. 121-18-2 alinéa 1 du Code de la consommation, créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V)

⁶²⁹ CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-205/07, Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA, JCP E 2009, 1007 ; Europe 2009, comm 77, note RIGAUX

à ce qu'en application de cette réglementation, il soit interdit avant l'expiration dudit délai, de demander le numéro de la carte de paiement du consommateur. Cette subtilité est importante dans l'esprit du consommateur qui pourra faire valoir la réelle portée de son droit de repentir. Le versement d'un acompte étant assimilé à la contrepartie nécessaire pour la réservation du produit ou service, ce qui n'est pas le cas lors de transmission des coordonnées bancaires.

301 L'état du droit en la matière offre *in fine* une protection optimale de la réflexion du consommateur qui tend réellement à s'exercer. La mise en confiance de ce dernier le poussera à conclure des actes transfrontaliers tout en conservant la garantie qu'en cas d'insatisfaction l'acte d'achat ne sera pas irréversible. Par ailleurs, du point de vue des professionnels, le droit de rétractation va également produire des effets bénéfiques notamment au niveau concurrentiel. En effet, conscients qu'une vente ne sera définitive qu'après épuisement des délais, ces derniers ne pourront user d'artifices pour convaincre faussement les demandeurs au risque d'être immédiatement sanctionnés.

B/ La conséquence indirecte, la prévention de la défaillance des professionnels

302 Reconnaître le bénéfice d'un repentir au consommateur constitue incontestablement une mesure protectrice à l'égard de ce dernier. L'engagement contractuel donné pouvant être défait aussi facilement qu'il a été créé, la tendance affichée est donc celle de l'essai. En effet, ne prenant a priori aucun risque, le consommateur sera plus enclin à tenter l'expérience de l'achat à distance, hors établissement, voire transfrontalier dans la mesure où il pourra toujours faire marche arrière en cas de perspective déçue. Cela oblige ainsi les professionnels à redoubler de vigilance, cette rétractation pouvant être assimilée à une potentielle sanction de leur défaillance. L'effet indirect du droit de rétracter son consentement réside ainsi dans la recherche continue d'une meilleure compétitivité des professionnels (1) qui ne pourront désormais plus user de techniques commerciales agressives (2).

1. La compétitivité des professionnels à l'épreuve

303 Dispositif opérant de protection pour le consommateur, sanction potentielle pour le professionnel, l'exécution du droit de rétractation entraîne l'anéantissement de la relation contractuelle. Conscients de cette réalité, les professionnels ont dû se perfectionner afin d'offrir la meilleure offre possible. En effet, la vente à distance ou hors établissement présente la particularité pour le consommateur d'acquérir un bien ou d'accéder à un service sans avoir au préalable appréhendé concrètement celui-ci. Ainsi, la qualité du produit ou du service rendu ne pourra être jugé qu'a posteriori, et l'exercice de la rétractation pourra l'être dans l'unique dessein de sanctionner la défaillance du prestataire.

Un cadre général est prévu afin de renforcer les droits des consommateurs en matière de contrats conclus à distance et hors établissement notamment quant au respect des délais d'exécution de ces contrats. Aux termes des articles L.138-1 et suivants du Code de la consommation, en cas de retard dans l'exécution, le consommateur doit relancer le professionnel et lui enjoindre de s'exécuter dans un « délai supplémentaire raisonnable »⁶³⁰. Si à l'expiration de celui-ci la livraison du bien ou l'exécution du service n'a toujours pas eu lieu, le consommateur pourra alors mettre fin unilatéralement au contrat. Dans ce cas précis, la rétractation n'intervient donc pas nécessairement au motif d'un changement d'avis du consommateur mais bien pour sanctionner la défaillance du professionnel.

304 A ce titre, poursuivant l'objectif de conforter la confiance des consommateurs dans le commerce à distance, et notamment le e-commerce en raison de son impact sur la croissance économique, le législateur français a instauré un mécanisme de surveillance des professionnels à distance et de prévention de leurs défaillances qu'il a confié à la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF). L'article L. 114-1-1 du Code de la consommation prévoit ainsi que « lorsqu'un professionnel à distance est dans l'impossibilité manifeste de respecter ses

⁶³⁰ Article L.138-2 du Code de la consommation, créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 23 : « En cas de manquement du professionnel à son obligation de livraison du bien ou de fourniture du service à la date ou à l'expiration du délai prévus au premier alinéa de l'article L. 138-1 ou, à défaut, au plus tard trente jours après la conclusion du contrat, le consommateur peut résoudre le contrat, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par un écrit sur un autre support durable, si, après avoir enjoint, selon les mêmes modalités, le professionnel d'effectuer la livraison ou de fournir le service dans un délai supplémentaire raisonnable, ce dernier ne s'est pas exécuté dans ce délai »

obligations dans les conditions prévues à l'article L. 121-19-4, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut lui enjoindre [...] de ne plus prendre aucun paiement avant la livraison intégrale du bien ou de l'exécution effective du service ». Il appartiendra alors au professionnel d'informer le consommateur de l'injonction dont il fait l'objet, et le cas échéant des biens ou services concernés. L'organisation de ce mécanisme préventif et suspensif des prises de paiements est un atout pour le consommateur qui bénéficie d'informations capitales sur la capacité d'action du professionnel. En effet, l'existence de retards pour honorer les commandes des clients peut parfois présager des difficultés plus profondes.

A travers ce dispositif, on décèle la réelle volonté législative de contrôler davantage les méthodes commerciales des professionnels.

2. Les méthodes commerciales incitatives davantage maîtrisées

305 Pour susciter l'achat, les professionnels ont depuis longtemps mis au point des opérations promotionnelles incitatives. Afin de préserver les intérêts du consommateur, certaines d'entre elles étaient prohibées par le droit positif et relevaient de sanctions pénales. Pour autant, la directive 2005/29⁶³¹ relative aux pratiques commerciales a provoqué une libéralisation de certaines de ces méthodes commerciales et parmi elles, les ventes liées, les ventes avec prime et les loteries publicitaires. S'agissant d'une directive d'harmonisation maximale la CJUE a sanctionné les législations nationales⁶³² qui assimilaient de manière systématique ces méthodes de ventes incitatives à des pratiques déloyales. Désormais le législateur national, tout comme les juges du fond sont invités à opérer des analyses casuistiques afin de déterminer le caractère déloyal ou pas de ces mesures commerciales. Dorénavant, les ventes subordonnées, les ventes avec prime et les loteries publicitaires payantes ne sont plus interdites par principe mais licites sous réserve de ne pas présenter un caractère déloyal. La particularité de ces

⁶³¹ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 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) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil

⁶³² CJCE, 23 avril 2009, aff C-261/07 et C-299/07 statuant sur la législation belge des offres conjointes ; CJUE, 9 novembre 2010 aff. C-540/08 statuant sur la législation autrichienne ; CJUE, 14 janvier 2010, affC-304/08 statuant sur la législation allemande.

formes consuméristes réside dans l'absence de reconnaissance légale d'un droit de rétractation, car n'étant pas des contrats conclus à distance ou hors établissement. Pour autant, la conséquence indirecte induite par cette prérogative est le perfectionnement de l'offre des professionnels. En effet, l'intégrité professionnelle de ces derniers, ainsi que leur degré de compétence, pourront être ainsi jugés à travers l'exercice de la rétractation. Un vendeur proposant des offres commerciales incitatives ainsi que des contrats de vente à distance ou hors établissement pourra faire l'objet d'une rétractation au titre d'une sanction, s'il n'a pas respecté ses engagements.

D'autant que la mise en œuvre simplifiée du droit de rétractation constitue une aubaine pour le consommateur repent.

§2 : Les modalités d'exécution du droit de rétractation, une procédure simplifiée

306 Le droit de rétractation constitue une faveur octroyée au profane, qui entrant dans une relation contractuelle déséquilibrée, n'est pas en mesure d'appréhender en amont l'ensemble des paramètres du contrat ni même la réelle portée de celui-ci. A ce titre, l'octroi d'un délai permettant de comprendre l'information délivrée, d'apprécier les avantages et inconvénients de l'engagement, en somme d'exercer convenablement sa réflexion, apparaît comme une nécessité qu'il convenait d'exploiter.

La mise en œuvre de cette prérogative résulte d'un formalisme réduit, gage d'effectivité pour la protection du consommateur (I), tout en répondant à des modalités transparentes, gage de cohérence pour le consommateur (II).

I/ La mise en œuvre du droit de rétractation, un formalisme réduit

307 Lorsque le consommateur entend exercer son droit de rétractation, deux impératifs doivent être supportés par chacune des parties cocontractantes. Le consommateur déçu doit en effet restituer le bien en l'état au vendeur (A), lequel s'engage à rembourser le prix de la prestation dès réception de la chose (B).

A/ La restitution du bien livré, devoir du consommateur

308 La conséquence naturelle découlant de l'exercice du droit de rétractation consiste en la restitution du bien par le consommateur. Il appartient en effet à ce dernier de renvoyer ou de rendre les biens au professionnel, ou à une personne désignée par celui-ci. Il doit y procéder « sans retard excessif, et au plus tard dans les quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter »⁶³³, à moins que le professionnel propose de les récupérer lui-même. Le consommateur ne doit supporter que les coûts directs de renvoi des biens, sauf si le professionnel les prend à sa charge ou les supporte à titre de sanction au manquement de son obligation d'information sur ces coûts. Par ailleurs, si lors de la conclusion d'un contrat hors établissement les biens ont été livrés au domicile du consommateur, le professionnel doit les récupérer à ses frais s'ils ne peuvent pas être renvoyés normalement par voie postale en raison de leur nature⁶³⁴.

A l'aune de ces dispositions, il est aisé de conclure à la simplicité de l'exercice du droit de rétractation lequel n'est assorti d'aucun formalisme contraignant. Pour autant, il s'agirait d'une conclusion hâtive précisément au regard du contentieux existant en matière de frais de retour imputables parfois au consommateur déçu.

309 Sans se livrer à une analyse casuistique détaillée de la jurisprudence en la matière, un arrêt du 15 avril 2010⁶³⁵ de la CJUE mérite une attention particulière. Dans cette espèce, relative aux frais d'expédition des marchandises devant être remboursés au consommateur qui exerce sa faculté de rétractation, la Cour de Justice se place résolument dans une démarche protectrice des intérêts du consommateur. En effet, elle considère que dans les contrats à distance, les frais d'expédition des marchandises

⁶³³ Article L. 121-21-3 du Code de la consommation, créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 : « Le consommateur renvoie ou restitue les biens au professionnel ou à une personne désignée par ce dernier, sans retard excessif et, au plus tard, dans les quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter conformément à l'article L. 121-21-2, à moins que le professionnel ne propose de récupérer lui-même ces biens. Le consommateur ne supporte que les coûts directs de renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a omis d'informer le consommateur que ces coûts sont à sa charge. Néanmoins, pour les contrats conclus hors établissement, lorsque les biens sont livrés au domicile du consommateur au moment de la conclusion du contrat, le professionnel récupère les biens à ses frais s'ils ne peuvent pas être renvoyés normalement par voie postale en raison de leur nature ».

⁶³⁴ Cf Delphine BAZIN-BEUST, *Droit de la consommation*, Edition Lextenso 2014-2015

⁶³⁵ CJUE, 15 avril 2010, n°C-511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH c/ Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* ; Europe 2010, comm. 217, obs. L. Idot ; Carole AUBERT DE VINCELLES, *c) Faculté de rétractation dans les contrats à distance*, RDC, 1 octobre 2010, n°4 p.1295

doivent être remboursés au consommateur qui exerce sa faculté de rétractation. Précisément, elle refusait toute imputation au consommateur de frais quelconques, autres que de renvoi. En l'espèce, étaient en jeu les conditions générales de vente d'une société allemande spécialisée dans la vente par correspondance qui prévoyaient que le consommateur supporte, à titre de frais d'expédition, un forfait de 4.95 euros, somme restant acquise au professionnel en cas d'exercice du droit de rétractation. Une association allemande de consommateurs avait alors intenté une action en cessation visant à faire interdire à cette société une telle pratique. L'affaire a ainsi été portée devant la Cour suprême allemande laquelle a saisi la CJUE d'une question préjudicielle. L'interrogation soulevée visait à déterminer si la directive n°97/7/CE devait être interprétée en ce sens qu'elle interdit à une réglementation nationale de faire peser sur le consommateur les frais d'expédition des marchandises même dans les cas où il a exercé son droit de rétractation. La Cour répond par l'affirmative en décidant que « l'article 6, paragraphes 1, premier alinéa, seconde phrase et 2, de la directive n°97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui permet au fournisseur, dans un contrat conclu à distance, d'imputer les frais d'expédition des marchandises au consommateur dans le cas où ce dernier exerce son droit de rétractation »⁶³⁶.

