

VULNERABILITE ET DROIT DE LA CONSOMMATION

(Colloque sur la vulnérabilité et le droit, organisé par l'Université P. Mendès-France, Grenoble II, le 23 mars 2000)

Jean-Pascal CHAZAL

Professeur à l'Université Jean Monnet (Saint Etienne)

Le consommateur est-il vulnérable ? La question semble superfétatoire, car c'est un lieu commun d'affirmer la nécessité de protéger le consommateur, personne vulnérable face au professionnel. Lorsque l'on réfléchit sur la vulnérabilité en droit, il y a au moins deux catégories de personnes dont la vulnérabilité ne fait guère de doute : les incapables et les consommateurs. Pourtant, la difficulté de la question ne doit pas être sous-estimée car la vulnérabilité du consommateur, si elle est véritablement établie, ne se confond pas avec celle de l'incapable. Certes, des auteurs ont qualifié le consommateur de « *semi-débile* » d'« *incapable en mineur* »¹. A cet égard, force est de reconnaître que le droit de la consommation participe d'une infantilisation des individus, « *d'un rétrécissement de l'homme* »². Pour preuve cette motivation de Cour d'appel suivant laquelle « *le consommateur moyen, au regard notamment du Code de la consommation, ne peut plus être considéré comme l'homme actif, instruit, diligent, avisé qu'était le bon père de famille, dans le Code Napoléon, mais comme un être plus vulnérable auquel doivent être présentés de façon claire tous les termes du marché et tous les risques auxquels il s'expose* »³. Pourtant, il serait excessif de croire que la vulnérabilité, qui affecte le consommateur, commande l'application d'un régime d'incapacité. Le consommateur n'est pas vulnérable au point d'être un incapable. Mais toute la difficulté ne réside pas tant dans la définition de la notion de vulnérabilité que dans celle de consommateur.

Par vulnérable, on entend la personne ou la chose qui peut être blessée⁴. Dans un premier sens, la blessure (*vulnus*) est un synonyme de plaie, c'est à dire de lésion corporelle. Mais rapidement, y compris en latin classique, *vulnerare* revêt un sens figuré. On l'utilise, par exemple, pour l'atteinte portée à l'ordre public. Dès lors, le vulnérable est celui qui peut être blessé, au sens physique du terme, mais aussi au sens imagé, c'est à dire celui qui est susceptible d'être victime d'une atteinte portée à son patrimoine, à ses biens, à ses intérêts. Le consommateur semble être vulnérable sous ces deux sens. Dans son activité de consommation, il peut subir une blessure corporelle à l'occasion de l'utilisation d'un bien défectueux. Il peut également subir une lésion pécuniaire, ce qui sera le cas le plus fréquent en

¹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. 2, 1^{er} vol., *Obligations, Théorie Générale*, 2^{ème} éd. 1998, n° 32-3.

² P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Grasset 1995, p.15 : « *l'infantilisme combine une demande de sécurité avec une avidité sans bornes, manifeste le souhait d'être pris en charge sans se voir soumis à la moindre obligation* ».

³ CA Bourges, 5 octobre 1998, JCP E.1999, p.1417 ; juris-data n°043611.

⁴ Emprunté au latin *vulnerabilis* à compter du XVII^{ème} siècle, et dérivé de *vulnerare*, qui signifie blesser.

pratique. Dans les deux cas, l'être vulnérable n'est pas tant l'être blessé, que celui qui peut l'être en raison de sa faiblesse. L'idée de lésion potentielle doit ici être privilégiée. Si le consommateur doit être protégé par le droit, ce n'est pas parce qu'il est systématiquement lésé, mais parce qu'il est susceptible de l'être pour la simple raison qu'il se défend mal, qu'il n'est pas bien armé pour faire face à son partenaire-adversaire qu'est le professionnel.

Encore faut-il s'interroger sur cette affirmation qui, bien que constituant le postulat fondamental du droit de la consommation, n'est pas aussi évidente qu'il y paraît. Les origines de la notion de consommateur n'accréditent pas l'idée d'une vulnérabilité consubstantielle. S'agissant des origines étymologiques, consommateur vient d'une double racine : d'une part *consummo* (-are), qui signifie faire la somme, achever, accomplir, et, d'autre part, *consumo* (-ere), qui signifie employer, épuiser, détruire. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le verbe consommer, en ancien français, dérive du latin *consummare*. Ce n'est que par l'usage du latin chrétien que consommer (*consummare*) et consumer (*consumere*) vont peu à peu se rapprocher jusqu'à se confondre en devenant synonymes⁵. Cette évolution s'explique par la contiguïté, dans la religion chrétienne, entre les idées d'accomplissement des temps et de destruction du monde. Dans le contexte de la Parousie, les idées de fin, d'achèvement et de destruction sont intimement liées. A la fin du siècle, le sens dominant du verbe consommer est «faire disparaître par l'usage», ce qui donnera ensuite le terme juridique consomptible. Au fil des siècles, le langage courant a peu à peu abandonné le sens d'achèvement, d'accomplissement, pour lui préférer une signification économique : consommation signifie alors l'usage que l'on fait d'une chose pour satisfaire ses besoins. D'une destruction matérielle du bien lui-même, on passe à une destruction immatérielle du besoin par le bien, à la satisfaction d'une utilité.

Les origines étymologiques du terme consommation expliquent en grande partie les origines économiques de cette notion. Le consommateur, en satisfaisant ses besoins par l'achat de biens ou de services, achève le cycle économique. On retrouve ici le sens de *consummare*. La consommation est donc une fonction économique, au même titre que la production, la distribution ou le financement. Elle participe au circuit économique en tant que source de développement de la richesse, comme l'avait montré Boisguillebert dès 1697⁶. La fonction de consommation est donc l'un des pôles du circuit économique tel que Quesnay l'a imaginé dans son analyse du tableau économique⁷. Par la suite, certains économistes vont exacerber le rôle de la consommation dans le fonctionnement de l'économie. Pour Sismondi⁸ et Malthus⁹, la fonction de consommation prend le pas sur la production. Ils soutiennent que l'essor de la production est subordonné à l'augmentation préalable de la consommation. C'est cette analyse que Keynes reprendra, plus d'un siècle après, en élaborant le concept de demande effective¹⁰ : la production est fonction de la demande globale effective, les producteurs ne fabriquant que dans la mesure où ils ont la certitude de pouvoir écouler leur produit. Chez les néo-classiques, le consommateur n'est aucunement cet être faible et influençable, mais cet *homo oeconomicus*, être d'une parfaite rationalité, bien informé, capable de déterminer seul l'ophélimité que présente pour lui tel ou tel bien économique. Walras, dans ses *Eléments d'économie pure* (1874) a pu déduire sa théorie de l'équilibre général, des postulats de rationalité des choix du consommateur et du producteur et d'égalité des agents économiques.

⁵ Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, page 480.

⁶ *Le détail de la France*, In *Economistes financiers du XVII^{ème} siècle*, Paris 1843, p. 180 : « ainsi pour trouver les causes de la ruine de la France, il ne faut que découvrir celles de la ruine de la consommation... ».

⁷ F. Quesnay, *Œuvres*, éd. Oncken, Paris 1898, p. 305 et suiv.

⁸ *Nouveaux principes d'économie politique*, Nouvelle édition Genève-Paris 1951-1953, publié en 1819

⁹ *Principes d'économie politique*, trad. Franç. Nouv. Ed., Paris 1969, publié en 1920.

¹⁰ Keynes, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, 1936.

Dans cette théorie, le consommateur ne souffre que d'une seule contrainte : le budget dont il dispose et qui n'est pas extensible à l'infini. Mais il n'est affublé d'aucune idée de vulnérabilité ou d'infériorité par rapport au producteur.

