

Vers un droit européen de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ?

Thierry Bourgoignie

Volume 46, numéro 1-2, 2005

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043833ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/043833ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bourgoignie, T. (2005). Vers un droit européen de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ? *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 153-174.
<https://doi.org/10.7202/043833ar>

Résumé de l'article

Les résultats atteints par l'intégration européenne dans le domaine de la politique de protection du consommateur sont considérables et concernent des aspects de plus en plus nombreux du droit privé des États membres de l'Union européenne. Une évaluation globalement positive de l'acquis communautaire dans ce domaine est faite au vu du degré élevé de protection dont bénéficie le consommateur sur le marché intérieur de la Communauté européenne. Ce succès est dû notamment aux conditions dans lesquelles s'est déroulé jusqu'à ce jour le processus communautaire d'intégration juridique dans le domaine de la protection du consommateur. Quatre caractéristiques principales sont ainsi mises en évidence, définies et illustrées : les caractères réflexif, minimal, évolutif et fragmenté du mode de rapprochement des droits en cours. Ces caractères contribuent à un processus d'intégration du droit qui concilie les impératifs liés à la réalisation d'un marché économique intérieur avec le souci tout aussi légitime de promouvoir les intérêts des consommateurs sur le marché élargi.

Vers un droit européen de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ?

Thierry BOURGOIGNIE*

Les résultats atteints par l'intégration européenne dans le domaine de la politique de protection du consommateur sont considérables et concernent des aspects de plus en plus nombreux du droit privé des États membres de l'Union européenne. Une évaluation globalement positive de l'acquis communautaire dans ce domaine est faite au vu du degré élevé de protection dont bénéficie le consommateur sur le marché intérieur de la Communauté européenne. Ce succès est dû notamment aux conditions dans lesquelles s'est déroulé jusqu'à ce jour le processus communautaire d'intégration juridique dans le domaine de la protection du consommateur. Quatre caractéristiques principales sont ainsi mises en évidence, définies et illustrées : les caractères réflexif, minimal, évolutif et fragmenté du mode de rapprochement des droits en cours. Ces caractères contribuent à un processus d'intégration du droit qui concilie les impératifs liés à la réalisation d'un marché économique intérieur avec le souci tout aussi légitime de promouvoir les intérêts des consommateurs sur le marché élargi.

Results obtained by European integration in the field of consumer protection policy have been considerable and they address an increasing number of issues in the private law of Member states within the European Union. An overall positive evaluation of the community experience in this area is conducted in view of the high level of protection afforded to consumers on the domestic market within the European Community.

* Professeur, Université du Québec à Montréal (UQAM) ; directeur, Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation (GREDDIC), UQAM.

This success is notably due to the conditions under which the community process of legal integration in the field of consumer protection has occurred. Four main characteristics, which are found in the way these law systems are coming together, are highlighted, defined and illustrated, namely their reflexive, minimal, evolutionary and fragmented aspects. These characteristics are contributing to the process of systemic legal integration that reconciles the imperatives linked to the materialization of an internal economic market, while promoting the equally justifiable interests of consumers in this enlarged market.

	<i>Pages</i>
1 L'acquis communautaire dans le domaine du droit de la consommation : significatif, substantiel et positif	156
2 Les caractéristiques du processus communautaire d'intégration juridique suivi à ce jour dans le domaine de la politique de protection du consommateur	159
2.1 Un processus réflexif.....	160
2.1.1 L'adoption de mesures allant au-delà des objectifs économiques du traité	160
2.1.2 La protection du consommateur comme exception légitime au libre commerce	162
2.2 Une harmonisation minimale	163
2.3 Un processus évolutif	165
2.4 La diversité dans l'unité ou la fragmentation du droit de la consommation dans l'ordre juridique communautaire.....	166
3 De la pertinence d'une codification du droit communautaire de la consommation.....	172

Répondre à la perplexité, sans réduire la diversité,
c'est peut-être faire l'apprentissage de la complexité¹.

Notre contribution se veut une réflexion sur les instruments du processus d'intégration juridique poursuivi — ou à poursuivre — dans l'ordre juridique délimité par la Communauté européenne, au départ des

1. M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT et H. RUIZ FABRI (dir.), *Variations autour d'un droit commun*, Paris, Société de législation comparée, 2002, cités par M. DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, 2004, p. 22.

développements survenus en Europe au cours des dernières années dans le champ particulier de la politique de la protection du consommateur et de ses manifestations juridiques traditionnellement classées sous le vocable de « droit de la consommation² ».

Le propos pourrait sans doute être élargi à d'autres politiques communautaires, telle la protection de l'environnement³, à d'autres sphères géographiques, telles que le Canada, autour notamment de l'article 807.1 de l'Accord sur le commerce intérieur au Canada de 1995⁴ ou à d'autres systèmes d'intégration régionale, tels que l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), le Marché commun du sud de l'Amérique latine (MERCOSUR), la Communauté caraïbe (CARICOM) ou le projet de zone de libre-échange des Amériques (ZLEA)⁵.

Cherchant à évaluer l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur, nous concluons au succès de l'entreprise menée dans ce champ d'action en Europe durant les dernières décennies. Le droit européen de la consommation est devenu une réalité incontournable

-
2. Sur ce vocable, voir : C. MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans P.-C. LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse : en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 39 ; en Europe : T. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, Story Scientia/Bruylant, 1988, 564 p.
 3. Sur les rapprochements entre la politique communautaire de la protection du consommateur et celle de la protection de l'environnement, lire : C. KYE (dir.), *Les politiques communautaires de protection du consommateur et de l'environnement : convergences et divergences*, Bruxelles, Centre de droit de la consommation, Bruylant, 1999 ; également : T. BOURGOIGNIE, « Du développement durable à la consommation durable », dans S. GEROTTO (dir.), *Questions choisies de droit comparé de l'environnement*, Padoue (Italie), CLEUP, 2002, p. 129 ; K. TONNER, « Consumer Protection and Environmental Protection : Contradictions and Suggested Steps Towards Integration », *Journal of Consumer Policy*, vol. 23, n° 1, mars 2000, p. 63-78 ; T. WILHELMSSON, « Consumer Law and the Environment : from Consumer to Citizen », *Journal of Consumer Policy*, vol. 21, n° 1, mars 1998, p. 45-70 ; N. REICH, « A European Concept of Consumer Rights : Some Reflections on Rethinking Community Consumer Law », dans J. ZIEGEL (dir.), *New Developments in International Commercial and Consumer Law*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 431, aux pages 450-460 ; L. KRAMER, « On the Interrelation Between Consumer and Environmental Policies in the European Community », *Journal of Consumer Policy*, vol. 16, n° 3-4, décembre 1993, p. 455-467.
 4. Pour le texte de cet accord et un commentaire, voir : C. BOULANGER, *L'Accord sur le commerce intérieur au Canada : un accord impossible ?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.
 5. Un axe prioritaire des travaux menés par le GREDICC, récemment créé à l'UQAM, consiste à évaluer le statut de la protection du consommateur dans ces divers systèmes intégrés.

