

# Manuel sur la protection du consommateur



© 2017, Nations Unies

La présente publication est disponible en libre accès en se conformant à la licence Creative Commons créée pour les organisations intergouvernementales, disponible à l'adresse suivante : <https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/>.

Les opinions, interprétations et conclusions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de l'Organisation des Nations Unies, de ses fonctionnaires ou de ses États Membres.

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent sur n'importe quelle carte n'impliquent de la part de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Ce document a été revu par un service d'édition externe.

Le texte de la présente publication peut être cité ou reproduit, sous réserve qu'il soit fait mention de la source.

Publication des Nations Unies publiée par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

UNCTAD/DITC/CPLP/2017/1

---

## Préface

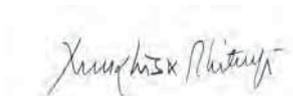
L'édition 2017 du Manuel de la CNUCED sur la protection du consommateur est la première publication internationale de référence qui soit complète dans ce domaine. Ce manuel a pour but de soutenir les pays en développement et les économies en transition dans leur choix de politiques et d'outils pratiques susceptibles d'aider les décideurs à renforcer les capacités ayant trait à la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur.

La CNUCED, en tant qu'organisme des Nations Unies chargé du traitement intégré des questions relatives à la protection des consommateurs, s'emploie activement à promouvoir les Principes directeurs et à encourager les États Membres qui le souhaitent à faire connaître les nombreux moyens dont eux-mêmes ainsi que les entreprises et la société civile disposent pour promouvoir la protection du consommateur dans le cadre de la fourniture de biens et de services tant dans le secteur public que dans le secteur privé. C'est d'autant plus important que la protection du consommateur n'est pas homogène dans le monde. En effet, comme le note l'Assemblée générale, « si des progrès importants ont été réalisés en matière de protection du consommateur sur le plan normatif depuis l'adoption des Principes directeurs en 1985, ces progrès ne se sont pas toujours concrétisés sous la forme de mesures de protection plus efficaces et mieux coordonnées dans tous les pays et dans tous les secteurs commerciaux ». Avec ce manuel, la CNUCED contribue à la diffusion de bonnes pratiques et au renforcement des capacités des pays en développement et des pays en transition, pour qu'ils intensifient les mesures de protection du consommateur.

Le consommateur du XXI<sup>e</sup> siècle est un consommateur mondial. Il n'a jamais eu un aussi grand choix de biens et de services et la révolution numérique a fait de lui l'un des principaux acteurs du commerce international. Les risques pour lui n'en sont que plus grands – produits dangereux, pratiques commerciales déloyales, mécanismes de règlement des litiges et de réparation inadéquats, violation de son droit à la vie privée et manque de coordination de l'action des États Membres. Le bien-être de chaque consommateur dépend plus que jamais de celui de tous les consommateurs du monde et nous assistons à l'éveil d'une protection des consommateurs à l'échelle mondiale.

Il faut donner aux consommateurs les moyens de jouer leur rôle d'agents du changement pour que se réalisent les objectifs de développement durable. Ce ne sera possible que lorsque des lois, politiques et institutions appropriées seront en place et lorsque tous les intervenants, en particulier les entreprises et les organisations de consommateurs prendront part à la défense des consommateurs sur le marché.

Je recommande ce manuel comme outil important à tous ceux qui s'efforcent d'améliorer le bien-être des consommateurs.



Mukhisa Kituyi

Secrétaire général de la CNUCED

---

## Remerciements

Le Manuel sur la protection du consommateur a été révisé en 2017 par Robin Simpson, consultant principal, et une équipe composée de Teresa Moreira, Chef du Service des politiques de la concurrence et de la protection des consommateurs de la CNUCED, Arnau Izaguerri, Marisa Henderson, Graham Mott et Maria Bovey. Les travaux ont été achevés sous la supervision générale de Guillermo Valles, Directeur de la Division du commerce international des biens et services, et des produits de base.

Le manuel a bénéficié des importantes contributions de : Celine Awuor, consultante spécialiste de la protection financière des consommateurs ; Thierry Bourgoignie, Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation, Université du Québec à Montréal ; Liz Coll, consultante spécialiste des politiques de consommation dans l'économie numérique ; Ha Dinh ; Julian Edwards, consultant pour les politiques de consommation ; Alan Etherington, consultant pour l'approvisionnement en eau et l'assainissement ; Christopher Hodges, Université d'Oxford ; Sadie Homer, spécialiste des questions de consommation et des normes internationales ; Claudia Lima Marques, Université fédérale de Rio Grande do Sul ; Jeremy Malcolm, Electronic Frontier Foundation ; Robert N. Mayer, Université de l'Utah ; Ogochukwu Monye, Université nigériane du Bénin ; Judit Pump, spécialiste du droit environnemental ; Iain Ramsay, Université du Kent ; Christine Riefa, Université Brunel ; Elena Salazar de Llaguno, consultante pour l'alimentation et les politiques alimentaires ; Antonino Serra Cambeceres, spécialiste de la protection du consommateur ; Jami Solli ; Stephen Thomas, Université de Greenwich ; Frank Trentmann, Université de Londres ; Toni Williams, Université du Kent ; Elena Wolf, consultante pour la protection du consommateur ; Ying Yu, Université d'Oxford et Aurélie Zoude-Le Berre, conseillère auprès de l'Assemblée nationale française et spécialiste des politiques et pratiques de concurrence.

Le projet de texte a été commenté par Nicole Nespoulous, Deon Woods-Bell et Cécile Barayre. D'autres observations ont été faites après la présentation d'un exemplaire avant-tirage du manuel à la première réunion du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la protection du consommateur à Genève, les 18 et 19 octobre 2016. Des observations ont été également faites, notamment par Paul Miloseski-Reid et Suriya Prabha, au nom de la Chambre de commerce internationale (initiative « Action contre la contrefaçon et le piratage »).

La couverture a été conçue par Nadège Hadjemian et Neema Toyb.

---

## Table des matières

<b>Remerciements.....</b>	<b>iv</b>
<b>Première partie Un système de protection du consommateur .....</b>	<b>1</b>
<b>I. La protection du consommateur : un aperçu général.....</b>	<b>2</b>
A. La justification des mesures de protection du consommateur.....	2
B. Le concept des droits du consommateur et la législation relative à la protection du consommateur .....	5
C. Qui est le consommateur et quels sont ses intérêts ? .....	6
D. Qui est responsable de la protection des consommateurs ? .....	7
E. Un cadre pour la protection du consommateur .....	8
F. Conclusion .....	10
<b>II. Les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur .....</b>	<b>12</b>
A. Les instruments internationaux et la protection du consommateur.....	12
B. Les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur.....	12
C. Conclusion .....	19
<b>III. Le droit de la consommation.....</b>	<b>20</b>
A. Le droit de la consommation dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur.....	20
B. Les dispositions constitutionnelles relatives à la protection du consommateur .....	20
C. Les lois-cadres sur la protection des consommateurs .....	21
D. L'interaction entre les lois sur la protection des consommateurs et d'autres lois .....	24
E. Conclusion .....	27
<b>IV. Les organismes de protection du consommateur.....</b>	<b>28</b>
A. Les organismes de protection du consommateur dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur .....	28
B. Les fonctions des organismes de protection du consommateur .....	28
C. Les modèles d'organisation pour les organismes de protection des consommateurs.....	29
D. L'évolution du champ de la protection du consommateur .....	34
E. Conclusion .....	34
<b>V. Les associations de consommateurs.....</b>	<b>36</b>
A. Les associations de consommateurs dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur .....	36
B. Les associations de consommateurs dans l'économie moderne.....	36
C. Les fonctions des associations de consommateurs .....	38
D. L'indépendance des associations de consommateurs.....	39
E. La représentativité des associations de consommateurs.....	39
F. Conclusion .....	41

<b>VI. Le comportement des entreprises</b> .....	<b>43</b>
A. Le comportement des entreprises dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur .....	43
B. La responsabilité sociale des entreprises .....	45
C. L'autoréglementation et la coréglementation.....	48
D. La collaboration donne-t-elle de bons résultats ? .....	51
E. Conclusion .....	53
<b>VII. Le droit de la concurrence et les intérêts des consommateurs</b> .....	<b>54</b>
A. La concurrence dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection des consommateurs .....	54
B. La nature et les caractéristiques du droit et des politiques de la concurrence .....	54
C. Les concepts du droit de la concurrence.....	55
D. L'architecture institutionnelle de la concurrence.....	60
E. La résistance des consommateurs au changement – Un défi pour la cohérence des politiques de la concurrence .....	60
F. Conclusion .....	62
<b>VIII. La coopération internationale</b> .....	<b>63</b>
A. La coopération internationale dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur.....	63
B. Le droit et la juridiction applicables .....	64
C. La coopération internationale dans la pratique.....	66
D. Le mécanisme institutionnel international.....	66
E. Conclusion .....	68
<b>Deuxième partie La protection du consommateur sur le marché</b> .....	<b>69</b>
<b>IX. La sûreté des produits et la responsabilité du fait des produits</b> .....	<b>70</b>
A. La sûreté des produits dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur.....	70
B. Les lois relatives à la sûreté des produits .....	71
C. La responsabilité du fait des produits .....	75
D. La dangerosité des services.....	80
E. La sûreté des produits dans le droit et dans les politiques à l'échelon international.....	81
F. Les marchandises d'occasion.....	82
G. Conclusion .....	83
<b>X. L'information et l'éducation du consommateur</b> .....	<b>84</b>
A. L'information et l'éducation du consommateur .....	84
B. L'information et l'éducation des consommateurs dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur .....	84
C. Le transfert des risques.....	85
D. L'information du consommateur .....	85
E. Les principaux aspects de l'étiquetage .....	87
F. Les principaux aspects de la publicité.....	89

G.	Les programmes d'éducation à la consommation et leur mise en œuvre .....	91
H.	Conclusion .....	96
<b>XI.</b>	<b>Le règlement des litiges de consommation et leur réparation .....</b>	<b>97</b>
A.	Le règlement des litiges de consommation et leur réparation dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur .....	97
B.	La justification des mécanismes de règlement des litiges et de leur réparation.....	97
C.	Les mécanismes de règlement des litiges de consommation et de leur réparation .....	98
D.	Les critères d'évaluation des systèmes de règlement des litiges de consommation et de leur réparation .....	103
E.	Conclusion .....	103
<b>XII.</b>	<b>Le commerce électronique .....</b>	<b>105</b>
A.	Le commerce électronique dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur.....	105
B.	La portée et l'ampleur du commerce électronique .....	105
C.	La confiance des consommateurs dans le marché numérique .....	109
D.	Les lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économiques.....	110
E.	D'autres principes internationaux applicables à la réglementation du commerce électronique.....	114
F.	Conclusion .....	116
<b>XIII.</b>	<b>Le respect de la vie privée et la protection des données .....</b>	<b>118</b>
A.	Le respect de la vie privée dans les Principes directeurs des Nations Unies sur la protection du consommateur .....	118
B.	La vie privée est-elle un droit ? .....	118
C.	Les données vues sous l'angle de la protection des consommateurs .....	118
D.	La réglementation de l'ère numérique.....	120
E.	La réglementation internationale.....	121
F.	La technologie peut-elle résoudre les problèmes qu'elle a créés ? .....	124
G.	Conclusion .....	125
<b>Troisième partie La protection du consommateur et les biens et services de base.....</b>		<b>129</b>
<b>XIV.</b>	<b>Les services financiers.....</b>	<b>130</b>
A.	Les services financiers dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur.....	130
B.	Les fonctions et les formes du crédit à la consommation .....	131
C.	Les fonctions et les formes des services d'assurance .....	134
D.	Les domaines de la réglementation des services financiers et les perspectives de réforme .....	135
E.	Les nouvelles questions.....	140
F.	Conclusion .....	143
<b>XV.</b>	<b>La protection du consommateur et les services publics de distribution .....</b>	<b>145</b>
A.	Les services publics de distribution dans les Principes directeurs des Nations Unies sur la protection du consommateur.....	145

---

B.	La nature des services publics de distribution.....	145
C.	La réglementation des services publics.....	146
D.	La propriété des services publics de distribution .....	147
E.	La performance des opérateurs de services publics de distribution.....	148
F.	La tarification et les subventions.....	149
G.	L'accès aux services publics dans les OMD et les ODD .....	152
H.	La protection des intérêts des consommateurs.....	152
I.	L'ouverture des services publics de distribution à la concurrence.....	154
J.	Conclusion .....	155
<b>XVI.</b>	<b>L'alimentation pour tous .....</b>	<b>156</b>
A.	Le droit à l'alimentation.....	156
B.	L'alimentation dans les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur .....	156
C.	La malnutrition et la sécurité alimentaire.....	156
D.	Les préoccupations des consommateurs en matière de salubrité des aliments.....	158
E.	Les mécanismes d'élaboration des normes alimentaires .....	159
F.	Les préoccupations des consommateurs en matière de génie génétique .....	159
G.	La législation alimentaire.....	160
H.	Conclusion .....	161

---

---

## Sigles et acronymes

<b>ACCC</b>	Commission australienne de la concurrence et de la consommation (Australian Competition and Consumer Commission)
<b>ACPr</b>	accord commercial préférentiel
<b>ACR</b>	accord commercial régional
<b>ADPIC</b>	aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
<b>AGCS</b>	Accord général sur le commerce des services
<b>AICD</b>	diagnostic des infrastructures nationales en Afrique (Africa Infrastructure Country Diagnostic)
<b>APEC</b>	Association de coopération économique Asie-Pacifique
<b>ASEAN</b>	Association des nations de l'Asie du Sud-Est (Association of Southeast Asian Nations)
<b>BASCAP</b>	Action contre la contrefaçon et le piratage (Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy)
<b>BEUC</b>	Bureau européen des unions de consommateurs
<b>CARICOM</b>	Communauté des Caraïbes
<b>CCI</b>	Chambre de commerce internationale
<b>CCP</b>	Comité de la politique de consommation de l'OCDE
<b>CE</b>	Commission européenne
<b>CI</b>	Consumers International
<b>CJUE</b>	Cour de justice de l'Union européenne
<b>CNUCED</b>	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
<b>CNUDCI</b>	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
<b>COPOLCO</b>	Comité pour la politique en matière de consommation de l'Organisation internationale de normalisation
<b>DEVCO</b>	Comité de l'ISO pour les questions relatives au développement
<b>DGCCRF</b>	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de France
<b>ECOSOC</b>	Conseil économique et social des Nations Unies
<b>ESB</b>	encéphalopathie spongiforme bovine
<b>FAO</b>	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
<b>FTC</b>	Commission fédérale du commerce des États-Unis (Federal Trade Commission of the United States of America)
<b>G20</b>	Groupe des Vingt
<b>GATT</b>	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
<b>GIE</b>	Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la protection du consommateur
<b>ICPEN</b>	International Consumer Protection and Enforcement Network
<b>ICRT</b>	International Consumer Research and Testing
<b>INDECOPI</b>	Institut national de défense de la concurrence et de la protection des consommateurs du Pérou (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual of Peru)
<b>ISO</b>	Organisation internationale de normalisation
<b>MERCOSUR</b>	Marché commun du Sud
<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et de développement économiques

---

<b>ODD</b>	objectif de développement durable
<b>OEА</b>	Organisation des États américains
<b>OFСOM</b>	Office of Communication of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
<b>OFT</b>	Office of Fair Trading of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
<b>OMD</b>	objectif du Millénaire pour le développement
<b>OMC</b>	Organisation mondiale du commerce
<b>ONG</b>	organisation non gouvernementale
<b>OMS</b>	Organisation mondiale de la Santé
<b>POI</b>	petit opérateur indépendant
<b>RACE</b>	Réseau associatif des consommateurs de l'énergie du Cameroun
<b>RAPEX</b>	Système européen d'alerte rapide pour les produits non alimentaires dangereux (Rapid Exchange of Information System of the European Union)
<b>RASSF</b>	Food and Feed Safety Alerts of the European Union
<b>REL</b>	règlement extrajudiciaire des litiges
<b>RIC</b>	Réseau international de la concurrence
<b>RLL</b>	règlement en ligne des litiges
<b>RSE</b>	responsabilité sociale des entreprises
<b>SIAR</b>	Système interaméricain d'alerte rapide intégré
<b>SIECA</b>	Secrétariat de l'intégration économique centraméricaine
<b>SIEG</b>	service d'intérêt économique général
<b>TTIP</b>	Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (Transatlantic Trade and Investment Partnership)
<b>UNICEF</b>	Fonds des Nations Unies pour l'enfance

---

# PREMIÈRE PARTIE

## Un système de protection du consommateur



# I. La protection du consommateur : un aperçu général

## A. LA JUSTIFICATION DES MESURES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Les mesures de protection du consommateur visent à remédier aux déséquilibres inhérents à la relation consommateur-fournisseur, notamment en ce qui a trait aux rapports de force, aux connaissances et à d'autres ressources.

Pour aider à corriger ces déséquilibres, la notion moderne du droit du consommateur à la protection a été présentée le 15 mars 1962 dans une allocution historique du Président Kennedy contenant son « message spécial au Congrès des États-Unis d'Amérique sur la protection des intérêts du consommateur », dans lequel il a déclaré ceci :

« Nous sommes tous, par définition, des consommateurs. C'est le groupe économique le plus important, influant sur presque toutes les décisions économiques publiques et privées et étant influencé par elles. Les deux tiers des dépenses totales dans l'économie sont le fait des consommateurs. Pourtant, c'est le seul groupe important de l'économie qui ne soit pas formellement organisé et dont la voix n'est souvent pas entendue. Nous ne pouvons nous permettre de gaspillage dans la consommation, pas plus que nous pouvons nous permettre d'être inefficaces dans les entreprises ou dans le Gouvernement. Si des produits inférieurs sont offerts au consommateur, si les prix sont exorbitants, si les médicaments sont dangereux ou sans effet, si les consommateurs ne sont pas en mesure de faire des choix éclairés, cela veut dire que leurs dollars sont gaspillés, que leur santé et leur sécurité sont menacées et que l'intérêt national est compromis »<sup>1</sup>.

Le Président Kennedy a aussi déclaré que des mesures législatives et administratives s'imposaient si le Gouvernement voulait s'acquitter de ses responsabilités envers les consommateurs pour qu'ils puissent exercer leurs droits, à savoir :

- a) Le droit à la sécurité – être protégé contre la mise sur le marché de produits dangereux pour la santé ou la vie ;

- b) Le droit à l'information – être protégé contre les informations, les publicités, les étiquetages et toute autre pratique malhonnête ou mensongère et recevoir l'information requise pour faire un choix en pleine connaissance de cause ;
- c) Le droit de choisir – être assuré, autant que possible, d'un accès à une variété de produits et de services à des prix compétitifs, avec l'assurance d'une qualité satisfaisante à des prix équitables dans les secteurs d'activités dans lesquels la concurrence n'est pas envisageable et est remplacée par une réglementation gouvernementale ;
- d) Le droit d'être entendu – être assuré que les intérêts des consommateurs sont pris en compte sous tous leurs aspects et avec bienveillance dans l'élaboration de la politique publique, et feront l'objet d'un traitement équitable et rapide dans les tribunaux administratifs<sup>2</sup>.

Après avoir décrit ses propositions visant à améliorer les programmes existants dans plusieurs domaines (par exemple, produits alimentaires et médicaments, transports, transactions financières, renforcement de la législation relative à la transparence en matière de prêts et d'étiquetage et durcissement des lois destinées à promouvoir la concurrence et à interdire les monopoles) le Président Kennedy a terminé sur ces mots :

« Nous sommes tous des consommateurs. Ces actions et propositions dans l'intérêt des consommateurs sont dans notre intérêt à tous. L'investissement budgétaire requis par ces programmes est très modeste – mais ces programmes peuvent fortement contribuer au renforcement de notre économie de libre concurrence, de notre niveau de vie et de santé, ainsi que des normes morales traditionnellement élevées régissant nos pratiques commerciales »<sup>3</sup>.

Les défenseurs des consommateurs ont fait fond sur cette déclaration des droits du consommateur (voir le chapitre II). Leurs efforts ont porté leurs fruits

<sup>1</sup> Président Kennedy, op. cit., disponible sur <http://www.presidency.ucsb.e-du/ws/index.php?pid=9108>.

<sup>2</sup> Président Kennedy, op. cit., disponible sur <http://www.presidency.ucsb.e-du/ws/index.php?pid=9108>.

<sup>3</sup> Président Kennedy, op. cit., disponible sur <http://www.presidency.ucsb.e-du/ws/index.php?pid=9108>.

lorsque, le 9 avril 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté à l'unanimité les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur (ci-après les Principes directeurs). Il s'agit d'un ensemble d'objectifs minimaux internationalement reconnus, qui sont devenus une référence pour les droits dont peuvent se prévaloir tous les consommateurs dans le monde entier. La plus connue des sections de ce texte énumère les « besoins légitimes » des consommateurs – une liste de points à surveiller qui a beaucoup contribué à la reconnaissance des droits des consommateurs. Dans le monde entier, des nations ont promulgué des lois et même de nouveaux projets de constitution nationale pour consacrer ces droits, comme on le verra au chapitre III.

Cette intervention de l'État repose sur la nécessité d'assurer la protection des consommateurs pour plusieurs raisons ayant à voir, notamment, avec l'efficacité économique, les droits individuels, la justice distributive et le droit au développement.

## 1. L'efficacité économique

Dans le cas d'une économie de marché, l'efficacité économique est une condition préalable du fonctionnement optimal de tous les systèmes. Dans une économie de marché idéale, l'équilibre du marché est parfait quand les rapports de force entre l'offre et la demande sont à égalité. Du côté de l'offre, les fournisseurs se livrent une concurrence loyale, donnent aux consommateurs toutes les informations requises sur leurs produits, observent toutes les lois relatives aux normes de sécurité et de qualité et indemnisent les consommateurs en cas de problèmes causés par leurs produits ou services. Du côté de la demande, les consommateurs ont un comportement raisonnable et n'achètent que les produits ayant la qualité voulue au meilleur prix, ce qui élimine les fournisseurs non compétitifs. Les consommateurs devraient être bien informés sur un produit ou un service avant de l'acheter. Ils devraient également connaître les voies de recours dont ils peuvent se prévaloir pour défendre activement leurs droits.

Il est impossible d'imaginer une économie, planifiée ou de laisser-faire, qui soit entièrement à l'abri de pratiques abusives. L'intervention de l'État est nécessaire pour assurer que les fournisseurs se comportent de manière responsable et que les consommateurs lésés dans leurs droits aient la possibilité d'être indemnisés. Aujourd'hui, les marchés se caractérisent non seulement par des relations économiques privées entre fournisseurs et consommateurs, mais aussi par une présence plus ou moins grande de l'État, auquel il incombe de promulguer et d'appliquer des lois sur

la protection du consommateur traitant aussi bien des droits privés que des obligations au regard de la loi, afin d'assurer un fonctionnement sûr et harmonieux du marché, dans l'intérêt des consommateurs.

En général, la politique de protection du consommateur a pour but d'assurer un fonctionnement optimal de la demande dans une économie de marché, condition de l'efficacité du système de marché. Elle a pour complément la politique de concurrence, qui vise le fonctionnement tout aussi optimal de l'offre. L'État promulgue des lois sur la protection du consommateur régissant, entre autres, les pratiques commerciales loyales, l'information, les voies de recours et l'accès aux biens et services essentiels. Les mesures de protection des consommateurs sont parfois dénigrées et qualifiées de « tracasseries administratives ». Selon un article paru en 2015 dans le *International Small Business Journal*, depuis quelques décennies, les réglementations sont perçues comme ayant « une influence statique et négative ». Les auteurs de cet article contestent cette perception et font valoir que « les réglementations sont une force dynamique, qui facilite l'activité économique tout en lui imposant certaines limitations »<sup>4</sup>. Ces dernières sont nécessaires notamment pour empêcher les pratiques abusives, mais la réglementation peut également aider les entreprises, par exemple en mettant en place des mesures de protection des consommateurs que certaines entreprises auraient volontiers adopté de leur propre gré, mais qu'elles n'adoptent pas par crainte d'être désavantagées par rapport à leurs concurrents.

## 2. Les droits individuels

Les droits du consommateur font partie d'un ensemble de droits dont l'individu peut se prévaloir dans toute société moderne. Ces droits, souvent dépourvus de force obligatoire, ont été consacrés dans la constitution de certains pays (voir le chapitre III). D'autres droits, énoncés dans les résolutions des Nations Unies et autres textes faisant autorité, comme les objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) et les objectifs de développement durable (ODD), ne rentrent peut-être pas dans la catégorie des « droits du consommateur » mais sont très importants pour le bien-être des consommateurs.

Les mesures de protection du consommateur contribuent à l'équité et à la justice sociale, car elles améliorent l'équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux des producteurs et allègent les difficultés rencontrées par les plus vulnérables sur le marché, tels que les enfants, les pauvres et les

<sup>4</sup> J. Kitching et al., 2015, *Burden or benefit? Regulation as a dynamic influence on small business performance*, *International Small Business Journal*, 33(2):130-147.

personnes illettrées ou ayant des besoins particuliers, comme les handicapés.

Les rapports de force sont inégaux dans la plupart des transactions de consommation<sup>5</sup>, en particulier lorsqu'il s'agit de produits complexes, comme c'est le cas pour les transactions de services financiers, dans lesquelles les contrats types sont la norme et sont encouragés par le développement de grandes entreprises pratiquant la commercialisation de masse.

Les inconvénients des contrats types se résument comme suit<sup>6</sup> :

- a) Dans la réalité, le consommateur n'analyse généralement pas les clauses de ces contrats, d'autant plus qu'ils sont parfois déposés auprès d'une chambre de commerce ou du siège d'une société (ou, dans certains pays, auprès d'un tribunal) et qui sont intégrées au contrat sous forme de renvois ;
- b) En tout état de cause, la longueur et la typographie du texte complet des conditions générales du contrat n'encouragent pas le consommateur à lire toutes les clauses, surtout celles rédigées en petits caractères ;
- c) Il arrive souvent que le consommateur ne saisisse pas parfaitement la signification des conditions générales, même après les avoir lues ;
- d) Même si le consommateur saisit parfaitement la signification des conditions générales, il est possible qu'il croie que l'événement mentionné ne se produira pas ou que le fournisseur n'invoquera pas les dispositions du contrat dans des cas particuliers ;
- e) Il peut arriver que le consommateur croie, à tort, que les clauses du contrat ont été officiellement approuvées et sont conformes à la loi.
- f) En règle générale, le consommateur ne réussit pas à modifier les clauses du contrat, et le représentant ou l'employé du fournisseur n'est pas non plus autorisé à le faire.

Bien que les règles régissant la divulgation des conditions des contrats soient devenues plus strictes au fil des années, les contrats types dits « d'adhésion », qui reposent sur le principe « information et acceptation » supposé protéger le consommateur, sont vite devenus très courants avec l'essor du commerce électronique, ce qui peut rendre encore plus difficile la compréhension des

clauses du contrat par le consommateur. Le Président du Council of Scientific Advisers des États-Unis nie catégoriquement que ce principe constitue une protection pour le consommateur :

« Quand l'utilisateur télécharge une nouvelle application sur son cellulaire ou quand il crée un compte lui donnant accès à un service Web, une notice est affichée et l'utilisateur doit absolument signifier son acceptation avant de pouvoir utiliser l'application ou le service en question. Dans un monde imaginaire, l'utilisateur lit cette notice comme il faut, en comprend les incidences juridiques (en consultant, si nécessaire, son avocat), négocie avec d'autres fournisseurs de services similaires pour obtenir ... un meilleur traitement, et ce n'est qu'après tout cela qu'il clique, pour signifier son consentement. La réalité est tout autre<sup>7</sup>.

À l'ère d'Internet, on ne peut que « cocher, cliquer et espérer que tout se passe pour le mieux »<sup>8</sup>.

### 3. La justice distributive

Nombre d'États soucieux d'assurer le bien-être public mettent en œuvre des politiques visant à assurer une certaine redistribution des riches aux pauvres et à garantir l'accès aux biens et services de base. Cette démarche nettement égalitaire est aussi celle de l'objectif 10 des ODD qui est de « réduire les inégalités dans les pays et d'un pays à l'autre » et du paragraphe 1 des Principes directeurs, selon lequel « les consommateurs doivent jouir du droit de promouvoir un développement économique et social juste, équitable et durable »<sup>9</sup>. Les cibles pertinentes associées à l'objectif 10 des ODD comprennent l'adoption de « politiques de protection sociale », le but étant d'« améliorer la réglementation et la surveillance des institutions et marchés financiers mondiaux et [de] renforcer l'application des règles ».

Les systèmes de santé subventionnés, les assurances sociales et l'éducation existent dans la plupart des sociétés modernes. On trouvera des exemples au

<sup>7</sup> Secrétariat général de la présidence, *Report to the President: Big data and privacy, a technological perspective*, Conseil scientifique et technologique de la présidence. Disponible sur [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast\\_big\\_data\\_and\\_privacy\\_may\\_2014.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_big_data_and_privacy_may_2014.pdf).

<sup>8</sup> Consumers International, 2016, *Connection and Protection in the Digital Age*.

<sup>9</sup> *Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur* ; résolution A/70/470/Add.1 de l'Assemblée générale des Nations Unies distribuée le 15 décembre 2015, adoptée le 22 décembre 2015, et republiée sous la cote A/RES/70/186. Au sujet des ODD, voir Nations Unies, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, A/RES/70/1 (2015).

<sup>5</sup> Fait reconnu au paragraphe 1 des *Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur*, 2015.

<sup>6</sup> CNUCED, 2008, *Manuel sur la protection du consommateur*.

chapitre XIV consacré aux services financiers. Le respect du droit des consommateurs à la protection, en particulier dans le monde en développement, peut désormais être vu comme faisant partie d'une stratégie d'élimination de la pauvreté et de promotion de la justice socioéconomique pour les personnes défavorisées. À cet égard, l'un des avantages des mesures de protection du consommateur est qu'elles ne mettent pas uniquement l'accent sur le revenu des pauvres, mais aussi sur leurs dépenses. En plus de s'efforcer de donner aux pauvres les moyens d'améliorer leur revenu grâce à l'éducation, la formation professionnelle et la création d'emplois, ces mesures tiennent compte de la manière dont les pauvres dépensent le peu de revenus qu'ils ont. L'une des cibles de l'objectif 10 des ODD, par exemple, est très précise à ce sujet : « Faire baisser au-dessous de 3 % les coûts de transaction des envois de fonds effectués par les migrants et éliminer les circuits d'envois de fonds dont les coûts sont supérieurs à 5 % ».

L'analyse de la notion de protection du consommateur permet de mettre en évidence le fait que les pauvres obtiennent des biens et des services très inférieurs à ceux qui sont fournis aux mieux nantis, et à des conditions plus onéreuses. Elle peut également faire comprendre comment les pauvres se voient refuser les moyens de gagner davantage et sont forcés de vivre dans un monde où les coûts sont plus élevés et les pénuries plus grandes par rapport au monde des plus riches. C'est un thème récurrent dans les écrits consacrés à la protection des consommateurs, dont le discours célèbre de Kennedy mentionné plus haut<sup>10</sup>.

En 1968, la Commission fédérale du commerce des États-Unis d'Amérique (FTC) a documenté les problèmes particuliers rencontrés par les familles à faible revenu. Les consommateurs qui s'approvisionnent auprès de détaillants qui desservent principalement les personnes à faible revenu paient des prix beaucoup plus élevés que ceux pratiqués dans le reste de la société pour des produits identiques. L'étude souvent citée de David Caplovitz intitulée *The Poor Pay More* et celle d'Alan Adreassen, *Disadvantaged Consumer*, ont confirmé il y a des dizaines d'années déjà que les pauvres paient bel et bien plus que les autres<sup>11</sup>. En 2008, l'organisme de défense des consommateurs du Royaume-Uni, Energywatch, a publié une étude montrant comment ces mêmes tendances ont persisté pendant quarante ans dans ce pays<sup>12</sup>. Ce qui est encore plus frappant, c'est le prix unitaire très

différent que paient les habitants pauvres des taudis de beaucoup de pays en développement pour l'eau et l'énergie parce qu'ils n'ont pas accès aux réseaux officiels de distribution de ces services, lesquels sont souvent subventionnés<sup>13</sup>. Ces deux questions sont examinées au chapitre XV consacré aux services publics de distribution. Ces constats confirment le bien-fondé de la thèse selon laquelle la protection des consommateurs peut et devrait faire partie des méthodes légitimes à adopter pour atteindre les objectifs de toute société en matière de redistribution.

La notion de protection du consommateur repose également sur le droit de participer au processus de prise de décisions économiques et sociales. Ce droit vise non seulement les décisions du gouvernement, mais aussi les décisions d'autres centres de pouvoir, tels que les grandes entreprises. Comme il est indiqué aux chapitres II et XV, les Principes directeurs recommandent la participation des consommateurs à la fourniture de services essentiels tels que les services publics de distribution.

#### 4. Le droit au développement

Comme le rappelle le chapitre II, les OMD ainsi que les ODD sont cités dans la résolution 70/186 de décembre 2015, qui porte adoption de la version révisée des Principes directeurs<sup>14</sup>. La mention du développement dans le paragraphe liminaire des Principes directeurs confirme que le caractère complémentaire du développement et de la protection des consommateurs est accepté à l'unanimité.

## B. LE CONCEPT DES DROITS DU CONSOMMATEUR ET LA LÉGISLATION RELATIVE À LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Le droit de la consommation, qu'il appartienne à la sphère du droit public ou à celle du droit privé, concerne l'application de mesures visant à :

- Imposer certains droits et certaines obligations aux parties et à garantir les moyens de faire respecter ces droits et obligations ;
- Rétablir l'équilibre dans un rapport de force fondamentalement asymétrique entre les plus

<sup>10</sup> Président Kennedy, op. cit.

<sup>11</sup> A. R. Adreassen, 1975, *The Disadvantaged Consumer* (The Free Press) ; D. Caplovitz, 1963, *The Poor Pay More*.

<sup>12</sup> Energywatch, 2008, *Poor Choices: The Limits of Competitive Markets in the Provision of Essential Services to Low Income Consumers*.

<sup>13</sup> J. L. Baker, 2009, *Opportunities and Challenges for Small Scale Private Service Providers in Electricity and Water Supply* (Banque mondiale/PPIAF) ; PPIAF, 2012, *The most expensive service is that which does not exist*, paru dans *Lessons Learned; Pricing and Affordability in Essential Services*.

<sup>14</sup> Assemblée Générale des Nations Unies, 2015, op. cit., A/RES/70/186.

forts et les plus faibles, en l'occurrence entre les grands et les petits commerçants, et entre les commerçants et les consommateurs ;

- Permettre à l'État d'intervenir pour corriger des dysfonctionnements du marché dans l'intérêt général et pour sanctionner les comportements délictueux ;
- Permettre à l'État d'instituer des procédures d'enregistrement et de licences afin de contrôler les fournisseurs qui entrent sur le marché et d'assurer ainsi une certaine protection des consommateurs contre les commerçants sans scrupules et malhonnêtes et leurs produits et services préjudiciables ;
- Veiller à ce que les produits et services proposés à la vente soient conformes à un niveau minimum de sécurité et de qualité ;
- Assurer l'accès à certains biens et services de base indispensables à la vie.

C'est le plus souvent dans le cadre du droit des contrats que le droit privé confère des droits individuels aux consommateurs. Dans beaucoup de pays, le droit des contrats est promulgué par le Parlement. La place occupée par la jurisprudence varie selon le système juridique des pays. Dans la tradition du *common law*, le droit des contrats naît de l'interprétation de la loi par les juges, qui se fondent sur certains principes d'équité et agissent en toute bonne conscience.

En droit privé, les parties lésées doivent revendiquer ou faire valoir leurs droits devant les tribunaux. C'est le cas, par exemple, des lois sur les clauses contractuelles abusives et des lois sur la vente de marchandises. Le droit de la responsabilité délictuelle est une autre branche du droit privé, qui impose certaines obligations ou certaines normes aux producteurs et aux distributeurs de biens et de services. C'est le cas, par exemple, des lois régissant certains aspects de la sûreté des produits et de la responsabilité du fait des produits. Les consommateurs ont donc certains droits conférés par le droit des contrats ou le droit de la responsabilité délictuelle, et ils peuvent faire valoir ces droits directement sans besoin d'une intervention de l'État. Ces questions sont examinées aux chapitres III et IX.

Si le droit privé offre une certaine protection aux consommateurs, en cas de difficultés, il ne permet pas toujours de faire respecter leurs droits. L'une de ces difficultés tient au fait que les consommateurs ne font pas toujours valoir les droits que leur confère la loi. Le droit public peut alors être invoqué pour protéger les consommateurs, de même que pour corriger les imperfections du marché et protéger les commerçants honnêtes et loyaux des concurrents

déloyaux, imposer des sanctions à l'encontre des commerçants qui ont recours, par exemple, à des tactiques de ventes malhonnêtes et mettre en place les mécanismes nécessaires au fonctionnement des institutions de protection des consommateurs. Le droit public attribue des responsabilités dont le respect est assuré par l'État. On peut citer, par exemple, les lois sur la réglementation de la concurrence, les désignations commerciales, certains aspects de la sûreté des produits et de la responsabilité du fait des produits et le contrôle des prix, ainsi que les lois exigeant l'enregistrement et l'agrément des commerçants et des professionnels. Il faut noter que la distinction entre droit privé et droit public est parfois artificielle. Par exemple, la distribution de produits dangereux constitue une violation aussi bien du droit privé que du droit public, si bien que le consommateur dispose de voies de recours aussi bien au civil que devant les organes publics de répression.

