



Livre vert sur la révision de l'acquis en matière de protection des consommateurs

La réponse de MEDEL Magistrats européens pour la démocratie et les libertés

MEDEL et la consultation sur la révision

de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs.

MEDEL – Magistrats européens pour la démocratie et les libertés est une association qui réunit quinze associations de magistrats, actives dans dix pays membres de l'Union. Parmi ses objectifs statutaires, figure le respect des droits des minorités et à la différence, notamment les droits des immigrés et des publics fragiles, en vue de leur émancipation. D'où son intérêt pour un chantier socialement si important, tel que la révision du droit des consommateurs de l'Union européenne, auquel MEDEL entend apporter sa contribution. Il convient de souligner qu'en tant qu'association de promotion de la culture juridique démocratique en Europe, MEDEL attache une attention particulière aux dispositifs de protection susceptibles de contribuer à la réalisation de l'un des objectifs constitutifs de l'Union européenne, à savoir la mise en place d'un espace de justice européen qui rende réel le contenu de la citoyenneté européenne. En matière de droit des consommateurs, ces dispositifs de protection ont une importance et une efficacité particulières dans la mesure où ils sont censés assurer la compatibilité et l'intégration de plus en plus grandes des systèmes juridictionnels nationaux. En outre, le droit des consommateurs permet de réaliser d'importants objectifs de protection des ressortissants européens en ce qui concerne l'accès au marché des biens et des services. MEDEL se veut particulièrement sensible et attentif à l'affirmation d'un droit civil européen, qui corresponde aux valeurs constitutionnelles propres à chacune des différentes traditions nationales, ainsi qu'au modèle démocratique et social sous-jacent aux traités instituant l'Union. Celui-ci peut en effet constituer une étape essentielle dans la construction d'un niveau supranational de la démocratie européenne. La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, et peut être encore plus la construction d'un droit européen des contrats, que poursuit depuis longtemps la Commission, sont d'importantes occasions, qu'il ne faut pas laisser passer, et qui ne sauraient être abordées dans une logique de pure et simple rationalisation du marché. Au contraire, elles doivent constituer la base de l'affirmation de la citoyenneté européenne. Il faut les aborder dans l'objectif d'améliorer les conditions de vie et de bien être des citoyens. Seul le respect de ces conditions permet au processus

de construction européenne de continuer et de surmonter la phase de difficulté qu'il connaît actuellement.

Dans le but de défendre ce point de vue, MEDEL, via ses associations membres, a organisé, tout de suite après la publication du Livre vert, le 8 février 2007, des rencontres pour discuter le contenu du document de la Commission et élaborer une réponse aux trente questions qu'il comporte. A signaler, notamment, le colloque tenu à Rome le 17 février 2007, ayant pour titre « Un droit civil pour l'Europe », et le séminaire de discussion tenu à Florence, le 31 mars 2007, organisés en collaboration avec l'Université de Rome III et l'Université de Florence, qui ont vu la participation de représentants de la Commission et des groupes de travail qui soutiennent la Commission dans son travail sur le droit des contrats, et notamment sur le droit des consommateurs. Ont également assisté à ces rencontres un nombre important d'universitaires, de représentants des associations des consommateurs, des entreprises, des professions juridiques. Une méthode de travail a été arrêtée, consistant à : a) rédiger un document de discussion avec un schéma de réponse aux questions ; b) diffuser le document sur les mailing list de MEDEL, afin de rassembler les propositions visant à le modifier et à le compléter ; c) inviter ceux qui ont participé aux rencontres susmentionnées à faire parvenir leurs commentaires et leurs contributions, qui figureront en annexe du document qui sera envoyé à la Commission.

La rédaction de ce document est le résultat de la consultation. Il comprend les réponses au questionnaire du Livre vert et explique les raisons de chaque choix. Dans un seul cas (la question A3 sur le degré d'harmonisation), nous nous sommes trouvés dans l'impossibilité de choisir une des options envisagées. Dans le commentaire ci-dessous nous expliquerons en détail les raisons.

La consultation servira sans aucun doute à fournir à la Commission un retour important, dans la mesure où elle lui permettra d'élaborer une orientation plus définie. Ce serait toutefois une occasion manquée de ne pas approfondir le débat dans les mois qui suivront la lecture des réponses, avant de passer à la proposition d'un véritable texte normatif. MEDEL entend apporter sa contribution à ce débat en organisant un nouveau colloque international à la mi-septembre, en vue de promouvoir un débat public sur ces réponses, avec la participation – c'est notre souhait – des représentants des institutions européennes.

Vous trouverez ci-dessous les réponses que nous avons données à la consultation, suivies d'un commentaire expliquant les raisons des options choisies ainsi que le point de vue de MEDEL sur les points en discussion.

RÉPONSES AU LIVRE VERT

A1 OPTION 2 (approche mixte dans la technique législative).

A2 OPTION 1 (champ d'application universel d'un éventuel instrument horizontal).

A3 AUCUNE DES OPTIONS ENVISAGÉES N'EST ACCEPTABLE (sur le degré d'harmonisation)

B1 OPTION 2 (extension de la notion de consommateur).

B2 OPTION 2 (la notion de contrats de consommation inclurait les cas où l'une des parties agit par l'entremise d'un intermédiaire professionnel).

C1 OPTION 1 (les professionnels sont tenus d'agir de bonne foi).

D1 OPTION 1 (le champ d'application de la directive concernant les clauses abusives serait étendu aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle).

D2 OPTION 4 (les clauses abusives seront divisées en deux catégories : liste noire – clauses interdites ; liste grise – une présomption réfragable de caractère abusif s'appliquerait à ces clauses).

D3 OPTION 1 ou, éventuellement, OPTION 2 (extension ou non extension de l'appréciation du caractère abusif à l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix).

E1 OPTION 2 (les mesures correctives varient en fonction du type d'obligation en matière d'information non respectée)

F1 OPTION 1 (un délai de réflexion unique s'appliquerait à l'ensemble de l'acquis en matière de protection des consommateurs).

F2 OPTION 2 (une procédure uniforme serait établie aux fins de la notification de rétractation pour l'ensemble de l'acquis en matière de protection des consommateurs).

F3 OPTION 1 (les consommateurs ne devraient supporter aucun coût lors de l'exercice de leur droit de résiliation).

G1 OPTION 2 (les recours contractuels généraux seraient réglementés au niveau communautaire).

G2 OPTION 4 (un droit général à indemnisation serait introduit pour les consommateurs aussi en ce qui concerne les dommages purement économiques (matériels) que les préjudices moraux).

H1 OPTION 4 (le champ d'application des règles relatives à la vente des biens de consommation serait étendu à d'autres types des biens ou des services de contenu numérique).

H2 OPTION 1 (les règles relatives à la vente aux consommateurs s'appliqueront à la vente de biens d'occasion aux enchères publiques).

I1 OPTION 3 (livraison signifierait, par défaut, que le consommateur prend physiquement possession des biens, mais que les parties contractantes peuvent en convenir autrement).