310 L'interprétation de cet article 6 de la directive n° 97/7/CE portait sur deux dispositions en vertu desquelles :

- article 6.1, 2° : « les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises »
- article 6.2, 1° et 2°: « lorsque le droit de rétractation est exercé par le consommateur conformément au présent article, le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises ».

L'interprétation adoptée par le gouvernement allemand quant au contenu du remboursement « des sommes versées » n'a pas été corroborée par la juridiction

⁶³⁶ Cf supra, JCP G2010, 773, note G. PAISANT

européenne. En effet, en considérant que les sommes versées ne concernaient que le prix principal sans les frais d'expédition, la Cour de justice a sanctionné la juridiction allemande en se livrant à une interprétation extensive des sommes versées en y incluant notamment les frais d'expédition. Selon elle, imputer au consommateur les frais de livraison serait de nature à « remettre en cause une répartition équilibrée des risques entre les parties au contrat à distance »⁶³⁷.

En revanche si le consommateur a choisi expressément un mode de livraison plus coûteux que le mode standard proposé par le professionnel (type livraison express), le professionnel ne sera alors pas tenu de lui rembourser ces frais supplémentaires.

Concernant les frais de retour, le Code de la consommation admet qu'ils restent à la charge du consommateur⁶³⁸, même si aujourd'hui de nombreuses enseignes ne les facturent pas et présentent leur gratuité comme un avantage commercial.

Un autre domaine a fait l'objet d'un éclaircissement par la Cour de justice de l'Union Européenne, il concerne notamment l'indemnité due par le consommateur qui a réceptionné et essayé le bien, et qui a ensuite exercé son droit de rétractation.

B/ Le remboursement du produit ou de la prestation refusé, obligation du professionnel

311 Dès lors que le consommateur a exprimé son souhait de revenir sur son engagement, il doit honorer son devoir de restitution du bien livré. Parallèlement, l'exercice de cette

⁶³⁷ CJUE, 15 avril 2010, aff. C-511/108

⁶³⁸ Article L. 121-21-4 Code de la consommation, Créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 9 (V) : « Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser le consommateur de la totalité des sommes versées, y compris les frais de livraison, sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours à compter de la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter.

Pour les contrats de vente de biens, à moins qu'il ne propose de récupérer lui-même les biens, le professionnel peut différer le remboursement jusqu'à récupération des biens ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve de l'expédition de ces biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits.

Au-delà, les sommes dues sont de plein droit majorées du taux d'intérêt légal si le remboursement intervient au plus tard dix jours après l'expiration des délais fixés aux deux premiers alinéas, de 5 % si le retard est compris entre dix et vingt jours, de 10 % si le retard est compris entre vingt et trente jours, de 20 % si le retard est compris entre trente et soixante jours, de 50 % entre soixante et quatre-vingt-dix jours et de cinq points supplémentaires par nouveau mois de retard jusqu'au prix du produit, puis du taux d'intérêt légal.

Le professionnel effectue ce remboursement en utilisant le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour la transaction initiale, sauf accord exprès du consommateur pour qu'il utilise un autre moyen de paiement et dans la mesure où le remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur.

Le professionnel n'est pas tenu de rembourser les frais supplémentaires si le consommateur a expressément choisi un mode de livraison plus coûteux que le mode de livraison standard proposé par le professionnel.

rétractation engendre une obligation à la charge du professionnel qui doit rembourser au consommateur toutes les sommes qu'il a versées. Le remboursement devra être effectué par le même moyen de paiement que celui utilisé lors de la transaction initiale, à moins que le consommateur accepte expressément un autre moyen de remboursement ne lui occasionnant aucun frais (bon d'achat, avoir commercial).

Le professionnel doit rembourser sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours suivant la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur. Il peut cependant différer le remboursement jusqu'à récupération de la marchandise où jusqu'à ce que le consommateur fournisse la preuve de son expédition. Passés ces délais, les sommes dues sont automatiquement majorées⁶³⁹.

312 La problématique inhérente à l'obligation du professionnel face à un consommateur qui exerce son droit de rétractation est celle de savoir s'il peut soumettre ce dernier au paiement d'une indemnité compensatrice d'utilisation temporaire du bien.

Dans un arrêt *Messner* du 3 septembre 2009⁶⁴⁰, la CJUE a été amenée à encadrer l'indemnité compensatrice due par le consommateur en cas d'exercice de sa faculté de rétractation dans un contrat à distance. Elle considère ainsi qu'aucune indemnité générale d'utilisation ne peut être réclamée au consommateur mais en revanche le versement d'une indemnité sera possible en cas d'usage du bien contraire aux principes du droit civil.

Il s'agit du premier arrêt de la Cour sur le thème de l'indemnité compensatrice dont l'importance a été majeure car il s'est inscrit dans le débat relatif à la proposition de directive-cadre sur les droits des consommateurs, visant à unifier les dispositions pour tous les droits de rétractation des pays de l'Union. En l'espèce, Madame Messner, consommatrice allemande avait acheté via un site Internet un ordinateur portable d'occasion qui s'est avéré être défectueux huit mois après l'achat. Le vendeur lui opposant le refus d'une réparation gratuite, la consommatrice décida d'exercer son droit de rétractation onze mois après l'achat en arguant du fait que le délai n'était pas échu faute pour le professionnel d'avoir répondu à ses obligations d'informations⁶⁴¹. En guise

⁶³⁹ Article L. 121-21-4 alinéa 3 du Code de la consommation : cf supra

⁶⁴⁰ CJUE, 3 septembre 2009, aff. C-489/07, Pia Messner c/ Firma Stefan Krüger, JCP G 2009, 459, note G. Paisant ; D. 2009, p. 2161, obs V. AVENA-ROBARDET

⁶⁴¹ La transposition en droit allemand de l'article 6 de la directive n°97/7/CE du 20 mai 1997 prévoit que le délai de rétractation ne commence à courir qu'une fois l'ensemble des obligations d'informations honorées.

de réponse, le vendeur a notamment invoqué l'obligation pour l'acheteur de lui verser une indemnité compensatrice due au titre des huit mois d'utilisation et qui correspondait à une somme supérieure au prix payé par l'acheteur. Le droit allemand prévoit qu'en cas d'usage par le consommateur de son droit de rétractation, une indemnité compensatoire devra être versée au vendeur pour la détérioration et l'usure du bien, malgré une utilisation conforme. Le tribunal allemand a alors saisi la CJUE d'une question préjudicielle afin d'évaluer la conformité des dispositions légales litigieuses avec le droit communautaire.

La Haute juridiction répond alors en réaffirmant le principe général selon lequel ladite directive s'oppose à ce qu'une « réglementation nationale prévoit de manière générale la possibilité pour le vendeur de réclamer au consommateur une indemnité compensatrice pour l'utilisation d'un bien acquis par un contrat à distance [...] sauf dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage dudit bien d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause ».

313 La directive 2011/83 a ainsi repris ce positionnement. Désormais, la responsabilité du consommateur peut être engagée « en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens »⁶⁴². Il en ressort, qu'aucune indemnité ne sera donc due pour un simple essayage, déballage ou test de la marchandise, tel qu'il serait effectué dans un établissement commercial, en présence du professionnel. En revanche, si le consommateur utilise le bien, il devra des dommages et intérêts au professionnel au titre de sa dépréciation.

A noter toutefois qu'aucune indemnité ne sera due si le professionnel a manqué à son obligation d'information précontractuelle sur le droit de rétractation. Ce positionnement du législateur français tend à promouvoir et garantir la transparence des relations commerciales.

⁶⁴² Article L. 121-21-3 alinéa 3 du Code de la consommation, créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 : « La responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'en cas de dépréciation des biens résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens, sous réserve que le professionnel ait informé le consommateur de son droit de rétractation, conformément au 2° du I de l'article L. 121-17 ».

II/ La mise en œuvre du droit de rétractation, des modalités transparentes

314 Le droit de rétractation n'est pas un principe général applicable à l'ensemble des situations impliquant un professionnel et un profane. A ce titre, la résolution du contrat ne pourra intervenir que dans les cas limitativement prévus par la loi ou le cas échéant lorsque le vendeur aura prévu conventionnellement la possibilité de se rétracter.

Hormis la situation particulière découlant de la possibilité conditionnée de se rétracter pour le consommateur qui a effectué un achat dans une foire ou un salon (B), l'exercice du droit de rétractation répond à des règles de transparence tant au niveau des modalités de calcul des délais, qu'au regard des différentes durées applicables (A).

A/ L'exercice général de la rétractation, une action protocolaire

315 Le droit reconnaît au consommateur repentant un délai d'action de quatorze jours. Aucune autre précision n'est apportée par le législateur quant aux modalités concrètes de l'exercice de ce droit. Pour autant, celles-ci répondent à des consignes transparentes qui ont fait l'objet d'études synthétiques de la part de l'Institut National de la Consommation (INC)⁶⁴³. De manière globale, il en résulte que le délai commence à courir le lendemain du jour de la réception du produit ou dans le cadre d'une prestation de services le lendemain de l'accord donné, sachant que les samedis, dimanches et jours fériés sont compris dans le décompte du délai.

Concernant le mode de calcul des délais, deux modalités coexistent. D'une part, en matière de ventes à distance ou hors établissement, le délai est compté en jours calendaires. Ainsi, si le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié, il n'est pas prorogé. D'autre part, et pour certains domaines spécifiques, lorsque le délai prévu expire un samedi, dimanche ou un jour férié, celui-ci sera prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Cela concerne notamment, les contrats conclus à domicile par voie de démarchage et les ventes de produits ou de services à distance non financiers, mais seulement ceux conclus avant le 13 juin 2014. Sont par ailleurs concernés les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, les contrats de produits de vacances à long terme,

⁶⁴³ Institut National de la Consommation, *Fiche pratique : délais de réflexion, délais de rétractation* », J 177, octobre 2014

les contrats de reventes et contrats d'échanges, les contrats d'agence matrimoniale et d'enseignement à distance. Une précision importante quant à la charge de la preuve doit être apportée dans la mesure où elle repose sur le consommateur. A ce titre, il lui appartiendra, en cas de contestation, de prouver que la rétractation a été exercée dans le respect du délai imparti à savoir quatorze jours, sachant que c'est la date d'envoi de la demande de rétractation qui est prise en compte et non celle de réception de la demande de repentir.

Concernant la durée du délai applicable, celle-ci a été harmonisée et portée à quatorze jours pour les contrats hors établissement et ceux conclus à distance. Elle pourra être prorogée à douze mois, à titre de sanction de la défaillance du professionnel, notamment lorsque celui-ci n'a pas respecté son obligation précontractuelle d'information relative au droit de rétractation. En matière de crédit à la consommation, le délai est également de quatorze jours, ce qui favorise et consolide l'harmonisation sur ce point, malgré la conservation de délais dont la durée est plus ou moins importante.

Le maintien de situations annexes demeure pour autant justifié par la spécificité des domaines, en témoigne les contrats conclus dans les foires et salons.

B/ L'exercice particulier de la rétraction, une action maintenue

316 La vente dans les foires et salons ne répond pas aux exigences légales, permettant de reconnaître un droit de rétractation au consommateur dans la mesure où celui-ci n'est ni dans le cadre d'une vente à distance, ni ne se trouve dans le cas d'une vente conclue hors établissement. Pour autant, l'aspect du démarchage est très présent dans de tels contextes, ce qui peut inéluctablement bouleverser le libre arbitre du consommateur.

En témoigne un arrêt du 3 mars 2011⁶⁴⁴ où la Cour de Cassation adopte une position affichée en faveur de la protection du consommateur. En l'espèce, il s'agissait d'un particulier qui avait signé un bon de commande, à l'occasion d'une foire-exposition, visant l'installation d'une cuisine équipée à son domicile. Un prix est convenu et un acompte est alors versé, mais le passage du technicien au domicile a conduit à l'établissement d'un avenant pour un prix supérieur. Tentant d'exercer sa rétractation,

⁶⁴⁴ Civ. 1^o. 3 mars 2011, FD n^o 10-14.096, P. GUIOMARD, *Le droit commun du contrat au secours du consommateur*, Dalloz actualité, 17 mars 2011

le consommateur fait valoir que l'avenant en question constitue en réalité une nouvelle commande résultant d'un démarchage à son domicile. La Cour d'appel écarte la novation en considérant que l'avenant constitue un simple complément au contrat et non un nouvel engagement contractuel. Sa position, bien que conforme à une jurisprudence établie⁶⁴⁵, va pourtant être censurée par la Haute juridiction. L'argumentation de celle-ci est intéressante car elle se fonde sur l'article 1108 du Code civil, précisément en admettant l'absence d'un « objet certain qui forme la matière de l'engagement » pour annuler la convention.