### C. QUI EST LE CONSOMMATEUR ET QUELS SONT SES INTÉRÊTS ?

Les lois relatives à la protection des consommateurs sont conçues pour assurer la promotion et le respect des droits du consommateur, mais qui est le consommateur que ces lois cherchent à protéger et quels sont ses intérêts ? Les Principes directeurs (par. 3) en donnent une définition classique tout en reconnaissant qu'une certaine flexibilité est nécessaire : « le terme "consommateur" s'entend d'une personne physique, sans considération de nationalité, qui agit principalement à des fins personnelles, familiales ou ménagères, étant entendu que les États Membres peuvent adopter des définitions différentes pour répondre à leurs besoins nationaux particuliers ».

En Malaisie, la loi de 1999 sur la protection des consommateurs donne une définition typique du consommateur comme étant « toute personne qui acquiert ou utilise des biens ou des services qui sont habituellement acquis à des fins personnelles, familiales ou domestiques ». Cette définition exclut expressément la vente et la fabrication du champ d'application de la loi sur la protection des consommateurs. Certaines législations, comme celles de Fidji et du Pakistan, incluent spécifiquement le crédit-bail ou la location, c'est-à-dire que les termes « acquiert ou utilise » pourraient inclure des situations où le consommateur ne devient pas véritablement propriétaire du bien ou du service en question<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Consumer Council of Fiji Act, 1976 ; Consumers' Protection Act, 1995 (Pakistan).

Au paragraphe 3 des Principes directeurs, les termes « principalement » et « étant entendu que » indiquent que la définition peut varier, selon les conditions locales. Dans plusieurs pays, il est reconnu qu'il peut être très difficile d'établir si un produit est utilisé à des fins professionnelles ou personnelles. Les téléphones cellulaires sont un bon exemple de nos jours. Le lieu de travail est séparé du domicile à notre époque parce que la fabrication en grandes séries a lieu dans des usines et la fourniture de services à grande échelle (y compris les services publics), dans des bureaux. Dans les pays en développement, en particulier dans les magasins des zones agricoles et des villages, la distinction a toujours été moins facile à faire. Dans les pays développés, le télétravail exige une interprétation souple de la distinction entre la consommation à des fins professionnelles et la consommation à des fins ménagères. En Chine, la loi de 1993 sur la protection des droits et des intérêts des consommateurs donnait une définition large du consommateur comme étant « tout paysan qui achète des moyens de production pour des activités agricoles directes ». Cette clause ne figure pas dans la version révisée (2013) de cette loi, mais, dans son application, l'idée de base que la situation des petits producteurs est similaire à celle des ménages de consommateurs est largement présente. Dans d'autres pays, dont l'Inde, le Népal, les Philippines, la République de Corée et le Viet Nam, la législation inclut les petits agriculteurs, les petits pêcheurs, les petits commerçants et même les « organisations » qui achètent pour leur propre consommation<sup>16</sup>.

Selon une enquête menée en 2013 par Consumers International (CI) dans environ 60 juridictions, « la grande majorité des pays limitaient la définition du consommateur aux biens et services utilisés à des fins ménagères »<sup>17</sup>. L'Australie, la France et le Royaume-Uni n'avaient pas de définition unique. La Belgique, le Québec et l'Uruguay avaient exclu expressément de leur définition du consommateur les produits à usage professionnel<sup>18</sup>.

Toutefois, dans certains systèmes juridiques on observe une certaine souplesse, en particulier en Amérique latine, où la possibilité d'élargir la notion

de consommateur à des sphères autres que la sphère personnelle existe dans plusieurs pays : Chili, Panama, Pérou et Guatemala<sup>19</sup>. Dans certains pays d'Amérique latine, la protection du consommateur s'étend également aux petits artisans (Costa Rica) et aux microentreprises (Mexique)<sup>20</sup>.

Selon la toute dernière directive de l'Union européenne relative aux droits des consommateurs (entrée en vigueur en juin 2014), le consommateur est « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Toutefois, la directive mentionne également que : « lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur ».

## D. QUI EST RESPONSABLE DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS ?

La protection des consommateurs relève de la compétence d'organismes aussi bien publics que privés et peut être régie par des lois spécifiques ou par les statuts de ces organismes. Les entités suivantes jouent un rôle dans la protection des consommateurs : les organismes publics, les organes de normalisation publics et non publics, les médiateurs, les associations professionnelles et sectorielles, les dispositifs d'autoréglementation ou de coréglementation et les associations de consommateurs.

### 1. Les organismes publics

Il peut s'agir de ministères ou de directions générales de la consommation créés spécifiquement pour administrer et faire respecter les lois sur la protection des consommateurs. Ces organismes sont examinés au chapitre IV. Dans certains pays, il existe également des conseils ou des comités consultatifs pour les questions de consommation, qui ont une large base et servent de mécanisme de consultation chargé de conseiller le gouvernement sur les politiques de protection des consommateurs.

<sup>16</sup> Consumer Protection Act, 1986 (Inde) ; Consumer Protection Act, 1998 (Népal) ; Consumer Act of the Philippines, Republic Act 7394, 1990 ; Consumer Protection Act, 1986 (République de Corée) ; Ordinance on the Protection of Consumers' Interest, 1999 (Viet Nam).

<sup>17</sup> Consumers International, 2013, *The State of Consumer Protection Around the World*.

<sup>18</sup> Belgique, art. 2 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur ; Québec, loi sur la protection du consommateur promulguée en 1978, et modifiée en 2010 ; Uruguay, Ley 17.250 de relaciones de consumidor (2000).

<sup>19</sup> Chili, loi n° 19.496 de 2004 (révisée en 2012) ; Panama, loi n° 45.2007 ; Pérou, loi n° 29571 (2010) ; Guatemala, Ley de protección al consumidor y usuario (décret 006-2003).

<sup>20</sup> Costa Rica, Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor ; Mexique, Ley federal de protección al consumidor, 1992 (dernière révision 2012).

## 2. Les organes de normalisation publics et non publics

Des organes gouvernementaux et non gouvernementaux ont été mis en place pour fixer des normes de sûreté des produits et de contrôle de la qualité et délivrer des marques de certification. La plupart des pays ont des organes nationaux de normalisation, qui ont un statut autonome et sont généralement affiliés à l'Organisation internationale de normalisation (ISO), et négocient conjointement des normes avec les représentants des secteurs d'activités et d'autres parties prenantes, en l'occurrence les consommateurs. Les normes nationales sont souvent une transposition des normes internationales, dont l'importance s'est accrue depuis leur reconnaissance dans l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (voir le chapitre III). Les gouvernements qui n'ont pas encore achevé leur législation sur la protection du consommateur peuvent choisir d'adopter les normes ISO dans l'intervalle. Le rôle des normes dans le domaine de la sécurité est analysé au chapitre IX et le rôle des entreprises dans les négociations au chapitre VI.

## 3. Les médiateurs

Le médiateur (l'ombudsman, selon un terme technique d'origine scandinave ou *El Defensor del Pueblo* selon l'expression ibéro-américaine) informe et conseille le public dans le domaine des droits des consommateurs et aide à régler les litiges par la médiation et l'arbitrage. La fonction de médiateur, créée à l'origine pour traiter les cas de mauvaise gestion des services publics, a gagné le secteur privé et peut parfois inclure la protection des consommateurs dans une localité donnée. On en trouvera un examen plus détaillé au chapitre XI.

## 4. Les associations professionnelles et sectorielles

Les associations professionnelles et sectorielles ont parfois leur propre système de traitement des plaintes et leur propre procédure disciplinaire à l'encontre de leurs membres, et élaborent des codes de conduite, souvent en concertation avec les organismes de protection des consommateurs. Les consommateurs lésés peuvent soumettre leurs problèmes à ces associations pour obtenir satisfaction. Par ailleurs, certaines entreprises ont mis en place leurs propres dispositifs de traitement des plaintes. Ceux-ci sont examinés dans les chapitres VI et XI.

## 5. Les dispositifs d'autoréglementation ou de coréglementation

Le rôle de l'autoréglementation inclut certaines des fonctions mentionnées plus haut et est examiné au chapitre VI, en même temps que la responsabilité sociale des entreprises. Dans le cas des professions libérales, un processus d'« enregistrement » assorti de certains contrôles permet depuis longtemps de limiter l'entrée dans des professions données. Toutefois, cette notion a évolué et fait désormais partie de la politique publique et de la gouvernance d'entreprise et ne concerne plus uniquement la réglementation des produits et des services ou les plaintes. Pour inclure des parties prenantes autres que les entreprises, les gouvernements peuvent opter pour la coréglementation pour faire respecter des règles qui devraient autrement être promulguées par l'État. Ces dispositifs permettent de donner un caractère obligatoire à des codes non obligatoires lorsqu'il est stipulé que respecter ces codes revient à se conformer à la loi.

## 6. Les associations de consommateurs

Un groupe organisé et largement représentatif de consommateurs peut devenir une force puissante. Les mouvements indépendants de consommateurs sont aujourd'hui reconnus dans de nombreux régimes de protection des consommateurs en tant que représentants légitimes des intérêts des consommateurs, et leurs représentants sont appelés à siéger dans des comités reconnus par le gouvernement pour faire entendre le point de vue des consommateurs. Dans un nombre croissant de pays, les associations de consommateurs sont aujourd'hui juridiquement habilitées à intenter des actions en justice au nom des consommateurs. Elles peuvent également dispenser des conseils indépendants et objectifs aux consommateurs sur les produits et les services en se fondant sur leurs propres tests et enquêtes. L'histoire et l'évolution des associations de consommateurs sont examinées plus en détail au chapitre V.

## E. UN CADRE POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Tout cadre pour la protection du consommateur inclut plusieurs mécanismes institutionnels. L'État a un rôle important à jouer, en ceci qu'il lui incombe d'éviter que les mécanismes mis en place n'entravent indûment la liberté des entreprises d'exercer leurs activités légitimes ou n'empêchent les consommateurs d'effectuer librement des choix individuels. Les éléments essentiels

d'un cadre pour la protection des consommateurs sont présentés ci-après. Certains d'entre eux se recoupent quant aux termes techniques employés.

### 1. La politique nationale en matière de protection des consommateurs

La politique nationale en matière de protection des consommateurs définit l'approche de l'État dans ce domaine, énumère les droits des consommateurs et répartit les responsabilités en matière de protection des consommateurs entre les organismes publics compétents.

### 2. La désignation d'un organisme de protection des consommateurs

L'organisme de protection des consommateurs collabore étroitement avec les ministères concernés et tient des consultations avec d'autres parties prenantes, telles que les organisations de consommateurs, les différents secteurs d'activités, les milieux universitaires et les médias. Ces organismes sont analysés au chapitre IV.

Il convient de noter que toutes les questions intéressant les consommateurs ne sont pas administrées par l'organisme responsable de la protection des consommateurs. Il n'est pas rare que d'autres organismes publics gèrent d'autres domaines qui sont également importants pour la protection des consommateurs. Les questions relatives à l'alimentation, à la santé et à la nutrition sont parfois gérées par le Ministère de la santé, le crédit à la consommation peut relever du Ministère des finances ou de la Banque centrale, l'éducation des consommateurs, du Ministère de l'éducation, les questions de viabilité, du Ministère de l'environnement et les services publics, des organismes locaux, étatiques ou fédéraux. Quel que soit l'organisme chargé de la gestion des domaines importants pour le consommateur, des mécanismes intergouvernementaux de consultation et de coopération sont généralement mis en place pour faire en sorte que les intérêts des consommateurs soient pris en compte dans le processus global d'élaboration des politiques.

### 3. La législation sur la consommation

La législation sur la consommation doit assurer la protection et les moyens de faire respecter les droits des consommateurs. Certains pays ont inclus la protection des consommateurs dans leur loi suprême, leur constitution. D'autres ont établi à cet effet un cadre juridique global, puis ont adopté des lois portant sur des domaines particuliers. Ces différentes approches

sont présentées dans le chapitre III. Les lois relatives à la protection des consommateurs devraient comporter les points essentiels suivants :

- a) Une définition complète de ce qu'il faut entendre par « consommateur » ;
- b) Les droits des consommateurs ;
- c) Des normes concernant les biens et les services ;
- d) L'interdiction de tout comportement commercial qui empêche les consommateurs d'exercer leurs droits et l'adoption d'une réglementation des comportements commerciaux pour empêcher tout comportement pouvant porter atteinte à ces droits ;
- e) Des règles régissant les accords conclus entre les consommateurs et les fournisseurs ;
- f) L'application de procédures d'enregistrement et de licences aux fournisseurs de certains biens et services, y compris les prestataires publics ;
- g) Des dispositions habilitant les autorités à prendre des mesures préventives pour protéger les consommateurs ;
- h) Des sanctions et des mécanismes destinés à faire respecter la loi et à traiter les infractions ;
- i) La désignation d'un organisme chargé de la protection des consommateurs et la définition des fonctions de cet organisme ;
- j) Des dispositifs permettant de recevoir, d'examiner et de donner suite aux plaintes des consommateurs et d'aider ces derniers à formuler des plaintes et à obtenir satisfaction.

Des exemples de cadres législatifs pour la protection des consommateurs sont présentés au chapitre III consacré au droit de la consommation.

### 4. Les codes ou droit souple

Les codes ou droit souple devraient être appliqués en complément des lois sur la protection des consommateurs et fixer des principes reconnus dans ce domaine et dans celui du comportement responsable des entreprises de certains secteurs d'activités. C'est l'un des aspects de l'autoréglementation de ces secteurs ou de leur coréglementation aux côtés de l'État. Bien que ces principes ne soient pas juridiquement contraignants, ils ont une autorité morale sur les entreprises et font partie des structures de gouvernance dans le cadre desquelles celles-ci devraient fonctionner. En outre, les gouvernements

peuvent déléguer la mise en place de codes ou de dispositifs d'autoréglementation, tout en se réservant le droit d'intervenir directement lorsque ces codes ne sont pas respectés. L'élaboration de codes est examinée au chapitre VI consacré au comportement des entreprises.

## 5. Les mécanismes de recours

Les mécanismes de recours doivent être abordables, accessibles et indépendants et permettre aux consommateurs lésés d'obtenir rapidement réparation. Les mécanismes de conciliation, de médiation et d'arbitrage assurent un traitement efficace des problèmes rencontrés par les consommateurs. Ces mécanismes sont examinés au chapitre XI.

## 6. Les systèmes de suivi et de surveillance

Des systèmes de suivi et de surveillance devraient être mis en place en ce qui concerne les problèmes rencontrés par les consommateurs sur le marché. Ces systèmes devraient permettre de traiter les plaintes, de surveiller les prix et d'effectuer des enquêtes de marché et auprès des ménages afin d'identifier les problèmes. Les autorités chargées de la protection des consommateurs pourront ainsi prendre des mesures préventives avant que les problèmes ne prennent des proportions telles qu'il est difficile de les résoudre.

## 7. Les mécanismes de conformité et de répression

Les mécanismes destinés à assurer le respect ou l'application effective des lois sur la protection des consommateurs doivent être d'un bon rapport coût-efficacité et être utiles aux consommateurs. Ces mécanismes comprennent des services de répression, des initiatives sectorielles, l'imposition de droits de licence et d'enregistrement, des dépôts de garantie, des procédures de rappel de produits et de contrôle des prix, avec possibilité de recours devant les tribunaux selon que de besoin.

## 8. Les programmes d'éducation et d'information des consommateurs

Des programmes d'éducation et d'information des consommateurs devraient être mis en place afin de dispenser à ces derniers les connaissances dont ils ont besoin pour se protéger et devenir des consommateurs responsables. L'éducation des consommateurs peut faire partie du programme d'enseignement scolaire. Les programmes d'information peuvent aussi s'inscrire dans le cadre des programmes nationaux de protection

des consommateurs et s'appuyer sur les médias et d'autres activités communautaires, souvent avec le concours des organisations de consommateurs ayant une expérience dans ce domaine. Ce sujet est traité de manière plus détaillée dans le chapitre X.

## 9. La coopération et la constitution de réseaux à l'échelon international

La coopération internationale et la constitution de réseaux internationaux réunissant les organismes de protection des consommateurs de différents pays sont essentielles pour assurer un échange et un partage réguliers de l'information, des activités de formation technique et de renforcement des capacités, en vue d'une mise en œuvre et d'un respect réciproque des accords multilatéraux sur la protection des consommateurs. La coopération régionale et internationale est également nécessaire pour élaborer des positions communes dans la négociation de normes et d'autres mesures. La coopération internationale en matière de protection des consommateurs est examinée au chapitre VIII.

La coopération internationale est également nécessaire dans d'autres domaines connexes. Bien que la protection des consommateurs soit abordée sous l'angle de la demande et la politique de concurrence sous celui de l'offre, dans un cas comme dans l'autre c'est l'intérêt du consommateur qui doit primer. Les organismes nationaux de consommateurs qui s'efforcent de coopérer avec leurs collègues d'autres pays dans des domaines spécifiques se trouvent dans une situation différente de celle des négociateurs de traités commerciaux internationaux. Ces derniers sont généralement engagés dans un processus de confrontation avec des pays qui défendent habituellement leurs propres « intérêts », lesquels coïncident plutôt avec le point de vue des producteurs. Dans ces négociations, l'intérêt du consommateur peut être un enjeu, mais seulement parmi les nombreux intérêts représentés autour de la table. Cette dimension est développée plus en détail au chapitre III, qui examine la possibilité de chevauchement et de conflits entre les règles du commerce international relatives, respectivement, à la propriété intellectuelle et à la protection des consommateurs dans différents pays.

## F. CONCLUSION

Dans ce manuel, la protection des consommateurs est abordée dans un sens large incluant les services publics, tels que les services collectifs de distribution (voir le chapitre XV). Ce faisant, il adopte

une perspective plus étendue que celle de certains organes gouvernementaux ou intergouvernementaux, dont la définition de la protection des consommateurs se limite aux droits des acheteurs et pourrait avoir peu à peu pour conséquence d'exclure la dimension « consommateur » de secteurs dans lesquels elle doit être prise en compte, tels que les systèmes d'assurance privée (voir le chapitre XIV sur les services financiers) et les régimes de pension publics et privés. Toute définition restrictive des usagers des services publics risque de perpétuer l'idée que la protection des consommateurs ne concerne que la liberté de dépenser.

Le présent chapitre montre qu'un consensus se dégage parmi les experts sur la définition du consommateur. Le débat reste toutefois intense dans des milieux plus larges, témoignant d'une certaine aversion pour le terme « consommateur », comme avalisant l'idéologie du « consumérisme », jugée trop matérialiste et peut-être non durable écologiquement. On fait parfois valoir que le terme « citoyen » confère une plus grande dignité au bénéficiaire d'un service et englobe à la fois les notions de droits et de responsabilités. Ce terme évoque également la possibilité de participer au processus de gouvernance. Toutefois, il peut également être trop étroit, car il pourrait exclure les migrants qui ne sont pas citoyens d'un pays ainsi que les enfants, alors qu'ils font incontestablement partie des consommateurs. En outre, « citoyen » est un terme qui ne décrit pas la relation producteur-consommateur, thème central d'une grande partie des lois et des politiques relatives aux consommateurs. Le terme « citoyen » pourrait, en théorie, s'appliquer aussi bien aux « consommateurs » qu'aux « travailleurs » ou aux « producteurs », ce qui reviendrait à faire un terme « citoyen » un terme neutre.

En outre, il est de plus en plus admis que les consommateurs ont des responsabilités envers l'ensemble de la société. Cette tendance s'est intensifiée depuis que les Principes directeurs de 1999 ont été étendus à la consommation durable. Seize ans après, les Principes directeurs ont également reconnu les objectifs de développement durable (ODD), marquant une nouvelle étape dans cette direction. Ainsi, la notion de responsabilités des consommateurs a été ajoutée à celle de droits des consommateurs.

---

## II. Les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur

### A. LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Les institutions spécialisées du système des Nations Unies, l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le Groupe des Vingt (G20), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et des organismes régionaux, tels que l'Union africaine, la coopération économique Asie-Pacifique (APEC), l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), l'Union européenne et l'Organisation des États américains (OEA), font partie des organisations intergouvernementales qui ont élaboré des accords, résolutions, directives et orientations ayant une incidence sur la protection des consommateurs. La présente section est essentiellement consacrée aux Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies par consensus comme « ensemble de principes utiles »<sup>21</sup> pour la protection du consommateur. Il existe divers autres instruments internationaux qui portent sur les intérêts du consommateur et offrent :

- Des référentiels et des niveaux de protection minimums ou des normes minimales à prendre en considération par les pays dans la formulation de politiques et de réglementations, dans les limites de leurs compétences, tant à l'échelle mondiale que régionale ;
- Des mécanismes de coopération intergouvernementale dans les domaines pertinents ;
- Des mécanismes de mise en œuvre (y compris des mesures coercitives) que les gouvernements peuvent mettre en place pour protéger les consommateurs et appliquer les normes et principes reconnus ;
- Une autorité morale en matière de pratiques et de conduites acceptables, fondée sur l'acceptation unanime des États membres.

<sup>21</sup> Résolution A/RES/70/186 adoptée par l'Assemblée générale le 22 décembre 2015. Dans le présent manuel, les termes « Principes directeurs » désignent l'ensemble des Principes directeurs, alors que certaines sections sont parfois mentionnées expressément.

L'importance de ce dernier point concernant l'autorité morale a parfois été sous-estimée, du fait que les principes directeurs internationaux ont souvent le statut juridique de « dispositions souples ». L'argument selon lequel les principes directeurs ont moins de force que les « dispositions juridiques dures » figurant dans des conventions internationales contraignantes ne tient pas compte du poids moral que peut avoir un engagement pris par tous les États Membres à l'Assemblée générale des Nations Unies, engagement qui a été pris à trois reprises dans le cas des Principes directeurs : en 1985, 1999 et 2015. La preuve informelle de la force de cet engagement est que les Principes directeurs ont été négociés avec le même sérieux que s'il s'agissait d'obligations contraignantes.

### B. LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur ont été adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies par consensus dans sa résolution 39/248 du 16 avril 1985. Leur adoption a été précédée d'une longue campagne menée par des associations de consommateurs dans de nombreux pays, dans le cadre de laquelle Consumers International (anciennement Organisation internationale des unions de consommateurs), lors de son Congrès mondial à Sydney en 1975, a demandé à l'Organisation des Nations Unies d'établir un « code type pour la protection du consommateur ». En 1977, le Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) a chargé le Secrétaire général de réaliser une étude des institutions et de la législation des pays dans le domaine de la protection des consommateurs. En 1981, le Conseil a prié le Secrétaire général « de poursuivre les consultations engagées en vue d'élaborer un ensemble de principes généraux relatifs à la protection du consommateur qui tienne compte notamment des besoins des pays en développement ». Un projet de texte a été distribué aux États Membres pour observations en 1982, puis présenté au Conseil économique et social en 1983. Ce projet de texte s'appuyait sur de nombreuses sources, notamment des textes de l'OCDE, la déclaration des

droits du consommateur des États-Unis d'Amérique<sup>22</sup> et la documentation d'organismes de protection des consommateurs et d'associations de consommateurs de différents pays. Les principes directeurs ont été adoptés par l'Assemblée générale en 1985.

Quatorze ans plus tard, une nouvelle section sur la consommation durable a été ajoutée aux Principes directeurs (sect. H de la version actuelle) en vertu de la résolution parue sous la cote E/1999/INF/2/Add.2 du 26 juillet 1999. Les Principes directeurs révisés en 2015, annexés à la résolution 70/186, dont ils font partie intégrante, mentionnent expressément les besoins des pays en développement, ainsi que les objectifs de développement durable (ODD) et les objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) adoptés antérieurement. Le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la protection du consommateur (GIE) a été créé et placé sous l'égide de la CNUCED en tant que mécanisme institutionnel pour les Principes directeurs.

Le texte révisé étend le champ d'application des Principes directeurs aux entreprises d'État (par. 2) et ajoute quatre nouveaux « besoins légitimes » au paragraphe 5. Des sections tout à fait nouvelles ont été ajoutées aux « Principes devant régir les pratiques commerciales » (par. 11) et aux « Politiques nationales de protection du consommateur » (par. 14 et 15), le commerce électronique (par. 63 à 65) et les services financiers (par. 66 à 68). La section auparavant consacrée aux mesures permettant aux consommateurs d'obtenir réparation a été renommée « Règlement des litiges et réparation » (sect. V.F) et élargie pour refléter l'évolution rapide des mécanismes dans ce domaine et inclure notamment les affaires de surendettement et de faillite. La section sur les « domaines particuliers » (sect. V.K) inclut maintenant l'énergie (par. 76), les services publics (par. 77) et le tourisme (par. 78). Enfin, la section VI, « Coopération internationale », a été considérablement étoffée avec l'ajout des paragraphes 82 à 90 énumérant de manière assez détaillée les mécanismes de répression au niveau international. Une nouvelle section VII, « Mécanisme institutionnel international », est consacrée au suivi de l'application des Principes directeurs au niveau international. Après un examen périodique et institutionnalisé des Principes directeurs, le GIE devient, chaque année, une tribune pour l'échange de données d'expérience, la production d'études et de travaux de recherche et le renforcement des capacités

au niveau intergouvernemental. La révision de 2015 est ambitieuse et plus approfondie que celle de 1999 et reflète la contribution de différents groupes spéciaux spécialistes de la protection des consommateurs, réunis sous les auspices de la CNUCED. La présidence française<sup>23</sup> du groupe a donné l'impulsion nécessaire à l'enracinement de ce processus ambitieux.

### 1. Les objectifs, le champ d'application et les principes généraux

Les trois premières sections des Principes directeurs révisés sont consacrées aux objectifs, au champ d'application et aux principes généraux de la protection des consommateurs. Les objectifs des Principes directeurs, tels qu'énoncés dans la section I ont été réaffirmés sans modification, comme suit :

- a) Aider les pays à assurer ou à maintenir une protection adéquate de leurs citoyens en tant que consommateurs ;
- b) Faciliter des modes de production et de distribution adaptés aux besoins et aux souhaits des consommateurs ;
- c) Encourager les personnes qui s'occupent de la production de biens et de services et de leur distribution aux consommateurs à adopter des normes de conduite strictes ;
- d) Aider les pays à lutter, aux niveaux national et international, contre toutes les pratiques commerciales abusives des entreprises qui sont préjudiciables aux consommateurs ;
- e) Faciliter la constitution d'associations de défense des consommateurs indépendantes ;
- f) Promouvoir la coopération internationale dans le domaine de la protection du consommateur ;
- g) Favoriser l'instauration sur le marché de conditions donnant aux consommateurs un plus grand choix à moindre prix ;
- h) Promouvoir des modes de consommation durable.

Il convient de noter qu'alors que l'objectif énoncé à l'alinéa c) figurait déjà dans la version précédente des Principes directeurs, ce n'est que dans la dernière version révisée qu'il a trouvé sa place dans une section pertinente, l'actuelle section IV intitulée « Principes devant régir les pratiques commerciales ».

La section II est consacrée au champ d'application des principes. Ceux-ci sont applicables aux transactions

<sup>22</sup> Le 15 mars 1962, le Président Kennedy a prononcé un discours devant le Congrès des États-Unis dans lequel il a énoncé quatre droits fondamentaux du consommateur – le droit à la sécurité, le droit à l'information, le droit de choisir et le droit d'être entendu – qui ont constitué ce que l'on a appelé, par la suite, la déclaration des droits du consommateur.

<sup>23</sup> Représentée par la DGCCRF, Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

entre entreprises et consommateurs, y compris à la fourniture à ces derniers de biens et de services par des entreprises d'État. Le paragraphe 3 contient une définition souple du terme « consommateur », déjà examinée au chapitre I du présent manuel.

Dans la section III relative aux principes généraux, les « besoins légitimes » des consommateurs (par. 5) ont été considérablement élargies. Les alinéas a), b), j) et k) sont nouveaux et l'alinéa g) a été modifié par l'ajout des termes « règlement des litiges ». Les besoins légitimes sont les suivants :

- a) Accès des consommateurs aux biens et services essentiels ;
- b) Protection des consommateurs vulnérables et défavorisés ;
- c) Protection des consommateurs contre les risques pour leur santé et leur sécurité ;
- d) Promotion et protection des intérêts économiques des consommateurs ;
- e) Accès des consommateurs à l'information requise pour leur permettre de faire un choix éclairé, selon leurs souhaits et leurs besoins ;
- f) Éducation des consommateurs, portant en particulier sur les conséquences économiques, sociales et environnementales des choix qu'ils font ;
- g) Moyens effectifs de règlement des litiges et de réparation ;
- h) Liberté de constituer des associations ou des organismes de défense des consommateurs et autres et possibilité, pour ces associations et autres organismes, de faire valoir leurs vues dans le cadre des processus de prise de décisions les concernant ;
- i) Promotion de modes de consommation durables ;
- j) Octroi aux consommateurs recourant au commerce électronique d'une protection aussi efficace qu'à ceux qui utilisent d'autres formes de commerce ;
- k) Protection de la vie privée des consommateurs et libre circulation de l'information à l'échelon mondial.

Les deux nouveaux « besoins légitimes » du paragraphe 5 a) et 5 b) étaient sans doute présents dans l'esprit de la version précédente des Principes directeurs, mais pas explicitement. Les alinéas j) et k) reflètent de nouveaux principes clairement mentionnés dans la résolution. Une caractéristique particulière des

besoins légitimes (par. 5) et des objectifs (par. 1) est qu'aucun secteur spécifique n'y est mentionné, d'où il ressort implicitement que leur champ d'application est horizontal, c'est-à-dire qu'ils visent tous les secteurs.

## 2. Les principes devant régir les pratiques commerciales

Un aspect important du texte révisé de 2015 des Principes directeurs est qu'il ne s'adresse pas uniquement aux gouvernements, mais comportent également, dans la section IV, paragraphe 11, un cadre de référence pour les « principes devant régir les pratiques commerciales ». Ces principes s'énoncent comme suit :

- a) Traitement juste et équitable ;
- b) Pratiques commerciales ;
- c) Communication d'informations et transparence ;
- d) Éducation et sensibilisation ;
- e) Protection de la vie privée ;
- f) Plaintes et litiges.

Ces dispositions ont beaucoup en commun avec d'autres parties du texte d'avant et d'après 2015. Elles sont énumérées séparément dans une nouvelle section, indiquant clairement que les entreprises devront adopter de bonnes pratiques allant au-delà de la simple application des lois ou des mesures de réglementation. Ces dispositions reflètent l'évolution des dix dernières années dans le domaine des principes régissant la responsabilité sociale, comme en témoignent la norme ISO 26000<sup>24</sup>, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales<sup>25</sup> et la recherche continue et étendue de méthodes efficaces d'autoréglementation et de coréglementation des entreprises. Cette nouvelle dimension concernant le comportement des entreprises est examinée au chapitre VI du présent manuel, tandis que l'éducation et l'information sont traitées au chapitre X. Le chapitre XI porte sur les plaintes et les litiges et le chapitre XIII sur le respect de la vie privée.

## 3. Les Principes directeurs

Les Principes directeurs sont un ensemble de recommandations à l'intention des États Membres. On trouvera ci-après un résumé des principes de base,

<sup>24</sup> ISO 26000, 2010. *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale.*

<sup>25</sup> OCDE, 2011. *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international.*

qui figurent notamment dans la section V.A à V.K et qui devraient guider l'action des États Membres :

#### **a) Les politiques nationales de protection du consommateur**

Dans la section des Principes directeurs intitulée « Politiques nationales de protection du consommateur » (par. 14 et 15), les États Membres sont invités à encourager :

- 1) Les bonnes pratiques commerciales ;
- 2) La fourniture d'informations claires et à jour ;
- 3) L'établissement de procédures claires et à jour ayant trait aux termes et conditions de chaque transaction ;
- 4) La mise en place de mécanismes de paiement sécurisés ;
- 5) L'établissement de dispositifs de règlement des litiges et de réparation ;
- 6) La sécurité de la vie privée et des données des consommateurs ;
- 7) L'éducation des consommateurs et des entreprises.

Dans ladite section, les États Membres sont également priés de veiller à ce que les organismes en charge de la protection des consommateurs soient dotés des ressources nécessaires pour faire respecter les normes et obtenir réparation pour les consommateurs. Les organismes de protection du consommateur sont examinés au chapitre IV.

#### **b) La sécurité physique**

Cette section, qui comprend les paragraphes 16 à 19 des Principes directeurs, fait obligation aux États Membres de veiller à ce que :

- 1) Les produits soient sans danger et conformes aux normes de sécurité ;
- 2) Les consommateurs soient informés du mode d'emploi correct des produits et des risques courus ;
- 3) Des mesures de notification et de retrait du marché des produits à risques ou dangereux soient mises en place ;
- 4) Les consommateurs soient dûment dédommagés en cas de retrait de produits du marché.

La sûreté des produits est examinée au chapitre IX.

#### **c) La promotion et la protection des intérêts économiques des consommateurs**

Dans cette section, qui comprend les paragraphes 20 à 32, les États Membres sont priés de prendre des mesures ou d'encourager l'adoption de mesures visant à :

- 1) Donner aux consommateurs les moyens de retirer un avantage optimal de leurs ressources économiques, en veillant à ce que les produits répondent à des normes de production et de performance satisfaisantes ;
- 2) Assurer que les circuits de distribution et les services après-vente de ces produits sont adéquats ;
- 3) Assurer l'utilisation de pratiques commerciales loyales ;
- 4) Protéger les consommateurs des abus contractuels ;
- 5) Réglementer les pratiques de commercialisation ;
- 6) Fournir aux consommateurs les informations requises pour lui permettre de prendre une décision éclairée et de choisir librement.

Cette section des Principes directeurs est vaste et ses composantes sont examinées aux chapitres III (Droit de la consommation), VII (Concurrence) et X (Information et éducation) du présent manuel.

#### **d) Les normes régissant la sûreté et la qualité des biens de consommation et des services**

Cette section des Principes directeurs, qui se compose des paragraphes 33 à 35, fait obligation aux États Membres :

- 1) D'assurer la mise en place de normes nationales régissant la sûreté et la qualité des biens et services ;
- 2) De faire en sorte que ces normes soient, toutes les fois que c'est possible, conformes aux normes internationales ;
- 3) De promouvoir la disponibilité de services d'essais et de certification.

Bien que cette section n'ait pas été modifiée depuis son adoption initiale, les normes ont pris une plus grande importance dans le contexte de la réglementation du commerce international. Les questions relatives aux normes sont examinées aux chapitres III (Droit de la consommation) et IX (Sécurité) du présent manuel.

### e) Les circuits de distribution des biens de consommation et les services essentiels

Cette section des Principes directeurs, notamment le paragraphe 36, demande aux États Membres de veiller à la distribution efficace des biens et des services aux consommateurs, en particulier des biens et services essentiels aux personnes défavorisées, par exemple aux populations rurales. Au fil des années, cette section a pris de l'importance pour les Nations Unies, dans la mesure où les OMD et les ODD font explicitement référence à divers biens et services. Voilà pourquoi elle a été renforcée par l'ajout de nouveaux principes relatifs à l'énergie (par. 76) et aux services publics (par. 77), qui sont examinées au chapitre XV (Les services publics) du présent manuel.

### f) Le règlement des litiges et la réparation

Cette section rebaptisée et élargie (par. 37 à 41) exige que les États Membres mettent en place et fassent connaître des mécanismes de réparation qui soient rapides, équitables, peu coûteux et accessibles, en prenant particulièrement en compte les besoins des consommateurs à faible revenu. Les États Membres sont également tenus d'encourager les entreprises à établir des modalités de règlement des litiges qui soient équitables, rapides et informelles. Depuis l'élargissement des Principes directeurs en 1999, les principes et pratiques en matière de règlement des litiges ont beaucoup évolué et les modes alternatifs de règlement sont de plus en plus jugés souhaitables, une place accrue étant également faite aux dimensions transfrontalières. Les Principes directeurs révisés mentionnent expressément les « procédures collectives de règlement » dans les affaires de surendettement et de faillite (par. 38 et 41) et la nécessité pour les entreprises d'établir des procédures visant, par exemple, à améliorer l'examen des plaintes pour éviter le recours aux dispositifs de règlement des litiges. Ces questions sont examinées au chapitre XI (Règlement des litiges et réparation).

### g) Les programmes d'éducation et d'information

Cette section des Principes directeurs, paragraphes 42 à 48, fait obligation aux États Membres d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes d'éducation et d'information pour donner aux citoyens les moyens d'être informés de leurs droits et responsabilités et d'être sélectifs dans leurs choix de consommation, en tenant compte notamment de l'impact environnemental de ces choix. Les États Membres sont instamment priés d'associer les groupes de consommateurs, les entreprises et d'autres organisations de la société civile à leurs activités dans ce domaine, en tenant particulièrement

compte des besoins des consommateurs vulnérables et défavorisés. L'éducation du consommateur devrait faire partie intégrante des programmes d'études et les États Membres devraient organiser des programmes de formation à l'intention des éducateurs, des professionnels, des médias et des conseillers des consommateurs, afin qu'ils soient à même de participer à l'exécution des programmes d'information et d'éducation des consommateurs. Le commerce électronique figure désormais parmi les questions devant être traitées dans le cadre des Principes directeurs. Les programmes d'éducation et d'information sont examinés au chapitre X.