I2 OPTION 1 (le transfert du risque serait réglementé au niveau communautaire).

J1 OPTION 2 (la durée de la garantie légale est prolongée de la durée de la période pendant laquelle le consommateur n'a pas été en mesure d'utiliser les biens pour cause de réparations).

J2 OPTION 2 (la durée de la garantie serait prolongée d'une durée à préciser à compter de la date de réparation afin de couvrir la réapparition du même défaut).

J3 OPTION 2 (un instrument horizontal contiendrait des règles applicables aux biens d'occasion : le vendeur et le consommateur auraient la possibilité de convenir d'une durée de garantie légale plus courte (mais pas de moins d'un an).

J4 OPTION 2 (il incomberait au professionnel de prouver que le défaut n'existait pas au moment de la livraison pendant toute la durée de la garantie légale).

K1 OPTION 2 (suppression de la graduation des recours contractuels : les consommateurs auraient la possibilité de demander dès le début, sous certaines conditions particulières, la rupture du contrat, au lieu de la réparation, du remplacement, ou d'une réduction du prix).

K2 OPTION 3 (l'obligation pour le consommateur de notification dans un délai donné serait supprimée).

L OPTION 2 (introduction d'une responsabilité directe des producteurs pour non conformité).

M1 OPTION 2 (des règles par défaut relatives aux garanties commerciales seraient introduites).

M2 OPTION 2 (la garantie serait automatiquement transférée aux acheteurs ultérieurs).

M3 OPTION 3 (obligation d'information si la garantie commerciale est limitée à certains éléments spécifiques et, par défaut, une garantie couvre l'intégralité des biens faisant l'objet du contrat).

N (Services libéralisés, Biens Communs, Aspects judiciaires, MARC, *Class actions*).

COMMENTAIRES AUX RÉPONSES

1. Raisons et objectifs de la révision de l'acquis

La Commission lance une large consultation sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs dans l'idée que la révision est nécessaire pour toute une série de raisons qui, à notre avis, constituent l'objet premier, et sans doute le plus important, de la consultation.

On ne saurait ne pas être d'accord avec la Commission lorsqu'elle estime nécessaire :

- 1) l'harmonisation des règles adoptées jusqu'aujourd'hui au niveau communautaire. Un choix qui comporte, ne serait-ce qu'en partie, l'option pour une approche horizontale en vue d'éliminer les contradictions et les lacunes dans l'acquis communautaire existant ;
- 2) l'adaptation de l'acquis aux nouvelles technologies, notamment aux négociations en ligne ;
- 3) l'objectif de mettre en cohérence le système dans son ensemble, en éliminant les contradictions et les conflits entre les normes, également au niveau des droits nationaux ;
- 4) la mise en œuvre des choix de politique législative qui n'étaient pas mûrs à l'époque de l'adoption des différentes directives – ou tout au moins qu'ils soient placés au cœur du débat. Il s'agit de la clause générale de bonne foi et de loyauté, de l'introduction d'une responsabilité directe des producteurs du fait des produits défectueux, de l'exercice d'une action en responsabilité, des choix plus courageux en matière de contrôle sur les clauses abusives, d'une réglementation communautaire plus efficace et contraignante en matière de rétractation ;
- 5) la mise en place d'un système européen qui permette aux consommateurs d'une part de effectuer leurs achats en ligne en toute confiance, également auprès d'entreprises et agents économiques basés dans d'autres pays de l'Union et, d'autre part, aux petites entreprises d'exploiter le potentiel des négociations à distance, sans pour autant devoir faire face à des coûts de transaction élevés, notamment ceux liés à la différence de législation entre les pays.

Il est facile de prévoir, lors de la consultation, qu'un large consensus sera réuni sur l'ensemble de ces raisons et objectifs. Autre chose est le moyen le plus adapté pour les mettre en œuvre. |

2. Techniques législatives et degré d'harmonisation (question A3). Pour une approche pragmatique qui ne diminue pas le niveau de protection des consommateurs et associe les parlements nationaux au processus législatif.

En lisant le Livre vert, on a le sentiment que la Commission est déjà convaincue d'emprunter la voie de la pleine harmonisation dans la mesure où elle la considère comme le seul instrument propre à résoudre les problèmes qui se posent, notamment ceux exposés aux points n^{os} 3) et 5) du paragraphe précédent. Nous ne partageons pas cette approche. Il eût été plus opportun de présenter le choix comme quelque chose de non définitif, pour ensuite mesurer le consensus plus ou moins large autour du maintien d'une harmonisation minimale. On aurait pu imaginer des mesures d'accompagnement du régime d'harmonisation minimale pour permettre de sortir des difficultés actuelles abordées dans le Livre vert, notamment le recours insatisfaisant à l'outil informatique pour effectuer des transactions dans un espace européen ouvert, ce qui est synthétisé dans le Livre vert par le slogan « où que vous soyez dans l'Union, vos droits de consommateurs seront les mêmes ». La Commission, dans la question A3, propose d'associer le régime d'harmonisation minimale avec le principe de la reconnaissance mutuelle et / ou du pays d'origine. Elle se montre toutefois clairement sceptique sur cette solution dans son commentaire à la question. Et d'ailleurs on peut facilement prévoir qu'un tel choix n'est pas de nature à sauvegarder les intérêts des consommateurs. L'expérience de la directive Bolkenstein montre à quel point ce type de choix est impopulaire au niveau social. Les options envisagées sur la question cruciale du degré d'harmonisation ne permettent pas de confronter des options qui constituent une alternative réelle, mais vont plutôt vers la ratification du passage à un régime de pleine harmonisation. Un tel passage présenterait sans aucun doute des risques d'abaissement du seuil de protection des consommateurs dans un marché qui compte désormais 27 pays, très différents entre eux. En outre, le choix de la pleine harmonisation n'est que l'unification par le haut des systèmes juridiques nationaux. Elle est en outre

susceptible d'entrer potentiellement en conflit avec le principe de subsidiarité et de frustrer les besoins de régulation différenciés propres aux différents pays, qui s'expriment non seulement au niveau législatif, mais également à celui de l'autonomie collective et des modes alternatifs de règlement des conflits.

Ceci ne signifie pas que le régime d'harmonisation minimale soit un choix obligé. Il s'agit plutôt d'adopter une approche souple selon laquelle, en fonction des besoins spécifiques, l'on vérifie si la diversité constitue une valeur ajoutée ou bien un effet de pure et simple dispersion résultant de la technique législative par directives. L'expérience d'un acquis consolidé, ainsi que l'étude (*EC Consumer Law Compendium Comparative Analysis*) réalisée par les institutions communautaires sur les législations nationales, permet d'aborder de la meilleure manière cette approche. L'objectif étant de parvenir à un *corpus* cohérent et uniforme de normes qui sauvegarde le principe « constitutionnel » (article 38 de la Charte de Nice) d'un « niveau élevé de protection des consommateurs » tout en laissant une place suffisante aux besoins de régulation nationaux et locaux.

