

LUIGGI Alexandre

Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Master 2 mention droit comparé appliqué

Mémoire de recherche

Année universitaire 2012-2013

Analyse comparative France-Canada sur la protection du consommateur

**Mémoire effectué sous la direction du professeur et directeur
du Master 2 de droit comparé appliqué Guy Scoffoni**

Sommaire

Introduction

Partie 1 : Les fondements d'une réflexion

I / *Au commencement*.....

II / *L'aboutissement constitutionnel*.....

III / *Une protection du consommateur*.....

Partie 2 : Les prémices du contrat de consommation

I / *Le champ d'application du droit de la consommation*.....

II / *L'information du consommateur*.....

III / *La question des clauses abusives*.....

Partie 3 : Les contrats de consommation

I / *La conformité des produits : la garantie des vices cachés*.....

II / *La sécurité des produits et services*.....

Partie 4 : Les modes de résolution des conflits de consommation

I / *L'union fait la force : l'action de groupe*.....

II / *L'arbitrage*.....

III / *Peut-on choisir son droit de la consommation ?*.....

Conclusion

Abréviations :

Dans ce mémoire, seront utilisées les abréviations suivantes :

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

LPC : Loi sur la protection du consommateur

DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

SAG : Sale of good act

CPC : Code de procédure civile

C.Cass : Cour de cassation

Introduction

Le 6 juillet 2013 vers 23h30, les pompiers de la municipalité de Nantes au Québec sont appelés pour sécuriser un train de la société « Montréal Maine and Atlantic Railway » (MMA) ayant des problèmes de frein suite à l'incendie d'une de ses locomotives.

Les pompiers sécurisent l'engin qui transporte 72 wagons, éteignent le feu et attendent l'arrivée des experts de la compagnie afin de déterminer si le train est apte à continuer sa route.

Après plusieurs minutes d'inspection, le contrôleur donne son feu vert et le train reprend sa route. Treize kilomètres plus tard, à 1h14, alors que le train se trouve en centre-ville de Lac-Mégantic, il déraile entraînant la chute de ses 72 wagons.

Un incendie se déclare et les choses s'accroissent. Les 72 wagons sont des wagons-citernes contenant du pétrole brut. Des explosions retentissent touchant une quarantaine de bâtiments sur une zone de 2km².

La population fuit, certains, dans les flammes, cherchent désespérément un proche. Le bilan est lourd, 47 corps sont retrouvés, d'autres gisent encore sous les décombres, une ville est morte. Le Canada vient de connaître l'une des pires tragédies ferroviaires de son histoire.

Six jours plus tard soit le 12 juillet, le train Intercités SNCF 3657 reliant Paris Austerlitz à Limoges en France déraile à 17h14 en gare de Bretigny-sur-Orge. Le train qui transportait 385 voyageurs aurait connu la rupture d'une pièce métallique.

Outre les importants dégâts matériels, cet accident fera six morts, quatre hommes et deux femmes âgés de 19 à 82 ans, ainsi que des dizaines de blessés.

Si ces deux catastrophes, survenues à quelques jours d'intervalle, peuvent sembler identiques, dans les deux cas nous avons un tragique accident ferroviaire qui aura entraîné, du fait d'une anomalie technique, la mort de plusieurs personnes et la destruction de nombreux bâtiments, la tragédie québécoise diffère de l'accident français.

Outre le nombre de morts et les dégâts plus importants, c'est surtout le moyen d'action des victimes et de leurs familles pour sanctionner les possibles manquements du transporteur qui va se distinguer.

Le 15 juillet 2013, les journaux canadiens nous informent en effet qu'un recours collectif est en préparation en application du droit québécois de la consommation et sera présenté au tribunal le 16 septembre¹.

Ce recours vise la société ferroviaire américaine Montréal, Maine & Atlantic (MMA), de même que les dirigeants Edward Burkhardt et Robert Grindrod, le conducteur de locomotive Tom Harding mais aussi les clients de la MMA, des entreprises pétrolières, dont la Irving Oil et ses filiales.

Le recours collectif a pour but d'obtenir des compensations pour la perte de proches parents et pour des préjudices corporels et matériels subis. S'il est accepté, ce recours serait « *l'un des plus important jamais déposé au Canada* »² et permettrait de dégager des millions de dollars d'indemnisation.

La France, quant à elle, ne permet pas ce genre de procédé et au final, les victimes et leurs familles, qui feront face à la SNCF, devront agir seul et ne percevront que peu d'argent au terme d'un procès long et coûteux.

Cela veut-il dire que le droit canadien de la consommation est plus protecteur que le droit français ?

C'est pour répondre à cette question que nous avons débuté ce mémoire de recherche qui a pour objectif l'étude comparative des droits de la consommation français et canadiens dans le but de déterminer lequel est le plus protecteur pour le consommateur.

Au fil de ce mémoire nous allons revenir sur les grands principes du droit de la consommation analysés sous l'angle comparatiste.

1 Ce mémoire est rédigé le 20/07/2013

2 <http://www.montrealgazette.com/news/montreal/M%C3%A9gantic+rail+disaster+Class+action+suit+sought/8661266/story.html>

Cette étude n'a pas la prétention de l'exhaustivité et le droit spécial du droit de la consommation, à savoir les règles régissant spécifiquement tel ou tel type de contrat de consommation ne seront pas traitées pour principalement se consacrer aux principes de base, applicables à chaque situation.

L'analyse qui sera la nôtre consistera en premier lieu à exposer la règle développée par le droit français puis les divergences, originalités ou absences du droit canadien qu'il soit fédéral ou provincial avec, pour ce dernier, une comparaison des différentes approches des provinces canadiennes.

Puis nous conclurons en reprenant les règles de droit détaillés afin de permettre de dégager une réponse à notre problématique.

En l'absence d'œuvre réellement pertinente de droit comparé traitant des droits de la consommation franco-canadiens et afin de développer une analyse qui ne serait pas influencée, nous avons voulu baser notre travail sur une étude minutieuse des textes de lois provinciales et fédérales qui concernent le consommateur ainsi que la jurisprudence qui leur est associée, écartant les œuvres comparatives qui auraient, malgré tout, une vision subjective de la situation.

Ce mémoire sera composé de quatre parties.

Nous commencerons nos observations par un récit retraçant la création et le développement du Canada sur un plan historique et politique. Pour des raisons évidentes, nous avons occulté une telle analyse pour la France. Nous finirons cette partie par les événements marquant la naissance du droit de la consommation et l'impact qu'il a eu dans les deux pays.

Une fois cette première partie exposée, la suite de notre réflexion sera découpée en suivant les différentes étapes de la vie d'un contrat de consommation.

La deuxième partie de ce mémoire sera donc consacrée à la situation pré-contractuelle à savoir les obligations qui pèsent sur le professionnel dans sa prise de contact avec le consommateur. Seront également étudiés dans cette partie les éléments devant être présents dans le contrat de consommation lors de sa signature.

La troisième partie exposera les événements pouvant intervenir durant l'exécution du contrat de consommation et qui pourront amener le professionnel à dédommager le consommateur voir à subir la fin de l'engagement contractuel.

Enfin, parce que les litiges font partie intégrante des relations contractuelles, la quatrième et dernière partie de ce mémoire sera consacrée aux situations conflictuelles opposant consommateurs et professionnels.

Nous avons voulu dans cette dernière partie aborder des éléments peu étudiés comme l'arbitrage ou la possibilité de recourir à des clauses contractuelles limitant la liberté d'action afin de ne pas revenir sur les cas classiques de recours en justice. Bien entendu, y seront observées les questions d'action de groupe.

Au terme de ces différents points, la conclusion reviendra sur les éléments développés au fil de notre réflexion avec comme point d'orgue une réponse à notre problématique.

Partie I : Les fondements d'une réflexion

Si le droit est le reflet d'une société, l'analyse de celle-ci est donc indispensable pour le comprendre.

Outre les aspects historiques qui nous permettront de comprendre les influences qu'a subit le droit canadien depuis le début des invasions européennes et américaines (I), nous devons en analyser la hiérarchie juridique par le biais du droit constitutionnel (II).

Cette analyse menée, nous concluons sur notre première distinction entre droit français de la consommation et droit canadien (III).

Chapitre 1 : Au commencement

Avant de rentrer dans des considérations historiques et d'aborder l'arrivée des premiers colons, il est important de présenter le décor. Le Canada se situe au nord du continent américain. Le territoire canadien est à la fois une composante du continent nord-américain mais est aussi composé d'une grande quantité d'île et d'îlot dans l'océan Arctique entourant la face ouest du Groenland.

Le Canada est donc entouré par les États unis d'Amérique au sud et à l'ouest avec l'Alaska mais aussi au nord-est par le Groenland.

Le pays a une superficie de 9 984 670 km² ce qui en fait le plus grand pays du monde après la Russie. En revanche, sa population n'est que de 35 million d'habitant soit 3,5 habitants au km².³ En comparaison, la France a une superficie totale 675 417 km² pour une population de 65,8 million d'habitant soit 97 habitants au km².⁴

Le pays est donc très peu peuplé au vu de sa superficie, cela est surtout dû au climat peu accueillant du nord canadien.

Maintenant que nous avons situé le lieu de l'action, démarrons la narration en commençant par le commencement.

Nous sommes à la fin du XV siècle, Christophe Colomb vient de découvrir l'Amérique sous l'égide du Roi d'Espagne. Les puissances européennes ne voulant pas être dépassées par leur rival hispanique, entame eux aussi la conquête de nouvelles terres. C'est ce qui amena les anglais jusqu'au Canada.

En 1497, Jean Cabot, émissaire du Roi de Grande Bretagne aborde Terre-Neuve. Peu d'autres nations vont s'intéresser au Canada jusqu'en 1534 où Jacques Cartier, émissaire du Roi de France, remonte le fleuve Saint Laurent et rentre dans le continent américain. La colonisation débutera dès le début du XVII siècle principalement sous l'autorité de la France, la Grande Bretagne se concentrant sur son expansion en Amérique.

3 <http://www5.statcan.gc.ca/subject-sujet/theme-theme.action?pid=3867&lang=fra&more=0>

4 http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATnon02145

L'Acadie (Nouvelle-Écosse) sera fondée en 1604 et la ville de Québec en 1608. Les terres françaises seront alors administrées par un gouverneur, nommé par le Roi de France avec une commission détaillant ses pouvoirs. En 1627, le Roi de France va concéder l'ensemble de la Nouvelle France à une compagnie commerciale appelée compagnie des cent associés ou compagnie de la Nouvelle France développant le système des seigneuries en Nouvelle France. Parmi les associés, on trouve d'illustre personnage comme le cardinal de Richelieu et Samuel de Champlain.

Les colonies progressent et seront créés deux autres villes que sont la ville de Trois-Rivières et celle de Montréal en 1642. En 1663, la Couronne française décide de reprendre possession du pays au vu de l'inaboutissement, par la compagnie des cent associés, des objectifs fixés par le royaume de France. La Couronne installe un gouvernement royal et s'affilie à la compagnie des Indes occidentales.

En plus du Gouverneur, la France établit le Conseil souverain de Québec, organisme centrale de gestion de la colonie et judiciaire associé à un intendant de police, justice et finance. Sous cette juridiction, le droit applicable sera le droit français, notamment la coutume de Paris auxquelles vont s'ajouter les édits et ordonnances du Roi de France ou du Gouverneur de Nouvelle France comme la grande ordonnance de procédure civile adoptée en France en 1667.

Ce n'est qu'au XVIII siècle que les anglais vont revenir vers le Canada notamment vers Terre-Neuve. De nombreux traités internationaux entre la France et la Grande Bretagne vont traiter du Canada. Deux auront plus d'importance car entraîneront le retrait de la France.

Le premier est le traité d'Utrecht en 1713 faisant suite à la guerre de succession d'Espagne où la France perd presque la totalité de ses possessions sur la côte atlantique du pays, n'étant plus présent alors qu'en Nouvelle France. La Grande Bretagne va récupérer ce territoire et commencer à s'y installer formant la Nouvelle-Écosse où les dirigeants anglais vont être confrontés à une population francophone, confrontation se finissant par la déportation en Amérique d'une grande partie de la population présente.

La Grande Bretagne va nommer un Gouverneur et fonder la ville d'Halifax en 1749. Une Cour Supérieure fondée sur le modèle britannique sera aussi fondée en 1754 en Nouvelle-Écosse,

celle-ci existe toujours aujourd'hui.

En 1759, la guerre reprend et la ville de Québec capitule face à l'armée britannique. L'année suivante ce sera à Montréal de capituler. S'en suit le traité de Paris de 1763 où la France renonce à la totalité de ses possessions en Amérique du Nord. L'ensemble de la Nouvelle-France passe donc sous le contrôle de la Grande Bretagne faisant disparaître les institutions françaises existantes.

Question se pose alors du droit applicable à cette colonie, aucune mention n'y est faite dans les traités signés entre les deux royaumes. Le royaume de Grande Bretagne décide alors d'isoler la Nouvelle-France en créant la Province de Québec et en y installant un Gouverneur par proclamation royale.

En revanche, cette proclamation y rend applicable uniquement le droit anglais, appliqué par des juges anglophones et devant des juridictions britanniques créant, pour la population francophone locale, une véritable difficulté à se voir appliquer un droit et soulevant un épineux problème de bonne application de la justice.

Le Parlement britannique intervient donc en 1774 par le biais de l'Acte de Québec. Celui-ci révoque la proclamation royale ainsi que toutes les institutions qui en découlent. L'Acte de Québec prévoit la nomination d'un Gouverneur et d'un Conseil pour l'assister, la liberté de religion des québécois est reconnue et surtout est créé une dualité juridique au sein de la province.

L'Acte de Québec va prévoir en effet qu'en matière de propriété et de droit civil, le droit applicable sera celui en vigueur avant la conquête britannique, c'est à dire le droit français. Pour le droit criminel, ce sera le droit anglais qui restera applicable.

Peu de temps après, la guerre de sécession fait rage aux États unis et la Grande Bretagne finit par y perdre l'ensemble de ses colonies. Une certaine partie de la population américaine, opposée à l'idée d'indépendance, va immigrer au Canada, ils seront appelés les loyalistes. Leur arrivé au Canada va conduire à un nouveau redécoupage du pays.

Une partie de cette population va s'installer dans la partie ouest de la province du Québec

recréant le problème précédemment résolu avec l'Acte de Québec à savoir une population confronté à une langue et à un système juridique inconnu.

Le Parlement de Grande Bretagne va donc opérer une nouvelle modification constitutionnelle en 1791 par le biais de l'Acte Constitutionnel marquant une partition de la province de Québec en deux colonies. A l'est sera présente la population francophone, réunie dans le Bas-Canada avec désormais la possibilité d'élire une assemblée représentative. La partie ouest devient le Haut-Canada.

La première loi du Haut-Canada va abolir les dispositions de l'Acte de Québec précisant que le droit de propriété et le droit civil seront gérés par les règles en vigueur après la conquête britannique rétablissant l'hégémonie du droit anglais.

La population des colonies sera en très forte croissance durant les années qui suivirent au point de déclencher des troubles sociaux et politiques, notamment au Bas-Canada, amenant le Parlement britannique à suspendre les dispositions de l'Acte constitutionnel accordant pouvoir à ses institutions représentatives, remplacées par un Conseil spécial dont les membres sont directement nommés par la Couronne Britannique. De plus, la loi martiale sera proclamée pendant un certain temps.

Cette situation prendra fin deux ans plus tard avec une nouvelle modification constitutionnelle. En 1840, dans une volonté d'assimilation de la population francophone par la population anglophone et ses institutions, le Bas-Canada et le Haut-Canada sont fusionnés en la Province de Canada. La langue anglaise devient la seule langue officielle. De plus, les Gouverneurs sont désormais responsables devant les assemblées représentatives.