### h) La promotion de modes de consommation durables

Cette section, paragraphes 49 à 62, exige que les États Membres élaborent et mettent en œuvre des politiques visant à promouvoir des pratiques de consommation viables dans les administrations publiques et les entreprises ainsi que par les consommateurs, ce, en association avec les organisations de la société civile et les entreprises. Divers moyens peuvent être utilisés à cette fin :

- 1) Des réglementations ;
- 2) Des instruments économiques et sociaux ;
- 3) Des politiques sectorielles dans des domaines tels que l'utilisation des sols, les transports, la gestion des déchets, l'énergie, le logement et les programmes d'information et d'éducation.

Les États Membres devraient mettre au point des indicateurs et des méthodologies et créer des bases de données permettant de mesurer les progrès réalisés sur la voie d'une consommation durable. Bien que non modifiée dans la version de 2015, cette section a une importance accrue depuis l'adoption des objectifs de développement durable en 2015, mentionnés expressément dans la résolution sur la protection du consommateur établissant les Principes directeurs révisés.

### i) Le commerce électronique

Cette section des Principes directeurs, ajoutée en 2015 et comprenant les paragraphes 63 à 65, préconise :

- 1) Le traitement égal du commerce électronique par rapport à d'autres formes de commerce en ce qui a trait à la protection des consommateurs ;
- 2) La coopération transfrontière ;

- 3) L'étude, pour orientation, des Lignes directrices de l'OCDE sur le commerce électronique (élaborée en 1999 et révisée en 2016)<sup>26</sup>.

Le commerce électronique est examiné au chapitre XII.

#### j) Les services financiers

Cette section, ajoutée en 2015 aux Principes directeurs (par. 66 à 68), attire l'attention sur les Principes de haut niveau établis par l'OCDE à la demande du G20 et souligne la nécessité :

- 1) D'éviter les conflits d'intérêts dans la rémunération ;
- 2) D'assurer la responsabilité institutionnelle des intervenants ;
- 3) De mettre en place des cadres réglementaires ;
- 4) D'assurer la protection contre la fraude et les abus<sup>27</sup>.

Ces paragraphes recommandent l'élaboration de politiques responsables en matière d'octroi de prêts et d'assurance des dépôts bancaires et la mise en place de cadres réglementaires pour les services d'envois de fonds, une attention particulière devant être accordée à la transparence dans ces transactions. Ces questions sont examinées au chapitre XIV.

#### k) Les mesures applicables à des secteurs particuliers

En ce qui concerne les paragraphes 69 à 78 des Principes directeurs, avant 2015, les États Membres étaient priés de donner la priorité aux secteurs qui ont des conséquences importantes pour la santé des consommateurs, à savoir l'alimentation, l'eau et les produits pharmaceutiques. En 2015, l'énergie et les services publics ont été ajoutés (en prévoyant, notamment, une participation communautaire aux dispositifs de contrôle), ainsi que le secteur du tourisme. Les mesures adoptées dans ces secteurs devraient viser à assurer la qualité des produits, un système de distribution adéquat et la normalisation de l'information. Les États Membres sont tenus d'appliquer des normes internationales généralement admises pour les produits alimentaires et les produits pharmaceutiques. S'agissant de la production des aliments, les États Membres devraient promouvoir, entre autres, des politiques et des pratiques agricoles durables, la préservation de la diversité biologique et les savoirs traditionnels. Des politiques nationales devraient être élaborées pour améliorer l'approvisionnement en eau potable

et en eau destinée à d'autres usages, ainsi que sa distribution et sa qualité, en tenant compte du fait que l'eau n'est pas une ressource inépuisable. Les États Membres devraient également élaborer des politiques nationales intégrées visant à assurer la bonne utilisation des produits pharmaceutiques et portant notamment sur l'achat, la distribution, la production, les accords de licence, les systèmes d'enregistrement et la fourniture d'informations aux consommateurs. En ce qui concerne les produits pharmaceutiques, la référence aux accords de licence et à la promotion de l'utilisation des médicaments sous leurs dénominations communes internationales, prévoit clairement la possibilité de licences obligatoires, comme autorisé au titre des règles de l'OMC conformément à la Déclaration de Doha de 2001.

Ces questions sont examinées comme suit dans le présent manuel : les produits alimentaires au chapitre XVI, l'eau et l'énergie au chapitre XV (Services publics) et le tourisme au chapitre VIII (Coopération internationale).

## 4. La coopération internationale

Avant 2015, les Principes directeurs proposaient des voies de coopération internationale pour l'élaboration et l'exécution des politiques, l'achat en commun de biens et de services de première nécessité, en particulier, mais pas uniquement, dans un contexte régional ou sous-régional. Les États Membres devaient également promouvoir le transfert de technologie et les appuis financiers devant rendre possible une consommation durable et faire en sorte que les mesures de protection du consommateur ne deviennent pas des obstacles injustifiables au commerce international.

En 2015, la section VI (par. 79 à 94) a été élargie et inclut maintenant l'amélioration de la coopération transfrontière, notamment la désignation d'organismes nationaux devant servir de points de contact, la lutte contre les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses, en prenant en compte les Lignes directrices de l'OCDE<sup>28</sup>. La coopération internationale est examinée au chapitre VII.

## 5. Le mécanisme institutionnel international

L'un des principaux éléments nouveaux des Principes directeurs révisés de 2015 est l'ajout de la section VI consacrée au « Mécanisme institutionnel international », (par. 95 à 99). Ce mécanisme a pour

<sup>26</sup> OCDE, 2016. *La protection du consommateur dans le commerce électronique – Recommandation de l'OCDE*.

<sup>27</sup> OCDE, 2011. *Principes de haut niveau du G20 sur la protection financière des consommateurs*.

<sup>28</sup> OCDE, 2003, *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses*.

but de vérifier la conformité aux Principes directeurs par l'intermédiaire du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la protection du consommateur, sous les auspices de la CNUCED<sup>29</sup>. Comme indiqué au paragraphe 97, le Groupe intergouvernemental d'experts est chargé :

- a) D'offrir une tribune pour la tenue de consultations, de débats et d'échanges de vues annuels entre les États Membres sur des questions ayant trait aux principes directeurs et, en particulier, leur mise en œuvre et les données d'expérience acquises à cette occasion et d'en définir les modalités d'organisation ;
- b) D'entreprendre et de diffuser périodiquement des études et des travaux de recherche sur la protection des consommateurs en rapport avec les Principes directeurs sur la base d'un consensus entre les États Membres et de leurs intérêts, l'objectif étant d'accroître les échanges de données d'expérience et de renforcer l'efficacité desdits principes ;
- c) D'effectuer, à titre volontaire, des évaluations horizontales de la politique des États Membres en matière de protection du consommateur ;
- d) De recueillir et de diffuser des informations sur le niveau de réalisation globale des objectifs énoncés dans les Principes directeurs et les mesures adoptées au niveau régional ou national par les États Membres pour en faciliter la mise en œuvre efficace ;
- e) De renforcer les moyens dont disposent les pays en développement et les pays en transition pour élaborer et appliquer leur législation et politiques en matière de protection des consommateurs et de leur fournir une assistance technique à cet effet ;
- f) D'examiner les études, la documentation et les rapports établis sur la question par les organismes compétents des Nations Unies et par d'autres organisations et réseaux internationaux, d'échanger des informations sur les programmes de travail et les sujets à aborder lors de consultations et d'identifier des projets de partage des tâches et de coopération en matière d'assistance technique ;
- g) De rédiger des rapports et recommandations concernant les politiques des États Membres en matière de protection des consommateurs, y compris sur l'application des Principes directeurs ;

- h) De poursuivre ses travaux entre les Conférences des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives et de présenter des rapports à la Conférence ;
- i) D'examiner périodiquement les Principes directeurs à la demande de la Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives ;
- j) D'adopter les procédures et méthodes de travail nécessaires pour s'acquitter de son mandat.

Il est proposé d'utiliser les indicateurs suivants pour évaluer la mise en œuvre concrète des Principes directeurs révisés dans un pays donné :

- a) L'attribution à des ministères et/ou à des organismes publics de responsabilités spécifiques en matière de protection des consommateurs, notamment en ce qui concerne la mise en place d'un volet « consommateurs » dans les ministères sectoriels, en particulier dans les ministères chargés des secteurs mentionnés dans la section V.J et V.K des Principes directeurs, mais aussi dans les entreprises publiques ;
- b) L'adoption d'une politique nationale de la consommation et de lois sur la protection des consommateurs, notamment en ce qui a trait à la sécurité des données et à la protection de la vie privée ;
- c) L'adoption et l'application du droit de la concurrence ;
- d) L'adoption et l'application de normes relatives aux biens de consommation et aux services ;
- e) L'adoption par les entreprises de codes de bonnes pratiques, soit unilatéralement, soit en coopération avec les pouvoirs publics ou les organismes de réglementation ;
- f) L'organisation de programmes d'éducation des consommateurs et la diffusion d'informations sur la protection des consommateurs ;
- g) La mise en place de mécanismes de règlement des litiges, de médiation et d'arbitrage, notamment de mécanismes de règlement des litiges en ligne ;

<sup>29</sup> La réunion inaugurale du GIE a eu lieu à Genève en octobre 2016.

- h) La reconnaissance des organisations de consommateurs (éventuellement sous la forme d'un appui financier des gouvernements) en tant que parties aux processus décisionnels dans les domaines liés à la protection des consommateurs et aux politiques en la matière ;
- i) L'inclusion de la protection du consommateur parmi les matières enseignées dans les écoles et ailleurs ;
- j) La création de centres d'information et de conseil aux consommateurs ou la reconnaissance de ces centres ;
- k) La promotion de la diffusion d'informations concernant les essais de produits effectués directement par les gouvernements ou par des organisations de consommateurs et la mise à disposition des moyens nécessaires à cette fin ;
- l) L'adoption de politiques d'accès aux biens et services de base ;
- m) L'existence d'une coopération internationale sous la forme d'une assistance pour l'élaboration de lois sur la protection des consommateurs et/ou d'un appui à la formation des agents de l'État ;
- n) La participation aux évaluations de la politique nationale de protection des consommateurs et aux examens périodiques des Principes directeurs dans le cadre des mécanismes institutionnels mis en place au sein de la CNUCED.

par les États Membres de l'ONU pour mettre en œuvre les dispositions des Principes directeurs. Cette enquête a conclu que : « Depuis 1985, les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur ont été largement mis en œuvre par les États Membres. Les contributions nationales au présent processus de révision montrent que tous les domaines visés par les Principes directeurs actuels restent valables et utiles »<sup>30</sup>. Par contre, une enquête de Consumers International en 2013 a souligné la « forte frustration » exprimée par les membres (essentiellement des associations de consommateurs) face à « la non-application des mesures de protection des consommateurs déjà en place »<sup>31</sup>.

Aujourd'hui, le consommateur se trouve en présence d'un marché international beaucoup plus vaste. Une nouvelle dynamique s'impose dans l'interaction entre les consommateurs, les entreprises et les organismes de réglementation. Les Principes directeurs constituent un progrès important dans cette direction et, étant donné le niveau d'engagement nécessaire, la révision de 2015 peut contribuer à la réalisation de nouveaux progrès.

## C. CONCLUSION

Les Principes directeurs ont servi de cadre général pour les lois relatives à la protection des consommateurs dans de nombreux pays. Toutefois, les progrès accomplis dans la mise en œuvre des Principes directeurs n'ont pas été uniformes. Dans différentes parties du monde, il y a des régimes juridiques qui n'ont pas encore de lois sur la protection des consommateurs, d'organismes publics de protection des consommateurs, d'associations indépendantes de consommateurs. En outre, même lorsqu'elles existent les lois sont parfois dépourvues d'effets concrets.

Il est difficile de déterminer avec précision dans quelle mesure les Principes directeurs ont été mis en œuvre depuis leur adoption. Plusieurs sources semblent reconnaître qu'ils ont beaucoup contribué à la protection des consommateurs dans le monde entier. Tout au long de l'année 2012, la CNUCED a effectué une enquête mondiale sur les mesures prises

<sup>30</sup> CNUCED, 2013, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur (1985-2013)*, note du secrétariat de la CNUCED.

<sup>31</sup> Consumers International, 2013, *The State of Consumer Protection around the World*.

### III. Le droit de la consommation

#### A. LE DROIT DE LA CONSOMMATION DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

La résolution 70/186, dont l'annexe contient les Principes directeurs, réaffirme que « les Principes directeurs constituent un ensemble de principes très utile qui énoncent les principales caractéristiques requises pour assurer l'efficacité de la législation relative à la protection du consommateur, des institutions chargées d'en assurer l'application et des mécanismes de recours, qui aident les États Membres qui le souhaitent à élaborer et à faire appliquer aux niveaux national et régional des lois, règles et règlements adaptés à leur situation économique, sociale et environnementale et qui facilitent la coopération internationale entre les États Membres aux fins de l'application des règles ». La résolution poursuit en reconnaissant que « les États Membres s'accordent sur la nécessité d'établir des principes communs définissant les principales caractéristiques requises pour assurer l'efficacité de la législation relative à la protection du consommateur, des institutions chargées d'en assurer l'application et des mécanismes de recours » et qu'il importe d'établir « un cadre juridique et réglementaire solide pour la protection du consommateur ».

Les Principes directeurs proprement dits sont moins explicites mais mentionnent que « les politiques de protection du consommateur comprennent les lois, règlements [et] règles ... qui protègent les droits et les intérêts des consommateurs et favorisent leur bien-être » (par. 2), que les entreprises devraient respecter la loi (par. 9) et qu'il faudrait mettre en place des « régimes juridiques » (par. 16) ou instituer des « mesures » (par. 37).

#### B. LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES RELATIVES À LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

De nombreuses constitutions modernes confèrent expressément un large éventail de droits à la personne humaine. Elles précisent non seulement des droits civils et politiques, également connus sous le nom de droits de la première génération, mais aussi toute une série

de droits économiques, sociaux et culturels, qui sont parfois qualifiés de droits de la deuxième génération. Pour compléter ces deux catégories de droits, la tendance a été d'inclure le droit au développement comme troisième génération de droits. Un thème étudié ici dans le contexte de cette évolution des droits est que beaucoup de lois importantes pour les consommateurs ne portent pas expressément sur la protection de ces derniers.

Le chapitre IV montre comment les lois et politiques sectorielles reconnaissent de plus en plus la dimension « protection des consommateurs ». Le chapitre XV sur les services publics de distribution montre en quoi cette protection dépasse souvent les droits du consommateur en tant que « client » et concerne également l'accès des consommateurs « non clients », comme les populations non desservies.

La question de l'accès fait l'objet de nombreuses déclarations des Nations Unies et est abordée de manière particulièrement détaillée dans les OMD et les ODD, qui sont cités explicitement dans les Principes directeurs. Un grand nombre de droits liés à l'accès figurent dans les dispositions constitutionnelles de plusieurs pays.

#### 1. Les aspects de la protection des consommateurs faisant l'objet de dispositions constitutionnelles

En 2008, la CNUCED a mentionné que les constitutions d'au moins 24 pays comportaient des dispositions relatives à la protection du consommateur, souvent formulées en rapport avec la politique de concurrence, comme dans la Constitution mexicaine, par exemple<sup>32</sup>. Dans un rapport de 2013, la CNUCED a indiqué que : « Dans de nombreux cas, la protection des consommateurs a été inscrite dans la Constitution, et certains pays ont reconnu les droits des consommateurs comme des droits de l'homme »<sup>33</sup>. Ce rapport mentionne tout

<sup>32</sup> L'article 28 s'applique à la protection du consommateur dans le cadre des mesures de lutte contre les monopoles. À quelques exceptions près (comme dans le cas des services fournis par l'État), les monopoles sont interdits.

<sup>33</sup> CNUCED, 2013, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur* (1985-2013). Note du secrétariat de la CNUCED. En ce qui concerne la Cour suprême du Mexique, voir [http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/wp-content/uploads/2012/04/SENTENCIA\\_AMPARO\\_MEXICANA.pdf](http://www.consumidor.gob.mx/wordpress/wp-content/uploads/2012/04/SENTENCIA_AMPARO_MEXICANA.pdf).

particulièrement El Salvador, l'Égypte, la Pologne et la Suisse et rappelle qu'en 2012, la Cour suprême du Mexique a reconnu la protection du consommateur comme faisant partie des droits de l'homme. L'analyse des dispositions constitutionnelles révèle que bien qu'elles soient très différentes quant à leur contenu, elles mettent fréquemment en avant des principes de haut niveau tels que :

- Les droits généraux des consommateurs qui doivent être protégés par la loi et se rapportent assez souvent à la satisfaction des « besoins légitimes » (par. 5) mentionnés dans les Principes directeurs ;
- La liberté de créer des associations de consommateurs indépendantes et de leur conférer le statut juridique nécessaire (*locus standi*) pour représenter les intérêts à la fois individuels et collectifs des consommateurs dans le processus décisionnel et dans les tribunaux.

Plusieurs pays ont repris des éléments des « besoins légitimes » dans les dispositions constitutionnelles de certains traités régionaux, tels que l'Accord sur la CARICOM (l'accord de libre-échange des Caraïbes) et l'Union européenne<sup>34</sup>.

Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) stipule ceci : « Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts »<sup>35</sup>. L'article 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se lit comme suit : « Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union ». D'autres droits liés aux « besoins légitimes » sont énoncés ailleurs dans cette charte : le droit au « Respect de la vie privée » (art. 7), le droit à la « Protection des données à caractère personnel » (art. 8), le droit à la « liberté d'association » (art. 12), le droit à la « Protection de la santé » (art. 35) et le droit à l'« Accès aux services d'intérêt économique général » (art. 36). On considère souvent que ces grands principes ont leur place dans une constitution plutôt que dans des lois détaillées.

Comme susmentionné, les constitutions traitent parfois de certaines des questions essentielles pour les consommateurs sans toutefois les traiter expressément. Un bon exemple en est l'accès aux services publics de base, tels que l'accès à l'eau,

aux soins de santé, à l'éducation et au logement, qui est, par exemple, cité dans la Constitution sud-africaine, dans laquelle les clauses en la matière ne contiennent pas le mot « consommateur »<sup>36</sup>. En vertu de l'article 184 de cette constitution, la Commission sud-africaine des droits de l'homme a pour mandat de promouvoir les droits de l'homme. À cette fin, elle est tenue de demander aux organes publics compétents des informations sur les mesures prises en faveur de la réalisation des droits figurant dans la Charte des droits concernant le logement, les soins de santé, l'alimentation, l'eau, la sécurité sociale, l'éducation et l'environnement. On parle alors de droits socioéconomiques. L'État doit « respecter, protéger, promouvoir et réaliser » ces droits sur la base des principes énoncés dans la Constitution, qui doivent être respectés et mis en œuvre.

Le droit constitutionnel peut être utilisé pour établir ou renforcer les droits fondamentaux des consommateurs ; il peut également offrir quelques principes directeurs, comme celui de la responsabilité de l'État ou des pouvoirs publics en matière de promotion et de protection des droits des consommateurs, car il fixe un cadre institutionnel et juridique approprié, complet et efficace pour assurer cette protection. Il est possible de s'appuyer sur les dispositions de la Constitution pour apporter des améliorations indispensables aux niveaux d'accès. C'est ainsi que certains groupes de la société civile (qui ne sont pas nécessairement des associations de consommateurs) ont invoqué les droits constitutionnels dans leur campagne en faveur des droits des consommateurs<sup>37</sup>. Ces dispositions peuvent faciliter l'exercice effectif d'autres droits garantis par la Constitution.

La Constitution étant la loi suprême, elle prime toute autre loi et, de ce fait, renforce, légitime et confère un caractère prioritaire à tout droit qui s'y trouve garanti. Ainsi, la protection du consommateur a sans doute plus de poids si elle est ancrée dans des dispositions constitutionnelles.

### C. LES LOIS-CADRES SUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Bien que le droit de la consommation soit souvent perçu comme un phénomène des temps modernes, une grande partie de ce qui est aujourd'hui considéré comme faisant partie de la législation relative à la

<sup>34</sup> Traité de Chaguaramas, 2001, art. 169.

<sup>35</sup> Art. 169.1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), 26.10.2012 C 326/47.

<sup>36</sup> Pour une analyse de ces questions, voir R. Greenstein, 2005, *Social Rights, Essential Services and Political Mobilization in Post-Apartheid South Africa* (Johannesburg, University of the Witwatersrand).

<sup>37</sup> Greenstein, op. cit.

protection des consommateurs trouve son origine dans des lois beaucoup plus anciennes, telles que les lois sur les poids et mesures. À ses débuts, le droit de la consommation mettait surtout l'accent sur la relation entre les vendeurs et les acheteurs de biens et de services particuliers. Les lois ne faisaient pas de distinction entre différentes catégories d'acheteurs, entre, par exemple, les acheteurs commerciaux et les ménages. Avant la Deuxième Guerre mondiale, il y a eu des initiatives sectorielles (concernant les médicaments, les produits alimentaires, les véhicules automobiles et les transports, par exemple) visant avant tout la protection de la santé et de la sécurité publiques et non la protection du consommateur en tant que telle. Des lois à caractère horizontal ont fini par être largement adoptées dans des domaines spécifiques, comme, par exemple :

- Le contrôle des prix ;
- Les ventes de marchandises ;
- Les désignations commerciales ;
- Les poids et mesures ;
- La location avec option d'achat.

Toutefois, cette législation au coup par coup avait d'importantes limitations. Les lois portant sur des domaines spécifiques ne suffisaient pas pour résoudre les nouveaux problèmes et lorsque des lois étaient adoptées pour les résoudre, elles étaient parfois critiquées comme « solutions de dernière minute », les problèmes étant abordés les uns après les autres à mesure qu'ils se présentaient, faute d'une vision plus stratégique. Mais surtout, ce genre de mesures ne réussissaient pas à couvrir toute la gamme des produits et services de consommation.

C'est ainsi que vers la fin du XX<sup>e</sup> siècle, beaucoup de pays ont adopté des lois-cadres afin d'offrir une protection appropriée aux consommateurs pour tous les types de transactions, de biens et de services. Voici quelques exemples de lois-cadres sur la protection du consommateur dans quelques grandes économies :

- Consumer Protection Fundamental Act 1968, Japon ;
- Loi sur la protection du consommateur, Québec 1971, Canada ;
- Trade Practices Act 1974, Australie (englobée dans la loi relative à la concurrence et de la consommation, 2010) ;
- Consumer Protection Act 1975, République bolivarienne du Venezuela ;
- Consumer Protection Act 1976, Mexique ;

- Consumer Protection Act 1984, Espagne (remplacée par le décret royal de 2007) ;
- Consumer Protection Act 1986, Inde ;
- Consumer Protection Code 1990, Brésil ;
- Consumer Protection Act 1992, Fédération de Russie ;
- Consumer Protection Act 1993, Chine (révisée en 2014) ;
- Code de la consommation 1992, France (recodifié en 2016) ;
- Law on Consumer Protection 1999, Indonésie ;
- Consumer Code 2005, Italie ;
- Consumer Code 2010, Pérou ;
- Consumer Code 2011, Colombie.

Le débat se poursuit sur les avantages et inconvénients d'un code général sur la consommation, par opposition à l'adoption de divers textes de lois (comme aux États-Unis) dans des domaines spécifiques. Le débat porte essentiellement sur les avantages relatifs de la législation verticale (sectorielle) par rapport à la législation horizontale (intersectorielle/fondée sur certains principes) et sur la question de savoir si les lois sur la protection du consommateur devraient être sous la forme d'un texte unique ou code. Les avantages des lois-cadres sont les suivants :

- Une plus grande cohérence des textes juridiques et une meilleure harmonisation des concepts, définitions et approches ;
- La possibilité d'effectuer une planification stratégique au sein d'une structure clairement définie ;
- L'inclusion de la protection des consommateurs comme « discipline » faisant partie des autres branches du droit ;
- Une plus grande visibilité auprès des juges, des fonctionnaires, des acteurs économiques et du public ;
- Une application plus efficace du droit ;
- Un accès plus facile des consommateurs aux textes pertinents.

On trouvera ci-après certaines des caractéristiques des lois-cadres sur la protection du consommateur :

- a) Certaines de ces lois incluent les droits des consommateurs qui sont protégés par la loi, tels que le droit à la sécurité, au choix, à l'information, à l'éducation, à des prix équitables,

- à la représentation et à la réparation, et qui s'inspirent souvent des « besoins légitimes » énoncés dans les Principes directeurs (par. 5) ;
- b) Elles donnent une définition large du terme « consommateur ». Elles peuvent porter sur trois catégories de consommateurs : les acheteurs, les utilisateurs et les tiers ;
  - c) Elles concernent souvent aussi bien les biens que les services et comprennent parfois la prestation de services par des professionnels, tels que médecins, dentistes, ingénieurs et architectes ;
  - d) Elles imposent la publication préalable d'informations sur les produits vendus ou services fournis, en ce qui concerne tant le prix et les tarifs que les clauses du contrat ;
  - e) Elles peuvent contenir des dispositions interdisant les clauses abusives dans les contrats de consommation ;
  - f) Elles interdisent les publicités mensongères pouvant induire en erreur ou prêter à confusion et toutes autres formes douteuses de communication commerciale ;
  - g) Elles interdisent ou limitent les pratiques commerciales qui sont jugées mensongères, prédatrices ou abusives pour le consommateur ;
  - h) Elles peuvent créer des organes consultatifs composés de représentants du gouvernement, des entreprises et des consommateurs, qui traitent de manière volontariste les problèmes systémiques des consommateurs et recommandent des lois et d'autres mesures de protection des consommateurs ;
  - i) Elles portent souvent sur des questions relatives à la sûreté des produits et des services et prévoient l'établissement de normes, la notification des produits dangereux et le rappel des produits défectueux ;
  - j) Elles peuvent faciliter l'indemnisation des consommateurs pour les produits défectueux en introduisant le principe de la responsabilité objective lorsque des produits sont la cause de pertes matérielles ou de préjudices corporels pour les consommateurs ou de leur décès ;
  - k) Elles peuvent habiliter des organes existants ou spécialement créés pour la protection des consommateurs à élaborer des règles afin de permettre une réponse rapide en présence de fautes professionnelles fréquentes. Dans certains cas, c'est l'exécutif qui est habilité à élaborer des règles, mais des comités consultatifs composés de représentants tant des consommateurs que des secteurs concernés sont autorisés à formuler des recommandations concernant les règles devant être promulguées ;
  - l) Elles peuvent établir des tribunaux spéciaux (plus récemment des modes alternatifs de règlement des litiges et de règlement des litiges en ligne, comme le mentionne le chapitre XI) où des règles de procédure et de preuve simplifiées sont créées pour connaître des plaintes des consommateurs. Certains de ces tribunaux existent depuis assez longtemps, comme les tribunaux des consommateurs en Inde (1986) et les tribunaux arbitraux pour les contrats de consommation en Argentine (1998) ;
  - m) En général, elles facilitent l'accès des consommateurs à la justice, car elles admettent les procédures de réparation collectives. Dans ce cas, elles peuvent conférer à un agent de la fonction publique (tel qu'un directeur chargé des pratiques commerciales ou un ombudsman) ou à des groupes d'action sociale (tels que les associations de consommateurs) le droit d'engager des procédures judiciaires au nom d'un consommateur ou d'un groupe de consommateurs ;
  - n) Elles prévoient généralement plusieurs formes de réparations, y compris la résiliation du contrat, le droit aux dommages-intérêts (y compris des dommages-intérêts punitifs) et des injonctions ou des mesures de redressement déclaratoires. C'est peut-être dû à l'absence d'un ensemble complet, équilibré et souple de mesures de réparation, ce qui peut avoir pour effet d'empêcher l'exercice effectif des droits que ces lois visent à conférer au consommateur.
- Ces lois-cadres ont de nombreuses caractéristiques en commun, mais il existe quelques exceptions importantes. L'Allemagne et Hong Kong (Chine) ne disposent pas de lois sur la protection des consommateurs. Les États-Unis d'Amérique n'ont pas non plus de loi sur la protection des consommateurs ; leur principale législation en la matière est la loi de 1914 sur la Commission fédérale du commerce (FTC), qui définit des termes généraux similaires à celles des lois-cadres énumérés ci-dessus et met en place le mécanisme habilitant la FTC à appliquer et faire respecter quelque 70 lois fédérales. Les termes « protection des consommateurs » figurent dans certains de ces textes, par exemple dans la loi de 2005 sur la prévention de l'usage abusif de la procédure de faillite (Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer

Protection Act 2005) et la loi de 2005 sur la protection du consommateur (Consumer Protection Act 2005) portant modification de la loi sur la transparence en matière de crédit (Truth in Lending Act), loi historique sur la protection des consommateurs dans le domaine des services financiers.

Les termes « protection du consommateur » devraient être employés judicieusement par les États qui élaborent des lois dans ce domaine. Des lois types incluant les caractéristiques mentionnées ci-dessus ont été formulées dans plusieurs régions (Amérique latine, Afrique et Caraïbes, par exemple)<sup>38</sup>. On peut comprendre la logique de cette approche dans des régions, comme l'Amérique latine, où les langues et la tradition juridique sont proches ou dans des régions constituées d'un grand nombre de petits pays, comme les Caraïbes ou les îles du Pacifique. Toutefois, il peut s'avérer difficile d'adopter des modèles qui ne tiennent pas compte des différences réelles dans les conditions géographiques et sociales et exigent des solutions différentes. C'est particulièrement vrai pour les services publics, car les niveaux de connectivité et la disponibilité de ressources naturelles ne sont pas les mêmes pour toutes les populations locales et exigent des démarches très différentes, par exemple, en ce qui concerne la tarification, les subventions et le traitement des « non-consommateurs »<sup>39</sup>. Voilà pourquoi il pourrait être utile d'envisager l'établissement d'une « liste de contrôle », plutôt qu'une loi type ; en effet, une telle liste ne cherche pas à placer toutes les dispositions relatives à la protection des consommateurs dans un seul et même texte, mais a plutôt pour but de vérifier que toutes les mesures de protection nécessaires sont en place dans l'ensemble de l'appareil législatif et institutionnel, ce qui offre plus de souplesse qu'une loi type.

#### **D. L'INTERACTION ENTRE LES LOIS SUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET D'AUTRES LOIS**

Étant donné que la protection des consommateurs a des dimensions tant verticales qu'horizontales, les lois qui s'y rapportent font appel à différentes branches du droit. Les quatre catégories de textes juridiques analysées ci-après sont particulièrement importantes pour le bien-être des consommateurs : les lois sectorielles, la législation relative aux services

professionnels, le droit de la propriété intellectuelle et le droit commercial international.

### **1. Les lois sectorielles**

Alors que les lois-cadres portent généralement sur des questions horizontales ou institutionnelles telles que celles mentionnées ci-dessus, des lois spécifiques sont souvent adoptées pour traiter les questions sectorielles, soit parce qu'elles sont plus susceptibles d'être mieux appliquées sous cette forme, soit parce qu'il n'existe pas de loi-cadre appropriée. Ci-après quelques exemples de lois sectorielles, dont un grand nombre sont appliquées par des organismes autonomes autres que l'organisme de protection des consommateurs :

- Les lois sur les produits alimentaires ;
- Les lois sur les médicaments (publicité et vente) ;
- Les lois sur les prêteurs ;
- Les lois sur l'assurance ;
- Les lois sur le crédit à la consommation ;
- Les lois sur les services relatifs à l'eau ;
- Les lois sur les télécommunications ;
- Les lois sur l'énergie ;
- Les lois sur les transports.

La relation entre les lois-cadres sur la protection des consommateurs et les lois sectorielles a été controversée dans de nombreux pays. Les banques, les compagnies d'assurance, les compagnies de transport aérien de passagers et les fournisseurs de services de télécommunications, en particulier, ont fait valoir qu'ils ne sont pas soumis à la loi générale sur la protection des consommateurs, mais uniquement au droit applicable à leur secteur. Cette interprétation a été généralement rejetée par les tribunaux et le champ d'application global de la loi-cadre sur la protection des consommateurs a été confirmé. La législation sectorielle n'exclut pas l'application de la loi-cadre, mais la complète.

### **2. La législation relative aux services professionnels**

La protection des consommateurs concerne également les services fournis par des professionnels aux consommateurs. Dans beaucoup de pays, la législation relative à la protection des consommateurs existe déjà pour toute une gamme de services professionnels. Les prestations des professionnels ou des institutions qui suivent sont généralement

<sup>38</sup> Consumers International, 1996, *Model Law for Consumer Protection in Africa* et 2011, *A Guide to Developing Consumer Protection Law*.

<sup>39</sup> Ces questions sont examinées au chapitre XV.

réglementées : les comptables, les architectes, les garderies, les dentistes, les avocats, les médecins, les infirmières, les hôpitaux privés, les pharmaciens et les agences de voyage. Ces services, dont certains sont fournis par le secteur dit des « professions libérales », peuvent faire l'objet de procédures d'enregistrement et de licence, de codes de pratique et de règles disciplinaires applicables en cas de faute professionnelle. Les pratiques varient et en Amérique latine, par exemple, de nombreux services professionnels ne sont pas régis par la législation sur la protection des consommateurs, sauf en ce qui concerne la publicité pour ces services, qui reste soumise aux dispositions des lois sur la protection des consommateurs. De nombreuses dispositions qui limitent la prestation des services professionnels ont été critiquées par les spécialistes de la concurrence, qui jugent qu'elles sont excessivement restrictives et augmentent les prix pour les consommateurs.

### 3. Le droit de la propriété intellectuelle

On observe de plus en plus une interaction entre la législation relative à la protection des consommateurs et les lois relatives à la propriété intellectuelle. Considérant qu'il importe de lutter contre les produits de qualité médiocre, faussement étiquetés ou contrefaits, qui constituent une menace pour la santé et la sécurité des consommateurs et pour l'environnement et entament la confiance qu'inspire le marché au consommateur, la résolution 70/186 dont le texte précède l'énoncé des Principes directeurs reconnaît qu'il est important de lutter contre les produits contrefaits qui constituent une menace pour la santé et la sécurité des consommateurs et entament la confiance qu'inspire le marché au consommateur. Les produits contrefaits trompent le consommateur sur l'origine, la qualité et la sûreté des produits et contournent les normes et systèmes mis en place par les gouvernements pour protéger les consommateurs. En outre, les consommateurs ne sont pas suffisamment conscients des risques que comportent les marchandises de contrefaçon qu'ils achètent (en sachant ou non qu'il s'agit de contrefaçons). Les risques importants pour la santé et la sécurité qui sont associés à la prolifération de produits contrefaits potentiellement dangereux, surtout sur Internet, posent de nouveaux défis aux gouvernements et aux entreprises et leur imposent comme responsabilité additionnelle de prendre des mesures de sensibilisation à ces problèmes.

Par contre, la version révisée des Principes directeurs ne traite pas des questions nouvelles en rapport avec les produits de consommation régis par le droit de la propriété intellectuelle, car ceux-ci sont protégés

par le droit d'auteur. Il s'agit notamment des produits qui fonctionnent (de manière souvent invisible pour l'utilisateur) au moyen de logiciels, ainsi que de produits ayant un contenu audiovisuel ou sous forme de texte. Dans de nombreux pays, il existe des dispositions juridiques sur la protection des droits de propriété intellectuelle, qui interdisent aux consommateurs de neutraliser les dispositifs techniques servant à contrôler la consultation ou la reproduction des contenus protégés par le droit d'auteur. Compte tenu de la progression de la distribution numérique des contenus et de l'« Internet des objets », qui permet, au moyen de capteurs incorporés, de contrôler du matériel électronique à distance via Internet, c'est un défi de taille puisque la ligne de démarcation entre la protection des consommateurs et la protection de la propriété intellectuelle s'estompe peu à peu. En fait, on peut envisager qu'un jour, la plupart des produits manufacturés connectés comportant des pièces détachées contiendront un élément de propriété intellectuelle.

L'évolution des produits numériques et immatériels, tels que ceux des industries de la culture et du spectacle, a eu lieu sous l'égide de la législation relative au droit d'auteur. L'article 10.1 de l'accord de l'OMC de 1995 sur la propriété intellectuelle (ADPIC) en est un bon exemple. En vertu de cet article, les logiciels (ou « programmes d'ordinateurs, comme on disait en 1995), sont protégés au même titre que les œuvres littéraires : « Les programmes d'ordinateur, qu'ils soient exprimés en code source ou en code objet, seront protégés en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne (1971) ». Il faut dire que l'accord sur les ADPIC et plus généralement les textes juridiques relatifs à la propriété intellectuelle prévoient certaines exceptions subordonnant la protection du droit d'auteur à l'« usage équitable » ou à la « transaction loyale ». Les exceptions autorisées s'inscrivent dans les limites de la portée de la protection, de l'utilisation normale du produit et du respect des droits du titulaire des droits d'auteur, comme le prévoit l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC<sup>40</sup>. Le danger de l'évolution actuelle pour les consommateurs est que les titulaires de droits de propriété intellectuelle sont protégés dans le cadre de la défense de leurs droits d'auteur, tandis que la défense des consommateurs, également présente dans les textes juridiques relatifs à la propriété intellectuelle, ne peut être invoquée.