317 En d'autres termes, elle établit la nullité du contrat initial en constatant le défaut d'accord sur la chose vendue, l'objet de la vente n'ayant pas été préalablement déterminé par un plan technique tenant compte de la configuration des locaux, et a fortiori approuvé par le client. Ce positionnement très intéressant, a depuis été corroboré par le législateur de 2014, qui sans revenir sur l'octroi d'un délai de rétractation pour toutes les ventes intervenant dans les foires et salons⁶⁴⁶, permet de bénéficier de cette faculté lorsque le contrat a été financé par un crédit affecté. Dans ce cas, il sera possible de se rétracter pour le crédit, ce qui entraînera la résolution de plein droit du bon de commande⁶⁴⁷. Cette possibilité offerte au consommateur constitue un élément

⁶⁴⁵ Crim, 27 juin 2006, D. 2007, n°484, Note E. BAZIN

⁶⁴⁶ Article L. 121-97 Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 - art. 54 : « Avant la conclusion de tout contrat entre un consommateur et un professionnel à l'occasion d'une foire, d'un salon ou de toute manifestation commerciale relevant du chapitre II du titre VI du livre VII du code de commerce, le professionnel informe le consommateur qu'il ne dispose pas d'un délai de rétractation.

Sans préjudice des informations précontractuelles prévues au premier alinéa du présent article, les offres de contrat faites dans les foires et les salons mentionnent l'absence de délai de rétractation, en des termes clairs et lisibles, dans un encadré apparent.

Les modalités de mise en œuvre du présent article sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.

⁶⁴⁷ Article L. 121-98 Code de la consommation, créé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 - art. 24 (V) : « Lorsque la conclusion d'un contrat de vente ou de prestation de services entre un professionnel et un consommateur, à l'occasion d'une foire, d'un salon ou de toute manifestation commerciale relevant du chapitre II du titre VI du livre VII du code de commerce, s'accompagne, de la part du professionnel, d'une offre de crédit affecté tel que défini au 9° de l'article L. 311-1 du présent code, le contrat de vente ou de prestation de services mentionne en des termes clairs et lisibles, dans un encadré apparent, que :

1° L'acheteur dispose d'un droit de rétractation pour le crédit affecté servant à financer son achat ;

2° Le contrat de vente ou de prestation de services est résolu de plein droit, sans indemnité, si l'emprunteur, dans le délai de quatorze jours, exerce son droit de rétractation relatif au crédit affecté dans les conditions prévues à l'article L. 311-36 ;

3° En cas de résolution du contrat de vente ou de prestation de services consécutive à l'exercice du droit de rétractation pour le crédit affecté, le vendeur ou le prestataire de services est tenu de rembourser, sur simple demande, toute somme que l'acheteur aurait versée d'avance sur le prix. A compter du huitième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts, de plein droit, au taux de l'intérêt légal majoré de moitié.

supplémentaire gageant l'effectivité de sa protection, pour autant le respect d'un cadre stricte d'application de la rétractation demeure essentiel.

Section 2 : Une application encadrée du droit de rétractation, gage d'une valorisation de la réflexion du consommateur

318 La consécration légale d'un droit de rétractation est une mesure opportune à différents niveaux. Envisagée d'une part comme une faculté reconnue au consommateur, elle favorise la confiance de ce dernier sans pour autant exclure sa responsabilisation (§1). D'autre part, envisagée comme constitutive d'une sanction de la défaillance du professionnel, elle consolide l'applicabilité des règles relevant du droit de la concurrence (§2).

§1 : La responsabilisation possible du consommateur à travers le bénéfice de la rétractation

319 L'intérêt de la consécration d'un droit de repentir réside naturellement dans la volonté protectionniste du profane. La consolidation de la confiance de ce dernier le conduit nécessairement à multiplier ses actes d'achats, qu'ils soient nationaux et transfrontaliers, ce qui *in fine* promeut le marché unique.

Pour atteindre cet objectif, le droit de la consommation ne doit pour autant pas tendre à la reconnaissance de droits exorbitants au profit du consommateur, bien que ce dernier, profane, soit engagé dans une relation déséquilibrée. C'est pourquoi, l'encadrement du droit de rétractation est nécessaire et tend à valoriser la réflexion. Cet encadrement est matérialisé par son enfermement dans des délais stricts et répond à un formalisme précis qu'il appartiendra au consommateur repenti d'observer scrupuleusement afin que son remords ne soit pas invalidé.

Ce formalisme oblige ainsi le consommateur à observer diverses modalités pour retourner le produit. Il devra à ce titre remplir un formulaire actant son souhait de se défaire du bien et donc de mettre un terme à la convention, renvoyer celui-ci en veillant à respecter l'intégrité matériel du bien, enfin et surtout se ménager la preuve de l'effectivité du retour.

320 L'ensemble de ces instructions oblige ainsi le consommateur à être réfléchi en amont sur ses choix de consommation, car certes il dispose d'un droit de rétractation pour autant sa mise en œuvre nécessitera d'entreprendre de nouveaux actes. C'est donc à ce titre qu'est favorisée la responsabilisation de ce dernier, d'autant que celle-ci est de plus en plus justifiée par les cadres législatif et jurisprudentiel qui évoluent de manière constante en faveur des intérêts du consommateur. En témoigne la meilleure administration des règles concurrentielles sur le marché.

§2 : L'exercice favorisé d'une concurrence loyale à travers le bénéfice de la rétractation

321 La loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, dans son volet de droit à la consommation⁶⁴⁸, vise à adapter le droit interne à la jurisprudence européenne sur les pratiques commerciales déloyales. Cette intervention illustre parfaitement le lien étroit entretenu entre droit de la concurrence et droit de la consommation et met l'accent sur l'équilibre nécessaire à établir entre ces deux paradigmes. Le système juridique français et même européen sont fondés sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui suppose l'exercice d'une liberté concurrentielle. Cette liberté doit pourtant être encadrée afin de préserver et garantir un marché concurrentiel loyal, gage de relations équilibrées entre professionnels et de protection pour le consommateur lésé.

La jurisprudence est constante en la matière, considérant notamment que toute pratique visant à tromper un consommateur, lequel ne peut valablement exercer sa faculté de rétractation, est une pratique commerciale déloyale⁶⁴⁹. Cette position est confortable pour le consommateur qui, usant de son droit de repentir à titre de sanction, favorise indirectement l'administration d'un fonctionnement sain du marché.

⁶⁴⁸ Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JORF n°0115 du 18 mai 2011 page 8537

⁶⁴⁹ Cass. Crim. 15 déc 2009, n°09-83059 *in* Revue des contrats, 1 juillet 2010, n°3, p. 872

CONCLUSION CHAPITRE 2

322 Le vaste champ d'application du droit de rétractation. Depuis la loi du 17 mars 2014, la durée du délai de rétractation est désormais de quatorze jours. Cette harmonisation a incontestablement permis d'accroître la lisibilité pour le consommateur et corrélativement à consolider sa confiance. Les conséquences ont ainsi été bénéfiques au développement du commerce transfrontalier dans la mesure où les achats en ligne se sont multipliés du fait de l'exercice facilité de ce droit.

323 La mise en œuvre facilitée du droit de rétractation. Les modalités de mise en œuvre du droit de rétractation répondent à des impératifs simples et transparents. Il appartient en effet au consommateur de faire savoir son désir de repentir dans le respect du délai imparti, de restituer le bien et parallèlement le professionnel est astreint à une obligation de remboursement du bien ou service.

324 La réflexion maximisée. Le droit de rétractation est une prérogative qui ne remet pas en cause les principes fondamentaux de validité du contrat valablement formé. En effet, il permet simplement de revenir sur un consentement donné, celui-ci ayant pu être donné précipitamment, après une période de réflexion. Les effets du repentir ont pu être appréciés à différents niveaux. Ce droit permet en effet de responsabiliser le consommateur tout en obligeant le professionnel à redoubler d'attention, le droit de rétractation pouvant être actionné comme une sanction à son égard. L'effet global s'apprécie bien évidemment au niveau du droit de la concurrence qui s'en trouve amélioré.

CONCLUSION DU TITRE 2

325 L'effectivité de la réflexion garantie par la reconnaissance d'un droit de rétractation. Le droit de rétractation est une faculté qui, offrant un temps de réflexion au consommateur ayant conclu un acte d'achat, permet de garantir un engagement en connaissance de cause. La particularité du droit de rétractation réside dans son caractère objectif, dans la mesure où c'est une faculté prévue et consacrée légalement, mais qui n'est pourtant pas un droit général et absolu. En effet, le repentir résulte parfois d'une prérogative discrétionnaire accordée aux consommateurs par les professionnels eux-mêmes.

326 Les caractéristiques du droit de rétractation. Le législateur a ainsi cantonné le champ d'application du droit de repentir aux seuls contrats qui méritaient une protection spécifique du consommateur et précisément en matière de démarchage ou de ventes à distance. La rétractation apparaît ainsi comme un outil efficace contre la précipitation du consommateur, tout en étant constitutive d'un dispositif opérant pour la préservation du consentement de ce dernier. En effet, il s'agit d'une faculté d'ordre public à laquelle le professionnel ne pourra se soustraire. Elle est aussi une faculté discrétionnaire selon les situations, gage d'un certain confort pour le consommateur. La nature du droit de rétractation est par ailleurs conforme au droit commun ce qui rend son application aisée dans la mesure où l'exercice de la rétractation n'annihile pas les principes fondamentaux du droit des obligations. En effet, le repentir du consommateur s'apparente finalement à la reconnaissance d'une présomption de vice du consentement dont l'annulation serait particulière.

327 L'application du droit de rétractation. Le droit de rétractation fait désormais l'objet d'une application extensive favorable au consommateur. Les nouvelles caractéristiques de cette faculté, issues des dernières interventions du législateur communautaire, constitue un facteur de confiance pour le consommateur et indirectement un levier pour le développement du commerce transfrontalier. Sa mise en œuvre simplifiée permet par ailleurs de consolider les réels effets de ce droit. D'un côté le consommateur est rassuré car l'acte d'achat qu'il envisage de conclure ne le lie ni moralement ni financièrement

et de l'autre la prévention de la défaillance des professionnels est assurée dans la mesure où l'existence de ce droit les incite à être le plus compétitif possible.

CONCLUSION PARTIE 2

329 Le constat d'une européanisation bénéfique des droits du consommateur. Les réflexions engagées au niveau du pouvoir communautaire tendant à formaliser un droit commun européen des contrats, et précisément du droit de la consommation, ont contribué à favoriser la réglementation de certaines branches consuméristes qui relève désormais exclusivement du pouvoir européen. Deux droits sont entre autres concernés, l'obligation d'information et le droit de rétractation.

330 L'européanisation de l'obligation d'information. L'obligation d'information est une obligation aux contours difficilement identifiables et qui témoigne d'une grande vigueur. Bien qu'éparpillée, cette obligation permet de contraindre utilement le professionnel à délivrer une information suffisante, compréhensible et accessible au consommateur. Néanmoins, animées par le vif souhait de réduire l'écart existant entre un professionnel sachant et un consommateur profane, les obligations d'information se sont multipliées créant alors une confusion dans l'esprit du consommateur et une crainte chez des professionnels qui, soucieux de ne pas répondre à leurs obligations légales, ont répercuté les coûts importants de l'administration de celle-ci sur le consommateur.

Afin de mettre un terme à ces situations, le législateur communautaire est intervenu dans un objectif de simplification, passant par un accroissement de la lisibilité. Les mêmes motifs ont justifié l'intervention des pouvoirs européens au niveau du droit de repentir.

331 L'européanisation du droit de rétractation. Le droit de rétractation est une prérogative reconnue au consommateur déçu de revenir sur un consentement valablement donné pour un acte de consommation. Bien qu'apparaissant comme une faculté exceptionnelle du droit commun, le repentir constitue une modalité importante d'exercice de la réflexion du consommateur. Pour autant, tenant compte du vaste mouvement d'européanisation du droit de la consommation visant à harmoniser la matière, il est apparu que cette faculté faisait l'objet d'une application dispersée et non homogène, en somme préjudiciable pour le consommateur. C'est ainsi que la Commission Européenne est intervenue pour uniformiser ce droit. En lui conférant une

assise communautaire, elle a contribué à abonder dans le sens de l'eupéanisation du droit de la consommation souhaitée et recherchée.