Ni les sources étymologiques, ni les sources économiques de la notion de consommateur ne révèlent la vulnérabilité de celui-ci. Ces idées ne naîtront qu'au XX siècle, lorsque les économistes modernes inversèrent le schéma traditionnel de Malthus ou Keynes en soutenant qu'en raison de l'opacité des marchés et de la puissance des producteurs, les consommateurs sont conditionnés. Il existe une véritable « *création des besoins* » à laquelle le consommateur isolé et mal informé ne peut que très difficilement résister¹¹. Galbraith parle de « *filière inversée* ». Ce renversement d'analyse, dans les sciences économiques, s'explique en grande partie par les bouleversements sociaux américains. Les premières ligues de consommateurs sont apparues, selon certains, dès le début du siècle. Mais, le mouvement consumériste n'a véritablement éclos qu'en 1936 aux Etats-Unis avec la création de la *Consumers Union*, spécialisée dans l'information, le comparatif et la diffusion des résultats d'analyse des biens de consommation. Le mouvement consumériste va se transformer en une véritable lutte pour la défense des droits des consommateurs à partir de la publication du rapport *Unsafe at any speed*, de Ralph Nader. Ce dernier gagnera le procès qui lui a été intenté par la General Motors, celle-ci étant dans l'obligation de retirer du marché un modèle de voiture qui ne présentait pas les garanties suffisantes de sécurité. Le mouvement prend alors une ampleur considérable, de sorte qu'une nouvelle notion de consommateur émerge : le consommateur devient cet être vulnérable par rapport aux professionnels et assumant la lutte pour la défense de ses droits. C'est ainsi que certains auteurs ont cru pouvoir écrire que la modification du système économique, par la distribution de masse, a secrété une forme nouvelle de rapports économiques et l'apparition de la notion de consommateur, comme le capitalisme industriel du XIX siècle avait créé la notion de prolétaire¹². Cette opinion est erronée. Il est clair que le consommateur ne forme pas une classe sociale, comme le prolétaire dans la théorie de Karl Marx. Dès 1962, le Président Kennedy remarquait que « *les consommateurs, nous tous par définition, représentent le groupe économique le plus important et sont intéressés à presque toutes les décisions économiques publiques et privées* ». La catégorie des consommateurs n'est donc pas une classe intangible et immuable, dépendante de l'infrastructure, mais une catégorie souple et fluide. Chacun peut devenir un consommateur ; mieux, chacun devient forcément, dans notre société moderne, un consommateur.

Force est donc de constater que l'alliance des notions de consommateur et de vulnérabilité est très moderne. C'est pourtant l'idée que la vulnérabilité participe nécessairement de la notion de consommateur qui a, sans conteste, prévalu en droit français. Le mouvement législatif, initié en 1973 avec la loi sur le démarchage à domicile et dont l'ampleur s'est considérablement accrue au fil des années, est fondé sur l'opposition entre le consommateur et le professionnel, couple antinomique qui est la base du droit de la consommation¹³. « *La loi a pour fonction de protéger les faibles contre les forts* »¹⁴. Or, si le professionnel est normalement détenteur d'une certaine puissance économique, le consommateur, quant à lui, est celui qui est économiquement faible, c'est à dire vulnérable quant à la défense de ses intérêts pécuniaires. Mais en affirmant cette vulnérabilité du consommateur dans ses relations avec le professionnel, toutes les difficultés ne sont pas résolues pour autant. S'est d'abord posée la question de la définition du consommateur. La recherche de cette définition donne

¹¹ K. Galbraith, *L'air de l'opulence*.

¹² L. Bihl, *Vers un droit de la consommation*, GP 1974, 2, 754.

¹³ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 1996 4^{ème} éd., n° 6.

¹⁴ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op. cit. n° 18.

l'occasion de découvrir l'incohérence fondamentale sur laquelle a été bâti le droit de la consommation. Si le consommateur est protégé par la loi, parce qu'il est vulnérable, pourquoi les autres personnes vulnérables ne sont-elles pas également protégées ? Or, la doctrine a montré que le consommateur n'avait pas le monopole de la vulnérabilité, de la faiblesse économique¹⁵. Dès lors, fonder la notion de consommateur sur sa vulnérabilité prétendue ou avérée, incite certains professionnels, qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité comparable, voire supérieure, à solliciter les règles du droit de la consommation pour y trouver une protection. D'où une tendance jurisprudentielle à dilater la notion de consommateur pour étendre la protection consumériste à certains professionnels, supprimant ainsi toute cohérence à la notion de consommateur qui devient introuvable¹⁶. Inversement, si le consommateur ne détient pas l'exclusivité de la vulnérabilité, on constate qu'il n'est pas nécessairement et toujours vulnérable. Les auteurs ont remarqué qu'il existe des « *consommateurs abusifs* »¹⁷ bénéficiant d'une surprotection légale¹⁸. Mais ces phénomènes sont largement ignorés du droit de la consommation qui privilégie une protection générale et abstraite. Dès lors, si en droit positif, le consommateur est systématiquement protégé (II), c'est qu'il est appréhendé comme un être invariablement vulnérable (I), nonobstant les cas, certes marginaux, où sa vulnérabilité n'est pas caractérisée.

I – LE CONSOMMATEUR : UN ETRE VULNERABLE

Le droit de la consommation est innervé par une philosophie selon laquelle « *les consommateurs sont naturellement en position de faiblesse vis à vis des professionnels* »¹⁹. Ils ne sont donc des êtres vulnérables que lorsqu'ils sont confrontés aux professionnels. Cette vulnérabilité est, en principe, relative (B) ; cette relativité de la vulnérabilité découlant directement des raisons l'expliquent (A).

A – LES RAISONS DE LA VULNERABILITE

La vulnérabilité du consommateur s'explique par la situation d'infériorité dans laquelle il se trouve généralement par rapport au professionnel. Cette infériorité se situe sur un double plan : au plan économique (1) et au plan cognitif, ou informationnel (2).

¹⁵ M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mélanges Marty, p. 235 ; J. Mestre, *Obs. RTD. Civ.* 1987, 87 et suiv. ; G. Virassamy, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ 1986 ; J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Grenoble II 1996, n° 155 et suiv.

¹⁶ J.-P. Chazal, *Le consommateur existe-t-il ?*, Dalloz 1997, Chron. 260.

¹⁷ R. Martin, *Le consommateur abusif*, Dalloz 1987, Chron. 150.

¹⁸ A. Sinay-Cytermann, *Protection ou surprotection des consommateurs ?*, JCP 1994 I 3804.

¹⁹ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *op. cit.* n° 18.

1 – L’infériorité économique

En général, le consommateur se trouve en situation d’infériorité économique par rapport au professionnel. Ce dernier est à la tête d’une entreprise (accumulation et organisation de moyens humains et matériels de production dans le but de développer une activité économique²⁰) susceptible d’agréger une puissance économique lui conférant une supériorité incontestable. L’objectif d’une entreprise est de réaliser du profit, d’assurer son développement, sa croissance. Au contraire, le consommateur est celui qui ne contracte que dans le but de satisfaire un intérêt personnel ou familial. Dès lors, l’infériorité économique de celui-ci résulte de la différence de finalité qui l’oppose au professionnel. Ce qui n’est d’ailleurs pas sans rappeler la philosophie d’Aristote qui condamnait la chrématistique pure, ou proprement dite, mais admettait la chrématistique domestique, c’est à dire celle qui avait une autre fin que l’accumulation d’argent²¹.