pour le juriste national, influant de manière déterminante et toujours plus croissante sur le droit privé des États membres et contribuant à offrir au consommateur européen un degré élevé de protection sur le marché élargi des États membres de l'Union européenne (1). Les caractéristiques mêmes du processus d'harmonisation poursuivi dans le secteur de la politique de protection du consommateur expliquent, selon nous, le succès constaté (2). Il importe donc, à l'heure où de nouveaux instruments d'intégration juridique sont proposés, tels que la codification du droit de la consommation, de maintenir ou de consolider les bases d'un processus qui, jusqu'à ce jour, s'est révélé positif pour le consommateur européen (3).

1 L'acquis communautaire dans le domaine du droit de la consommation : significatif, substantiel et positif

Le titre de notre texte contient l'interrogation suivante : « Vers un droit européen de la consommation [...] ? » Nous posons la même question dans le titre de l'un de nos premiers articles sur le sujet, publié dans la *Revue trimestrielle de droit européen* en 1982⁶. Cela signifie-t-il que, 23 ans plus tard, l'on soit toujours en attente de voir émerger au niveau communautaire un droit de la consommation ? Autrement dit, qu'en l'espace de deux décennies rien ou fort peu n'a été fait au niveau communautaire sur le plan de la protection du consommateur ?

Tel n'est nullement le cas. Bien au contraire, le droit communautaire de la consommation, regroupant par là l'ensemble des initiatives prises à l'échelle de la Communauté européenne en vue de promouvoir les intérêts du consommateur dans le processus de construction de l'Union européenne et principalement dans le contexte de l'achèvement de son marché intérieur, est devenu un chapitre important du droit européen. L'introduction dans le traité instituant la Communauté européenne, à l'occasion de sa révision par le traité de Maastricht en 1992, d'une disposition consacrant la spécificité de la politique de protection du consommateur — l'article 129, devenu, dans la numérotation actuelle du traité, l'article 153 — lui a donné droit de cité et autonomie.

Timide pendant les premières années de la construction européenne, l'impact des initiatives prises au niveau communautaire sur le droit des États membres de l'Union européenne, notamment dans la sphère du droit privé, est devenu considérable. Il n'est pas dans notre intention de décrire ici les acquis du droit communautaire de la consommation et de passer en

6. T. BOURGOIGNIE, « Vers un droit de la consommation ? Possibilités et limites », (1982) *R.T.D. eur.* 1.

revue les différentes directives adoptées dans ce domaine. Une présentation détaillée en a été faite ailleurs⁷.

Retenons, à titre d'illustrations, la reconnaissance du caractère abusif des clauses contractuelles comme cause de nullité des contrats conclus entre les consommateurs et les entreprises⁸, l'incitation faite aux États membres de légiférer en vue d'exclure des contrats de consommation une série de clauses tenues pour abusives⁹, les règles détaillées relatives à l'information précontractuelle de renseignement, au formalisme et aux mentions obligatoires dans plusieurs contrats conclus avec les consommateurs, dont les contrats conclus à distance¹⁰, les ventes conclues en dehors de l'établissement de l'entreprise¹¹, les voyages à forfait¹², les achats en multipropriété¹³, certaines prestations de services d'intérêt général¹⁴ et le

-
7. T. BOURGOIGNIE, « Droit et politique communautaires de la consommation : une évaluation des acquis », dans P.-C. LAFOND (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 273 ; aussi dans : *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 95 ; T. BOURGOIGNIE, « L'impact du droit européen de la consommation sur le droit privé des États membres », dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 59. Voir aussi : B. LAMARTHE, *La défense du consommateur dans l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2001 ; J. STUYCK, « European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam : Consumer Policy In or Beyond the Internal Market ? », (2000) 37 *Common Market L.R.* 367 ; G. HOWELLS et T. WILHELMSSON, *EC Consumer Law*, 2^e éd., Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000 ; S. CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1999 ; S. WEATHERILL, « Consumer Policy », dans P. GRAIG et G. DE BURCA (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 693-720 ; S. WEATHERILL, *EC Consumer Law and Policy*, Londres, Longman, 1997.
 8. Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Journal officiel n° L 095 du 21 avril 1993, p. 29, art. 3 (1).
 9. Les clauses visées sont reprises dans la liste exemplative placée en annexe de la directive du 5 avril 1993.
 10. Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Journal officiel n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19.
 11. Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, Journal officiel n° L 372 du 31 décembre 1985, p. 31.
 12. Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, Journal officiel n° L 158 du 23 juin 1990, p. 59.
 13. Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, Journal officiel n° L 280 du 29 octobre 1994, p. 83.
 14. Les domaines visés sont les transports, la fourniture d'énergie (électricité et gaz), les télécommunications et les services postaux. Voir, dans le secteur des télécommunications :

crédit au consommateur¹⁵, la reconnaissance au consommateur d'un délai de réflexion dans la majorité de ces contrats, l'introduction d'un nouveau fondement donnant naissance à l'obligation de garantie dans les contrats de vente au consommateur en remplacement de la notion traditionnelle du vice caché¹⁶ et la définition de nouveaux fondements de la responsabilité des fabricants et des distributeurs mettant sur le marché un produit dangereux¹⁷ ou défectueux¹⁸. Concernant la procédure civile, les conditions de base communes sont définies pour l'introduction d'actions en injonction ou en cessation des pratiques contraires à l'intérêt du consommateur, y compris dans l'hypothèse de conflits transfrontières¹⁹. Les garanties que doivent présenter les modes non judiciaires de résolution des litiges en vue d'être considérés comme acceptables pour le règlement des litiges de consommation sont également précisées²⁰.

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), Journal officiel n° L 108 du 24 avril 2002, p. 51.