L'expansion de la population continue à grand pas. Seront ainsi créées deux nouvelles colonies à savoir l'île de Vancouver et la Colombie Britannique.

En 1867, une loi constitutionnelle, appelée Acte de l'Amérique du nord britannique, conduit à un regroupement politique par le biais d'une fédération des colonies. Au départ, seul quatre colonies y adhèrent dont la Province du Canada composé du Québec et du Haut-Canada prenant à ce moment le nom d'Ontario.

L'union de ces colonies se fait sur la base d'une Constitution reposant sur les mêmes principes que le Royaume-Uni. Des institutions fédérales, législatives et exécutives sont alors créées. Pour les institutions judiciaires, la loi de 1867 conserve les juridictions déjà existantes.

Au fil des années, d'autres colonies vont se joindre à la fédération en y adoptant ses règles et institutions.

Malgré tout, le Canada demeure sous contrôle du Parlement britannique. En effet, la loi constitutionnelle de 1867 étant une loi britannique, elle ne peut être amendée que par le Parlement britannique. Deuxièmement, toutes les lois adoptées au Canada doivent rester compatibles avec le droit britannique. Enfin, toutes les décisions rendues au Canada peuvent être portées en appel devant le Comité judiciaire du Conseil privé, institution du Royaume-Uni.

Les choses vont évoluer par le biais de deux lois. Une première loi en 1931, le Statut de Westminster où le Royaume-Uni reconnaît l'indépendance de certaines de ses colonies dont le Canada.

Ce nouveau texte impose deux règles. La première étant que le Royaume-Uni ne pourra plus émettre de lois applicables au Canada sauf si celui-ci le demande expressément. Enfin, les lois futures adoptées au Canada n'auront pas à être déclarées conformes au droit britannique.

Malgré tout, la loi constitutionnelle de 1867 est écartée ici de l'indépendance accordée par le Statut de Westminster, les institutions représentatives canadiennes ne pouvant la modifier, ils devront demander au Parlement britannique de procéder à la modification.

En 1949, le gouvernement fédéral supprime la possibilité de faire appel des jugements rendus au Canada devant le Comité judiciaire du Conseil privé, la Cour suprême du Canada devenant alors la plus haute instance du pays.

Enfin, en 1982, le Parlement britannique, à la demande des autorités canadiennes, adopte une Loi sur le Canada. Par ce biais, le gouvernement britannique renonce à toute souveraineté restante à l'égard du Canada.

Le Canada devient alors un pays pleinement souverain à un détail près, le Canada et le

Royaume-Uni partagent toujours le même chef d'État, la Couronne d'Angleterre et donc aujourd'hui la Reine Élisabeth II.

En plus d'une indépendance totale, la loi constitutionnelle de 1982 contient en annexe une charte canadienne des droits fondamentaux.

Maintenant que nous avons vu les événements qui ont amenés à la création du Canada ainsi que sa richesse culturelle et juridique, où se mêlent racines francophones et anglophones, nous pouvons étudier la situation présente.

Avant d'aborder le droit spécial qu'est le droit du consommateur, il faut remonter aux sources législatives pour comprendre, là encore, les influences qui sont à la base de toute création juridique. Pour ce faire, il nous faut étudier le droit constitutionnel.

Chapitre 2 : L'aboutissement constitutionnel

Comme nous l'avons vu en première partie, le Canada est la réunion d'une population anglophone et francophone présentant des droits et des systèmes juridiques diamétralement opposés. Il est donc très intéressant de voir comment la constitution canadienne a réussi à marier ses différents systèmes.

En premier lieu, le Canada possède une Constitution écrite à l'image du droit français et en opposition avec le droit anglais, Constitution regroupée dans les deux textes de 1867 et de 1982. La valeur constitutionnelle est par ailleurs accordée à un certain nombre de principes non écrits comme l'indépendance de la justice où la séparation des pouvoirs, prenant pour leur part leur source dans le droit anglais.

Concernant la forme, le Canada est une monarchie constitutionnelle avec, nous l'avons dit, la Reine d'Angleterre à sa tête. Deux langues sont officielles dans le pays, le français et l'anglais.

La loi de 1982 affirme ensuite la suprématie de la Constitution et l'inapplicabilité de toutes dispositions allant à son encontre. Ce contrôle constitutionnel est opéré par les tribunaux classiques comme dans le droit américain, eux seuls ont le pouvoir d'interpréter la Constitution.

Le pouvoir politique et législatif est partagé en deux avec d'un côté le gouvernement fédéral et de l'autre celui des provinces. Les tribunaux ont aussi pour rôle de régler les conflits de compétence entre droit fédéral et provinces fédérés.

Les deux ordres de gouvernement sont égaux et indépendant l'un de l'autre, aucune subordination n'existe entre eux. Un partage de compétence est opéré avec la loi constitutionnelle de 1867 par le biais de deux listes, une pour chaque ordre. Par exemple, les institutions municipales, la propriété, le droit civil ou l'administration de la justice sont des domaines réservés aux provinces.

En revanche, les questions relatives aux banques, à la monnaie, à la navigation ou au droit criminel sont de la compétence exclusive de l'État fédéral. A défaut, les sujets qui ne sont présents dans aucune des deux listes sont sous la juridiction fédérale. Nous voyons ici une différence avec le système fédéral américain où n'est fédéral que ce qu'un texte reconnaît comme

tel, à défaut est de l'ordre du fédéré.

De cette répartition découle une pluralité de droits, entrant dans la compétence des provinces, sur le territoire canadien et des matières juridiques où se mêlent des dispositions régies par l'ordre fédéral et d'autre par l'ordre provincial, créant une certaine complexité quant à la pratique et à la connaissance du droit applicable.

On comprend facilement alors que le Canada possède un système bi-juridique ou s'applique à la fois la Common law mais aussi le droit civil, bien que ce dernier ne trouve application que dans la province de Québec vu que découle de l'Acte de Québec de 1774.

Un code civil a été adopté au Québec en 1866 s'inspirant du code civil français mais modifié à de nombreuses reprises avant d'être remplacé en 1994 par le code civil du Québec avec des sources diverses.

Le système de droit civil au Québec ne va en revanche pas régir l'ensemble des domaines de droit mais se limiter aux rapports entre personnes privées. Dans le droit public, le droit international public ou le droit pénal, la Common law est seule à s'appliquer. De même, si des textes en droit anglais et français peuvent être semblables à ceux du droit canadien, l'interprétation de ces derniers peut être totalement différente.

De son côté, la Charte des droits et libertés canadienne s'impose à l'ensemble des ordres de gouvernance. Le Québec possède aussi une Charte des droits de la personne adoptée dans les années 1970, introduisant des dispositions régissant les rapports privés quand la Charte canadienne ne se limite qu'aux institutions publiques.

En ce qui concerne les sources, nous trouvons à la fois la législation, source la plus importante, puis la jurisprudence.

Concernant cette dernière et à l'image du droit anglais, il faut constater l'existence de la notion de précédent et son importance, à la fois dans les domaines où s'applique normalement la Common law mais également dans les domaines régis, au Québec, par le droit civil, avec séparation, comme en droit anglais, entre le *ratio decidendi* qui a valeur de précédent et *l'obiter dictum* qui ne l'a pas. A cela viendra s'ajouter, dans une certaine mesure, la doctrine.

A l'image du droit anglais, le droit international n'a pas une réelle place dans le droit canadien dans le sens où les traités ne peuvent être invoqués directement et doivent, pour trouver application, être retranscrits dans une loi nationale, ce sera cette dernière qui trouvera application.

Concernant le droit de la consommation, celui-ci va entrer dans le champ d'application de l'ordre provinciale pour la plupart de ses dispositions sauf celles mettant en œuvre des dispositions pénales comme la sécurité des produits. C'est pour cela que nous étudierons principalement les lois provinciales, notamment du Québec.

Chapitre 3 : Une protection du consommateur

C'est au début des années 1960 que la question de la protection des consommateurs s'est faite entendre. Au vu de l'agrandissement des entreprises, de la multiplicité des services proposés comme le développement du crédit et de la publicité ainsi que de leur complexité, un sentiment de déséquilibre des forces a commencé à se faire sentir entre consommateurs et professionnels.

Ce déséquilibre a été abordé pour la première fois aux États unis par des philosophes à l'image de Marcuse dans son ouvrage *L'homme unidimensionnel* ou les économistes Galbraith dans *L'ère de l'opulence* et Vanec Packard avec *La persuasion clandestine*.

Mais c'est surtout le Président Kennedy qui, en 1962 dans son message sur l'état de l'Union, affirmait que les consommateurs représentaient à la fois le groupe économique le plus important et le moins écouté, souhaitant l'établissement d'une législation susceptible de leur assurer le plein exercice de leurs droits.

C'est suite à cette prise de conscience que les consommateurs américains ont commencé à se grouper pour mieux faire respecter leurs droits, créant par là même la notion de *consumerism*, notion signifiant à la fois une société vouée à la consommation de masse mais aussi le mouvement consistant à lutter contre les dangers de celle-ci.

La France a été touchée par ce phénomène dans les années 1970, créant un développement de règles protectrices du consommateur de même que créant des organismes de défense de ce dernier jusqu'à aboutir, en 1993, à la création d'un code de la consommation.

Le Canada aussi a été touché par ce mouvement consumériste et des législations ont été votées. Au Québec, la Loi sur la protection du consommateur a été promulguée en 1971. Cette loi, principale source du droit de la consommation au Québec, a connu de nombreuses réformes notamment en 1978 et en 2011, cette dernière apportant un volet sur le surendettement des consommateurs et servant à moderniser les règles gouvernant le crédit à la consommation.

Le grand professeur Claude Masse, spécialisé en droit de la consommation québécois a écrit que « *Au Québec, l'incapacité intrinsèque du droit des obligations à contrôler les abus de contrat*

d'adhésion va provoquer l'apparition et le développement d'un droit dérogatoire : le droit de la consommation »⁵, rajoutant, quelques lignes plus loin, que « ce sont plus de 225 lois et plusieurs milliers de textes réglementaires que les législateurs canadiens et québécois vont adopter pour protéger le consommateur »

Pour sa part, le professeur Jean-Guy Belley ajoutait que la Loi sur la protection du consommateur « *allait devenir un siècle plus tard la pièce maîtresse de la réponse du droit québécois au défi posé depuis le début du siècle par la pratique des contrats-types dans le domaine de la consommation »⁶*

Pour le reste du Canada, l'influence du consumérisme a donné, plus ou moins vite, naissance à des législations protégeant le consommateur.

En Ontario, la première loi de protection du consommateur a été rédigée en 1990. Après de nombreuses modifications, elle a été abrogée pour être, en 2002, remplacée par un nouveau texte. En Nouvelle-Écosse, le Consumer protection act date de 1989. En Colombie Britannique, le Consumer protection act de 1996 a été abrogé et remplacé en 2004 par le Business Practices and Consumer protection act.

En revanche, au Nouveau-Brunswick, s'il existe une Loi sur le défenseur du consommateur en matière d'assurance et une Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation, il n'existe pas de texte prévoyant une protection générale du consommateur.

Nous remarquons enfin que le Canada, sûrement influencé par son voisin américain, a été plus rapide que l'État français pour ériger une législation propre à la protection du consommateur.

En revanche, s'il est normal qu'il n'existe pas de code de la consommation dans la majorité des provinces canadienne, vu que gouvernée par la Common law, la question se pose pour le Québec qui possède, entre autre, un code civil et un autre de procédure civil.

Malheureusement, si le Québec a de nombreux textes dédiés à la protection du consommateur,

5 Claude Masse, « *Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation* » dans *Mélanges Claude Masse-En quête de justice et d'équité, sous la direction de Pierre-Claude Lafond, Éd. Yvon Blais, Cowansville, 2003, p. 76.*

6 Jean-Guy Belley, « *La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socio-économique du contrat* », dans *Mélanges Claude Masse En quête de justice et d'équité, p.124.*

aucun code n'a été rédigé. Ces textes, à l'image de la Loi de protection du consommateur sont très souvent associés au code civil par les éditeurs privés comme Wilson & Lafleur.

Malgré tout, un débat est en cours depuis de nombreuses années sur la nécessité d'un code de la consommation au Québec et de nombreuses conférences ont lieu à ce sujet.

Enfin, se pose la question de l'importance de la matière qui a, depuis la fin des années 1980, connu un certain essoufflement. La nécessité d'une matière distincte du droit civil continue-t-elle de se faire ressentir ?

Dans son précis de droit de la consommation, Henri Temple nous répond qu'« *après avoir suscité des controverses, voire des passions, lors de ses premières manifestations, le droit de la consommation est aujourd'hui accepté pour ce qu'il est : un nécessaire contre-pouvoir.* »

Maintenant que nous avons posé des bases solides pour porter notre réflexion, nous pouvons désormais entrer dans le vif du sujet.

Partie II : Les prémices du contrat de consommation

Dans cette partie nous aborderons l'avant contrat de consommation, à savoir les dispositions légales ou réglementaires protégeant le consommateur avant et pendant l'échange de volonté marquant le début du lien contractuel.

Nous étudierons comment, en France et au Canada, les informations concernant le produit et le service sont encadrés (II) avant de nous questionner sur l'existence ou non d'une législation encadrant les clauses abusives (III).

Enfin, si cette seconde partie est consacrée aux prémices du contrat de consommation, nous devons remonter à la source même du contrat de consommation, à savoir le consommateur, et analyser les différentes définitions que les lois françaises et canadiennes en font (I).

Chapitre 1 : Le champ d'application du droit de la consommation

Par défaut, les contrats conclus entre deux personnes, physiques ou morales, sont régis par le droit des obligations qui organise à la fois la conclusion du contrat mais aussi les différents litiges pouvant naître à la suite de cette dernière.

Le droit de la consommation est lui un droit spécial, dérogeant au droit des obligations et accordant une protection plus importante au consommateur, considéré comme une partie sans défense face à un professionnel tout puissant.

Pour savoir si nous sommes dans une situation où le droit spécial va s'appliquer, il faudra donc analyser les conditions, à la fois *ratione personæ* (I), mais aussi *ratione materiæ* (II), qui permettent au droit de la consommation de trouver application.

Titre 1 : Le consommateur

Le code de la consommation ne donne pas de définition expresse du consommateur. La commission de refonte du droit de la consommation en France avait, dans sa proposition de 1990 pour un code de la consommation, défini le consommateur comme « *une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel.* »

A partir de cette définition, nous pouvons déjà constater que la protection du consommateur va concerner une personne physique, excluant par défaut les personnes morales, bien que la jurisprudence soit en train d'évoluer sur cette question⁷.

Les auteurs vont faire ensuite mention d'un usage non-professionnel. On va alors se baser sur le but recherché et non sur le statut de la personne. En effet, toute personne est un consommateur et très souvent aussi un professionnel face à un ou plusieurs type de biens ou services, il faudra donc analyser en espèce la relation qu'entretient l'acheteur avec le bien ou le service.

Le but recherché par le droit de la consommation est de rétablir l'équilibre entre une partie faible, ignorante, et une partie forte, professionnelle. Il serait donc bon de penser que si, de par les

⁷ Civ, 1re 15 mars 2005

connaissances du consommateur, le déséquilibre n'existe pas, la protection supplémentaire dérogeant aux principes du droit des obligations n'a pas lieu d'être.

Malheureusement, cela conduirait systématiquement à une analyse poussée sur le fond qui affaiblirait la protection du consommateur. C'est pour cela que tous les consommateurs sont considérés de la même manière et que la présomption de faiblesse est irréfragable, c'est une des limites de la théorie face aux nécessités de la pratique.

La distinction entre usage non-professionnel et professionnel n'étant pas clairement définie par la loi, la jurisprudence a dû développer ses propres règles afin de délimiter plus précisément le champ d'application.

Elle a par exemple considéré que si l'achat du bien entrait dans le cadre d'une profession, même future, cela permettait d'écarter l'application du droit de la consommation⁸.