C’est cette différence essentielle de finalité qui explique les moyens financiers et économiques dont dispose le professionnel, et dont le consommateur est dépourvu. Celui-là raisonne en grande masse, envisageant une pluralité d’actes identiques, tandis que celui-ci donne son consentement pour un acte isolé, particulier. La position économique qu’occupe le professionnel lui permet ainsi de faire prévaloir ses prévisions, son anticipation. Au surplus, les moyens financiers dégagés par l’entreprise rendent possible l’utilisation systématique de l’assurance. Le professionnel est celui qui est assuré contre les risques inhérents à l’exercice de sa profession. Le consommateur, quant à lui, n’a souvent pas les moyens de s’assurer à la hauteur des risques qu’il encourt. Il y a donc, du côté du professionnel, une anticipation et une couverture complète du risque que l’on ne retrouve pas avec autant d’ampleur chez le consommateur.

Enfin, le professionnel peut affecter des moyens importants à l’organisation juridique de son activité, le consommateur n’ayant d’autre choix, s’il veut contracter, que de s’insérer dans celle-ci. Or, il est évident que la personne qui conçoit une telle organisation tend toujours à privilégier ses propres intérêts, à se protéger. Le consommateur, lorsqu’il contracte, ne peut en aucun cas négocier le contenu de la convention. Il n’a d’autre choix d’adhérer ou de ne pas adhérer à l’économie générale du contrat telle qu’elle a été élaborée par le professionnel. La convention n’est plus alors la loi élaborée par les parties, mais la loi dictée par l’un des contractants (le professionnel) et auquel l’autre (le consommateur) doit se soumettre s’il veut entrer en relation contractuelle. Ce phénomène est d’autant plus redoutable pour le consommateur que le professionnel peut consacrer du temps et de l’argent à la réflexion juridique présidant à l’organisation de son activité et à la rédaction des clauses contractuelles. Cette compétence juridique, additionnée à la compétence technique du professionnel, induit une infériorité cognitive du consommateur.

2 – L’infériorité cognitive

Le professionnel est celui qui sait, qui est compétent techniquement. A l’inverse, le consommateur est le profane, le non spécialiste. C’est un truisme de rappeler que, dans notre

²⁰ B. Mercadal, *La notion d’entreprise*, in mélanges Derruppé, éd. Joly et Litec, 1991, p.9.

²¹ Aristote, *Politique*, Livre I, Chap. 9, 1257 b.

société moderne, l'information est une véritable richesse. On parle aujourd'hui d'économie de l'information, d'économie virtuelle ou encore de nouvelle économie. Contrairement à ce que croyaient les néo-classiques, le marché n'est pas transparent, mais opaque ; l'information n'est pas gratuite, mais a un coût. Prolongeant les théories de Robinson et Chamberlin, François Perroux a montré que l'information est une véritable valeur économique et que, dans l'économie moderne, le pouvoir économique « *use de deux moyens typiques : l'information et la contrainte* »²². Toujours dans le domaine des sciences économiques, Burnham²³ et Galbraith se sont intéressés au pouvoir de la technostructure, c'est à dire de ceux qui « *apportent des connaissances spécialisées, du talent ou de l'expérience aux groupes de prise de décisions* »²⁴. De là, jaillit l'idée que la puissance économique n'est plus simplement la conséquence de l'accumulation d'un capital, mais aussi, et peut être surtout, de la maîtrise d'informations utiles et recherchées. Or, le développement de la puissance informationnelle s'effectue au détriment des consommateurs. Le consommateur est inférieur parce qu'il est profane, c'est à dire en dehors du savoir, du domaine de l'information (du latin *profanus* signifiant hors du temple).

De cette qualité de profane, attribuée au consommateur, vient peut-être l'idée de le comparer à un incapable. Mais cette comparaison n'est pas pertinente. L'incapacité est un statut protecteur justifiée par une vulnérabilité de situation. Au contraire, le consommateur n'est vulnérable que dans la mesure où il est face à un professionnel. L'infériorité cognitive, comme d'ailleurs l'infériorité économique, traduisent le caractère relatif de la vulnérabilité du consommateur.

B – LA RELATIVITE DE LA VULNERABILITE

Le consommateur n'est vulnérable que dans sa relation avec le professionnel. On n'envisage pas l'application du droit de la consommation à un contrat conclu entre deux consommateurs. La vulnérabilité du consommateur est donc essentiellement une vulnérabilité de relation (1). Toutefois, il existe des cas où la vulnérabilité de relation se double d'une vulnérabilité de situation (2).

1 – La vulnérabilité de relation

La relation entre le consommateur et le professionnel se caractérise par un déséquilibre, le consommateur étant, face au professionnel, dans une relation d'infériorité. La vulnérabilité est donc, en droit de la consommation, une notion relative. Le consommateur n'est pas en lui-même un être vulnérable. Il n'est vulnérable que par rapport au professionnel ; celui-ci étant une personne susceptible de porter atteinte à ses intérêts. Mais, si la vulnérabilité du consommateur dans ses rapports avec le professionnel est fréquente, probable (a), il ne faudrait pas croire qu'elle est constante, invariable (b).

²² F. Perroux, *L'économie du XX^{ème} siècle*, PUG 1991 p. 45.

²³ J. Burnham, *L'air des organisateurs*, Calman Lévy 1997.

²⁴ J.K. Galbraith, *Le nouvel état industriel*, NRF Gallimard 1968, p. 82.

a) Une vulnérabilité probable

Malgré une élaboration chaotique et peu réfléchie²⁵, le législateur a conçu le droit de la consommation en respectant le sage principe prodigué par Théophraste et rapporté par Pomponius²⁶ : on doit légiférer sur les cas qui se présentent fréquemment et non sur ceux qui ne surviennent que très rarement. Quel paradoxe pour un législateur aussi médiocre et peu respectueux des canons classiques²⁷ ! Il est raisonnable de protéger de manière générale le consommateur en se fondant sur la probabilité, sur le *plerumque fit*. Toute législation protectrice du faible n'est juste que si l'état de faiblesse est avéré ou fortement probable. Dans le cas contraire, elle sera vécue comme une faveur excessive, un privilège suspecté de corporatisme.

Ce risque semble, au premier abord, exclu s'agissant du droit de la consommation. La protection juridique du consommateur est rendue nécessaire par la fréquence de son état de vulnérabilité lorsqu'il est confronté à un professionnel. Ce constat, qui résulte du simple examen de la réalité, n'est pas contestable. On peut légitimement affirmer que, dans la très grande majorité des cas, le professionnel bénéficie d'une position dominante susceptible de dégénérer en abus au préjudice du consommateur. Il faut rappeler que la protection du consommateur ne se justifie que par son état de vulnérabilité, c'est à dire de victime potentielle, sans que la commission d'un abus effectif soit, en principe, exigé comme préalable. Le droit de la consommation s'articule donc autour d'une double probabilité : d'une part, il est probable que le consommateur se trouve en situation d'infériorité par rapport au professionnel et, d'autre part, il est probable que la personne en position dominante ait tendance à en abuser au détriment de celle qui se trouve en position vulnérable.

Le danger, en droit de la consommation, est d'oblitérer le caractère probabiliste de ce double raisonnement pour céder à la tentation de l'esprit de système. Force sera de constater, lors de l'étude des moyens de protection du consommateur, que malheureusement le législateur français n'a pas évité cet écueil, préférant la facilité du simplisme démagogique à l'exigeante rigueur d'une analyse qui tient compte de la complexité du réel. Or, si la vulnérabilité du consommateur est probable, elle n'est pas invariable.

b) Une vulnérabilité variable

Le consommateur n'est pas toujours cet individu faible, ignorant et isolé que nous dépeint, non sans caricature, le droit de la consommation. Le consommateur n'est pas nécessairement et toujours vulnérable, même dans ses rapports avec un professionnel. C'est notamment le cas lorsqu'une personne agit en dehors du champ de son activité professionnelle, pour conclure un acte de consommation entrant dans son domaine de compétence. Doit-elle être protégée ? Un auteur a donné l'exemple d'un mécanicien qui acquiert une voiture automobile pour ses besoins familiaux ou d'un notaire qui achète un appartement pour les mêmes besoins²⁸. Ce

²⁵ G. Berlioz, *Droit de la consommation et droit des contrats*, JCP 1979 éd. CI. II 13019 n°4.