CONCLUSION GENERALE

332 Transversalité du droit de la consommation. Le droit de la consommation est un droit dont la construction a été étroitement liée au besoin de protection qu'engendrait le consommateur face à certaines pratiques de professionnels, dont la supériorité économique, juridique ou intellectuelle était souvent avérée. Même si cette situation originellement déséquilibrée est à relativiser aujourd'hui, précisément parce que le consommateur ne peut valablement s'identifier à un être vulnérable tel qu'entendu au sens du droit des personnes protégées, il demeure admis que l'évolution des méthodes de consommation continue à favoriser l'ascendant existant à l'égard d'un consommateur toujours démuné.

333 Le droit de la consommation se caractérise par la reconnaissance de droits supplémentaires au profit du consommateur provoquant parallèlement un accroissement des obligations professionnelles. Les règles qui le constituent sont majoritairement impératives et ont une finalité soit préventive, à travers notamment le durcissement d'un formalisme informatif, soit curative, par la sanction infligée à travers l'exercice du droit de rétractation, à moins qu'elles ne poursuivent les deux finalités.

334 Spécificité du droit de la consommation. Alors qu'en droit civil, le contrat demeure exclusivement l'affaire des parties, en matière consumériste, le juge ou même une autorité administrative, est autorisé à interférer dans le lien contractuel pour notamment redéfinir les obligations du contrat. Par ailleurs, pour renforcer l'effectivité des règles consuméristes, la loi du 3 janvier 2008⁶⁵⁰ autorise le juge à soulever d'office toutes les dispositions du Code de la consommation dans les litiges nés de son application. Ce pouvoir constitue une garantie fondamentale puisqu'il permet au juge de se substituer aux intérêts du consommateur et d'invoquer une disposition légale qui aurait échappé à ce dernier. Cette prérogative est fondamentale surtout dans un contexte fortement modifié depuis les deux dernières décennies. En effet, le consommateur est un acteur davantage actif dans l'acte de consommation, qui compare souvent avant de s'engager, ses choix sont orientés, ses valeurs liées à l'influence des nouvelles tendances de

⁶⁵⁰ Loi du 3 janvier 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, article L. 141-4 al. 1 Code de la consommation

consommation et aux moyens qui en résultent. Dès lors le législateur se doit de prendre en compte ces évolutions afin que le corpus juridique soit en conformité avec les attentes pratiques. La tâche n'est pas aisée dans la mesure où l'encadrement des relations de consommation invite à concilier des finalités souvent divergentes notamment celle de protéger le consommateur, jugé partie faible, tout en préservant et développant l'activité économique.

335 Les enjeux sont très importants dans la mesure où il s'agit de faire face à une nécessité économique tout en maintenant une certaine stabilité sociale, laquelle est intrinsèquement liée à la culture nationale de chaque Etat membre. La difficulté est alors plus importante dans un contexte de globalisation dans la mesure où il s'agit de trouver le point d'équilibre qui répond aux objectifs de performance de l'Union tout en respectant les spécificités nationales des différents Etats membres.

336 Le choix de l'harmonisation totale. Une approche fonctionnelle de l'harmonisation permet de révéler l'enseignement fondamental qui découle de cette large entreprise à savoir le perfectionnement conventionnel. L'établissement d'un nouveau corpus de règles juridiques unique et applicable uniformément par l'ensemble des pays de l'Union présente incontestablement un intérêt majeur dans la promotion du marché intérieur. Les projets qui se sont succédés en la matière témoignent incontestablement de l'importance à continuer dans cette même voie car malgré les divergences de points de vue étatiques, la réalité économique impose une certaine cohérence d'action. L'adoption de la directive cadre du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs marque la première pierre du grand édifice qu'il convient de construire, de consolider et de préserver en l'adaptant continuellement aux évolutions économiques et sociétales.

BIBLIOGRAPHIE

Les références sont classées par ordre chronologique

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

AYET PUIGARNAU J. (Pour le secrétaire général de la Commission Européenne)

- Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs du 8 octobre 2008 ; Dossier interinstitutionnel : 2008/0196 (COD) Bruxelles, le 8 octobre 2008, COM (2008) 614 final

BERGÉ JS ET ROBIN-OLIVIER S.

- Introduction au droit européen ; PUF, Broché, 9 juillet 2008
- Droit européen : Union européenne, Conseil de l'Europe ; PUF, Broché, 5 mars 2011.

BORCHARDT KD.

- L'ABC du droit de l'Union européenne ; Union européenne, 2010, Office des publications

BORGHETTI JB.

- La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé ; Préface de Geneviève Viney, LGDJ, 2004

CALAIS-AULOY J. ET TEMPLE H.

- Droit de la consommation ; 8e édition, Précis Dalloz, Droit privé, 2010.

CARBONNIER J.

- Droit civil, Les obligations ; PUF, 20^e éd., n°12
- Sociologie juridique ; PUF 2004

COLSON JP. ET IDOUX P.

- Droit public économique ; 2014 LGDJ, Lextenso 7° éd.

CORNU G.

- Vocabulaire Juridique ; 9e édition, PUF, 2011.

DIRECTIVE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange du 14 janvier 2009

- Directive du Parlement européen et du Conseil n°2008/122/CE du 14 janvier 2009

DORANDEU N., GOMY M., ROBINNE S. ET VALETTE-ERCOLE V.

- Droit de la consommation ; Collection "tout le droit"

FASQUELLE D. ET MEUNIER P.

- Le droit communautaire de la consommation, Bilan et perspectives, Actes du colloque de Boulogne sur Mer du 14 et 15 janvier 2000 ; La documentation française, Paris 2002

FONTAINE P.

- 12 leçons sur l'Europe ; Union européenne, 2010, Office des publications

LEQUETTE Y., SIMLER Ph. ET TERRÉ F.

- Droit civil, Les obligations ; 11e édition, Précis Dalloz, septembre 2013.

PIEDELIEVRE S.

- Droit de la consommation ; Economica, 2008

PIQUEREAU T.

- Concurrence-Consommation 2013-2014 ; Rédaction des Editions Francis Lefebvre, Mémento Pratique FRANCIS LEVEBVRE

REGLEMENT (UE) N°1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires

- JOUE 22 novembre 2011

TESTARD M. (Texte établi et traduit par)

- Les devoirs, Livre II et III Cicéron

II- OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

BLANQUET M.

- Effet direct du droit communautaire ; Dalloz, Répertoire de Droit Communautaire, août 2008 (dernière mise à jour : octobre 2010)

DE MATOS AM.

- Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne, Préface de Roger Bout, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2001

DE ROYER ET MERINIS

- Le guide de la défense du consommateur ; Fine Media 2014, <http://www.comprendrechoisir.com/>

EBERS M.

- Directive relative aux clauses contractuelles abusives (93/13), analyse comparative in Compendium CE de Droit de la consommation ; Bielefeld, 2011, p. 385.

FABRE-MAGNAN M.

- De l'obligation d'information dans les contrats ; LGDJ, 1992

KARPENSCHIF M. et NOURISSAT C. (Sous la direction de)

- Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne – Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne ; 1^o édition, PUF, Thémis, octobre 2010.

LAMARTHE B.

- La défense du consommateur dans l'Union Européenne ; Collection Réflexe Europe, La documentation française 2001

TAORMINA G.

- Théorie et pratique du droit de la consommation, Aspects généraux et contrats spéciaux ; Librairie de l'université d'Aix en Provence, 2004

TARDE G.

- Les transformations du droit, étude sociologique ; Berg International, 1994.

**III- ARTICLES, COMMENTAIRES, CHRONIQUES, MÉLANGES ET NOTES SOUS
ARRET**

AGBENOTO KM.

- Le passager, un nouveau consommateur ? ; LPA 16 mai 2011, n° 96 p. 5

**ALVAREZ I., CADORET V., CRAPONNE V., DEPINCE M., DUBOIS-LAMBERT F.,
MALHERBE N., PAULS A., RAJA C., RESPAUD JL. ET ROQUE J.**

- Droit de la consommation – Généralités ; LPA 10 juin 2010 n°115 p. 10

ASTAIX A.

- Surendettement : la réforme est entrée en vigueur ; Dalloz actualité 4 novembre 2010

AUBERT DE VINCELLES C.

- Naissance d'un droit commun communautaire de la consommation ; RDC 1 avril 2009, n°2 p. 578
- Nouvelles orientations : directive-cadre sur les droits des consommateurs et Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats ; RDC 1 octobre 2010, n°4 p. 1284
- Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre ; RTDEur 2011 p.621
- Réponse au livre vert sur le droit européen des contrats ; RTDEur 2011 p.615

AUBERT DE VINCELLES C. ET ROCHFELD J.

- Les apports de "l'acquis communautaire" au cadre commun de référence ; RTDEur 2008, p.741
- Droit européen des obligations ; RTDEur. 46 (3), juillet-septembre 2010

AUBERT DE VINCELLES C, FENOUILLET D. ET SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

- Interdiction d'interdire les ventes avec primes, la Cour de Justice persiste et signe ; RDC, avril 2011

AUBRY H., POILLOT E. ET SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

- Droit de la consommation, Janvier 2009-Janvier 2010 ; D. 2010 p. 790

AVIGNON C. ET LANDES-GRONOWSKI L.

- Vade-mecum des mentions publicitaires obligatoires depuis la loi portant réforme du crédit à la consommation ; Gaz. Pal. 23 octobre 2010, n°296 p. 27
- Publicité en matière de crédit à la consommation, pour un professionnel et un consommateur responsables ; Gaz. Pal. 25 juin 2011, n° 176 p. 17

AYNES L., DELEBECQUE P. ET STOFFEL-MUNCK P.

- Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir ; Droit & Patrimoine N°126 Mai 2004

BALLET P. ET POTTIER I.

- L'e-tourisme, un secteur particulièrement réglementé en voie de réforme... ; Gaz. Pal. 23 juillet 2009, n°204 p. 19

BARBE V.

- La protection du consommateur de services ouverts à la concurrence : approche comparée ; LPA 6 juillet 2006, n°134 p. 8

BATTEUR A.

- La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyages ; D. 1996 p. 82

BAUDOUIN M.

- Le nouveau règlement concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires ; Rev. CCC février 2012

BAUVIN JF, CHARRIERE-BOURNAZEL C, GARNIER F, GLADEL V, Jean-François HUMBERT JF et TOURY L

- Le droit : un nouveau secteur stratégique ?, Perspectives suite au colloque à propos du thème « Le droit, un atout dans la compétition économique internationale ? » ; Revue Lamy Droit des affaires, 2008, N°32

BAZIN-BEUST D.

- La protection du consommateur à distance : mouvements de flux et de reflux ? ; LPA 22 juin 2010, n°123 p. 4
- Une analyse du pacte comissaire... ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? ; LPA 19 mai 2011, N°99 p. 50

BECKER H.

- La protection du consommateur à la suite de l'amendement de la nouvelle loi allemande contre la concurrence déloyale ; Gaz. Pal. 26 mai 2009, n°146 p. 10

BERGE JS.

- La corrélation "droit européen" et "droit des contrats" (A propos de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs) ; RDC 1 avril 2009, n°2 p. 697

BERGE JS. ET OMARJEE I

- Approche critique du vocabulaire juridique européen : la confiance ; Chronique de droit européen & comparé N°21

BERGE JS., OMARJEE I., RIEHM T. ET THIERIET-DUQUESNE A.

- Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'harmonisation totale ; LPA 27 avril 2009, n°83, p.9

BERNARDEAU L.

- La notion de consommateur en droit communautaire (à la suite de l'arrêt de la CJCE du 22 novembre 2001, Idealservice) ; REDC, 1 octobre 2001, n°4, p. 341
- Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heiningen ; JCP G Semaine juridique, 2 octobre 2002, n°40, p. 1719

BLANQUET M. ET CHAIRE J-M.

- Effet direct du droit communautaire ; Répertoire de droit européen, Août 2008 (actualisation : avril 2015). Précédente édition rédigée par le professeur Guy ISAAC

BOUJEKA A.

- Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français ; D. 2005 p. 1948

BUSSEUIL G.

- La quasi-gratuité de l'exercice du droit de rétractation du consommateur : l'application aux frais de livraison ; Recueil Dalloz 2010, p. 2132

CABRILLAC R., MAZEAUD D. et PRUM A.

- Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, Colloque du 22 juin 2007 ; Société de Législation comparée, 2008

CADORET V., GRANDMAIRE J., SERGENT F., TOUSSAINT-DAVID G. ET SIMON FL.

- « Vade-mecum de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite «loi Hamon » ; LPA 7 avril 2014 n° 69, p. 4.

CANNARSA M.

- Les facultés de rétractation en droit de la consommation et en droit des assurances : continuité en droit interne, changements en droit communautaire ; RGDA 1 janvier 2009, p. 25

CASTETS-RENARD C.

- La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats ; D. 2009 p. 1158

CAUSSE H.

- La lutte contre l'incitation à la "surconsommation" ; LPA 10 avril 2003, n°72 p. 43

CERRUTI G.

- Comment mieux intégrer la politique de concurrence et la politique de la consommation ; Rev. Lamy Cce, 1 octobre 2006, n°9, p. 153

CHAILLOUX C.

- La Commission programme une simplification massive de la législation communautaire ; JCP G Semaine juridique, 16 novembre 2005, n°46, p. 2088
- Le nouveau visage de l'action communautaire pour la protection des consommateurs ; Rev. CCC, 1 février 2007, n°2, p. 2

CHALTIEL F.

- Le droit européen de la protection du consommateur ; LPA 2 octobre 2007, n°197 p.5
- Actualité de la protection du consommateur en Europe ; LPA 25 mars 2011, n°60 p. 5

CHILLON S.

- Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam : un droit émancipé ? ; REDC, 1 octobre 1998, n°4 p. 259

CHRISTIANOS V.

- Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs ; D. 1993 p. 28

CHRISTIANOS V. ET PICOD F.

- Consommateurs ; Répertoire de droit européen, janvier 2003 (actualisation : octobre 2015)

CLARET H. ET PIGNARRE G.

- Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? ; D. 2011 p, 1981

COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL, PARLEMENT EUROPEEN ET AU COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN

- Stratégie pour la politique des consommateurs 2007-2013 ; Communication du 13 mars 2007 [COM (2007) 99 final - Non publié au Journal officiel]

COUPEZ F. ET VERBIEST T.

- Commercialisation à distance des services financiers : bilan d'un nouveau cadre juridique ; D. 2006 p. 3057

DELAASUNCION-PLANES K.

- La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? ; LPA 3 mars 2010, n°44, p.3

DEPINCE M.

- La Cour de Justice des Communautés Européennes, le droit de la consommation et les principes généraux du droit ; LPA 10 juin 2010, n°115, p. 3

DETRAZ S.

- Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation ; Rev. CCC N°5, Mai 2004, Etude n°7

DEUMIER P. ET RACINE JB.

- Règlement Rome I: le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle ; RDC 1 octobre 2008, n°4 p. 1309

DONDERO B.

- Le nouveau régime du démarchage bancaire et financier ; LPA 14 novembre 2003, n°228 p.39

DREYER E.

- Non intentionnelle, la pratique commerciale trompeuse constitue une simple contravention ; D. 2010 p. 1913

DUPONT N.

- L'action en justice des associations de consommateurs en matière de sécurité ; CCC Février 2009

ERESEO N. ET LASSERRE-CAPDEVILLE J.

- Le délit de pratiques commerciales trompeuses est une infraction intentionnelle ; AJ Pénal 2010 p. 73

FAUVARQUE-COSSON B.

- Quelle protection des consommateurs pour demain ? La Commission européenne hésite et consulte ; D. 2007 p. 956
- « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés ? » ; D. 2008, p. 556
- « Vers un droit commun européen de la vente » ; D. 2012, p. 34.

FAUVARQUE-COSSON B. ET GEST J.

- Réflexions sur le principe de subsidiarité en droit communautaire des contrats ; Constitutions 2010, p. 87

FAUVARQUE-COSSON B. ET VAN GERVEN W.

- La convergence des droits en Europe ; LPA, 19 avril 2007, n°79, p. 63

FAVRO K.

- La commission de la sécurité des consommateurs : vingt ans après... ; D. 2004 p. 1886

FENOUILLET D.

- Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine ; RDC, 1 octobre 2004, n°4 p.955
- Commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs ; RDC, 1 octobre 2005, n°4 p. 1052
- Une nouvelle directive pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales ; RDC, 1 octobre 2005, n°4 p. 1059
- Démarchage de produits d'assurance ; RDC 1 avril 2008, n° 2 p. 353

FOMBEUR P.

- Les enjeux européens pour le droit français ; LPA 30 novembre 2010, n°238 p. 13

FRANCILLON J.

- Médias et droit pénal - Bilan et perspectives ; Revue de Science Criminelle 2000 p. 59

FRANGI M.

- Le consommateur français entre loi Toubon et droit communautaire ; RIDE 1 janvier 2003, n°1 p. 135

FRISON-ROCHE AM.

- Définition du droit de la régulation économique ; D. 2004, p. 126

GAHDOUN PY.

- Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat ; D. 2005, p. 1517

GARRON F.

- La protection du consommateur sur le marché européen des droits de séjour à temps partagé ; RTDEur 2002 p. 223

GRANIER T.

- La commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs : une rencontre entre droit de la consommation et droit financier ; Bulletin Joly Bourse, 1 janvier 2006, n°1 p. 7

GRIMAUX E.

- La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique ; Communication Commerce Electronique, N°4, Avril 2004, Chronique 10

GROUPE D'ETUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVE EUROPEEN

- Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats ; RTD Civ. 2005 p. 713

GRYNBAUM L.

- Vers un droit de rétractation généralisée ? ; RDC 1 avril 2005, n°2 p. 527
- Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles ; RDC, 1 avril 2005
- Un Code, mais lequel ? ; RDC 1 avril 2008, n°2 p. 579

HOUX N.

- La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables (1ère partie) ; LPA 1 mars 2001, n°43 p.6

HUET J.

- Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale ; LPA 26 septembre 1997, n°116 p.6
- Eléments de réflexion sur le droit de la consommation ; LPA 8 novembre 2001, n°223 p.4
- Le scandale de l'harmonisation totale ; RDC, 1 juillet 2011, n°3 p. 1070

JAYME E. ET KOHLER C.

- L'interaction des règles de conflits contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome ; Revue critique de droit international privé, 1995 p.1

JAMIN C.

- Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés ; D. 2005, p. 2342

KOVAR R. ET POILLOT-PERUZZETTO

- Politique de concurrence ; Répertoire de droit européen, Août 2005 (actualisation : janvier 2015)

LAGARDE P.

- La formation progressive du droit international privé communautaire ; Defrénois, 15 avril 2005, n°1 p.31

LAGARDE X.

- Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats ; D. 2005, p. 2745

LATINA Mathias

- Contrats (Généralités) ; Répertoire de droit civil, Décembre 2013 (actualisation juin 2014)

LEGRAND V.

- Consommateurs et délai de repentir : crédit à la consommation, vente à distance ou démarchage, comment s'y retrouver ? ; LPA 1 octobre 2010, n° 196 p. 7
- Ventes à distance et ventes hors établissement : quelles avancées pour les consommateurs ? ; LPA 22 novembre 2011, n°232, p.5

LEVENEUR L.

- Proposition de directive relative aux droits des consommateurs : recul de la protection des acheteurs en France ; Rev CCC, Août-Septembre 2009

LUBY M.

- Sommes-nous tous des consommateurs ? ; Droit et Patrimoine, 1 octobre 2002, n°108 p. 44

LUTUN O.

- La protection du consommateur dans le droit des conflits de lois ; JCP E, n°, 10 février 2002, p. 74

MARAIS A.

- Plan d'action sur le droit européen des contrats ; RDC, 1 avril 2004, n°2 p. 460
- Le code européen de la consommation, premier acte du Code européen des contrats ? ; RDC 1 juillet 2007, n°3, p.901

MAZEAUD D.

- Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? ; Rev. Lamy Cce, 1 octobre 2006, n°9, p. 136
- Un droit européen en quête d'identité, les principes du droit européen du contrat ; D. 2007, p. 2959

MEL J.

- La notion de consommateur européen ; LPA 31 janvier 2006, n°22, p.5

MOREAU F.

- La protection du consommateur dans les contrats à distance ; LPA 20 mars 2002, n°57 p. 4

MUNOZ S.

- La proposition de directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique ; LPA 9 août 1999, n°157 p.10

NEEL B.

- L'Europe sans frontières intérieures : l'accord de Schengen ; AJDA 1991 p.659

NOTTE G. ET RAUD N.

- Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs ; CCC, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, Janvier 2012

OUTIN-ADAM A.

- La loyauté dans le droit de la consommation ; Gaz. Pal. 5 décembre 2000, n°340 p.36

PAILLUSSEAU J.

- Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit ; D. 1997, p. 97
- Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle ; D. 2003 p. 260

PAISANT G.

- Le consommateur protégé par la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives est une personne physique ; JCP G n°12, 20 mars 2012, II 10047
- La proposition d'un droit commun de la vente ou l'esperanto contractuel de la Commission européenne ; JCP G n°18, 30 avril 2012, doct. 560

PASSA J.

- Commerce électronique et protection du consommateur ; D. 2002 p. 555
- Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs ; LPA 6 février 2004, n°27 p.35

PENNEAU A.

- Contrat électronique et protection du cybercontractant ; LPA 13 mai 2004, n°96 p. 3

PERDU S.

- Le juge administratif et la protection des consommateurs ; AJDA 2004 p. 481

PERES C.

- La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie ; D. 2009, p. 381

PETIT E.

- L'invitation à l'achat, une invitation à changer ; LPA 30 juin 2011, n° 129

PIEDELIEVRE S.

- La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs ; D. 2008 p. 2614

PIERRE P.

- Feu l'arrêt Mercier ! Feu l'arrêt Mercier ? ; RDC 1 janvier 2011

PIGNARRE G.

- Chronique de contrats spéciaux (1ère partie) ; LPA 20 mars 2006, n°56 p. 4

PIGNARRE G. ET LR

- A propos de la gratuité du remplacement d'un bien non conforme ; D. 2008 p. 2631

PILLET P.

- L'obligation d'information et de conseil de l'agent immobilier à l'égard de l'acquéreur, 1° Partie : A la recherche de la nature de l'obligation ; AJDI 2008 p. 263
- L'obligation d'information et de conseil de l'agent immobilier à l'égard de l'acquéreur, 2° Partie : A la recherche du contenu de l'obligation ; AJDI 2008 p. 366

PIZZIO JP.

- L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs ; Droit et Patrimoine, 1 septembre 2002, n°108, p. 59

POILLOT E.

- Influence du droit de l'Union européenne et primauté de la loyauté : une protection incidente du consommateur ? ; LPA 24 novembre 2011, n°234 p.34

PONTIER JM.

- Le juge communautaire, la langue française et les consommateurs ; D. 2001 p. 1458

PROD'HOMME N.

- Professionnel et consommateur : Une loyauté réciproque ? ; 24 novembre 2011, n°234 p. 29

RAYMOND G.

- Information du consommateur ; JCI Cce-Conso, Fasc. 845
- Actualité législative en droit de la consommation ; CCC n°3 mars 2005 étude 3
- Directive consommateurs n°2011/83/UE du 25 octobre 2011 ; Rev. CCC N°2 Février 2012 étude 3

RAYNARD J.

- De l'influence communautaire et internationale sur le droit des contrats : quand une directive régleme les contrats à distance conclus avec les consommateurs, matière déjà amplement pourvu par le droit de la consommation ; RTD Civ. 1997 p. 1015

ROCHFELD J.

- La communautarisation des sources du droit civil - De l'harmonisation maximale ; RDC 1 janvier 2009, n°1 p. 11
- L'actualité des sources du droit des contrats - L'état des lieux des discussions relatives à la proposition de directive-cadre sur les droits du consommateur du 8 octobre 2008 ; RDC 1 juillet 2009, n°3, p. 981

RONDEAU D.

- L'impact de "l'erreur" dans les contrats de vente passés sur Internet ; Gaz. Pal. 24 avril 2003, n°114 p.23

ROUSSILLE M.

- Démarchage et services financiers à distance : Quelle protection pour le consommateur ? ; Rev. CCC Janvier 2010

SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

- La loi du 1 juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (2° Partie) : les dispositions relatives au surendettement ; RDC Janvier 2011

SOLTNER B.

- La prolifération des fondements et des voies d'actions juridictionnelles : profusion ou confusion ? ; LPA 24 novembre 2011, n° 234 p. 39

STOFFEL-MUNCK P.