De même, un professionnel qui achète un bien pour un usage mixte, autant pour sa profession que pour son usage personnel, peut se voir refuser la protection du droit de la consommation⁹.

Qu'en est-il enfin du professionnel qui conclut un contrat en dehors de sa spécialité ? Après de nombreuses contradictions doctrinales et jurisprudentielles, la Cour de cassation a décidé, depuis 1995, d'écarter la protection du droit de la consommation lorsque le contrat présente un « *rapport direct* » avec l'activité professionnelle¹⁰.

Cette décision a le mérite de ne pas trop restreindre l'application du droit de la consommation en laissant aux juges le soin d'analyser in concreto la situation du client.

En droit québécois, **l'article 1 e) de la Loi de protection du consommateur** défini le consommateur comme « *une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce* »

Le droit québécois va donc procéder par exclusion. Sera considérée comme un consommateur toute personne physique qui n'est pas un commerçant qui œuvre aux fins de son commerce. En

8 Civ. 1re, 10 juillet 2001

9 Civ. 1re, 4 mai 1999

10 Civ. 1re, 24 janvier 1995

revanche, aucune définition n'est faite du commerçant.

En premier lieu, comme en France on retrouve l'exclusion des personnes morales au profit exclusif des personnes physiques.

Si l'on analyse la définition donnée par **l'article 1 e)**, pour que le droit de la consommation soit écarté, il faudrait que nous soyons face à un commerçant et que celui-ci se procure un bien et service pour les fins de son commerce. Il s'agirait donc d'une double condition. De plus, l'article ne parle pas de professionnels mais de commerçants.

La législation québécoise semble donc coïncider avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui veut que, pour que soient exclues les dispositions du droit de la consommation, le professionnel doit conclure un contrat en rapport direct avec son activité professionnelle.

Là encore, la jurisprudence va venir affiner les définitions légales pour nous permettre de mieux encadrer la protection offerte.

Dans l'arrêt *Bérubé c. Tracto inc.* du 8 décembre 1997, la Cour d'appel du Québec va définir le terme de « commerçant ».

Selon la Cour d'appel, les deux critères essentiels de la définition de consommateur sont « *la personnalité physique et la finalité du bien ou du service acquis* ».

Dans cet arrêt, M. Bérubé avait acheté une débusqueuse pour l'exercice de sa profession, opérateur forestier. La Cour d'appel a décidé que l'appelant ayant acheté la débusqueuse à des fins commerciales en qualité d'artisan, il n'en perdait pas son statut de consommateur, la cour distinguant les professionnels et artisans des commerçants et, considérant que l'artisan pouvait bénéficier des dispositions du droit de la consommation.

Pour définir l'artisan, le juge se base sur la jurisprudence *Brizard c. Bonaventure Sales ltd* de 1974 qui va elle-même reprendre le *Traité de droit commercial* d'Antonio Perreault¹¹.

« *Artisan: quel est le critère qui le distingue du commerçant?* »

11 Pages 621 et 622

L'artisan qui exerce un travail manuel où l'habileté domine n'est pas commerçant. Exercer un art, grand ou petit, n'est pas faire commerce. L'artisan, indépendant de tout patron et qui se charge d'un travail commandé par un client, n'est pas un commerçant.

[...]

En pratique, l'emploi de main-d'œuvre, la constitution d'approvisionnements, l'existence d'un magasin de vente, l'achat à crédit de stocks importants de matières premières, apparaissent comme des éléments de la notion générale d'entreprise suffisant à transformer une situation d'artisan en une situation de commerçant.

[...]

[...] L'ouvrier qui ne rend que des services moyennant salaire n'est pas un commerçant; l'ouvrier qui ne travaille que sur des matières à lui fournies n'est pas un commerçant, même s'il fournit certains accessoires, [...]

Mais l'artisan devient commerçant s'il spéculé sur la matière première ou s'il spéculé sur le salaire qu'il paie aux aides qu'il emploie. »

Le droit québécois crée donc une nouvelle étape au raisonnement juridique. En plus de rechercher si la personne est un professionnel et si elle agit à des fins commerciales, il faut encore que celle-ci échappe à la qualification d'artisan pour que soient écartées les dispositions du droit de la consommation.

De plus, dans son arrêt du 29 juin 2012¹², la Cour du Québec vient nous rappeler qu'en application de **l'article 1384 du code civil du Québec**, une personne physique non commerçante peut faire l'acquisition d'un bien en vue d'en tirer un profit quelconque, soit par l'augmentation de la valeur de ce bien avec le temps, soit autrement, et être considérée comme consommateur au sens de la **Loi de la protection du consommateur**.

A titre de comparaison, en Ontario, le consommateur est défini par **l'article 1 de la Loi de**

12 Marconair inc. c. 9125-0902 Québec inc. (Chambly Toyota), 2012 QCCQ 5785

protection du consommateur comme un « *particulier qui agit à des fins personnelles, familiales ou domestiques, mais non commerciales. («consumer»)* »

La définition ontarienne écarte donc le professionnel et la règle du contrat en rapport direct en allant rechercher le but de l'achat, à savoir le gain financier. Cette définition exclurait donc toute personne cherchant à réaliser un acte commercial.

Titre 2 : Le contrat de consommation

Nous l'avons vu, la définition française de 1990 définit le consommateur comme « *une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel.* »

L'action qui sera encadrée par le droit de la consommation sera donc le fait de se procurer un bien ou un service ainsi que d'en faire usage. Le contrat entre le consommateur et le professionnel sera alors appelé contrat de consommation et sera encadré, autant dans sa conclusion que dans son exécution, par les règles protectrices du droit de la consommation.

La notion de biens et services est suffisamment large pour couvrir l'ensemble du marché économique. Il ne faut pas ici se limiter aux choses consommables, des biens meubles de longue durée ainsi que des biens immeubles et même des biens immatériels peuvent être concernés par le droit de la consommation. De même, les services peuvent être de nature matérielle, financière ou encore intellectuelle comme le conseil juridique.

En revanche, le droit québécois va être plus restrictif. Si **l'article 2 de la Loi sur la protection du consommateur** dispose que la loi « *s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce ou ayant pour objet un bien ou un service* », **l'article 1 d)** va définir le bien comme « *un bien meuble et, dans la mesure requise pour l'application de l'article 6.1, un immeuble* », **article 6.1** qui va exclure la location d'un immeuble du champ d'application du droit de la consommation. De plus, l'article ne fait pas mention des biens immatériels.

Il est à noter que **l'article 1384 du code civil du Québec** va lui aussi définir le contrat de consommation comme « *le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives*

à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite. »

En Ontario, la **Loi de protection du consommateur** va s'appliquer « *à toute opération de consommation si le consommateur ou la personne qui la mène avec lui se trouve en Ontario lorsqu'elle a lieu.*¹³ ».

Le droit de l'Ontario ne va donc pas s'appliquer en fonction de la population concernée, mais en fonction du lieu où l'opération de consommation s'exécute. De plus, la loi ne définit pas ce qu'elle entend par opération de consommation.

Doit-on entendre conclusion du contrat ou bien son exécution ? Cela veut-il dire qu'un contrat conclu en Ontario mais exécuté au Québec ne concerne pas le droit ontarien ? De même qu'en est-il d'un contrat conclu au Manitoba et exécuté en Ontario ?

L'article 2.(1) de la loi ne permet pas de répondre à cette question et donc d'assurer une réelle protection du consommateur.

A la différence, **l'article 1 du Business Practices and Consumer Protection Act** de Colombie Britannique dispose que le consommateur est « *an individual, whether in British Columbia or not, who participates in a consumer transaction, but does not include a guarantor* » et semble donc avoir une compétence universelle pour tout contrat conclu en lien avec le territoire canadien.

L'article continuant en définissant « the consumer transaction » par :

« (a) a supply of goods or services or real property by a supplier to a consumer for purposes that are primarily personal, family or household, or

(b) a solicitation, offer, advertisement or promotion by a supplier with respect to a transaction referred to in paragraph (a),

13 Article 2.(1)

and, except in Parts 4 and 5, includes a solicitation of a consumer by a supplier for a contribution of money or other property by the consumer; »

Nous voyons que la notion de contrat de consommation développée par la Colombie britannique est très large, comprenant notamment les offres, publicités et promotions offrant une bien meilleure protection que l'Ontario.

De plus, **l'article 1 du règlement d'application de la Loi ontarienne sur le protection du consommateur** va écarter l'application de celle-ci dans un certain nombre de domaines, régis par d'autres lois comme les architectes, les avocats, les ingénieurs, les comptables ou encore les vétérinaires.

Enfin, des provinces comme le Manitoba ou la Nouvelle Écosse ne donnent pas de définition du consommateur ou du contrat de consommation.

Chapitre 2 : L'information du consommateur

L'information est à la base de la contractualisation et va influencer sur le consentement de la partie contractante. Or, bien avant le code de la consommation, le code civil français permettait de sanctionner le manque d'information ou la mauvaise information par le mécanisme du dol ou tout simplement en invoquant la bonne foi contractuelle.

Le code de la consommation est venu reprendre ces mécanismes en les accentuant, toujours dans l'idée que le consommateur est un cocontractant qui est, par nature, en situation de faiblesse.

Nous ferons une distinction entre les règles imposées au professionnel lorsqu'il est en contact direct avec le client (I) et les règles imposées à la publicité du professionnel chargée d'attirer le client jusqu'à lui (II).

Titre 1 : Une obligation d'information

En France, nous l'avons dit, le code civil a, depuis longtemps, imposé au vendeur une obligation d'information. En effet, **l'article 1602 du code civil** dispose que « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.* », obligation qui a été étendue par la jurisprudence à toutes sortes de contrats.

Le problème est que l'article **1602 du code civil** ne prévoit pas de réelle sanction et les parties lésées vont très souvent baser leur demande sur le dol de **1116** ou directement sur la responsabilité délictuelle de **1382**.

Le code de la consommation va quand à lui instaurer des obligations spéciales d'information, qui se cumuleront avec les règles générales du code civil et qui seront généralement assorties de condamnations pénales en cas de violations, violations qui seront constatées par les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF).

L'article **L111-1**, premier article **du code de la consommation**, dispose que :

« I. - *Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.*

II. - Le fabricant ou l'importateur de biens meubles doit informer le vendeur professionnel de la période pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation des biens seront disponibles sur le marché. Cette information est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur, avant la conclusion du contrat.

III. - En cas de litige portant sur l'application des I et II, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligations. »

Cette obligation, plus importante que celle développée par **l'article 1602 du code civil** est aussi renforcée par les dispositions de **L213-1** qui prévoient une réelle sanction en cas de non respect :

« Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :

1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre. ».

A cette obligation générale s'ajoutent des dispositions spéciales qui vont s'appliquer en fonction du bien ou du service. C'est par exemple le cas pour certains contrats où l'écrit devra comporter un nombre de mentions obligatoires, partant du principe qu'un écrit sera plus compréhensible et donc plus protecteur pour le consommateur.

L'article L134-1 formalise cette obligation en prévoyant que « *Les professionnels vendeurs ou*

prestataires de services doivent remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement. »

Ainsi nous pouvons citer en exemple **l'article L121-23** qui prévoit une liste d'informations devant être présentes dans les contrats de démarchage. **L'article L121-18** prévoit la même chose pour les contrats conclus à distance. Enfin, nous pouvons mentionner **l'article L136-1** qui oblige le prestataire de service à informer le consommateur, avant le terme, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat.

Cette obligation d'information devra, pour finir, être vue sous le prisme de **l'article L133-2 du code** qui veut que « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.* ». A défaut, les clauses seront toujours interprétées dans le sens le plus favorable au consommateur.

Sur ce point, le Québec en a disposé autrement. Même si **l'article 17 de la loi sur la protection du consommateur** prévoit que « *En cas de doute ou d'ambiguïté, le contrat doit être interprété en faveur du consommateur* », **l'article 1436 du code civil québécois** dispose que « *Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent.* »

L'obligation du professionnel est donc renforcée en droit québécois puisque la sanction n'est plus une interprétation favorable au consommateur mais bien une nullité de la clause qui, si elle est la base du contrat, pourra emporter son annulation, comme nous le verrons dans le prochain chapitre.

De même, **l'article 24 de la LPC du Québec** prévoit que le consommateur n'est engagé que si le contrat ou l'entente préalable est constatée par écrit. Ce contrat devra être fait en double¹⁴ et chaque document le composant devra être rédigé en français, sauf volonté expresse des parties¹⁵. De plus, le contrat n'est formé que lorsque les parties l'ont signé¹⁶, ce qui contrevient à notre

14 Article 25

15 Article 26

16 Article 30

principe civiliste d'échange de volonté.

Enfin, même signé, le consommateur ne sera tenu des obligations résultant du contrat qu'une fois qu'il aura pris possession d'un double du contrat¹⁷.

L'Ontario, aussi, a établi un système protecteur du consommateur lors de la conclusion du contrat mais bien moins complet que celui de la province francophone.

Si l'**article 5.(1) de la loi ontarienne sur la protection du consommateur** prévoit que le professionnel doit donner des informations claires et compréhensibles au consommateur, celles-ci peuvent être données « *sous une forme que le consommateur peut conserver* », laissant une assez grande marge au professionnel, pouvant donc être susceptible d'abus.

En revanche, la loi ontarienne prévoit une méthode radicale contre le phénomène nuisible des marchandises ou services non sollicités. A son **article 13.(2), la LPC de l'Ontario** que « *Nul fournisseur ne doit exiger un paiement à l'égard de marchandises ou de services non sollicités, ni faire une assertion suggérant que le consommateur est tenu d'en faire un et ce, malgré leur utilisation, même abusive, leur réception, leur perte, leur endommagement ou leur vol.* »

Une solution des plus radicales qui permettra sans nul doute de mettre fin à ce problème.

Comme la France et le Québec, l'Ontario va aussi sanctionner les pratiques trompeuses des commerçants présentées aux **articles 14 et suivants** de la loi. Si les pratiques visées sont sensiblement identiques, la sanction prévue mérite qu'on s'y intéresse.

L'article 18.(1) de la loi va en effet donner au consommateur le droit de « *résoudre toute convention écrite, verbale ou tacite conclue par lui après que quiconque s'est livré à une pratique déloyale, ou pendant que quiconque le fait, et se prévaloir des réparations que lui accorde la loi, y compris les dommages-intérêts.* »

En plus des dommages-intérêts qui auront vocation à réparer le préjudice subi, le point **(11) de l'article 18** donne la possibilité au consommateur de réclamer des « *dommages-intérêts exemplaires* » qui peuvent atteindre des montants très importants, surtout si l'action est introduite

17 Article 33

par une action collective comme nous le verrons dans notre dernière partie.

La particularité ne s'arrête pas là puisque **l'article 18.(14)** dispose que « *La résolution d'une convention par le consommateur, faite conformément au paragraphe (1), a pour effet de résilier, comme s'ils n'avaient jamais existé :*

a) la convention;

b) toutes les conventions connexes;

c) toutes les garanties données à l'égard des sommes payables aux termes de la convention;

d) toutes les sûretés que le consommateur ou une caution a données à l'égard des sommes payables aux termes de la convention; (...) » ce qui représente, là encore, une sanction très importante pour le professionnel qui se rendrait coupable d'une pratique trompeuse ou déloyale.

Titre 2 : Les limites à la publicité

En France, la publicité va être encadrée par l'article **L121-1 du code de la consommation** sur les pratiques commerciales trompeuses qui est la transposition de **la directive européenne du 11 mai 2005**.

La directive va tout d'abord définir dans son **article 2 (d)** la pratique commerciale comme « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* ».

Une fois la pratique commerciale définie, **l'article L121-1** va donner la liste de tous les comportements qui la rendent trompeuse, ciblant dans son **(II)** la publicité :

« II.-Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou

lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte. »

Seront entre autre considérées comme informations substantielles les caractéristiques du biens ou du service, les informations concernant le professionnel ou encore le prix.