En théorie, le consommateur est informé à l'avance des restrictions en vigueur et des sanctions encourues en cas de violation, en particulier en ce

<sup>40</sup> H. G. Ruse-Khan, 2009, Fair use, fair dealing and other open-ended exceptions: The application of the three-step test, WIPO African-Arab Seminar on Copyright Limitations and Exceptions, Cairo.

qui concerne la reproduction non autorisée des produits protégés. Il existe des preuves convaincantes que des millions de consommateurs enfreignent sans le savoir les contrats concernant des produits numériques. Il est de plus en plus évident que, dans la pratique, quasiment personne ne lit les clauses en petits caractères avant de signer, comme on l'a vu au chapitre I<sup>41</sup>. Les consommateurs ont tendance à croire que ce qu'ils achètent leur appartient. Malheureusement, cette hypothèse raisonnable n'est souvent pas juridiquement valable dans le cas des produits numériques. L'association australienne des consommateurs, « Choice », appelée à témoigner devant la Commission du droit, a commandé une enquête nationale en 2013, qui a révélé qu'une forte proportion des utilisateurs de produits numériques pensent avoir le droit de transférer ces produits à leurs propres terminaux (portables, smartphone, etc.), alors que ce faisant ils enfreignent involontairement les dispositions relatives à la protection du droit d'auteur<sup>42</sup>. Bien que, dans le cadre de cette enquête, la grande majorité des consommateurs aient su identifier certaines utilisations constituant des atteintes illégales au droit d'auteur (comme la vente en ligne au moyen de produits numériques ou le téléchargement de tels produits), un peu plus de la moitié (52 %) d'entre eux pensent à tort qu'il est légal de faire une copie d'une œuvre musicale pour l'écouter sur plusieurs appareils, et une importante majorité (57 %) pensent à tort qu'ils peuvent légalement faire une copie d'une vidéo pour la regarder sur un appareil leur appartenant personnellement.

En cas d'infraction, telle que le recours aux services d'un réparateur de téléphones non franchisé ou le non-paiement des versements liés à l'achat d'un véhicule, des mesures peuvent être prises à distance, par exemple la désactivation du téléphone ou la neutralisation du véhicule en bloquant l'allumage du moteur. Ces mesures techniques sont en fait des sanctions légales basées sur la technologie et sont en cela l'équivalent des amendes que peuvent imposer les banques à leurs clients en agissant sur leur compte.

Un grand nombre de produits « tangibles », en particulier ceux qui ont un composant électronique, sont en train de se convertir en produits numériques, car leur fonctionnement dépend de logiciels. Plusieurs problèmes risquent de surgir, car les « contrats d'adhésion » scellant l'acquisition de ces produits

sont régis par les lois sur le droit d'auteur, en vertu desquelles les fabricants cèdent à bail ces produits aux consommateurs, qui deviennent ainsi des preneurs à bail plutôt que des acheteurs. Le concept même de consommateur-propriétaire est en train de changer.

#### 4. Le droit commercial international

Avec la mondialisation de l'économie, une autre interaction devient de plus en plus importante – l'interaction entre la protection des consommateurs et le commerce international. L'essor du commerce international pendant les années 1990 a soulevé de nombreuses questions quant à la mesure dans laquelle les États sont maîtres de leur propre destinée en matière de protection du consommateur.

L'objectif de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), toujours en vigueur, est de réduire le protectionnisme commercial et de veiller à ce qu'il existe un accord commercial juste et équitable entre les pays. À la suite du Cycle d'Uruguay (qui s'est achevé en 1994), les pays développés ont porté le nombre de produits importés pour lesquels les droits de douane sont « consolidés » de 78 % à 99 % de toutes les lignes tarifaires (et se sont engagés à limiter les niveaux des droits de douane). Pour les économies en transition, l'augmentation a été de 73 % à 98 % et pour les pays en développement de 21 % à 73 %<sup>43</sup>. Il est évident que les réductions spectaculaires des droits de douane résultant des négociations du GATT (8 % par an au cours des années 1950 et 1960) ont offert de nombreuses possibilités aux consommateurs sur le plan du prix et de la disponibilité (donc du choix) des marchandises<sup>44</sup>.

Dans ce contexte, il convient de noter que le paragraphe 13 des Principes directeurs stipule que : « Lors de l'application de tous règlements ou procédures assurant la protection du consommateur, il faudrait dûment veiller à ne pas en faire des obstacles au commerce international et à en déterminer la compatibilité avec les obligations auxquelles est assujéti ce commerce ». Il existe une tension intrinsèque entre les normes de produit et la libéralisation des échanges commerciaux, d'où l'importance de la clause du GATT relatives aux exceptions générales. L'examen de ces tensions est approfondi au chapitre IX, dans lequel il est également question des craintes des pays en développement qui ne voudraient pas voir utiliser les normes de sécurité contre eux. Outre la question des droits de douane, le GATT a, dès le début, autorisé l'adoption par les membres de mesures

<sup>41</sup> Secrétariat général de la présidence, Rapport au Président : Big data and privacy, a technological perspective, President's Council of Advisors on Science and Technology. Disponible sur [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast\\_big\\_data\\_and\\_privacy\\_may\\_2014.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/microsites/ostp/PCAST/pcast_big_data_and_privacy_may_2014.pdf).

<sup>42</sup> Voir [www.alrc.gov.au/sites/default/files/subs/745.\\_org\\_choice\\_submission.docx](http://www.alrc.gov.au/sites/default/files/subs/745._org_choice_submission.docx).

<sup>43</sup> OMC. Comprendre l'OMC. Voir [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>44</sup> OMC. Les années GATT : de La Havane à Marrakech. Voir [www.wto.org](http://www.wto.org).

de protection des consommateurs, même si elles constituent des obstacles au commerce. L'article XX de l'Accord (Exceptions générales) autorise l'adoption des mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » ou « se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ». L'interprétation généralement acceptée est qu'un pays peut appliquer aux produits importés les mêmes normes de sécurité qu'à ses propres produits et interdire s'il le faut l'entrée de certains produits. Toutefois, un pays ne peut pas prendre des mesures unilatérales contre les processus de production internes d'autres pays ni traiter différemment les produits locaux et les produits importés, par exemple en appliquant à ces derniers des normes plus strictes qu'aux produits de fabrication locale.

Il est possible que le bas niveau des droits de douane au moment de la rédaction du présent manuel a motivé l'intérêt de plus en plus marqué pour d'autres domaines, tels que les normes de produits, en particulier celles qui concernent la sûreté des produits, et les mesures réglementaires qui sont devenues le principal moyen de contrôle du commerce international des services, tel qu'il est régi par l'Accord général de l'OMC sur le commerce des services (AGCS). Un exemple souvent cité est le « critère de la nécessité » (art. 6.4 de l'AGCS) qui a pour but d'empêcher que des dispositifs réglementaires soient invoqués de manière fallacieuse pour faire obstacle aux échanges commerciaux. Ainsi, un nouveau débat a été déclenché, un débat qui a trait à l'harmonisation internationale des normes et des règlements. Toutefois, l'OMC a cessé d'être au cœur de ce débat. Au moment de la rédaction du présent manuel, l'attention porte surtout sur les dispositions du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP entre l'UE et les États-Unis), le Partenariat transpacifique (TPP, réunissant 12 pays du Pacifique) et l'Accord sur le commerce des services (entre l'Union européenne, les États-Unis d'Amérique et 21 autres pays). Des préoccupations ont été exprimées par la société civile, notamment les organisations de consommateurs, en ce qui concerne le caractère confidentiel des négociations et le fait qu'elles entrent dans le champ de la réglementation<sup>45</sup>. Sous leur nouvelle forme, les négociations visent à conclure des accords commerciaux préférentiels (ACPr) ou régionaux (ACR) ou des accords bilatéraux, le plus souvent entre pays riches et pays en développement. En 2006, 197 ACPr

incluant des engagements sur les services avaient été notifiés au GATT/OMC, 106 d'entre eux ayant été notifiés depuis 2000. En 2006, 197 ACPr comportant des engagements concernant les services avaient été notifiés au GATT/OMC, dont 106 depuis 2000. Selon une étude de l'OMC « il se peut fort bien que les négociations des ACPr aient quelque peu détourné les ressources et l'attention des négociations de Doha sur les services »<sup>46</sup>.

## E. CONCLUSION

L'évolution du droit en matière de protection du consommateur a été un processus complexe associant des dispositions constitutionnelles, des lois-cadres et une législation sectorielle. Le produit de cette synthèse devra évoluer à son tour pour faire face à l'interaction entre les lois et les politiques nationales et internationales, comme c'est le cas pour le droit commercial et le droit de la propriété intellectuelle. Les économies étant de plus en plus intégrées et les organismes de protection des consommateurs ayant du mal à suivre la progression rapide des nombreuses transactions de consommation transfrontières, la dimension internationale est présente à deux niveaux. Premièrement, il est d'autant plus nécessaire pour les pays de convenir de mécanismes pour la protection transfrontière des personnes ou de certaines catégories de consommateurs. Deuxièmement, aujourd'hui, les États négocient davantage au niveau régional que multilatéral.

<sup>45</sup> BEUC (Bureau européen des unions des consommateurs), 2016, *Transatlantic Trade Deal and Consumers*; BEUC, 2016, Factsheet: Trade in Services Agreement.

<sup>46</sup> M. Roy *et al.*, 2006, *Service Liberalization in the New Generation of Preferential Trade Agreements. How Much Further Than GATS?* (OMC, Division de la recherche et de l'analyse économiques).

## IV. Les organismes de protection du consommateur

### A. LES ORGANISMES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Les Principes directeurs ne sont pas normatifs en ce qui a trait à la manière dont sont structurés les organismes de protection des consommateurs ; par exemple le paragraphe 8 s'énonce ainsi : « Les États Membres devraient mettre en place ou maintenir l'infrastructure nécessaire pour élaborer et appliquer des politiques de protection du consommateur et en suivre la mise en œuvre ». Le terme « infrastructure » est plutôt bien choisi et l'analogie avec l'infrastructure physique se poursuit dans le paragraphe 32, dans lequel il est dit que les États Membres devraient « s'assurer que le mécanisme destiné à faire respecter [la législation relative aux poids et mesures] est adéquat » (on suppose qu'il en va de même pour d'autres lois). La section VI relative à la coopération internationale appelle à améliorer la coopération entre les institutions, de nouveau sans préciser de structures.

### B. LES FONCTIONS DES ORGANISMES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Lorsque le pouvoir à la fois normatif et administratif est délégué à un organisme, celui-ci peut avoir les fonctions suivantes :

- a) Appliquer les lois relatives à la protection du consommateur et à la concurrence ;
- b) Enregistrer certains types d'activités commerciales et délivrer des licences les concernant ;
- c) Publier des règles administratives pour réglementer la conduite des entités commerciales et assurer la protection des intérêts des consommateurs ;
- d) Conseiller le gouvernement sur les mesures à prendre pour protéger le consommateur ;
- e) Représenter les intérêts des consommateurs dans d'autres comités intergouvernementaux ;

- f) Informer les consommateurs et les entreprises de leurs droits et obligations au titre des lois pertinentes sur la protection des consommateurs ;
- g) Réaliser ou faire réaliser des études et enquêtes de marché sur des problèmes touchant à la protection du consommateur ;
- h) Réaliser ou faire réaliser des essais pour évaluer la sécurité et la qualité des produits et porter les résultats à la connaissance des consommateurs ;
- i) Gérer et/ou surveiller le fonctionnement des tribunaux de commerce ou d'autres mécanismes de médiation des réclamations des consommateurs ;
- j) Procéder à des consultations avec les parties prenantes afin de comprendre les problèmes des consommateurs et d'élaborer des politiques pour y porter remède ;
- k) Organiser des programmes d'éducation et d'information à l'intention du public, indépendamment des organisations de consommateurs ou des entités commerciales ou en collaboration avec elles ;
- l) Représenter les intérêts des consommateurs du pays lors de négociations internationales sur des affaires individuelles et des discussions des politiques internationales.

Toutes les fonctions susmentionnées ne sont pas exercées par tous les organismes de protection des consommateurs, mais, en général, la plupart d'entre elles le sont du moins potentiellement.

Ces organismes ne jouent pas un rôle à caractère interventionniste mais consultatif, consistant à veiller à ce que les entreprises et les consommateurs soient informés de leurs droits et responsabilités grâce à des programmes d'éducation et d'information. Ils jouent également un rôle de représentation au sein du gouvernement, consistant à faire des observations et des recommandations sur les lois relatives à la protection des consommateurs et d'autres lois connexes susceptibles d'avoir une incidence sur les intérêts des consommateurs. Comme on le verra plus loin, ce rôle peut conférer une grande notoriété publique.

Bien qu'il existe plusieurs modèles parmi lesquels choisir, les fonctions de tous les organismes de protection des consommateurs sont très similaires, qu'il s'agisse d'entités publiques ou d'entités autonomes. Certains organismes, bien qu'ayant une structure indépendante, dépendent du gouvernement pour leurs dépenses de fonctionnement et doivent faire rapport à un ministre ainsi qu'à l'assemblée ou au parlement du pays. Cela peut réduire leur indépendance, car des instructions pourraient à tout moment venir du gouvernement quant aux activités à privilégier ou pas. Cependant, cette reconnaissance officielle peut rendre ces organismes très influents, s'ils choisissent de s'en prévaloir.

### C. LES MODÈLES D'ORGANISATION POUR LES ORGANISMES DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Les Principes directeurs sont très souples et reconnaissent les différences de traditions et de géographie entre les pays, mettant l'accent sur les résultats plutôt que sur le détail des structures. En conséquence, les approches sont très diverses en ce qui concerne l'emplacement précis de la fonction de protection des consommateurs dans l'architecture institutionnelle du gouvernement, ce qui n'empêche pas d'identifier plusieurs types de structures.

Divers modèles ont été adoptés ; la protection du consommateur a été confiée, par exemple, à un département au sein du Cabinet du Premier Ministre, à un organisme séparé ou parfois à un ministère chargé de la consommation. Ce sont souvent des ministères ayant plusieurs portefeuilles qui en sont chargés<sup>47</sup>, par exemple les Ministères des affaires féminines (Autriche), de la science et du tourisme (Australie) et de l'enfance et des affaires familiales (Norvège). Les commissaires européens pour la protection du consommateur ont également détenu simultanément d'autres portefeuilles, y compris pour une courte durée, celui de la sûreté nucléaire. Même lorsque l'emplacement le plus « classique » est choisi, par exemple au sein du Ministère du commerce et de l'industrie, la même plainte revient sans cesse, à savoir que la responsabilité de la protection des consommateurs est englobée dans le cadre plus large de la promotion des entreprises. Cela peut causer des conflits au sein du ministère concerné, et c'est parfois la protection des consommateurs qui en sort affaiblie. On retrouve la même dynamique conflictuelle inhérente à ce type d'organisation dans les entités sectorielles. La crise financière a donné

lieu à de nouveaux appels au renforcement de la protection du consommateur, causant des conflits de juridiction entre les organismes chargés de protéger les consommateurs, d'une part, et les responsables de la surveillance prudentielle, de l'autre, soit dans les ministères compétents soit dans les banques centrales.

L'approche consistant à confier la protection des consommateurs à un organisme séparé plutôt qu'à un ministère est importante du point de vue de l'autonomie opérationnelle et de la perception du public. Même lorsqu'ils constituent une direction au sein d'un ministère, les organismes de protection des consommateurs peuvent jouir d'une grande notoriété publique et il y a eu une constante évolution en faveur d'une identité plus clairement définie de ces organismes aux yeux du public.

Il existe un autre modèle, dans lequel les mesures de protection du consommateur sont omniprésentes à tous les niveaux de la politique de l'État, la juridiction des organismes de protection des consommateurs s'étendant dans une mesure plus ou moins grande à tous les ministères sectoriels responsables, par exemple, de l'énergie, des télécommunications et de l'agriculture. C'est ce qui a été fait au Brésil et plus récemment au Pérou (voir ci-dessous)<sup>48</sup>. Ce modèle a été essayé au début du XXI<sup>e</sup> siècle en Égypte, où l'application intersectorielle de la loi relative à la protection des consommateurs a été supplantée par une application sectorielle au niveau des ministères sectoriels<sup>49</sup>. Le traité instituant l'Union européenne, telle que révisé en 1997 prévoit à l'article 153 que : « Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de la Communauté »<sup>50</sup>.

#### 1. Quelques exemples d'organismes publics faisant partie de ministères

En Inde, la Direction de la consommation, créée en 1997, fait partie du Ministère chargé de la consommation, de l'alimentation et de la distribution publique et est responsable du portefeuille de la protection des consommateurs.

<sup>47</sup> Consumers International, 2000, *Guidelines for Consumer Policy in Central and Eastern Europe*.

<sup>48</sup> Secretaria Nacional do consumidor (SENACON), 2015, *Código de Proteção e Defesa do Consumidor* (Ministerio de Justiça) ; L. Rodrigues Maia Pinto, 2002, *Consumer Protection in Brazil: A General View* (George Washington University).

<sup>49</sup> EC/SOFRECO, 2007, *Final Report: Support to the Implementation of a Consumer Protection Law and Regime in Egypt*.

<sup>50</sup> CE, 1997, version consolidée du traité instituant la Communauté européenne. Disponible sur <http://www.lexnet.dk/law/download/treaties/Ect-1997.pdf>.

Elle formule des politiques, veille à la disponibilité des produits essentiels, soutient le mouvement des consommateurs, supervise certains organes publics tels que le Bureau des normes indiennes et veille à la protection des consommateurs, au moyen, par exemple, de mesures de prévention des pratiques commerciales déloyales. Il existe en Inde diverses associations de consommateurs dynamiques et innovantes, qui sont les interlocuteurs de la Direction de la consommation.

En Nouvelle-Zélande et en Afrique du Sud, la protection des consommateurs relevait directement de certains ministères jusqu'à une date relativement récente. Ces deux pays disposent aujourd'hui d'organismes de protection du consommateur clairement identifiables – la Protection du consommateur au Ministère du commerce, de l'innovation et de l'emploi en Nouvelle-Zélande et la Commission nationale des consommateurs en Afrique du Sud. Ces organismes ne font pas partie de la fonction publique et s'acquittent des nombreuses fonctions liées à la protection des consommateurs dans le monde entier, la concurrence ayant été confiée à un organisme distinct.

En Amérique latine, les organismes nationaux du Brésil et du Chili ont acquis progressivement une grande notoriété publique, les institutions de ces deux pays ayant atteint une certaine maturité. Au Brésil, le Secrétariat national pour les consommateurs (SENACON) est un organisme du Gouvernement fédéral, qui relève du Ministère de la justice. Il a pour fonctions de recevoir, collecter et diffuser des informations et des conseils aux consommateurs, de promouvoir l'éducation des consommateurs, d'organiser des enquêtes sur les plaintes des consommateurs et de faire des recommandations à d'autres organismes gouvernementaux au sujet de la protection des consommateurs. En vertu du Code de protection du consommateur, qui a fêté son vingt-cinquième anniversaire en 2015, le SENACON coordonne le système de défense nationale des consommateurs, qui comprend les organismes provinciaux des consommateurs (les PROCON, qui effectuent une grande partie du travail sur des cas individuels), les défenseurs des droits du citoyen et les ministères compétents<sup>51</sup>.

En France, la Direction générale de la concurrence, la consommation et la répression des fraudes (DGCCRF) relève du Ministère de l'économie et des finances et dispose d'un vaste réseau de bureaux (96 en tout) dans tous les départements français. Elle est chargée de la réglementation concurrentielle des marchés (elle est habilitée à saisir l'autorité de la concurrence), de la protection économique des consommateurs (et

encourage notamment le développement de pratiques commerciales loyales), du respect des droits des consommateurs et de la sûreté des produits (par le biais, entre autres, du European Rapid Alert system, RAPEX et du Food and Feed Safety Alerts, RASSF). La compétence de la Direction générale s'étend à des secteurs particuliers tels que les transports, le tourisme et les services financiers. Elle formule des politiques et veille au respect des règles. Sa grande médiatisation lui a valu 4 millions de contacts en ligne en 2015.

Dans certaines républiques de l'ex-Union soviétique, la protection des consommateurs est confiée à un département ou à un organe au sein de ministères (généralement le ministère du commerce ou de l'économie) et a un profil bas dans le gouvernement. C'est le cas en Ouzbékistan, en Moldova, au Bélarus et au Turkménistan. En Moldova, un organisme a été créé en 2016 au Ministère de l'économie.

## 2. Les mécanismes de consultation

La protection des consommateurs ayant mûri en tant que discipline, les mécanismes de consultation sont plus largement acceptés. Par exemple, en Indonésie, la Direction de la protection des consommateurs, un organisme public relevant du Ministère du commerce depuis 1999, a encouragé les forums de consommateurs (lancés initialement par des ONG) dans des secteurs particuliers avec la participation d'associations de consommateurs, où les plaintes des consommateurs sont rendues publiques et des solutions sont proposées.

Les mécanismes de consultation peuvent, bien entendu, se situer à un niveau élevé du gouvernement et pas seulement au niveau des consommateurs. Certains pays ont mis en place des forums consultatifs à des niveaux très élevés.

Au Japon, le Conseil de la politique de consommation a été créé sous la tutelle du Cabinet du Premier Ministre, en vertu de la Loi fondamentale de 1968 sur la protection des consommateurs. Il est présidé par le Premier Ministre et comprend des ministres, qui ont tous un rôle dans l'élaboration de la politique de la consommation. Le Conseil a pour fonction d'établir le plan et le projet de texte énonçant les orientations de la politique gouvernementale de protection des consommateurs et de promouvoir les mesures de politique générale y afférentes. Il est lié au Conseil de la politique relative à la qualité de la vie, qui relève également du Cabinet du Premier Ministre et se compose de spécialistes de la protection des consommateurs, à savoir des chercheurs et des représentants des organisations de consommateurs et des principaux secteurs d'activités. Il étudie et

<sup>51</sup> SENACON, op. cit.

discute les questions relatives à la politique de protection des consommateurs. Comme c'est le cas ailleurs, un organe exécutif officiel national de la consommation, financé par le gouvernement et les centres de consommation dans toutes les préfectures des grandes villes, s'occupe des plaintes des consommateurs, des essais de produits, de l'éducation et de l'information des consommateurs.

En Thaïlande, le Conseil pour la protection des consommateurs a été créé en 1979 au titre de la loi sur la protection des consommateurs. Il relève du Cabinet du Premier Ministre, qui le préside. Cette structure a ceci d'inhabituelle qu'elle fait intervenir à la fois la plus haute fonction ministérielle et la responsabilité de l'exécutif. Toutefois, les fonctions de ce conseil sont similaires à celles de nombreux autres organismes de protection des consommateurs et consistent notamment à traiter les plaintes des consommateurs, à diffuser des informations sur les biens et services pouvant constituer un danger pour les consommateurs, à tenter des actions en justice en cas de violations des droits des consommateurs, à accréditer les associations de consommateurs et à soumettre au Conseil des ministres des avis sur les politiques et les mesures. Cette dernière fonction est naturellement facilitée par le fait que cet organisme fait partie du Cabinet du Premier Ministre.

### 3. L'autonomie opérationnelle

Reconnaissant la vulnérabilité de la protection des consommateurs face aux forces politiques et commerciales plus générales, certains pays ont opté pour le modèle de l'organisme officiel, créé par la loi, ayant des pouvoirs et des fonctions spécifiques en matière de protection des consommateurs, jouissant d'une grande autonomie opérationnelle et souvent représenté par un directeur général de haut niveau. Ces organismes ont tendance à avoir une plus grande visibilité que des bureaux équivalents situés dans des ministères, même lorsqu'ils sont rattachés à un ministère de tutelle.

Au Mexique, la Procuraduria Federal del Consumidor (PROFECO) est le principal organisme gouvernemental chargé de la protection des consommateurs et est placée sous l'égide du bureau du Procureur fédéral. Il est habilité à servir de médiateur dans les litiges, à enquêter sur les plaintes des consommateurs, à ordonner des auditions, à imposer des amendes et à effectuer des inspections chez les commerçants afin de contrôler les prix. Il est présent dans chacun des 31 États fédéraux, en plus de la capitale, depuis 1982. Il a souvent été extrêmement compliquée d'assurer l'autonomie opérationnelle dans la pratique à cause de la dichotomie entre ce qui est national et ce qui

est local ; les politiques sont généralement nationales, mais la mise en œuvre a toujours une dimension locale.

En Europe centrale et orientale, il était urgent de décider où se situerait la responsabilité de la protection des consommateurs après l'effondrement du communisme à la fin des années 1980 et au début des années 1990, à un moment où des systèmes nouveaux ont dû être mis au point rapidement, à mesure que les pays s'orientaient vers une économie de marché. Dans ces pays en transition, des tensions n'ont pas tardé à surgir entre des institutions basées sur des services d'inspection des marchés locaux et des organismes chargés de l'élaboration des politiques à un haut niveau, désireux de laisser davantage agir les forces du marché.

Une solution possible de ce dilemme est de confier la surveillance du marché à un seul organisme national, comme cela a été fait dans les années 1990 en Hongrie, où l'Inspection générale de la protection des consommateurs a été chargée de la surveillance du marché sous la direction d'une autorité centrale. Cette approche rappelle celle de la France suivant laquelle la DGCCRF (voir ci-dessus) procède à la surveillance des marchés au niveau local, même s'il s'agit d'un organisme national. En revanche, au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, ce sont les municipalités locales élues, et plus précisément les responsables chargés des normes commerciales, qui sont traditionnellement responsables de la surveillance des marchés locaux (bien qu'une fonction plus centrale soit en train d'être élaborée). La surveillance des marchés locaux semble être confiée à des organismes nationaux principalement lorsque les administrations publiques sont fondées sur un système préfectoral, comme c'est le cas en France et dans la Fédération de Russie. Par contre, la tradition privilégiant les administrations locales, comme on l'a vu pour le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, s'est développée en Pologne, où l'« ombudsman » local pour la protection des consommateurs a un rôle très important. C'est le terme « ombudsman », avec ses connotations indiquant qu'il est du côté du citoyen ordinaire, qui a renforcé l'idée que ce médiateur veille sur les intérêts du peuple. À ce sujet, il faut noter qu'en Amérique latine, le médiateur des services publics est connu sous le nom de *El Defensor del Pueblo* (Défenseur du peuple) et que, dans certains pays, notamment en Équateur, il est devenu une personnalité publique importante dans un laps de temps relativement court. Le concept de l'ombudsman est apparu en Suède, où l'organisme de protection des consommateurs (Konsumentverket) est une instance gouvernementale dont le Directeur général est également le médiateur pour les questions

de consommation. Le Konsumentverket est habilité à représenter les intérêts des consommateurs en vertu de diverses lois relatives à la protection des consommateurs. Il soutient et utilise les travaux des centres locaux de conseil aux consommateurs dans l'ensemble du pays et administre le Conseil national pour les plaintes des consommateurs, l'organisme compétent en matière de réparation. Comme en Pologne, les données factuelles des affaires traitées à l'échelon local sont prises en compte dans la politique nationale. Le concept de médiateur est examiné de manière plus approfondie au chapitre XI.

#### 4. Le lien avec la politique de concurrence

La question de savoir si la protection des consommateurs et la politique de concurrence doivent relever d'organismes séparés ou d'un seul et même organisme soulève d'autres problèmes. Au lendemain des changements spectaculaires survenus dans la région, l'approche adoptée par la Pologne et certains pays de l'ex-Union soviétique, dont la Fédération de Russie, le Kazakhstan et la Géorgie, a consisté à créer un comité étatique antimonopole autonome, chargé à la fois de la politique de concurrence et de la protection des consommateurs<sup>52</sup>. En 1996, l'Office antimonopole polonais est devenu l'Office de la concurrence et de la protection des consommateurs. En revanche, en Fédération de Russie, la protection du consommateur, qui relevait du Comité antimonopole, a été confiée à un organisme autonome, le Rospotrebnadzor<sup>53</sup>. Le Kazakhstan a suivi l'exemple de la Fédération de Russie et a créé son Comité de la protection du consommateur en 2015 au sein du Ministère de l'économie nationale, la concurrence ayant été confiée à un organe distinct.

Il est intéressant de noter que la convergence qui s'est produite en Pologne dans les années 1990 n'est pas très différente de celle observée en Australie, où les deux fonctions – protection des consommateurs et concurrence – ont été réunies. Certains pays ont donc opté pour la convergence et d'autres pour la séparation de ces deux fonctions, mais la tendance à attribuer, non sans difficulté, une plus grande visibilité aux organismes responsables de la concurrence se maintient. Le rôle de la politique de concurrence est

examiné au chapitre VII. On trouvera ci-après des exemples d'organismes autonomes de protection des consommateurs (dotés de pouvoirs réglementaires englobant la concurrence et la protection des consommateurs).

La Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC) est une autorité fédérale indépendante, créée en 1995 pour administrer la loi de 1974 sur les pratiques commerciales (désormais englobée dans la loi de 2010 sur la concurrence et la consommation) et d'autres lois visant à promouvoir le commerce équitable. L'ACCC est le seul organisme national en Australie qui soit responsable des pratiques commerciales anticoncurrentielles et déloyales, des fusions ou acquisitions d'entreprises, de la sûreté des produits et de la responsabilité du fait des produits et de l'accès de tiers à des installations d'importance nationales, telles que les réseaux de télécommunications. Son action dans le domaine de la protection des consommateurs complète celles des organismes chargés des questions de consommation au niveau des États et des territoires. Bien que la présence de l'ACCC au niveau local se limite à avoir des bureaux dans les capitales des États, la Commission accepte des plaintes directement des consommateurs et jouit d'une très grande notoriété publique.

La Commission fédérale du commerce (FTC) est un organisme indépendant créé en 1915 aux États-Unis d'Amérique. Elle a pour mission de protéger les consommateurs et de promouvoir la concurrence. Elle s'acquiesse de son mandat par l'intermédiaire de trois grandes divisions chargées respectivement de la protection du consommateur, de la concurrence et de l'économie – et met en œuvre plus de 70 lois et réglementations fédérales. La Division de la protection du consommateur, notamment de la protection de la vie privée et de la sécurité des données, protège les consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales et trompeuses ou frauduleuses ; pour cela elle mène des enquêtes sur des entreprises et des secteurs d'activités, intente des procès devant les tribunaux administratifs et fédéraux et formule des règles. En outre, la FTC reçoit les plaintes du public, donne des conseils aux consommateurs et aux entreprises et obtient souvent réparation et ou des remboursements. Elle veille aussi à l'application de la législation antitrust (ou des lois sur la concurrence), des lois interdisant les fusions anticoncurrentielles et autres pratiques commerciales qui restreignent la concurrence et sont préjudiciables pour les consommateurs. La Division de l'économie de la FTC effectue des analyses économiques à l'appui de la protection des consommateurs et des questions antitrust. La FTC a sept bureaux régionaux et un Bureau de la recherche et de l'investigation

<sup>52</sup> Pour une analyse plus détaillée de cette période, voir T. Timberg, 2002, The role of anti-monopoly committees in the former Soviet Union, *Demokratizatsiya: The Journal of Post-soviet Democratization* 5(2):291-297.

<sup>53</sup> Bien que le Rospotrebnadzor jouisse d'une grande visibilité au niveau national, il existe (au moment de la rédaction du présent manuel) des bureaux régionaux, sous le même toit que les bureaux de l'agence responsable de la sécurité sanitaire des aliments et de la santé publique.

technologiques, qui fournit des compétences techniques et réalise des travaux de recherche sur les incidences de la technologie et du changement technique sur les consommateurs.

Au Pérou, l'Institut national de défense de la concurrence et de la protection de la propriété intellectuelle (INDECOP) supervise un grand nombre de domaines, notamment ceux de la protection du consommateur, de la concurrence, de l'élimination (simplification) des lenteurs bureaucratiques, des mesures antidumping (application du code de l'OMC en la matière) et de la propriété intellectuelle. L'Institut est un « organisme public spécialisé », qui relève du Cabinet du Premier Ministre et a le « statut d'organe indépendant de droit public interne ». Il jouit d'une « autonomie fonctionnelle, technique, économique, budgétaire et administrative ». Son indépendance dans la gestion de ses ressources lui permet d'avoir un vaste champ d'action. Depuis sa création en 1992, il a acquis une grande notoriété et est actuellement l'une des institutions publiques les plus respectées du pays<sup>54</sup>.

L'Association des consommateurs chinois (CCA) est une organisation quasi-étatique, qui n'a pas de membre à titre individuel et remplit une fonction d'intérêt public. En 2014, aux termes d'une modification de la loi relative à la protection des consommateurs chinois (initialement adoptée en 1993), plusieurs changements importants ont pris effet. Dans la loi modifiée, la CCA est définie comme étant une « organisation sociale », plutôt que comme une association. Avec son nouveau statut juridique, la CCA est autorisée pour la première fois à être financée par l'État et à participer activement au processus législatif. Outre les fonctions de règlement des litiges prévues par l'ancienne loi, la CCA et ses représentations dans les provinces sont habilitées à engager des procédures d'action collective contre tout comportement considéré comme préjudiciable aux consommateurs. La CCA est, en fait, un département de l'Administration nationale de l'industrie et du commerce (SAIC). Elle est responsable de l'application de la législation antimonopole, bien que la plupart de ses actions publiques concernent plutôt l'application de la législation sur la sûreté des produits.

## 5. Les organismes publics non régis par la loi

Comme on l'a vu plus haut, de nombreux organismes ministériels ont assumé des fonctions d'écoute et de consultation des consommateurs. La protection des consommateurs n'étant plus limitée aux poids et mesures et à la surveillance de base des marchés

et s'étendant désormais au champ plus vaste de la politique économique et sociale, un discours plus souple est apparu, qui englobe un plus grand nombre d'intervenants publics et encourage la discussion dans les médias. Certains des organismes concernés ont réussi à acquérir une haute visibilité et ont un certain franc-parler, bien qu'ils soient financés par des fonds publics. Ces organismes publics autonomes n'ont pas de pouvoir conféré par la loi et peuvent seulement faire des recommandations, en se fondant généralement, sur leurs travaux de recherche et sur l'analyse des plaintes du public.

À Fidji, le Conseil de la consommation a été créé par la loi de 1976 en tant qu'organe officiel financé par le Gouvernement. Il a un rôle consultatif et pas de pouvoir de répression. Il a notamment pour fonctions de conseiller les ministres et de leur faire des recommandations, de soumettre des observations au Gouvernement ou de témoigner lors d'enquêtes, de réunir, de compiler et de diffuser des informations, de conseiller et d'aider les consommateurs et de soutenir et de suivre les poursuites légales que ces derniers envisagent d'engager ou ont engagé. Il est très connu du public et mène des campagnes d'information sur les services financiers et la nutrition, par exemple. Ses négociations avec les banques sur l'élaboration de codes de bonnes pratiques pour la protection des consommateurs ont été particulièrement suivies par le public<sup>55</sup>.

Le Conseil des consommateurs de Hong Kong (Chine), le HKCC, a été créé en tant qu'organe officiel en 1974. Il n'a pas de pouvoirs de répression. Ses fonctions consistent à recueillir, recevoir et diffuser des informations sur les biens, les services et le logement. Il examine les plaintes par l'intermédiaire de son réseau de centres locaux, qui dispensent des conseils aux consommateurs, y compris aux visiteurs venus de la Chine continentale. Il conseille le Gouvernement de Hong Kong (Chine) ou toute autre branche de l'administration publique et a été entendu, par exemple, lors d'auditions très médiatisées dans la presse et à la télévision, dans le cadre de l'examen de grande portée du ministère chargé de la politique énergétique effectué en 2014-2015 par le Gouvernement de Hong Kong (Chine)<sup>56</sup>. Le Conseil encourage les entreprises et les associations professionnelles à établir des codes de bonnes pratiques, ce qui est particulièrement important dans la RAS de Hong Kong (Chine) où il n'y a pas de loi

<sup>54</sup> Voir <http://www.greatplacetowork.com.pe/storage/documents/suplemento-gptwperu-2014baja.pdf>.

<sup>55</sup> P. Kumar, 2013, The case of Fiji: Irresponsible lending practices in consumer credit markets, dans Consumers International, *Responsible Lending: An International Landscape*.

<sup>56</sup> HKCC, 2014, *Searching for New Directions; a Study of Hong Kong Electricity Market*.

sur la protection des consommateurs. Le HKCC a joué un rôle très important durant la crise financière de 2008, car il a donné des conseils à des milliers de consommateurs. La vente de mini-obligations, par exemple, a été la cause de quelque 20 000 plaintes de consommateurs, et le HKCC a soutenu une action en justice grâce à son fonds d'aide juridique aux consommateurs<sup>57</sup>.

## D. L'ÉVOLUTION DU CHAMP DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Depuis le début du millénaire environ, ce sont les organismes de réglementation sectoriels, (surtout dans le secteur des services), plutôt que les organismes de protection des consommateurs qui sont responsables de la protection des consommateurs dans leurs domaines respectifs. C'est particulièrement évident dans le secteur des services publics, tels que l'approvisionnement en eau et en énergie, en particulier lorsque les entreprises prestataires changent de main et lorsque les organismes de réglementation ont le pouvoir de réglementer les opérateurs privés.