²⁶ D. 1, 3, 3.

²⁷ Par ex. Portalis (Discours préliminaire) : « *il faut être sobre de nouveautés en matière de législation* ».

²⁸ R. Martin, *Le Consommateur abusif*, Dalloz 1987, Chron. 150 ; voir aussi O. Carmet, *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978*, RTD. Com. 1982, 10.

genre d'exemples peut être multiplié à l'infini : voici un banquier qui sollicite un prêt à la consommation, un informaticien qui achète un ordinateur ou un logiciel de jeux pour ses enfants... Il est évident que, dans ces exemples, le consommateur n'a pas besoin, sur le plan informatif du moins, d'une protection aussi forte que celle indispensable pour protéger un consommateur véritablement profane. Il existe donc des consommateurs, au sens technique du terme, qui ne sont pas profanes dans la matière où ils contractent.

Certes, ces cas sont exceptionnels, voire marginaux. Ils ne sont pas d'une importance ou d'une fréquence suffisante pour entraîner un renversement de la règle de principe selon laquelle le consommateur s'insère dans une relation d'infériorité par rapport au professionnel. Toutefois, l'existence indéniable de ces cas doit conduire à nuancer, à modérer, la protection du consommateur pour en tenir compte. A vulnérabilité variable, protection variable. Cette variabilité se constate aussi dans la vulnérabilité de situation.

2 – La vulnérabilité de situation

Parfois, la vulnérabilité de relation se double d'une vulnérabilité de situation, en sorte que la situation précaire renforce la vulnérabilité provenant de la relation entre consommateurs et professionnels. Cette situation de vulnérabilité peut provenir ou bien de l'économie (a), ou bien de la géographie (b).

a) La situation économique

La vulnérabilité du consommateur peut être renforcée en raison d'une situation économique défavorable. On songe évidemment au surendettement. Mais ici, le consommateur passe, en réalité, d'une situation de vulnérabilité, c'est à dire d'une lésion potentielle de ses intérêts, à une situation de difficultés avérées. Tel est le cas lorsque la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée « *par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir* » (L 331-2 du C. Cons.). Pour traiter cette situation de surendettement, des mesures particulières d'aménagement, d'étalement et de réduction des dettes doivent être prises en faveur du consommateur.

Certes, la situation économiquement difficile, provenant de l'insolvabilité des personnes, n'est pas l'apanage du consommateur. La loi du 25 janvier 1985 a établi un régime protecteur pour le traitement des entreprises en difficultés. Mais, la situation des consommateurs comporte certaines particularités. Aujourd'hui, ne plus avoir les moyens financiers de consommer est ressenti, à tort ou à raison, comme une espèce de mort civile, une exclusion sociale. Il est vrai que, dans une société dite de consommation, le mode le plus naturel d'affirmer son existence, c'est encore de consommer ! Mais, en matière de surendettement, il semble que l'on dépasse le stade de la vulnérabilité. Il ne s'agit plus simplement de protéger le consommateur, mais de traiter la difficulté par des mesures plus ou moins radicales. D'ailleurs, il est possible de se demander si la situation de vulnérabilité ne s'est pas inversée. En effet, entre le consommateur surendetté, dont la situation va être traitée à l'aide de dispositions législatives permettant un étalement, voire même un effacement, des dettes et les créanciers de celui-ci, et parmi eux les

prêteurs professionnels que sont les établissements de crédits, ce sont les seconds qui, paradoxalement, paraissent vulnérables, sauf à rappeler qu'ils sont souvent à l'origine de la situation de surendettement de leur débiteur. Ainsi, même avant de contracter une dette excessive, le consommateur se trouve dans un double état de vulnérabilité : une vulnérabilité de situation due à sa position dans le cycle économique, qui l'incite à s'endetter pour consommer davantage et une vulnérabilité de relation, puisque le professionnel est celui qui va susciter le désir de consommer et donc le besoin de s'endetter. Ici, la vulnérabilité de relation a toutefois une importance plus considérable que la vulnérabilité de situation, ce qui n'est peut-être pas le cas s'agissant de la situation géographique.

b) La situation géographique

Curieusement, la situation géographique accentue parfois la vulnérabilité du consommateur face au professionnel. Cette situation apparaît dans deux hypothèses : lorsque le professionnel est présent chez le consommateur (α) ou lorsqu'il existe une distance entre le professionnel et le consommateur (β).

α) La présence du professionnel chez le consommateur

La relation de vulnérabilité existant entre le consommateur et le professionnel est renforcée lorsque ce dernier se présente au domicile ou à la résidence du premier. Pénétrant à l'improviste dans l'intimité du foyer, le démarcheur peut, ayant préparé ses arguments de vente, convaincre beaucoup plus aisément un consommateur de la nécessité ou de l'utilité de l'acquisition d'un bien ou d'un service. Le consommateur, surpris dans un lieu habituellement réservé à sa vie privée, risque de se laisser convaincre plus facilement qu'à l'accoutumée par des boniments. C'est pourquoi, cette pratique commerciale, que d'aucuns ont qualifiée d'agressive, doit être réglementée afin de tenir compte de cette situation de vulnérabilité particulière.

La loi du 22 décembre 1972 a régi le démarchage à domicile afin de protéger le consommateur qui se trouve dans cette situation particulière de vulnérabilité. Le régime a été étendu par la loi du 23 juin 1989 pour s'appliquer non seulement au domicile ou à la résidence du consommateur, mais également à tous les lieux non destinés à la commercialisation. L'objectif de cette modification de la loi est de protéger le consommateur, non seulement à son domicile ou à résidence mais aussi dans tous les lieux où il ne s'attend pas à être sollicité par un professionnel pour contracter. Cette extension géographique du champ de protection n'est pas sans poser quelques redoutables difficultés. Au plan théorique, il est évident que la vulnérabilité de situation du consommateur soit aussi intense dans un lieu public, même non destiné à la commercialisation des biens et services (une voie publique ou une place de marché), qu'à son domicile ou sa résidence. En pratique, certaines méthodes de vente inoffensives risquent d'être entravées par la lourdeur du formalisme protecteur instauré par la loi. La jurisprudence l'a d'ailleurs compris qui refuse d'appliquer ces dispositions au démarchage organisé dans les foires et salons²⁹.

²⁹ Civ. 1^{ère} 10 juillet 1995, Cont. Conc. Consom. 1995 n°194 obs. Raymond. Mais l'art. L. 121-21 c.cons. a été déclaré applicable à une vente réalisée au cours d'une exposition de services de table en porcelaine, organisée

β) La distance entre le professionnel et le consommateur

C'est l'hypothèse dans laquelle le professionnel et le consommateur, qui souhaitent entrer en relations contractuelles, ne se trouvent pas géographiquement au même endroit. La vente par correspondance existe depuis longtemps, mais les progrès techniques en matière de communication ont amplifié son utilisation. Ce que l'on appelait la vente par correspondance est devenue la vente à distance par n'importe quel procédé : téléphone, télécopie, télévision, internet, etc.