Le professionnel a donc, même en matière de publicité, l'obligation de fournir au consommateur le maximum d'informations afin de lui permettre de contracter en toute connaissance de cause.

Là encore, cette obligation générale va ensuite être complétée par des textes portant sur des questions particulières, comme l'article **L113-3** qui va obliger le professionnel à informer sur « *les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente* », prix qui devront être présentés toutes taxes comprises.

La loi va aussi prévoir que soit insérées dans certains types de publicité des mentions particulières en fonction du produit mis en vente. Ainsi, depuis le 28 février 2007, la loi impose la présence de messages sanitaires lorsque sont concernés des aliments et boissons dans lesquelles il y a ajout de sucre, de sel ou d'édulcorants et les aliments manufacturés, message que nous connaissons bien aujourd'hui tel que « *Pour votre santé, mangez au moins 5 fruits et légumes par jour* » ou encore « *Pour votre santé, pratiquez une activité physique régulière* ».

De plus, la langue utilisée, notamment sur le produit, est elle aussi encadrée. Si, évidemment, la langue française a été mise en avant, notamment avec **la loi Toubon du 4 août de 1994, la directive n°79-112 du 18 décembre 1978** exige que soit présent sur l'étiquette « *une langue facilement compréhensible par le consommateur* ».

Cette exigence a donné lieu à un arrêt de la CJCE du 12 septembre 2000 où les juges vont affirmer que les dispositions de « *R112-8 du code de la consommation ne sont pas conforme aux règles communautaires, dans la mesure où ils imposent l'emploi de la seule langue française* ».

La question se pose alors de savoir quelles autres langues ou moyens de communication nous pouvons insérer sur nos emballages afin d'informer correctement le consommateur. La réponse n'a pas été apportée, **l'article R112-8** a juste été modifié pour ajouter que l'étiquetage pouvait figurer « *dans une ou plusieurs langues* ».

Enfin, pour certains produits, la publicité va être tout simplement interdite. Pour le tabac, la loi Veil puis la loi Evin, par le biais des articles **L3511-3 et suivantes du code de la santé publique**, vont interdire toute publicité ou propagande.

En ce qui concerne le droit Canadien, il convient tout d'abord de dire qu'une grande majorité des dispositions concernant la publicité des produits ou leur étiquetage sont contenu dans la loi fédérale sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation qui a vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire canadien.

Celle ci va, par ailleurs, définir la publicité comme la « *Présentation au public, par tout moyen autre que l'étiquetage, d'un produit en vue d'en stimuler directement ou indirectement la vente.* ». La sanction pour non respect de ses dispositions étant l'interdiction de commercialisation assortie de condamnations pénales, le recours à la législation fédérale est justifié.

L'article 7. (1) de la loi, à l'image du droit français dispose que « *Le fournisseur ne peut apposer sur un produit un étiquetage qui contient de l'information fausse ou trompeuse se rapportant au produit — ou pouvant raisonnablement donner cette impression —, ni vendre, importer ou annoncer un produit ainsi étiqueté.* », c'est donc par le biais de l'étiquetage que le gouvernement fédéral va pouvoir restreindre la publicité du produit.

Malgré tout, cette loi fédérale ne comprend qu'un petit nombre de dispositions visant principalement à l'uniformisation des produits sur le marché et la présence sur l'étiquetage d'informations, notamment sur le poids.

Pour ce qui concerne le droit spécial des provinces, nous allons exclusivement nous concentrer sur le droit québécois qui présente plusieurs originalités qui méritent d'être étudiées.

Si la loi québécoise va offrir les mêmes restrictions que la France vis à vis de la publicité mensongère ou trompeuse, elle va, en revanche, imposer une limite d'âge. En effet, **l'article 248** de la loi dispose que « *Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.* ».

La nécessité d'un tel article se doit d'être soulevée. En effet, si le consommateur doit être protégé en tant que partie faible, quelle est la nécessité de prévoir une protection particulière pour des enfants qui sont déjà protégés, en premier lieu par les règles générales du de la LPC et en second lieu par l'autorité parentale, contre toutes les dérives commerciales. De plus se pose la question de savoir comment déterminer si le message publicitaire est ou non destiné à des personnes de plus ou moins treize ans et non de quatorze ans.

L'article 249 va alors nous expliquer que pour « *Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment:*

a) de la nature et de la destination du bien annoncé;

b) de la manière de présenter ce message publicitaire;

c) du moment ou de l'endroit où il apparaît. »

Une analyse qui laissera une totale liberté au juge et qui est, pour le professionnel, aussi facile à déchiffrer que le dernier alinéa de **l'article 249** qui dispose que :

« Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans. »

Deux autres particularités du droit québécois sont, à notre sens, critiquables. La première concerne le prix de vente.

Si **l'article 223 de la LPC** envisage qu' « *Un commerçant doit indiquer clairement et lisiblement sur chaque bien offert en vente dans son établissement ou, dans le cas d'un bien emballé, sur son emballage, le prix de vente de ce bien, sous réserve de ce qui est prévu par règlement. »*, le prix qui est indiqué est le prix hors taxe.

C'est une expérience pour ceux et celles qui se rendent dans la province canadienne. Les prix affichés dans les étales ou sur les prospectus doivent se voir additionner les deux taxes à la consommation existantes.

Au Québec, il y a deux taxes à la consommation. D'un côté la Taxe fédérale sur les produits et services (TPS), qui est de 5 %, puis la Taxe de vente du Québec (TVQ), de 9,5 %, applicable au montant déjà taxé de 5 %. Les taxes à la consommation combinées avoisinent donc les 14,5 % et doivent être ajoutées au montant de la plupart des produits et services, exception faite des denrées de base.

Pour exemple, à une table dont le prix affiché est de \$100, sera ajouté la TPS de 5% pour un total de \$105, total qui se verra ajouter la TVQ de 9,5% soit une table réellement vendue \$114,98.

La plus grande surprise est qu'en réalité, les québécois apprécient énormément ce système qui impose deux calculs de tête puisqu'il permet, lorsque les taxes gouvernementales changent, de toujours voir le prix du produit pour ne pas que le vendeur cache une augmentation de ce dernier derrière une augmentation de taxe.

Si l'idée est bonne, il est possible qu'un double affichage des prix permettent de simplifier la vie du consommateur tout en préservant un contrôle du prix.

La deuxième et dernière particularité est celle développée par la charte de la langue française qui prévoit l'utilisation de la langue de Molière dans tous les domaines de la vie, utilisation qui sera accentuée si le projet de loi 14 voit le jour¹⁸.

Si la charte préserve et promeut la langue française, elle impose aussi une francisation de tous les termes étrangers. Si cela peut se justifier lorsqu'il s'agit des termes d'un contrat ou de la publicité diffusée sur un produit, la justification est plus difficile lorsqu'il s'agit de l'enseigne d'un magasin et plus particulièrement, d'une franchise.

L'affaire la plus célèbre est celle de la franchise KFC qui est l'acronyme de « *Kentucky Fried Chicken* » qui a dû, pour pouvoir s'établir dans la province québécoise, se transformer en PFK,

¹⁸ Ce mémoire a été rédigé le 20/07/2013

acronyme de « *Poulet Frit du Kentucky* »¹⁹.

De même, les films ayant un titre étranger seront eux aussi traduits, parfois avec un résultat déconcertant. Ainsi, la série de films américains « Scary movie » s'intitule au Québec « Film de peur ».

Si la charte a pour but la préservation de la langue française, en quoi une enseigne ou le nom d'un film peut il y nuire, puisque ne représentent qu'un nom propre qu'il serait juste de transposer tel quel sauf à renommer les « *Spaghettis* » en « *Filaments de blé à cuir dans l'eau* ».

19 <http://www.lefigaro.fr/societes/2012/11/22/20005-20121122ARTFIG00573-quebec-des-marques-refusent-de-franciser-leur-enseigne.php>

Chapitre 3 : La question des clauses abusives

Le droit de la consommation aura aussi un regard sur le contrat de consommation concernant les clauses qu'il comporte afin de s'assurer que celles-ci ne créent pas un déséquilibre entre le consommateur et le professionnel au profit de ce dernier.

Si la France, fortement influencée par l'Union européenne est en avance sur la lutte contre les clauses abusives, notamment avec la rédaction de listes (I), le Québec a su, lui aussi, développer une réelle protection (II).

Enfin font exception les autres provinces canadiennes qui, d'influence de Common law, éprouvent des difficultés quant au développement d'un tel système (III).

Titre 1 : La protection française

Si la France édicte des règles concernant les clauses abusives depuis 1978, la directive européenne du 8 octobre 2008 va réformer et harmoniser le droit des États membres pour imposer une législation commune et ainsi faire table rase sur les dispositions françaises antérieures.

Ce sont les articles **L132-1 à L135-1 et L421-6 du code de la consommation** qui vont organiser la lutte contre les clauses abusives en France. Ces dispositions sont bien évidemment d'ordre public.

L'article L132-1 dispose que « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* »

L'article 4 continu par « *Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.* » donnant à cette

législation le champ d'application le plus large possible.

La sanction est aussi précisée par l'article **L132-1 en son alinéa 6**, « *Les clauses abusives sont réputées non écrites.* ». En revanche, « *le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses.* » nous précise **l'alinéa 8**.

Là où le système français d'inspiration européenne se montre original, c'est qu'il va établir des listes de clauses qui sont les plus susceptibles d'être présentes dans les contrats de consommation.

En effet, **L132-1** va instaurer deux listes.

La première est une liste grise, présentée par **L132-1 alinéa 2** qui dispose que « *Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 534-1, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.* »

Ici, la clause ne sera considérée comme abusive que si le professionnel n'a pas réussi à convaincre de son caractère non abusif, la présomption n'étant que simple.

Cette liste comprend dix types de clauses et est énoncée par **R132-2 du code de la consommation**. Elle comprend entre autre « *Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ; Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;* » ou bien encore « *Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;* »

La seconde liste sera une liste noire, annoncée par **l'alinéa 3 de L132-1** qui dispose que « *Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.* »

Ici, la simple présence d'une telle clause est fautive et, du fait de la présomption irréfutable, ne sera pas donnée possibilité au professionnel de prouver son caractère non abusif.

R132-1 présente cette liste de douze clauses. On y trouve le fait de « *Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ; Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ; Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur ;* » ou encore « *Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.* »

Ces listes ne sont pas exhaustives et le juge peut très bien juger abusive une clause qui ne figure sur aucune des listes énoncées par la loi. Pour ce faire, il peut s'appuyer sur la Commission des clauses abusives qui recommande la suppression ou la modification de clauses présentant un caractère abusif.

Enfin, les arrêts *Océano*²⁰ et *Cofidis*²¹ de la Cour de justice européenne semblent imposer au juge étatique de relever d'office les clauses abusives présentes dans le contrat de consommation.

Titre 2 : Québec la dissidente

Le Québec n'a, à ce jour, ni le système français listant les différentes clauses abusives, absence peut être due au fait qu'il n'existe pas encore de code québécois de la consommation, ni le système des autres provinces canadiennes comme nous le verront plus loin.

C'est tout d'abord le **code civil** qui va encadrer les clauses abusives en commençant par son article **1437**. Celui-ci prévoit que « *la clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.*

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive,

20 CJCE 22 juin 2000, *Océano*

21 CJCE 21 novembre 2002

notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci. »

La jurisprudence a renforcé cette notion en la déclarant d'ordre public, seul le juge peut décider de l'aspect abusif d'une clause et aucune disposition du contrat ne saurait en dire autrement.²² La protection du consommateur et de l'adhérent va plus loin puisque même si une clause n'est pas abusive au sens de **l'article 1437**, l'exercice du droit conféré par cette clause pourra malgré tout être considéré comme abusif s'il est jugé que ce droit a été exercé de façon déraisonnable eu égard à la conduite d'une personne prudente et diligente placée dans des conditions semblables.

L'article 1438 précise quant à lui que « *La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite. »*

Nous voyons donc que même si le droit québécois ne va pas ériger une liste comme le font **R132-1** et **R132-2** du code français de la consommation, la protection accordée au consommateur ainsi que la définition de la clause abusive sont quasiment identiques à celles de **L132-1**.

Malgré les dispositions du code civil, la LPC ne reste pas totalement inerte face aux problèmes des clauses abusives. En effet, même s'il n'y a pas de partie spécifique qui les concerne, plusieurs articles interdisent le recours à certains types de clauses et prévoient les sanctions à d'éventuelles transgressions.

Par exemple, **l'article 10** dispose qu' « *est interdite la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant. »*

L'article 11 dispose que « *Est interdite la stipulation qui réserve à un commerçant le droit de décider unilatéralement:*

- a) que le consommateur a manqué à l'une ou l'autre de ses obligations;*
- b) que s'est produit un fait ou une situation. »*

22 Location Tiffany Leasing inc. c. 3088-6022 Québec inc., J.E. 98-1485 (C.Q.)

L'article 11.2 prévoit que sauf exception, « *est interdite la stipulation prévoyant que le commerçant peut unilatéralement modifier le contrat (...) la modification d'un contrat faite en contravention des dispositions du présent article est inopposable au consommateur.* »

Enfin, **l'article 13** interdit « *la stipulation qui impose au consommateur, dans le cas de l'inexécution de son obligation, le paiement de frais, de pénalités ou de dommages, dont le montant ou le pourcentage est fixé à l'avance dans le contrat, autres que l'intérêt couru.* »

A noter toutefois que **l'article 8** introduit le système de lésion en disposant que « *le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante.* »

Nous voyons donc que la protection accordée par le Québec en matière de clauses abusives, à défaut d'être identique à celle développée par la France, réussit à encadrer les différentes situations que le consommateur est susceptible de rencontrer.

Reste à savoir si le Québec se dotera d'une liste de clauses abusives. Sur ce point, les auteurs d'un rapport récent sur l'opportunité de créer un code de la consommation affirme « *qu'une telle liste simplifierait grandement la détection des abus dans les contrats de consommation et aurait pour effet de faciliter la preuve par le consommateur d'une violation à la loi par l'entreprise. Elle aurait aussi l'avantage d'apporter cohérence et clarté au texte de la LPC actuelle en regroupant en un lieu unique des dispositions actuellement éparses.* »²³

Titre 3 : La situation dans les autres provinces

Il n'existe pas dans la Common law canadienne de règles particulières concernant les clauses abusives. Malgré tout, les tribunaux ont établis des mécanismes qui permettent de remédier aux clauses établissant un déséquilibre significatif et déraisonnable entre les cocontractants.

23 Thierry BOURGOIGNIE, Pierre-Claude LAFOND et Lindy ROUILLARD. *La réforme de la Loi sur la protection du consommateur du Québec. Jalons pour un Code de la consommation du Québec*. Montréal, 2011.

On notera toutefois, qu'à la différence des règles développées par le droit de la consommation, ces règles de Common law n'entreront en application que s'il y a injustice procédurale. Si le cocontractant a agi de bonne foi, même s'il est face à une partie particulièrement vulnérable, la Common law ne va pas permettre l'intervention du juge.

Ainsi dans la cause *Hart v O'Connor*²⁴, la Cour écrit « *De l'avis de Leurs Seigneuries, la validité d'un contrat conclu par un fou qui apparaît sain d'esprit doit être jugé selon les mêmes normes qu'un contrat conclu par une personne saine d'esprit, et il n'est annulable par le fou ou ses représentants en raison de "l'injustice" que dans la mesure où cette injustice est de la nature de la fraude d'équité qui aurait permis à la partie plaignante d'annuler le contrat même si elle avait été saine d'esprit.* »

Au regard donc des limites des règles de Common law en ce qui a trait à une intervention efficace à l'encontre des clauses abusives, des provinces canadiennes de tradition de Common law ont adopté des lois visant à protéger les consommateurs contre les iniquités contractuelles.