Pour assurer la réussite de l'opération de révision de l'acquis, il conviendrait d'explorer des formes d'interaction plus étroite entre les phases ascendante et descendante du processus législatif. Il s'agit par ailleurs d'un terrain privilégié, susceptible de permettre au législateur européen de rédiger, en même temps que les Parlements nationaux, un code européen de la consommation, articulé sur différents niveaux de production normative, qui soit *corpus iuris* homogène et compatible. Dans cette perspective, les questions centrales de la compatibilité linguistique et dogmatique des définitions, concepts et principes pourraient également être abordées.

3. Champ d'application, approche horizontale et instrument horizontal (questions A1 et A2).

Elaborer un instrument optionnel pour les négociations en ligne.

Les options relatives au champ d'application mettent en évidence la disponibilité de la Commission à évaluer la possibilité qu'un écart important puisse subsister entre la réglementation applicable aux négociations à distance et / ou transfrontalière et nationales.

Nous ne sommes pas favorables à cette possibilité. Il faut en outre lever toute équivoque ou confusion qui superpose la question du champ d'application à celle de la technique législative horizontale ou verticale qui soit.

L'acquis existant a déjà en grande partie un caractère horizontal. Nous l'avons dit au paragraphe ci-dessus, ce caractère doit être confirmé et rendu plus cohérent. Ce qui ne signifie pas que les lois verticales ne puissent pas continuer d'exister, comme d'ailleurs dans les législations nationales coexistent des lois générales et spéciales.

L'option de différencier la réglementation en fonction de la nationalité de la transaction est en opposition avec le but même du droit communautaire, qui consiste à créer un marché européen unique, en plus d'un espace de justice commun. Le besoin existe toutefois de tenir compte des spécificités des négociations en ligne et d'en permettre la diffusion. Sans pour autant contredire le choix du champ universel d'application de la réglementation horizontale, une loi européenne sur la vente et la fourniture de biens et de services en ligne, qui ait un caractère optionnel pour les parties au contrat (selon le schéma de l'*opt-in*, avec la possibilité éventuelle à l'avenir de passer à un schéma de « *opt-out* ») pourrait satisfaire ce besoin. Il s'agirait d'un instrument qui permettrait de résoudre – mieux que le choix pour le régime généralisé de la pleine harmonisation – les problèmes liés à la confiance des consommateurs et à la réduction des coûts des transactions pour les entreprises, qui sont à la base de la révision de l'acquis. Cette loi optionnelle (à ne pas confondre donc avec la réglementation horizontale qui concernerait l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs dans son ensemble) permettrait aussi de régler la question de la loi applicable d'une manière cohérente avec les solutions envisagées pour la transformation de la Convention de Rome de 1980 en un règlement communautaire. Cette solution permettrait, enfin, de trouver un point d'équilibre – difficile – entre le maintien d'un niveau élevé de protection des consommateurs et la réduction des coûts de transaction pour les petites et moyennes entreprises, qui, en adoptant le « régime européen », éviteraient d'être confrontées aux législations différentes en vigueur dans chacun des pays de l'Union.

4. La Définition de consommateur (question B1). Pour une définition in concreto du consommateur.

Si, en ce qui concerne la structure et le contenu de l'instrument horizontal, une véritable partie générale – destinée à régler les questions communes à la totalité ou au plus grand nombre de directives – apparaît inévitable, il est évident que la question des questions est celle des définitions. Celles de « consommateur » et de « professionnel » tout d'abord, sachant que des définitions « générales » d'autres notions, telles que « livraison », « rétractation », « résiliation », etc. pourraient également s'avérer utiles.

Or, il est évident que le choix de donner des définitions n'a pas seulement une portée juridique. Il a tout d'abord et avant tout une importance politique majeure en termes de protection des parties considérées comme « faibles », qui méritent donc l'attention réservée au consommateur.

Le droit communautaire des contrats – notamment des contrats conclus par les consommateurs – devrait avoir pour objectif de poursuivre l'équité substantielle, et non seulement formelle, dans les relations économiques. S'il s'agit de renouveler le droit des contrats, il faut prendre en considération la position subjective des parties et les intérêts que chacune d'entre elles poursuit concrètement, ayant comme point de départ le constat qu'il existe une asymétrie économique, contractuelle et d'information entre celui qui agit en tant que consommateur et celui qui agit en tant que professionnel. Le premier est la partie faible, non seulement puisqu'il est faible économiquement et contractuellement (dans ce dernier sens puisqu'il est dans l'impossibilité d'imposer sa position lors de négociations individuelles), mais surtout puisqu'il est faible du point de vue de l'information. Dans le fond, il est désinformé.

Les définitions de consommateur dans les différents textes communautaires se différencient à l'heure actuelle non seulement en raison de leur noyau essentiel, mais également pour des aspects secondaires, liés au contexte dans lequel la définition s'applique. Le noyau central reste la définition contenue dans la directive sur les clauses abusives, bien que sa genèse soit plus

ancienne. Elle remonte à la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, selon laquelle un consommateur est « toute personne physique qui, en dehors du cadre de sa profession, passe un contrat avec un fournisseur ».

En outre, à l'échelon communautaire il convient de tenir compte de la position absolument intransigeante de la Cour de Justice qui a jugé que la qualité de consommateur n'est pas un statut, mais qu'elle dépend de la position subjective de cette personne dans un contrat déterminé. Ce faisant, la Cour a limité l'application du régime de protection aux seules personnes physiques, et a conclu que ce régime ne s'applique pas aux contrats de biens et services conclus en vue de l'exercice d'une activité professionnelle non actuelle mais future (Arrêt Benincasa, 3 juillet 1997, affaire C-269/95). Quant à l'usage mixte, la jurisprudence la plus récente de la Cour semble imposer l'analyse des buts poursuivis par celui qui agit par rapport à la pertinence du contrat avec l'activité professionnelle qu'il exerce (en niant ainsi le critère de la compétence de dérivation française). Il convient de mentionner en outre l'arrêt de la Cour de Justice, qui n'a pas reconnu la protection au contractant non professionnel qui aurait conclu un contrat accessoire à un autre de nature « professionnelle » (droit de résiliation de la caution).

Il ne faut pas oublier toutefois que certains pays ont eu recours à la faculté, reconnue dans certaines directives, de mettre en place un régime de protection plus élevé et que les jurisprudences nationales ont suivi – bien que rarement – une orientation contraire à celle de la Cour de Justice.

Sur ce point, l'expérience italienne est emblématique, avec le débat entre doctrine et jurisprudence sur le champ d'application du régime de protection réservé au consommateur, en particulier sur la question des personnes morales à but non lucratif, des associations, des comités, des consortiums avec des activités externes et des copropriétés.

L'arrêt de la Cour de Justice du 22 novembre 2001, affaires C-541/99 et C-542/99, réaffirme que la notion de consommateur, dans la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, se réfère exclusivement aux personnes physiques.