15. *Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation*, Journal officiel n° L 042 du 12 février 1987, p. 48. Une proposition de directive est actuellement débattue. Elle élargit considérablement le contrôle normatif du contrat de crédit au consommateur: *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs*, COM(2002) 443 final, 11 septembre 2002.
16. *Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, Journal officiel n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12.
17. *Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits*, Journal officiel n° L 011 du 15 janvier 2002, p. 4.
18. *Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, Journal officiel n° L 210 du 7 août 1985, p. 29.
19. *Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs*, Journal officiel n° L 166 du 11 juin 1998, p. 51.
20. *Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*, Journal officiel n° L 115 du 17 avril 1998, p. 31; *Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation*, Journal officiel n° L 109 du 19 avril 2001, p. 56.

Ajoutons que, pour les pays d'Europe centrale et orientale qui viennent d'adhérer à l'Union européenne et pour ceux qui s'y préparent (Roumanie, Bulgarie, Croatie, pays du sud des Balkans), l'introduction dans leur système juridique de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur a constitué ou constitue un fait novateur considérable²¹. Une problématique jusqu'alors peu connue se voit accorder une place importante dans le système juridique des pays visés, conduisant à l'adoption d'une loi nouvelle qui, dans quatorze des quinze États adhérents, a pris la forme d'une loi générale sur la protection du consommateur.

Le processus de construction de l'Union européenne a donc entraîné, parmi ses multiples réalisations, le développement d'un droit communautaire de la consommation de plus en plus construit et présent dans l'ordre juridique des États membres. Plusieurs des initiatives prises ne se limitent plus aux contours du droit, mais touchent aux principes mêmes du droit privé des États membres, en matière tant du droit des contrats que des règles de la responsabilité civile. L'évaluation globale qui peut en être faite s'avère positive au regard de l'objectif consistant à assurer au citoyen européen un degré élevé de protection sur le marché intérieur et progressivement élargi des États composant l'Union européenne. Le degré de protection actuellement accordé au consommateur européen se révèle à maints égards plus élevé que dans d'autres régions du monde.

2 Les caractéristiques du processus communautaire d'intégration juridique suivi à ce jour dans le domaine de la politique de protection du consommateur

Selon nous, quatre facteurs caractérisent le processus d'harmonisation en cours dans le secteur du droit de la consommation dans l'Union européenne et en expliquent le succès : ses caractères réflexif (2.1), minimal (2.2), évolutif (2.3) et fragmenté (2.4). La détermination de ces facteurs aide à préciser les modalités ou les conditions selon lesquelles le processus d'intégration juridique doit se poursuivre dans ce secteur.

21. T. BOURGOIGNIE et autres, *Towards European Harmonisation: Consumer Law and Institutional Structures in Eleven Central and East European Countries*, coll. «CICPP n° 10», Louvain-la-Neuve (Belgique), Centre de droit de la consommation, 1998. Sur l'encadrement du processus d'adhésion à l'Union européenne dans le domaine de la protection du consommateur, lire : T. BOURGOIGNIE, «Consumer Protection in Eastern and Central Europe: A Pan-European Debate», dans I. RAMSAY (dir.), *Consumer Law in the Global Economy: National and International Dimensions*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 73.

2.1 Un processus réflexif

L'émergence du droit communautaire de la consommation s'est faite avec l'intention clairement affirmée de concilier les objectifs économiques liés à l'achèvement et au bon fonctionnement du marché intérieur européen avec les intentions de construire une Europe à visage humain. Le droit communautaire de la consommation a été perçu par les institutions européennes et la majorité des États membres comme une valeur ajoutée ou un vecteur d'accroissement de la qualité de vie pour le citoyen européen.

Un mode d'harmonisation réflexif privilégie la dimension sociale de la politique de protection du consommateur. L'Europe sociale et l'Europe du citoyen trouvent dans la protection du consommateur un terrain d'action privilégié. Le processus d'harmonisation sert ainsi une politique qui se voit confirmer des objectifs et des priorités propres, rejoignant et dépassant l'achèvement du marché intérieur²².

L'harmonisation devient le moyen de développer, au niveau communautaire, une politique présentant une dimension tant économique que sociale. Son impact économique sur le plan du fonctionnement du marché intérieur lui attire le soutien du monde de l'industrie et du commerce tandis que sa connotation sociale lui vaut le soutien de la société civile. Sa double connotation rend également possible le compromis, entre des gouvernements nationaux aux options politiques parfois divergentes, sur la définition d'un commun dénominateur acceptable.

La priorité donnée à la réalisation du marché intérieur et la conception productiviste dominante du traité instituant la Communauté européenne n'ont ni empêché l'adoption de mesures communautaires allant au-delà des seuls objectifs économiques du traité (2.1.1), ni mis en péril les acquis du droit de la consommation dans les États membres, ni mené au démantèlement des lois en place dans ces États (2.1.2).

2.1.1 L'adoption de mesures allant au-delà des objectifs économiques du traité

Depuis 1975, la Commission européenne se donne des plans d'action ambitieux qui dépassent largement le seul objectif d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur²³. Le consommateur tire sa protection non

22. Sur cette orientation, voir : T. BOURGOIGNIE, *loc. cit.*, note 7 ; aussi : N. REICH, *loc. cit.*, note 3.

23. Les objectifs, les actions prioritaires et le calendrier des interventions communautaires dans le domaine de la protection du consommateur sont, depuis 1975, définis par des programmes ou plans d'action de la Communauté européenne préparés par la Commis-

seulement d'un marché rendu plus transparent et concurrentiel, mais également de mesures d'encadrement et de régulation du marché ; ses intérêts collectifs sont promus autant que ses intérêts individuels²⁴.

Parmi les objectifs prioritaires, sont ainsi proclamés :

- 1) le souci d'assurer la protection physique du consommateur sur le marché par le renforcement des mesures de prévention et de précaution prises en amont de la mise en circulation des biens et des services ;
- 2) la sauvegarde des intérêts économiques du consommateur par l'encadrement de certaines pratiques commerciales et méthodes de vente, par le contrôle normatif — et non simplement procédural — des modes de conclusion des contrats et par la garantie de l'équilibre contractuel lui-même ;
- 3) le renforcement de l'éducation du consommateur aux affaires de la consommation ;
- 4) la mise en place de modes nouveaux d'accès à la justice et de mécanismes simplifiés de compensation des dommages subis par les consommateurs dans une société de plus en plus caractérisée par le risque ;
- 5) l'incitation des consommateurs à des modes de consommation responsables, au regard principalement des impératifs du développement durable ;
- 6) la lutte contre le surendettement des consommateurs et contre l'exclusion sociale des consommateurs les plus vulnérables dans une société de consommation de plus en plus duale ou fracturée ;
- 7) la définition de services universels garantissant l'accès de tous les consommateurs aux services de base tenus pour essentiels ou d'intérêt général.

sion européenne et adoptés sous la forme de résolutions par le Conseil des ministres. Le premier programme adopté en faveur des consommateurs date du 1^{er} avril 1975 : *Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*, Journal officiel n° C 092 du 25 avril 1975, p. 1 ; le dernier, qui englobe la période allant de 2002 à 2006, est l'objet d'une communication de la Commission européenne : *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions – Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006*, Journal officiel n° C 137 du 08 juin 2002, p. 8.