En Colombie Britannique, **L'article 4 de la partie II de la Loi intitulée, Unfair practices**, définit ce qu'est un «deceptive act or practice» ainsi qu'une «representation». Il dispose en effet que :

« *"deceptive act or practice" means, in relation to a consumer transaction,*

(a) an oral, written, visual, descriptive or other representation by a supplier, or

(b) any conduct by a supplier that has the capability, tendency or effect of deceiving or misleading a consumer or guarantor;

"representation" includes any term or form of a contract, notice or other document used or relied on by a supplier in connection with a consumer transaction. »

De plus cette protection va s'appliquer tant aux représentations orales, telles les déclarations du vendeur, qu'aux autres représentations visuelles, comme la publicité ainsi qu'aux termes mêmes du contrat.

24 (Hart v O'Connor [1985] AC)

En Alberta, ce sera le Fair Trading Act qui prohibera l'utilisation de pratiques abusives ou déloyales.

De manière plus spécifique, la loi prévoit que constitue une pratique abusive : « *to include in a consumer transaction terms or conditions that are harsh, oppressive or excessively one-sided.* »²⁵

Dans l'éventualité où il serait partie à un contrat de consommation dans lequel le commerçant fait usage d'une clause qui aurait été reconnue « *harsh, oppressive or excessively one-sided* », le consommateur à qui le commerçant aurait imposé cette même pratique dispose d'une première mesure lui permettant de mettre fin au contrat . **En effet l'alinéa 2 de l'article 7** dispose que :

« Where a supplier has been found to have engaged in an unfair practice, any consumer who entered into a consumer transaction that was subject to the unfair practice with the supplier who engaged in the unfair practice may cancel the consumer transaction at no cost or penalty to the consumer. »

Mais où Le Fair Trading Act développe un système original, c'est que si, en premier lieu, la qualification de la clause comme abusive va entraîner la résiliation du contrat lui-même, comme s'il n'avait pas existé, elle entraîne également la résiliation, entre autre, de tout contrat accessoire, y compris le contrat de crédit, consenti dans le cadre du contrat principal.²⁶

Le consommateur qui décide de résilier un contrat par ce biais a également droit à la restitution de toute somme qu'il a payé en vertu de ce contrat²⁷. Si le commerçant refuse de résilier le contrat sur réception de l'avis que lui aura expédié le consommateur, ce dernier pourra tenter un recours civil devant le Court of Queen's Bench²⁸.

La protection ne s'arrête pas là puisque outre la possibilité pour le tribunal d'octroyer des dommages punitifs et exemplaires²⁹, la loi prévoit également que toute autre personne qui participe à la commission d'une pratique abusive partage une responsabilité conjointe et solidaire

25 Article 6.(3) de la Loi

26 Article 7(4) de la loi

27 Articles 7(4)c) et d) et 7(3)

28 Articles 7.1(5). et 13

29 Article 7.2(1)

avec le commerçant qui a conclu avec le consommateur le contrat contenant les dispositions problématiques³⁰.

Enfin, la Cour pourra émettre une injonction à l'égard du commerçant lui ordonnant de cesser l'utilisation de telle clause, ou rendre toute autre ordonnance qu'elle juge appropriée³¹.

30 Article 7.3

31 Article 13

Partie III : Les contrats de consommation

Une fois le contrat de consommation conclu, une fois le bien délivré ou le service effectué, des éléments peuvent toujours entacher la relation contractuelle.

Nous allons ici analyser deux points essentiels du droit de la consommation. En effet, deux obligations pèsent sur le professionnel lorsqu'il délivre un bien ou un service au consommateur.

Il doit tout d'abord assurer que le bien soit exempt de vices (I) et il devra surtout s'assurer que le bien ou le service répond aux règles légales de sécurité afin de ne pas mettre en péril la santé ou la sécurité du consommateur (II).

Ces règles sont particulièrement importantes et mettent en jeu des législations pénales d'une grande sévérité.

Chapitre 1 : La conformité des produits : la garantie des vices cachés

Le vice caché est le défaut ou l'imperfection d'un bien qui survient après l'achat par le consommateur et qui ne pouvait, au moment de l'achat, être détecté par un simple examen superficiel de la chose.

Pour que notre analyse comparative soit des plus précise, il nous faut séparer la situation de la France et du Québec (I) avant d'aborder celle des autres provinces canadiennes (II).

Titre 1 : L'alliance francophone

En France, les règles qui encadrent le vice caché sont présentes depuis la création du code civil en 1804 et toujours exposées à ses **articles 1641 et suivants**.

La notion de vice caché est défini à **l'article 1641** qui dispose que « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.* »

Comme nous le voyons dans l'article, il faut que le vice de la chose atteigne une certaine gravité rendant impropre l'usage de la chose ou en diminuant fortement le prix pour que la garantie puisse jouer.

La garantie légale du code civil va jouer dans tous les contrats de vente, qu'ils portent sur un immeuble ou un bien meuble, qu'il soit conclu entre professionnels, professionnel et consommateur ou entre particuliers.

Le terme de vice caché implique, comme nous l'avons précisé en introduction, que le défaut soit caché à l'acheteur au moment de l'achat. A défaut nous considérerons que ce dernier l'a accepté³².

En application de **l'article 1644**, l'acheteur a deux possibilités lorsqu'il met en jeu la garantie des vices cachés. L'acheteur peut soit se faire restituer le prix en rendant la chose, action appelée

32 Article 1642

rédhibitoire, soit garder la chose et se faire rendre une partie du prix, partie déterminée par expert, action appelée estimatoire.

En outre, l'acheteur pourra demander l'allocation de dommages-intérêts, seulement si le vendeur avait connaissance des vices de la chose³³.

Enfin, en application de **1648 du code**, l'acheteur a un délai de deux ans après la découverte du vice pour intenter l'action en garantie.

La jurisprudence est venue apporter une protection supplémentaire aux consommateurs en précisant qu'en application de **l'article 1643**, le vendeur professionnel ne peut réduire ou supprimer, par des clauses contractuelles, la garantie légale qu'il doit à ses clients³⁴. La garantie légale est d'ordre public pour le vendeur professionnel quand l'acheteur est un consommateur³⁵.

En plus de la garantie imposée par le code civil, les consommateurs vont bénéficier des dispositions du code de la consommation. Ces dispositions ont été introduites par la directive d'harmonisation de 1999 transposée dans le code par l'ordonnance de 2005.

Cette directive a pour but d'établir un minimum de protection pour le consommateur, les États membres ayant la possibilité de prévoir des dispositions plus protectrices dans leurs législations nationales.

Cette directive trouve application lorsque est en cause un « bien de consommation », un bien mobilier corporel vendu par un professionnel à un consommateur³⁶.

La garantie ne joue donc que pour les contrats de vente, auxquels sont ajoutés les contrats de fourniture de bien meubles à fabriquer ou à produire, qui portent sur un bien meuble, excluant les biens immeubles à la différence des dispositions du code civil, conclus entre un professionnel et un consommateur.

Les **articles 211-4 et 211-5** vont présenter la notion de défaut de conformité.

33 Article 1645 du code civil

34 Civ, 5 mai 1982

35 Com, 3 février 1998

36 L211-1 du code de la consommation

Le premier dispose que « *Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance.*

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité. »

Le second que « *Pour être conforme au contrat, le bien doit :*

1° Être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant :

- correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle ;*
- présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage ;*

2° Ou présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté. »

Pour être invoqué par l'acheteur, le défaut doit, à l'image des dispositions du code civil, être caché à l'acheteur³⁷ et exister lors de la délivrance de la chose³⁸. Pour cette dernière condition, on considérera qu'un défaut qui survient dans les 6 mois suivant la délivrance sera présumé existant au moment de cette dernière³⁹.

En vertu des dispositions du code de la consommation, le consommateur n'aura pas deux mais quatre remèdes à sa disposition.

Les deux premiers sont exposés par **l'article L211-9 alinéa 1** qui dispose que « *En cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien. »*.

37 L211-8 du code de la consommation

38 L211-4

39 L211-7

L211-10 expose les deux autres possibilités : « *Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix.*

La même faculté lui est ouverte :

1° Si la solution demandée, proposée ou convenue en application de l'article L. 211-9 ne peut être mise en œuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur ;

2° Ou si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche.

La résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée si le défaut de conformité est mineur. »

Comme le code civil, le code de la consommation prévoit un délai de deux ans pour agir après la découverte du défaut⁴⁰.

Nous le voyons, la France, de par ses dispositions générales et spéciales permet une protection optimale du consommateur disposition pour la plupart issues du code napoléonien que le Québec va conserver et compléter.

Le Québec est en effet la seule province canadienne a ne pas avoir adopté de Sale of Good act pour conserver le système francophone.

Comme l'expliquait le regretté professeur québécois Claude Masse : « *On doit entendre par le concept de garantie, toute assurance donnée quant au rendement ou à la durabilité d'un produit. Cette garantie est légale lorsqu'elle est imposée par le droit, elle est conventionnelle lorsqu'elle a été déterminée par les parties au contrat de vente ou dans un contrat accessoire*⁴¹».

Les dispositions qui portent sur les garanties offertes à l'acheteur par le professionnel, dont la garantie des vices cachés, sont présentes à la fois dans le code civil du Québec et dans la LPC québécoise.

⁴⁰ L211-12 du code de la consommation

⁴¹ MASSE, C. *Garanties conventionnelles et garanties légales - Une harmonisation difficile mais nécessaire*, 11 Can. Bus. L.J. 477 1985-1986, p. 477.

Après lecture on constate que l'article **1726 du code civil québécois** est totalement influencé par le code napoléonien. En effet, il dispose que « *Le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien et ses accessoires sont, lors de la vente, exempts de vices cachés qui le rendent impropre à l'usage auquel on le destine ou qui diminuent tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté, ou n'aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus.*

Il n'est, cependant, pas tenu de garantir le vice caché connu de l'acheteur ni le vice apparent; est apparent le vice qui peut être constaté par un acheteur prudent et diligent sans avoir besoin de recourir à un expert. »

De même, les dispositions suivantes du code sont une juste retranscription du modèle français, elles ne seront donc pas rappelées ici.

De son côté, la LPC pose trois règles importantes **aux articles 37,38 et 53**.

L'article 37 prévoit que le bien doit être « *tel qu'il puisse servir à l'usage auquel il est destiné* ». Selon **l'article 38**, un bien doit être « *tel qu'il puisse servir à un usage normal pendant une durée raisonnable* ». Enfin, **l'article 53** qui introduit l'action pour vice caché, oblige le commerçant et le fabricant à fournir avec le bien les « *indications nécessaires de l'utilisateur contre un risque ou un danger* ».

Nous sommes donc face à des notions assez proches des dispositions du droit de la consommation française même si **l'article 38** introduit une notion de temps. De même, la protection de la LPC ne s'applique qu'aux consommateurs et à la vente de bien meuble uniquement. Reste que la définition du consommateur pouvant être plus large en droit québécois, la protection pourra être plus étendue que dans le modèle français.

Titre 2 : La protection canadienne

L'ensemble des provinces canadiennes à l'exception du Québec ont une loi intitulée Sale of Good Act (SAG) ou Loi sur la vente d'objets, toutes inspirées de la Sale of Good Act britannique, qui a été codifiée pour la première fois en 1893.

Les règles développées par ces lois sont de droit commun et s'appliquent aux contrats de

consommation de manière supplétive, en l'absence de dispositions spéciales ou si la loi provinciale renvoi directement au SAG. Dans les faits, seul trois provinces, le Nouveau-Brunswick, la Saskatchewan et le Manitoba, ont édité des lois écartant le SAG.

Les SAG vont présenter des garanties statutaires⁴². Ces garanties seront soit des « warranties », soit des « conditions ».

Si tous deux sont des obligations imposées au vendeur lors de la vente d'objets, la différence principale se situe dans les recours et les remèdes possibles.

Les « warranty » trouvent leur définition dans **le SAG du Royaume-Uni dans sa section 1 (1)**. Il est défini comme « *an agreement with reference to goods which are the subject of a contract of sale, but collateral to the main purpose of such contract, the breach of which gives rise to a claim for damages, but not the right to reject the goods and to treat the contract as repudiated.* ».

La jurisprudence considère que les « warranty » font partis du consentement contractuel mais sans en être un élément déterminant, ils ne font pas partis de l'essence du contrat⁴³.

Le terme de « conditions », crée par la jurisprudence, découle de la règle des « warranty ». Les « conditions » sont des éléments du contrat dont la présence est essentielle pour que celui soit valide. L'absence de ces « conditions » permet l'annulation du contrat.

L'acheteur devra donc analyser la violation opérée par le vendeur afin de savoir quels sont ses moyens d'action.

En analysant les SAG, on se rend compte qu'il existe deux catégories de garanties statutaires. Si les premières portent sur le droit de propriété du bien, les secondes portent sur les obligations imposées au vendeur eu égard à la qualité du bien et à son usage.

A l'image du droit français, les SAG ne prévoient une garantie que pour l'usage normal du bien. En revanche, même si elle ne sont pas nombreuses, ils existent des exceptions qui, au final,

42 L'analyse originelle parle de garanties statutaires, or nous pensons qu'il s'agit ici d'une mauvaise traduction dérivant de "statute" qui signifie loi en anglais. Il s'agirait donc de garanties légales.

43 ACCESS PRO BONO, *Law Student Legal Advice Program (LSLAP), Chapter Nine: Consumer Protection*, p. 13 [Online] http://www.lslap.bc.ca/main/?Manual_download (page consulted on June 1, 2012).

peuvent trouver une large application.

Sur ce point, **l'article 16 a) du SAG du Manitoba** dispose que « *a) where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment, and the goods are of a description which it is in the course of the seller's business to supply (whether he is the manufacturer or not), there is an implied condition that the goods shall be reasonably fit for the purpose: Provided that in the case of a contract for the sale of a specified article under its patent or other trade name, there is no implied condition as to its fitness for any particular purpose* »

Même si la règle comporte des conditions, à savoir la communication de ses intentions par l'acheteur, sa confiance dans le jugement ou l'expertise du vendeur ainsi que le fait que le bien puisse raisonnablement être utilisé dans ce but, elle peut fréquemment trouver application.

Encore une fois, on peut affirmer que les dispositions de Common law sont moins précises et nombreuses que celles développées par le droit français, laissant une plus grande liberté au corps judiciaire. Sur ce point, Québec fera une nouvelle fois exception.

Chapitre 2 : La sécurité des produits et services

La sécurité des produits est l'un des éléments les plus importants développés par le droit de la consommation. Les biens de consommation étant ceux qui sont destinés à l'ensemble de la population et, en majorité, aux moins informés, les dommages que peuvent provoquer les produits défectueux peuvent être considérables.

L'importance du sujet fait que les dispositions sanctionnant le non respect des règles de sécurité se trouvent principalement dans le droit pénal. Nous scinderons donc notre analyse en deux points, le premier où nous exposerons l'obligation de sécurité (I) et le second où nous présenterons les différentes sanctions (II).

Titre 1 : L'obligation générale de sécurité

Découvert en France par la jurisprudence sous le fondement de **l'article 1135 du code civil**, l'obligation de sécurité a été pour la première fois consacrée par la loi du 21 juillet 1983 retranscrite dans les articles **L221-1 et suivant du code de la consommation**.

Ce dernier dispose que « *Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes.* »

Sera ici visé le produit plus que le contrat. Cette obligation pèse donc à tous professionnels qui mettent sur le marché un produit ou un service. De même ne sont pas visés expressément les consommateurs, élargissant la protection à tout acheteur.

La sécurité qui doit être apportée au produit est celle à laquelle on peut s'attendre, c'est à dire une sécurité qu'il est normal d'avoir au vu du produit. Le terme « légitimement » réduit cette obligation à une utilisation normale du bien ou du service, une utilisation détournée ne permettra pas de mettre en jeu la responsabilité du professionnel.