Mais on ne saurait négliger le fait que les déséquilibres liés aux contrats d'adhésion peuvent faire des victimes parmi des sujets qui ne sont pas des personnes physiques.

Pour cette raison nous ne partageons pas le choix de la Commission, qui ressort du Livre vert, d'exclure toute réflexion sur une possible extension de la notion de consommateur à ces derniers sujets, en prenant pour acquis qu'il doit s'agir de personnes physiques.

Par ailleurs, le choix de ne pas identifier des situations assimilables à celle de consommateur type, en laissant à la voie réglementaire la détermination des critères et / ou des raisons d'une telle assimilation, apparaît encore peu compréhensible. L'on peut se référer au cas des petites entreprises et des artisans, soumis également à la Cour constitutionnelle italienne (ordonnance n° 469 du 22 novembre 2002), ou encore à l'affaire C-361/89 du 14 mars 1991 auprès de la Cour de Justice, concernant un commerçant démarché en vue d'un contrat de publicité relatif à la vente de son fonds de commerce.

On aurait pu encore identifier des cas d'espèce relatifs à l'activité économique et / ou entrepreneuriale auxquels il aurait été possible d'appliquer le régime de protection du consommateur.

Aucun de ces points n'a été abordé dans la question B1.

Dès lors, l'extension de la notion de consommateur qui serait souhaitable ne peut qu'amener à préférer la deuxième des options envisagées.

Cette option n'élargit pas la notion de consommateur (qui ne peut en aucun cas s'appliquer à celui qui agit strictement dans le cadre de son activité professionnelle) en y inscrivant celui qui agit dans le cadre d'activités accessoires, fonctionnelles, ou en tout état de cause liées à son activité principale. Si l'on avait choisi le critère de la compétence, de telles activités auraient été protégées chaque fois que l'entrepreneur aurait agi dans un domaine autre que celui de sa compétence, en cas d'asymétrie d'information manifeste. On pourrait songer à des cas, que l'on retrouve dans la jurisprudence, tels que le crédit bancaire pour recapitaliser une entreprise, le contrat d'entreprise pour des travaux de rénovation des locaux professionnels, d'un contrat ponctuel pour l'expédition et la livraison des biens fabriqués. Il convient de considérer que lorsque l'activité effectuée n'est pas une activité propre à la profession exercée, l'entrepreneur n'est pas pleinement conscient des effets économiques et juridiques du contrat. On prendra acte toutefois que le choix de la Commission est cohérent avec les définitions adoptées par les directives publiées jusqu'aujourd'hui.

Il convient de noter que dans d'autres directives visant à réglementer les rapports entre entreprises, il y aurait lieu d'introduire les critères de protection de l'entrepreneur, partie contractante « faible » (par ex. abus de dépendance économique, sous-traitance, iniquité grave, pour l'entreprise créancière, des accords concernant le prix de la prestation dans les transactions commerciales).

Il est plus difficile d'introduire des formes de protection lorsque l'on est confronté à des cas limites. Songez notamment à une personne physique qui, tout en n'étant pas entrepreneur à ce moment donné, conclut un contrat en vue d'une activité économique future.

L'option 2 de la question B1 répond à la question de savoir quel traitement réserver à celui qui négocie des biens ou des services à usage mixte (car compatibles, de par leur nature, ou selon les circonstances, avec des buts « personnels » et « commerciaux »),

Si le contrat est dans l'abstrait propre à satisfaire tant des besoins privés que professionnels, il s'agit d'un cas limite. La Cour de Justice, dans l'arrêt Gruber du 20 janvier 2005, affaire C-464/01, en se référant aux règles de compétence dans les litiges transfrontaliers (pour laquelle les règles en faveur du consommateur dérogent au principe *actor sequitur forum rei*), a statué que la prédominance de l'usage privé n'est pas non plus suffisante, puisqu'il est demandé que l'usage professionnel soit marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard. La définition de consommateur envisagée dans l'option 2 permet sans aucun doute d'aller au-delà de l'interprétation jurisprudentielle ci-dessus. Le critère de la prédominance est donc utile.

Il y a lieu de s'interroger en tout état de cause si l'on ne pourrait pas prévoir dans la législation les cas où ce critère ne serait pas applicable en raison de difficultés objectives d'évaluation ou bien parce que les buts poursuivis se valent. Dans de tels cas, l'on pourrait appliquer le régime de protection du consommateur tout court, ou bien accompagné d'autres critères, tels que par exemple celui dit de la « normalité ». Selon ce critère le régime de protection du consommateur serait étendu à la partie contractante lorsque, eu égard au type de contrat et aux circonstances concrètes de la transaction, il serait de nature à mieux satisfaire, ou bien à satisfaire d'une

manière plus ample, des besoins autres que ceux qui se rapportent normalement à l'activité professionnelle exercée.

Un critère pourrait consister à attribuer un rôle particulier à la connaissance, ou à la possibilité de connaître, les buts poursuivis par la partie faible vis-à-vis de l'autre partie au contrat, qui est un professionnel.

Si l'on demande au consommateur de manifester ses buts, ou tout au moins les faire connaître au professionnel en faisant preuve de la diligence normale, il serait possible de compenser les effets éventuellement préjudiciables pour le même professionnel liés à l'extension de la notion de consommateur. Il est évident qu'une telle position comporte la prise en compte d'évaluations de caractère subjectif, ou mieux, de situations subjectives, qui pourraient compliquer, par rapport à un cas concret, la solution finale. Il serait également possible de moduler l'objet de cette « connaissance » ou possibilité de connaître, en refusant au consommateur la protection non pas à chaque fois que son comportement n'est pas de nature à démontrer (ou à permettre de démontrer) qu'il agissait en tant que consommateur, mais lorsqu'il a induit en erreur le professionnel sur le fait qu'il agissait dans un but professionnel.

5. Les intermédiaires (question B2). Etendre la catégorie de professionnels aux intermédiaires.

La définition de consommateur adoptée par le Code italien de la consommation au 1^{er} alinéa, c), de l'article 3, est très large. Dans ce terme, elle englobe non seulement un entrepreneur, mais également un membre d'une profession intellectuelle ou un intermédiaire, qu'il agisse comme personne physique ou comme personne morale (à comprendre dans un sens non technique, et donc incluant également les organismes sans personnalité morale), privée ou publique.

L'extension de la catégorie des professionnels aux intermédiaires est cohérente avec la notion communément utilisée de « professionnel », comme étant celui qui agit sur le marché, avec une organisation quelconque, afin d'exercer une activité économique, sans pour autant que le but lucratif soit nécessaire, ou bien que l'équilibre tendanciel coûts bénéfices, voire l'obligation de réinvestissement du produit de l'activité soient pris en compte.

Nous sommes donc d'accord sur les considérations contenues dans le Livre vert en faveur de l'option de l'option 2.