24. Sur les options politiques de base des programmes d'action adoptés au niveau communautaire, lire : T. BOURGOIGNIE, *op. cit.*, note 2, p. 234-243 ; T. BOURGOIGNIE et D. TRUBEK, *Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States*, Berlin/New York, W. de Gruyter, 1987, p. 98-110.

Déclarations d'intention au départ peu suivies d'effets concrets²⁵, les programmes d'action de la Communauté européenne en faveur des consommateurs ont progressivement reçu une application effective. Quant à la légitimité de mesures justifiées par le seul souci de protéger le consommateur, sans lien avec le fonctionnement du marché intérieur, elle se voit en principe confirmée par l'article 153 du traité, même si le débat à ce propos n'est pas clos²⁶.

L'arrivée de nouveaux États membres, tels que le Royaume-Uni et le Danemark en 1973 ou, durant les années 80, l'Espagne, le Portugal, l'Autriche, la Suède et la Finlande, eux-mêmes dotés de lois spécifiques et souvent fort avancées dans le domaine de la protection du consommateur, et l'accroissement des distorsions de concurrence nées de lois nationales axées sur la protection du consommateur de plus en plus complètes et détaillées vont amener les autorités communautaires à relancer vers le haut le processus d'harmonisation du droit de la consommation des États membres. Tout au long du processus d'adhésion des nouveaux États membres pendant les dernières années, l'équilibre entre les deux dimensions, économique et sociale, des actions de la Communauté européenne en faveur des consommateurs a pu être sauvegardé malgré la vision que partageaient plusieurs des pays candidats d'un marché libéral débarrassé de toute réglementation.

2.1.2 La protection du consommateur comme exception légitime au libre commerce

La Cour de justice des communautés européennes, dans l'arrêt *Cassis de Dijon* rendu le 20 février 1979 (affaire 120/78, *Rewe-Zentral*)²⁷, confirme le droit des États d'opposer le motif de la protection du consommateur à l'exigence qui leur est faite par l'article 28 (ex-article 30) du traité de supprimer les obstacles non tarifaires aux échanges et toute mesure ayant un effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation. La protection du consommateur se trouve ainsi reconnue comme une « exigence impérative » justifiant, sous la condition principale de la proportionnalité de la mesure adoptée, de déroger aux lois du libre commerce et à l'achèvement du marché intérieur.

25. M.C. HÉLOIRE, « Politique communautaire à l'égard des consommateurs : les conditions d'une impulsion nouvelle », (1987) *Revue européenne de droit de la consommation* 3-15.

26. Sur les imperfections de l'article 153 du traité, voir : T. BOURGOIGNIE, *loc. cit.*, note 7, 281-285.

27. *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Affaire 120/78, 20 février 1979, *Recueil de jurisprudence* 649.

Des prescriptions nationales relatives notamment à la dénomination, à la présentation, à l'étiquetage et à la composition des produits, à l'emploi des langues, aux appellations d'origine, aux pratiques du commerce, aux modes de promotion et aux méthodes de vente, aux obligations de renseignement revenant au professionnel ainsi qu'à l'obligation légale de garantie mise à charge du vendeur ont ainsi pu être maintenues au nom de la protection du consommateur, et ce, malgré leur effet entravant sur la libre circulation des produits et des services au sein du marché communautaire²⁸.

2.2 Une harmonisation minimale

Loin d'être orienté vers l'uniformisation des règles nationales en vigueur, le rapprochement du droit de la consommation des États membres tend à définir les contours d'un socle commun de protection, minimal et obligatoire.

La nature réflexive de la démarche suivie par l'autorité communautaire explique également l'option prise, dans le domaine de la consommation, pour une procédure d'harmonisation dite minimale. Est désigné ainsi un mode d'harmonisation laissant aux États la faculté de maintenir ou d'adopter des dispositions plus protectrices que celles qui sont prévues par l'acte communautaire.

Le recours à cette forme d'harmonisation en vue de mettre en œuvre la politique communautaire de protection des consommateurs est explicitement prévu au paragraphe 3 de l'article 153 (ex-129A) du traité. Le procédé permet la définition par les États membres d'un commun dénominateur offrant au consommateur la garantie d'une protection minimale. Ce dénominateur apparaît comme un socle minimal de protection, auquel les États membres ne peuvent déroger, mais qu'ils sont autorisés à dépasser²⁹.

L'harmonisation du droit est ainsi vue comme l'instrument de l'atteinte des objectifs de la construction européenne et non comme une fin en soi. Dans notre champ d'analyse, elle sert l'objectif général de renforcer le niveau de protection accordé au consommateur au sein du marché communautaire élargi, plutôt que d'unifier ce niveau :

28. Pour un relevé des arrêts principaux, voir : M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 140-146, 568-572 ; G. DRUESNE, *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, 7^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 85.

29. K. MORTELMANS, « Minimum Harmonization and Consumer Law », (1998) *E.C.L.J.* 3 ; M. FALLON, *op. cit.*, note 28, p. 227 et 228.

Although trends away from the uniform application of rules throughout the Community's territory contain seeds of market fragmentation, it is only realistic to expect constitutional adaptation designed to accommodate the diverse traditions and consumer expectations which underpin national measures that today fall within the scope of the harmonisation programme³⁰.

Si le niveau de protection recherché ne doit pas correspondre au niveau le plus élevé de protection offert par les lois en vigueur dans les États membres, le compromis ne peut se faire non plus sur le niveau de protection le moins élevé au sein des États. En effet, le paragraphe 1 de l'article 153 (ex-129A) du traité met à charge de la Communauté européenne l'obligation de contribuer à la réalisation « d'un niveau élevé de protection des consommateurs ».