Comme la vente à domicile, la vente à distance présente pour le consommateur l'avantage de la commodité : il n'a pas à se déplacer. Elle présente également un avantage supplémentaire par rapport à la vente à domicile : le consommateur a le temps de réfléchir mûrement sa décision de contracter ; il ne subit pas la pression d'un vendeur. Mais, de sérieux inconvénients affectent cette pratique commerciale. Le consommateur n'a pas sous les yeux le bien qu'il souhaite acquérir. Dès lors, il lui est difficile d'apprécier exactement si ce bien correspond à ses besoins. Au surplus, en cas de vice ou de défectuosité du bien vendu, le consommateur peut éprouver des difficultés à faire valoir ses droits contre un vendeur géographiquement éloigné de son domicile. Enfin, il se peut qu'après avoir payé, le consommateur ne reçoive jamais le bien commandé.

Le législateur français est donc intervenu à la fin des années 1980 pour réglementer cette pratique commerciale, afin de protéger spécialement le consommateur qui se trouve placé dans une situation de vulnérabilité de nature à accentuer l'infériorité qui découle déjà de la seule existence d'une relation avec le professionnel. Le droit positif n'ignore donc pas la vulnérabilité du consommateur, que ce soit la vulnérabilité de relation ou celle, plus particulière, de situation. Si le consommateur est un être indéniablement vulnérable, il est aussi un être juridiquement protégé. C'est d'ailleurs parce qu'il est vulnérable qu'il doit être protégé.

II – LE CONSOMMATEUR : UN ETRE PROTEGE

La nécessité de protéger juridiquement le consommateur étant acquise, la question se pose de savoir par quels moyens le législateur doit assurer cette protection. La manière la plus efficace consiste à adapter la protection au type de vulnérabilité (A). Mais, dans certains cas, certes marginaux, la protection élaborée par le législateur est injustifiée car disproportionnée par rapport à la vulnérabilité réelle du consommateur (B).

A – UNE PROTECTION ADAPTEE A LA VULNERABILITE

dans une salle des fêtes municipales, avec des personnes invitées : Crim. 18 septembre 1995 Cont. Conc. Consom. 1996, n°54 obs. Raymond. Ces solutions ne brillent pas par leur cohérence.

La protection du consommateur est efficace et juste lorsqu'elle est adaptée à la vulnérabilité de celui-ci. Cette adaptation n'est pas toujours facile. La législation consumériste manque quelquefois son but en instaurant un système inadapté, inefficace. Mais, dans son ensemble, le Code de la Consommation contient un arsenal de règles susceptibles de prendre en compte la majorité des cas de vulnérabilité du consommateur. Cette prise en compte s'effectue ou bien par la sanction de l'abus (1), ou bien par la prévention de celui-ci (2).

1 – La sanction de l'abus

L'abus n'est pas systématique dans la relation entre professionnel et consommateur. Ce n'est pas parce que cette relation est marquée par une infériorité de l'un par rapport à l'autre, que ce déséquilibre tourne obligatoirement au désavantage du plus faible. D'ailleurs, le mythe de l'égalité entre les contractants n'est plus aujourd'hui crédible, si tant est qu'il l'ait été dans le passé. En effet, « *tout contrat opère nécessairement comme instrument de domination sociale d'un contractant faible par un contractant fort* »³⁰. Contrairement à ce qu'affirme parfois la doctrine consumériste, le droit de la consommation n'a pas révélé le phénomène de déséquilibre de puissance économique entre les parties contractantes. Déjà Ripert avait constaté que « *le créancier... a acquis régulièrement une puissance sur le débiteur* » et peut, par conséquent, « *faire sentir sa force* »³¹. L'inégalité est donc une idée que le juriste met en oeuvre plus souvent qu'on ne croit. Ainsi, si c'est en raison de sa vulnérabilité que le consommateur doit être protégé, cette protection doit avoir pour mesure l'abus dont il est victime. Dans les moyens de sanctionner cet abus, encore faut-il distinguer entre les moyens individuels ou classiques (a) et les moyens collectifs ou modernes (b).

a) Les moyens individuels

La législation sur les clauses abusives imposées par un professionnel à un consommateur est l'exemple topique de la sanction individuelle de l'abus. Ce régime a été établi par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 dite Scrivener, du nom du Secrétaire d'Etat chargé de la consommation³². Dans sa rédaction d'origine, cette loi réputait non écrites les clauses imposées à un consommateur par un abus de puissance économique de la part du professionnel. La rédaction initiale était didactique car elle soulignait l'importance de l'abus en la matière. Une clause n'est pas abusive par sa seule insertion dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. Elle n'est abusive que si le professionnel abuse de sa puissance économique pour créer un déséquilibre en sa faveur entre les droits et obligations réciproques des parties. La loi du février 1995, transposant en droit français la directive européenne du 5 avril 1993 « *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* », a malheureusement modifié la rédaction initiale. Désormais sont abusives les clauses « *qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des*

³⁰ G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in études Rodière, Dalloz 1981, p. 255.

³¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 1949 n° 74.

³² Aujourd'hui codifiée aux articles L 132-1 et suivants du Code de la Consommation.

parties au contrat »³³. Mais cette rédaction ne modifie pas la règle de fond. La loi n'utilise plus les termes d'abus de puissance économique, mais cette notion est toujours présente dans l'expression « *déséquilibre significatif* ». En effet, ce déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat n'est créé que par l'abus que fait le professionnel de sa puissance économique au détriment du consommateur.

A l'origine, cette législation était particulièrement inadaptée car le législateur avait cru opportun de réduire à la portion congrue le rôle du juge pour réserver au pouvoir réglementaire la possibilité de qualifier telle ou telle clause d'abusives. Or, le Gouvernement n'a pris qu'un seul décret d'application, celui du 24 mars 1978, dont la rédaction exagérément étroite laissait une quantité de clauses abusives hors de portée du système de sanction. Fort heureusement, la Cour de Cassation a fini par considérer que, nonobstant le système législatif mis en place, le juge avait le pouvoir de qualifier d'abusives, et donc de réputer non écrite, n'importe quelle clause imposée par un abus de puissance économique de la part du professionnel, même en l'absence de décret³⁴. Depuis, on peut considérer que le système de protection du consommateur contre les clauses abusives est parfaitement adapté à la vulnérabilité de celui-ci.

Un autre exemple de sanction individuelle d'un abus peut être pris dans le domaine des pratiques publicitaires. L'article L. 121-1 du Code de la Consommation interdit la publicité trompeuse, c'est à dire contenant des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur. Dans ce cas, seul l'abus, c'est à dire la publicité de nature à induire en erreur, est prohibé. La simple hyperbole dans la description des mérites d'un produit n'emporte pas condamnation³⁵. Ici encore, la protection est proportionnée à la vulnérabilité du consommateur. Il fallait aller plus loin que la sanction civile du dol puisque le consommateur est sans cesse harcelé par la publicité médiatique. Seule la répression pénale permet l'instauration d'une discipline collective et générale. Mais, la loi ne protège pas les imbéciles. Le consommateur se doit d'être vigilant et prudent pour ne pas se laisser tromper par un message parodique ou emphatique. Ainsi, il a été jugé que le slogan « *la pile Wonder ne s'use que si l'on s'en sert* », bien qu'inexact, revêt un aspect caricatural qui n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur moyen³⁶.