Cette obligation de sécurité a été complétée au niveau européen par deux directives. La première, du 25 juillet 1985, dispose en son **article 6** qu'un produit est défectueux « *lorsqu'il n'offre pas la*

sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Cette définition a été transposée à **l'article 1386-4 du code civil** qui prévoit la responsabilité du fait des produits défectueux.

La deuxième directive, du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, dispose que les produits ne doivent présenter aucun risque « *ou seulement des risques réduits à un niveau bas compatibles avec l'utilisation du produit et considérés comme acceptables dans le respect d'un niveau de protection élevé pour la santé et la sécurité des personnes* »

A cette obligation générale s'ajoutent des obligations spécifiques en fonction du professionnel. Ainsi, **l'article L221-1-2 du code de la consommation** prévoit deux contraintes imposées au producteur.

Celui-ci devra répondre d'une obligation d'information envers le consommateur lui indiquant toutes les informations permettant à ce dernier d'évaluer les risques du produit et de s'en prémunir lorsque ces derniers ne sont pas directement perceptibles.

Le producteur aura aussi à sa charge une obligation de suivi, consistant pour lui à devoir s'informer des risques des produits qu'il commercialise et mettre en place les actions nécessaires pour les maîtriser.

Les distributeurs ont, quant à eux, l'interdiction de fournir des produits dont ils savent, sur la base des informations en leur possession et en leur qualité de professionnels, qu'ils ne présentent pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre⁴⁴.

Enfin, ces deux professionnels auront l'obligation d'informer les autorités administratives lorsqu'ils ont connaissance des manquements à la sécurité de leurs produits mis en vente⁴⁵.

Les pouvoirs publics auront aussi un rôle à jouer car, en vertu de l'obligation de sécurité de **L221-1 du code de la consommation** et du principe de précaution, pourront intervenir à tout instant pour éviter ou restreindre les dommages éventuels causés par un produit ou un service ne respectant pas les principes de sécurité, notamment par le biais des agents de la DGCCRF.

44 L221-1-4 du code de la consommation

45 L221-1-3

Rappelons enfin qu'existent au niveau national et européen des normes de sécurité qui exposent les caractéristiques de produits ou de services auxquelles les professionnels doivent se conformer pour pouvoir obtenir une mise sur le marché. De plus, certains produits comme les médicaments où les cosmétiques bénéficieront d'une protection particulière avec des autorités indépendantes comme l'AFSSA, l'agence française de sécurité sanitaire des aliments, qui effectuent des séries de test avant d'autoriser une mise sur le marché.

Nous l'avons dit, les règles encadrant la sécurité des produits sont surtout des règles pénales et donc, au Canada, fédérales. Nous allons donc étudier les dispositions de la Loi fédérale sur la sécurité des produits de consommation de 2010.

A son **article 2**, la loi nous donne les définitions essentielles nous permettant de délimiter son champ d'application.

La loi va donc concerner les produit de consommation, les objets utilisés pour fabriquer, importer, emballer, entreposer, vendre, étiqueter, mettre à l'essai ou transporter un produit de consommation ou pour en faire la publicité ainsi que les documents relatifs à ces activités ou à tout produit de consommation.

Le contrat de consommation sera quant à lui défini comme le « *Produit — y compris tout composant, partie ou accessoire de celui-ci — dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un individu l'obtienne en vue d'une utilisation à des fins non commerciales, notamment à des fins domestiques, récréatives ou sportives. Est assimilé à un tel produit son emballage.* »

Enfin, le danger pour la santé ou la sécurité humaine sera défini comme « *Risque déraisonnable — existant ou éventuel — qu'un produit de consommation présente au cours ou par suite de son utilisation normale ou prévisible et qui est susceptible de causer la mort d'une personne qui y est exposée ou d'avoir des effets négatifs sur sa santé — notamment en lui causant des blessures —, même si son effet sur l'intégrité physique ou la santé n'est pas immédiat. Est notamment visée toute exposition à un produit de consommation susceptible d'avoir des effets négatifs à long terme sur la santé humaine.* »

Une protection assez large donc et très proche des règles françaises et européennes. En revanche, plusieurs points différent et méritent notre analyse.

L'article 3 de la loi dispose que « *La présente loi a pour objet de protéger le public en remédiant au danger pour la santé ou la sécurité humaines que présentent les produits de consommation qui se trouvent au Canada, notamment ceux qui y circulent et ceux qui y sont importés, et en prévenant ce danger.* »

Le fait de préciser que sont concernés les produits se trouvant au Canada permet d'introduire ceux qui seront importés mais qu'en est il des biens produits au Canada et exportés, sont ils concernés par ces mesures protectrices ?

La loi n'est pas précise sur ce point mais on pourrait penser, à la lecture **de l'article 14 (1)** qui définit l'incident relatif à un produit de consommation comme « *l'événement survenu au Canada ou à l'étranger qui a causé ou était susceptible de causer la mort d'un individu ou qui a eu ou était susceptible d'avoir des effets négatifs graves sur sa santé, notamment en lui causant des blessures graves* », que la loi va s'appliquer au delà des frontières canadiennes.

D'un coté **l'article 4.(1)** de la loi pose un système d'exemption où les produits qui figurent sur la liste exposée en annexe 1, produit qui sont déjà régis par une loi spéciale comme les drogues ou les cosmétiques, ne seront pas concernés par la Loi sur la sécurité des produits de consommation.

D'un autre **l'article 5** va poser une interdiction de principe à la production, importation ou commercialisation des produits exposés en annexe 2 comme « les dispositifs d'appui des biberons permettant aux bébés de se nourrir sans surveillance » ou encore « les cordes de cerf-volant qui sont en matériaux conducteurs d'électricité ».

Comme en France, la règle de base sera l'interdiction de produire, importer ou de vendre tout produit qui présente un danger pour la santé ou la sécurité humaine⁴⁶.

L'interdiction est étendue à la publicité. Sera interdite toute annonce publicitaire ou étiquetage qui créera une fausse impression sur la dangerosité du produit⁴⁷. En revanche, aucune obligation n'est faite sur l'obligation qu'aurait le professionnel d'avertir l'acheteur sur la dangerosité du produit et les moyens de s'en prémunir.

46 Article 7 et 8 de la Loi

47 Article 9

Enfin, le ministre de la santé canadien va pouvoir intervenir et mener, avec l'aide d'inspecteurs spécialisés, des analyses pour vérifier la dangerosité du produit ainsi que de le retirer des ventes si nécessaire.

Mentionnons enfin que le Québec, en plus des règles fédérales, a établi un régime général concernant les « biens non sécuritaires » aux **articles 1468 et suivant du code civil québécois** et à **l'article 53** de sa LPC.

Il s'agit ici d'un mécanisme de responsabilité délictuelle dit recours direct permettant à l'acheteur de poursuivre son vendeur, mais aussi tout intermédiaire commercial du bien qui l'aurait vendu.

La victime pourra se prévaloir, à la différence des règles fédérales, d'une obligation d'avertissement pesant sur le vendeur et le fabricant. Ces derniers devront informer l'utilisateur afin qu'il puisse se prémunir contre les risques afférents à l'utilisation du produit. L'absence d'avertissement ou d'indications appropriées pourra constituer un vice au sens particulier de ce mot selon la jurisprudence en vertu de la garantie de qualité

Titre 2 : Les mesures répressives

En France, aux dispositions du code de la consommation se mêlent des règles du code pénal.

En premier lieu, les délits de fraude ou de falsification envisagés aux articles **L213-1 à L213-4** du code de la consommation peuvent être aggravés si la tromperie ou la falsification a pour résultat de rendre le produit dangereux pour la santé.

Les peines sont, si l'aggravation est retenue par les juges, portées au double soit quatre ans d'emprisonnement et 75 000€ d'amende. Les personnes morales peuvent aussi être déclarées pénalement responsable et encourrent une amende de 375 000€.

Ces peines peuvent être complétées par la confiscation de la marchandise⁴⁸ et la publication du

48 L216-2 du code de la consommation

jugement⁴⁹.

Le code pénal va quant à lui réprimer le délit de mise en danger par son **article 223-1** qui prévoit une peine de un an d'emprisonnement et 15 000€ d'amende. Ce texte de portée général ne nécessite pas, à l'image de son pendant en droit de la consommation, qu'un dommage corporel ait été causé.

On se rend en revanche compte que ces règles du code pénal sont moins sévères que celles du code de la consommation et seront donc écartées, dans le cadre de la sécurité d'un produit, au profit de ces dernières.

Enfin, le code pénal comporte un certain nombre de règle applicable en cas de dommage corporel. Ainsi, **l'article 221-6** prévoit une condamnation à trois ans d'emprisonnement et 45 000€ en cas d'atteinte involontaire à la vie ou encore en cas d'homicide involontaire.

De la même manière, l'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000€ d'amende.

Le Canada a quant à lui été influencé par l'Amérique qui, de son côté, est réputée pour infliger des amendes record a ceux qui ne respectent pas les lois en matières de sécurité des produits.

C'est ainsi que **l'article 41 (1)** de la Loi fédérale sur la sécurité des produits de consommation prévoit des peines très lourdes pour les personnes qui enfreignent ses dispositions, ne faisant pas de distinction entre personne morale et physique.

Une amende maximale de 5 000 000 \$ et un emprisonnement maximal de deux ans, ou l'une de ces peines attend la personne qui met sur le marché des biens présentant un risque pour la santé et la sécurité des personnes. Si le vendeur met sciemment ces produits dangereux en vente, **l'article 41 (1)** ne prévoit pas de limite à l'amende infligée au tribunal et fixe la peine d'emprisonnement à un maximum de cinq années.

Les peines prévues par le droit canadien sont donc beaucoup plus importantes que celle énoncées

49 L216-3

par le droit français. De plus, elles doivent être analysées au regard **des articles 43 et 44** de la loi.

L'article 43 établit que « *dans les poursuites pour infraction à la présente loi, il suffit, pour établir la culpabilité de l'accusé, de prouver que l'infraction a été commise par son employé ou mandataire, que celui-ci soit ou non identifié ou poursuivi.* »

Enfin, l'article 44 dispose qu' « *il est compté une infraction distincte pour chacun des jours au cours desquels se commet ou se continue l'infraction à la présente loi.* »

Des condamnations facilitées et des amendes exemplaires pour dissuader tout professionnel de transgresser les règles légales. Sur ce point, nul doute que le droit canadien est en avance sur nos règles nationales.

Partie IV : Les modes de résolution des conflits de consommation

Si nous étions dans un monde parfait, les relations entre professionnels et consommateurs se feraient sans encombre et les seules règles encadrant ces relations permettraient d'empêcher la naissance de tout conflit.

Heureusement pour la profession d'avocat, nous ne sommes pas dans un monde parfait. Les contrats de consommation comme tout autre type de contrat peuvent donner lieu à des conflits qui doivent être solutionnés.

Nous le verrons, le droit de la consommation étend son régime dérogatoire jusque dans les modes de résolution des conflits et nous verrons que des procédés tel que l'arbitrage (II) où les clauses contractuelles (III) ont un régime différent de celui réservé aux autre conflits.

De même, le consommateur se verra doter d'une nouvelle arme lors d'un conflit avec un professionnel, l'action de groupe (I).

Chapitre 1 : L'union fait la force : l'action de groupe

L'action de groupe ou class action est une procédure juridique permettant à plusieurs personnes de former une action commune contre une autre partie. Ce procédé est généralement le fait de consommateurs contre un professionnel mais peut aussi être utilisé par les actionnaires d'une même société.

Les initiateurs ont encore une fois été les américains suite à l'explosion dans les années 1950 du navire cargo SS Grandcamp à Texas City faisant plus de 581 morts et 3000 blessés.

Nous commencerons par voir le système français (1) existant ainsi que ses lacunes avant de nous plonger dans le système canadien, principalement québécois (2).

Titre 1 : Un échec français

En France, l'action de groupe se fait par le biais des associations de consommateurs qui sont seules habilitées à instaurer une telle action devant le juge étatique, cela afin d'opérer un filtre écartant les demandes farfelues ou répétitives.

Les associations de consommateurs peuvent intervenir devant les juridictions françaises pour deux motifs :

- .· Soit dans le cadre d'une action exercée dans l'intérêt collectif
- .· Soit dans le cadre d'une action exercée dans l'intérêt individuel de plusieurs consommateurs

C'est cette deuxième hypothèse qui nous intéresse ici puisque seront groupés des intérêts individuels portés contre une même partie par une action commune.

La loi du **18 janvier 1992** a instaurée l'action en représentation conjointe (**L422-1 à L422-3 et R422-1 à R422-10**).

L'article **L422-1** dispose que

« Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs.

Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur. »

L'action doit être ici introduite par une association agréée. Pour ce faire elle doit réunir plusieurs critères posés par **L411-1, L412-1 et R411-1** et suivant à savoir :

- .· Une durée d'existence d'un an au moins ;
- .· Une activité effective et publique en vue de la défense des consommateurs ;
- .· Une dimension suffisante (au moins 10 000 membres pour les associations nationales) ;
- .· Une indépendance à l'égard de toute forme d'activité professionnelle.

L'accord d'agrément est accordé par arrêté conjoint du Ministre chargé de la consommation et du Garde des Sceaux.

Une fois agréée, l'association doit avoir été mandaté par au moins deux consommateurs concernés, mandat donné par écrit avant l'exercice de l'action.

Seul seront représenté par l'association les victimes ayant donnés leur mandat, système opt in, ce qui montre l'importance de la communication, pour l'association, afin d'obtenir les dits mandats.

Or, la loi interdit le recours à l'appel public par voie télévisé, radiophonique, affichage, tract ou lettre personnalisée, ne laissant que la voie de presse. Cela pour ne pas porter atteinte à la réputation de la société alors que sa responsabilité n'a pas été encore reconnue.

En revanche, l'action peut porter à la fois sur une disposition pénale comme sur une disposition

civile. Il est alors facile d'invoquer le vice caché ou l'inexécution contractuelle.

On constate alors que nous sommes loin, dans la procédure, d'une action de groupe comme présentée dans le droit québécois ou de la Class action du droit américain.

Les législateurs se sont vite rendue compte des limites de ce texte de loi et ont tenté de légiférer dans un sens plus protecteur du consommateur.

Un projet d'action de groupe a été présenté en 1990, inspiré du modèle américain et québécois. Celui ayant été tué dans l'œuf, nous devons attendre 2003 pour voir émerger un nouveau projet avancé par le député Chatel. Un rapport fut présenté à l'exécutif en 2005 et un projet, de loi cette fois ci, fut amené devant les chambres.

Celui ci prévoyait que l'action devait être introduite par une association de consommateurs agréée, qui n'était plus obligée d'avertir préalablement les victimes. La compétence revenait aux TGI.

A l'issu d'une première phase contradictoire, le juge statuait sur le principe de la responsabilité du professionnel. Si celui ci était reconnu responsable, le jugement faisait l'objet d'une large publicité. A partir de là, le texte prévoyait que tout consommateur estimant faire partie du groupe pouvait demander au professionnel une indemnité correspondant au préjudice subit.

A défaut d'entente amiable, le consommateur adressait une demande à la juridiction ayant prononcé le jugement déclaratoire de responsabilité.

En revanche, dans ce texte, étaient exclues les atteintes à l'intégrité physique, celui ci ne permettant que les recours concernant la mauvaise ou la non exécution d'obligations contractuelles. De plus, un plafond de 2000 € d'indemnité par victime était imposé.

Malgré cela, les syndicats d'entreprise dont le MEDEF s'y opposèrent et le projet fut également abandonné.

L'année 2013 voit revenir en force l'idée d'action de groupe avec à la fois la loi Hamon de modernisation du droit de la consommation qui devrait voir le jour à la rentrée mais aussi le projet de loi du sénateur Gérard Le Cam du parti communiste.