L'exigence n'en demeure pas moins imprécise. Selon la Cour de justice des Communautés européennes, elle s'apprécie au regard des autres politiques de la Communauté européenne, telle la politique du marché intérieur, et peut donc avoir pour conséquence de n'offrir à un consommateur qu'une protection moindre que celle dont il bénéficie sur la base du droit national (affaire C-233/94, arrêt *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil* du 13 mai 1997, à propos du niveau de protection reconnu au consommateur par la directive 94/19/CE du 30 mai 1994 relative aux systèmes de garantie des dépôts bancaires³¹). Aucune autre indication n'est donnée sur ce qu'il y a lieu de considérer comme un niveau commun élevé de protection, la question restant donc le fruit d'une décision politique plus que juridique. La question pourrait se poser, par exemple, de savoir si la Communauté satisfait à son obligation en déclarant applicable un niveau de protection qui ne reflète pas au moins le droit en vigueur dans une majorité des États membres.

Les États membres ont largement fait usage de la faculté laissée ouverte par le procédé de l'harmonisation minimale. L'étude comparée des lois nationales dans les domaines traités par le droit communautaire de la consommation révèle que, dans un grand nombre de cas, les États membres offrent à leurs résidents une protection bien plus large que celle qui est prévue par le prescrit communautaire.

En témoignent les directives relatives aux thèmes suivants :

- 1) les clauses abusives : remplacement de la liste de clauses présumées abusives (« liste grise ») suggérée par la directive par une liste de

30. S. WEATHERILL, *loc. cit.*, note 7, 704.

31. *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-233/94, 13 mai 1997, *Recueil de jurisprudence* I-2405.

clauses tenues pour abusives en toutes circonstances (« liste noire ») et ajout de nombreuses clauses à la liste fournie par la directive ;

- 2) le crédit : réglementation détaillée des clauses du contrat, reconnaissance au consommateur d'un délai de réflexion, élargissement du champ d'application de la directive, introduction du principe de la responsabilité du donneur de crédit, mise en place de banques de données sur les défauts de paiement (banques négatives) ou sur les crédits consentis au consommateur (banques positives), définition de règles relatives au traitement du surendettement du consommateur ;
- 3) la publicité : adoption de règles relatives à la publicité déloyale en plus de celles qui traitent de la publicité trompeuse et comparative ;
- 4) la sécurité des produits : extension des dispositions de la directive au domaine des services, détails quant à la procédure de rappel et de retrait des produits du marché.

Les développements nationaux sont tels, dans plusieurs domaines importants du droit de la consommation, que le droit communautaire ne reflète plus que de manière très partielle le droit en vigueur au sein de l'Union européenne. Ainsi, le droit européen se fragmente, rendant, à terme, dépassé l'exercice d'harmonisation effectué. D'où le besoin de mettre à jour l'acquis communautaire et d'en faire le suivi permanent.

2.3 Un processus évolutif

L'exigence faite à la Communauté européenne d'assurer au consommateur un niveau élevé de protection oblige à une révision continue du niveau minimal de protection reconnu par le droit communautaire en fonction des dispositions nationales nouvelles qui se révéleraient plus protectrices. L'acte communautaire adopté sera donc périodiquement révisé pour continuer à refléter un niveau commun élevé de protection. Loin de tendre à un résultat figé, l'harmonisation se fait, au contraire, évolutive et progresse par paliers successifs.

Par des révisions régulières intégrant les développements plus protecteurs survenus à l'échelle des États membres, le droit communautaire de la consommation s'adapte de manière continue en vue d'offrir au consommateur européen un commun dénominateur lui garantissant un niveau élevé de protection, ainsi que le requiert le texte du traité instituant la Communauté européenne.

À cet effet, les directives adoptées dans le secteur de la politique des consommateurs prévoient toutes l'obligation pour la Commission européenne de faire rapport, dans un délai de trois ou de cinq ans suivant la mise en œuvre de l'acte communautaire, sur l'état de leur transposition dans les

États membres. Le rapport amènera la Commission européenne à proposer une révision du texte original de la directive dans le sens d'une plus grande protection du consommateur s'il devait apparaître que le niveau commun de protection accordé sur la base des lois nationales dépasse le prescrit communautaire.

En pratique, le processus de révision des directives existantes n'est pas toujours suivi par la Commission européenne de manière régulière. S'il mène à des amendements significatifs dans certains cas (directive de 1986 relative au crédit)³², il continue à se faire attendre dans d'autres cas (directive de 1993 sur les clauses abusives).

2.4 La diversité dans l'unité ou la fragmentation du droit de la consommation dans l'ordre juridique communautaire

Réflexif, minimal et évolutif, le processus d'harmonisation suivi par la Communauté européenne dans le domaine de la politique de protection du consommateur reste également fragmenté.

Le procédé de l'harmonisation minimale constitue lui-même un facteur de fragmentation du droit dans l'ordre juridique communautaire. Le phénomène s'accroît du fait que les textes communautaires recourent fréquemment à des normes abstraites de protection et laissent ainsi une large place à l'interprétation desdites normes par les acteurs nationaux (législateurs, autorités de surveillance du marché et juges).

Ainsi en est-il notamment de la notion de « déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties » qui qualifie le caractère abusif d'une clause contractuelle dans les contrats de consommation³³, de la notion de « bien conforme au contrat » qui constitue l'essence de l'obligation légale de garantie dans le contrat de vente au consommateur³⁴,

32. Voir: *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs*, précitée, note 15.

33. *Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, précitée, note 8. Plusieurs études ont souligné la diversité des interprétations jurisprudentielles données par les tribunaux des États membres au concept de clause abusive (*unfair term*). Voir: R. BROWNSWOOD, « Individualism, Cooperativism and an Ethic for European Contract Law », (2001) 64 *Modern L. Rev.* 628; I. KLAUER, « General Clauses in European Private Law and « Stricter » National Standards: The Unfair Terms Directive », (2000) 8 *European Rev. Private L.* 187; G. TEUBNER, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences », (1998) 61 *Modern L. Rev.* 11.