On aurait par ailleurs pu saisir cette occasion pour discuter plutôt une hypothèse différente, mais assimilable sur le plan du besoin de protection, qui concerne d'autres sujets qui ont un statut personnel tout à fait comparable à celui de « consommateur », mais dont la situation subjective découle d'un contrat conclu par l'entremise d'un intermédiaire, notamment un professionnel.

Songez par exemple à la situation d'un salarié – sur laquelle s'est penchée la Cour Constitutionnelle italienne (ordonnance 235/2004) – bénéficiaire d'une assurance accident du travail passée par son employeur, un professionnel, ou bien à la situation de quelqu'un, un non professionnel, qui se porterait caution d'un professionnel (que la Cour de Justice – cfr. l'arrêt du 17 mars 1998, affaire C-45/96 – n'assimile pas à celle d'un consommateur, vu le caractère accessoire du cautionnement, faisant notamment référence à la directive concernant la protection des consommateurs dans le cas des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux).

6. Introduction d'un principe général de bonne foi et loyauté, en tant qu'instrument spécifique de protection du consommateur (question C).

A l'heure actuelle tout instrument horizontal, cohérent avec les besoins de protection ci-dessus mentionnés, ne saurait se passer d'avoir recours aux principes de bonne foi et de loyauté.

L'absence d'un tel principe général a une incidence non seulement sur les comportements précontractuels et contractuels au moment de la conclusion du contrat, mais de toute évidence également sur l'interprétation et l'exécution de celui-ci.

En outre, l'importance de ce principe se comprend déjà sur le plan de l'interprétation, où il fonctionne comme critère directeur des clauses contractuelles, ainsi que comme clause générale ayant un caractère « supplétif » dans l'interprétation en cas d'ambiguïtés ou d'incertitudes dans les dispositions concernant les droits et obligations. Et encore, sur le plan de l'exécution il pourrait s'avérer utile pour identifier les recours.

Bien qu'étranger à la tradition juridique de *common law*, ce principe a déjà été sanctionné au niveau communautaire dans la directive relative aux pratiques commerciales déloyales. En outre, il ne s'applique pas aux contrats, il ne fait donc pas l'objet de révision avec les directives relatives à la protection des consommateurs, même s'il a une incidence sur la protection des citoyens lorsqu'ils sur marché des biens et des services.

Le choix ne porte donc pas sur l'introduction ou la non introduction d'une clause générale de bonne foi, mais plutôt son champ d'application. C'est-à-dire s'il convient oui ou non de l'étendre aux professionnels, ou bien de le limiter aux consommateurs.

La réponse 2 à la question C doit être donc rejetée avec force.

Tout comme pour les principes généraux visant à assurer l'équilibre entre les différents intérêts concernés par le contrat, l'option 3 pourrait sembler préférable de prime abord, à savoir une clause générale applicable à la fois aux professionnels et aux consommateurs, servant de critère d'appréciation des comportements précontractuels et contractuels des uns et des autres.

Toutefois, l'introduction, dans l'instrument horizontal, d'une disposition stipulant qu'il appartient aux professionnels d'agir de bonne foi, nous convainc beaucoup plus en tant que règle pour la protection des consommateurs. Et, à vrai dire, une disposition *ad hoc* trouve sa raison d'être dans le fait qu'elle apporte un plus à la protection de la partie « faible » au contrat, par rapport à la pure et simple interprétation des clauses contractuelles, et à l'appréciation des comportements des parties contractantes comme critères de rééquilibrage des intérêts, car ceci se fait déjà couramment et est donné presque par acquis même en l'absence de dispositions législatives *ad hoc*.

7. Règles en matière de clauses abusives (questions D1, D2, D3). Etendre l'appréciation du caractère abusif aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle et au déséquilibre économique. Etablir une liste de clauses interdites (liste noire) et une liste de clauses présumées abusives (liste grise).

La directive ayant une porte générale, aucun problème ne se pose au niveau de l'extension des règles de protection basées sur la notion de clauses abusives.

L'application de la directive a au contraire démontré ces dernières années qu'il existe d'autres questions qui restent encore sans solution, ou bien qui sont susceptibles d'harmonisation ou de clarification. Il s'agit notamment de l'extension de l'appréciation du caractère abusif aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle (question D1), ainsi que des effets de l'introduction d'une clause dans la liste noire ou bien dans la liste grise (question D2). Il conviendrait mieux de créer les deux listes et d'indiquer les clauses qui relèvent de l'une ou de l'autre.

Concernant le premier aspect, de nombreux pays ont notamment dérogé aux dispositions de la directive en admettant l'exercice de l'action pour clause abusive même lorsqu'il s'agit de clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle. Tel n'est pas le cas du législateur italien. En effet, dans les 4^{ème} et 5^{ème} alinéa du code italien de la consommation, dans le droit fil des deux derniers alinéas de l'article 1469 *ter* du code civil, le législateur italien a interprété ce point dans le sens qu'il n'est même pas nécessaire que la clause ait fait l'objet d'une négociation individuelle, mais qu'il suffit qu'il y ait eu une discussion sur le point pour que la clause soit exclue de l'appréciation du caractère abusif.

Puisque le régime de protection n'est pas étendu aux clauses ayant fait l'objet d'une négociation individuelle, le seul instrument que le consommateur pourrait invoquer est la bonne foi. Tel est, en effet, le texte actuel de la directive relative aux clauses abusives, qui lie l'appréciation du caractère abusif, du point de vue du déséquilibre normatif, à la condition que ce soit « contraire à la bonne foi ». Ce texte a été par ailleurs mal transposé dans la loi italienne tant dans l'article 1469 du code civil que dans l'article 33 du code de la consommation, qui indiquent « *malgrado la buona fede* » (malgré la bonne foi), ce qui pourrait évoquer, de manière erronée, la bonne foi dans un sens subjectif. Il est évident qu'il faut la comprendre dans un sens objectif.

Toutefois, les perplexités exprimées sur l'application du principe de la bonne foi (compte tenu de ce qui a été dit sur le point 4.3) ainsi que le constat, que fait également le Livre vert, sur la difficulté objective pour un consommateur d'influencer le contenu du contrat, ne font que rendre encore plus souhaitable l'extension de l'appréciation du caractère abusif aux clauses ayant fait

l'objet d'une négociation individuelle. L'option 3, de la question D1, doit être donc rejetée avec force.

Cette extension pourrait purement et simplement concerner la totalité des clauses, qu'elles aient fait l'objet d'une négociation individuelle ou non, ou bien limitée à certaines d'entre elles. En ce qui concerne la question D1, le choix se ferait donc entre l'option 1 et l'option 2. L'option 1 est sûrement préférable. Il ne faut toutefois pas limiter la portée du critère d'appréciation du caractère abusif en prenant en compte la capacité réelle du consommateur à influencer le contenu du contrat.