Enfin, dernier exemple, on tient compte de la situation particulière de vulnérabilité de certains consommateurs pour sanctionner un abus de faiblesse. Ainsi, les articles 122-8 et suivants du Code de la Consommation répriment l'abus de faiblesse commis par un professionnel au détriment d'un consommateur à l'occasion de circonstances particulières de nature à instaurer une vulnérabilité de situation en plus de la vulnérabilité de relation³⁷. Le Code de la Consommation énumère de façon limitative les circonstances, les situations, susceptibles de donner lieu à l'abus de faiblesse sanctionnés pénalement. La Commission de refonte du droit de la consommation a eu pour ambition de généraliser le délit en supprimant toute référence à des circonstances particulières³⁸. Une telle généralité ne serait cependant pas opportune. En effet, la protection du consommateur n'est juste que si elle est adaptée à sa vulnérabilité. Dans ses relations avec les professionnels, le consommateur bénéficie d'un régime minimum de protection. Il est normal de sanctionner plus sévèrement un professionnel qui abuse, non

³³ Art. L 132-1 al. 1^{er} c. consom.

³⁴ Civ. 1^{ère} 16 juillet 1987, 49 note Calais-Auloy ; JCP 1988 II 21001 note Paisant ; Civ. 1^{ère} 14 mai 1991, Dalloz 1991, 449 note Ghestin.

³⁵ Crim 21 mai 1984, Dalloz 1985, 105 note Marguery.

³⁶ Crim. 15 octobre 1985, Dalloz 1986 IR 397 obs. Roujou de Boubée.

³⁷ Voir également l'article 313-4 du Code Pénal.

³⁸ *Propositions pour un Code de la Consommation*, La Documentation Française, 1990, article L 94.

seulement de sa relation de supériorité, mais aussi de la position de faiblesse particulière de son cocontractant. Encore faut-il que la situation de faiblesse soit particulièrement caractérisée, par rapport à celle de droit commun, en fonction des circonstances, des moyens utilisés et des capacités intellectuelles du consommateur. La jurisprudence estime, à juste titre, que la technique de vente consistant à sélectionner des acquéreurs potentiels en fonction de leur capacités financières et à les entraîner payer un prix élevé au moyen d'une mise en scène ne permet pas de caractériser l'état de faiblesse des personnes sollicitées³⁹.

Malgré l'efficacité des moyens de sanction individuelle, il est clair que le consommateur se trouvera souvent dans une situation isolée, démuni face au professionnel. Le droit de la consommation met alors à sa disposition des moyens collectifs de sanction.

b) Les moyens collectifs

La consommation moderne est un phénomène de masse. La protection du consommateur doit donc empruntée une voie collective pour être efficace. C'est ainsi qu'il existe une commission des clauses abusives chargée de rechercher si les modèles de convention habituellement proposés par les professionnels à leur cocontractant consommateur contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif⁴⁰. Cette Commission a un pouvoir de recommandation quant à la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif⁴¹. Certes, les recommandations de la Commission des clauses abusives ne constituent pas des règles obligatoires, susceptibles d'ouvrir un moyen de cassation⁴². Mais, le sérieux du travail de cette Commission est de nature à conférer à ses avis une autorité suffisante pour influencer le juge.

Toujours dans le domaine des clauses abusives, l'article 132-1 du Code de la Consommation, tel que modifié par la loi du février 1995, prévoit l'établissement d'une annexe comprenant une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions prévues par le premier alinéa. Comme les avis de la Commission des clauses abusives, cette liste n'a qu'un caractère indicatif pour les professionnels et le juge. Le demandeur n'est pas dispensé de la charge de la preuve du caractère abusif de la clause insérée dans son contrat et se trouvant dans la liste annexée. Mais, la publication d'une telle liste contribue à harmoniser les pratiques et incite les professionnels les plus sérieux à supprimer spontanément certaines clauses insérées dans leur contrat.

A côté de ce dispositif, il existe la possibilité pour certaines associations de consommateurs d'agir en suppression des clauses abusives. L'article L 421-6 du Code de la Consommation dispose que « *les associations mentionnées à l'article L 421-1 peuvent demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression de clauses abusives dans les modèles de convention habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs et dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leur membre* ». L'effet général et collectif d'une telle action est remarquable. Il permet l'éradication des clauses abusives, en dehors de tout litige individuel et de tout contrat signé, le professionnel condamné étant obligé d'adapter, éventuellement sous

³⁹ Crim. 19 février 1997, Dall. Aff. 1997, 567 ; RTD. Com. 1997, 696 obs. Bouloc.

⁴⁰ L 132-2 du Code de la Consommation.

⁴¹ L 132-4 du Code de la Consommation.

⁴² Civ. 1^{ère} 13 novembre 1996, Bull. Civ. I n° 399.

astreinte, ces modèles de convention. Ce dispositif de sanction collective de l'abus, qui confine d'ailleurs à la prévention, connaît un succès mitigé en jurisprudence. Certainement par manque de moyens, les actions des associations de consommateurs ne sont pas aussi fréquentes que la pratique l'exige. Au surplus, la Cour de Cassation a récemment considéré, dans une décision critiquable et critiquée, que l'action collective ne pouvait pas s'appliquer à un contrat pré-rédigé proposé par un mandataire professionnel à sa clientèle de consommateurs⁴³. Toutefois, il serait erroné d'en déduire une hostilité de principe de la Cour de cassation à l'encontre des actions collectives des associations de consommateurs. La Première Chambre Civile estime, en effet, qu'une association agréée de défense des consommateurs est en droit de demander devant les juridictions civiles la réparation, notamment par l'octroi de dommages et intérêts, de tout préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs⁴⁴.

Enfin, il faut rappeler la possibilité pour les associations, dont l'objet statutaire consiste en la défense des intérêts des consommateurs et agréées à cette fin, de se porter partie civile relativement au fait portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs⁴⁵. Ces associations peuvent également intervenir devant les juridictions civiles dans les litiges opposant consommateurs et professionnels « *lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs en raison de faits non constitutifs d'infraction pénale* »⁴⁶. Il existe aussi une action en représentation conjointe leur permettant d'agir en justice dans l'intérêt individuel de plusieurs consommateurs, à condition toutefois d'être mandaté par au moins deux d'entre eux⁴⁷. En attendant la consécration, en droit français, de l'action de groupe, l'action en représentation conjointe de l'article L. 422-1 du Code de la Consommation, révèle l'importance d'une défense collective des consommateurs. Là encore, il y a adaptation de la protection du consommateur à sa vulnérabilité. Conscient de l'isolement du consommateur, le législateur suscite des regroupements et des actions collectives par le biais des associations agréées de consommateurs. C'est une application de l'adage : l'union fait la force.

2 – La prévention de l'abus

La sanction de l'abus intervient nécessairement a posteriori, une fois la commission de celui-ci au préjudice du consommateur. Il y a quelque chose d'insatisfaisant à attendre que l'abus soit commis pour protéger le consommateur. La prévention de l'abus présente donc des attraits non négligeables. Mais cette prévention n'est pas une panacée. Elle ne peut être efficace que si elle intervient en complément des sanctions législatives réprimant l'abus. D'ailleurs, la prévention n'est envisageable que dans certaines hypothèses de vulnérabilité, notamment s'agissant de l'infériorité cognitive.

« *Le déséquilibre dans les relations entre professionnels et consommateurs tient pour une bonne part à l'inégalité de leur information* »⁴⁸. Or, cette inégalité au plan de l'information

⁴³ Civ. 1^{ère} 4 mai 1999, JCP 1999 II 10205 note Paisant ; JCP E 1999 page 1827 note Jamin ; Defrénois 1999, page 1004 note D. Mazeaud.

⁴⁴ Civ. 1^{ère} 5 octobre 1999, Dalloz 2000, Cahier de droit des affaires, Jurisp. Comm. P. 110 note Paisant.

⁴⁵ L 421-1 c. consom.

⁴⁶ L 421-7 c. consom.

⁴⁷ L 422-1 c. consom.