34. *Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, précitée, note 16.

du concept d'«attentes légitimes du consommateur», auquel il fait référence à propos des définitions du produit défectueux, du produit non sûr et de la conformité avec le contrat³⁵, de la définition du défaut de sécurité du produit donnant lieu à l'application du régime de la responsabilité sans faute du fabricant introduit par la directive du 25 juillet 1985³⁶ et de celle des risques de développement dans la même directive³⁷, de la définition, fort longue et complexe, du produit «sûr» dans la directive du 3 décembre 2001 sur l'obligation générale de sécurité³⁸ et de l'introduction, dans une proposition de directive datant de 2003, d'une obligation générale de loyauté des entreprises à l'égard des consommateurs venant sanctionner

-
35. Voir respectivement : *Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, précitée, note 18, *Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits*, précitée, note 17, et *Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, précitée, note 16. Sur le concept d'attentes légitimes du consommateur, ses applications et son interprétation, voir : T. WILHELMSSON, «The Principle of Legitimate Expectations as a Basic Principle of Community Private Law», dans E. PAASIVIRTA et K. RISSANEN (dir.), *Principles of Justice and the Law of the European Union*, Luxembourg, Commission européenne, 1995, p. 325 et suiv. ; H. MICKLITZ, «Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen privatrechts», dans L. KRÄMER, H. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 245. Le concept, fragmenté sans doute, n'en est pas moins porteur potentiel d'unité : T. BOURGOIGNIE, «À la recherche d'un fait générateur de responsabilité unique et autonome dans les rapports de consommation : le défaut de conformité à l'attente légitime du consommateur», dans L. KRÄMER, H. MICKLITZ et K. TONNER (dir.), *op. cit.*, note 35, p. 221.
36. *Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, précitée, note 18. M. REIMANN, «Product Liability in a Global Context: The Hollow Victory of the European Model», (2003) 11 *European Rev. Private L.* 128.
37. Sur l'interprétation des risques de développement en droit français, voir : J. CALAIS-AULOY, «Le risque de développement : une exonération contestable», dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Dalloz, 1999, p. 81 ; en droit québécois, voir : N. VÉZINA, «L'exonération fondée sur l'état des connaissances scientifiques et techniques, dite du «risque de développement» : regard sur un élément perturbateur dans le droit québécois de la responsabilité du fait des produits», dans P.-C. LAFOND (dir.), *op. cit.*, note 2, p. 433.
38. *Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits*, précitée, note 17. Sur la définition du produit dangereux et sa transposition dans le droit des États membres, lire : F. MANIET, *La sécurité des produits de consommation en Europe*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 2000.

des pratiques promotionnelles ou des méthodes de vente jugées déloyales ou agressives³⁹.

La norme européenne laisse donc place au développement de normes nationales qui peuvent diverger. Cette ouverture sur la diversité présente des avantages, dont le respect des sensibilités nationales. Évitant de figer le droit par l'uniformisation, elle s'inscrit aussi dans la logique d'un processus évolutif de rapprochement du droit de la consommation des États membres dans l'Union européenne.

La fragmentation du droit communautaire de la consommation, si elle est ainsi rendue possible, n'en reste pas moins relative.

Une évaluation de la transposition des normes communautaires dans les États membres démontre que la diversité reste mesurée, les droits des États membres se rapprochant bien plus qu'ils ne divergent. Nul ne peut nier qu'au cours des dernières années un rapprochement sensible s'est opéré entre les droits des États qui constituent l'Union européenne : l'état, dans les différents pays membres, du droit de la responsabilité du fait des produits, des clauses abusives dans les contrats conclus entre consommateurs et professionnels de même que des contrats conclus à distance en est une parfaite illustration.

N'oublions pas par ailleurs que toute initiative nationale qui s'écarte du prescrit communautaire commun reste placée sous le contrôle strict de légitimité prévu par l'article 28 du traité, lequel prohibe les mesures ayant un effet équivalant à une restriction quantitative aux importations ; de même, une transposition incorrecte de l'acte communautaire se trouvera sanctionnée par la Cour de justice des Communautés européennes⁴⁰.

39. *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE* (directive sur les pratiques commerciales déloyales), COM(2003) 356 final, 18 juin 2003. Sur l'origine de l'initiative, voir : *Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne*, COM(2001) 531 final, 2 octobre 2001.

40. La France et la Grèce ont ainsi été condamnées pour avoir transposé incorrectement la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits : *Commission des Communautés européennes c. République française*, Affaire C-52/00, 25 avril 2002, *Recueil de jurisprudence* I-32827 ; *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, Affaire C-154/00, 25 avril 2002, *Recueil de jurisprudence* I-3879. Les Pays-Bas et l'Italie, pour leur part, se sont vus condamner pour transposition incorrecte de la directive de 1993 sur les clauses abusives : *Commission des Communautés européennes c. Royaume des Pays-Bas*, Affaire C-144/99, 10 mai 2001, *Recueil de jurisprudence* I-3541 ; *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, Affaire C-372/99, 24 janvier 2002, *Recueil de jurisprudence* I-819. Un recours

L'interprétation donnée par une autorité nationale de surveillance du marché ou un juge national à une norme communautaire reste placée sous le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes, qui joue, en cette matière comme en d'autres, un rôle unificateur. Pensons notamment aux arrêts de cette cour rendus sur les points suivants : la définition du consommateur⁴¹, le caractère abusif des clauses attributives de juridiction dans les contrats de consommation⁴², les conditions de l'interdiction de la publicité trompeuse et comparative⁴³, le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux⁴⁴ ou la définition des « voyages à forfait »⁴⁵.

Enfin, des initiatives de plus en plus nombreuses sont prises par les autorités communautaires en vue de tendre à l'unité par la coopération ou l'échange d'informations entre les acteurs chargés de la transposition et de l'application des normes communautaires. Dans le domaine des clauses abusives, une homogénéité jurisprudentielle est recherchée par la mise en place, au niveau communautaire, d'une banque de données regroupant l'ensemble des décisions rendues par les juridictions et les organismes alternatifs de règlement des litiges dans chacun des États membres (banque désignée sous le nom de CLAB⁴⁶). Par ailleurs, le système RAPEX organise

en manquement a également abouti à l'encontre de l'Espagne à propos de la transposition de la directive de 1997 sur les contrats à distance : *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, Affaire C-414/01, 28 novembre 2002, *Recueil de jurisprudence* I-11121.

41. Voir notamment : *Cape Snc c. Idealservice Srl*, Affaires jointes C-541/99 et C-542/99, 22 novembre 2001, *Recueil de jurisprudence* I-9049 ; *Bayerische Hypotheken-und Wechselbank AG c. Edgar Dietzinger*, Affaire C-45/96, 17 mars 1998, *Recueil de jurisprudence* I-1199 ; *Francisco Benincasa c. Dentalkit Srl*, Affaire C-269/95, 3 juillet 1997, *Recueil de jurisprudence* I-3767 ; *Procédure pénale c. P. Di Pinto*, Affaire C-361/89, 14 mars 1991, *Recueil des arrêts de la Cour* 1206.
42. *Océano Grupo Editorial SA c. Roció Murciano Quintero et Salvat Editores SA c. Sánchez Alcón Prades*, Affaires C-240/98 à C-244/98, 27 juin 2000, *Recueil de jurisprudence* I-4941.
43. *Toshiba c. Katun Germany*, Affaire C-112/99, 25 octobre 2001, *Recueil de jurisprudence* I-7945.
44. *M.V. Gonzalez Sanchez c. Medicina Asturiana*, Affaire C-183/00, 25 avril 2002, *Recueil de jurisprudence* I-3901 ; *Henning Veedfald c. Arhus Amtskommune*, Affaire C-203/99, 10 mai 2001, *Recueil de jurisprudence* I-3569 ; *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni et Irlande du Nord*, Affaire C-300/95, 29 mai 1997, *Recueil des arrêts de la Cour* I-2649.
45. *Club-Tour, Viagens e Turiso c. Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido*, Affaire C-400/00, 30 avril 2002, *Recueil de jurisprudence* I-4051.
46. Les données sont recueillies et classées selon un modèle uniforme au départ de points de contact nationaux. La banque est accessible et ouverte à tous sur le site de la Direction générale santé et protection du consommateur de la Commission européenne : EUROPA, *Clauses contractuelles abusives*, [En ligne], [europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/index_fr.htm] (8 mars 2005).

