

## LE CODE DE LA CONSOMMATION : DIX ANS APRÈS

*Le conseil d'administration de l'Institut national de la consommation (INC), sous l'égide de son président, a créé un groupe de travail juridique afin de mettre en perspective les travaux de l'INC en matière de droit de la consommation. Les réflexions du groupe de travail ont porté sur trois thèmes : le périmètre du droit de la consommation, sa finalité et son efficacité.*

*L'INC a souhaité faire part des conclusions de ses travaux et ouvrir une réflexion sur le code de la consommation avec l'ensemble des acteurs du secteur et ses partenaires privilégiés : associations de consommateurs, DGCCRF, autorités de régulation, organes de médiation, avocats... Une matinée d'échanges s'est tenue le 4 novembre 2005.*

### INTRODUCTION

#### Une réflexion soutenue par la DGCCRF

Guillaume Cerutti, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes indique, en introduction des débats, qu'il faut éviter de bouleverser le droit. Il faut toiletter le code de la consommation et non l'abandonner. On est aujourd'hui dans une phase de nécessaire stabilisation et d'appropriation du droit de la consommation plutôt que dans une phase de bouleversement. Il s'agit d'améliorer l'utilité et la compréhension et d'expertiser des voies extra-réglementaires.

#### Enrichir le droit

Le droit de la consommation peut être enrichi, notamment avec le droit d'action de groupe, qui répond au besoin de réparer des préjudices de petit montant subis par un grand nombre de consommateurs, et la possibilité pour le juge de soulever d'office des motifs tirés de l'irrespect du code de la consommation; cette dernière réflexion, sur laquelle le rapport du groupe de travail ne tranche pas, doit être couplée avec la question de l'allègement des sanctions pénales.

#### Améliorer l'usage de l'existant

Une amélioration de l'usage de l'existant doit permettre de mieux faire connaître et appliquer le droit de la consommation. Il convient d'élever le niveau de connaissance des consommateurs sur le droit de la consommation. Cela relève plus du rôle des associations de consommateurs et des médias que de celui de l'Éducation nationale. Il faut utiliser des voies qui soient dans l'air du temps. Guillaume Cerutti estime qu'il manque à la télévision une grande émission consumériste et que l'INC pourrait y réfléchir. L'amélioration de l'usage de l'existant passe aussi par le renforcement de l'efficacité de la DGCCRF, pour lequel trois pistes sont actuellement mises en œuvre : une mise en place des priorités annuelles pour les

contrôles, une meilleure effectivité des suites (ordonnance du 1<sup>er</sup> septembre 2005 donnant de nouveaux pouvoirs aux agents de la DGCCRF) et un développement des relations avec ses homologues européens. Sur ce dernier point, il cite l'exemple de la *super complaint* anglaise : une fois saisi, l'Office of Fair Trading (OFT) a l'obligation de poursuivre ou d'enquêter dans un délai de trois mois.

#### Nouveaux sujets ou pistes à exploiter

Plusieurs nouveaux sujets méritent d'être étudiés, comme le renforcement du dialogue entre les professionnels et les consommateurs. Pour aller dans ce sens, la DGCCRF a réformé le Conseil national de la consommation (CNC) et l'a réorganisé de façon à donner au bureau un véritable rôle exécutif. Les prérogatives de la Commission des clauses abusives (CCA) doivent être renforcées afin de lui donner un rôle plus préventif. Second sujet à développer : les pistes liées au règlement extrajudiciaire des litiges et à la médiation. La France ne dispose pas aujourd'hui d'un réseau de médiateurs entouré de toutes les garanties d'impartialité, de transparence et de simplicité. Il convient de développer la médiation dans les secteurs où elle n'existe pas. Enfin, il convient de réfléchir au développement de l'autorégulation ou de la corégulation et d'encourager les professionnels à mettre en place eux-mêmes des règles de bonne conduite dans les sujets qui les confrontent aux consommateurs. Il souhaite que les réflexions sur ces sujets soient conduites avec pragmatisme.

Guillaume Cerutti précise que la DGCCRF souhaiterait que lui soit remise, à l'issue de la matinée de travail, une série de propositions structurées et argumentées. La Direction les examinera avec beaucoup d'intérêt et les transmettra au ministre, qui a annoncé son souhait de renforcer le droit de la consommation et d'améliorer les relations entre professionnels et consommateurs.

## CONCLUSIONS DU GROUPE DE TRAVAIL JURIDIQUE DE L'INC

Jean-Michel Rothmann, responsable du service juridique et économique de l'INC, indique que le groupe de travail a poursuivi deux objectifs : d'une part, recenser les sujets les plus préoccupants pour les consommateurs qui méritent d'être traités sur un plan juridique et, d'autre part, réfléchir sur l'effectivité du droit de la consommation, ses limites et ses progrès. À cet effet, le groupe de travail a auditionné plusieurs personnalités : universitaires, professionnels et professionnels du droit. Les réflexions du groupe ont été centrées sur trois thèmes : le périmètre du droit de la consommation, sa finalité et son efficacité.

### Le périmètre du droit de la consommation

Lors de son examen des litiges de consommation, le groupe de travail a regretté qu'il n'y ait pas de moyen unique de les comparer. En effet, chaque organisme produit des statistiques différentes qui ne font l'objet d'aucune unification entre elles. Les litiges de consommation se retrouvent essentiellement dans les secteurs de grosse dépense des ménages : l'habitat et les services financiers. Une exception : les litiges liés à la communication (Internet et téléphonie) dont le nombre a explosé ces dernières années au point de devenir le premier poste de réclamation. Il n'existe pas de corrélation directe entre l'évolution des litiges et l'évolution des dépenses des ménages. Une enquête de l'INC, conduite en 2004 auprès d'abonnés au magazine *60 Millions de consommateurs*, a permis d'identifier les attentes des consommateurs. Ceux-ci manifestent un grand intérêt pour la qualité, le prix, les signes de qualité, ils souhaitent une amélioration dans les possibilités de comparaison des produits et des services (hors secteur alimentaire). Ils sont indécis quant à l'utilité des réglementations française et européenne censées les protéger, peut-être parce qu'ils ne les connaissent pas. Ils estiment que l'information du consommateur devrait être améliorée et souhaitent disposer de plus d'informations sur les autorités de régulation.