- L'autonomie du droit contractuel de la consommation ; RTD Com. 2012 p. 705

STUYCK J. ET TERRYN E.

- Le droit européen de la consommation (développements récents) ; Journal de droit européen (ex Journal des Tribunaux de Droit Européen Larcier), 1 novembre 2007, n°143, p. 257

SUPIOT E.

- Le consommateur de tests génétiques, un patient avisé ou berné ? ; RDC 1 octobre 2009, n°4 p. 1573

TEISSONNIERE G.

- La responsabilité des agences de voyages en ligne après l'adoption de l'article 15 de la LCEN ; Gaz. Pal. 4 avril 2006, n°94 p.6

THIBIERGE-GUELFUCCI C.

- Libres propos sur la transformation du droit des contrats ; RTD Civ. 1997, p. 357

TOUCHENT D.

- La protection du consommateur contre les pratiques commerciales déloyales ; LPA 2 août 2006, n°153 p.11

TROCHU M.

- Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n°97-7 CE du 20 mai 1997 ; D. 1999 p. 179

VAN HUFFEL M.

- Protection du consommateur par le droit applicable – Obstacles et perspectives ; Rev. aff. euro., 1 septembre 2001, n°4 p. 440
- La condition procédurale des règles de protection des consommateurs : les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de Justice ; REDC 1 avril 2003, n°2, p. 79

VION M.

- Faculté de rétractation en cas d'acquisition ou de construction d'un logement neuf ; Defrénois, 15 mars 1990

VOINOT D.

- Le droit communautaire et l'inopposabilité aux particuliers des règles techniques nationales, RTDEur. 2003 p. 91

ZIMMERMANN R.

- Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé, RTD Civ. 2007 p. 451

IV. NOTES, AVIS, OBSERVATIONS, ETUDES, RAPPORTS & CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

ARCHER D.

- L'assouplissement des "obligations informatives" pesant sur l'assureur dans le cadre de l'ancien article L. 132-5-1 du Code des assurances (Cass. Civ. 2°, 9 juillet 2009) ; LPA 9 juin 2010, n°114 p. 15

ASTAIX A.

- Révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs ; Dalloz actualité, 14 septembre 2007

AUBERT DE VINCELLES C.

- a) Faculté de rétractation dans les contrats à distance ; RDC, 1 avril 2010, n°2 p. 643
- c) Démarchage à domicile et office du juge ; RDC, 1 avril 2010, n°2 p. 652
- c) Faculté de rétractation dans les contrats à distance ; RDC, 1 octobre 2010, n°4 p. 1295
- Leçons jurisprudentielles sur l'harmonisation totale à travers les pratiques commerciales déloyales ; RTDEur 2011 p. 630

AVENA-ROBARDET V.

- Faculté de rétraction dans les ventes à distance : entre illusion et réalité ; Dalloz actualité 14 septembre 2009
- Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé ; D. Actualité 27 janvier 2009

AVIS DE L'ULC

- Livre Vert, Révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs ; 30 avril 2007, **Site officiel de l'Union Européenne**

AYMA L., CASCALES S., GODON L. ET MAKHLOUF Y.

- Droit de la distribution-Questions actuelles ; LPA 3 juillet 2003 n° 132 p. 3

BAZIN E.

- Le conseil éclairé par les besoins de l'acquéreur est une obligation ; Gaz. Pal. 9 décembre 2010, n°343 p. 14

BENILS S., CADORET V., CRAPONNE V., DEPINCE M., LISANTI C., MAINGUY D., NADAUD F., PAULS A., RAJA C., ROQUE J., TEMPLE H. ET ZAMBRANO G.

- Droit de la consommation – Généralités ; LPA 2 juillet 2009 n°131 p. 7

BIENVENU J-J

- Une brève histoire du droit public comparé ; RIDC n°2 avril-juin 2015

BOMBLED M.

- Démarchage : interprétation de l'alinéa 3 de l'article L. 121-26 du code de la consommation ; Dalloz actualité 20 février 2012

BRES A.

- Précisions jurisprudentielles sur la faculté de renonciation au contrat d'assurance-vie ; LPA 22 mars 2010, n°57 p.8

BRUN P., CLARET H., GUESSOUM A., LE BOURG J., PIGNARRE G., PIGNARRE LF. ET QUÉZEL-AMBRUNAZ C

- Réponses de chercheurs du CDPPOC (Chambéry, EA 4143) au Livre Vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (1er juillet 2010, COM(2010)348 final) ; Contributions remises le 31 janvier 2011, <http://www.fde.univ-savoie.fr/>

BUSSEUIL G.

- De l'articulation entre le droit de l'Union européenne et les droits nationaux : l'exemple du droit de rétractation du consommateur ; LPA 3 mai 2010 n°87 p. 7

CANLORBE J.

- Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs – Réactions de la CCIP ; Rapport présenté au nom de la Commission du commerce et des échanges et de la Commission du droit de l'entreprise, adopté au Bureau du 24 mai 2007 selon la procédure d'urgence, **Site officiel de l'Union Européenne**

CHEVRIER E. ET DELPECH. X

- Adoption par l'assemblée nationale du projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ; Dalloz Actualité 3 décembre 2007

CLARET H.

- La loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur ; JCP G, n°22, 1 juin 2005, I 140

COMMENTAIRES DE ECTAA ET GEBTA

- Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs ; FP07-197/4400 15 mai 2007, **Site officiel de l'Union Européenne**

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs ; Bruxelles, le 8 février 2007, COM (2006) 744 final

DELPECH X.

- Présentation du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier ; Dalloz actualité 17 septembre 2007
- Simplification du droit : droit de la consommation ; D. Actualité 18 mai 2009
- Refus de renouvellement du contrat de location d'un emplacement d'un "mobil home" ; D. Actualité 25 mai 2009
- Vendeur professionnel : obligation de conseil ; D. 2010 p. 2580
- Logiciel pré-installé : pas d'obligation d'information du vendeur d'ordinateurs ; D. 2010 p. 9
- Vers un nouveau renforcement des droits des consommateurs ; D. Actualité 8 juin 2011

- Loi de simplification du droit : aspects de droit de la consommation ; Dalloz Actualité 23 mai 2011

DUBERN C.

- Protection de la personnalité du consommateur – Respect de l'intégrité physique ; Fascicule 927, JCP C 1 juin 2003

EGPIL

- Réponse au livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs ; 14 mai 2007, site officiel de l'Union Européenne : <http://www.gedip-egpil.eu>

FAUVARQUE-COSSON B.

- La société de législation comparée dans le XXI^e siècle ; RIDC n°3 juillet-septembre 2015

FENOUILLET D.

- a) Pratiques commerciales déloyales ; RDC, 1 juillet 2010, n°3 p.872

FILIBERTI E.

- Nous ne sommes pas favorables à l'intégration pure et simple du Code de la consommation dans le Code civil ; LPA 7 mai 2004, n°92 p.30

GOSSOU S.

- Démarchage d'assurance : la Cour de cassation confirme l'applicabilité des dispositions du code de la consommation, (Cass. Crim. 2 octobre 2007) ; LPA 17 janvier 2008, n°13 p. 9

GUINERET-BROBBELDORSMAN A.

- Un exemple de codification à droit constant : le code de la consommation peu protecteur pour le consommateur surendetté ; LPA 5 juillet 2007, n°134, p. 50

IDOT L.

- 2005 : des avancées en droit européen des contrats, mais pas de « Code civil européen » ... - Repère par Laurence IDOT ; Europe n°1, Janvier 2005, Repère 1
- La lente progression du droit européen des contrats – Focus par Laurence IDOT ; Europe n°6, juin 2011, alerte 39

IZORCHE ML

- Violation manifestement délibérée d'une obligation particulière d'information ; D. 2001 p. 1231

JAMIN C.

- Rapport de synthèse, cycle de conférence de la Cour de Cassation 3 juillet 2006. Droit communautaire, droit de la consommation, complémentarité ou divergences ? ; Rev. Lamy droit de la cce 1 octobre 2006, n°9 p. 161

KARAMANLI M.

- Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs ; Document E3447, Assemblée Nationale, Mise à jour le 7 octobre 2010

KUNOVA M.

- Une proposition de directive visant l'harmonisation et le renforcement des droits des consommateurs européens ; l'Observatoire de Bruxelles, 1 janvier 2009, n°75 p. 20

LABARTHE F.

- Silence - acceptation ou acceptation - sanction ? ; Recueil Dalloz 2009 n°31

LAGARDE X.

- Vers un nouveau droit de la consommation – Rapport de synthèse ; Revue de droit bancaire et financier, n°6, novembre 2011, dossier 39

LASSERRE CAPDEVILLE J.

- Etendue du délit d'obtention d'un paiement avant la fin du délai de réflexion en matière de démarchage à domicile ; AJ Pénal, Avril 2012

LAVRIC S.

- Directive sur la protection des consommateurs : négociations en cours ; Dalloz actualité, 3 septembre 2009
- La CJCE se prononce sur le monopôle d'exploitation des jeux de hasard en ligne ; Dalloz Actualité 14 septembre 2009

LEGRAND V.

- Ventes à distance et ventes hors établissement : quelles avancées pour le consommateur ? ; LPA 22 novembre 2011, n°232 p.5

LESTIENNE-SAUVE L.

- La directive européenne de 2011 sur les droits des consommateurs et le droit européen des contrats ; La Semaine Juridique Entreprises et Affaires, n°4, 26 janvier 2012, p. 1072

LIENHARD A.

- Présentation du projet de loi en faveur des consommateurs ; Dalloz actualité 5 décembre 2006

LUBY M.

- Droit communautaire de la consommation ; Fasc. 790, JCP C 15 septembre 2002, mise à jour du 2 avril 2012

MANARA C.

- Veuillez patienter, votre commerçant est déjà en ligne ; Dalloz Actualité 22 octobre 2008

MARTINON A.

- L'impact du droit européen sur le droit de la consommation – Brefs regards sur une actualité ; Revue de droit bancaire et financier, n°5, septembre 2011, dossier 26

PAISANT G.

- Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? – Libres propos ; JCP G, n°22, 27 mai 2013, p. 589

- A propos des vingt ans du Code de la consommation ; JCP G, n°22, 27 mai 2013, doctr. 621

PETIT E.

- La fin de l'interdiction des ventes subordonnées confirmée ; D. Actualité 2 juin 2009

PIMONT S.

- Rétractation dans les ventes à distance et indemnisation pour l'usage d'un bien acquis ; RDC, 1 janvier 2010, n°1 p. 113

POISSONNIER G.

- La CJCE donne au juge national le pouvoir d'appliquer d'office le droit communautaire de la consommation ; REDC, 1 janvier 2007, n°1 p. 131
- Protection des consommateurs ; Gaz. Pal. 10 janvier 2009, n°10 p. 22
- Sanction du défaut de bordereau de rétractation ; Gaz. Pal. 8 avril 2010, n°98 p.12
- Nécessité d'une information spécifique du consommateur en cas de vente d'un ordinateur avec un logiciel intégré ; Gaz Pal. 18 août 2011, n°230 p.14

PONTHOREAU M-C

- Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? ; RIDC, n°2 avril-juin 2015

POSITION DES BARREAUX FRANCAIS

- Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises ; RDC 1 juillet 2011, n°3 p. 1079

PRIGENT S.

- Assurance-vie : sanction du défaut d'information du souscripteur (Cass. Civ. 2°, 7 mars 2006) ; LPA 16 juin 2006, n°120 p.10

RAJNERI KARAGEORGEVITCH E.

- La notion de défectuosité du produit dans les jurisprudences des pays européens ; RIDC n°1 janvier-mars 2015

RAYMOND G.

- Pratiques commerciales déloyales, caractéristiques principales... : toujours les ordinateurs ; Rev. CCC Janvier 2012
- Domaine d'application du droit de la consommation ; Fasc. 902, 1 août 2012, Juris classeur commercial
- Consommateur – Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 ; Rev. CCC, n°5, mai 2014, dossier 3

RAYNOUARD A.

- Vente ; Defrénois, 15 janvier 2004, n°1 p. 56

REFLEXIONS DE LA CGPME

- Réponse à la consultation publique sur le Livre Vert relatif à la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs ; 1 avril 2007, **site officiel de l'Union Européenne**

RICATTE J.

- Panorama des principales références communautaires ; Gaz Pal. 15 novembre 2005, n°319 p.17

RODRIGUEZ K.

- Protection du consommateur ; Cessation d'agissement illicite : la faveur accordée aux associations de consommateurs agissant en justice ; JCP ed. entreprise et affaires n°34, 26 août 2010

ROME F.