l'échange d'informations entre la Commission européenne et les autorités nationales de surveillance du marché sur les mesures prises au niveau national à l'égard des produits tenus pour dangereux⁴⁷. La même coopération entre les administrations nationales est promue en vue d'atteindre une meilleure harmonisation de la procédure de contrôle du marché dans le domaine des pratiques commerciales (Réseau international de contrôle de la commercialisation — Europe)⁴⁸. Sur le plan de l'accès à la justice, le Réseau extrajudiciaire européen et, dans le secteur financier, le Réseau extrajudiciaire européen financier s'efforcent de coordonner les activités des systèmes alternatifs de règlement des litiges de consommation au sein de la Communauté européenne et d'en assurer des modes de fonctionnement communs⁴⁹.

Les débats qui entourent la faisabilité et l'ampleur d'une harmonisation du droit des contrats en Europe relancent avec force l'idée d'un droit communautaire uni mais fragmenté. Les initiatives récemment engagées dans le sens de la codification d'un droit européen des contrats⁵⁰ — voire d'un droit civil européen⁵¹ — divisent la communauté universitaire sur le sens à leur donner : l'exercice requiert-il, comme l'instrument du code le laisse entendre, une œuvre d'uniformisation paneuropéenne des règles applicables aux contrats ou doit-elle se limiter à l'établissement de quelques principes directeurs communs dont l'application et l'interprétation

47. Pour une description détaillée du système, voir : F. MANIET, *op. cit.*, note 38, p. 128-151.

48. *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions – Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006*, COM(2002) 208 final, Journal officiel n° C 137 du 8 juin 2002, p. 2, à la page 10.

49. *Id.*, p. 11.

50. D. STAUDENMAYER, « The Commission Action Plan on European Contract Law », (2003) 11 *European Rev. Private L.* 113 ; S. WEATHERILL, « The European Commission's Green Paper on European Contract Law : Context, Content and Constitutionality », *Journal of Consumer Policy*, vol. 24, n°s 3-4, décembre 2001, p. 339-399. Le débat a été lancé par la publication, en 1999, des travaux de la commission Lando : O. LANDO et H. BEALE (dir.), *Principles of European Contract Law, Parts 1 and 2*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

51. C. VON BAR, « Le groupe d'études sur un code civil européen », (2001) *R.I.D.C.* 127 ; S. BANAKAS, « European Tort Law : Is it Possible ? », (2002) 10 *European Rev. Private L.* 363, 375 ; A. SCHWARTZE, « Enforcement of Private Law : The Missing Link in the Process of European Harmonisation », (2000) 8 *European Rev. Private L.* 135 ; A.S. HARTKAMP et autres (dir.), *Towards an European Civil Code*, 2^e éd., Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998. Parmi les réactions critiques, lire : Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », D.2002.chr.2202 ; P. LEGRAND, « Against a European Civil Code », (1997) 60 *Modern L. Rev.* 44.

continuent de relever de chacun des ordres juridiques nationaux ? Le débat voit s'opposer les tenants d'une intégration juridique parfaite et obligatoire, considérée comme l'aboutissement naturel du processus de la construction européenne au stade actuel de son avancement, aux opposants à un empiètement supplémentaire de l'acquis communautaire sur les traditions et les principes juridiques nationaux. La réponse se situe sans doute dans la proposition d'une voie médiane, plaidant pour une approche qui concilie la volonté de poursuivre et d'approfondir les efforts d'harmonisation du droit en Europe avec l'exploitation la plus bénéfique possible de la richesse de la diversité des systèmes juridiques en présence sur le continent européen.

Nous parlons aussi d'«européanisation fragmentée»⁵², le droit comparé servant à introduire, au travers du processus d'harmonisation, des «irritants» plus que des «transplants»⁵³ :

A rejection of a European unification of private law or consumer law does not necessarily imply a defence of traditional national structures. Instead, as the pluralism of Europe offers a wealth of opportunities, the pluralism of European laws can be seen as creating a field of new legal possibilities. One should acknowledge that the impulses from foreign systems as well as from EC law can function as «legal irritants» which may start useful processes of change in national law⁵⁴.

Le respect d'un processus d'harmonisation fragmenté n'entend nullement consacrer le *statu quo* des droits nationaux existants ; il encourage plutôt et rend indispensable la définition d'une base commune de compréhension entre les acteurs juridiques nationaux, justifiant pleinement la recherche d'une terminologie commune et la rédaction, sous le couvert d'un exercice de codification, de principes directeurs communs⁵⁵ :

Cette codification reprenant uniquement les principes sans contenir les détails d'application laissés à l'appréciation des États membres présenterait ainsi une utilité non négligeable : elle assurerait une mise en cohérence des textes harmo-

52. T. WILHELMSSON, «Private Law in the EU : Harmonised or Fragmented Europeanisation ?», (2002) 10 *European Rev. Private L.* 77.

53. G. TEUBNER, *loc. cit.*, note 33.

54. T. WILHELMSSON, *Is There a European Consumer Law – and Should There be One ?*, [En ligne], 2000, [w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/41wilhelmsson.pdf] (8 mars 2005), p. 22.