Dès les premières auditions, la question de la définition de la notion de consommateur s'est posée. Celle-ci n'est pas définie dans le code de la consommation. Cette absence apparaît comme un problème récurrent qui génère une insécurité juridique, aussi bien pour les consommateurs que pour les professionnels. La notion de consommateur pourrait être définie à la lumière du droit communautaire, qui considère le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle ». Cette définition exclut cependant la personne qui contracte dans un but professionnel mais sans rapport direct avec son activité. Au cours des auditions, c'est la notion "restrictive" du consommateur qui a rencontré une majorité d'opinions favorables.

Le code de la consommation ne définit pas non plus la notion de professionnel. Le développement des transactions entre particuliers sur Internet la rend particulièrement difficile à définir : comment le consommateur peut-il être protégé vis-à-vis d'un vendeur non professionnel et particulier ?

### La finalité et le contenu du droit de la consommation

Le droit de la consommation a été conçu comme un droit de protection : il s'agissait de protéger la partie la plus faible.

Aujourd'hui, sous l'influence du droit européen, on veut en faire un droit de la régulation. Le consommateur n'est plus alors considéré comme quelqu'un à protéger mais comme un acteur du marché. Selon que l'on est dans le domaine de la protection ou de la régulation, les sanctions sur la violation de la règle ne sont pas les mêmes.

Face à la non-appropriation du droit par les concitoyens et son manque de clarté, les experts auditionnés ont, parmi les explications avancées, critiqué la codification en raison notamment des caractères disparates des textes. Trois courants de pensée peuvent être distingués : une réforme complète en intégrant le code de la consommation dans le code civil, un maintien du droit spécifique associé à une régulation plus générale, et un maintien du statu quo actuel avec toutefois un petit aménagement.

### Quelle application du droit de la consommation ?

La non-compréhensibilité et la non-appropriation du droit de la consommation résultent de lacunes dans la codification, de sa dispersion dans divers codes, de l'inflation législative et du fait qu'il s'agit d'un empilage de textes. Dans ce contexte, la formation des associations est importante, moins dans leur mission de règlement des litiges que dans celle de représentation des consommateurs dans une certaine d'instances nationales. La méconnaissance du droit de la consommation chez les professionnels a poussé le groupe de travail à s'interroger sur le rôle que pourraient jouer les chambres consulaires dans l'amélioration de l'information.

Alors que le consommateur est de plus en plus considéré comme un régulateur du marché, aucun texte n'aborde le sujet de la comparabilité des offres. Les difficultés de lisibilité du contenu des contrats constituent également un obstacle à l'appropriation du droit par les consommateurs. Il conviendrait de distinguer ce qui relève des clauses obligatoires des autres mentions et de revoir le rôle de la Commission des clauses abusives en lui permettant de faire des recommandations obligatoires sur la présentation des contrats avant leur commercialisation.

S'agissant du recours individuel à la justice, l'accès aux tribunaux demeure très difficile. Les associations de consommateurs peuvent, dans ce cas, jouer un rôle de filtre important. Deux sujets devraient faire l'objet de réflexion et de décision : la possibilité pour le juge de soulever d'office des moyens du droit de la consommation, possibilité à laquelle la Cour de cassation n'est pas actuellement favorable, et la nature de la nullité de la sanction de la violation de la règle de droit (passer d'un ordre public de protection à un ordre public de régulation).

Le groupe de travail n'a pas traité du sujet des actions en justice des associations de consommateurs, compte tenu de l'existence d'un groupe de travail sur les actions de groupe ("class actions"). Il estime cependant qu'il serait intéressant de réfléchir à l'extension de l'autorité de la chose jugée à l'ensemble des contrats souscrits dans les mêmes conditions.

## QUEL CONSOMMATEUR ? QUEL DROIT ?

Ouvrant la première table ronde, Christian Babusiaux, président de la première chambre de la Cour des comptes et ancien président du conseil d'administration de l'INC, précise que

la création du code de la consommation, il y a douze ans, a permis à la fois de regrouper une grande partie des textes qui avaient été adoptés les années précédentes et de dégager un

droit spécifique des consommateurs. C'était une étape importante, fondatrice, mais elle n'était qu'une première étape puisqu'il s'agissait d'une codification "à droit constant", qui juxtapose des textes parfois dissemblables. Il s'agit aujourd'hui d'en franchir une seconde : fondre le code sur une base cohérente. La nécessité de cette seconde étape avait d'ailleurs été affirmée dès le départ.

Depuis l'époque où le code a été promulgué, il s'est opéré une dilution des droits des consommateurs, accentuée par le fait que les directives européennes ont été transcrites tantôt à l'intérieur du code, tantôt en dehors. Aujourd'hui le champ de la consommation a évolué, il s'est étendu à d'autres produits et services qui ne relèvent pas toujours du droit de la consommation tel qu'il existe aujourd'hui. Des textes visant à informer et protéger le consommateur se trouvent à nouveau dans des corps de droit différents. Dans ce contexte, faut-il renoncer à un droit spécifique et unifié de la consommation ou bien réaffirmer son principe et sa globalité, l'adapter aux champs nouveaux de la consommation? La question se pose d'autant plus par rapport au droit européen. Le droit de la consommation étant un droit de société, et les sociétés européennes demeurant différentes dans leurs pratiques sociales comme dans leur tradition juridique, il paraît peu probable que l'on aboutisse à la création d'un droit européen de la consommation, du moins tel que la France le conçoit. Le retrait récent de plusieurs projets de directives par la Commission vient à l'appui de cette analyse. Quelle articulation trouver entre le droit national et le droit européen? Quelle orientation nationale prendre puisque l'on ne peut manifestement pas miser sur l'initiative communautaire?

Il existe une multiplicité croissante de petits problèmes de consommation non résolus : par exemple les problèmes dans les services bancaires, les questions de la tarification du téléphone portable, de la fourniture d'accès à Internet, la fourniture forcée de services, le maquis tarifaire des complémentaires santé ou les problèmes de consistance de la garantie dans l'assurance dépendance. C'est à la lumière de ces problèmes concrets et de leur permanence que doit s'analyser le sujet du droit de la consommation. Comment répondre aux difficultés, aux attentes, aux exaspérations des citoyens?