Les changements ont été particulièrement visibles dans deux domaines. Premièrement, dans les télécommunications, l'érosion du monopole de la téléphonie fixe par suite de la croissance de la téléphonie mobile a mené les autorités de la concurrence à resserrer la réglementation du secteur, à mesure que s'érodait son statut de monopole naturel. Deuxièmement, depuis le début de la crise financière, les pouvoirs des organismes de réglementation ont été renforcés et les consommateurs font l'objet d'une plus grande attention ; en effet, la réglementation prudentielle a été séparée de la réglementation des pratiques financières, en particulier aux États-Unis d'Amérique et au Royaume-Uni.

Cependant, l'évolution rapide de la technologie et les mesures prises par les gouvernements pour tenter de suivre le mouvement sont à l'origine d'autres évolutions. Les télécommunications cessent d'être un simple service de communication pour devenir un secteur multifonction regroupant les services d'information et de communication, si bien que les organismes de communication, comme OFCOM au Royaume-Uni, regroupent les télécommunications et d'autres services, tels que la large bande. En outre, la progression rapide des services bancaires mobiles, en particulier dans les pays en développement, font converger les services financiers et les télécommunications. Les décideurs nationaux se

trouvent devant un dilemme, celui de savoir si la réglementation doit faire partie de la réglementation financière ou de celle des communications. En Inde et en Afrique du Sud, l'argent mobile est considéré comme relevant des fonctions de la Banque centrale. Au Kenya son utilisation est largement régie par l'autorégulation. Des préoccupations se dessinent au Kenya devant la position dominante des opérateurs qui fournissent à la fois des services de télécommunications et des services financiers, problème qui inquiète encore plus dans le pays voisin, la Somalie, où la téléphonie mobile est l'un des rares vecteurs de communication qui fonctionne dans des conditions commerciales.

Ces changements constituent des défis considérables pour les organismes nationaux et d'autres entités, telles que le G20 et le Conseil de stabilité financière, qui s'efforcent d'élaborer des directives internationales pour y faire face. La nécessité de la protection des consommateurs a été abordée de plusieurs manières, notamment en s'adressant directement aux entreprises au moyen de directives internationales telles que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et les Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale (ISO 26000), comme le montre le chapitre VI consacré à la conduite des entreprises.

## E. CONCLUSION

Il n'existe pas de modèle idéal d'organisme de protection des consommateurs, car il est normal que ces organismes soient structurés en fonction de l'histoire et de la géographie. Il est toutefois possible de dégager certaines tendances. La première est que les organismes de protection des consommateurs qui fonctionnent de manière autonome tendent à acquérir une grande notoriété, ce qui leur permet d'être en contact avec les consommateurs et de tenir directement compte de leur réalité dans l'élaboration des politiques. À cet égard, une présence locale d'un type ou d'un autre est un grand avantage, car de nombreux marchés restent locaux, en particulier pour les pauvres, en dépit de la complexité des relations commerciales électroniques modernes. Il est intéressant de noter que la plupart des organismes situés dans les ministères sont bien connus du public, comme d'autres d'ailleurs, décrits ci-dessus, qui ont une position plus autonome sur le plan formel ou juridique. La forme précise de l'architecture institutionnelle choisie ne semble pas être le facteur déterminant pour assurer la reconnaissance de ces organismes par le public ; ce qui importe c'est que cette reconnaissance soit possible.

<sup>57</sup> Connie Lau, 2013, presentation to International Forum on Justice ; et Consumer Rights (Wuhan, Chine).

La deuxième tendance est que bien que le lien entre les questions relatives à la concurrence et à la protection des consommateurs soit variable, la logique à long terme du changement technologique et de l'évolution du commerce porte à conclure que la protection des consommateurs se limitera de moins en moins aux transactions de détail pour se situer en amont parmi les questions structurelles. Le développement de la réglementation sectorielle laisse penser que la dimension structurelle de la protection du consommateur est de plus en plus reconnue au niveau de chaque secteur d'activités. Avec la montée en puissance des vecteurs de communication (commerce électronique, commerce mobile), une approche convergente englobant les questions de concurrence et de structure deviendra indispensable.

Une source d'encouragement est que les organismes de protection des consommateurs se montrent disposés à expérimenter des méthodes très diverses pour communiquer avec les consommateurs grâce au progrès technologique, et à recevoir de ces derniers des informations en retour, tant individuellement que collectivement.

---

## V. Les associations de consommateurs

### A. LES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Les Principes directeurs se réfèrent plusieurs fois au rôle des associations de consommateurs et notamment : au paragraphe 1 e) de la section « Objectifs », qui invite les gouvernements à « faciliter la constitution d'associations de défense des consommateurs indépendantes » (ce qui pourrait supposer un soutien financier) ; et au paragraphe 5 h), qui mentionne parmi les « besoins légitimes » la nécessité de garantir la « liberté de constituer des associations ou des organismes de défense des consommateurs et autres et [la] possibilité, pour ces associations et autres organismes, de faire valoir leurs vues dans le cadre des processus de prise de décisions les concernant ». Les Principes directeurs mentionnent spécifiquement le rôle des associations de consommateurs dans la surveillance des « pratiques préjudiciables » (par. 21) et des « affirmations ou informations environnementales trompeuses » (par. 30), ainsi que dans l'éducation des consommateurs (par. 42), notamment dans les programmes d'éducation portant sur l'environnement (par. 45), et dans l'élaboration de codes sectoriels (par. 31). Selon le paragraphe 35, les États Membres devraient « promouvoir et assurer la disponibilité de services chargés de procéder à des essais pour vérifier et certifier la sûreté, la qualité et la conformité des biens de consommation et services essentiels », ce qui suppose l'inclusion éventuelle d'organismes d'essais, bien que cela ne soit pas précisé.

Depuis leur révision en 2015, les Principes directeurs mentionnent la participation des associations de consommateurs dans les mécanismes de règlement des litiges et de leur réparation (par. 41) et élargissent cette participation au secteur de l'énergie (par. 76). En bref, les Principes directeurs confirment le rôle de la société civile dans la protection des consommateurs.

### B. LES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS DANS L'ÉCONOMIE MODERNE

Comme on l'a vu au chapitre III, la participation des associations de consommateurs à la protection de ces

derniers est largement acceptée. Leur mandat, qui est de représenter les intérêts des consommateurs, est défini par :

- Les constitutions des pays ;
- Les lois relatives à la protection des consommateurs ;
- Les documents nationaux de politique générale concernant la protection des consommateurs ;
- Les mécanismes de réparation, tels que les tribunaux de commerce et les mécanismes alternatifs de règlement des litiges ;
- Les organes de médiation sectoriels ;
- Les procédures réglementaires sectorielles ;
- Les codes de bonnes pratiques ;
- Les comités nationaux bénéficiant d'un soutien de l'État.

Les autorités n'ont pas toujours reconnu le rôle des associations de consommateurs, bien qu'à travers l'histoire les mouvements de consommateurs aient été encouragés par l'État quand il a fallu régler le rationnement des denrées alimentaires et d'autres ressources. Par exemple, la Première Guerre mondiale a vu se créer des associations de consommateurs dans toute l'Europe centrale, en réponse aux vicissitudes de cette période.

Aujourd'hui, les États continuent de soutenir les associations de consommateurs de plusieurs manières, parfois en apportant un concours financier aux organismes autonomes, dont certains sont examinés ci-après, mais parfois aussi en intervenant plus directement, comme en Chine, où les consommateurs ont été encouragés à porter plainte et se sont vu offrir des incitations financières pour cela. L'Association des consommateurs chinois joue donc pour le Gouvernement le rôle « de gendarme, ... de lanceur d'alerte et d'avocat du peuple », pour reprendre la description qu'en donne Frank Trentmann<sup>58</sup>.

Tout au long de l'histoire, il y a eu des manifestations spontanées de consommateurs motivées, en particulier, par des pénuries alimentaires. Ces

<sup>58</sup> F. Trentmann, 2016, *Empire of Things: How We Became a World of Consumers From the Fifteenth Century to the Twenty-First* (Allen Lane).

manifestations ont déclenché les révolutions française et russe, par exemple<sup>59</sup>. On peut considérer que la notion plus différenciée de droits des consommateurs a son origine dans l'industrialisation, qui, avec la spécialisation, a séparé les producteurs des consommateurs. Pendant les premières années, le mouvement s'est traduit par la création de magasins de coopératives de consommateurs dans des pays très différents comme dans la Grande-Bretagne industrielle du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle et, un peu plus tard, en Allemagne, en France et en Italie. Le Japon aussi a eu ses adeptes du modèle coopératif, et des coopératives financières existaient déjà au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>60</sup>.

Aux États-Unis d'Amérique et en Argentine, un autre modèle est apparu, basé sur la création de coopératives de consommateurs et d'agriculteurs (dont certaines fonctionnent encore) pour développer des services publics, tels que l'approvisionnement en eau et en électricité<sup>61</sup>. C'est peut-être pour faire écho à cette période de l'histoire que le paragraphe 36 b) demande aux États Membres d'envisager, en ce qui concerne les « circuits de distribution des biens de consommation et services essentiels », de « promouvoir la création de coopératives de consommateurs et des activités commerciales connexes, [...], en particulier dans les zones rurales ». Plus récemment, des coopératives de services publics ont été créées dans les zones rurales du Bangladesh, des Philippines et de Sri Lanka et certaines associations de consommateurs ont monté des coopératives de consommateurs, par exemple à Mumbai<sup>62</sup>.

L'Union des consommateurs des États-Unis d'Amérique a été créée durant les années 1930<sup>63</sup>. Ses rapports et son bulletin d'information sur les questions intéressant les consommateurs sont lus par environ 7 millions d'abonnés. Le professeur Robert Mayer a fait remarquer que la santé du mouvement des consommateurs aux États-Unis d'Amérique était robuste, notant qu'en 2012, il y avait huit associations ayant des recettes annuelles de plus de 2 millions de

dollars des États-Unis<sup>64</sup>. L'Union des consommateurs avait des revenus de 250 millions de dollars et trois autres organisations avaient un budget supérieur à 8 millions de dollars. Ce modèle consistant à publier des évaluations techniques détaillées indépendantes de produits de consommation, est l'une des exportations les plus réussies de l'Amérique du Nord vers le reste du monde. L'Association des consommateurs du Royaume-Uni, avec une aide financière initiale de leurs collègues d'Amérique du Nord, s'est développée au cours des années 1950 et a réussi à avoir un nombre massif de membres, grâce à ses essais de produits. À son apogée, sa revue, *Which* comptait 1 million de membres. Le niveau de pénétration du marché le plus élevé au monde a été atteint en Belgique et aux Pays-Bas, qui ont affiché le plus grand pourcentage de ménages intéressés par les revues spécialisées dans les essais de produits. Les associations qui publient ce genre de revues ont, à un moment ou à un autre, commencé à être financées par les abonnements à leurs publications, suivant des critères commerciaux, sans cesser d'être à but non lucratif. Quelques revues spécialisées dans les essais de produits ont été lancées par le Gouvernement en Norvège, en Suède et en Autriche, et leur financement provient à la fois des abonnements et des subventions publiques. Certaines associations de consommateurs ont été renforcées par la participation active des syndicats et des associations de locataires, la France étant un exemple à cet égard.

Les essais de produits sont fondamentalement coûteux, si bien qu'il était logique que les associations de consommateurs mettent en commun leurs ressources dans le cas des produits disponibles sur les marchés internationaux. Après une période de consultation et de coopération bilatérale entre les associations, certaines des organisations d'essais de produits disposant des budgets les plus importants se sont regroupées en 1990 pour former l'International Consumer Research and Testing (ICRT), un consortium mondial composé de 35 organisations de consommateurs dans 33 pays et consacré à l'exécution conjointe de travaux de recherche et d'essais dans l'intérêt des consommateurs<sup>65</sup>. Les membres de l'ICRT effectuent conjointement plus de 50 essais majeurs et de nombreux essais de moindre portée chaque année et peut réduire sensiblement les coûts pour les petites organisations puisque leurs ressources sont mises en commun.

Dans les pays en transition d'Europe centrale et orientale, les dépenses à engager pour les essais et les conditions plus instables ont rendu plus

<sup>59</sup> S. Schama, 1989, *Citizens* (Penguin) dans P. Bushkovitch, 2012, *A Concise History of Russia* (Cambridge).

<sup>60</sup> F. Trentmann, op. cit.

<sup>61</sup> F. Ruiz-Mier et M. van Ginneken, 2006, *Consumer Cooperatives: An Alternative Institutional Model for Delivery of Urban Water Supply and Sanitation Services?* Water Supply and Sanitation Working Note n° 5 (Washington, Banque mondiale).

<sup>62</sup> S. Ochieng, 2008, *Enhancing Access to Sustainable Energy in Developing Countries* (Séoul, ISO/COPOLCO).

<sup>63</sup> Pour un historique et une analyse plus détaillés du mouvement des consommateurs aux États-Unis d'Amérique, voir R. Mayer et R. Herrmann, 1997, *Encyclopaedia of the Consumer Movement* et L. Cohen, 2010, Colston E. Warne lecture: Is it time for another round of consumer protection? The lessons of twentieth century, *Journal of Consumer Affairs*, 44(1):234-246.

<sup>64</sup> R. Mayer, 2012, The US consumer movement: A new era amid old challenges, Colston Warne lecture.

<sup>65</sup> ICRT, 2016, *International Organizations*.

difficile le lancement et le maintien régulier de revues spécialisées dans les essais de produits, même sur les grands marchés comme en Fédération de Russie. Dans cette région, les associations de consommateurs ont souvent tiré leur légitimité de « clubs » locaux, s'appuyant parfois sur des associations d'enseignement ménager, ce qui leur permettait d'être directement en contact avec le public avant l'avènement de l'économie de marché. On retrouve ce même lien avec des associations locales dans le cas de l'Association des consommateurs chinois ; en 2010, plus de 3 250 associations de consommateurs au niveau des comtés et plus de 156 000 associations locales, avaient accepté quelque 12,5 millions de plaintes de consommateurs<sup>66</sup>.

Il est possible de retracer l'évolution du « mouvement » des consommateurs dans le monde en observant la progression du nombre de membres de Consumers International, dont les initiateurs en 1960 étaient cinq associations de pays à économie de marché : États-Unis d'Amérique, Royaume-Uni, Australie, Belgique et Pays-Bas. Les premiers pays membres étaient au nombre de 16. Dans les années 1980, Consumers International comptait plus de 50 pays parmi ses membres. À la fin du XX<sup>e</sup> siècle, les associations de consommateurs ont pris leur essor en Asie, en Afrique et en Amérique latine et, en 2000, Consumers International était composé de 225 associations de 115 pays, une composition qui n'a quasiment pas changé depuis.

Le « consumérisme » associé à la « mondialisation » a été critiqué ces dernières années, et nombreux sont ceux qui ont vu dans la notion de consommation responsable un moyen de mobiliser le pouvoir des consommateurs à des fins éthiques, comme le respect de l'environnement et des normes du travail. En fait, le débat sur la consommation responsable ne date pas d'aujourd'hui et remonte, par exemple, au boycott « du sucre des esclaves » au XIX<sup>e</sup> siècle. Ce débat se poursuit à l'échelle mondiale et les pays en développement voient avec beaucoup d'ambivalence l'inquiétude exprimée par les pays développés au sujet de leurs conditions de travail et de l'état de leur environnement, en particulier quand cette inquiétude est exprimée dans le contexte de différends commerciaux et de négociations commerciales sur l'accès aux marchés. Les associations pourraient jouer un rôle important à cet égard. Les questions d'éthique peuvent être soulevées par des organisations non gouvernementales (ONG) sans que leur bonne foi soit mise en cause, mais lorsque ces mêmes questions

sont soulevées par des négociateurs commerciaux, on peut y voir un protectionnisme à peine voilé.

## C. LES FONCTIONS DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS

Il ressort des exemples donnés plus haut que l'idée que les associations de consommateurs ont un rôle à jouer dans la protection des consommateurs repose sur les principes suivants :

- Il faut un acteur indépendant sans affiliation politique et commerciale pour faire connaître les questions ayant des incidences sur les consommateurs ;
- Les vues des personnes sous-représentées, y compris les personnes n'ayant pas voix au chapitre et défavorisées, doivent être entendues, afin de remédier aux disparités qui existent entre les consommateurs et les entreprises en termes de pouvoir de négociation, de connaissances et de ressources ;
- Les associations doivent avoir une base d'adhérents très représentative et jouir d'un large soutien populaire pour pouvoir représenter les intérêts des consommateurs<sup>67</sup> ;
- La prise de décisions, les consultations et les associations elles-mêmes doivent être participatives de manière à s'inscrire dans un processus démocratique.

En fonction de leur origine et de l'environnement dans lequel elles opèrent, les associations de consommateurs ont joué, comme on l'a vu plus haut, des rôles divers dans la défense des intérêts des consommateurs. Leurs rôles pourraient se résumer comme suit :

- a) Fournir des informations indépendantes sur les produits et les services (en particulier sur les résultats des essais ou des enquêtes) et organiser des activités éducatives pour permettre aux consommateurs de faire des choix en connaissance de cause et de consommer de manière responsable ;
- b) Organiser des campagnes sur des questions spécifiques pour permettre aux consommateurs d'exprimer leurs vues et de démontrer leur force collectivement. Il peut s'agir de l'organisation de groupes de pression auprès du parlement, de campagnes de presse, de campagnes de

<sup>66</sup> Y. Yu et R. Simpson, 2013, International Forum on Justice and Consumer Rights (University of Wuhan, China).

<sup>67</sup> Toutefois, il faut faire attention à ne pas décourager les nouvelles associations qui font tout juste leurs débuts. Ce point sera examiné plus loin dans le présent manuel.

collecte de signatures ou de lettres et même de boycotts et de rassemblements<sup>68</sup> ;

- c) Conseiller individuellement les consommateurs au sujet de leurs plaintes et donner suite à ces plaintes ; donner des conseils et obtenir réparation. Cela peut aller de la participation à des instances de règlement de litiges, aux procès d'intérêt public intentés au nom des consommateurs ;
- d) Engager un dialogue avec le gouvernement et les entreprises afin d'informer, de persuader ou de négocier au nom des consommateurs. Il peut s'agir, par exemple, d'organiser des ateliers et des séminaires sur des questions données afin de présenter aux décideurs, aux entreprises et aux médias d'autres opinions que les leurs sur ces questions ;
- e) Faire entendre le point de vue des consommateurs dans des comités officiels, tels que ceux organisés par les organismes de réglementation des services publics ou les auditions sur la crise des services financiers ;
- f) Mener des enquêtes et des travaux de recherche pour étudier les problèmes rencontrés par les consommateurs en ce qui concerne, notamment, l'incidence des politiques gouvernementales, et porter les résultats de ces enquêtes et travaux à la connaissance des consommateurs, des décideurs et des médias.

Le mode de fonctionnement des associations de consommateurs varie considérablement, le plus souvent en fonction de la situation économique du pays. Dans les pays où le consommateur est relativement instruit et aisé, le rôle principal de ces associations a consisté à effectuer des essais comparatifs et à fournir des informations solides aux consommateurs. Des millions de consommateurs sont abonnés à leurs magazines et aux services en ligne (plus prisés aujourd'hui que les magazines). Dans les pays en développement, la démarche des associations de consommateurs vise plutôt la satisfaction des « besoins fondamentaux » ; par exemple, au niveau local, elles s'engagent dans l'éducation et l'autonomisation des consommateurs pour leur faire connaître leurs droits, et au niveau national elles défendent et représentent les consommateurs dans certains domaines. Il est intéressant de noter que la satisfaction des besoins fondamentaux et la satisfaction des besoins des plus riches empruntent de plus en plus les mêmes circuits,

<sup>68</sup> Les boycotts téléphoniques sur vingt-quatre heures ont été particulièrement efficaces comme outil de sensibilisation dans des pays aussi divers que le Pérou, le Liban et le Portugal.

du fait qu'une multitude de sites Web permettent au consommateur de choisir, par exemple, son propre système de gestion énergétique – un service de plus en plus important offert par des associations en Europe à leurs adhérents. Cette mise en commun des ressources pour fournir un service rappelle les coopératives de consommateurs d'antan, bien que l'un des problèmes des anciennes coopératives pour la politique publique était de savoir comment aider les non-adhérents, qui figurent souvent parmi les personnes les plus pauvres.

#### **D. L'INDÉPENDANCE DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS**

Pour être crédible, les associations de consommateurs doivent impérativement être indépendantes aussi bien des entreprises que des partis politiques<sup>69</sup>.

Il peut s'avérer difficile pour les organisations de défense des consommateurs de concilier viabilité financière et indépendance. Alors que dans les pays développés l'assise financière d'un grand nombre d'associations de consommateurs est solidement assurée par les abonnements à leurs revues et a remarquablement résisté à la crise financière<sup>70</sup>, dans les pays en développement, les associations de consommateurs ne peuvent compter sur un aussi grand nombre d'abonnements réguliers : l'essentiel de leur financement provient souvent de sources extérieures, ce qui les rend vulnérables aux restrictions appliquées par les organismes donateurs (dont parfois leurs propres gouvernements). Les associations de consommateurs doivent constamment trouver un juste équilibre à cet égard.

#### **E. LA REPRÉSENTATIVITÉ DES ASSOCIATIONS DE CONSOMMATEURS**

Dans la plupart des régions du monde, les associations de consommateurs n'ont plus à lutter pour être reconnues comme représentantes des consommateurs. C'est désormais un droit reconnu par la loi et protégé dans beaucoup de pays, mais pas dans tous, et dans les Principes directeurs des

<sup>69</sup> L'article 12.1 de la Charte de Consumers International mentionne le rôle indépendant attendu des associations de consommateurs.

<sup>70</sup> Le recours aux services de nombreuses associations de consommateurs s'est intensifié durant la crise financière pour des raisons évidentes, mais il n'y a pas eu de travaux de recherche systématiques pour déterminer s'il en est résulté une augmentation du nombre d'adhérents.

Nations Unies pour la protection des consommateurs (par. 1 e) et 5 h)). Ce mandat doit toutefois être exercé de manière responsable. C'est la crédibilité de toute une organisation qui est en jeu quand une association est appelée à représenter les intérêts des consommateurs. Les points suivants doivent être pris en compte quand une association agit en sa qualité de représentant des consommateurs.

### 1. Les adhérents

Les consultations sont une caractéristique essentielle de toute représentation authentique et efficace. En l'absence d'un nombre important d'adhérents et de mécanismes de consultation bien établis, la représentativité d'une association de consommateurs peut être compromise. Les organisations de consommateurs ayant un nombre limité d'adhérents peuvent-elles véritablement prétendre représenter les intérêts des consommateurs ? Les associations de consommateurs peuvent-elles mieux réussir que les entités publiques à fixer des priorités, définir des objectifs réglementaires et mettre en œuvre des stratégies ? Beaucoup d'organisations s'efforcent d'être représentatives. Pour l'être, il peut être utile qu'elles aient beaucoup d'adhérents et des mécanismes permettant de les consulter, mais en matière de reconnaissance, il faut être prudent. Les petites organisations ont du mal à avoir un rôle représentatif à leurs débuts, surtout lorsqu'elles sont créées pour répondre rapidement à un problème soudain, comme une urgence de santé publique, par exemple.

### 2. Les organisations concurrentes

Dans certains pays, un grand nombre d'associations se font concurrence, chacune prétendant être le représentant légitime du mouvement des consommateurs. Qui décide qui représentera les intérêts des consommateurs ? Dans certains pays, c'est l'organisme de réglementation qui décide quelle association sera reconnue et financée, conférant ainsi de la légitimité à cette association. En conséquence, cette association risque d'être « prise en otage », dans le sens qu'elle peut se sentir obligée de faire en sorte que le point de vue du consommateur soit « acceptable » pour les autorités de réglementation qui l'ont sélectionnée. Il est à craindre que ces groupes modifient leur mode opérationnel pour rester « légitimes » aux yeux de leurs gouvernements. À l'inverse, les groupes qui critiquent les organes du gouvernement et suscitent leur méfiance peinent souvent à accéder aux informations nécessaires et à être inclus dans le processus de consultation. Leur exclusion limite la portée de leur processus de prise

de décisions et empêche l'expression d'une diversité de points de vue.

### 3. Les intérêts rivaux

Les groupes de consommateurs s'efforcent tous de représenter les intérêts de ces derniers, mais l'action d'un groupe représente rarement, sinon jamais, les intérêts de tous les consommateurs. En effet, les intérêts des différentes catégories de consommateurs (regroupés par nationalité, origine ethnique, lieu de résidence, emploi, sexe, âge ou revenu) peuvent être contradictoires, ce qui signifie qu'il faut faire un choix entre les intérêts à représenter ou, à tout le moins, les classer par ordre de priorité. Un sujet qui divise de plus en plus est le niveau d'instruction. Étant donné que des produits financiers de plus en plus complexes, sont vendus en ligne notamment sur les téléphones cellulaires, les risques augmentent pour les consommateurs qui savent à peine lire, écrire et compter. Ce sont les consommateurs à revenu élevé qui bénéficient le plus des mesures visant à diversifier les choix de consommation en rendant l'information plus accessible. Ces mesures risquent même de défavoriser les consommateurs à faible revenu. Cette question est analysée plus en détail au chapitre XV sur les services publics de distribution.

Le point essentiel à ne pas perdre de vue est que l'intérêt des consommateurs n'est pas monolithique. Les conflits peuvent être assez aigus, comme, par exemple, celui qui oppose les ménages déjà reliés aux réseaux d'électricité et d'eau (qui bénéficient de toute baisse des tarifs) et ceux qui ne sont pas encore connectés (pour lesquels les frais de raccordement sont ce qui importe le plus). Dans ce contexte, les intérêts des non consommateurs (c'est-à-dire ceux qui ne sont pas connectés aux réseaux) ne seront pas pris en compte si seuls les intérêts des clients de ces services sont pris en considération.

### 4. La qualité et la compétence

L'ampleur et la complexité des questions de consommation ont augmenté au fil des années et les représentants des consommateurs doivent mobiliser toutes les compétences qu'il faut s'ils veulent représenter comme il se doit les intérêts des consommateurs.

Le problème est particulièrement aigu dans le cas des groupes de consommateurs qui ne disposent pas de ressources suffisantes pour entreprendre ou commander des travaux de recherche ou qui n'ont qu'un accès limité à l'information, comme c'est souvent le cas dans les pays les plus pauvres. Toutefois, il ne faut pas en conclure que les

consommateurs doivent s'abstenir de former des associations tant qu'ils ne disposent pas de ressources financières importantes. Certaines ONG très efficaces et courageuses sont nées des frustrations causées par des questions spécifiques et urgentes dont le traitement ne nécessitait pas (du moins pas initialement) la constitution de dossiers scientifiques approfondis. On peut citer l'action des associations créées en réponse au manque d'accès aux services de base ou à une situation inquiétante d'insécurité, par exemple les activités de MAMA'86, l'association des femmes ukrainiennes créée pour protester contre le manque de transparence des informations fournies après la catastrophe de Tchernobyl en 1988 et faire connaître les préoccupations suscitées par la sécurité de l'approvisionnement en eau<sup>71</sup>. En 2006-2007, le Réseau associatif des consommateurs de l'énergie (RACE) au Cameroun a protesté contre le manque d'accès à l'électricité malgré les assurances reçues au moment de l'octroi d'une concession pour fournir de l'énergie à l'industrie de l'aluminium<sup>72</sup>. Il convient de noter que ces mouvements apparaissent pour répondre à des questions spécifiques et on ne peut s'attendre à ce que les associations soient présentes sur tous les fronts, ce que même les organisations les mieux dotées en ressources ont du mal à faire.

### 5. Les conflits d'intérêts et le financement

Une question complexe se pose au sujet du rôle des représentants des organisations de consommateurs, celle de savoir s'ils devraient accepter une rémunération pour jouer ce rôle. Le financement par un secteur d'activités ou le gouvernement pose des problèmes évidents d'indépendance. Plusieurs solutions à ce dilemme ont été appliquées depuis la dernière révision du présent manuel. Comme on l'a vu au chapitre IV, certains organismes de consommateurs financés par l'État ont réussi à maintenir leur visibilité et leur autonomie dans l'élaboration des politiques. Un exemple de solution possible au problème de l'indépendance consiste à créer un service de médiation et de représentation financé par tout un secteur d'activités et comprenant éventuellement des représentants des consommateurs, le financement étant assuré par une redevance générale versée dans un fonds permanent, si bien qu'aucun lien n'existerait entre une entreprise spécifique et un organisme de consommateurs donné. Une petite fraction des factures de services publics des consommateurs

suffirait à financer ce système, comme cela est fait des commissions de réglementation de l'énergie aux États-Unis et dans les provinces canadiennes, pour couvrir le financement de la représentation des consommateurs aux auditions sur les tarifs<sup>73</sup>. Une autre approche a été adoptée dans l'ex-Union soviétique : les ONG sont financées par les amendes versées par les entreprises reconnues coupables de violation de la loi sur la protection des consommateurs<sup>74</sup>.

Ces procédures pourraient être renforcées par une reconnaissance (le cas échéant, dans la législation) du droit des associations de consommateurs d'être représentées lors de la prise de décisions importantes touchant à la réglementation ; il faudrait peut-être aussi imposer au régulateur l'obligation de consulter des représentants des consommateurs, sans toutefois aller jusqu'à en faire des membres de l'organe de réglementation. Dans la mesure où être membre de l'organe de réglementation signifie prendre des décisions devant rester confidentielles, les représentants des consommateurs devenus membres de ces organes ne pourraient pas partager certaines informations avec les personnes qu'ils représentent.

En outre, la représentation des consommateurs au cas par cas a été facilitée par diverses sources de financement, comme les amendes, dont un pourcentage est utilisé pour financer les associations de consommateurs. S'il est vrai que l'attribution de ces fonds est indépendante des protagonistes, l'association concernée risque d'être moins motivée à s'adapter et à adopter des modes alternatifs de règlement des litiges. À tout le moins, les associations de consommateurs s'attendraient à ce que les frais de justice soient couverts lorsqu'elles représentent les consommateurs. Dans plusieurs États, c'est une pratique de longue date, notamment en Europe orientale et centrale.

## F. CONCLUSION

Le chapitre III a attiré l'attention sur la disparition des barrières séparant les organismes de protection des consommateurs et les associations de consommateurs, les premiers ayant de plus en plus recours aux consultations et étant devenus plus ouverts aux points de vue des consommateurs. Dans certains cas, cette évolution est consacrée dans des traités, comme le traité de la CARICOM, qui reconnaît

<sup>71</sup> Voir M. Muller, M. van Ginneken et R. Simpson, 2008, *Ways to Improve Water Services by Making Utilities More Accountable to Their Users* (Banque mondiale).

<sup>72</sup> RACE, 2008, *Énergie Info, bulletin bimestriel d'information et de liaison des consommateurs de l'énergie*.

<sup>73</sup> M. Lazzarini, 2004, *Improving utilities*, allocution prononcée à la Banque mondiale.

<sup>74</sup> Ouzbékistan, Moldova et Bélarus, au moment de la rédaction du présent manuel.

le Conseil des consommateurs des Caraïbes<sup>75</sup>. De leur côté, les associations de consommateurs assument de plus en plus de responsabilités dans la vie publique. La capacité d'ester en justice leur est de plus en plus reconnue. Dans l'Union européenne, cela fait pas mal de temps déjà qu'elles peuvent demander des injonctions dans l'intérêt général des consommateurs pour empêcher les commerçants d'agir illégalement au regard des directives applicables à la protection des consommateurs<sup>76</sup>. Le professeur Fernandez Arroyo a indiqué en 2012 que, dans l'Union européenne, les systèmes allemand, espagnol, français, grec, italien et slovène permettaient que les intérêts des consommateurs soient représentés devant les tribunaux par une association de consommateurs « distincte des consommateurs eux-mêmes », et qu'il en allait de même au Brésil<sup>77</sup>. Dans certains États membres de l'Union européenne, les associations de consommateurs jouent un rôle dans l'application de la législation relative à la protection des consommateurs, aux côtés des organismes publics. Par exemple, en Allemagne, les Verbraucherzentralen (centres de conseil au consommateur) peuvent agir en collaboration avec des groupements professionnels. Au Royaume-Uni, le « super mécanisme » de plaintes a été utilisé par des associations de consommateurs pour déclencher des enquêtes officielles et s'est avéré d'une efficacité remarquable. Il y a donc eu sur le long terme une tendance au consensus en ce qui a trait au rôle des associations de consommateurs.

---

<sup>75</sup> Traité de Chaguaramas, 2001. Voir aussi P. McClaren, 2011, présentation à l'École d'été en droit de la consommation, Université du Québec, Montréal.

<sup>76</sup> Directive de l'Union européenne 98/27, art. 1<sup>er</sup> à 3, par exemple.

<sup>77</sup> D. Fernandez Arroyo, 2012, Consumer protection in international private relations: General report, paru dans C. Lima Marques *et al.*, *The Global Financial Crisis and the Need for Consumer Regulation* (Association de droit international).

---

## VI. Le comportement des entreprises

### A. LE COMPORTEMENT DES ENTREPRISES DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

L'un des objectifs des Principes directeurs est d'« encourager les personnes qui s'occupent de la production de biens et de services et de leur distribution aux consommateurs à adopter des normes de conduite strictes » (par. 1 c)), ce qui touche à l'essence même des relations entre producteurs et consommateurs.

La version révisée des Principes directeurs contient un nouveau volet important dans la section IV, consacrée aux « principes devant régir les pratiques commerciales » (par. 11). Cette section fixe un cadre de référence pour la conduite des activités des entreprises en ligne et hors ligne. Une bonne partie des questions qui y sont traitées figurent également ailleurs dans les Principes directeurs ; il existe notamment des chevauchements quant au fond avec la section V.A, « Politiques nationales de protection du consommateur », qui s'adresse aux gouvernements et dont le premier alinéa préconise la promotion de bonnes pratiques commerciales (par. 14 a)). L'importance de la nouvelle section IV réside dans le fait que, contrairement aux versions précédentes des Principes directeurs, elle s'adresse expressément aux entreprises plutôt qu'aux gouvernements. L'application des Principes directeurs aux entreprises publiques (par. 2) est également un élément important, car c'est une reconnaissance claire du lien existant entre les activités commerciales des États et les principes régissant la protection des consommateurs.

Le texte de cette section IV est reproduit intégralement dans l'encadré 1 où les chapitres correspondants des Principes directeurs et du manuel sont également indiqués.

À l'exception de la question importante de la vie privée, plusieurs des éléments nouveaux figurant dans le paragraphe 11 apparaissaient déjà ou du moins étaient évoqués dans la version précédente des Principes directeurs, mais ils y étaient éparpillés dans différentes sections, en particulier la section V. C intitulée « Promotion et protection des intérêts économiques des consommateurs ». Outre la nouvelle section mentionnée ci-dessus, le comportement des entreprises est également traité au paragraphe 9,

qui souligne à nouveau que « toutes les entreprises devraient respecter les lois et règlements des pays où elles opèrent ». D'autres principes pertinents figurent dans les paragraphes suivants : a) le paragraphe 18 qui se réfère à l'obligation de notification des produits présentant des risques ; b) le paragraphe 25 qui porte sur la fourniture de pièces de rechange et les services après-vente ; c) les paragraphes 26 et 27 qui développent en détail les principes énoncés dans la section IV ; d) les paragraphes de la section V.F sur le règlement des litiges et la réparation qui développent le contenu du paragraphe 11 f) reproduit dans l'encadré 1 ; e) le paragraphe 46 qui encourage la participation des entreprises à des programmes d'information et d'éducation du consommateur ; f) le paragraphe 50 selon lequel « il incombe aux entreprises de promouvoir des modes de consommation durables aux stades de la conception, de la production et de la distribution des biens et services » ; et enfin, g) la section H, dans laquelle les entreprises sont encouragées à maintes reprises à prendre part à la promotion générale de modes de consommation durable.

Les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur abordent l'autoréglementation dans le paragraphe 31 : « Les États Membres devraient, eu égard à leur contexte national, promouvoir la formulation et l'application par les entreprises, en coopération avec les organismes de défense des consommateurs, de codes sur la promotion des ventes et autres pratiques commerciales, de sorte que les consommateurs bénéficient d'une protection adéquate. Les entreprises, les associations de consommateurs et les autres parties intéressées pourraient en outre conclure des accords volontaires conjoints. Les codes devraient recevoir toute la publicité voulue ». Cette question est examinée plus loin dans le présent chapitre.

Le Rapport de 2013 de la CNUCED sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur fait état brièvement de codes et d'accords d'autoréglementation, en faisant remarquer qu'ils ont été encouragés par les organismes de protection des consommateurs et adoptés par le secteur privé. Il s'agit entre autres de l'autoréglementation de la publicité en Colombie et des pratiques de commercialisation des cosmétiques, des produits alimentaires et des boissons destinées aux enfants au Mexique. Comme on le verra au chapitre X, le Royaume-Uni a largement recours à

**Encadré 1. Section IV des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur – Principes devant régir les pratiques commerciales**

11. Les principes ci après constituent un cadre de référence pour la conduite des activités des entreprises dans leurs relations commerciales en ligne et hors ligne avec les consommateurs :

**a) Traitement juste et équitable**

Les entreprises devraient se comporter avec loyauté et honnêteté à l'égard des consommateurs à tous les stades de leur relation et intégrer cette règle de conduite dans leur culture d'entreprise. Elles devraient s'abstenir de toute pratique préjudiciable aux consommateurs, en particulier aux consommateurs vulnérables et défavorisés.