La loi Hamon devrait normalement exclure les dommages corporels et moraux pour ne garder que les dommages matériels sur les conflits de consommation et de concurrence. De plus, aucun plafond ne devrait être prévu. Malheureusement, l'action sera toujours limitée aux associations de consommateur.

Pour le projet de loi du sénateur Le Cam, il s'agit de reprendre le système *op in* de 2006 mais la proposition de loi présentée ouvre le champ d'application et y inclut l'ensemble des préjudices du fait d'un même professionnel, que ce soit dans le domaine de la consommation, de la concurrence, du droit financier, du droit boursier, du droit de la santé, ou du droit de l'environnement.

En ce qui concerne la limitation de l'indemnité, le projet de loi semble argumenter contre cette idée.

Titre 2 : Une réussite outre-atlantique

Parmi toutes les provinces canadiennes, le Québec a été la première à légiférer en faveur de l'instauration d'une action de groupe appelée recours collectif il y a presque 35, en 1979 alors que pour d'autre province la législation remonte à 2007.

Le Québec n'est pas seulement pionnière dans le domaine mais est aussi la province où le système juridique est le plus propice à cette action juridique faisant d'elle la province ayant le plus grand nombre de recours collectif avec 50 à 100 recours par année.

Si nous étudions la procédure québécoise, présentée dans le livre IX du code de procédure civile, on se rend compte de la distance qui la sépare de notre procédure actuelle.

La demande va ici être faite par un représentant qui est membre d'un Groupe, celui ci n'est pas forcément une personne morale privée ou une association, bien que peut l'être dans certaines conditions. Le recours collectif, contrairement au système français, n'est pas limité à un type de dommage.

Une autorisation préalable est à demander devant le juge avant de commencer la procédure. A la

différence du système français quasi-inopérant, aucun mandat ou procuration n'est requis.

Le tribunal commencera par opérer un contrôle judiciaire, vu que le représentant n'a pas de mandat, afin de s'assurer de la véracité de ses allégations. Là dessus, les méthodes de preuve sont facilitées et l'on parle d'apparence plus que de preuve. Le tribunal va vérifier :

« a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;

b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;

c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67 (regroupement d'instance); et que

d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres⁵⁰. »

Le Groupe peut inclure des personnes innommées dont le nombre peut atteindre plusieurs milliers ou millions. Celui ci n'a besoin que d'un seul représentant peu importe sa taille. De même, un seul avocat ou étude est requis pour l'ensemble du Groupe ce qui permet de limiter de manière très efficace les coûts de la procédure.

Le système prévu par le code de procédure civil québécois est un système opt out, où sont inclus toutes les personnes pouvant faire partie du groupe de par leur nature sauf celles qui demandent à sortir du groupe avant le jugement final.

Le Groupe n'aura pas à être consulté. Le CPC québécois prévoit seulement la publication d'un avis dans les médias.

L'article 1006 nous informe sur ce que doit contenir le fameux avis aux membres :

« a) la description du groupe;

50 Article 1003 du CPC

b) les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent;

c) la possibilité pour un membre d'intervenir au recours collectif;

d) le district dans lequel le recours collectif sera exercé;

e) le droit d'un membre de s'exclure du groupe, les formalités à suivre et le délai pour s'exclure;

f) le fait qu'un membre qui n'est pas un représentant ou un intervenant ne peut être appelé à payer les dépens du recours collectif; et

g) tout autre renseignement que le tribunal juge utile d'inclure dans l'avis. »

Le jugement final sera opposable à tous les membres du Groupe, même à leur insu. Le financement se fait par le biais d'un pourcentage.

Le droit de l'Ontario reprend à peu de chose près le système québécois. Nous pouvons remarquer cependant une spécificité présente à **l'article 5.(2) de la loi de 1992 sur les recours collectifs** qui dispose que :

« (...) s'il existe au sein d'un groupe un sous-groupe dont les demandes ou les défenses soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe de sorte que, de l'avis du tribunal, la protection des intérêts des membres du sous-groupe demande qu'ils aient un représentant distinct (...) »

De même, **l'article 11.(1) de la loi** prévoit que :

« Dans un recours collectif:

a) les questions communes du groupe sont décidées ensemble;

b) les questions communes du sous-groupe sont décidées ensemble;

c) les questions individuelles nécessitant la participation, à titre individuel, de membres du groupe sont décidées individuellement, conformément aux articles 24 et 25. »

Sur la procédure désormais, la loi de l'Ontario sus nommée prévoit dans son **article 17.(4)** que l'avis pourra être donné :

« a) à personne ou par la poste;

b) par voie d'affichage ou de publication, par annonce publicitaire ou par prospectus;

c) sous forme d'avis personnel donné à un échantillon représentatif du groupe;

d) selon un ou plusieurs modes que le tribunal estime appropriés. »

En revanche, le Québec diffère des autres provinces sur deux points remarquables.

Tout d'abord au niveau de la procédure. Au Québec, à la différence des autres provinces, on ne peut faire appel d'un jugement autorisant le recours collectif. De plus, **l'article 272** de la Loi sur la protection du consommateur mentionne expressément la possibilité de demander des dommages-intérêts punitifs.

Les autres dispositions ont été apportés par la réforme de janvier 2003 modifiant **l'article 1002** du CPC et confirmé par l'arrêt *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs* de 2005. Cette modification prévoit qu'au stade de l'autorisation :

- .· le requérant n'a plus à assermenter les faits qui servent de base à sa requête ;
- .· le défendeur ne peut plus contester les allégations du requérant en procédant à un contre-interrogatoire ;
- .· les allégations du requérant sont tenues pour avérées ;
- .· le défendeur est privé de son droit de produire une contestation écrite

Enfin, fort de sa volonté de protéger le consommateur et croyant en l'efficacité des actions de groupe, le Québec a créé un Fond d'aide au recours collectif, financé par la province, par le biais de la Loi sur le recours collectif.

Une demande écrite doit lui être adressée exposant le fondement en droit ainsi que les faits. Elle devra aussi décrire le Groupe concerné ainsi que l'état financier de chaque membres du Groupe. Pour déterminer si l'aide est ou non attribuée, le Fond va se demander si sans son aide le recours

collectif peut ou non continuer.

L'allocation fournie par le Fond emporte avec elle un certain nombre d'obligations pour le demandeur qui devront être scrupuleusement respectées et ce dernier devra informer le Fond par le biais de rapports.

Enfin, le Fond pourra donner une aide pour une action collective intentée devant la juridiction fédérale si, nous précise l'article **37.1 de la Loi sur le recours collectif** :

« 1° le demandeur justifie de motifs sérieux l'introduction du recours devant cette cour plutôt que devant la Cour supérieure;

2° le demandeur et au moins 50% des membres du groupe résident au Québec;

3° le recours soit exercé dans les matières pour lesquelles la section de première instance de la Cour fédérale exerce une compétence concurrente avec celle de la Cour supérieure.

Le nombre de membres du groupe et la proportion des membres de ce groupe qui résident au Québec peuvent être établis notamment à partir de statistiques existantes ou de données accessibles. »

Nous voyons donc que le dispositif mis en place au Québec permet une véritable action collective pour le consommateur et lui donne, face au professionnel, un véritable pouvoir d'action. Sur ce point nous ne pouvons qu'admettre la suprématie du droit québécois sur le droit français.

Se pose malgré tout le problème de savoir si une province qui reçoit une demande de recours collectif qui au final intègre des habitants d'autre province, pourra ou non mener un recours national.

La question n'a pas encore trouvé réponse même si certaines provinces comme la Colombie Britannique prévoit que des non résidents puissent s'inscrire à un recours intenté dans cette dernière et qui les concerne. Malgré tout, le vent va vers le sens d'une reconnaissance d'une action nationale.

Chapitre 2 : L'arbitrage

L'arbitrage est un mode alternatif de résolution des conflits qui se situe entre la médiation, qui n'est caractérisé que par la volonté des parties, et le juge étatique qui impose sa volonté par la puissance publique.

L'arbitrage consiste en la désignation d'arbitres, généralement au nombre de trois, ayant des compétences sur l'objet du litige, et qui auront pour mission d'arbitrer entre les parties en dégagant une solution, solution qui s'imposera à elles avec la même force qu'un jugement.

En revanche, la sentence arbitrale n'aura pas la force exécutoire et devra faire l'objet d'un exequatur pour forcer la partie perdante à en respecter pleinement l'application.

Les avantages de l'arbitrage sont multiples. Tout d'abord la confidentialité : alors que le juge étatique est lié à la publicité, c'est l'inverse qui gouverne le tribunal arbitral. Cela permettra aux parties de ne pas voir leur réputation entachée dans la presse et même de recommencer à avoir des relations commerciales.

Dans les avantages, nous pouvons aussi citer la rapidité dans l'émission d'une sentence : il faut compter entre 6 à 10 mois contre plusieurs années pour un procès. De plus, le fait de choisir les arbitres permet d'avoir des individus compétents et informés des problèmes en cause.

Enfin, il faut aussi noter la neutralité des arbitres en comparaison des juges étatiques qui auront tendance à avoir des sursauts de nationalisme lorsque les affaires jugées dans leurs cours mettront en jeu une entreprise nationale avec une entreprise étrangère. De même, l'arbitre n'est lié à aucune loi, il est donc plus facile de déterminer par avance quelle sera la loi applicable au litige.

Mais comme toute médaille à son revers, l'arbitrage a aussi ses défauts, le plus important étant son coût. En effet, les parties devront payer les arbitres et parfois les centres d'arbitrage organisant ce dernier. De même, les avocats prennent souvent des honoraires plus élevés lors d'un arbitrage.

Le fait de choisir une cour arbitrale plutôt qu'une cour étatique peut se faire à deux moments, soit avant la naissance du litige par le biais d'une clause compromissoire (1), soit après la naissance du litige par le biais d'un compromis (2).

Si la distinction est ici importante, c'est que le droit de la consommation a légiféré en matière d'arbitrage et, selon que l'on soit avant ou après la naissance du litige, les règles applicables ne seront plus les mêmes.

Titre 1 : La clause compromissoire

Il sera facile ici de lier droit français et québécois vu que les principes sont sensiblement les mêmes.

La clause compromissoire est la méthode la plus utilisée dans l'arbitrage et c'est sûrement pour cela que l'on constate le peu de succès que rencontre ce mode de résolution des conflits en droit de la consommation. En effet, le droit de la consommation limite son recours.

Tout d'abord, la clause compromissoire n'est « *valable que dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* » nous dit **l'article 2061 du code civil français**.

Or, les contrats entre professionnels et consommateurs étant des contrats qualifiés de mixtes, la C.Cass, dans un arrêt du 11 octobre 1971 de la chambre commerciale, a déclaré les clauses compromissoire nulles.

La solution aurait pu se trouver dans le commerce international. En effet, la C.Cass considère que **l'article 2061** ne s'applique pas aux transactions trans-frontières, même si l'un des contractants est un consommateur⁵¹.

Malheureusement, la règle développée par **L132-1 du code de la consommation** sur les clauses abusives s'applique et notamment le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 en portant application.

En effet, l'article **R132-2**, qui fixe les clauses grises, présumées abusives sauf si le professionnel apporte la preuve du contraire, dispose que « *les clauses ayant pour objet ou pour effet d'obliger*

51 Civ 1er, 21 mai 1997 ; Civ 1er, 5 janvier 1999

le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ».

Concernant ces juridictions arbitrales couvertes par des dispositions légales, aucune existe en France traitant du droit de la consommation, alors qu'elles existent en Espagne et au Portugal.

On notera que la législation française se démarque du projet de directive communautaire du 8 octobre 2009 qui avait, elle, considéré que la clause compromissoire devait relever de la liste noire, c'est à dire les clauses qui sont abusives en toutes circonstances⁵².

Dès lors que jugée abusive, la clause est réputée non écrite, entraînant la nullité de la sentence arbitrale⁵³.

En droit québécois, on pourrait affirmer, à la lecture de l'article **2639 du code civil**, que la clause compromissoire est possible dans un contrat de consommation. Celui ci dispose en effet que « *Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public.* »

On pourrait légitimement penser, à contrario, que sauf les cas énoncés par **2639**, l'arbitrage est possible, droit de la consommation inclus.

Malheureusement, cela est sans compter sur l'**article 11.1 de la Loi sur la protection du consommateur** qui dispose que « *Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage soit (...)* ».

Le Québec, comme la France, pose donc une interdiction de principe.

Pour l'Ontario, ce sera l'**article 7.(2) de la Loi sur la protection du consommateur de 2002** qui dispose que « *est invalide, dans la mesure où elle empêche le consommateur d'exercer son droit d'introduire une action devant la Cour supérieure de justice en vertu de la présente loi, la condition ou la reconnaissance, énoncée dans une convention de consommation ou une convention connexe, qui exige ou a pour effet d'exiger que les différends relatifs à la convention*

52 (D. 2008.2784, obs. A. Astaix ; D. 2008.Panor.3113, obs. Th. Clay ; JCP 2009.I.118 § 16, obs. G. Paisant)

53 CJCE 26 oct. 2006, D.Aff 2005, AJ 2910

de consommation soient soumis à l'arbitrage. »

Nous voyons donc qu'autant en France qu'au Canada, il n'est pas possible pour un consommateur, au vu de l'effet dissuasif des coûts trop importants qui seraient à sa charge, de se voir appliquer une clause compromissoire.

Malgré cela, l'arbitrage n'est pas totalement impossible en droit de la consommation.

Titre 2 : Le compromis

Le compromis survient après la naissance du conflit. Les parties se réunissent et décide de confier le litige qui les oppose à une cour arbitrale. Cette méthode est beaucoup moins usitée que la première car une fois le litige né, les parties seront souvent en désaccord sur tout et notamment sur la manière de le résoudre.

Celui-ci va en premier lieu être accepté en droit français par **l'article 2059 du code civil** qui permet que le compromis soit applicable quel que soit la qualité des cocontractants. Cela est aussi reconnu par la jurisprudence⁵⁴.

En droit québécois, le compromis est mentionné à la fin de **l'article 11.1 de la Loi de protection du consommateur**, affirmant que « *Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage* ».

Enfin, en Ontario ce sera **l'article 7.(3) de la Loi sur la protection du consommateur de 2002** qui dispose que « *Malgré les paragraphes (1) et (2), le consommateur, le fournisseur et les autres personnes touchées par un différend au sujet duquel le consommateur peut introduire une action devant la Cour supérieure de justice peuvent convenir de le régler au moyen de toute procédure que prévoit la loi.* »

Le compromis reste donc la seule solution offerte aux professionnels pour pouvoir faire trancher leur litige par un tribunal arbitral.

Mentionnant enfin que se développe aux États-Unis depuis une dizaine d'années des actions de

⁵⁴ Cass. Civ 1, 25 février 2010, pourvoi n° 09-12126

groupe devant les juges arbitraux appelées class arbitration. Nul doute que ce dispositif trouvera écho dans le droit canadien et français dans les prochaines années.

Chapitre 3 : Peut on choisir son droit de la consommation ?

La question va se poser sur deux aspects. Le premier étant de savoir si l'on peut choisir la loi d'un autre pays comme applicable au contrat de consommation (I). Le second aspect est de savoir si l'on peut limiter l'action du consommateur (II).

Titre 1 : La clause de loi applicable

La clause de loi applicable est un mécanisme de droit international qui permet de placer tout ou partie du contrat sous le royaume d'un droit, généralement étranger, ou d'un droit anational du commerce international comme les principes Unidroit ou la Lex mercatoria.

La clause de loi applicable va être prise en compte par le juge étatique où par l'arbitre pour déterminer quelle est la loi applicable, juste après avoir cherché à savoir s'il existe une loi de police.