### L'exemple du Luxembourg et l'évolution du droit européen

Benjamin Pacary, expert juridique travaillant notamment pour le ministère luxembourgeois de l'économie, fait part de l'expérience du Luxembourg, qui souhaite se doter d'un code de la consommation. Les problématiques posées sont semblables à celles de la France et à d'autres pays européens comme la Belgique, ces trois pays étant de tradition juridique commune.

De nombreuses modifications apportées successivement à la loi sur la protection juridique du consommateur – une des premières lois de protection du consommateur en Europe – et la multiplicité des directives européennes font que le droit de la consommation est devenu difficilement compréhensible. L'existence de différents délais de rétractation au Luxembourg en matière d'achat en est une illustration : sept jours ouvrables au moins dans le cas de la vente à distance, sept jours ouvrables dans celui du commerce électronique et un double délai de sept jours à partir de la commande pour les services et quatorze jours à partir de la réception de la marchandise dans celui de la vente en dehors de l'établissement du vendeur. Il faut à présent simplifier le droit, le consommateur ne s'y retrouve pas.

Les questions de réflexion sur le code de la consommation qui se posent actuellement en France sont riches d'enseignement pour le Luxembourg. Celui-ci, outre le fait qu'il doit tenir compte du droit européen et des applications transfrontalières des droits nationaux, se trouve face à deux problèmes. Il doit d'une part définir la matière à introduire dans le code :

faut-il y intégrer le logement? faut-il faire des renvois au code civil ou bien abroger, dans une disposition légale, le contenu concernant le consommateur et sa protection pour l'intégrer ensuite dans le code de la consommation? Il doit d'autre part trancher sur les notions de consommateur et de professionnel : faut-il inscrire dans le code une définition claire du consommateur ou bien laisser à la jurisprudence le soin de l'établir? Il cite l'exemple belge, qui peut être une piste de réflexion intéressante pour la France : en Belgique, la notion de consommateur et de professionnel est définie dans la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, loi qui reprend des dispositions par rapport à la protection des consommateurs et des concurrents, mais en fonction des sections de la loi les définitions varient.

S'agissant de l'évolution du droit européen, Benjamin Pacary explique que le consommateur a été considéré au départ comme la partie faible, à protéger des professionnels, tel un agneau parmi les loups. Mais un glissement s'est opéré au fil de l'évolution de la structure du marché et de la législation communautaire : aujourd'hui le consommateur est considéré non seulement comme la partie faible du contrat mais également comme acteur, voire régulateur du marché. Par ses choix, il régule le marché de la concurrence. L'image du renard dans le poulailler est alors plus appropriée.

L'établissement de règles protégeant le consommateur poursuit deux objectifs : d'une part, créer un marché intérieur permettant au consommateur de consommer hors frontières sans trop d'insécurité juridique et, d'autre part, protéger le consommateur. Bien que ces deux objectifs soient interdépendants, la primauté est parfois donnée à l'un plus qu'à l'autre. L'expert cite l'exemple de la directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales qui prévoit des règles uniformes pour la protection des consommateurs et exclut la clause minimale, permettant à chaque État membre de prévoir des règles de protection plus strictes sur son marché national.

Actuellement, la Commission européenne a opté pour la politique de "better regulation". Cette politique a pour objectif de simplifier la législation en matière de protection et de la rendre plus compréhensible. C'est la raison pour laquelle elle a entamé un travail de réflexion et a retiré dernièrement plusieurs propositions de directives en la matière.

### La notion de consommateur

Jean-Pierre Bouscharain, conseiller à la Cour de cassation, explique que la conception d'origine était celle de l'*homo juridicus*, un individu désincarné en situation absolue d'égalité avec son cocontractant. La rencontre des volontés autonomes créait le rapport juridique obligatoire entre les parties, on avait pour l'essentiel renoncé au formalisme, seuls quelques contrats subsistaient. L'apparition de la consommation de masse a amené le législateur à vouloir protéger le citoyen, qu'il considérait comme mal informé, et a créé le rapport juridique obligatoire. Cette volonté de protection a existé bien avant le code de la consommation, s'est manifestée en jurisprudence, puis par différentes lois que l'on a ensuite regroupées.

D'après son approche empirique, le consommateur peut être considéré comme le sujet contractant pour la satisfaction de besoins personnels. Mais que dit le code de la consommation? Après examen, le consommateur y apparaît comme tout et rien. D'après les textes relatifs aux associations de consommateurs et à l'attribution de leur agrément, le consommateur est la personne qui cotise (l'agrément est subordonné au fait que l'association dispose d'un certain nombre de membres cotisant individuellement). En matière de publicité fautive ou de nature à induire en erreur, le bénéficiaire de la protection légale peut être un particulier agissant dans son intérêt personnel comme un commerçant agissant pour son activité commerciale. Dès lors, le bénéficiaire du droit de la consommation se définit comme tout sujet juridique, et aucune distinction n'est faite entre personne physique et personne

morale. Le texte relatif au surendettement traite du cas de «*personne physique de bonne foi se trouvant dans l'impossibilité de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles*». Le texte relatif au crédit à la consommation concerne l'«*emprunteur ou caution, personne physique, envers un professionnel du crédit*». Le code offre donc une image brouillée du consommateur, aux contours imprécis. Cette image brouillée résulte du fait que le code de la consommation constitue une compilation à droit constant de textes hétéroclites. Cette absence d'unité trouble l'appréhension de la notion de consommateur. Une zone focale cependant se dessine : c'est une personne physique qui se procure ou utilise un bien ou un service dans un but personnel, ou plus précisément dans un but qui n'est pas exclusivement professionnel.

Par ailleurs, il existe des textes d'inspiration consumériste en dehors du code de la consommation : dans le code monétaire et financier, le code des assurances, le code de la santé publique...

Dans ce contexte, l'important est la finalité de l'arrêt consumériste : la protection. Il s'agit d'une part d'une protection dans l'expression du consentement : obligation pour le professionnel de formaliser et de maintenir son offre, instauration d'un délai de réflexion, délivrance d'une information spécifique, octroi à la personne protégée d'un droit de repentir, de rétractation. Il s'agit d'autre part d'une protection contre un déséquilibre : contexte d'abus de puissance économique, contexte de préredaction du contrat avec distribution inégale ou inéquitable des obligations respectives des parties...