⁴⁸ Calais-Auloy et Steinmetz, op. cit. n° 46.

peut être compensée par des mesures préventives. Par exemple, l'article L. 111-1 du Code de la Consommation dispose que « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». Certes, ce texte connaît des précédents en droit commun. L'article 1602 du Code civil impose au vendeur d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Par ailleurs, la jurisprudence a depuis longtemps mis à la charge du professionnel une obligation d'informer son partenaire, lorsque celui-ci n'est pas de la même spécialité que lui. On pense également à la jurisprudence relative au dol par réticence. Mais c'est en droit de la consommation que cette obligation d'information a le plus d'acuité. En effet de nombreux décrets, qu'il est impossible de citer ici⁴⁹, existent ayant pour objet de préciser l'information que doit fournir le professionnel au consommateur. L'article L. 214-1 du Code de la Consommation permet en effet au Gouvernement de prendre des décrets pour assurer l'exécution des textes législatifs en ce qui concerne « *les modes de présentation ou les inscriptions de toute nature sur les marchandises elles-mêmes, les emballages, les factures, les documents commerciaux et documents de promotion* ».

Dans le même ordre d'idées, il est possible de citer l'article L. 113-3 du Code de la Consommation qui dispose : « *tout vendeur de produits ou tout prestataire de services doit par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon les modalités fixées par arrêté par Ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil National de la Consommation* ». Là encore, l'idée est d'informer préalablement le consommateur, afin d'éviter qu'il subisse un abus de puissance économique en raison de son ignorance.

D'autres dispositions du Code de la Consommation se soucient d'éclairer le consentement du consommateur. Il en est ainsi de l'article L. 133-2 du Code de la Consommation en vertu duquel « *les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou non professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». Dans le but de renforcer cette exigence légale, l'article L. 134-1 du Code de la Consommation impose aux professionnels de « *remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemple des conventions qu'ils proposent habituellement* ». Là aussi, il s'agit de donner au consommateur la possibilité et le temps d'examiner les clauses contractuelles pré-rédigées qui régiront la convention projetée.

De façon plus expéditive, certains contrats comportent un délai de réflexion ou de rétractation pour éviter les engagements souscrits à la légère par le consommateur. Il en est ainsi pour les contrats proposés lors d'un démarchage⁵⁰ ou ceux ayant pour objet une opération de crédit mobilier⁵¹, de crédit immobilier⁵², d'enseignement à distance⁵³, d'assurance vie⁵⁴, de courtage matrimonial⁵⁵, ou encore d'achat ou de construction d'immeuble neuf⁵⁶. Ces régimes juridiques sont hétérogènes. Tantôt le délai de réflexion précède la signature du contrat, comme en matière de crédit immobilier, tantôt il suit celle-ci, comme en matière de démarchage ou de crédit à la consommation. Or rien ne justifie une telle différence de régime.

⁴⁹ Voir Calais-Auloy et Steinmetz, op. cit. n° 53.

⁵⁰ Article L 121-25 c consom. : délai de rétractation de sept jours.

⁵¹ L 311-15 et L 311-16 c consom.: délai de rétractation de sept jours à compter de l'acceptation de l'offre.

⁵² Possibilité de rétracter l'acceptation dans un délai de dix jours (L 312-10).

⁵³ Loi du 12 juillet 1971.

⁵⁴ Articles L 132-5-1 et L 132-5-2 du Code des Assurances.

⁵⁵ Loi du 23 juin 1989.

⁵⁶ Loi du 31 décembre 1989.

Au surplus, par le formalisme législatif ainsi établi, la protection du consommateur engendre une expansion inconsidérée du domaine des contrats solennels⁵⁷. Il est du reste possible de douter de l'efficacité de ce type de protection, le consommateur n'étant guère enclin à lire scrupuleusement les conditions générales contractuelles qui lui sont soumises ou à profiter d'un délai pour véritablement réfléchir sur l'opportunité de l'opération, avant de contracter. En pratique, les consommateurs ressentent, dans certains cas, ce formalisme légal comme une contrainte, une entrave. D'où le risque de voir se répandre, avec la connivence du consommateur, l'astuce pénalement répréhensible consistant à antidater les documents qui servent de point de départ au délai de réflexion et de signer, le même jour, le contrat.

Enfin, le législateur a mis en place un moyen préventif encore plus lourd en prédéterminant le contenu de certains contrats. L'idée est qu'en construisant un contrat dans son entier et en l'imposant aux professionnels, il n'y aurait plus besoin de lutter contre les abus de puissance économique. Ce serait le moyen préventif par excellence. Le contrat d'adhésion, qui a été le moyen par lequel le professionnel a imposé sa volonté, se retournerait alors contre lui pour, par l'intermédiaire de la loi, être au service de la protection du consommateur. Le contrat quitte alors la sphère du droit privé, et la liberté contractuelle de l'article 1134 du Code Civil, pour entrer dans le domaine du droit public. Ainsi, plusieurs contrats de consommation ont fait l'objet de dispositions impératives, même si le législateur a toujours laissé une marge à la liberté contractuelle : les opérations de crédit⁵⁸, le contrat d'assurance⁵⁹, le contrat de construction de maison individuelle⁶⁰, etc. Souvent, cette législation, qui détermine impérativement le contenu du contrat, s'appuie sur des accords collectifs en matière de consommation⁶¹. Mais, le scepticisme doit l'emporter quant à cette méthode préventive. Il ne revient pas à la loi de fixer dans les détails le contenu d'un contrat. Portalis ne disait-il pas, dans le discours préliminaire, « *l'office de la loi est de fixer, par grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* » ? Il semble donc que, lorsqu'il prédétermine le contenu d'un contrat, le législateur va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le consommateur compte tenu de sa vulnérabilité réelle.

B – UNE PROTECTION INJUSTIFIEE PAR LA VULNERABILITE

L'étude de la vulnérabilité du consommateur a montré que celle-ci, si elle était fréquente, n'était, en revanche, pas constante. Il y avait des cas, certes marginaux, dans lesquels le consommateur ne se situait pas en situation de vulnérabilité ou d'infériorité par rapport aux professionnels. Par conséquent, la protection générale et abstraite instaurée par le droit de la consommation se révèle injuste, lorsqu'elle vient au secours d'un consommateur qui n'en a, effectivement, nul besoin. Des auteurs ont montré que l'idée de vulnérabilité n'était pas systématiquement attachée à la notion de consommateur : « *on ne voit pas pourquoi une catégorie de citoyens bénéficierait seuls des règles de protection exorbitantes du droit commun par le fait qu'elle se situe au bout de la chaîne de distribution* »⁶². Une telle

⁵⁷ Cf. Xavier Lagarde, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP 1999 I 170.

⁵⁸ L 311-1 et suivants du Code de la Consommation.

⁵⁹ L 121-1 du Code des Assurances,

⁶⁰ Loi du 19 décembre 1990 et décret du 29 novembre 1991

⁶¹ cf Calais-Auloy et Steinmetz, op. cit. n° 175.

⁶² Mazeaud et Chabas, op. cit. n° 32-3.

affirmation est excessive, en ce qu'il a été montré que cette position en bout de chaîne de distribution est généralement inconfortable. Mais le vrai est que cette invulnérabilité n'existe pas toujours. Il n'existe pas une adéquation parfaite entre la fonction de consommation et l'idée de contractant économiquement faible.