- Livre vert : livre ouvert ! ; D. 2007 p.641

RONDEY C.

- La SNCF n'est pas dispensée d'informer ses usagers ; D. 2002 p. 1276
- Association, bénévolat et démarchage : difficile d'échapper à la protection du consommateur ; D. Actualité 5 novembre 2006
- Démarchage : interdiction d'obtenir un engagement avant le terme du délai de rétractation ; D. 2008 p. 347

- Fraudes et falsifications : les gendarmes ont un droit de visite de 8h à 20h... ; Dalloz Actualité 10 mars 2008

SANCHEZ LORENZO S.

- Le droit européen et la création du droit ; LPA 5 juin 2007, n°112 p. 8

SAUPHANOR-BROUILLAUD N.

- Le juge national peut relever d'office la sanction de la violation d'une obligation d'information du consommateur ; L'essentiel du droit des contrats, 1 février 2010, n°2 p. 6
- Le droit de rétractation ne s'applique pas aux contrats de prestation d'hébergement conclus par voie électronique ; L'essentiel Droit des contrats, 1 février 2011, n°2 p.7
- La directive sur les droits des consommateurs enfin adoptée ! ; L'essentiel Droit des contrats, 3 octobre 2011 n°9 p. 1

SAUVE J-M

- Allocution d'ouverture ; RIDC n°2 avril-juin 2015

SAYA-SALVADOR I.

- Démarchage ; Gaz. Pal. 28 novembre 2000, n°333, p. 31

SHI J.

- La révision de la loi chinoise relative à la protection des intérêts du consommateur ; RIDC n°1 janvier-mars 2015

SINAY-CYTERMANN A.

- Protection ou surprotection du consommateur ? ; JCP G, n°48, 30 novembre 1994, doct. 3804

STUYCK J.

- Politique européenne de la consommation ; Fasc. 2000, JurisClasseur Europe traité 2 janvier 2013

TENENBAUM A.

- L'interprétation des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation visées par l'article 29 du Traité CE, applicables à un contrat de vente de marchandises par internet : un début de revirement ? ; RDC, 1 juillet 2009, n°3 p. 1217

TERRE F.

- A propos d'un droit européen des contrats – Libres propos par François TERRE ; JCP G n°46, 16 novembre 2005, act. 609

TROPER M.

- L'histoire du droit, le droit comparé et la théorie générale du droit ; RIDC n°2 avril-juin 2015

WESTER-OUISSE V.

- La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale ; JCP G, n°43, 27 octobre 1999, I 179

V. SITES INTERNET

<http://www.assemblee-nationale.fr/>

<http://www.conseil-etat.fr/>

<http://www.conso.net/>

<http://www.courdecassation.fr/>

<http://curia.europa.eu/>

<http://www.dictionnaire-juridique.com/>

<http://www.economie.gouv.fr/>

<http://www.gazettedupalais.com/>

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

<http://www.senat.fr/>

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes

A

Affichage : 79, 106, 184

Appellation d'origine : 111, 112, 114, 117

Associations de consommateurs : 286

B

Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) : 125, 240, 276

C

Clause abusive : 19, 32, 110, 111, 159, 176, 184, 190, 196, 197, 200, 201, 206, 222, 281,

Consommateur : 30 et suivants (définition)

Contrat de consommation : 28, 40, 57, 114, 157, 162, 163, 191

Contrat conclu à distance : 216, 224, 277, 286, 287, 291, 295, 309,

Contrat conclu hors établissement : 287, 292

Commerce électronique : 77, 98, 99, 101, 188, 189, 190, 191, 285, 287,

Crédit à la consommation : 84, 85, 86, 87, 90, 91, 93, 274, 277, 281, 282, 283, 287, 289, 315

D

Délai de réflexion : 226, 274, 283

Délai de rétractation : 184, 190, 216, 220, 221, 222, 223, 267, 277, 280, 283, 286, 287, 288, 294, 300, 317, 322,

Démarchage : 27, 34, 231, 233, 236, 238, 239, 243, 273, 277, 281, 282, 285, 299, 315, 316, 326

DGCCRF : 145, 146, 148, 149, 238, 304,

E

Entente : 146, 236

Etiquetage : 49, 79, 82, 103, 147, 184

Européanisation : 17, 76, 175, 183, 247, 252, 256, 260, 265, 277, 281, 282, 283, 290,

F

Foires (et salons) : 315, 316, 317

Forfait touristique : 290, 293

Frais d'envoi / de retour : 219, 308, 310

G

Garantie légale de conformité : 155, 244

I

Information précontractuelle : 313 et suivants

Information contractuelle : 197 et suivants

Intérêt des consommateurs : 70, 174, 280
Internet : 94, 95, 98, 99, 147, 156, 170,
175, 191, 192, 234, 276, 291

L

Label : 114, 115, 147, 166, 281
Langue française : 49, 81, 82
Litiges : 83, 101, 119, 122, 248, 334,
Livraison : 78, 95, 162, 197, 244, 281, 284,
303, 304, 310

N

Non-professionnel : 30, 32, 33, 34, 36, 84

O

Origine (V. appellation d'origine)

P

Pratiques commerciales déloyales : 136,
137, 174, 321
Primes (vente avec) : 305

Prix : 79, 96 et suivants, 121, 147 et
suivants, 162, 175, 197, 307 et suivants

Produits défectueux : 103, 153, 225, 226

Publicité : 58, 90, 91, 92, 99, 103, 119, 147,
166, 218, 236

R

Rétractation (droit de) : 214 et suivants,
275 et suivants

S

Salons (V. Foires)

T

Transport : 166, 167, 184, 225, 248, 293,

V

Vente à distance (V. Contrat conclu à
distance)

Vente à domicile (V. Contrat conclu hors
établissement et démarchage)

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS.....	2
LISTE DES SIGLES ET PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	4
SOMMAIRE	8
INTRODUCTION.....	9
PARTIE 1 : L'EUROPEANISATION DES SOURCES DU DROIT DE LA CONSOMMATION	31
TITRE 1 : L'envergure des projets à l'origine de la construction d'un droit européen de la consommation, une ambition revendiquée.....	36
Chapitre 1 : La volonté affichée en faveur de la construction d'un droit commun des contrats au niveau international.....	41
Section 1 : Le projet de construction international et européen d'un droit commun des contrats, une entreprise freinée par sa lourdeur	41
§1 : Le désir utopique d'une codification internationale	41
I/ Les modalités de la codification internationale	41
II/ Les enjeux de la codification internationale.....	43
§2 : L'unification du droit des contrats au niveau européen, un projet plus réaliste.....	45
I/ L'émergence d'un code européen des contrats, une étape supplémentaire en faveur de l'intégration européenne.....	46
A/ La reconnaissance effective d'une identité européenne commune	46
1. La conciliation des spécificités culturelles	46
2. Le dépassement des traditions juridiques	47
B/ L'assise du pouvoir communautaire.....	48
1. La légitimation de la démarche communautaire	48
2. La reconnaissance d'une compétence spécifique au législateur communautaire	48
II/ L'enclenchement du processus de codification, une procédure simplifiée	49
A/ La diversité des modes de rapprochement.....	49
1. La proposition de règles uniformes supplétives.....	49
2. La proposition de règles uniformes impératives.....	50
B/ La réalisation concrète d'un tel processus de codification au niveau interne.....	50
1. La promotion du droit interne français.....	51
2. Les obstacles rencontrés.....	51

Section 2 : Le projet de construction européenne d'un droit commun de la consommation, une action valorisée par son caractère intermédiaire	52
§1 : L'autonomisation engagée du droit de la consommation au niveau européen, un préalable nécessaire	55
I/ La protection du consommateur au sein de l'Union européenne, une compétence partagée.....	56
II/ La protection du consommateur au sein de l'Union Européenne, une politique transversale.....	57
§2 : L'autonomisation engagée du droit de la consommation au niveau européen, un processus à poursuivre.....	58
I/ Le projet d'harmonisation du droit communautaire de la consommation, à l'origine d'une nouvelle dynamique stratégique	60
A/ L'échec d'un projet trop ambitieux.....	61
B/ L'insuffisance du projet révisé	63
II/ La traduction du projet d'harmonisation du droit communautaire de la consommation, révélatrice d'une identité à construire	64
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	67
Chapitre 2 : Le choix opéré en faveur de la définition d'un droit européen de la consommation.....	69
Section 1 : Parvenir à un consensus, une entreprise freinée par la persistance d'intérêts antagonistes	70
§1 : La nécessaire corrélation entre développement du marché intérieur et protection des consommateurs	71
I/ La création d'un droit européen unique, une entreprise complexe.....	72
A/ L'existence d'intérêts antagonistes du point de vue juridique.....	72
B/ La réalité d'intérêts divergents du point de vue économique.....	76
II/ La création d'un droit européen unique, une entreprise nécessaire	78
A/ La création d'un droit unique de la consommation, première étape	79
B/ L'extension à un droit unique des contrats, seconde étape	80
§2 : La prise en compte de la justice sociale, un impératif à géométrie variable	81
I/ Le nivellement des législations, étude comparée	82
A/ Les autorités de régulation au service du consommateur	82
B/ La multiplicité des moyens au bénéfice du consommateur	84
II/ Le résultat de l'harmonisation, étude prospective.....	86
Section 2 : Parvenir à un consensus, une entreprise favorisée par le changement de logique	88

§1 : Le rejet d'une approche consumériste réductrice, à travers le prisme du consommateur incapable	89
I/ La réévaluation du besoin de protection	89
II/ La recherche d'un rééquilibrage de la situation contractuelle unissant le consommateur au professionnel	91
§2 : La recherche d'une approche consumériste novatrice à travers la nouvelle définition du consommateur	93
I/ La nécessité de construire un cadre général flexible.....	93
II/ La faveur accordée à l'existence de plusieurs catégories de consommateurs	95
A/ Le consommateur moyen, cadre commun	95
B/ Le consommateur averti, cadre spécifique.....	97
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	99
CONCLUSION DU TITRE 1.....	100
TITRE 2 : La réalisation modérée des projets à l'origine de la construction d'un droit européen de la consommation, une réalité expliquée	101
Chapitre 1 : La concrétisation du projet d'européanisation du droit de la consommation à travers l'adoption d'une directive cadre.....	105
Section 1 : La réduction du champ d'application des domaines concernés, un choix salvateur	105
§1 : La production d'un instrument horizontal global et unique, un projet ambitieux	106
I/ La difficile recherche d'un consensus autour de huit textes	106
A/ L'approche sectorielle favorisée par la diversité des domaines concernés	107
B/ L'approche globale compliquée par la diversité des positions adoptées	109
II/ La réflexion facilitée autour de quatre textes.....	110
A/ La promotion du projet assurée par sa cohérence	111
B/ L'acceptation du projet possible par son applicabilité	112
§2 : La production d'une directive cadre réduite, un projet réaliste.....	114
I/ La réglementation de deux domaines stratégiques par la directive cadre, un compromis acceptable	115
II/ La réglementation de deux domaines stratégiques par la directive cadre, un compromis accepté.....	117
Section 2 : Le caractère contraignant des nouvelles règles, contrepartie inéluctable	119
§1 : Le choix de l'harmonisation totale, un choix assumé	119

I/ La notion d'harmonisation totale	120	
A/ L'harmonisation du droit, possible à travers plusieurs techniques.....	120	
B/ L'harmonisation totale du droit, la technique la plus coercitive	123	
II/ Les enjeux de l'harmonisation totale	125	
A/ L'importance des enjeux juridiques	125	
B/ La réalité des enjeux économiques et politiques	128	
§2 : Le choix de l'harmonisation totale, un choix justifié	130	
I/ L'absence d'incohérence vis-à-vis de la nature du droit communautaire	130	
II/ La légitimation de la démarche au regard du contexte global	133	
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	136	
Chapitre 2 : La consolidation du projet d'eupéanisation du droit de la	consommation à travers la création d'un Code européen de la consommation.....	138
Section 1 : La compatibilité de la théorie juridique du contrat dans le mouvement	d'eupéanisation du droit des contrats.....	139
§1 : L'amélioration de la théorie juridique du contrat par les principes de droit	européen	139
I/ Les principes pour un droit européen des contrats ou le projet de la	Chancellerie	139
A/ Le processus d'eupéanisation du droit des contrats.....	140	
B/ Le projet de la Chancellerie.....	140	
II/ La réforme de la théorie générale du contrat à travers l'eupéanisation du	droit des contrats.....	142
A/ La réaffirmation du principe de liberté contractuelle ou le maintien du	fondement de la doctrine de l'autonomie de la volonté	142
B/ Des principes généraux, facilement assimilables par la théorie générale du	contrat	144
1. La loyauté contractuelle.....	144	
2. Le principe de sécurité juridique	145	
§2 : Le maintien de l'attractivité économique du droit français des contrats .	145	
I/ L'appréciation de l'attractivité économique du droit français des contrats	146
II/ Le système juridique français à l'image de l'homogénéité socio-économique	147
Section 2 : La concordance d'un Code européen de la consommation avec le	mouvement d'eupéanisation du droit des contrats.....	148
§1 : L'élaboration d'un Code civil européen, un projet prématuré	149	
I/ L'élaboration d'un droit européen des contrats, un projet en lente	progression.....	150