Son expérience de président de la Commission des clauses abusives fait dire à Jean-Pierre Bouscharain qu'à trop vouloir protéger, on finit par ne plus protéger du tout. Si l'on souhaite maintenir des règles de droit consumériste, il faut le faire à partir de notions claires. Le droit doit être un instrument relativement rustique pour être compréhensible par tous. Il est préférable de regrouper, à partir d'une notion claire du consommateur, des règles applicables à ce consommateur dans des situations particulières déterminées plutôt que de laisser se poursuivre l'émiettement de règles juridiques qui s'enchevêtrent à tel point qu'elles deviennent parfois incohérentes.

Il estime que le recours au formalisme, privilégié jusqu'ici, suscite parfois des contentieux opportunistes, et doute qu'il confère au consommateur une protection accrue.

### **Droit spécifique et droit général**

Laurent Leveneur, professeur à l'université Paris-II, indique en préambule que le droit de la consommation ne se réduit pas au code de la consommation. Le droit de la consommation préexiste au code de la consommation.

Le droit de la consommation n'est pas une branche du droit autonome, qui se suffirait à elle-même. Le contrat entre professionnel et consommateur repose sur des bases de droit commun, qui figurent dans le code civil. Le droit de la consommation fait donc partie du droit civil.

La particularité du droit de la consommation est d'être un droit transversal. Il traverse à la fois la théorie générale des contrats et des obligations et les droits spéciaux. Dans la théorie générale des contrats, à côté des contrats de type synallagmatique, aléatoire et unilatéral, se trouve la catégorie contrat de consommation qui regroupe quelques règles générales applicables à tous les contrats de consommation (articles L. 111-1, L. 132-1, L. 133-1 et 2). Le droit spécial de la consommation se retrouve dans les branches particulières du droit contractuel que sont les contrats spéciaux : il existe des règles propres à la vente entre professionnel et consommateur qui font partie du droit de la vente; il en est de même en matière d'assurance et de prêt. Le droit de la consommation est ainsi composé à la fois d'un droit général et d'un droit spécial, il est transversal.

Le droit de la consommation est un droit de rééquilibrage juridique d'une situation d'infériorité économique : le consommateur est face à des professionnels qui ont l'habitude de manier les techniques de commercialisation, de marketing éventuellement agressif. Il a besoin d'être protégé. Le code civil ayant été conçu pour fonctionner entre contractants égaux, il n'est pas aberrant, lorsque la situation n'est pas égale, d'édicter des mesures de rééquilibrage unilatéral : c'est la logique du droit de la consommation.

Une seconde logique consistant à considérer le consommateur comme un acteur de la régulation du marché n'est pas exclusive, le besoin de protection est toujours présent. Il est d'ailleurs réaffirmé dans l'ordonnance du 17 février 2005 qui introduit une nouvelle protection de l'acheteur. À ceux qui souhaiteraient étendre à la vente entre professionnels le bénéfice de l'ordonnance, Laurent Leveneur répond que le besoin de protection des professionnels est différent de celui des consommateurs et qu'il appelle donc des règles différentes. Des règles conçues pour la protection des consommateurs ne peuvent être étendues à toutes les relations. Ainsi, le droit de la consommation est légitime.

Le code de la consommation est également légitime. Il eût été convenable de faire figurer le droit général de la consommation dans le code civil avec le reste de la théorie générale des contrats et de faire figurer le droit spécial de la consommation dans les titres du code civil relatifs à chacun d'eux, mais un obstacle matériel s'y opposa : le manque de place. Le fait de disposer d'un code à part permet de traduire la spécificité de la matière, beaucoup plus que si elle avait été diffusée dans le code civil. La codification a un autre intérêt : celui de retrouver les textes dans le maquis des lois.

De même que le code civil est conçu pour recueillir les règles applicables quelle que soit la qualité des parties, et le code du commerce les règles spéciales aux relations entre commerçants, il est légitime d'avoir un code de la consommation qui recueille les règles spécifiques aux relations entre professionnels et consommateurs.

Certains aspects du code pourraient cependant être améliorés. Il conviendrait de poser une définition claire du consommateur, à la lumière du droit communautaire, en délimitant le champ d'application du code, et d'expurger le code de ce qui n'y a pas sa place en vertu du critère "contrat entre professionnel et consommateur" : exit le taux effectif global, la protection de la caution... Le professeur cite un exemple d'amélioration apportée avec l'ordonnance du 17 février 2005 : l'abandon de la disposition code pilote/code suiveur au profit de dispositions spécifiques au contrat entre professionnel et consommateur. Il propose également d'intégrer dans le code des textes inscrits dans d'autres codes, comme le texte sur les produits défectueux issu d'une directive européenne et aujourd'hui inscrit dans le code civil. Cela permettrait d'avoir dans l'ensemble des États membres des codes de la consommation au contenu non pas identique, mais voisin.

En somme, il s'agirait de gagner en simplicité et en lisibilité.

### **L'exercice du droit pénal en matière de consommation**

Catherine Champrenault, avocate générale à la cour d'appel de Douai, fait part de son expérience de chef de la section économique et sociale du parquet de Paris de 2002 à 2004.

Le droit répressif de la consommation peut s'exercer sans plainte préalable ou accessoire de victime. Beaucoup de poursuites sont initiées sur des procès-verbaux d'administrations de contrôle, qui peuvent intervenir d'office et qui mettent en évidence des infractions nuisant à l'intérêt général des consommateurs, sans forcément identifier telle ou telle victime. L'idée présente dans le rapport du groupe de travail juridique de l'INC, selon laquelle le parquet classe toutes les requêtes qui

lui sont transmises, est infondée. Seul un tiers des 1600 procès-verbaux ou plaintes reçus chaque année est classé. Ce sont essentiellement des plaintes de particuliers mal fondées ou peut-être mal présentées. En 2003 et 2004, plus de 90 % des procès-verbaux issus de la DGCCRF ont été poursuivis.