(voir Principes directeurs : sect. V.B sur la sécurité physique ; manuel de la CNUCED : chap. IX consacré à la sûreté des produits et à la responsabilité du fait des produits)

**b) Pratiques commerciales**

Les entreprises devraient s'abstenir de recourir à des pratiques commerciales illégales, contraires à l'éthique, discriminatoires, ou trompeuses, telles que des techniques de vente abusives, des procédures de recouvrement de créances abusives ou tout autre comportement inapproprié susceptible de faire encourir un risque ou un préjudice indu aux consommateurs. Les entreprises et leurs agents agréés devraient tenir dûment compte des intérêts des consommateurs et avoir pour responsabilité d'ériger en objectif le respect des mesures de protection des consommateurs.

(voir Principes directeurs : sect. V.J sur les services financiers ; manuel de la CNUCED : chap. XIV sur les services financiers)

**c) Communication d'informations et transparence**

Les entreprises devraient communiquer des informations complètes, précises et non trompeuses sur les biens et les services, les modalités, les conditions, les charges applicables et le coût final afin de permettre aux consommateurs de prendre des décisions en toute connaissance de cause. Elles devraient veiller à ce que ces informations, en particulier celles relatives aux principales modalités et conditions, soient aisément accessibles, quelle que soit la technologie employée.

(voir Principes directeurs : sect. V.C sur la promotion et la protection des intérêts économiques et la section V.J sur les services financiers ; manuel de la CNUCED : chap. X sur l'information et l'éducation des consommateurs)

**d) Éducation et sensibilisation**

Les entreprises devraient, selon que de besoin, mettre au point des programmes et dispositifs qui aident les consommateurs à acquérir les connaissances et compétences requises pour comprendre les risques encourus, notamment financiers, prendre des décisions éclairées, et obtenir des conseils et une aide de professionnels compétents, de préférence d'une tierce partie indépendante, si nécessaire.

(voir Principes directeurs : sect. G sur la promotion et la protection des intérêts économiques et la section V.J sur les programmes d'éducation et d'information, en particulier le paragraphe 46 ; manuel de la CNUCED : chap. X sur l'information et l'éducation des consommateurs)

**e) Protection de la vie privée**

Les entreprises devraient protéger la vie privée des consommateurs au moyen d'un ensemble de mécanismes de contrôle, de sécurité, de transparence et de consentement pour la collecte et l'usage de leurs données personnelles.

(voir Principes directeurs : par. 5 k) et 66 g) ; manuel de la CNUCED : chap. XIII sur la protection de la vie privée et des données personnelles)

**f) Plaintes et litiges**

Les entreprises devraient mettre à la disposition des consommateurs des mécanismes d'examen des plaintes qui garantissent un règlement équitable, transparent, peu coûteux, accessible, rapide et efficace de leurs litiges sans qu'ils aient à supporter de coûts ou charges indus. Elles devraient envisager de souscrire aux normes nationales et internationales concernant l'examen des plaintes en interne, les modes alternatifs de règlement des litiges et les codes sur la satisfaction de la clientèle.

(voir Principes directeurs : sect. V.F sur le règlement des litiges et les réparations ; manuel de la CNUCED : chap. XI sur le règlement des litiges et les réparations)

Source : CNUCED.

l'autoréglementation de la publicité, y compris en ce qui a trait à la promotion des ventes et à la vente directe.

En Suisse, l'autorégulation a été une initiative entièrement privée et, selon le rapport de la CNUCED, les résultats sont très satisfaisants<sup>78</sup>. Bien que la législation suisse n'exige pas de codes de commercialisation ou d'autres pratiques commerciales, le secteur de la commercialisation a élaboré son propre code, qui se fonde sur la loi fédérale contre la concurrence déloyale. En cas d'infraction à ce code, le consommateur peut déposer une plainte auprès d'une commission privée qui statue sur l'éventuelle violation. Cette commission est l'organe exécutif de la Fondation suisse pour les pratiques commerciales loyales, dont les membres sont les principales organisations et associations privées du secteur de la commercialisation en Suisse<sup>79</sup>.

## B. LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES

Les entreprises devraient se comporter en bons citoyens. Cette notion de responsabilité sociale des entreprises (RSE) a divers aspects, qui vont au-delà des transactions entre les consommateurs et les entreprises et touchent, par exemple, aux droits de l'homme et aux questions environnementales. Il y a eu un regain d'intérêt pour la RSE depuis la parution de la dernière révision du présent manuel, qui est à l'origine de textes importants, tels que la norme ISO 26000 contenant des lignes directrices en matière de responsabilité sociale des entreprises<sup>80</sup> et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales<sup>81</sup>.

Toutefois, la notion de RSE n'est pas nouvelle. Il y a eu des « employeurs modèles » en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle, et avant cela il y avait eu le village industriel modèle de Robert Owen à New Lanark, en Écosse, un projet utopique, qui a été transposé plus tard aux États-Unis. Les années 1920 ont vu se développer le concept d'investissement socialement responsable, qui a refait surface ces dernières années. Il a déjà été

mentionné au chapitre V que le mouvement coopératif des consommateurs s'est développé en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>82</sup>. Les coopératives industrielles sont encore assez répandues dans le pays basque, pour citer un exemple bien connu, et les coopératives sont encore reconnues par l'Union européenne comme représentantes des consommateurs.

La notion de RSE a des racines encore plus profondes que les concepts commerciaux modernes. En 2016, dans son tour d'horizon de la question, Christopher Hodges s'est inspiré du contrat social de Rousseau et de l'entreprise citoyenne de John Rawls<sup>83</sup>. Le concept de RSE se propage en Inde, où il s'enrichit de la philosophie de Gandhi et de son principe du « rôle de gardien » des citoyens, qui ne sont pas propriétaires du monde mais en ont seulement la garde. Laxmitant Sharma soutient que le devoir de philanthropie est lié au concept de responsabilité sociale, ce qui n'empêche pas les entreprises de promouvoir la croissance et le développement de nouveaux marchés<sup>84</sup>.

### 1. Définitions de l'Union européenne de la responsabilité sociale des entreprises

Dans sa communication de 2011, l'Union européenne présente une définition simplifiée de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) comme étant « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société » et indique ce qu'une entreprise doit faire, « au-delà des obligations juridiques » pour s'acquitter de cette responsabilité<sup>85</sup>. L'Union avait précédemment défini la RSE comme « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »<sup>86</sup>. Certains ont déploré le net changement d'orientation de la nouvelle définition, qui ne met plus l'accent sur le caractère volontaire de la RSE, mais, plus succincte que la précédente, elle est conforme aux principes et lignes directrices internationales reconnus dans ce

<sup>78</sup> CNUCED, 2013, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur* (1985-2013) – Note du secrétariat de la CNUCED.

<sup>79</sup> Voir <http://www.lauterkeit.chapter/komm1F.htm>.

<sup>80</sup> ISO 26000, 2010, *Responsabilité sociétale* (2010, révisée et confirmée en 2014). La norme ISO 26000 ne se limite pas aux entreprises mais s'adresse également aux « organisations », y compris aux gouvernements.

<sup>81</sup> OCDE, 2011, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales : Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*.

<sup>82</sup> F. Trentmann, 2016, *Empire of Things* (Allen Lane).

<sup>83</sup> C. Hodges, 2016, *Law and Corporate Behaviour* (Hart) ; J. Rawls, 1971, *A Theory of Justice* (Harvard) ; A. Sen, 2009, *The Idea of Justice* (Allen Lane).

<sup>84</sup> L. Sharma, 2015, Relevance of Gandhian Ideology: Philanthropy to CSR, *International Research Journal of Humanities, Language and Literature* 2(3). Voir aussi A. V. Joseph, 2009, *Successful Examples of CSR*, *Indian Journal of Industrial Relations* 44(3).

<sup>85</sup> CE, 2011, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, communication de la Commission (25 octobre).

<sup>86</sup> CE, 2011, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle définition, un nouveau programme d'action*, Memo/11/730 (25 octobre).

domaine, comme les principes directeurs de l'OCDE<sup>87</sup> et les documents de l'ISO. L'Union ne considère pas que la notion de RSE se limite aux biens acquis lors d'une transaction de vente au détail, mais qu'elle s'étend également aux services, y compris les services publics<sup>88</sup>.

## 2. La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale

En 2002, le Comité de l'ISO pour la politique en matière de consommation a proposé une norme novatrice en matière de RSE. Le processus de négociation a suscité énormément d'intérêt – l'une des réunions a attiré 400 participants. 70 pays ont participé, ainsi que quelque 80 spécialistes de la consommation (y compris des délégations nationales), 30 organisations de liaison et 6 groupes de parties prenantes. La norme ISO 26000 a été publiée en novembre 2010<sup>89</sup>.

C'était la première fois que l'ISO reconnaissait que les questions relatives au consommateur sont « centrales » en termes de responsabilité sociale, mais il est important de reconnaître que la norme ISO 26000 a une portée beaucoup plus étendue que cela. Les questions centrales de la norme ISO concernent :

- La gouvernance de l'organisation ;
- Les droits de l'homme ;
- Les relations et conditions de travail ;
- L'environnement ;
- La loyauté des politiques ;
- Les questions relatives aux consommateurs ;
- La participation des collectivités et le développement local.

La norme ISO 26000 ne donne pas lieu à des certifications. C'est-à-dire qu'elle ne contient pas de critère quantifiable et mesurable permettant de déterminer si une entreprise a « réussi » ou « échoué ». Elle contient plutôt des lignes directrices, élaborées par consensus au sein du comité. Puisqu'elle ne fixe pas de cible précise (contrairement aux normes alimentaires, par exemple) elle ne peut constituer un obstacle aux échanges commerciaux – aucun gouvernement ne peut interdire l'importation de tel

ou tel produit au motif que le fabricant ne respecte pas la norme ISO 26000 dans son processus de production<sup>90</sup>. Pour éviter tout malentendu sur la nature de la nouvelle norme, l'ISO s'est exprimée très clairement sur ce point :

« La présente norme internationale n'est pas une norme de système de management. Elle n'est pas destinée ni appropriée à des fins de certification ou à une utilisation réglementaire ou contractuelle. Toute offre de certification, ou prétention de certification selon l'ISO 26000 serait une mauvaise représentation de l'intention et de l'objectif de cette norme internationale. Étant donné que la présente norme internationale ne contient pas d'exigences, une telle certification ne serait pas une preuve de conformité à la présente norme internationale »<sup>91</sup>.

S'agissant du chapitre consacré aux questions relatives aux consommateurs, la norme ISO 26000 s'est inspirée des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur comme cadre de référence. Outre le fait que cette norme reprend le principe des « besoins légitimes » faisant partie des Principes directeurs, elle énonce les quatre principes suivants :

- Le respect du droit à la vie privée : notion reprise de la Déclaration universelle des droits de l'homme (principe examiné au chapitre XII du présent manuel) ;
- Le principe de précaution : extrait de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (principe examiné au chapitre IX) ;
- La promotion de l'égalité hommes-femmes et l'autonomisation des femmes : principe extrait de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies ;
- La promotion d'une conception universelle des produits les rendant utilisables par tous, en particulier par les personnes handicapées.

S'appuyant sur l'ensemble de ces principes, le chapitre consacré aux questions relatives aux consommateurs définit les domaines d'action suivants :

- Pratiques loyales en matière de commercialisation, d'informations et de contrats ;
- Protection de la santé et de la sécurité des consommateurs ;

<sup>87</sup> OCDE, 2011, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*.

<sup>88</sup> J. Knopf *et al.*, 2011, *CSR Compendium: Public Policies in the European Union* (Adelphi).

<sup>89</sup> J. Vitt, 2011, Consumers care: Access to information for more sustainable markets, *ISO Focus* (3 mars) ; S. Homer, 2007, ISO WG social responsibility, presentation to ISO COPCLCO/DEVCO training workshop on social responsibility (Vienne).

<sup>90</sup> Toutefois, plusieurs organisations de normalisation nationales ont mis au point des normes certifiables pour leur propre pays ; c'est le cas du Danemark et des Pays-Bas, par exemple.

<sup>91</sup> ISO, 2010, *Découvrir ISO 26000*.

- Consommation durable ;
- Service après-vente, assistance et résolution des réclamations et litiges ;
- Protection des données et de la vie privée des consommateurs ;
- Accès aux services essentiels ;
- Éducation et sensibilisation.

Ces domaines d'action cadrent manifestement avec les Principes directeurs, mais à l'époque, ces derniers n'incluaient ni le respect de la vie privée ni l'accès aux biens et services essentiels, ce qui signifie que, de ce point de vue-là, la norme ISO 26000 avait une longueur d'avance et l'inclusion de ces deux éléments dans la version révisée des Principes directeurs l'a confirmé.

### 3. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales

La version révisée des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales a été adoptée en 2011, mais ne mentionne pas la norme ISO 26000. Elle propose des orientations sur les droits de l'homme, l'emploi et les relations professionnelles, l'environnement, la lutte contre la corruption, la sollicitation de pots-de-vin et autres formes d'extorsion, les intérêts des consommateurs, la science et la technologie, la concurrence et la fiscalité. Les questions relatives aux consommateurs, ainsi que les droits de l'homme, l'environnement et les questions touchant à l'emploi figurent tant dans les principes de l'OCDE que dans la norme ISO. On pourrait dire que, dans les grandes lignes, l'OCDE décrit des principes et des politiques, alors que l'ISO propose des orientations détaillées sur les pratiques à adopter.

### 4. La notion de responsabilité sociale des entreprises progresse-t-elle ?

Il ne fait aucun doute que la RSE gagne du terrain. En effet, alors qu'en 1992 le nombre de rapports communiqués par les entreprises multinationales sur leurs progrès dans ce domaine était proche de zéro, ces rapports étaient au nombre de 4 000 environ en 2010<sup>92</sup>. Quelque 600 entreprises de l'Union européenne avaient signé le Pacte mondial des Nations Unies (sur les droits de l'homme, l'environnement et les normes de travail) en 2006 et environ 1 900 en 2011. En 2006, 270 entreprises multinationales avaient publié des rapports sur la durabilité de leurs opérations et 850

en 2011)<sup>93</sup>. Cependant, il reste encore beaucoup de chemin à parcourir, car il y existe aujourd'hui environ 82 000 entreprises multinationales.

Parmi les initiatives nationales au sein de l'Union européenne qui sont signalées dans le rapport sur la RSE (CSR Compendium) figurent : un plan d'action danois, une législation espagnole établissant des exigences de transparence et des indicateurs de performance, en coopération avec le Conseil d'État pour la responsabilité sociale des entreprises. Dans les pays scandinaves et aux Pays-Bas, l'accent a été fortement mis sur la chaîne d'approvisionnement, ce qui établit un lien avec la vente au détail aux consommateurs. Le Conseil économique et social des Pays-Bas a lancé l'Initiative internationale sur la responsabilité sociale des entreprises, appelant les commerçants et industriels néerlandais à promouvoir activement des pratiques responsables le long des chaînes d'approvisionnement, en se fondant sur les recommandations de l'OIT, de l'OCDE et de la Chambre de commerce internationale (CCI). Il est possible que des pays similaires adoptent des approches différentes. En République tchèque, un prix national de qualité a été modifié pour y inclure parmi les critères de sélection le choix de chaînes d'approvisionnement responsables. La fondation slovaque Pontis décerne le prix Via Bona aux projets encourageant la transparence des entreprises au-delà des exigences législatives et réglementaires<sup>94</sup>.

La lenteur avec laquelle les États exposent leurs propres services ou les entreprises publiques à la notion de responsabilité sociale est fréquemment critiquée, encore que l'Espagne ait progressé dans ce domaine. Il y a eu un vaste débat sur l'introduction de prescriptions rendant obligatoire la publication de rapports sur la RSE, et le Bureau Européen des unions de consommateurs (BEUC) a demandé instamment à l'Union européenne de prendre des dispositions dans ce sens<sup>95</sup>.

Selon un rapport de 2012 basé sur une étude des entreprises de Fortune 500 aux États-Unis, autour du début du millénaire, une douzaine seulement environ de ces entreprises divulguaient des renseignements sur la durabilité de leurs opérations. En 2012, la majorité d'entre elles le faisaient<sup>96</sup>. Les Nations Unies

<sup>92</sup> Knopf *et al.*, op. cit.

<sup>93</sup> CE COM (2011) 681 final, op. cit. ; Le Pacte mondial des Nations Unies découle de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, de la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, de la *Déclaration de Rio sur le développement et l'environnement* et de la *Convention des Nations Unies contre la corruption*.

<sup>94</sup> Knopf *et al.*, op. cit.

<sup>95</sup> J. Vitt et U. Pachl, 2010, Towards a European CSR framework, document de travail en prévision du forum multipartite sur la RSE.

<sup>96</sup> *Time*, 2012, Why companies can no longer afford to ignore their social responsibilities (28 mai).

y sont pour quelque chose avec l'adoption, en 2011, par le Conseil des droits de l'homme, des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, qui s'articulent autour de trois piliers connus sous le nom de « Principes de Ruggie » :

- Protéger : devoir de l'État de protéger les droits de l'homme ;
- Respecter : obligation des entreprises de respecter les droits de l'homme ;
- Réparer : accès à un recours pour les victimes d'abus commis par des entreprises.

Ces principes sont particulièrement pertinents compte tenu de l'importance croissante accordée par les consommateurs à titre individuel ou par l'intermédiaire de leurs associations à la dimension éthique des achats et à l'information sur les produits.

Certains commentateurs ayant des intérêts diamétralement opposés voient dans la responsabilité sociale des entreprises une contradiction dans les termes : certains journalistes économiques d'une part, et des ONG, d'autre part, estiment que les entreprises recherchent uniquement le profit et sont même empêchées par la loi d'agir autrement. Si certains considèrent la RSE comme une forme de relations publiques<sup>97</sup>, d'autres – dont le plus célèbre est peut-être Milton Friedman – y voient un détournement des objectifs de l'entreprise. Le principe énoncé par l'Union européenne, à savoir que la responsabilité sociale des entreprises devrait aller bien au-delà des obligations juridiques, permet de se prémunir contre certains pièges potentiels. Cet aspect est d'une importance particulière dans le contexte de la protection des consommateurs, qui est déjà soumise à de nombreuses obligations juridiques. Cependant, il y a eu un changement : la RSE ne relève plus tant de la philanthropie et est devenue une activité fondamentale pour un nombre croissant d'entreprises, dont le centre d'intérêt se déplace « de la manière dont elles répartissent leur argent à la manière dont elles le gagnent »<sup>98</sup>.

## 5. Est-il possible pour une entreprise d'être à la fois rentable et socialement responsable ?

Une question centrale pour toutes les entreprises est celle de savoir si le « fait d'améliorer leur politique de protection des consommateurs se traduit par de

meilleurs résultats économiques ». On a beaucoup écrit sur la question, mais jusqu'à récemment il y avait peu de travaux de synthèse. Une analyse documentaire de 167 études menée par la Harvard Business School et les universités de Californie et du Michigan a permis de conclure que « après trente-cinq ans de recherche, la majorité des données réunies par les chercheurs laissent entrevoir une relation légèrement positive entre la performance sociale de l'entreprise et ses résultats financiers et ne permettent nullement de conclure que l'investissement social des entreprises diminue systématiquement leur valeur actionnariale »<sup>99</sup>.

## C. L'AUTORÉGLEMENTATION ET LA CORÉGLEMENTATION

Comme dans le cas de la responsabilité sociale des entreprises, certains défenseurs des consommateurs voient dans l'autoréglementation un piètre substitut des lois. Certains économistes du monde des universités et de la recherche voient dans l'autoréglementation le plus sûr moyen de légaliser les cartels. Pourtant, comme nous l'avons vu, l'autoréglementation est envisagée et encouragée dans les Principes directeurs des Nations Unies. Elle semble indiquée dans trois contextes généraux. En premier lieu, lorsque la protection du consommateur est déléguée à une profession par les pouvoirs publics et renforcée par des lois et des accords de licence. On pourrait alors parler d'« autoréglementation déléguée », qui est couramment utilisée pour les avocats et les médecins. L'accent ici est de plus en plus mis sur la vérification de la conformité par les intéressés eux-mêmes.

Dans le deuxième type d'autoréglementation, un groupe d'entreprises décide de se réglementer elles-mêmes et s'engagent volontairement à se comporter d'une certaine manière. Il s'agirait en quelque sorte d'une « autoréglementation volontaire ». Autrement dit, les entreprises disent « c'est à nous de décider ». Dans ce contexte, elles devraient prendre des engagements allant plus loin que les obligations juridiques et fixer des normes dans des domaines où la législation n'en fixe pas.

Une lacune fréquente de systèmes d'autoréglementation est que les adhérents au code de conduite couvrent un marché limité. Lorsque le Comité de l'OCDE pour la politique en matière de consommation a enquêté sur l'autoréglementation, il a noté que les membres de l'Association des entreprises de vente directe au Royaume-Uni détenaient environ 53 % du marché

<sup>97</sup> Corporate Watch, 2006, *What's Wrong with CSR?* (Oxford).

<sup>98</sup> Royaume-Uni, Department for Business Innovation and Skills, 2014, *Corporate Responsibility: Good for Business and Society* ; CE, 2012, *Consultation About A Code For Effective Open Voluntarism* (EC DG INFSO).

<sup>99</sup> F. Whaley, 2013, *Is CSR Profitable for Companies?* (USAID Partnership).

### Encadré 2. La promotion de bonnes pratiques commerciales au Pérou

Depuis 2014, l'INDECOPI, l'Autorité nationale pour la protection des consommateurs au Pérou, organise le concours national « Primero los Clientes » (les clients d'abord) pour récompenser les entreprises privées et publiques qui mettent en œuvre avec succès de bonnes pratiques en matière de prévention et de gestion des plaintes des consommateurs.

Le concours a pour but de reconnaître les bonnes pratiques adoptées dans l'intérêt des consommateurs ; près de 100 candidatures ont été déposées en l'espace de trois concours seulement. Ces pratiques devraient être une source d'inspiration pour d'autres entreprises similaires et les encourager à élaborer leurs propres politiques internes.

Les trois catégories récompensées sont :

- Les mécanismes d'information, notamment l'existence de circuits de communication permettant d'informer les consommateurs ou de recevoir d'eux des informations en retour ;
- La gestion des plaintes, notamment l'utilisation des données d'expérience en vue de régler les problèmes de la clientèle ;
- L'exécution des garanties, notamment les pratiques permettant l'exécution des garanties sans qu'il soit nécessaire pour les consommateurs de déposer une plainte.

Pour qu'une pratique soit jugée efficace, elle doit contribuer à la satisfaction des clients, être originale, aller au-delà des obligations juridiques et pouvoir servir de modèles à d'autres entreprises. Par exemple, en 2016, le candidat sélectionné dans la catégorie « mécanismes d'information » avait présenté une initiative d'une compagnie d'électricité opérant dans des régions reculées du pays dans le but de former les enseignants à l'utilisation durable de l'électricité, en organisant des ateliers et des campagnes d'information.

Source : INDECOPI, 2016.

de la vente directe, contre 90 % pour les membres de l'organe équivalent en Nouvelle-Zélande. Ce pourcentage élevé a été attribué au fait qu'en Nouvelle-Zélande, le code ne faisait guère plus que reformuler la loi<sup>100</sup>. Cet exemple illustre le problème inhérent à cette approche, à savoir que plus les dispositions du code s'éloignent de la loi, moins les entreprises sont susceptibles d'y adhérer, à moins que tous leurs rivaux le fassent ; ce problème est également connu sous le nom de « dilemme du pionnier ».

Il existe également une troisième voie « hybride », à savoir que pour que l'on puisse parler d'« autoréglementation », certains critères fixés par le gouvernement pour préserver l'intégrité du terme doivent être respectés. Certains de ces critères sont énumérés ci-après :

- Les avantages pour les consommateurs doivent aller au-delà des obligations juridiques ;
- L'organisation qui met en place un code doit avoir une influence significative dans le secteur ;
- Les organisations indépendantes, telles que les organismes de protection des consommateurs

ou les organes consultatifs, doivent pouvoir influencer sur la préparation du code ;

- Le code doit prévoir des mécanismes de plaintes adéquats et des réparations en cas de violation de ses dispositions ;
- Le régime d'autoréglementation doit comporter un mécanisme d'évaluation et de suivi ;
- Des sanctions doivent être prévues en cas de non-respect du code ;
- Le code devrait recevoir toute la publicité voulue.

Dans ce modèle hybride, l'État a tout intérêt à protéger l'appellation « autoréglementation », d'autant plus que sa propre autorité est en jeu, car il autorise la mise en place de ce type de réglementation en apposant son sceau d'approbation. Il est crucial que l'État conserve sa prérogative de légiférer au cas où les mécanismes d'autoréglementation s'avèreraient inefficaces.

En effet, l'autoréglementation pose certains problèmes. Si elle est trop faible, le concept est dévalorisé, mais si elle va trop loin elle peut créer des barrières à l'entrée dans une profession ou un secteur d'activités et avoir des conséquences anticoncurrentielles. En général, c'est l'« autoréglementation déléguée » qui a le champ d'application le plus vaste (adhérer au régime peut même être une condition pour obtenir une licence) et

<sup>100</sup> Renseignements communiqués au Groupe de travail sur l'autoréglementation du Comité de l'OCDE pour la politique en matière de consommation, 2009.

l'autorégulation volontaire le champ d'application le plus restreint. L'autoréglementation volontaire permet parfois un nombre excessif de systèmes à portée limitée. On en compte plus de 100 au Japon dans des domaines aussi spécialisés que la pâte de soja, la sauce de soja, les biscuits, les lunettes et les pianos, ainsi que dans des secteurs plus grands, comme l'électroménager et les services bancaires. Une telle diversité d'échelle et de spécialisation peut compliquer les activités d'information des consommateurs<sup>101</sup>.

Avec l'apparition du modèle hybride de réglementation, le langage de l'autoréglementation a commencé à changer et le concept jumeau mais distinct de coréglementation est apparu à son tour. Par exemple, dans un livre blanc<sup>102</sup> du Gouvernement du Royaume-Uni, les deux concepts sont définis comme suit :

L'autoréglementation est un ensemble de processus dans lesquels des parties prenantes (principalement l'industrie) prennent l'initiative de définir des normes dans l'intérêt des consommateurs. Une intervention officielle du gouvernement (ou de l'organisme de réglementation) n'est pas nécessaire.

Dans la coréglementation, l'organisme de réglementation et les parties prenantes d'un secteur d'activités coopèrent pour fixer des normes, le rôle de l'organisme de réglementation consistant généralement à définir un cadre de référence à cette fin. Les parties prenantes du secteur d'activités concerné peuvent être laissées libres d'élaborer des règles détaillées s'inscrivant dans ce cadre de référence et se charger de les mettre en œuvre et de les faire respecter. Cette coopération est encouragée du fait qu'elle permet à l'organisme de réglementation de s'en remettre aux entreprises pour se réglementer.

La tendance est à la coréglementation, en particulier parce que le gouvernement conserve ses prérogatives et est en mesure de maintenir le système à niveau et de faire voir au public (parfois sceptique) qu'il ne se dérobe pas à ses responsabilités. C'est ce qui a motivé l'adoption du Système d'agrément des codes de la consommation par le Bureau de la concurrence au Royaume-Uni, dont le but était de valider l'intégrité des codes d'autoréglementation. Lorsque les codes ne satisfaisaient pas à certains critères, l'agrément du

Bureau de la concurrence était retiré<sup>103</sup>. Le système existe encore, mais sous une forme différente ; il est placé sous l'autorité du Conseil d'approbation des codes de la consommation relevant de l'Institut des normes commerciales (qui travaille en collaboration avec les autorités locales chargées des normes commerciales). L'intégrité de l'appellation « autoréglementation » est ainsi préservée.

Une étude de la Banque mondiale sur la réforme des services financiers dans les pays en transition contient les recommandations suivantes :

Tout code de conduite pour le secteur des institutions financières est élaboré par les associations sectorielles (en consultation avec l'organe de contrôle du secteur financier et les associations de consommateurs, si possible). Suivi par un organisme officiel ou un organisme d'autoréglementation efficace, le code a l'adhésion de toutes les institutions du secteur concerné. Il peut être complété par des codes de conduite élaborés par les différentes institutions financières pour leurs propres activités. Le code est largement diffusé<sup>104</sup>.

## 1. Les codes transfrontières

Un argument en faveur de l'autoréglementation est sa flexibilité, qui en facilite l'utilisation par-delà les frontières. Le chapitre VII examine certaines des difficultés que posent les problèmes de compétence pour le caractère juridiquement contraignant des réglementations transfrontières. Les conflits de compétence peuvent être évités en optant pour des codes transfrontières, justement parce que ces codes ne sont pas des lois. Il est évident qu'il devrait être relativement facile au sein d'une entreprise multinationale donnée de mettre en place un système sur la base de critères communs, arrêtés de manière concertée. Cependant, des codes sectoriels peuvent également être élaborés au niveau mondial. Un élément central est que les entreprises s'engagent publiquement à respecter certains principes de conduite, quel que soit le lieu où elles exercent leurs activités.

Dans le domaine de la publicité, par exemple, la Chambre de commerce internationale (CCI) a élaboré un code consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale, qui est conçu, du côté des entreprises, pour donner des lignes directrices déontologiques afin d'instaurer des conditions équitables et de minimiser la nécessité d'établir des

<sup>101</sup> R. Simpson, 2008, *Harnessing Business and Consumer Interests; Is Statute the Only Way?*, Fair Trading Commission of Barbados 4th Annual FTC Lecture (Bridgetown).

<sup>102</sup> Department of Trade and Industry, 1999, *Modern Markets, Competent Consumers: The Government's Consumer White Paper*.

<sup>103</sup> OFT, 2004, *Consumer Codes Approval Scheme: Core Criteria and Guidance*.

<sup>104</sup> Banque mondiale, 2012, *Good Practices for Financial Consumer Protection*.

restrictions par voie législative ou réglementaire et, du côté des consommateurs, pour renforcer la confiance des consommateurs en leur garantissant une publicité qui soit honnête, légale, décente et vraie, et en mettant à leur disposition un recours rapide et simple en cas de transgressions<sup>105</sup>. Des travaux connexes ont été menés dans un certain nombre d'autres domaines, notamment la publicité comportementale, la commercialisation des produits alimentaires et des boissons et les pratiques de vente directe<sup>106</sup>.

## 2. Les critères d'évaluation applicables aux régimes d'autoréglementation

Sur la base de l'analyse qui précède, l'encadré 3 contient un résumé des critères à appliquer pour évaluer les différents régimes d'autoréglementation.

Il est évident qu'aucun de ces systèmes n'est parfait et leurs points forts et faibles doivent être pris en considération. Ceux-ci sont résumés dans l'encadré 4.

Plusieurs gouvernements n'ont pu faire adopter des réglementations obligatoires, parfois en raison de pressions exercées par les lobbies du secteur concerné. En conséquence, de nombreux États ont encouragé l'autoréglementation comme option de repli, parfois sous la pression de groupes de consommateurs. Certes les groupes de consommateurs préfèrent la réglementation à l'autoréglementation, mais ils préfèrent l'autoréglementation à l'absence de tout cadre réglementaire. Il y a également eu des cas où les gouvernements ont tardé à agir et les entreprises ont pris l'initiative d'élaborer elles-mêmes des codes de bonnes pratiques. M-Pesa au Kenya en est une illustration ; pendant sa phase initiale de croissance, l'entreprise a pris la décision stratégique de formuler son propre règlement et de se comporter comme si elle était une entité réglementée<sup>107</sup>.

Dans un autre exemple, un code de déontologie a été adopté par « Acción » et d'autres investisseurs du secteur de la microfinance, dans le cadre de la campagne « Smart » pour la protection du client, après les très nombreuses critiques adressées à « Compartamos » (Mexique) pour avoir fait 150 millions de dollars de bénéfices<sup>108</sup>. Des lignes directrices pour la transparence des activités de microfinance

### Encadré 3. Les critères d'évaluation applicables aux régimes d'autoréglementation

Il existe trois grandes catégories d'autoréglementation : volontaire, déléguée et hybride.

#### L'autoréglementation volontaire

Les sanctions sont fixées par l'association sectorielle, l'adhésion est facultative, les normes peuvent aller au-delà des obligations juridiques et l'accréditation est généralement validée par le badge de l'association sectorielle.

#### L'autoréglementation déléguée

La réglementation juridique est déléguée par l'État à l'organe d'autoréglementation, comme c'est souvent le cas pour les services juridiques et la médecine. L'appartenance est obligatoire et similaire à une autorisation d'exercer. Les activités normatives sont généralement déléguées à l'organe d'autoréglementation.

#### L'autoréglementation hybride

L'adhésion n'est pas juridiquement obligatoire, mais le titre de « code agréé » est attribué par le gouvernement et les normes à respecter par les praticiens peuvent avoir valeur d'obligations juridiques. L'établissement de normes peut être délégué à un organisme national de normalisation par l'organe d'autoréglementation du secteur concerné, en collaboration avec des organismes de protection du consommateur.

*Source : OCDE, 2015, Autoréglementation sectorielle : son rôle et son utilisation pour protéger les intérêts des consommateurs.*

ont été élaborées et approuvées par plusieurs ONG, agences de développement et prestataires de services œuvrant pour relever le niveau des normes. En Ouganda, l'association des établissements de microfinance a élaboré un code de bonnes pratiques pour la protection des consommateurs, dans lequel l'accent est mis sur l'information et l'éducation financière. Ce code a été adopté par plus de 40 établissements de microfinance et son acceptation est une condition d'entrée à l'association et constitue un « badge » de bonne conduite destiné à rassurer les consommateurs<sup>109</sup>.

## D. LA COLLABORATION DONNE-T-ELLE DE BONS RÉSULTATS ?

Le professeur Christopher Hodges présente un plaidoyer éloquent en faveur d'une approche

<sup>105</sup> Voir [www.iccwbo.org/Data/Polices/2011/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English/](http://www.iccwbo.org/Data/Polices/2011/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English/).

<sup>106</sup> OCDE, 2015, *Autoréglementation sectorielle : son rôle et son utilisation pour protéger les intérêts des consommateurs*, Digital Economy Papers n° 247.

<sup>107</sup> O. Morawczynski et M. Pickens, 2009, Poor people using mobile financial services: Observations on customer usage and impact, Focus Note CGAP Brief.

<sup>108</sup> Voir <http://www.smartcampaign.org/about-the-campaign/campaign-sponsors>.

<sup>109</sup> D. Baguma, 2009, *Concept Note: Consumer Code of Practice for Micro-Finance Institutions* (Accra, Association of Microfinance Institutions in Uganda, AMFIU).

#### Encadré 4. Les points forts et les points faibles des systèmes d'autoréglementation et des législations

##### Autoréglementation

###### Points forts :

- a) Les codes facultatifs sont flexibles, plus faciles à modifier que les lois et peuvent combler les lacunes de la réglementation ;
- b) Les codes peuvent promouvoir les bonnes pratiques et pas seulement prévenir les mauvaises ;
- c) Une branche d'activité s'identifie plus étroitement à un code qu'elle a elle-même élaboré et est donc plus disposée à s'y conformer ;
- d) Un code peut traiter plus intuitivement les questions culturelles, telles que le goût et la décence, pour lesquelles il est très difficile de légiférer ;
- e) Un code devrait aller au-delà du simple respect de la loi et peut donc être plus novateur ;
- f) La réparation peut être moins onéreuse et plus rapide ;
- g) Le coût de la mise en œuvre d'un code est supporté par la branche d'activité elle-même ;
- h) Il peut être plus facile de faire appel à des spécialistes de la branche d'activité.

###### Points faibles :

- a) Un système facultatif ne concerne que ceux qui y adhèrent ;
- b) Un système très détaillé peut conduire à des comportements anticoncurrentiels ;
- c) Les non membres peuvent saper les normes ;
- d) Les prescriptions pourraient ne pas être prises au sérieux du fait qu'elles ne sont pas obligatoires ;
- e) L'existence de codes différents peut déconcerter les consommateurs ;
- f) Les sanctions peuvent être trop faibles (réticence à discipliner des pairs) ou trop fortes (expulsion) ;
- g) Les consommateurs peuvent être sceptiques quant au rôle des codes ;
- h) Un conflit d'intérêts peut surgir au sein des associations professionnelles entre leur rôle en tant que représentantes de leurs membres et celui de gardiennes des normes ;
- i) Les codes peuvent devenir des obstacles à l'adoption de législations nécessaires ;
- j) La surveillance de la mise en œuvre des codes pourrait être insuffisante.

##### Législation

###### Points forts :

- a) S'appuie sur l'autorité du gouvernement ;
- b) Prévoit des mesures coercitives lorsque le respect des normes est obligatoire ;
- c) S'applique à l'ensemble de la branche d'activité ;
- d) Le contenu peut être adapté et la branche d'activité n'a pas de droit de veto ;
- e) Est crédible aux yeux des consommateurs.