55. Dans ce sens : E. TRUILHÉ-MARENGO, «Towards a European Law of Contracts», (2004) 10 *European L.J.* 463 ; B. POZZO, «Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology», (2003) 11 *European Rev. Private L.* 754 ; J. SMITS, *The Making of European Private Law : Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Anvers, Intersentia, 2002 ; T. WILHELMSSON, «The Design of an Optional (Re)statement of European Contract Law – Real Life Instead of Dead Concepts», dans S. GRUNDMANN et J. STUYCK (dir.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2002, p. 353.

nisés existants et les simplifierait en en dégageant les idées directrices, elle garantirait la diversité tout en assurant une convergence dans les idées directrices, elle offrirait une présentation cohérente et accessible de l'ensemble de ces règles de droit harmonisé, qu'il soit sanctionné ou pas. La codification permettrait d'organiser à la fois la diversité des sources et celle du contenu de ce droit. Elle ne serait synonyme ni d'unification ni de rigidité⁵⁶.

3 De la pertinence d'une codification du droit communautaire de la consommation

Quelle est ou pourrait être, dans le contexte décrit plus haut et au stade actuel de développement de l'harmonisation du droit de la consommation en Europe, la pertinence d'une codification du droit communautaire de la consommation ?

Les débats sur une telle codification sont à l'ordre du jour depuis quelques années, essentiellement au sein de la doctrine⁵⁷. La Commission européenne, dans une première tentative de rationalisation, a financé, en 1998, une compilation des textes communautaires intéressant le consommateur⁵⁸. Cette compilation, malheureusement non tenue à jour, présente les avantages de dresser un inventaire des textes jugés pertinents dans l'ensemble du droit communautaire, d'en proposer un ordonnancement selon un plan unique et d'accompagner les dispositions recensées des éventuels arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes qui s'y rattachent.

Selon nous, la codification du droit communautaire de la consommation constituera une valeur ajoutée, à condition de bien préciser la nature, le sens et la portée de l'exercice auquel leur auteur entend se prêter.

Réelle et substantielle, cette codification veillera à se faire dans l'esprit du processus d'harmonisation mené à ce jour. À cet effet, quatre conditions nous paraissent devoir entourer le travail de codification suggéré.

Premièrement, la codification se doit d'être normative et non simplement administrative : s'il s'agit certes de regrouper, en les classant selon les chapitres d'une politique aux composantes bien définies, les divers actes communautaires intéressant, de manière directe ou accessoire, la protection

56. L. FIN-LANGER, «L'intégration du droit des contrats en Europe», dans M. DELMAS-MARTY (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 97.

57. Voir : T. BOURGOIGNIE, *loc. cit.*, note 7, 312 et 313 ; voir aussi les textes publiés dans l'ouvrage suivant : F. OSMAN (dir.), *Vers un code européen de la consommation/Towards a European Consumer Code*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

58. F. MANIET, *Compilation annotée du droit européen de la consommation*, [En ligne], 31 mars 1998, [europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/pub/pub04_fr.html] (8 mars 2005).

des consommateurs sur la scène européenne depuis une trentaine d'années, il faut aussi veiller à la cohérence des dispositions adoptées⁵⁹, souvent en ordre dispersé et de manière ponctuelle, au nom de cette politique, repérer les lacunes du système de protection mis en place et proposer les correctifs ou ajouts jugés nécessaires.

Deuxièmement, l'œuvre de codification restera flexible, respectant le caractère évolutif et fragmenté de la formation du droit communautaire de la consommation : loin de figer l'acquis communautaire, le code doit être perçu comme une étape dans la construction du droit communautaire de la consommation et prévoir donc, à cet effet, des mécanismes de révision simplifiés. Tout en recherchant la cohérence et l'unité, il laissera place à la diversité des évolutions au niveau national.

Troisièmement, la codification sera aussi volontaire : adoptée sous la forme d'une recommandation de la Commission européenne adressée aux États membres, elle leur servira de guide dans la poursuite d'une politique active de protection des consommateurs et leur proposera les dispositions tenues pour modèles dans chacun des champs de cette politique⁶⁰.

Quatrièmement, enfin, il est essentiel, selon nous, que le processus de codification auquel nous songeons reste distinct d'exercices de codification voisins en cours : l'autonomie du droit de la consommation nous a toujours paru et nous paraît toujours, au stade actuel du développement de cette discipline, la condition même de son développement. Si la codification du droit communautaire de la consommation peut certes contribuer, notamment par la généralisation de dispositions à l'origine destinées aux seuls consommateurs, à un processus plus général de codification dans le domaine des contrats, dans celui de la responsabilité ou dans celui de la procédure civile⁶¹, elle ne devra pas, selon nous, s'y diluer.

59. Songeons, par exemple, aux délais de réflexion introduits dans plusieurs directives communautaires en faveur des consommateurs et dont la durée varie, sans raison apparente, de l'une à l'autre.

60. De telles «lois modèles» ont été rédigées pour d'autres continents, tels que l'Afrique, par l'organisation mondiale des consommateurs appelée Consumers International, basée à Londres.

61. La doctrine s'accorde à reconnaître un impact non négligeable du droit de la consommation sur le droit privé des États membres, le plus souvent au travers des «irritants» dérivés du processus d'harmonisation communautaire. Voir T. BOURGOIGNIE, «L'impact du droit communautaire de la consommation sur le droit privé des États membres», dans C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *loc. cit.*, note 7. Sur les points de rencontre entre le développement du droit communautaire de la consommation et les entreprises de codification en cours, voir : J. BEAUCHARD, «Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation», dans *Études de droit de la consommation* :

Les raisons qui, depuis la naissance du droit de la consommation, nous amènent à plaider pour reconnaître et préserver l'autonomie de celui-ci sont bien connues : justification d'initiatives destinées à promouvoir les intérêts d'un acteur spécifique du marché, spécificité des intérêts individuels et collectifs de cet acteur, effet réducteur d'une limitation du droit de la consommation au droit des contrats, voire du droit privé, plus grande visibilité de la matière, meilleure connaissance des dispositions relevant de la protection du consommateur par les juges, les fonctionnaires et les opérateurs économiques, plus grandes possibilités de vulgarisation et d'accès au droit pour les consommateurs eux-mêmes.

Ces raisons nous paraissent s'imposer davantage encore dans l'ordre juridique communautaire, au sein duquel la politique de protection du consommateur, malgré ses acquis récents, reste une politique jeune, aux bases juridiques parfois contestées et dont les acquis demandent encore à être consolidés.

liber amicorum Jean Calais-Auloy, *op. cit.*, note 7, p. 55 ; M. FONTAINE, « La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats », dans *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, *op. cit.*, note 7, p. 385 ; J. KARSTEN et A.R. SINAI, « The Action Plan on European Contract Law : Perspectives for the Future of European Contract Law and EC Consumer Law », *Journal of Consumer Policy*, vol. 26, n° 2, juin 2003, p. 159-195.