En matière de consommation, les infractions pénales sont soit délictuelles, soit contraventionnelles. Deux types d'infractions sont faciles à caractériser : la publicité trompeuse (le texte permet de poursuivre les professionnels et les particuliers, aucune intention de nuire n'est exigée, la simple imprudence est constitutive de publicité trompeuse) et le démarchage à domicile irrégulier (infraction facile à caractériser car matérielle, le formalisme non respecté crée l'infraction). Les infractions de tromperie sont plus difficiles à caractériser, elles supposent un caractère intentionnel de tromper, qui se prouve en général par expertise, ce qui nécessite d'ouvrir une information.

Le parquet de Paris poursuit chaque année plus de 700 affaires concernant des défauts d'affichage de prix et des problèmes d'hygiène dans des établissements. Parmi elles, plus de 500 sont poursuivies par la voie de l'ordonnance pénale, procédure rapide dans laquelle le parquet requiert du juge d'instance une amende, qui évite un passage devant le tribunal de police. Les délits de publicité mensongère représentent près de 50 affaires, les délits de démarchage illégal entre 15 et 30, les délits de tromperie entre 40 et 60. À cela s'ajoute l'abus de faiblesse, très difficile à caractériser : il implique que l'auteur ait conscience de la situation de faiblesse.

La question de pénaliser ou non les manquements au code de la consommation revient régulièrement. Certains envisagent de dépenaliser en confiant à une administration ou une organisation le soin de sanctionner financièrement, de façon administrative, certains comportements en matière de droit à la consommation. Mais il y a un enjeu d'ordre public économique et social à poursuivre les infractions au code de la consommation et celles qui portent atteinte aux droits du consommateur. Le monde de la consommation compte des fraudeurs, des voyous dont les comportements s'assimilent parfois à ceux d'escrocs ; certains comportements d'imprudence ne relèvent certes pas d'une volonté de nuire mais leurs conséquences sont terribles pour la sécurité, la santé publique... Dans ce contexte, il est nécessaire de protéger les consommateurs de comportements qui sont du ressort du droit pénal. De plus, si l'on dépenalise, les entreprises vont intégrer le risque d'amende administrative dans leurs charges et le phénomène se banalisera. La sanction pénale, a fortiori le procès pénal, permet une stigmatisation du mis en cause. La poursuite a une vertu d'intimidation. De nombreuses sanctions prévoient l'affichage et la publication des condamnations. C'est important pour le consommateur, qui est alors informé, et pour les règles de concurrence : la majorité des entreprises sont honnêtes, elles n'ont pas à être pénalisées par celles qui ne respectent pas la législation.

Catherine Champrenault signale que la justice dispose aujourd'hui de moyens lui permettant d'agir plus rapidement. Ainsi, l'ordonnance pénale évite la comparution à l'audience, la composition pénale ménage une rencontre entre le procureur ou son délégué et permet de prononcer des amendes et des peines complémentaires, et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité évite le procès pénal. On assiste aujourd'hui à une accélération des procédures. Le contentieux peut être traité sans forcément aller jusqu'à l'audience de jugement.

Elle estime regrettable que les associations de consommateurs ne soient pas plus présentes dans les juridictions répressives. Le consommateur, souvent seul, se sent démuné. Le fait qu'une association porte une action et un intérêt commun aide la justice à mesurer les préjudices et les enjeux.

## En conclusion

Christian Babusiaux conclut que l'idée d'un droit de la consommation spécifique et d'un code de la consommation garde sa force, mais qu'une nouvelle étape de la construction de ce droit et de ce code ainsi que des avancées sur un certain nombre de points concrets sont nécessaires.

Le droit de la consommation doit être simplifié pour être rendu plus accessible. Cela suppose de refondre le code, par exemple en faisant ressortir plus clairement les principes généraux, en adoptant une définition peut-être plus restrictive mais plus claire du consommateur et en unifiant les délais différents prévus par diverses dispositions. Cela suppose aussi d'intégrer au code des dispositions qui figurent dans d'autres textes et d'en exclure en revanche des articles qui trouveraient mieux leur place ailleurs.

Une plus grande cohérence doit être assurée d'une part à l'intérieur du droit de la consommation, d'autre part entre ce droit et les droits spécifiques qui peuvent légitimement demeurer à part mais se situent néanmoins à sa périphérie et auxquels le consommateur a autant recours qu'au code de la consommation.

La cohérence interne doit s'appuyer sur une inspiration d'ensemble et des principes forts, car c'est toujours la force des principes sur lesquels il repose qui fait la force d'un droit. L'inspiration d'ensemble doit être de placer les consommateurs les plus faibles, directement ou via leurs représentants, en position d'être des acteurs sur le marché et pas seulement des éléments d'une catégorie à part qu'il s'agit de protéger. Affirmer cette ligne n'est pas tomber dans l'économisme, mais chercher la cohérence et l'efficacité. C'est aussi la seule voie pour tenir compte du contexte européen, qui est celui d'une Union encore plus orientée, de fait de son élargissement, vers un libre marché.

Plusieurs conséquences doivent en résulter.

Tout d'abord, il doit être reconnu que certaines dispositions du code de la consommation relèvent de l'ordre public de direction. Christian Babusiaux ne méconnaît pas les craintes qui existent à ce sujet, mais elles sont certainement surmontables si on ne cherche pas à donner ce statut juridique à l'ensemble du droit de la consommation.

Ensuite, il faut assurer la jonction entre le droit de la consommation et celui de la régulation, et la meilleure solution pour le faire est d'intégrer la préoccupation de l'intérêt des consommateurs dans les pouvoirs des autorités de régulation.

Il faut enfin, même si c'est un travail plus complexe, aller vers un droit du marché unifiant le droit de la consommation, celui de la concurrence et celui de la régulation.

Cette nouvelle étape de la construction du droit devrait, à son sens, être l'occasion d'avancer aussi dans certains domaines particuliers qui sont aujourd'hui sources d'insatisfactions importantes des consommateurs. Ainsi, que ce soit en matière de téléphonie, d'accès à Internet, d'assurance et notamment d'assurance complémentaire santé et d'assurance dépendance, les consommateurs sont dans l'impossibilité de comparer réellement les offres. La possibilité pourrait être donnée au pouvoir réglementaire ou aux autorités de régulation de proposer ou de fixer des cadres généraux de présentation qui facilitent la comparabilité. Ce serait actualiser le principe général d'information des consommateurs institué en 1992.