La loi de police est une loi particulièrement importante du for saisi qui s'appliquera obligatoirement au litige en cours avant même que ne soit déterminé la loi applicable. Le juge ne va même pas prendre la peine de réfléchir aux mécanisme de droit international privé afin de déterminer la loi applicable mais directement appliquer sa loi de police.

De ce fait, la loi de police permet de déjouer le mécanisme de la clause de loi applicable.

En France, les dispositions du code de la consommation sont, depuis un arrêt de la première chambre civile de la C.Cass du 23 mai 2006, qualifiées de loi de police. De ce fait, il n'est pas possible d'échapper à l'application du droit de la consommation devant le juge français par le biais d'une clause de loi applicable.

Le droit québécois n'a, quant à lui, pas attendu que les juges statuent sur ce sujet puisque **l'article 19** de la LPC dispose que « *Une clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du Parlement du Québec ou du Canada est interdite.* ».

De plus, **l'article 19.1** continue en disposant que « *Une stipulation qui est inapplicable au*

Québec en vertu d'une disposition de la présente loi ou d'un règlement qui l'interdit doit être immédiatement précédée, de manière évidente et explicite, d'une mention à ce sujet. »

En revanche, le droit de l'Ontario ne dit rien sur ce genre de clause mais nous pouvons penser que **l'article 7.(1)** qui dispose que « *Les droits substantiels et procéduraux accordés en application de la présente loi s'appliquent malgré toute convention ou renonciation à l'effet contraire.* » pourrait permettre d'écarter les clauses de loi applicable vu que permettent d'échapper à l'application des dispositions de la loi.

Il existe néanmoins deux solutions pour permettre aux parties de choisir la loi applicable dans le cadre d'un contrat de consommation.

La première solution est la clause attributive de juridiction. Les lois de police sont déterminées par le for saisis, si celui ci venait à être changé, les lois de police applicables seraient celles du nouveau for. La clause attributive de juridiction permet de déterminer, dans le contrat, quel sera la juridiction compétente pour juger le litige et donc quelles seront les lois de police applicables.

La deuxième solution est la clause compromissoire. Les arbitres ne sont, à la différence des juges étatiques, pas liés à un for étatique et donc à ses lois de police. Il est donc possible de prévoir que les juges arbitraux seront seuls compétents pour traiter le litige et conclure, en supplément, une clause de loi applicable qui les liera à une loi plus avantageuse pour les parties.

Malgré tout, nous avons vu qu'il n'était pas possible pour les consommateurs de compromettre par le biais d'une clause compromissoire, cette deuxième possibilité sera donc limitée aux compromis et donc peu usitée.

Titre 2 : Une limite contractuelle

La question posée ici est celle de la possibilité, pour le professionnel, de prévoir une clause limitant l'action du consommateur.

En France, cette question sera une nouvelle fois gérée par les dispositions du code de la consommation sur les clauses abusives et spécifiquement **l'article R132-2** qui détermine les clauses grises.

Celui dispose en son dixième point que sont interdites toutes les clauses qui auront pour effet de « *Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur; notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges.* »

Le droit québécois possède aussi ce genre de disposition, notamment **l'article 11.1 de la Loi sur la protection du consommateur** dispose que « *Est interdite la stipulation ayant pour effet (...) soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours.* »

Ce dernier article est à voir sous le prisme de **l'article 262** qui nous infirme que « *à moins qu'il n'en soit prévu autrement dans la présente loi, le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi.* »

Mais que se passe-t-il si la province dont la loi est applicable n'a pas prévu de règles protectrices du consommateur empêchant celui-ci de limiter son droit d'action ?

La question s'est posée devant les juridictions canadiennes concernant l'application de conventions arbitrales qui prévoyaient l'impossibilité pour le consommateur de procéder à un recours collectif.

Cela a commencé par l'affaire « *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs* » en 2007 où la Cour d'appel a confirmé qu'une clause d'arbitrage correctement rédigée peut effectivement faire échec à une demande d'exercer un recours collectif, chaque cas devant être analysé de façon distincte.

La cour écartait ici toute invocation de l'ordre public afin de déterminer l'applicabilité de la clause. Pour elle, la protection du consommateur n'est pas un principe fondamental devant être prioritairement protégé.

C'est dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, « *Seidel c TELUS Communications* », du 18 mars 2011 que la Cour affirme clairement que si les législations provinciales n'ont pas prévu de

règles protectrice du consommateur, par exemple en limitant pour eux le recours à l'arbitrage ou en déclarant non écrite toute clause empêchant le consommateur de faire une action collective, alors la Cour donne pleine application à la convention signée entre les parties.

Cette décision a été très récemment appliquée dans un arrêt de la Cour d'appel fédéral, « *Murphy c. Compagnie Amway* » rendu le 14 février 2013. En l'espèce, une clause du contrat entre les deux parties prévoyait que tout litige supérieur à 1000 Euros ne pouvait donner lieu à un recours collectif et que tout recours collectif devait être réglé à titre individuel dans le cadre de l'arbitrage privé.

La cour conclut que le libellé de la convention d'arbitrage et de renonciation au recours collectif est clair et qu'en l'absence de loi de protection du consommateur applicable limitant l'application de ces clauses, le demandeur ne peut présenter une demande de recours collectif devant un tribunal de droit commun.

La Cour a considéré que le *Business Practices and Consumer Protection Act* en vigueur en Colombie Britannique, province concernée, n'était pas suffisamment clair quant à la protection qu'il offrait aux consommateurs concernant les clauses compromissaires.

Dans le doute, la cour a privilégié l'arbitrage à la protection du consommateur, accordant plus de poids à la liberté contractuelle.

Conclusion

Le point central de notre analyse était de déterminer lequel, des droits de la consommation français ou canadien, est le plus protecteur pour le consommateur. Après cette longue analyse une question semble évidente : de quelle partie du Canada parle-t-on ?

Nous l'avons vu, les règles juridiques en vigueur au Québec sont parfois aussi différentes de celles du reste du Canada que le Canada l'est lui-même de la France. Il faut donc, dans notre analyse, considérer séparément le Québec du Canada.

Si la distinction est importante c'est que, annonçons le de suite, le Québec présente le meilleur système de protection des consommateurs, devant la France et les autres provinces canadiennes.

Le Québec offre tout d'abord une définition plus large de la notion de consommateur, intégrant les artisans, permettant ainsi une plus grande application des dispositions protectrices de sa LPC. De plus, lors de la conclusion du contrat de consommation, le consommateur ne sera engagé que s'il contracte par écrit, qu'il y appose sa signature et qu'il en reçoive une copie.

Ce principe, pouvant sembler anecdotique, permettrait de révolutionner les relations que, en France, nous entretenons avec nos opérateurs téléphoniques. L'opérateur qui vous appelle pour vous proposer un nouveau forfait de téléphone assorti d'obligations se verrait contraint d'envoyer l'ensemble des documents présentant les conditions de vente et d'attendre la signature du client pour mettre en place le service.

Si France et Québec ont des dispositions similaires quant à la garantie des vices cachés, le Québec bénéficie des lois fédérales sur la sécurité des produits permettant des amendes pouvant atteindre plusieurs millions de dollars rendant l'inobservation de ces règles très risqué pour le professionnel.

Enfin, le système d'action de groupe québécois est l'un des plus développés au monde permettant de dédommager n'importe quel type de préjudice. Associé au Fond d'aide au soutien des actions de groupe, il devient une véritable arme au service du consommateur rétablissant le déséquilibre existant avec les grandes puissances du marché.

A l'inverse, les autres provinces canadiennes, de Common law, sont peu protectrices du consommateur. Les règles régissant les clauses abusives en sont la concrétisation puisque la Common law ne vas pas considérer le consommateur comme une partie faible par nature.

De même, pour les province n'ayant pas édictées de règles claires interdisant les clauses ayant pour but de limiter les actions en justice, la jurisprudence fédérale donne la priorité à la liberté contractuelle au grand dam des consommateurs.

Malgré tout, certains systèmes développés dans les provinces de Common law méritent d'être étendus. Ainsi, la règle développée par l'Ontario sur les marchandises et services non sollicités ou encore le régime très sévère des clauses abusives en Alberta gagnerait à être plus présent sur le territoire canadien.

Le Québec est donc le territoire où il fait bon d'être consommateur mais, comme rien n'est totalement blanc lorsqu'il s'agit de droit, la province francophone a encore quelques changements à apporter.

Tout d'abord, le système de prix affiché hors taxes ne permet pas au consommateur de connaître exactement le montant qu'il finira par payer. Si les facultés d'économie enseignent à leurs étudiants qu'un prix de 149,99€ est plus attractif qu'un prix de 150€, c'est que le cerveau n'analyse pas les deux informations de la même manière. C'est donc pour cela que le prix réel doit être affiché, quitte à installer un double affichage.

De même, l'excès de francisation n'apporte en rien une meilleure protection pour le consommateur. Au contraire, le fait de contraindre les entreprises souhaitant s'installer au Québec à modifier leur nom va limiter leur implantation et restreindre le jeux de la concurrence avec, au final, un prix élevé et peu d'évolutions.

La codification sera quant à elle le sujet majeur de ces prochaines années et nul doute que le Québec finira par ériger un code de la consommation. A ce moment, une liste de clauses abusives permettrait de centrer les dispositions déjà présentes dans la LPC, leur apportant une meilleure visibilité pour le consommateur et donc une meilleur application.

Enfin nous abordions en introduction les différents articles de presse qui présentaient le recours collectif de différents cabinets d'avocat suite à la catastrophe de Lac-Mégantic.

Si nous avons et continuons de louer le système québécois de recours collectif, il faut avouer qu'à l'image du système américain, celui-ci entraîne des abus.

Le système fait en effet surtout la chance des cabinets d'avocat qui prélèvent des sommes importantes sur ces procédures titanesques, parfois au détriment des victimes. Dans la presse locale, un article exposait les offres des différents cabinets, cherchant à attirer le plus de victimes, promettant le plus grand montant de dommages-intérêts. Un autre article titrait, 42 corps retrouvés, les recherches continuent.

En conclusion, la France a des réformes ambitieuses à mener si elle veut un jour arriver au même niveau de protection que le Québec. Ce n'est malheureusement pas la prochaine réforme sur le droit de la consommation qui permettra de réduire la distance qui sépare les deux États.

Bibliographie

Les ouvrages :

- Paul-André Linteau, *Histoire du Canada*, 4ème édition, P.U.F, "Que sais je ?", 2010, 128 pages
- Jean Calais-Auloy, Henri Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8ème édition, 2010, 726 pages.

Les articles :

- Myriam Jézéquel, *Historique de la Loi sur la protection du consommateur*, Journal du Barreau du Québec, Volume 35 – Numéro 21, 15 décembre 2003.
- Union des consommateurs, *Mettre un frein aux clauses abusives dans les contrats de consommation*, Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, septembre 2011.
- Me Marcel Boucher et Me Yannick Labelle, *L'adéquation des régimes de garantie légale au Canada*, rapport de recherche, Union des consommateurs, juin 2012
- Conseil canadien des normes, *Sécurité des produits de consommation : Guide des solutions à l'intention des fabricants, importateurs et vendeurs*, septembre 2012.

Les articles de presse :

- <http://journalmetro.com/actualites/national/344507/lac-megantic-demande-de-recours-collectif/>
- <http://journalmetro.com/actualites/national/346102/lac-megantic-le-recours-vise-les-clients/>
- <http://www.montrealgazette.com/news/montreal/M%C3%A9gantic+rail+disaster+Class+action+suit+sought/8661266/story.html>
- <http://www.ledevoir.com/motcle/tragedie-de-lac-megantic/17>
- <http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/382464/que-s-est-il-passe-a-nantes>
- http://www.lexpress.fr/actualite/societe/un-train-deraille-a-bretigny-sur-orge-dans-l-essonne_1266056.html
- <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/07/13/01016-20130713ARTFIG00281-bretigny-sur-orge-ce-que-l-on-sait-de-l-accident.php>

Les codes :

- Code civil français
- Code de la consommation français
- Code de procédure civil français
- Code civil du Québec
- Code de procédure civil québécois

Les lois :

- Lois constitutionnelles du Canada de 1867 et 1982

Ontario :

- Loi de 2002 sur la protection du consommateur, version du 1er janvier 2011
- Règlement 17/05 sur la Loi de 2002 sur la protection du consommateur
- Loi de 1991 sur l'arbitrage, version du 15 décembre 2009
- Loi de 1992 sur les recours collectifs, version du 22 juin 2006
- Loi de 1990 sur la vente d'objets, version du 9 décembre 1994

Québec :

- Loi sur la protection du consommateur, version du 7 juin 2012
- Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, version diffusée entre le 9 mai 2013 et le 19 juin 2013
- Loi sur le recours collectif, version du 1 octobre 2000

Colombie Britannique :

- Business Practices and Consumer Protection Act, version du 1er juin 2013
- Consumer Contracts Regulation, version diffusée entre le 16 févr. 2009 et le 4 juin 2013
- Business Practices and Consumer Protection Regulation, version du 18 mars 2013

Le Manitoba :

- Loi sur la protection du consommateur, version du 1er juillet 2013

Nouvelle écossé :

- Consumer Protection Act, version du 1er mai 2012
- Consumer Protection Act Regulations, version du 7 juin 2013

Alberta :

- Fair trading act, version du 25 juin 2013

Gouvernement fédéral :

- Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation, version du 20 juin 2011
- Loi sur la concurrence, version du 12 mars 2010
- Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, version du 22 mars 2006

Les conférences :

- Me Luc Huppé, *Les fondements du droit canadien et québécois*, Journée de familiarisation au droit québécois, 29 septembre 2007, Barreau de Québec.
- Martin F. Sheehan, *Les recours collectifs au Québec : derniers développements et leurs incidences sur les recours collectifs dans le domaine médical*, colloque sur *La responsabilité médicale et hospitalière* de Insight tenu à Montréal les 15 et 16 mai 2006

Les sites internet :

- <http://www.opc.gouv.qc.ca/consommateur/>
- www.fmc-avocat.com
- <http://www.canlii.org/fr/>
- <http://www.avocat.qc.ca/public/iiresp-fabricant.htm>

Table des matières

Introduction.....	5
Partie I : Les fondements d'une réflexion.....	9
Chapitre 1 : Au commencement.....	10
Chapitre 2 : L'aboutissement constitutionnel.....	16
Chapitre 3 : Une protection du consommateur.....	19
Partie II : Les prémices du contrat de consommation.....	22
Chapitre 1 : Le champ d'application du droit de la consommation.....	23
Titre 1 : Le consommateur	23
Titre 2 : Le contrat de consommation	27
Chapitre 2 : L'information du consommateur.....	30
Titre 1 : Une obligation d'information	30
Titre 2 : Les limites à la publicité	34
Chapitre 3 : La question des clauses abusives.....	40
Titre 1 : La protection française	40
Titre 2 : Québec la dissidente	42
Titre 3 : La situation dans les autres provinces	44
Partie III : Les contrats de consommation.....	48

Chapitre 1 : La conformité des produits : la garantie des vices cachés.....	49
Titre 1 : L'alliance francophone	49
Titre 2 : La protection canadienne	53
Chapitre 2 : La sécurité des produits et services.....	56
Titre 1 : L'obligation générale de sécurité	56
Titre 2 : Les mesures répressives	60
Partie IV : Les modes de résolution des conflits de consommation.....	63
Chapitre 1 : L'union fait la force : l'action de groupe.....	64
Titre 1 : Un échec français	64
Titre 2 : Une réussite outre-atlantique	67
Chapitre 2 : L'arbitrage.....	72
Titre 1 : La clause compromissoire	73
Titre 2 : Le compromis	75
Chapitre 3 : Peut on choisir son droit de la consommation ?.....	77
Titre 1 : La clause de loi applicable	77
Titre 2 : Une limite contractuelle	78
Conclusion.....	81
Bibliographie.....	84