Pour ce qui est de la question D2, la réponse la plus évidente ne pourrait être que la combinaison de la liste noire (comportant les clauses que dans la législation italienne actuelle seraient frappées de nullité de protection, qui est l'expression de ce que la doctrine a fort justement défini comme un « ordre public de protection » visant à rétablir l'équilibre juridique dans les relations contractuelles) et de la liste grise (qui prévoit une présomption réfragable de caractère abusif). La réponse la plus raisonnable à la question D2 semble donc l'option 3.

La vraie partie se joue toutefois sur le contenu des deux listes. Une précision est cependant de rigueur, même si cela ne relève pas du sujet qui nous occupe.

La notion couramment acceptée pour caractère abusif (en anglais *unfairness*) est basée sur un déséquilibre « normatif » plutôt que sur l'aspect économique. La loi indique les éléments devant servir de base à l'appréciation, mais, conformément à la directive, la définition de l'objet principal du contrat, de même que l'adéquation entre le prix et le service ou le bien à fournir, ne peuvent être pris en compte dans l'appréciation du caractère abusif, sous réserve que les différents éléments soient clairement rédigés.

En vue de la protection de la partie faible au contrat, prise dans le sens ci-dessus, la question D3, concernant l'extension de l'appréciation du caractère abusif à la définition de l'objet principal du contrat et à l'adéquation du prix, est cohérente. L'option 1 de la question D3 est préférable puisqu'elle permet d'aller au-delà des données formelles (à savoir l'indication des éléments d'une manière claire et compréhensible) pour exercer un contrôle qui porte enfin sur le prix convenu entre les parties. Et ce, sous réserve du critère général qui, par exemple, dans le droit français, est ainsi

exprimé : « sont abusives les clauses qui ont pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations portés au contrat ».

8. Les obligations d'information (question E). Pour un recours effectif et proportionné en cas de manquement à l'obligation d'information.

Partant du fait incontestable que désormais il est impossible de ne pas prendre en compte toute une série de dispositions qui mettent au centre de la protection du consommateur son droit à être informé, il est évident que la principale lacune actuelle de la réglementation communautaire est de ne pas prévoir de sanction sérieuse, en premier lieu contractuelle, en cas de violation par un professionnel de son devoir d'information.

Alors que ces obligations d'information sont spécifiées de façon verticale, les informations à fournir étant évidemment différentes selon le contrat qui est conclu – ce qui permet de souligner l'importance de maintenir des réglementations sectorielles, qui complètent l'instrument horizontal général –, ce dernier est le lieu idéal pour prévoir des recours, de caractère général justement, applicables en cas de violation desdites obligations d'information.

Nous allons au-delà des dispositions qui régissent l'instrument contractuel proprement dit, mais la politique de protection des consommateurs ne peut évidemment préjuger de leur éducation et information, comme le Conseil de l'Europe l'a déjà souligné dans sa Résolution du 13 juillet 1992, et comme la Commission l'a réaffirmé dans sa Communication « Stratégie pour la politique des consommateurs 2002/2006 » au Parlement Européen, au Conseil et au Comité des Régions (8 juin 2002 JOCE).

Au stade actuel, même lorsque les réglementations internes prévoient d'imposer des obligations d'information au professionnel, le régime de protection du consommateur n'est pas, dans la majorité des cas, applicable en référence au seul contrat.

Dès lors il s'agit de prévoir, dans un premier temps, un recours contractuel général tel que celui proposé de façon prioritaire par le Livre vert, la prolongation du délai de réflexion.

Il n'apparaît toutefois pas suffisant s'il n'est pas accompagné par d'autres recours, surtout quand la violation de l'obligation d'information est particulièrement grave, c'est-à-dire quand elle concerne des éléments du contrat qui, s'ils avaient été connus à temps et/ou correctement par le

consommateur, l'auraient amené à ne pas conclure le contrat ou à le conclure avec d'autres conditions.

En conséquence, alors que l'option 3 est de toute évidence à exclure, l'option 1 apparaît insuffisante.

Toutefois, même s'agissant de l'option 2, pour laquelle nous penchons, il paraît préférable d'exclure la possibilité – envisagée dans la question – d'imposer des obligations d'information, sans que leur violation ne soit suivie d'aucune sanction de type contractuel. Cela pourrait, en effet, entraîner – comme c'est le cas actuellement, où aucun recours de la sorte n'est prévu – des différences significatives lors de la transposition interne. De plus, dans le cas où on ne prévoirait pas de laisser cette liberté aux réglementations internes, on ne comprendrait pas le sens d'imposer des obligations dépourvues de sanctions, à moins de prévoir des sanctions de nature différente (par ex. des sanctions administratives) liées à ces violations.

Dans tous les cas, s'il est choisi d'introduire – conformément à ce qui est proposé dans l'option 2 – pour des violations précises d'obligations d'information, des recours qui vont au-delà de la prolongation du délai de réflexion (ou de rétractation), il est préférable qu'ils soient les plus variés possibles, comprenant notamment la réduction de prix et la résolution du contrat, mais surtout il est préférable d'en prévoir l'application de façon générale. Plus précisément, ces recours devraient être prévus comme des recours applicables au cas par cas à chaque type de contrat pour la violation d'obligations identifiées de façon générale précisément, de sorte que chaque obligation d'information expressément prévue implique, en cas de violation, les mêmes conséquences pour tous les contrats auquel serait partie un consommateur.

9. Le droit de rétractation (questions F1, F2, F3). Pour une harmonisation du droit de rétractation.

Le droit de rétractation est un des droits les plus importants reconnus en faveur des consommateurs, mais précisément pour cette raison les différences de réglementations entre les directives ne se justifient plus. Elles créent des incertitudes sur les modalités de conduite et en tout état de cause des inégalités incohérentes selon les secteurs considérés. Les différences de

réglementation concernent tant la durée du délai de « réflexion » et les modalités de son calcul, que les modalités d'application du droit de rétractation et son coût : A ces différences dans la réglementation communautaire, correspondent autant de différences graves dans les législations des Etats, que ce soit entre eux ou à l'intérieur de chacun.

La situation italienne n'est pas parmi les pires depuis que le régime de rétractation des articles 64 – 67 du code de la consommation a unifié les dispositions visées aux décrets législatifs n° 50 de 1992 et n° 185 de 1999.

Le choix est allé dans le sens d'un droit de repentir, exerçable dans un délai de 10 jours sans aucun coût, mais dans la limite de l'abus de droit, conséquence de l'application du principe de bonne foi objective. Il peut également être exercé par des faits concluants. Toutefois, des marges subsistent quant à la manière de réglementer la date d'effet du délai (pour les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et la vente à distance), ainsi que par rapport à l'objet principal du contrat (des biens ou des services). Ce dernier a également une incidence au niveau des effets, car les biens doivent être restitués, tandis que pour ce qui est de la prestations de services aucune obligation n'incombe au consommateur.