La définition du consommateur et du vendeur devrait être actualisée pour prendre en compte la nouvelle réalité de la vente par Internet. La possibilité évoquée par le groupe de travail juridique de l'INC que, lorsqu'un jugement peut concerner d'autres consommateurs qui ont conclu un contrat identique avec un même professionnel, la chose jugée soit par autorité étendue à ces autres contractants, serait également une avancée importante.

## RENDRE LE CODE DE LA CONSOMMATION PLUS EFFICACE

Jérôme Franck, avocat, présente les différents arbitres qui contribuent à l'efficacité du droit de la consommation. La DGCCRF est le premier d'entre eux. Son rôle est déterminant dans l'application du droit de la consommation. Autre élément clé : les autorités de régulation, qui ne peuvent ignorer le droit de la consommation, au moins dans sa composante économique. La médiation pourrait apparaître également comme une solution à l'effectivité du droit et à son application.

### Les nouveaux pouvoirs de la DGCCRF

Jean-Jacques Berger, sous-directeur de la DGCCRF, indique qu'en matière de sécurité et de conformité, la DGCCRF a un pouvoir de police administrative, acquis en 2001 pour le secteur alimentaire et complété en 2004. Il s'applique aux entreprises et aux produits. S'agissant des établissements, il donne la possibilité aux agents d'ordonner toute mesure corrective aux responsables de l'entreprise; en cas de nécessité, ils peuvent proposer au préfet la fermeture de tout ou partie de l'établissement. Lorsque des produits ont des défauts de conformité, les agents peuvent ordonner leur mise en conformité; le non-respect est sanctionné par deux ans d'emprisonnement et une amende de 15 000 €.

L'attribution de nouveaux pouvoirs à la DGCCRF par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> septembre 2005 résulte d'un constat : l'efficacité insuffisante de ses actions et le fait qu'elle détenait des pouvoirs moins importants que ses homologues européens. Concernant l'efficacité des suites, Jean-Jacques Berger considère que les résultats du parquet de Paris ne sont pas représentatifs de ceux de l'ensemble des parquets français, dans lesquels on constate trop d'engorgement, d'attente et de classement des procès-verbaux. Il s'agissait également d'appliquer les dispositions communautaires du règlement du 27 octobre 2004 relatif à la coopération administrative en matière de protection des consommateurs, qui imposent aux États membres de se doter d'une autorité publique en charge de la protection des intérêts économiques du consommateur, de pouvoirs d'investigation et de contrôle (pouvoirs dont disposait déjà la DGCCRF), mais aussi de pouvoirs directs ou indirects d'injonction auprès des professionnels et de pouvoirs en cessation pour qu'il soit mis un terme à des agissements illicites.

Il précise également le contexte dans lequel l'attribution de ces nouveaux pouvoirs a été décidée. La DGCCRF disposait, au plan national, de moins de pouvoirs en matière d'action en cessation que les associations de consommateurs. En outre, à la suite de la transcription de la directive européenne sur les actions en cessation, les associations de consommateurs ont été notifiées à la Commission européenne pour agir en cessation dans les autres pays de l'Union. Enfin, dans d'autres États membres, les autorités nationales ont notifié des organismes publics chargés de la protection des consommateurs auprès de la Commission européenne pour agir en cessation. Il convenait aussi d'harmoniser les pouvoirs des agents au niveau géographique et de les adapter, en matière de protection économique des consommateurs, à la gravité des infractions.

L'ordonnance du 1<sup>er</sup> septembre 2005 porte sur quatre points : le règlement transactionnel, l'harmonisation et l'adaptation des pouvoirs d'enquête à la gravité des infractions, la cessation de pratiques illicites et l'amélioration de la coopération entre les administrations françaises et les autorités étrangères.

La DGCCRF pourra, après accord du procureur de la République et tant que l'action publique n'aura pas été mise en œuvre, proposer une transaction pour les contraventions prévues aux livres I, II et III du code de la consommation et pour les contraventions prévues au livre IV du code de commerce. Les modalités du pouvoir de transaction seront mises en œuvre par décret.

L'adaptation des pouvoirs d'enquête à la gravité des infractions correspond en fait à une réallocation des pouvoirs. Les infractions pouvant être poursuivies avec des pouvoirs élargis relèvent des domaines du démarchage, de l'immobilier en temps partagé, des ventes ou prestations à la boule de neige, de l'abus de faiblesse, du crédit à la consommation, de l'usure, de la vente de biens ou fournitures à distance. Sont soumises aux pouvoirs ordinaires les infractions en matière de publicité des prix, de refus de vente, de prestations de services avec prime, d'information précontractuelle dans les contrats de services de communication électronique, de loterie publicitaire, de vente sans commande préalable et de clauses abusives. Dans le cadre de leur enquête, les agents ne peuvent se voir opposer le secret professionnel. De plus, la compétence des enquêteurs est étendue à l'ensemble du territoire national pour la recherche et le constat d'infraction en matière de publicité mensongère.

Par ailleurs, la DGCCRF se voit reconnaître de nouveaux pouvoirs pour mettre fin aux pratiques commerciales douteuses : le pouvoir d'injonction aux professionnels de se mettre en conformité dans un délai raisonnable et l'action en cessation proprement dite. Ce pouvoir était de longue date reconnu aux associations de consommateurs dans leurs actions civiles. Ses modalités seront mises en œuvre par décret.

L'ordonnance prévoit enfin l'échange d'informations entre la DGCCRF et les autorités compétentes des États membres. Il s'agit de lutter plus efficacement contre les pratiques frauduleuses transfrontalières qui, notamment avec le développement du commerce électronique, se multiplient.

Jean-Jacques Berger conclut en précisant qu'un groupe de travail réfléchit actuellement aux éléments de cadrage nécessaires pour que ces nouveaux pouvoirs entrent en application.

### La prise en compte du consommateur par l'autorité de régulation

Joëlle Toledano, membre du collège de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep), explique dans quelle mesure l'Arcep exerce un rôle direct sur les questions intéressant les consommateurs.

Dans le code des postes et des communications électroniques, trois des quatorze missions assignées conjointement au ministre des communications électroniques et à l'Arcep, dans le cadre de leurs attributions respectives, concernent les consommateurs : premièrement, la fourniture et le financement des composantes du service public et en particulier du service universel; deuxièmement, l'exercice au bénéfice du consommateur d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants du réseau et les fournisseurs de services de communication électronique et, troisièmement, l'obligation de veiller à un niveau élevé de protection du consommateur grâce à la fourniture d'informations claires, notamment la transparence des tarifs des services accessibles au public.