Tout le problème provient du caractère abstrait de la protection instaurée par le droit de la consommation. Le dogme consumériste est que le consommateur est présumé irréfragablement faible, face au professionnel présumé irréfragablement puissant. C'est le caractère irréfragable de la présomption de vulnérabilité du consommateur face au professionnel qui pêche par excès. Elle confine alors à l'idée de privilège que dénonçait déjà Ripert : « *la protection générale et abstraite de certains contractants n'a, quoiqu'on en dise, aucun rapport avec le respect de la volonté telle que le Code Civil l'a concevait. Il s'agit tout simplement de protéger une catégorie spéciale de personnes contre la force des autres. Sous un régime démocratique, la protection va naturellement à ceux qui sont en même temps les plus faibles et les plus nombreux. Cette politique sans doute se réclame de la justice, mais c'est une justice abstraite : elle ne tient pas compte des situations individuelles ; elle fait de grandes catégories dans les sujets de droit (...) quand l'idée a été acquise que les faibles ont le droit d'être protégés par les pouvoirs publics en raison de leur faiblesse même, l'intervention légale a sacrifié le principe d'égalité devant la loi, sans avouer que certaines catégories de personnes étaient ainsi privilégiées* »⁶³.

Chaque fois que la protection instaurée par le législateur est abstraite et générale, c'est à dire non proportionnée à la vulnérabilité réelle du consommateur, elle se révélera injuste. Il y a donc lieu de regretter la position adoptée par la Cour de Cassation selon laquelle les juges du fond n'ont pas à « *rechercher si l'acheteur était un consommateur expérimenté ou non, condition qui ne figure pas la loi* »⁶⁴. La doctrine approuve généralement cette position jurisprudentielle, en faisant remarquer que la loi, dont les dispositions sont d'ordre public, ne prévoient pas de restriction du domaine de protection basée sur l'expérience ou la compétence du consommateur. Sur le plan de la pure mécanique juridique, cette opinion n'est pas critiquable. Mais, il est permis de douter de la pertinence d'une solution qui instaure une protection aveugle, bénéficiant à des personnes qui ne sont pas en état d'infériorité réelle. Deux effets pervers peuvent être constatés. Tout d'abord, les contractants expérimentés vont pouvoir cacher leur mauvaise foi derrière le masque bien commode du consommateur. Ensuite, se sentant universellement et arbitrairement protégés, les consommateurs risquent peu à peu de privilégier l'inconscience au détriment de la responsabilité. Il est évident que, plus une protection juridique est élevée et abstraite, plus le degré de responsabilité du citoyen moyen s'abaisse. C'est ainsi qu'un auteur a pu écrire que le droit de la consommation faisait passer de « *l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice* »⁶⁵. De façon encore plus tranchée, un autre auteur estime que « *les textes contemporains paraissent... fondés sur la présomption que le contractant non professionnel n'est que faiblesse, imbecillitas* »⁶⁶.

Ces critiques semblent parfaitement justifiées. Plutôt que de se complaire dans une *analyse in abstracto*, mieux vaudrait privilégier une analyse *in concreto* de la faiblesse du consommateur, c'est à dire de sa vulnérabilité. Certaines juridictions du fond ont perçu le risque d'injustice que recèle une protection générale et abstraite du consommateur. Ainsi, la Cour d'Appel de Paris a refusé la demande de redressement judiciaire civile d'un particulier

⁶³ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1951 2^{ème} éd., n° 16.

⁶⁴ Civ. 1^{ère} 3 mai 1988, Dalloz 1988, Somm. 407 obs. J.-L. Aubert, Dalloz 1990, 61 note J. Karina de Van.

⁶⁵ E. Agostini, *De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice*, Dalloz 1984, Chron. 235.

⁶⁶ G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, art. préc., n° 10.

en retenant que « *sa situation de surendettement n'a pas pu lui échapper au fur et à mesure de la souscription des emprunts, dans la mesure où il exerçait la profession d'attaché commercial d'un organisme de crédit, et que son activité professionnelle consistait à proposer des prêts à la clientèle tout en s'assurant que la capacité à épargner des emprunteurs leur permettait de faire honneur à leurs engagements* »⁶⁷. Un autre arrêt de la Cour d'Appel de Paris est venu confirmer cette tendance en excluant du bénéfice de la loi du 31 décembre 1989, insérée dans les articles L 331-2 du Code de la Consommation, des individus « *professionnels de la banque* » qui « *ont sans aucune nécessité familiale, de façon délibérée, pris vis à vis de leurs créanciers des engagements qui, compte tenu de leur salaire, et à l'absence d'épargne personnelle, ils savaient ne pouvoir respecter...* »⁶⁸. La Cour de Cassation ne reste pas insensible à de tels arguments. Elle a admis qu'un pharmacien devait être débouté de sa demande de condamnation à l'encontre d'une banque pour soutien abusif, aux motifs qu'il avait fait preuve « *d'une imprudence consciente et délibérée en se livrant à une opération extra bancaire* ». « *Ce pharmacien, compte tenu de sa profession et de l'importance de ses opérations financières* » ne pouvait s'engager « *sans demander ni recevoir le moindre document qui y fut relatif* »⁶⁹.

Ces exemples devraient, *de lege ferenda*, être généralisés afin de ne pas instaurer une surprotection abusive du consommateur. La technique juridique pourrait permettre de concilier avantageusement les deux impératifs de justice suivants : la protection, par principe, du consommateur face au professionnel ; mais la prise en compte, *in concreto*, de l'absence de vulnérabilité du consommateur dans certains cas particuliers. En effet, il suffirait de considérer que la notion de consommateur n'est qu'une présomption simple, susceptible de preuve contraire. Il faut rappeler que la présomption « *constitue un raisonnement probatoire, par l'établissement d'un lien logique entre le fait inaccessible à la preuve et le fait accessible* »⁷⁰. La présomption revient donc à un déplacement de l'objet de la preuve afin de tenir compte de la logique ou de la probabilité de la relation entre le fait inconnu et le fait connu. S'il est logique de présumer le consommateur en situation de faiblesse économique, de vulnérabilité, par rapport aux professionnels, et ce en raison du *plerumque fit*, en revanche il est injuste et artificiel de conférer un caractère irréfragable à cette présomption. L'équité et la *ratio legis* commandent de pouvoir renverser la présomption de vulnérabilité et d'exclure, dans les cas marginaux mais réels, l'application des dispositions protectrices du consommateur. D'ailleurs, le droit des incapacités lui-même ne se contente pas d'une protection purement abstraite. L'article 1112 al.2 du Code Civil impose de tenir compte des aptitudes et des capacités de chaque individu majeur. De la même façon, mais en sens inverse, les actes d'administration passés par un mineur ne peuvent être remis en cause que s'il existe un déséquilibre contractuel à son détriment. Cette règle s'explique par le renversement de la présomption de faiblesse, le mineur faisant preuve, en passant un acte équilibré, de sa capacité à gérer ses intérêts. L'article 1308 du Code Civil illustre un raisonnement similaire en excluant la restitution pour cause de lésion, s'agissant des engagements pris par le mineur dans l'exercice d'une profession. Enfin, l'article 1312 du Code Civil dispose que le mineur doit restituer ce qui a tourné à son profit, ce qui implique de la part du juge, une appréciation de sa puissance patrimoniale. Curieusement, pour certains actes et dans certaines situations, le consommateur est protégé d'une façon plus générale et abstraite que le mineur ! C'est donc un leurre de croire que les catégories juridiques abstraites sont incompatibles avec une

⁶⁷ CA Paris 17 décembre 1990, Dalloz 1991, 270 note Groslière.

⁶⁸ CA Paris 24 novembre 1994, Cont. Conc. Consom., février 1995 n° 41 (3^{ème} espèce).

⁶⁹ Civ. 2^{ème} 13 novembre 1992, JCP 1993, IV 173.

⁷⁰ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz 1998, 4^{ème} éd., n° 556.

appréhension du concret. Le mécanisme de la présomption simple est justement là pour concilier les exigences de clarté et de souci d'équité.