L'instrument européen horizontal devrait être uniforme s'agissant des modalités de calcul du délai, mais ne pourrait probablement pas éviter de prévoir des différences pour les dates d'effet. Au contraire, quel que soit le choix concernant les modalités d'exercice, il devrait être établi de façon claire et uniforme. Le même vaut pour les coûts liés à la rétractation, soit que l'on opte pour leur exclusion généralisée, soit que l'on choisisse de les appliquer, indépendamment toutefois du type de contrat.

10. Recours contractuels et droit à indemnisation (Questions G1 et G2). Ouvrir un débat plus large.

La question des autres recours est celle qui présente la plus grande complexité d'intervention, parce que, en l'état, non seulement les dispositions des directives sont différentes les unes des autres, mais aussi parce qu'elles comportent des lacunes, en ne prévoyant pas les recours applicables pour chaque type de contrat.

Concernant les mesures à développer, elles ne peuvent pas consister seulement dans la réduction du prix et la résolution du contrat. Par exemple, la législation italienne prévoit ce que l'on appelle « l'exception pour manquement » (en italien *eccezione di inadempimento*), à savoir le refus de fournir la prestation en cas de manquement ou de retard de l'autre partie au contrat.

D'autre part, si l'on prend en considération les contre-indications d'un instrument d'indemnisation, pour les raisons évoquées au point 4.10, il est logique de rechercher, pour une protection réelle du consommateur, des instruments tels que ceux à peine mentionnés, qui permettent au consommateur de conserver un contrat avec des conditions qui correspondent effectivement à son intérêt, ou bien de se soustraire à ses obligations contractuelles, et ce de préférence par des mécanismes qui réduisent au minimum la nécessité d'une intervention des autorités judiciaires.

Un autre recours indispensable est le droit à indemnisation – dans la mesure où, en raison de l'extension et des caractéristiques (absolument pas précisées en l'état) que l'on entend lui donner, il finirait par assumer un rôle déterminant là où il ne serait plus possible d'agir pour prévenir ou limiter les dommages d'une affaire contractuelle entachée d'illégalité. Il conviendrait de prévoir une disposition, au sens d'une action en indemnisation générale, destinée à couvrir tant les dommages matériels que les préjudices moraux. A cette fin, envisager une disposition pour la seule action en dommages, sans indiquer le type de dommages indemnifiables, paraît insuffisant, de même que paraît réductrice la seule prévision d'indemnisation pour des dommages purement économiques et matériels. L'on pourrait envisager la possibilité d'une indemnisation des préjudices moraux, en laissant aux droits nationaux le soin d'identifier ces derniers, par voie réglementaire ou jurisprudentielle.

Il convient de souligner toutefois que les coûts et les délais de la protection judiciaire découragent fortement le consommateur, qui entend faire valoir son droit à l'indemnisation d'un dommage subi, de recourir à la justice, étant donné la portée économique souvent modeste du litige et le déséquilibre notable du rapport de force des parties au litige.

A cet égard deux observations s'imposent.

La première concerne le thème de la question débattue, en particulier la nécessité d'aller au-delà du choix entre les quatre options indiquées afin de définir – en termes plus précis dès le niveau communautaire – les fondements de l'action en indemnisation du point de vue du bien fondé à agir, de la charge de la preuve, et des rapports avec d'éventuelles actions collectives ou des *class actions*. On pourrait envisager l'introduction d'une liste de *general damages* (dommages généraux) pour lesquels il y aurait présomption d'existence – en tant que conséquences dommageables normales d'une conduite préalablement identifiée – sauf preuve contraire de la part, dans le cas précis, du professionnel à l'origine du dommage. Cela impliquerait que la charge de la preuve pour le consommateur n'aurait comme objet que le *quantum* du préjudice (et non pas le lien causal) dès lors qu'il s'agirait de dommages rentrant dans la typologie définie ci-dessus, et qu'elle deviendrait plus lourde seulement en cas de *specific damages* (dommages spécifiques), pour la preuve desquels, en revanche, devraient prévaloir les principes en vigueur dans chaque droit national. En outre, même s'il est étranger à la tradition juridique des pays de *civil law* (c'est à dire ceux pour lesquels le régime de responsabilité civile est encore fondé sur les théories dites différentielles), un débat mériterait d'être ouvert sur la question des dommages dits punitifs ou, en tout état de cause, sur d'autres formes de renforcement de la protection du consommateur en conférant à la responsabilité civile une fonction, même au sens large, de sanction, au moins en cas de dol ou de faute lourde de la part du professionnel.

La seconde observation concerne, elle, les instruments judiciaires et extrajudiciaires de protection du consommateur, ayant une fonction inhibitoire et réparatrice, qui seront abordés dans le point relatif aux questions non traitées par le Livre vert.

11. Un encadrement plus large de la vente et de la garantie (questions H, I, J, K, L, M).

Nous jugeons positif l'effort de la Commission pour élargir le champ d'application et donc de protection que la directive «relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation» offre aux consommateurs européens.

La perspective de cette extension pose une série de questions, dont beaucoup laissent entrevoir comment la Commission s'oriente vers un élargissement du champ d'application et une extension de la protection. Il semblerait que la directive «Garanties» soit destinée à devenir,

dans l'intention de la Commission, le cœur de la réglementation horizontale en matière de droit des consommateurs, la partie réglementaire qui traite des contrats par lesquels les consommateurs acquièrent des biens sur le marché. MEDEL s'est orienté vers cette voie comme en témoignent les réponses aux questions H1 et H2, I2, J1 et J2, J4, K2, M1, M2, M3.

En particulier, l'option relative à l'extension du champ d'application de la directive sur les ventes, aux autres types de fournitures de biens et de services en ligne, semble positive (même si l'exemple pris dans le questionnaire reste imprécis car on doit douter que le téléchargement de musique puisse constituer un service plutôt qu'une fourniture proprement dite). Il s'agit en effet d'une directive en ligne avec le développement du marché et cohérente avec l'exigence de création d'un *corpus* réglementaire au niveau européen, dont on pourra attendre une meilleure protection en faveur des consommateurs. De même, nous partageons l'application de la réglementation aux ventes aux enchères et aux ventes de biens d'occasion, secteur dans lequel un besoin de souplesse plus important peut justifier la pratique d'une réglementation conventionnelle qui réduise à un an la durée de la garantie (question J3).

L'attente d'une meilleure protection des consommateurs se manifeste aussi dans les options qui proposent une extension de la durée de garantie (dans les cas d'engagement d'un recours légal ou de vices récurrents) et de la charge de la preuve incombant au professionnel (sur l'absence de vices au moment de la livraison) ou l'introduction d'une réglementation communautaire sur des matières actuellement non couvertes (transfert du risque, garantie commerciale) pour autant qu'elles soient inspirées par des critères de protection du consommateur (extension et transfert automatique de la garantie, coïncidence du transfert du risque avec la livraison plutôt qu'avec la conclusion du contrat), ou enfin la réduction des charges incombant au consommateur (élimination de l'obligation de notifier la plainte pour non-conformité).