Les deux premières missions font l'objet d'actions et de décisions régulières, qui bien sûr prennent en compte l'intérêt des consommateurs, mais ne sont pas au centre du débat en cours. Pour informer les consommateurs, l'Arcep utilise différents supports avec en particulier un site Internet proposant des dossiers thématiques, une lettre périodique, un observatoire des marchés et des études de qualité de service.

L'information tient une place importante dans l'organisation du marché et sa régulation. La mise à disposition d'informations aide les consommateurs dans leurs choix. Étant dans un monde technique, l'Autorité s'adresse davantage à des intermédiaires relais et moins directement aux consommateurs.

L'Autorité de régulation s'efforce aussi d'intégrer les préoccupations des consommateurs dans l'élaboration de ses décisions et de développer ses relations avec les associations de consommateurs. Enfin, l'Arcep apporte directement un soutien aux consommateurs : près de 8000 réclamations ou questions sont parvenues en 2004 sous différentes formes (courrier, téléphone, courriel...) à l'Arcep. L'unité consommation y répond et cherche à aider les consommateurs et leurs représentants. Joëlle Toledano précise qu'il arrive à l'Arcep de s'appuyer sur son "magistère moral" pour inciter tel ou tel opérateur à faire évoluer son comportement à l'égard des consommateurs quand certaines pratiques lui semblent particulièrement inappropriées.

Faut-il modifier le code de la consommation et donner davantage de missions et de pouvoirs aux autorités de régulation sectorielle, comme l'a proposé Christian Babusiaux? Joëlle Toledano estime ne pas pouvoir répondre à cette question. Elle cite l'exemple de l'homologue britannique de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, l'Ofcom, qui a effectivement des pouvoirs précis dans le domaine de la protection des consommateurs. Il conviendrait d'examiner les résultats obtenus par cette organisation, comme d'ailleurs par les différentes formes d'organisation observées ailleurs en Europe, pour faire ensuite éventuellement des propositions qui améliorent la situation.

### **Le rôle de la médiation dans l'effectivité du droit de la consommation**

Francis Frizon, médiateur de la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), précise que la situation du code de la consommation, en tant que compilation de textes épars, n'est pas originale. Le code des assurances, créé sur le même modèle en 1976, a été expurgé et remanié plusieurs fois afin de présenter un ensemble de textes cohérent.

Fort de son expérience en matière de droit des assurances, il met en garde contre la simplification pour la simplification et les initiatives sans réflexion préalable sérieuse. Par exemple, lorsque pour des raisons de simplification, les règles relatives aux contrats de capitalisation ont été supprimées du code des assurances, il a résulté de cette suppression des difficultés d'application considérables, et la législation de la capitalisation a dû être revue.

Le médiateur des assurances existe depuis treize ans et le médiateur de la République depuis trente ans. Cependant, ils manquent de notoriété.

La médiation est un espace de liberté. En effet, le médiateur peut appliquer la loi avec un domaine de liberté qui n'appartient pas au juge, il peut statuer *ultra petita*. Il dispose de la liberté d'investiguer, de prendre en considération la totalité des éléments dont il dispose pour exprimer une opinion. C'est également une liberté pour les parties de choisir la médiation, mode alternatif de résolution du conflit, plutôt qu'une autre voie. Enfin, c'est la liberté pour les parties de suivre ou non l'avis du médiateur.

La protection des individus nécessite une règle claire et efficace qui puisse s'imposer à tous. La Commission européenne, en contrepartie de l'aménagement d'un espace communautaire dans lequel les personnes, les biens et les services circulent librement, où s'exerce une libre concurrence, requiert que les

États membres mettent en place des schémas qui protègent les usagers. Cette règle européenne est une référence.

Il conviendrait pour définir la médiation, qui ne figure pas dans le code de la consommation, de suivre la démarche initiée par la Commission européenne qui a émis deux recommandations. Celles-ci définissent les critères d'une véritable médiation : l'indépendance du médiateur, la confidentialité de la médiation, la transparence, le respect du contradictoire, l'efficacité (la médiation doit mettre fin au litige), la représentation et la subsidiarité pour préserver l'accès à la justice.

Francis Frizon ajoute à ces critères celui de la gratuité. Les déséquilibres en matière économique même de l'accès à la justice sont encore flagrants.

La médiation en France est très éloignée du système britannique dans lequel elle joue le rôle d'une véritable autorité de régulation comptant près de trois cents collaborateurs. Il estime souhaitable qu'un minimum de régulation, sur la base des réflexions de l'Union européenne, intervienne afin de limiter le développement d'officines qui se présentent comme des médiateurs, mais n'en respectent pas les principes.

Ces aspects sont à garder en mémoire pour entamer plus qu'une réflexion sur un véritable code de la consommation. Il faudra user de pragmatisme pour définir le contenu de ce nouveau code.

### **En conclusion**

Jérôme Franck indique que les nouveaux pouvoirs attribués à la DGCCRF soulèvent trois interrogations : comment ces nouveaux pouvoirs se coordonneront-ils avec ceux des associations de consommateurs? les décisions rendues dans le cadre des pouvoirs d'injonction et de cessation auront-elles un effet absolu ou bien relatif? le pouvoir d'injonction sera-t-il mis en œuvre *proprio motu* par la DGCCRF?

Il rappelle que la fonction première des autorités de régulation est de veiller à la concurrence saine et loyale dans l'intérêt des utilisateurs. Dans ces conditions, un aménagement des textes semble nécessaire pour que ces autorités puissent sanctionner les opérateurs qui manquent gravement à leurs devoirs de loyauté.

Faut-il faire de la médiation une règle spécifique de régulation des conflits dans le domaine de la consommation? D'après Laurent Leveneur, seules les règles spécifiques devraient figurer dans le code de la consommation. La médiation n'est pas spécifique à la consommation, c'est un mode de résolution des litiges qui peut être intéressant pour autant qu'il respecte un certain nombre de principes directeurs.