II/ L'élaboration d'un droit européen des contrats, un projet résistant	151
§2 : L'étude d'un Code européen de la consommation, un projet à développer	153
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	156
CONCLUSION DU TITRE 2.....	157
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	159
PARTIE 2 : L'EUROPEANISATION DES DROITS DU CONSOMMATEUR	161
TITRE 1 : L'européanisation de l'obligation d'information.....	163
Chapitre 1 : L'identification de l'obligation d'information.....	167
Section 1 : Les expressions de l'obligation d'information	167
§1 : L'information visant à protéger l'intérêt individuel du consommateur ...	169
I/ L'obligation générale d'information	170
A/ L'émergence de l'obligation d'information	171
B/ La nature juridique de l'obligation d'information.....	172
II/ Les obligations spécifiques d'informations	174
A/ Les domaines concernés.....	175
1. Les informations spécifiques relatives à la connaissance réelle de l'acte de consommation	175
a) L'exigence d'un contrat écrit.....	175
b) L'exigence de mentions obligatoires	176
c) L'information portant sur les caractéristiques des biens et des services	177
2. Les informations spécifiques relatives à la maîtrise réelle de l'acte ..	177
a) L'exigence de l'emploi de la langue française.....	178
b) L'exigence de clarté et d'intelligibilité des dispositions contractuelles	179
B/ Les contrats concernés	179
1. Le crédit à la consommation.....	180
a) Evolution de la législation communautaire à propos du crédit à la consommation.....	180
b) Les nouvelles dispositions informatives en matière de crédit à la consommation.....	181
2. Le démarchage et la vente à distance.....	184
3. Les autres contrats de la vie courante	186
a) La protection du consommateur en ligne	186
b) Le secteur de la santé	188
§2 : L'information visant à protéger l'intérêt collectif des consommateurs	190

I/ Les modes de valorisation	190
A/ La définition des modes de valorisation	190
1. Les différents signes de valorisation des produits	191
a) Les appellations d'origine	192
b) Les autres signes d'identification de l'origine et de la qualité du produit.....	193
2. Les acteurs garantissant une valorisation objective	194
B/ L'utilité informative de la valorisation	195
II/ L'information délivrée par les institutions de défense de consommateurs et les médias	196
A/ L'objectif de mise en garde poursuivi par les associations de consommateurs	197
B/ L'objectif comparatif poursuivi par les médias et la presse écrite	198
Section 2 : Les contours de l'obligation d'information.....	200
§1 : L'obligation d'information en droit interne	200
I/ L'identification du débiteur de l'obligation d'information	201
A/ L'information due par le professionnel cocontractant	201
1. La transmission d'éléments objectifs.....	202
2. La prise en compte d'éléments subjectifs	202
B/ L'information due par le fabricant, tiers au contrat.....	204
II/ La détermination du contenu de l'obligation d'information	205
A/ L'information au service de l'objet du contrat.....	206
1. La transmission de données intrinsèques à l'objet du contrat	206
2/ La délivrance de données substantielles à l'objet du contrat	208
B/ L'information au service du cocontractant.....	210
§2 : L'obligation d'information par le droit communautaire	214
I/ L'identification éparpillée des mentions informatives à transmettre.....	214
II/ L'identification regroupée des mentions informatives à transmettre.....	215
A/ L'information inhérente à tout acte de consommation.....	215
B/ L'information particulière à certaines modalités de consommation	217
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	219
Chapitre 2 : La vigueur de l'obligation d'information.....	221
Section 1 : Le constat d'une intensification de l'obligation d'information	221
§1 : La multiplication de l'information inhérente aux nouvelles formes de consommation, source de confusion.....	221

I/ Le renforcement de l'information portant sur l'objet de l'acte de consommation.....	222
A/ L'information renforcée pour certains produits de consommation	222
1. Le renforcement de l'information en cas de vente d'un ordinateur avec logiciel intégré	222
2. Le renforcement de l'information en matière médicale.....	225
B/ L'information renforcée pour certains services de consommation.....	227
1. L'alourdissement du contenu informationnel des professionnels du transport.....	228
2. L'originalité de l'intensité de l'obligation informative imposée à l'agent immobilier	229
II/ Le renforcement de l'information inhérent à certaines modalités de consommation.....	231
A/ Le constat d'une large profusion de l'information en matière de commerce électronique	231
B/ Les effets pervers de l'administration d'une information inflationniste	234
§2 : La restructuration de l'obligation d'information, source de clarification	235
Section 2 : L'exigence d'une adaptabilité de l'obligation d'information	237
§1 : La réception d'une information susceptible d'être assimilée par son destinataire	237
§2 : L'encadrement de l'information diffusée au niveau européen	238
CONCLUSION CHAPITRE 2.....	240
CONCLUSION DU TITRE 1.....	241
TITRE 2 : L'eupéanisation du droit de rétractation	243
Chapitre 1 : L'applicabilité du droit de rétractation	247
Section 1 : L'efficacité d'un délai de réflexion, gage de protection du consommateur	247
§1 : La réflexion conditionnée par l'octroi d'une prérogative de rétractation	248
I/ L'identification des contours du droit de rétractation	248
A/ La garantie d'une protection minimale par la reconnaissance d'un droit de rétractation objectif.....	249
1. Définition légale du droit de rétractation	249
2. Définition jurisprudentielle du droit de rétractation	252
B/ La réalité d'une protection suffisante par l'effectivité d'une rétractation matérielle.....	253
II/ L'identification des contrats soumis au droit de rétractation	255

A/ La rétractation en matière de contrats d'assurances, une rencontre incertaine entre droit des assurances et droit de la consommation	255
1. La vente à distance et le démarchage à domicile, domaines de prédilection pour l'applicabilité du droit de rétractation	256
a) Définition et critères de la vente à distance	256
b) Définition et critères du démarchage à domicile	257
2. L'applicabilité aux contrats d'assurances des règles du Code de la consommation relatives au démarchage à domicile, une mesure controversée	258
B/ La rétractation en matière de contrats financiers, une rencontre à consolider entre droit financier et droit de la consommation	259
§2 : La réflexion assurée malgré le refus d'un droit de rétractation	261
I/ La réflexion assurée par l'effectivité d'un repentir sanctionnant l'inexécution du professionnel	262
II/ La réflexion minimisée par la restriction du repentir en cas de location de meubles, l'exemple du contrat de location de véhicules automobiles sans chauffeur	263
Section 2 : La fonctionnalité du droit de rétractation, garante de la protection du consentement du consommateur	265
§1 : Le droit de rétractation, outil efficace contre la précipitation du consommateur	265
I/ Une faculté d'ordre public, caractère contraignant pour le professionnel	266
II/ Une faculté discrétionnaire, caractère confortable pour le consommateur	267
§2 : Le droit de rétractation, dispositif opérant pour la préservation du consentement du consommateur	269
I/ La nature fonctionnelle du droit de rétractation, une singularité conforme au droit commun	270
A/ La consécration d'une présomption de vice du consentement	270
B/ La reconnaissance d'une annulation particulière	272
II/ Les effets de la nature fonctionnelle du droit de rétractation, une analyse conforme au droit commun	274
A/ L'absence d'atteinte au principe de la formation instantanée du contrat	275
B/ L'absence d'atteinte au principe de la force obligatoire du contrat	276
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	279
Chapitre 2 : L'application du droit de rétractation	281
Section 1 : Une application extensive du droit de rétractation, aubaine pour la réflexion du consommateur	282

§1 : L'extension du champ d'application de la rétractation, une mesure encouragée.....	282
I/ Les nouvelles caractéristiques du droit de rétractation.....	283
A/ La durée augmentée et harmonisée du délai de rétractation, facteur de lisibilité pour le consommateur	283
1. La situation avant la loi du 17 mars 2014.....	283
2. La situation après la loi du 17 mars 2014.....	285
B/ Le panel élargi des contrats faisant l'objet d'une rétractation, facteur de confiance pour le consommateur	287
1. Le développement des contrats de crédits transfrontaliers favorisé .	288
2. Le développement et la promotion des ventes en ligne	290
II/ Les effets consolidés du droit de rétractation.....	293
A/ La conséquence directe, l'absence d'engagement du consommateur...	293
1. L'absence d'engagement moral.....	294
2. L'absence d'engagement financier.....	295
B/ La conséquence indirecte, la prévention de la défaillance des professionnels.....	297
1. La compétitivité des professionnels à l'épreuve.....	298
2. Les méthodes commerciales incitatives davantage maîtrisées	299
§2 : Les modalités d'exécution du droit de rétractation, une procédure simplifiée	300
I/ La mise en œuvre du droit de rétractation, un formalisme réduit	300
A/ La restitution du bien livré, devoir du consommateur	301
B/ Le remboursement du produit ou de la prestation refusé, obligation du professionnel	303
II/ La mise en œuvre du droit de rétractation, des modalités transparentes	306
A/ L'exercice général de la rétractation, une action protocolaire	306
B/ L'exercice particulier de la rétraction, une action maintenue	307
Section 2 : Une application encadrée du droit de rétractation, gage d'une valorisation de la réflexion du consommateur.....	309
§1 : La responsabilisation possible du consommateur à travers le bénéfice de la rétractation.....	309
§2 : L'exercice favorisé d'une concurrence loyale à travers le bénéfice de la rétractation.....	310
CONCLUSION CHAPITRE 2.....	311
CONCLUSION DU TITRE 2.....	312
CONCLUSION PARTIE 2.....	314

CONCLUSION GENERALE	316
BIBLIOGRAPHIE	318
INDEX ALPHABETIQUE.....	349
TABLE DES MATIERES	351

TITRE ET RESUME. *Essai sur l'europeanisation du droit de la Consommation.*

L'actualité du droit de la consommation est aujourd'hui intrinsèquement marquée par le droit européen. Qu'il s'agisse du droit européen des contrats en général ou du droit européen de la consommation en particulier, la matière est au cœur d'une tension opposant les institutions communautaires qui, animées par la volonté de construire un Code civil européen couvrant le droit des contrats, de la responsabilité délictuelle, quasi-délictuelle et même la gestion d'affaires, sont confrontées aux craintes et réticences locales attachées à leurs spécificités.

Le débat juridique analyse et évalue les impacts structurels et conjoncturels résultant de cette europeanisation du droit de la consommation. Que celle-ci soit souhaitée ou subie, la réalité de l'évolution du contexte socio-économique ne permet plus aujourd'hui de faire l'économie d'une approche globale et de portée européenne, ne serait-ce qu'au regard de la nécessité de promouvoir et développer le marché intérieur. Le droit de la consommation représente la matière au carrefour d'intérêts divergents qu'il convient de concilier, d'où les propositions d'homogénéisation du droit au niveau européen, portant la promesse d'un droit homogène dont la lisibilité et l'accessibilité seraient le gage d'une protection efficiente du consommateur, acteur clé dans ce vaste processus.

TITLE AND SUMMARY. *Essay on the Europeanization of the consumer law*

Consumer protection law is inherently impacted by EU law. European contract law in general, and European consumer protection law specifically, are at the heart of tensions between EU institutions. Driven by a desire to create a European Civil Code covering contract law, tort and negligence law, and negotiorum gestio, EU institutions are confronted with fear and hesitation at the local level regarding their specific characteristics.

The legal debate analyses and assesses the short-term and structural impacts resulting from the 'Europeanisation' of consumer protection law. Like it or not, socio-economic conditions are changing and we can no longer disregard a global and European approach, if only to promote and expand the internal European market. Consumer protection law is an area where opposing interests collide, and these should be reconciled. That's why there have been proposals to standardise law at the European level – to create a homogeneous group of laws that are clear and accessible and that would guarantee efficient protection for consumers, who are key to this whole process.

MOTS CLES : Consommateur ; Droit européen ; Harmonisation ; Directive-cadre ; Information ; Rétractation ; Réflexion