Sur deux questions d'ordre également très technique (I1 et K1), la réponse doit être considérée comme provisoire, car il faudra absolument y revenir une fois que la Commission aura formulé sa proposition de réglementation. En réalité la réponse à la question K1 apparaît comme devant être nuancée car aucune des options n'est pleinement satisfaisante pour les consommateurs, qui souhaiteraient, de toute évidence, pouvoir engager tous les recours (y compris la rupture du contrat) sans être soumis à des limitations de délai ou de contenu. S'agissant du maintien du statu

quo, la possibilité de demander immédiatement la réduction du prix semble intéressante mais peut-être la solution plus innovante de l'option 2, pourrait-elle se révéler plus souple et adaptée aux exigences des consommateurs, même si elle reste conditionnée à une restriction, qui n'est pas définie, de la possibilité d'annulation du contrat.

Enfin, en ce qui concerne l'introduction au niveau communautaire de la responsabilité directe du producteur, la réponse ne peut être que positive étant donné son objectif de rendre plus efficace et d'harmoniser la protection des consommateurs dans un marché ouvert. Il est cependant certain que les modalités d'exercice et le contenu de l'action directe conditionnent grandement la portée d'une telle innovation en faveur de l'harmonisation. Sur ce point il conviendrait d'engager une réflexion attentive sur l'expérience des pays qui ont déjà introduit une telle mesure. A cet égard, il aurait été préférable que la Commission soumette à évaluation les différents modèles d'action directe, pour rendre cette consultation plus efficace et utile. En outre, pour ne pas affaiblir considérablement la protection du consommateur, l'introduction de la responsabilité du producteur ne doit en aucun cas exclure la responsabilité solidaire du vendeur.

12. Questions non abordées par le Livre vert: services libéralisés, biens communs, aspects judiciaires, MARC, Actions collectives et *Class actions* (Question N).

Nous avons quelques perplexités sur le fait que l'acquis en matière de protection des consommateurs soit limité aux huit directives indiquées dans le livre vert. Il est en effet évident que d'autres directives s'y rattachent de plein droit et que d'autres encore ont un rapport direct à l'acquis en matière de protection du consommateur.

Autant, s'agissant des contrats de contenu numérique, la Commission a ouvert la voie à une extension de l'acquis, autant le Livre vert ne prend aucune position sur la situation qui résulte du processus long et généralisé de privatisation / libéralisation des services qui étaient autrefois l'apanage de l'Etat, ou des entreprises qui étaient sous son contrôle. Il serait au contraire opportun de lancer une évaluation sérieuse des besoins de protection qui se posent, suite à ce processus, pour le consommateur, pour l'acquisition de biens et de services en tout état de cause

importants, et dans une logique visant à garantir l'exercice réel et quotidien de ses droits de citoyen.

La question ne se pose pas seulement, à l'avenir, pour ces biens qui sont ou vont entrer dans la sphère du marché du fait du processus d'épuisement des sources d'énergie et de l'équilibre écologique ou du fait des nouvelles possibilités apportées par le développement scientifique et technologique.

Dans la perspective d'une meilleure cohérence avec l'acquis communautaire existant, le manque d'attention de la Commission aux instruments judiciaires est critiquable, car en définitive ce sont ceux grâce auxquels une protection encadrée peut être mise en œuvre de façon substantielle. Et pourtant les divergences et incompatibilités des systèmes judiciaires ont autant, si ce n'est plus que les divergences au niveau du droit positif, d'incidences sur l'effectivité de la protection et la possibilité d'ouverture des marchés tant pour les entreprises que pour les consommateurs.

Parmi les questions à traiter dans le cadre de la protection du consommateur, on ne saurait omettre les questions de l'accès au droit et du règlement extrajudiciaire des conflits.

S'agissant de ce dernier, et pour montrer l'importance de prévoir des instruments de protection autres que le procès, et qui soient utilisables facilement et à un bas coût, il suffit de rappeler les principes contenus dans les Recommandations de la Commission des Communautés Européennes du 30 mars 1998 n° 257 (relative aux principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation) et du 4 avril 2001 n° 310 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation

C'est la question du Réseau extrajudiciaire européen (réseau EJE) et de ses rapports avec les organes pour la résolution extrajudiciaire des litiges dans chacun des Etats membres. Question qui est à traiter non seulement au regard des litiges transfrontaliers, de façon à permettre au consommateur lésé d'avoir accès rapidement, et avec toutes les informations nécessaires, à l'organe de conciliation étranger, mais aussi et surtout pour harmoniser les systèmes nationaux de règlement extrajudiciaire des litiges. Ce dernier objectif est d'autant plus important que les services de conciliation ne présentent pas le même attrait dans tous les pays membres, du point

de vue du prestige de l'organisme de conciliation, de la fiabilité de ses décisions ou propositions de conciliation, de la prévision des délais et des coûts de la conciliation extrajudiciaire.

Pour ce qui concerne, en revanche, l'accès au droit, une question à traiter outre celles mentionnées dans le Livre vert, est de toute évidence la question des actions collectives ou des *class actions* (en comprenant les premières comme des actions intentées par des organismes représentatifs d'intérêts collectifs, et les secondes comme les *class actions* typiques venues des Etats-Unis). S'agissant des actions collectives, il est indispensable que l'instrument horizontal envisage un dispositif législatif général garantissant le fonctionnement de l'action inhibitoire. La contribution de Roberto Conti, en annexe ce document, aborde d'une manière approfondie ce sujet, qui a une importance stratégique pour assurer le respect d'un principe fondamental pour le droit communautaire, l'effectivité de la protection juridictionnelle.

Au contraire, s'agissant des *class actions*, actuellement aucune procédure ne permet d'obtenir une indemnisation de l'ensemble des victimes concernées par des infractions de masse au droit de la consommation. Le déséquilibre est considérable entre des consommateurs qui ont un faible intérêt à agir en justice pour recouvrer de petites sommes, et les professionnels qui en tirent un bénéfice considérable. C'est pourquoi il est indispensable d'introduire en Europe une véritable action de groupe (ou *class action*). En effet, seule cette procédure permettrait à une association ou un groupe de particuliers d'agir pour le compte de toutes les victimes sans qu'elles aient à se manifester (option d'exclusion) et ainsi d'obtenir en un seul procès la réparation de tous les préjudices. Les exemples québécois et portugais démontrent que la mise en place d'une telle procédure permet de garantir le droit à réparation des citoyens sans engendrer les dérives du système américain ni de risques économiques pour les entreprises. Le caractère dissuasif d'une véritable action de groupe permettra en outre de limiter les violations massives des droits des citoyens et restaurera du même coup la confiance des consommateurs dans leur économie et la consommation, et plus généralement celle des citoyens dans leur justice.

Pour tout renseignement sur le texte veuillez contacter :

Luciana Barreca

giuseppina.barreca@giustizia.it

Giacinto Bisogni

giacintobisogni@yahoo.it