Jean-Jacques Berger réagit aux propos de Jérôme Franck sur les nouveaux pouvoirs de la DGCCRF et ses conséquences sur ses relations avec les associations de consommateurs. Une attention particulière devra être apportée au fait que la transaction ne sera possible pour autant qu'une action publique ne sera pas engagée. Il serait dommageable que ce pouvoir de transaction puisse priver une victime de son droit d'être indemnisée.

Il souligne que l'objectif est de donner des moyens supérieurs d'effectivité au droit et non de conduire à ce que les consommateurs ou les associations puissent être privés de la possibilité d'obtenir réparation.

## **ÉCHANGES AVEC LES PARTICIPANTS**

Christian Huard, secrétaire général de l'Adécic et président de ConsoFrance, explique que le problème de l'effectivité du droit est apparu du fait de l'explosion récente des services. Le code est construit sur la base de la vente de produits auxquels

sont associés de temps en temps des services. Or, aujourd'hui, on assiste à un bouleversement de l'offre. Il y a de plus en plus de contrats de services, auxquels sont associés des produits auxiliaires. On a ainsi changé fondamentalement la relation

commerciale et un certain nombre de principes de la consommation.

Au nom de l'effectivité du droit, l'intérêt des consommateurs apparaît dans l'une des missions de l'Arcep. Christian Huard estime que le problème le plus important est de savoir quelle place est donnée à l'intérêt des consommateurs : où celui-ci se situe-t-il dans la hiérarchie des missions ? Il rappelle que l'ART a été condamnée par le Conseil d'État pour avoir méconnu l'un des droits fondamentaux du code civil et du code de la consommation selon lequel on ne peut pas contracter avec quelqu'un qui n'a pas donné son accord. La priorité des autorités de régulation devrait être l'intérêt du citoyen et non celui du marché. Sans cette hiérarchie, l'effectivité du droit, qui est en régression, continuera à régresser.

Joëlle Toledano, prenant un point de vue économiste, explique que ce qui importe n'est pas de savoir si c'est le premier objectif mais l'image qu'on se fait de ce qu'est l'intérêt du consommateur et du terme de cet intérêt : quel horizon se fixe-t-on ? Il ne serait pas suffisant de placer l'intérêt des consommateurs comme premier objectif, encore faudrait-il se mettre d'accord sur la façon d'y arriver !

Michel Crochart, avocat à Saint-Quentin-en-Yvelines, regrette vivement qu'il n'existe pas de définition légale du consommateur en France alors qu'il en existe une en droit européen. Faut-il s'en tenir à la définition communautaire selon laquelle le consommateur est une personne physique qui consomme à des fins non professionnelles et qui est l'utilisateur final, ou bien tenir compte des circonvolutions de la Cour de cassation qui y intègre certaines personnes morales comme les associations loi 1901 ? Il soulève un autre problème de définition : celle du non-professionnel envisagé dans les textes relatifs aux clauses abusives. Définir ces notions serait utile pour savoir où l'on va quand on plaide devant une juridiction française.

Pour Jérôme Franck, les questions soulevées sur la définition de la notion de consommateur reviennent à opposer le droit de

la protection au droit de la régulation. Autant le droit de la régulation a besoin d'une grande sécurité juridique, donc d'une définition stricte du consommateur, autant le droit de la protection va chercher à étendre son champ d'application pour assurer une fonction de rééquilibrage. Il faudra trancher et certainement dans le sens du droit communautaire.

La situation est globalement très insatisfaisante. Il estime que la cohérence des arrêts de la Cour de cassation n'est pas de première évidence, particulièrement en matière de clauses abusives.

Hubert Perreau, membre du bureau de la commission consommation du Medef, tient à faire une mise au point. Si les travaux de la matinée se sont tenus autour d'un rapport de l'INC ayant réuni des associations de consommateurs, Jérôme Franck, avocat partisan de l'intérêt des consommateurs, et des membres éminents de la DGCCRF, il ne faut pas en conclure que la présence du Medef et l'audition de M<sup>me</sup> de Saint-Didier par le groupe de travail valent approbation et validation des conclusions présentées.

Il insiste d'autant plus qu'il a entendu la commande de Guillaume Cerutti passée à l'INC de traduire en termes effectifs les réflexions de la matinée. Il souligne que ces travaux n'engagent que les participants à cette réflexion et en aucun cas les professionnels et les entreprises. Il est gêné de constater que la DGCCRF, ayant participé à ces travaux, soit juge et partie. La situation est ambiguë. Il eût préféré que Guillaume Cerutti le notât et prît une position différente.

Noël de Saint-Pulgent, président du conseil d'administration de l'INC, précise que ces travaux rassemblent des réflexions et ne présentent pas des prises de position officielles de partenaires sociaux. Il rappelle que l'INC n'est pas une instance représentative, mais qu'il cherche à faire avancer les réflexions. Il considère que l'INC a tout à fait rempli son rôle dans cette opération.

## CONCLUSION DES DÉBATS

Le président du conseil d'administration de l'INC conclut que les principes d'un droit autonome de la consommation et d'un code de la consommation ne sont pas remis en question. Douze ans après sa création, le code de la consommation doit bénéficier d'un aggiornamento. Il convient de définir la notion de consommateur et par effet de miroir celle de professionnel, de passer d'un droit de la protection stricto sensu à un droit intégrant des éléments de régulation, le consommateur étant devenu un acteur de la régulation du marché.

Il indique que par symétrie, et en réponse à Christian Huard, il lui semble à titre personnel que les autorités de régulation devraient prendre en compte au premier chef l'intérêt des consommateurs. Il fait référence à la rédaction de la loi, à laquelle il a pris part, qui a créé la Commission de contrôle des assurances en 1990. La préoccupation d'alors était de contrôler

les entreprises pour garantir leur solidité financière et s'assurer qu'elles ne fassent pas faillite, ce qui était la première protection des assurés. Celle-ci, toujours nécessaire, n'est toutefois plus satisfaisante, et s'est vite révélée insuffisante. Il faut que la défense des intérêts des consommateurs se coordonne avec les autres activités des autorités de régulation.

Cette matinée de réflexion n'est certes qu'une étape, mais que l'INC et ses partenaires ont franchie avec allégresse. Une synthèse des réflexions débouchant sur un certain nombre de propositions sera remise à la DGCCRF et au ministre en charge de la consommation.

**Armelle Madelaine**