###### Points faibles :

- a) Il est difficile de légiférer à temps ; peut être dépassée par l'évolution du marché ;
- b) Elle représente une approche négative plutôt que positive ;
- c) Une législation générale est souvent vague, mais une législation spécifique est souvent complexe ;
- d) Le droit pénal est compliqué et rigide ;
- e) Elle peut avoir des effets indésirables auxquels les législateurs n'avaient pas pensé ;
- f) Elle est intrinsèquement sujette à l'obsolescence.

Source : OCDE, 2015, *Autoréglementation sectorielle : son rôle et son utilisation pour protéger les intérêts des consommateurs*.

concertée de la protection des consommateurs et de la réglementation : « l'idée de base est celle d'une approche fondée sur la collaboration entre les entreprises, leurs parties prenantes et les agents de la fonction publique, dans le cadre d'une démarche éthique partagée »<sup>110</sup>. Il fait valoir que, selon les conclusions des travaux de la psychologie comportementale, c'est lorsqu'il encourage des comportements éthiques et équitables

qu'un système de réglementation réussit le mieux à changer le comportement des individus. Il constate que les personnes ne donnent pas spontanément des renseignements si elles craignent d'être critiquées ou blâmées et qu'une « culture du blâme » inhibe l'apprentissage et le développement d'une culture éthique ; par conséquent, les entreprises et les organismes de réglementation devraient promouvoir une culture fondée essentiellement sur la collaboration et l'ouverture, dans laquelle les plaintes sont reçues comme des dons. Certains penseront peut-être que

<sup>110</sup> C. Hodges, 2016, *Regulatory Collaboration: Empirical Evidence on Ethical Behaviour* (Oxford).

**Encadré 5. Liste de contrôle pour l'autoréglementation et la responsabilité sociale des entreprises**

1. Le système en place a-t-il la confiance du public ?
2. Une participation extérieure est-elle prévue ?
3. Des entreprises non membres de l'association concernée font-elles partie de son conseil d'administration ? Dans l'affirmative, dans quelle mesure sont-elles influentes ?
4. Le système est-il autonome par rapport au reste du secteur ?
5. Existe-t-il des objectifs clairs et des normes mesurables ?
6. Existe-t-il des procédures de plaintes clairement établies en cas d'infraction au code ?
7. Existe-t-il des sanctions claires en cas de non respect du code ?
8. Comment la conformité au code est-elle contrôlée ?
9. Existe-t-il des indicateurs de résultats permettant d'évaluer l'efficacité du système ?
10. Existe-t-il un mécanisme pour communiquer des informations au public ?
11. Toute la publicité voulue est-elle donnée au système ?
12. Le système dispose-t-il de ressources suffisantes ?
13. Le système de règlement des litiges est-il indépendant sur le plan de la prise de décisions ?
14. Le système peut-il être mis à jour à mesure qu'évoluent les besoins du secteur et des consommateurs ?

Source : CNUCED.

cet argument est fantaisiste, mais des entreprises du secteur privé ont adopté ce modèle et encouragent les plaintes. Le professeur Christopher Hodges a toutefois reconnu que « lorsque des individus enfreignent les règles ou se comportent de façon immorale, les citoyens s'attendent à une réaction proportionnée ».

Compte tenu de ce qui précède, on pourrait appliquer de nombreux critères aussi bien à la RSE qu'à l'autoréglementation. L'encadré 5 contient une liste de contrôle pour l'autoréglementation et la RSE.

## E. CONCLUSION

Les prescriptions en matière de RSE et les codes d'autoréglementation provoquent généralement deux réactions plutôt simplistes. La première est de considérer que les deux systèmes sont trop faibles et doivent être renforcés à un moment ou à un autre par des lois. La deuxième réaction, contraire à la première, est que toute réglementation obligatoire est vouée à l'échec ou a des effets pervers et que, par conséquent, la réponse réside dans les codes d'autoréglementation. Il convient de noter que, pendant les années qui ont précédé la crise financière, de nombreuses pratiques douteuses étaient parfaitement légales, ce qui montre que les législateurs peuvent être pris de court ou même perdre leur impartialité, auquel cas la législation risque d'attendre.

En tout état de cause, les faiblesses de l'autoréglementation et des prescriptions relatives à la RSE sont généralement exagérées ; les deux

peuvent avoir exactement ou quasiment les mêmes effets que les lois. Par exemple, aux États-Unis, la Commission fédérale du commerce (FTC) a établi une politique en vertu de laquelle toute société qui prétend publiquement respecter les principes énoncés dans un code mais ne le fait pas dans la réalité peut être reconnue coupable de pratiques frauduleuses<sup>111</sup>. C'est une mesure très simple, qui semble offrir une bonne passerelle entre la législation et les codes. Quoiqu'il en soit, il faut souligner à nouveau que les codes doivent être bien plus qu'une simple réaffirmation de la loi. Un code qui se limiterait à stipuler que la loi doit être respectée pourrait être pire qu'inutile, car il sous-entendrait, de manière subtile, que les entreprises ont le choix. Il ne faut pas sous-estimer la situation embarrassante dans laquelle se trouverait une entreprise qui s'engagerait publiquement à appliquer une norme mais ne tiendrait pas cet engagement. En dernière analyse, l'autoréglementation n'empêche pas la mise en place d'une législation ; loin d'être incompatibles, les deux approches se renforcent mutuellement.

<sup>111</sup> Federal Trade Commission of the United States of America, 2012, Enforceable codes of conduct: Protecting consumers across borders seminar (Washington, 29 novembre).

## VII. Le droit de la concurrence et les intérêts des consommateurs

Maintenir, encourager et soutenir un marché loyal, efficace et concurrentiel est une pierre angulaire de l'économie américaine. Les consommateurs et les travailleurs ont besoin de marchés concurrentiels et d'informations pour faire des choix en pleine connaissance de cause<sup>112</sup>.

Le Président Obama

### A. LA CONCURRENCE DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Les Principes directeurs contiennent peu de références directes à la politique de concurrence, mais l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives (officieusement appelé « l'Ensemble de principes » ou « l'Ensemble ») est explicitement mentionné dans le texte de la résolution de l'Assemblée générale et de nouveau au paragraphe 22 des Principes directeurs. La résolution réaffirme clairement le mandat de la CNUCED pour ce qui est de l'élaboration et de l'application des politiques en matière aussi bien de concurrence que de protection des consommateurs.

Selon le paragraphe 22, dont le libellé est catégorique comparé à celui d'autres principes directeurs : « Les États Membres devraient élaborer, renforcer et maintenir, selon le cas, des mesures pour lutter contre les pratiques commerciales, restrictives ou autres susceptibles de nuire aux consommateurs et, notamment, prévoir les moyens d'en assurer le respect », en s'inspirant de l'Ensemble de principes »<sup>113</sup>.

### B. LA NATURE ET LES CARACTÉRISTIQUES DU DROIT ET DES POLITIQUES DE LA CONCURRENCE

La concurrence peut être bénéfique pour l'efficacité du marché, notamment en encourageant les entreprises à améliorer leur productivité, à réduire les prix et à innover ; les producteurs sont récompensés par des bénéfices et les consommateurs par des prix plus bas, une meilleure qualité et un choix plus grand que si le marché était moins concurrentiel. Lorsque les marchés fonctionnent mal, les lois et politiques de la concurrence font partie des outils qui peuvent être utilisés pour rétablir leur efficacité et réduire leurs dysfonctionnements.

Les politiques de la concurrence englobent toutes les politiques publiques visant à influencer sur la concurrence et à établir un cadre juridique pour mettre en œuvre ces politiques. On estime que 122 pays, dont des pays en développement, ont appliqué ou appliquent des politiques et des lois relatives à la concurrence<sup>114</sup>. Ces lois présentent certaines caractéristiques :

- Le droit de la concurrence n'existe généralement qu'au niveau national, sauf dans le cas de marchés régionaux tels que la Communauté andine, la CARICOM, l'Union européenne, le MERCOSUR, le SIECA et l'Union monétaire ouest-africaine ;
- Les critères à appliquer pour déterminer si un comportement est anticoncurrentiel concernent le marché national, alors que les effets sur le bien-être ne sont évalués qu'au niveau des juridictions locales ;
- Les comportements anticoncurrentiels qui touchent les consommateurs dans d'autres pays ne relèvent pas du domaine des lois nationales sur la concurrence ;
- Puisque les lois nationales sur la concurrence visent à protéger la concurrence sur le marché national, leurs avantages reviennent directement aux consommateurs au niveau

<sup>112</sup> Executive Order, 2016, *Steps to Increase Competition and Better Inform Consumers and Workers to Support Continued Growth of the American Economy* (15 avril).

<sup>113</sup> CNUCED, 2000, *L'ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence*, TD/RBP/CONF/10/Rev.2.

<sup>114</sup> CNUCED, 2015, *Évaluation de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble*, TD/RBP/CONF.8/2, note du secrétariat.

national et indirectement aux consommateurs à l'étranger ;

- Il n'existe actuellement aucun cadre réglementaire multilatéral obligatoire pour la politique de concurrence.

### 1. L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence

L'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la concurrence fait autorité dans la pratique, surtout dans les pays qui sont en train de mettre en place leur régime de concurrence. L'Ensemble de principes accorde une attention particulière aux pays en développement et au commerce international (ou plutôt aux effets de distorsion des pratiques anticoncurrentielles sur le commerce international). En particulier, le risque de voir les sociétés transnationales recourir à des « pratiques commerciales restrictives » au détriment des pays en développement est mentionné à plusieurs reprises. En effet, ce texte rejoint celui de la nouvelle section IV des Principes directeurs intitulée « Principes devant régir les pratiques commerciales » (voir le chapitre VI du présent manuel), car le texte de l'Ensemble de principes s'adresse aussi bien aux entreprises qu'aux gouvernements. Les paragraphes D3, D4 de l'Ensemble prennent une importance accrue dans ce contexte. Au paragraphe D3, il est dit que « les entreprises devraient s'abstenir de recourir à des pratiques telles que les suivantes :

- Accords fixant les prix ou autres conditions de vente, y compris dans le commerce international ;
- Soumissions collusoires ;
- Répartition des marchés ou de la clientèle ;
- Restrictions à la production ou aux ventes, notamment au moyen de contingents ;
- Refus concertés d'achat ;
- Refus concertés d'approvisionnement ;
- Refus collectif d'admission à la qualité de partie à un arrangement, ou de membre d'une association, d'une importance décisive pour la concurrence ».

La liste ci-dessus s'applique essentiellement aux mesures de collusion ayant des conséquences directes pour les consommateurs. Le paragraphe D4 porte sur les mesures qui constituent un abus de position dominante et stipule que « les entreprises doivent s'abstenir des pratiques suivantes :

- Comportement abusif à l'égard des concurrents, comme la pratique de prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents ;
- Fixation de prix ou de modalités ou conditions discriminatoires (c'est-à-dire différenciés de façon injustifiable) pour la fourniture ou l'achat de biens ou de services ;
- Fusions, prises de contrôle, coentreprises ou autres modes d'acquisition de contrôle, de caractère horizontal, vertical ou hétérogène (à noter que les fusions ne sont pas exclues a priori) ;
- Fixation des prix auxquels des marchandises exportées peuvent être revendues dans les pays importateurs. ».

L'Ensemble décourage aussi d'autres mesures, telles que les mesures de restriction arbitraire de l'offre, le refus injustifié de traiter et le fait de subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'achat d'autres biens.

### C. LES CONCEPTS DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Les termes « pratiques anticoncurrentielles » désignent des pratiques commerciales très diverses de certaines entreprises ou groupes d'entreprises<sup>115</sup>. Les pratiques considérées comme anticoncurrentielles et contraires au droit de la concurrence varient selon les pays et selon les cas. Certaines pratiques peuvent être interdites purement et simplement (ou déclarées illégales), alors que d'autres peuvent être soumises à la règle de raison. Dans la pratique, les autorités de la concurrence n'interviennent pas toujours en présence d'un comportement illégal, car elles ont de plus en plus tendance à vouloir déterminer si ce comportement a un effet démontrable sur le marché avant de passer aux interventions formelles<sup>116</sup>.

D'une manière générale, les pratiques qui portent atteinte à la concurrence, telles que celles qui sont énumérées aux paragraphes D3 ou D4 de l'Ensemble déjà cités, peuvent être regroupées dans deux catégories : les restrictions horizontales et les restrictions verticales à la concurrence. Les restrictions horizontales supposent une collusion avec d'autres entreprises concurrentes sur le marché et comprennent, par exemple, les cartels et les ententes délictueuses, ainsi que certaines pratiques concernant les prix – les prix d'éviction, les prix différenciés et les

<sup>115</sup> CNUCED, 2000, *Manual on Formulation and Enforcement of Competition Law and Policy*, UNCTAD/DITC/CLP.

<sup>116</sup> Note de bas de page du paragraphe D4 de l'Ensemble.

ententes illégales sur les prix. Les restrictions verticales concernent la relation fournisseur-distributeur et comprend des pratiques telles que les contrats d'exclusivité, les accords de répartition territoriale des marchés, le refus de traiter/vendre, la fixation des prix de revente et les accords de vente liée.

Les typologies et les descriptions des comportements anticoncurrentiels sont bien documentées. La section suivante traite des concepts les plus courants.

## 1. L'abus de position dominante

La principale caractéristique d'une entreprise occupant une position dominante sur un marché est qu'elle est largement en mesure d'agir indépendamment de ses rivaux et de ses clients (consommateurs ou intermédiaires), c'est-à-dire qu'elle peut exercer des pressions qui faussent le jeu de la concurrence. Cette indépendance de l'entreprise en position dominante signifie qu'elle peut fixer les prix comme elle l'entend et même fixer les niveaux ou la qualité de sa production, sans se soucier de la réaction de ses rivaux et de ses clients sur le marché.

On considère de plus en plus qu'il ne suffit pas qu'une entreprise occupe une position dominante dans un secteur d'activités pour retenir l'attention des autorités de la concurrence. En particulier, la position dominante n'est pas en soi une condition suffisante pour conclure qu'il y a violation de la politique de concurrence. Occuper une position dominante sur un marché peut être un avantage mérité pour avoir fait preuve d'esprit d'entreprise en innovant et en prenant des risques, autant de facteurs importants pour le progrès économique. La plupart des autorités de la concurrence sont soucieuses d'éviter toute mesure pouvant mettre un frein à l'investissement.

Dans ce contexte, on peut citer l'affaire célèbre opposant l'Union européenne à Microsoft. L'entreprise a effectué des dépenses de recherche-développement pour créer sa gamme de systèmes d'exploitation, tout particulièrement Windows. Son succès lui a valu d'occuper une position dominante sur le marché. Après une longue série de plaintes, l'Union européenne a sommé Microsoft de fournir les renseignements nécessaires pour que des logiciels concurrents puissent être utilisés sur des ordinateurs de table et des serveurs équipés du système d'exploitation Windows. En particulier, Microsoft a été obligé de proposer Windows sans Windows Media Player, ce qui signifie que ce dernier logiciel a été enlevé de l'offre Windows. En outre, en 2004, l'Union européenne a infligé à la compagnie l'amende la plus importante jamais enregistrée. Microsoft a fait appel, mais l'appel a été rejeté en 2007. En 2009, le groupage des

services a fait l'objet d'une autre enquête, à l'issue de laquelle Microsoft a accepté que les consommateurs puissent choisir leur navigateur. Le non-respect de cet accord a donné lieu à une nouvelle amende en 2013.

Le fait pour une entreprise d'occuper une position dominante sur un marché n'est pas une condition suffisante pour conclure qu'elle abuse de cette position, mais c'est une condition nécessaire. La part du marché est le critère généralement appliqué pour mesurer la position dominante. Le pourcentage de marché susceptible de déclencher une enquête varie d'un pays à l'autre, mais en règle générale, il est très peu probable qu'une entreprise détenant moins de 35 % d'un marché soit ou puisse être déclarée coupable d'abus de position dominante. La seule exception serait une situation spéciale dans laquelle, pour une raison ou une autre, toutes les entreprises présentes sur un marché détiendraient des niveaux particulièrement élevés de pouvoir de marché.

Pour pouvoir prendre des mesures à l'encontre d'une entreprise jugée en position dominante, il faut démontrer au préalable qu'elle abuse de cette position. L'abus de position dominante peut consister à :

- Imposer, directement ou indirectement, des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;
- Limiter la production, les débouchés ou le développement de techniques nouvelles au détriment des consommateurs ;
- Appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales pour des prestations équivalentes, leur infligeant de ce fait un désavantage vis-à-vis de leurs concurrents ;
- Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, sont sans rapport avec l'objet du contrat principal.

Parmi les exemples d'abus de position dominante, on peut citer l'établissement de prix excessivement élevés par rapport aux coûts de production ou, à l'inverse, de prix excessivement bas si le but est de nuire aux entreprises rivales. De même, il est interdit aux entreprises de refuser de traiter avec d'autres entreprises, si c'est un moyen pour elles de réduire la concurrence en ce qui a trait au produit pour lequel elles dominent le marché. L'abus de position dominante peut également consister pour l'entreprise dominante à modifier sa structure par le biais de prises de contrôle ou de fusions.

Comme on l'a déjà vu, avant d'intervenir, il faut démontrer d'une manière ou d'une autre que le préjudice subi par les consommateurs est attribuable à la pratique anticoncurrentielle. Le Guide pour le développement des politiques de consommation publié par l'OCDE<sup>117</sup> présente une interprétation du préjudice aux consommateurs dans le contexte de la décision d'intervenir.

La décision d'intervenir devrait prendre en considération les questions suivantes :

- Quelle est l'étendue du préjudice subi par les consommateurs ? Une intervention peut être justifiée si le préjudice est faible, mais est ressenti par un grand nombre de consommateurs, ou, à défaut, si le préjudice subi par un petit groupe de consommateurs est très important ;
- Quels consommateurs subissent le préjudice ? Certains groupes sont-ils affectés de manière disproportionnée par rapport à d'autres, comme les enfants, les personnes âgées ou d'autres groupes socialement défavorisés ?
- Quelle est la durée estimative du préjudice ? Est-il probable qu'il augmente ?
- Quelles sont les conséquences probables en l'absence de toute action des pouvoirs publics ? Les conséquences politiques, sociales et économiques de l'inaction du pouvoir politique devrait être prises en considération.
- Y a-t-il d'autres coûts substantiels pour l'économie ? Le problème rencontré par les consommateurs cause-t-il un préjudice à d'autres parties prenantes ? Par exemple, fausse-t-il la concurrence entre les entreprises ?

Il est clair que toute décision d'intervenir doit trouver un équilibre entre les nombreux facteurs énumérés plus haut et est inévitablement imparfaite. On comprend alors que les autorités de la concurrence fassent preuve de prudence avant d'intervenir. Le préjudice doit être préalablement calculé et attribué à une pratique commerciale ; il est donc important que les autorités de la concurrence et les organismes de protection des consommateurs coopèrent et soient éventuellement hébergés sous le même toit.

Les ambiguïtés présentes dans la définition de l'abus de position dominante montrent combien il est important d'inclure des critères socioéconomiques très divers dans le processus de détermination des atteintes à la concurrence. Dans le cas des pays en développement, la position dominante d'une entreprise locale doit être évaluée en tenant compte

de ses autres rôles dans le contexte national. Toute décision doit tenir compte du rôle social de cette entreprise, surtout si c'est une entreprise de services publics, et du coût pour l'intérêt national si la seule alternative à la position dominante de l'entreprise locale est la concurrence étrangère. Nombreux sont ceux qui dans le monde en développement (et ailleurs) soutiendraient que les instances de réglementation devraient accorder la même importance à ces facteurs qu'aux considérations liées à la géographie et aux marchés de produits. On constate que la politique de concurrence de l'Union européenne évolue dans le même sens, en ceci que les comportements anticoncurrentiels sont interdits, mais les objectifs de la politique générale ne sont pas définis dans la législation. Il est clair que bien que l'intention soit de défendre le consommateur, la notion d'« intérêt général » subsiste. Par exemple, dans l'affaire *Telia Sonera* (C-52/09), l'arrêt de la Cour de justice européenne (CJE) souligne que les règles régissant la concurrence « ont précisément pour objectif d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union ». Cette définition très générale confirme une tendance largement débattue dans le droit de la consommation, à savoir que le développement d'un marché intérieur est de plus en plus considéré comme un objectif légitime en soi, un objectif qui pourrait entrer en conflit avec les intérêts des consommateurs.

## 2. Les cartels et les pratiques collusoires

Un cartel est un accord formel entre les entreprises d'un secteur oligopolistique. Cet accord peut porter sur l'un quelconque ou une combinaison des éléments suivants : les prix, le volume de production total du secteur, les parts de marché, la répartition des clients, l'attribution de territoires, le trucage des soumissions, la création d'organismes communs de vente et le partage des bénéfices. Les cartels sont constitués pour servir les intérêts des entreprises qui en font partie. La théorie des oligopoles « coopératifs » offre une base pour analyser la formation des cartels et leurs effets sur l'économie. En règle générale, les cartels cherchent à imiter les monopoles en limitant le volume de production du secteur ou en augmentant et manipulant les prix pour augmenter les bénéfices. Le terme « collusion » est employé pour désigner des ententes informelles, des ententes délictueuses ou des accords visant à créer un cartel ou à obtenir certains résultats caractéristiques des cartels. Comme les effets économiques des cartels et des pratiques collusoires sont identiques, ces termes sont souvent utilisés de façon interchangeable.

<sup>117</sup> OCDE, 2010, *Guide pour le développement des politiques de consommation*.

Il y a lieu d'établir une distinction entre cartels publics et cartels privés. Dans le cas des cartels publics, les gouvernements peuvent établir et faire respecter les règles (dans le cadre de ce que l'on appelle des « arrangements de commercialisation ordonnés ») applicables, par exemple, aux prix et au volume de production. Les cartels d'exportation et les conférences maritimes en sont des exemples. Dans de nombreux pays, les « cartels de dépression » ont été autorisés dans les secteurs d'activités considérés comme nécessitant des prix et une production stables et/ou pour permettre la rationalisation de la structure de certains secteurs et le maintien d'une capacité excédentaire. Au Japon, par exemple, ces arrangements ont été autorisés pour l'acier, les fonderies d'aluminium, la construction navale et plusieurs industries chimiques. Les accords internationaux sur les produits de base, tels que le café, le sucre, la bauxite, l'étain, le caoutchouc, l'huile de palme et le pétrole, sont des exemples de cartels internationaux qui ont nécessité la conclusion d'accords entre différents gouvernements. Des cartels de crise ont également été organisés par des gouvernements dans plusieurs pays et secteurs d'activités et pour différents produits, afin de fixer les prix et de rationner la production et la distribution en période de forte pénurie. Les gouvernements peuvent ainsi parrainer des cartels internationaux qu'ils n'auraient pas autorisés s'ils avaient été proposés par des entités privées. C'est un peu comme le traitement particulier accordé au secteur agricole dans les dispositions antidumping normales de l'OMC (visant à prévenir les « prix d'éviction »), traitement qui revient en fait à exclure ce secteur de ces dispositions.

En revanche, les cartels privés supposent un accord sur certaines conditions et modalités qui présentent des avantages pour les membres mais qui ne sont pas connues des non membres.

Pour qu'un cartel réussisse, il faut de la « coordination » et de la « conformité » de la part des membres. Ceci signifie que les membres d'un cartel doivent pouvoir détecter toute violation de l'accord et prendre des sanctions contre les contrevenants. Ce n'est pas toujours facile, et avec le temps certains cartels tendent à disparaître, alors que d'autres restent stables pendant très longtemps.

Les pratiques collusoires ne nécessitent pas toujours un accord ou des communications formels entre les entreprises. Dans les secteurs oligopolistiques, les entreprises prennent généralement leurs décisions en matière de prix et de production de manière interdépendante. Ce que décide chaque entreprise a donc des incidences sur les autres entreprises qui réagissent en conséquence. Dans ce genre de

situation, les entreprises oligopolistiques prévoient parfois les actions de leurs rivaux et coordonnent leur action en conséquence comme si elles faisaient partie d'un cartel, sans qu'un accord ait été conclu explicitement ou ouvertement. Toutefois, il faut préciser qu'il existe des marchés oligopolistiques sans collusion et des marchés non oligopolistiques avec collusion.

Parmi les facteurs qui facilitent les accords de fixation des prix, on peut citer :

- La capacité d'augmenter les prix dans un secteur et de les maintenir à un certain niveau. Toutefois, si les obstacles à l'entrée sont faibles ou s'il existe des produits de substitution, la collusion ne sert à rien et les entreprises n'ont aucune raison d'adhérer à l'accord. Ceci signifie évidemment que les États, en augmentant les obstacles à l'entrée au moyen de contingents et de droits de douane, par exemple, peuvent encourager les oligopoles ;
- Les entreprises ne s'attendent pas à ce que les pratiques collusoires soient facilement détectées ou sévèrement punies. Si la sanction est moins importante que les bénéfices résultant des arrangements collusoires, ces derniers continueront d'exister ;
- Les coûts organisationnels sont peu élevés. Si les négociations entre les entreprises traînent en longueur et si le coût des mesures de contrôle et de suivi est élevé, il peut s'avérer difficile de conclure un accord ;
- Les produits concernés sont homogènes ou très similaires. Il n'est pas facile de conclure un accord pour maintenir un prix uniforme lorsque les produits ont des attributs différents, en ce qui concerne leur prix et leur durabilité, par exemple. Il est alors difficile pour les entreprises de déterminer si les variations des prix de vente sont dues, par exemple, à des changements dans les préférences des acheteurs ou au fait que certaines entreprises trichent en offrant des réductions de prix en secret ;
- Le secteur est hautement concentré, c'est-à-dire que les produits sont essentiellement fournis par un petit nombre de grandes entreprises. Lorsqu'il y a peu d'entreprises, les coûts organisationnels sont généralement bas. En outre, la probabilité d'identifier les entreprises qui ne respectent pas les prix fixés est proportionnellement plus élevée. Toutefois, s'il est vrai qu'il est généralement plus facile pour les vendeurs de s'entendre quand ils sont peu nombreux et que le produit est homogène, les

accords de fixation des prix peuvent également concerner la vente de produits complexes ;

- L'existence d'une association sectorielle ou professionnelle. Les associations offrent généralement un cadre pour la coordination des activités économiques et l'échange d'informations, ce qui peut faciliter la collusion. En théorie, une association de consommateurs vigilante pourrait intervenir, généralement en faisant pression sur l'autorité de la concurrence, mais ces interventions exigent des ressources techniques et juridiques que les associations pourraient avoir du mal à mobiliser.

De même, il existe sur chaque marché des facteurs qui peuvent limiter la collusion. Il s'agit notamment de l'hétérogénéité des produits, des différences de coût entre les entreprises, de la conjoncture économique, du degré de maturité des clients, des progrès technologiques, de la faible fréquence des achats, des différences dans les attentes des entreprises et de la présence de facteurs qui incitent les entreprises à offrir des réductions de prix en secret pour accroître leurs parts de marché.

Parce qu'elle s'apparente à une conspiration, la collusion entre entreprises pour augmenter ou fixer les prix et réduire la production est généralement vue par la plupart des autorités comme représentant la violation la plus grave qui soit des lois relatives à la concurrence. Pourtant, même ainsi, il y a des exemptions et des exceptions. Dans presque tous les pays, les associations des professions libérales (médecine, droit etc.) sont tenues, en vertu de « contrats sociaux », de superviser leurs membres en adoptant des codes professionnels. En échange, ces associations sont autorisées à fixer les conditions à remplir pour entrer dans la profession ou la quitter et jouissent même de droits limités en ce qui concerne la fixation de leurs tarifs. En outre, dans certains pays, des exemptions sont accordées aux cartels du secteur agricole et à ceux qui collaborent avec des coopératives agricoles ou des petites et moyennes entreprises. Dans beaucoup de pays, les cartels d'exportation sont tolérés, voire encouragés. En effet, la Commission européenne et les États-Unis ont eu recours à des mécanismes de subventions des exportations, qui ont été vivement critiqués par d'autres pays en raison de leurs effets perturbateurs. Cette question a été un point d'achoppement majeur dans les négociations de l'OMC, jusqu'à la conclusion d'un accord à la fin de 2015. Dans plusieurs pays, des cartels d'importation existent en toute impunité. Ce qu'il faut retenir ici c'est que quand on compare les mesures prises par les autorités de la concurrence à l'encontre, respectivement, des cartels et des

entreprises qui abusent de leur position dominante, on constate qu'il existe fréquemment une présomption d'illégalité dans le cas des cartels mais pas dans celui des entreprises en position dominante<sup>118</sup>.

### 3. Les fusions et les acquisitions

Une fusion est la mise en commun du patrimoine de deux entreprises ou plus au sein d'une entreprise existante ou pour créer une nouvelle entreprise. C'est un moyen pour les entreprises de s'agrandir et d'étendre leurs activités à des secteurs et sur des marchés existants ou nouveaux. Une acquisition est légèrement différente. Généralement, c'est l'achat d'une entreprise par une autre entité commerciale. La compagnie achetée ne conserve pas sa propre identité. Les fusions et les acquisitions peuvent avoir pour but d'accroître l'efficacité économique, d'acquérir un pouvoir de marché, de diversifier l'activité, de se lancer sur des marchés situés ailleurs ou de rechercher des synergies financières ou d'autre nature.

Les fusions et les acquisitions n'ont rien de répréhensible en soi. Dans beaucoup de pays en développement, les gouvernements encouragent ou forcent même les entreprises à fusionner lorsqu'ils considèrent qu'elles sont trop nombreuses ou inefficaces dans un secteur donné (c'est l'argument fondé sur l'efficacité). Les fusions peuvent être jugées particulièrement urgentes étant donné la libéralisation des marchés et l'entrée imminente d'acteurs étrangers, les effets pouvant être différents selon les marchés. Le secteur financier (banques, assurances, etc.), le secteur des télécommunications filaires non fixes et les transports maritimes ont été particulièrement concernés, et certains gouvernements sont même allés jusqu'à préciser le nombre d'entreprises qui seraient autorisées à fonctionner après un certain délai.

Les organismes de réglementation de la concurrence doivent prendre en considération toute une série de facteurs avant de se prononcer. En réalité, dans bien des cas la décision finale ne leur appartient pas, les gouvernements voyant dans la réglementation de la concurrence un outil de gestion de l'économie. Quand il y a un changement de gouvernement, il est fréquent que les politiques changent également, et l'application de la politique de concurrence peut devenir moins vigoureuse.

<sup>118</sup> A. Jones et A. Albors-Llorens, 2014, A landscape of diversity: The consumer in competition law, document présenté à la conférence « The Images of the Consumer » (Université d'Oxford, mars).

## D. L'ARCHITECTURE INSTITUTIONNELLE DE LA CONCURRENCE

L'interaction entre la concurrence et la protection des consommateurs est devenu un sujet très important avec l'apparition de plusieurs éléments nouveaux. L'un d'eux est le renforcement de la notion de « marché libre ». Pendant les années 1980 et surtout pendant les années 1990, beaucoup de pays en développement ont entrepris de vastes réformes pour ouvrir leurs marchés, et les privatisations, la déréglementation et la libéralisation financière intérieure et extérieure ont causé un dépérissement significatif du rôle de l'État dans l'activité économique. Toutefois, dans la réalité, les privatisations ont souvent consisté à remplacer un monopole public par un monopole privé. On a alors vu dans les politiques et les lois relatives à la concurrence un outil de plus pour protéger les consommateurs, en particulier dans les économies de marché émergentes d'Europe centrale et orientale, dans lesquelles la protection des consommateurs était souvent confiée à des bureaux « antimonopoles », comme il est mentionné au chapitre IV.

La table ronde de 2015 de l'OCDE sur les bonnes pratiques a noté que l'architecture institutionnelle des autorités de la concurrence changeait peu à peu et que la politique de concurrence, la réglementation sectorielle et la passation de marchés publics avaient tendance à évoluer en même temps<sup>119</sup>. Par exemple, depuis 2008, la Commission coréenne du commerce loyal est responsable de l'organisme de protection des consommateurs, qui relevait autrefois du Ministère des finances. Cette tendance est particulièrement prononcée en Europe du Nord depuis quelques années. La Finlande (où le directeur chargé de la consommation agit également en qualité de médiateur des consommateurs), l'Irlande, le Danemark et les Pays-Bas avancent tous dans cette direction. La Commission fédérale du commerce aux États-Unis (FTC) héberge depuis longtemps sous le même toit la Direction de la protection du consommateur et la Direction de la concurrence, chacun de ces domaines étant confié à un service séparé. Par exemple, lors de l'acquisition de la société WhatsApp par Facebook, ces deux services de la FTC ont mené des enquêtes séparées, le service chargé de la protection des consommateurs enquêtant principalement sur la protection de la vie privée de ces derniers plutôt que sur les questions se rapportant à la concurrence, qui relèvent bien évidemment du Bureau de la concurrence. Au Royaume-Uni, l'Office of Fair Trading (l'OFT) et la Competition Commission ont été

regroupés pour former l'Autorité de la concurrence et des marchés, qui a des compétences parallèles à celles des organismes sectoriels de réglementation. La surveillance des marchés a été confiée aux Trading Standards Services (TSS), une entité qui relève des autorités locales. Il y a toutefois des exceptions à cette tendance. Ainsi, en Islande et au Japon les institutions ont évolué différemment et en Fédération de Russie, le Service fédéral antimonopole reste séparé de l'organisme de protection des consommateurs (Rospotrebnadzor). Le Département sud-africain du commerce et de l'industrie est responsable de la protection des consommateurs, alors que la Commission de la concurrence, un organe officiel, est chargée de la réglementation de la concurrence et de l'application des lois.

L'architecture institutionnelle est également influencée par le fait qu'un nombre croissant d'organisations tant internationales que régionales se sont explicitement engagées à défendre la politique et le droit de la concurrence et mettent l'accent, dans ce contexte, sur le rôle que cette politique et ce droit peuvent jouer dans la protection des consommateurs. Elles ont donc placé les questions de consommation au centre de leur action. Il s'agit, par exemple, d'organisations comme la CNUCED, l'OCDE et le Réseau international de la concurrence (RIC) décrits dans l'encadré 6.

## E. LA RÉSISTANCE DES CONSOMMATEURS AU CHANGEMENT – UN DÉFI POUR LA COHÉRENCE DES POLITIQUES DE LA CONCURRENCE

La possibilité pour le consommateur de choisir est la raison d'être de la concurrence. Pour exercer son droit de choisir, le consommateur doit connaître ses options et être en mesure de choisir. Cependant, on constate que même lorsqu'il existe un substitut à meilleur prix, le consommateur ne le choisit pas toujours. C'est un paradoxe et un problème pour les économistes classiques. Depuis quelques temps, l'économie comportementale s'intéresse aux décisions du consommateur, en particulier à la manière dont il s'y prend pour s'informer avant de se décider (dans quelle mesure le consommateur compare-t-il différentes options et combien d'options compare-t-il ?) et ses changements de préférences (comment réagit-il aux différences de prix dans un secteur donné). La réponse à ces questions est que les consommateurs refusent parfois obstinément de percevoir leurs propres intérêts.

<sup>119</sup> Secrétariat de l'OCDE, 2015, compte rendu de la discussion sur l'évolution institutionnelle des autorités de la concurrence, DAF/COMP/M(2014)3/ANN4/Final.

**Encadré 6. Organisations et réseaux concernés par la politique de concurrence à l'échelon international****Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)**

[www.unctad.org](http://www.unctad.org)

La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), créée en 1964, a pour objectif d'assurer une intégration favorable au développement des pays en développement dans l'économie mondiale. La CNUCED est l'organisme des Nations Unies chargé du traitement intégré du commerce et du développement et des questions interdépendantes dans les domaines du financement, de l'investissement, de la technologie et du développement durable. Elle coordonne également le traitement des questions liées à la concurrence et à la protection des consommateurs. La CNUCED est le lieu de débats intergouvernementaux visant la formation de consensus, en s'appuyant sur les contributions d'experts et le partage des données de l'expérience. La CNUCED réalise des travaux de recherche et des analyses et rassemble des données afin d'apporter des contributions de fond aux discussions des experts et des représentants des gouvernements. La CNUCED, en coopération avec d'autres organisations et des pays donateurs, fournit une assistance technique adaptée aux besoins des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés et des pays en transition. La CNUCED organise une réunion annuelle des experts de la concurrence, à laquelle participe également des organismes et des experts indépendants ; il s'agit du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de concurrence, dont les réunions coïncident avec celles du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la protection du consommateur.

**Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)**

[www.oecd.org](http://www.oecd.org)

L'OCDE est une organisation intergouvernementale qui aide les gouvernements à s'attaquer aux défis économiques, sociaux et de gouvernance de l'économie mondiale. L'OCDE est composée de 34 pays membres qui partagent un même attachement à la démocratie et à l'économie de marché. Elle entretient activement des relations avec de nombreux autres pays (notamment ceux du groupe BRICS), des ONG et la société civile et, à ce titre, elle a une portée mondiale. Surtout connue pour ses publications et ses statistiques, ses travaux portent sur des questions économiques et sociales incluant les questions macroéconomiques, le commerce, l'éducation, le développement, la science et l'innovation. L'OCDE joue un rôle de premier plan dans la promotion de la bonne gouvernance dans la fonction publique et dans les activités des entreprises. Elle aide les gouvernements à assurer la réactivité des domaines clés de l'économie grâce à un suivi sectoriel. En aidant à comprendre les questions nouvelles et en identifiant les politiques les plus efficaces, elle aide les décideurs à adopter des orientations stratégiques. Elle est très connue pour ses études et analyses par pays. L'OCDE élabore des instruments, décisions et recommandations, qui sont approuvés à l'échelon international et dont le but est de promouvoir de bonnes pratiques dans des domaines nécessitant un accord multilatéral pour que chaque pays puisse progresser au sein de l'économie mondiale. Le partage des bienfaits de la croissance est également d'une importance cruciale, comme le montre les activités concernant les économies émergentes, le développement durable, l'économie territoriale et l'aide. Le dialogue, le consensus et les examens collégiaux sont au cœur de l'action de l'OCDE. Le principe du consensus permet aux gouvernements de bloquer les recommandations auxquelles ils sont opposés. L'organe directeur de l'OCDE, le Conseil, est composé de représentants des pays membres.

**Le Réseau international de la concurrence (RIC)**

[www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org)

Le RIC est un réseau informel composé d'organismes de pays développés et en développement. Il est organisé autour de projets et fonctionne sur la base du consensus. Il traite de l'application des législations antitrust ainsi que de questions générales d'intérêt commun. Il formule des propositions pour faciliter une convergence sur le fond et la procédure, grâce à un programme et à une structure axés sur des résultats. Il favorise la diffusion des données de l'expérience et des bonnes pratiques dans le domaine des activités antitrust et s'emploie à faire connaître le rôle de défenseur de la concurrence des autorités antitrust et à faciliter la coopération internationale. Les activités du RIC sont sur une base volontaire et s'appuient sur le haut degré de bonne volonté et de coopération des juridictions concernées, ainsi que sur les nombreux contacts qui existent déjà entre les différentes organisations. Le RIC organise ses travaux autour de projets et n'a pas pour but de remplacer ou de coordonner les activités d'autres organisations ; il n'a pas non plus de fonction normative. Le RIC offre à ses membres l'occasion de rester en contact dans le cadre de ses conférences annuelles et de ses réunions sur l'état d'avancement de ses différentes activités. Lorsque le RIC parvient à un consensus sur les recommandations découlant de ces projets, il appartient aux différents organismes antitrust de décider si et comment mettre en œuvre ces recommandations – au moyen d'arrangements unilatéraux, bilatéraux ou multilatéraux, selon qu'il conviendra. Le RIC est composé de 138 organismes nationaux ou multinationaux de la concurrence chargés de l'application des lois antitrust. 119 juridictions sont représentées.

Et si les consommateurs avaient raison d'être prudents ? Vouloir assurer la protection des consommateurs en exigeant qu'ils soient dûment informés plutôt qu'en réglementant en amont peut signifier qu'on leur fait assumer tous les risques, comme l'a montré la crise financière. Le défi est de taille pour les décideurs, car il ne faut pas non plus tomber dans l'extrême contraire et nier qu'un changement de préférence de la part du consommateur peut être avantageux. Les décideurs doivent, par conséquent, étudier d'autres mesures, comme la réglementation du comportement des prestataires, tout en adoptant des mesures pour améliorer la transparence des prix, comme les mesures imposées au secteur bancaire français en 2010, par exemple. Les mesures de politique générale peuvent donc contribuer au renforcement de la protection des consommateurs, en particulier en améliorant les informations fournies et en éliminant complètement tout ce qui peut rendre le coût d'un changement de préférences prohibitif. Pour cela, il faut analyser les conditions et modalités des contrats de consommation ou réévaluer leur bien-fondé puisqu'elles sont « entrées dans l'usage courant » (par exemple, dans les services bancaires et les assurances). La divulgation d'informations et la transparence n'ont pas toujours réussi à assurer la concurrence et la possibilité de choisir.

faut pas »), alors que les autorités de protection du consommateur prescrivent (« il faut ») ; la concurrence intervient *ex post*, alors que la réglementation intervient plutôt *ex ante*. Bien que ces juxtapositions soient délibérément simplistes, et bien que l'on puisse citer des exceptions à chacune d'elles, elles montrent bien le caractère complémentaire de ces deux domaines de la politique générale.

## F. CONCLUSION

La relation entre la concurrence et la protection des consommateurs ne cessera sans doute jamais d'être complexe. Dans la plupart des cas, les consommateurs n'ont pas milité en faveur du droit et de la politique de concurrence. Cependant, une fois ces derniers en place, les consommateurs et les organisations qui les représentent ont fini par y voir un moyen de renforcer la protection des consommateurs. En gros, dans l'approche traditionnelle, les organismes de réglementation de la concurrence se sont concentrés sur l'offre et les organismes de réglementation de la consommation sur la demande. Cette dichotomie dans l'approche est à l'origine d'une conception étroite des comportements anticoncurrentiels et des démarches limitées adoptées pour y remédier.

Comme l'a dit le professeur Alan Fels lors d'une table ronde organisée par l'OCDE en 2015<sup>120</sup>, la concurrence a tendance à être impopulaire auprès du public, alors que la protection du consommateur est plutôt populaire (« la défense des opprimés ») ; les autorités de la concurrence proscrivent (« il ne

<sup>120</sup> OCDE, 2015, Best Practice Roundtable on Competition Policy; voir aussi A. Fels et H. Ergas, 2014, *Institutional Design of Competition Authorities* (OCDE).

## VIII. La coopération internationale

### A. LA COOPÉRATION INTERNATIONALE DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Dans sa résolution 70/186 du 22 décembre 2015 sur la protection du consommateur, l'Assemblée générale reconnaît « l'intérêt qu'il y a à travailler en coordination et en partenariat avec les organisations multilatérales »<sup>121</sup>. Selon le paragraphe 1 des Principes directeurs, l'un des objectifs de ces principes est de « promouvoir la coopération internationale dans le domaine de la protection du consommateur ». Comme de fait, la coopération internationale est au cœur de la version révisée des Principes directeurs.

La section des Principes directeurs consacrée à la coopération internationale, la section VI, a été considérablement élargie au cours du processus de révision. Le paragraphe 79 exhorte les États membres à coopérer en vue d'échanger des informations sur leurs politiques et mesures relatives aux essais et à l'information et l'éducation des consommateurs. Le paragraphe 80 demande le renforcement des réseaux d'information sur les produits interdits, retirés du marché ou strictement réglementés, une question vitale pour la sécurité des consommateurs. Le paragraphe 81 demande aux États Membres de faire en sorte que les différences de qualité ne pénalisent pas les consommateurs, une question de jugement pas toujours facile à trancher. Le paragraphe 82 appelle à la coopération dans la lutte contre les pratiques transfrontières frauduleuses, tout en précisant, comme le fait le paragraphe 83, que l'organisme chargé de la protection du consommateur conservent ses compétences en la matière et que les États membres doivent « éviter toute interférence » dans les travaux des organismes chargés de la protection des consommateurs d'autres juridictions. Le paragraphe 85 envisage la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ; les paragraphes 86 et 87 prévoient la désignation d'un organisme de protection des consommateurs qui serait chargé de certaines questions de mise en œuvre. Le paragraphe 88 souligne que le pouvoir d'enquêter et d'échanger des informations devrait être étendu à la coopération avec des homologues étrangers dans le domaine judiciaire et dans celui des mesures conjointes visant à faire respecter la loi.

<sup>121</sup> A/RES/70/186.

Les paragraphes 91 et 92 portent sur la consommation durable et la coopération dans le domaine du transfert de technologie et du renforcement des capacités. Le paragraphe 93 encourage les programmes d'éducation et d'information des consommateurs.

La nécessité pour les États membres de collaborer dans d'autres situations comportant une dimension transfrontière est mentionnée spécifiquement dans d'autres sections : les nouvelles sections sur le commerce électronique (par. 65), les services financiers (par. 68) et le tourisme (par. 78).

Le rapport de la CNUCED sur la mise en œuvre des Principes directeurs (2013) mentionne des initiatives de coopération très diverses entre les États membres<sup>122</sup>. Il énumère plusieurs accords bilatéraux de coopération – notamment entre le Chili et le Pérou, le Chili et l'Union européenne, la République dominicaine et le Panama, et le Mexique et les États-Unis – qui prévoient généralement des échanges d'informations et des activités de renforcement des capacités.

Il existe également diverses initiatives au niveau régional, notamment : le Comité de la protection des consommateurs de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) ; l'OEA et son Système interaméricain d'alertes rapides intégré (SIAR), la Communauté andine, le Programme de la CNUCED sur les politiques de concurrence et de protection des consommateurs pour l'Amérique latine (COMPAL), le Conseil centraméricain de la protection du consommateur, le Forum latino-américain des organismes publics de protection des consommateurs (FIAGC), l'Alliance du Pacifique, l'OEA et le Marché commun du Sud (MERCOSUR), l'Union des nations de l'Amérique du Sud (UNASUR), le programme de la CNUCED pour la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord, Africomp, le Dialogue africain sur la protection du consommateur, l'Union douanière d'Afrique australe et la Communauté de développement de l'Afrique australe, le Conseil relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs de l'Union européenne et des initiatives de la Commission européenne (Europe).

Au niveau multilatéral, certains États membres font partie de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique, de l'International Consumer Protection

<sup>122</sup> CNUCED, 2013, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur (1985-2013)*. Note du secrétariat de la CNUCED.

and Enforcement Network (ICPEN) et de l'OCDE, dont le Comité pour la politique en matière de consommation compte des observateurs de pays non membres de l'OCDE (comme la Colombie et l'Égypte) qui participent activement et régulièrement aux activités.

La CNUCED est le coordonnateur du système des Nations Unies et le forum intergouvernemental mondial dans le domaine de la protection des consommateurs. Dans les Principes directeurs, la CNUCED est chargée : a) d'explorer les liens entre les questions de concurrence et de protection des consommateurs ; b) d'examiner les lois et politiques des États membres sur la protection des consommateurs et de leur faire des recommandations dans ce domaine ; c) d'organiser à l'intention des États membres des activités de formation et de renforcement des capacités sur les questions de protection des consommateurs ; et d) d'appuyer des initiatives régionales et multilatérales. Ce mandat est analysé plus en détail plus loin dans le présent chapitre.

Il y a manifestement un large échange d'informations sur les politiques de protection des consommateurs et la mise en œuvre des mesures dans ce domaine, et de nombreux membres peuvent raisonnablement prétendre qu'ils appliquent déjà les dispositions des Principes directeurs. Toutefois une difficulté particulière demeure : le droit applicable et la juridiction compétente.

## B. LE DROIT ET LA JURIDICTION APPLICABLES

Si les Principes directeurs traitent de manière si détaillée de la question de la coopération internationale, c'est sans doute dans le but de résoudre les difficultés que posent la coopération interinstitutions. La résolution 70/186 (mentionnée plus haut) se réfère expressément à cette question quand elle souligne que « le dialogue et la coopération à l'échelon international constituent le meilleur moyen de régler certaines questions relatives à la protection du consommateur, telles que le droit et la juridiction applicables ». Les mots « droit et juridiction applicables » ne figurent pas dans le corps du texte des Principes directeurs, mais le paragraphe 39 invite à améliorer l'accès à la justice et aux mécanismes de réparation, en particulier dans le cas des litiges transfrontières. Le point vi) du paragraphe 54 des lignes directrices de l'OCDE sur la protection du consommateur dans le commerce électronique auquel se réfère les Principes directeurs demande aux gouvernements de « prendre en considération le rôle de la loi applicable et de la juridiction compétente dans

le renforcement de la confiance des consommateurs à l'égard du commerce électronique »<sup>123</sup>.

Le paragraphe 90 des Principes directeurs se réfère aux Lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économiques régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses, qui au paragraphe III.A traite des éventuels conflits de juridiction :

Les États Membres devraient renforcer leur capacité de coopérer dans la lutte contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses, étant entendu que la coopération dans le cadre d'enquêtes ou d'affaires particulières reste à l'entière discrétion de l'organisme chargé de la protection des consommateurs à qui il a été demandé de coopérer. Cet organisme peut refuser ou limiter sa coopération pour des enquêtes ou des affaires particulières ou l'accepter à certaines conditions, s'il considère qu'accéder à une demande de coopération est contraire à ses lois, intérêts ou priorités ou parce qu'il manque de ressources ou encore en l'absence d'un intérêt mutuel pour l'enquête ou l'affaire en question<sup>124</sup>.

Une première réaction peut être de se demander si l'intérêt des consommateurs étrangers est suffisamment pris en compte par les autorités nationales, car les obligations sont très vagues. On peut en débattre, mais ce n'est peut-être pas tout à fait juste de l'affirmer. Et qu'advient-il si la gravité ou le nombre de pratiques frauduleuses et trompeuses est beaucoup plus élevé dans un pays qu'à l'échelon international ? Les organismes de protection des consommateurs sont constamment appelés à trancher dans des situations dépourvues de toute dimension internationale ; il n'est donc pas surprenant qu'il leur soit encore plus difficile de se prononcer quand des facteurs transfrontières viennent diminuer leur chance de prendre la bonne décision. En ce qui concerne le droit privé international, plusieurs États membres, mais pas tous, ont adopté des règles spéciales applicables en cas de conflits de lois, afin de protéger les consommateurs (les États membres de l'Union européenne, l'Argentine, la Chine, le Japon et la Fédération de Russie, par exemple). De nombreux pays ont inclus dans leurs lois nationales des règles instituant une juridiction spéciale pour les affaires

<sup>123</sup> OCDE, 2016, *La protection du consommateur dans le commerce électronique*. Recommandation de l'OCDE.

<sup>124</sup> OCDE, 2003, *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses*. Recommandation du Conseil.

transfrontières concernant des consommateurs, règles qui établissent souvent la compétence de l'instance judiciaire du pays de domicile du consommateur.

Des tentatives ont été faites pour établir un principe général précisant quelle législation nationale doit primer. Par exemple, l'Association de droit international a formulé le « principe de la protection la plus favorable », selon lequel « il est souhaitable d'élaborer des normes et d'appliquer des règles de droit international privé qui habilent les consommateurs à se prévaloir de la protection qui leur est le plus favorable »<sup>125</sup>.

## 1. L'exemple du tourisme

Le tourisme est un domaine évident pour la coopération internationale, en particulier parce que le pays de résidence du consommateur est rarement celui où se produit l'infraction alléguée. Les Principes directeurs révisés abordent pour la première fois les besoins des touristes et des voyageurs. Le paragraphe 78 se lit ainsi :

Les États Membres devraient s'assurer que leurs politiques de protection des consommateurs portent également sur la vente et la fourniture de biens et de services liés au tourisme, entre autres les voyages, l'hébergement et l'utilisation d'unités de logement en temps partagé. Ils devraient en particulier aborder les problèmes inhérents à la nature transfrontière du tourisme, notamment la coopération et l'échange d'informations avec d'autres États Membres aux fins de l'application des réglementations pertinentes, et coopérer avec les parties prenantes dans le secteur du tourisme et des voyages.

À divers égards, le tourisme est le deuxième secteur d'activités du monde, juste après l'agriculture. Pourtant il a été plutôt absent des discussions sur les politiques de consommation. Le secteur présente des vulnérabilités évidentes pouvant nécessiter une coopération internationale ; il convient de noter, en outre, que les Principes directeurs s'appliquent aux voyages, aussi bien qu'au tourisme, ce qui signifie que les mesures de protection envisagées pourraient être étendues aux travailleurs migrants.

À certains égards, les travaux visant la protection des touristes sont devenus plus difficiles pour deux raisons principales. La première est l'échelle

de l'activité du secteur : en 2012, les arrivées ont dépassé la barre du milliard pour la première fois. La deuxième raison est qu'avec l'essor des réservations en ligne, l'activité des agences de tourisme est en baisse, si bien qu'il n'existe souvent pas de société responsable des services relatifs au tourisme et aux voyages dans le pays d'origine. Par exemple, les deux tiers des touristes étrangers se rendant au Brésil ne passent pas par une agence de voyages dans leur pays d'origine<sup>126</sup>.

Deux pays en particulier, le Brésil et la Chine, ont insisté pour que les mesures de protection des touristes soient renforcées – le Brésil, en partie en prévision de deux grandes manifestations sportives, la coupe du monde de football de 2014 et les Jeux olympiques de 2016, et la Chine simplement en raison de l'ampleur et de la forte augmentation de ses sorties et entrées de touristes<sup>127</sup>. Le Gouvernement brésilien a proposé un projet de convention sur la coopération pour la protection des touristes et visiteurs étrangers, dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé<sup>128</sup>. De l'avis du professeur Claudia Lima Marques, qui fait campagne en faveur d'une réforme du secteur, on a surtout besoin de mesures *ex ante* plutôt qu'*ex post*. Dans ce contexte, cela signifie que des dispositions doivent être prises dans le pays de destination plutôt que dans le pays de résidence afin d'éviter, autant que possible, les litiges transfrontières. En conséquence, le projet de convention prévoit la désignation, dans l'État contractant, d'une autorité ayant pour mandat de fournir des conseils, une assistance et des services de médiation ainsi que d'établir, si nécessaire, une procédure de règlement des petits litiges. Il s'agit essentiellement d'un dispositif institutionnel et de ce que le professeur Lima Marques qualifie de « retour pragmatique au droit international privé »<sup>129</sup>.

Il n'est pas du tout évident qu'il existe une réponse définitive aux questions de compétence soulevées à la section VI des Principes directeurs. L'exemple du tourisme montre que les dispositifs institutionnels, à savoir la présence d'une personne à qui les touristes pourraient s'adresser pour obtenir de l'aide, pourraient être la solution la plus efficace.

<sup>125</sup> ILA, 2012, *Statement on the Development of International Principles on Consumer Protection*, résolution n° 4 (Sofia). Pour une analyse plus détaillée voir la résolution 1/2016 de l'ILA, ainsi que les *Guidelines on Best Practice on the Law Applicable to International Protection of Consumers* (Johannesburg, soixante-dix-septième conférence de l'ILA).

<sup>126</sup> C. Lima Marques, 2013, *The need for a global cooperation network to protect foreign tourists/consumers and the comeback of private international law*.

<sup>127</sup> Selon l'OCDE, les touristes chinois ont dépensé 102 milliards de dollars en 2012 (plus que tout autre pays), soit une augmentation de 37 % par rapport à l'année précédente (L. Thompson, 2013, *Tourism's Changing Profile*, OECD Observer n° 297).

<sup>128</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, 2013, *projet de convention internationale sur la protection des touristes et des visiteurs*.

<sup>129</sup> C. Lima Marques, op. cit.

## C. LA COOPÉRATION INTERNATIONALE DANS LA PRATIQUE

Malgré les difficultés mentionnées plus haut, les organismes coopèrent à l'échelon international, comme le montre l'enquête de 2013 réalisée par la CNUCED<sup>130</sup>, et il existe des associations professionnelles pour promouvoir cette coopération. Par exemple, le International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN), qui est composé d'organisations de plus de 50 pays, a pour but :

- De protéger les intérêts économiques des consommateurs dans le monde entier ;
- De partager des informations sur les activités commerciales transfrontières susceptibles d'influer sur le bien-être des consommateurs ;
- D'encourager la coopération mondiale entre les organes de répression.

Bien qu'il soit essentiellement constitué de membres de l'OCDE, l'ICPEN s'étend à toutes les régions et aux pays les plus divers – des petits États insulaires, comme la Barbade et la République dominicaine, à de grands pays exportateurs, comme la Chine, les pays de l'Afrique subsaharienne, dont le Nigéria et le Kenya, et les pays en transition comme le Viet Nam.

L'ICPEN organise des campagnes d'éducation, comme le mois de la prévention de la fraude, et des opérations annuelles de nettoyage d'Internet « Internet Sweep » consistant à rechercher les sites Web qui pourraient escroquer les consommateurs. Ces opérations sont décrites par la CNUCED dans son rapport de 2013 sur la mise en œuvre des Principes directeurs comme étant « des activités parallèles et coordonnées pour assurer le respect de la loi ». Ces activités montrent bien qu'il existe un réseau mondial consacré à l'application de la loi et permettant l'adoption de mesures volontaristes. L'ICPEN vise à faciliter les plaintes se rapportant au commerce électronique transfrontière « par des moyens autres que l'action juridique formelle » et communique les plaintes reçues aux organismes nationaux de protection des consommateurs<sup>131</sup>.

On peut citer également le système européen d'alerte rapide pour les produits non alimentaires dangereux (RAPEX). La Commission européenne publie chaque semaine un relevé des alertes reçues des autorités nationales. Les notifications d'alertes incluent des informations sur les produits

dangereux, les risques identifiés et les mesures prises dans le pays qui notifie l'alerte pour empêcher ou restreindre la commercialisation ou l'utilisation des produits en question. Ces mesures peuvent être prises par les autorités nationales « mesures obligatoires » ou directement par les producteurs et les distributeurs (« mesures volontaires »). Chaque alerte s'accompagne également d'informations sur les pays dans lesquels les mêmes produits ont été trouvés et indique si des mesures additionnelles ont été prises. Ces alertes ne visent pas des cas spécifiques (bien que des informations soient recueillies sur eux) et ne soulèvent donc pas de questions de compétence<sup>132</sup>. L'Organisation des États américains a créé un système analogue au RAPEX, le SIAR (le système interaméricain d'alerte rapide), un nouveau réseau de surveillance de la sûreté des produits et des services dans les Amériques, entré en vigueur en décembre 2014.

La Commission européenne a également mis en place le réseau des Centres européens des consommateurs, qui a une présence dans les 28 États membres (ainsi qu'en Norvège et en Islande) et traite des questions touchant les consommateurs, au niveau individuel. Les centres offrent aux consommateurs un service de médiation transfrontière et des conseils (notamment sur les procédures judiciaires et le règlement des litiges) et sont habilités à établir des rapports sur les politiques générales. Bien qu'ils soient souvent considérés comme un service pour les touristes, le mandat de ces centres touche un public plus large et englobe tous les litiges transfrontières entre des consommateurs et des prestataires de services. En plus de dix ans de fonctionnement en tant que réseau, l'ICPEN a reçu 650 000 sollicitations directes et dès 2015 il en recevait 100 000 par an, dont 40 000 plaintes ; un nombre beaucoup plus grand de plaintes (3 millions) ont été transmises aux organismes nationaux de protection des consommateurs. Encore un exemple qui montre que les aménagements institutionnels permettent de prendre des mesures pratiques n'exigeant pas nécessairement des poursuites judiciaires<sup>133</sup>.

## D. LE MÉCANISME INSTITUTIONNEL INTERNATIONAL

La question de la coopération internationale est également soulevée dans le contexte de la section VII des Principes directeurs consacrée au mécanisme

<sup>130</sup> CNUCED, 2013, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur* (1985-2013). Note du secrétariat de la CNUCED.

<sup>131</sup> [www.icpen.org](http://www.icpen.org).

<sup>132</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/consumers\\_safety/safety\\_products/rapex/alerts/main/?event=main.listNotifications](http://ec.europa.eu/consumers/consumers_safety/safety_products/rapex/alerts/main/?event=main.listNotifications).

<sup>133</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A132048> et [www.ec.europa.eu/consumers/ecc/](http://www.ec.europa.eu/consumers/ecc/).

institutionnel international, une section entièrement nouvelle et très importante. Elle énonce les dispositions relatives au Groupe intergouvernemental d'experts (GIE) du droit et de la politique de la protection des consommateurs, qui se réunit sous les auspices de la CNUCED. Le paragraphe 97 décrit comme suit les fonctions du GIE :

- a) Offrir une tribune pour la tenue de consultations, de débats et d'échanges de vues annuels entre les États Membres sur des questions ayant trait aux Principes directeurs et, en particulier, leur mise en œuvre et les données d'expérience acquises à cette occasion et en définir les modalités d'organisation ;
- b) Entreprendre et diffuser périodiquement des études et des travaux de recherche sur la protection des consommateurs en rapport avec les Principes directeurs sur la base d'un consensus entre les États Membres et de leurs intérêts, l'objectif étant d'accroître les échanges de données d'expérience et de renforcer l'efficacité desdits principes ;
- c) Effectuer, à titre volontaire, des évaluations horizontales de la politique des États Membres en matière de protection du consommateur ;
- d) Recueillir et diffuser des informations sur le niveau de réalisation globale des objectifs énoncés dans les Principes directeurs et les mesures adoptées au niveau régional ou national par les États Membres pour en faciliter la mise en œuvre efficace ;
- e) Renforcer les moyens dont disposent les pays en développement et les pays en transition pour élaborer et appliquer leur législation et politiques en matière de protection des consommateurs et de leur fournir une assistance technique à cet effet ;
- f) Examiner les études, la documentation et les rapports établis sur la question par les organismes compétents des Nations Unies et par d'autres organisations et réseaux internationaux, échanger des informations sur les programmes de travail et les sujets à aborder lors de consultations et identifier des projets de partage des tâches et de coopération en matière d'assistance technique ;
- g) Rédiger des rapports et recommandations concernant les politiques des États Membres en matière de protection des consommateurs, y compris sur l'application des Principes directeurs ;
- h) Poursuivre ses travaux entre les Conférences des Nations Unies chargées de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives et présenter des rapports à la Conférence ;
- i) Examiner périodiquement les Principes directeurs à la demande de la Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives ;
- j) Adopter les procédures et méthodes de travail nécessaires pour s'acquitter de son mandat.

Le paragraphe 98 précise que le GIE « ne portera pas de jugement » sur un État Membre ou une entreprise dans le contexte d'une transaction commerciale donnée.

En particulier, les institutions internationales telles que la CNUCED ont une longue tradition, généralement positive, de l'emploi des examens collégiaux volontaires, avec plus de dix ans d'expérience dans le domaine de la concurrence. Ces examens sont utiles, non seulement pour le pays examiné, mais aussi pour les institutions qui les effectuent et sont confrontées aux réalités pratiques de la mise en œuvre des politiques, et ils accompagnent avantageusement les dispositions plutôt vagues des lignes directrices internationales. Ce genre de « retour à la réalité » peut être très utile sur le plan interne pour les pays faisant l'objet de l'examen collégial, car un gouvernement mettant en œuvre des réformes peut avoir besoin d'un regard extérieur pour l'aider à mener à bien le processus de réforme interne.

Les dispositions du paragraphe 97 a) relatives à l'échange de vues et des données d'expérience entre les États membres sont également importantes, surtout en ce qui concerne la mise en œuvre et compte tenu de l'élargissement des Principes directeurs. Certes, les États Membres pourraient être réticents à être jugés sur leurs résultats, mais ces échanges ne peuvent manquer de donner lieu à des comparaisons susceptibles de créer une dynamique ascendante.

L'une des grandes innovations des Principes directeurs révisés est qu'ils prévoient leur propre mise à jour. Alors que dans les versions précédentes, aucun processus institutionnalisé de révision n'était prévu, le paragraphe 97 i) demande au Groupe intergouvernemental d'experts (GIE) d'examiner périodiquement les Principes directeurs à la demande de la Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble. Ceci permettra

d'examiner dûment les nouvelles questions et évolutions au niveau gouvernemental et de les inclure dans les Principes directeurs, sous réserve d'un consensus. Ainsi les Principes directeurs seront mis à jour périodiquement et conserveront toute leur pertinence. En effet, le GIE est appelé à jouer un rôle très important dans le renforcement de la coopération et la promotion de la protection des consommateurs dans le programme mondial.

## E. CONCLUSION

Ce bref aperçu de la coopération internationale porte largement à conclure que la solution aux problèmes posés par la protection des consommateurs à l'échelon international est institutionnelle plutôt que judiciaire, non seulement en raison des difficultés inhérentes aux affaires judiciaires transfrontières, mais aussi parce qu'il n'existe aucun accord de coopération interinstitutions dans le domaine judiciaire. Dans le cas du tourisme et des voyages internationaux on peut choisir entre, d'une part, un règlement rapide des litiges en ayant recours à des procédures qui ne sont pas strictement judiciaires, tels que les modes alternatifs de règlement des litiges, et, d'autre part, des procès prolongés à distance avec très peu de garantie de succès. La première option semble l'emporter et l'existence de dispositions pratiques entre les organismes de protection des consommateurs représentent une nette amélioration à cet égard.

Toutefois, les problèmes sont plus profonds lorsque le consommateur ne réside pas physiquement dans le même pays que l'entreprise concernée. L'expansion des transactions via Internet a considérablement affaibli les contrôles frontaliers traditionnels qui ont toujours été appliqués aux importations matérielles. Les contrôles internationaux se font de plus en plus au moyen de réglementations plutôt que par une inspection physique tant pour les marchandises que pour les services. Quand un consommateur commande un produit tangible sur un site Web étranger, la marchandise livrée vient parfois d'un dépôt situé dans son pays de résidence, parfois du pays de fabrication. De même, un produit numérique fabriqué dans un pays A peut être téléchargé d'un site Web situé dans un pays B par un consommateur se trouvant dans un pays C.

Vu la complexité du problème, il est important de mettre en place des instruments juridiques internationaux propres à assurer l'obtention de réparations par les consommateurs dans les affaires transfrontières. De nos jours, il peut être avantageux sur le plan concurrentiel pour les entreprises de s'engager publiquement, où qu'elles se trouvent, à respecter des normes de comportement consacrées dans certains codes de conduite. Les questions touchant au comportement des entreprises qui sont examinées au chapitre VI n'en prennent que plus d'importance.

# DEUXIÈME PARTIE

## La protection du consommateur sur le marché



## IX. La sûreté des produits et la responsabilité du fait des produits

### A. LA SÛRETÉ DES PRODUITS DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

De toutes les questions traitées dans les Principes directeurs, celles de la section V.B consacrée à la sécurité physique sont peut-être celles qui ont le moins changé avec le temps, puisqu'elle est quasiment la même que dans la version initiale de 1985. On peut en conclure que cette section a bien traversé les années et on pourrait même dire que les auteurs étaient en avance sur leur temps, notamment quand ils se réfèrent à l'utilisation des normes internationales avant qu'elles n'aient été pleinement intégrées à l'accord de 1995 sur le commerce international (GATT/OMC). Outre les points spécifiques mentionnés ci-après, il convient également de noter que la « Protection des consommateurs contre les risques pour leur santé et leur sécurité » figure parmi les « besoins légitimes » énoncés au paragraphe 5 c) des Principes directeurs. La section V.B (par. 16 à 19 des Principes directeurs) est reproduite ci-après :

- 16. Les États Membres devraient adopter et inciter à adopter des mesures appropriées, notamment des régimes juridiques, des règlements relatifs à la sécurité, des normes nationales ou internationales et des normes facultatives, et tenir et inciter à tenir des dossiers sur la sûreté des produits, de manière à avoir la certitude qu'ils sont sans danger tant pour l'usage prévu que pour une utilisation normalement prévisible ;
- 17. Des politiques adaptées devraient permettre de s'assurer que les biens produits par les fabricants sont sans danger tant pour l'usage prévu que pour une utilisation normalement prévisible. Les agents qui ont pour tâche de mettre des produits sur le marché, en particulier les fournisseurs, exportateurs, importateurs, détaillants et autres (ci-après dénommés « les distributeurs ») devraient veiller à ce que, pendant qu'ils en ont la garde, ces produits ne perdent pas leur qualité de sûreté par suite d'une manutention ou d'un entreposage inadéquat. Il faudrait indiquer aux consommateurs le mode d'emploi des produits

et les informer des risques courus, pour l'usage prévu comme pour une utilisation normalement prévisible. Les informations essentielles en matière de sécurité devraient être transmises aux consommateurs, si possible, au moyen de symboles internationaux faciles à comprendre ;

- 18. Des politiques adaptées devraient permettre de s'assurer que si les fabricants ou les distributeurs s'aperçoivent, après avoir mis un produit sur le marché, que ce produit présente des risques, ils en informent sans retard les autorités compétentes et, au besoin, le public. Les États Membres devraient également s'assurer qu'ils ont les moyens d'informer correctement les consommateurs des risques éventuels ;
- 19. Les États Membres devraient, selon que de besoin, adopter des politiques en vertu desquelles s'il est constaté qu'un produit présente une grave déficience ou présente un risque sérieux, même utilisé correctement, les fabricants ou les distributeurs seraient tenus de le retirer du marché, de le remplacer ou de le modifier, ou encore de lui substituer un autre produit ; s'il n'est pas possible de le faire dans un délai raisonnable, le consommateur devrait être dédommagé de manière appropriée.

L'autre section traitant de questions liées à la sécurité physique est la section V.D (par. 33 à 35 des Principes directeurs) consacrée aux « Normes régissant la sûreté et la qualité des biens de consommation et des services » :

- 33. Les États Membres devraient, selon que de besoin, procéder à la formulation ou promouvoir l'élaboration et l'application, aux niveaux national et international, de normes, volontaires ou non, régissant la sûreté et la qualité des biens et services et donner à ces normes la publicité voulue. Les normes et règlements nationaux relatifs à la sûreté et à la qualité des produits devraient être revus périodiquement en vue de les mettre, si possible, en conformité avec les normes internationales généralement admises ;
- 34. Lorsque les conditions économiques locales imposent l'application d'une norme inférieure à la norme internationale généralement admise,

il faut tout mettre en œuvre pour relever cette norme le plus tôt possible ;

- 35. Les États Membres devraient promouvoir et assurer la disponibilité de services chargés de procéder à des essais pour vérifier et certifier la sûreté, la qualité et la conformité des biens de consommation et services essentiels.

Le paragraphe 35 des Principes directeurs mérite d'être souligné, car il prévoit clairement les essais et la vérification indépendants.

La section V.K sur les « Mesures applicables à des secteurs particuliers » mentionne la nécessité d'adopter des « politiques visant à assurer la qualité des produits » dans les secteurs des produits alimentaires, de l'eau et des produits pharmaceutiques, et se réfère aux organismes internationaux pertinents, notamment la Commission du *Codex Alimentarius* et l'OMS. Le nouveau libellé concernant « l'accès universel » aux services publics de distribution au paragraphe 77 des Principes directeurs devrait avoir une importance considérable pour la sécurité, étant donné que le manque d'eau potable et d'assainissement et de sources d'énergie propre constituent des menaces majeures pour la santé publique.

Il convient également de noter que la résolution 70/186, à laquelle sont annexés les Principes directeurs, reconnaît « qu'il importe de lutter contre les produits de qualité médiocre, faussement étiquetés ou contrefaits qui constituent une menace pour la santé et la sécurité des consommateurs ». Cette disposition de la résolution n'est pas reprise dans les Principes directeurs proprement dits.

## B. LES LOIS RELATIVES À LA SÛRETÉ DES PRODUITS

Les lois relatives à la sûreté des produits portent sur les pertes et dommages causés par les produits. Le « droit à la sécurité » est largement considéré comme faisant partie des droits fondamentaux des consommateurs, notamment parce que la sécurité figure dans la liste des besoins légitimes.

### 1. La justification de la législation sur la sûreté des produits

Des lois relatives à la sûreté des produits doivent être mises en place pour plusieurs raisons :

- Les consommateurs doivent être protégés contre les risques de dommages déraisonnables, inutiles et évitables associés à l'utilisation prévisible des produits de consommation ;

- Les produits de consommation sont de plus en plus complexes et sophistiqués. Un examen raisonnable de ces produits ne révèle pas les défauts ou les dangers inhérents à bon nombre d'entre eux, notamment lorsqu'il s'agit de produits non conformes aux normes, faussement étiquetés ou contrefaits. La maxime *caveat emptor* (« l'acheteur doit prendre garde ») est particulièrement insuffisante face à la complexité de certains produits ;
- Les consommateurs ne sont fréquemment pas en mesure de prévoir les risques et de se protéger. C'est particulièrement vrai pour les nouveaux produits dont les consommateurs n'ont encore jamais fait l'expérience ou pour les produits contenant des éléments, tels que des substances chimiques, dont la présence n'est pas toujours évidente ;
- Il est nécessaire d'adopter des normes de sécurité minimales et harmonisées pour les produits afin que les pays en développement ne deviennent pas des décharges pour des produits de qualité médiocre ne répondant pas aux normes dans le pays d'origine ou dans d'autres pays importateurs potentiels (les problèmes associés aux marchandises d'occasion sont examinés plus loin) ;
- Il est dans l'intérêt tant des entreprises que des consommateurs que les produits soient conformes aux normes internationales, car cela permettra d'améliorer l'accès aux marchés internationaux, offrant ainsi un plus grand choix aux consommateurs et relevant le niveau des normes de sécurité à l'échelle mondiale.

Par conséquent, des lois détaillées sur la protection du consommateur devraient s'appliquer à tous les produits de consommation, en particulier à ceux qui sont susceptibles de devenir dangereux avec le temps ou l'usage (normal ou incorrect). Parallèlement, l'attention doit être portée en amont du processus de production, où il est souvent possible d'intervenir plus efficacement et à grande échelle, ce qui permet d'éviter de nombreuses procédures de réparation individuelles.

### 2. Les éléments d'une politique globale en matière de sûreté des produits

Six points peuvent être considérés comme essentiels à la mise en place d'une politique cohérente et efficace visant à assurer la sûreté des produits. Ce sont :

- La sûreté du produit dès le stade de sa conception ;

- Les mesures préparatoires ;
- Les mesures de réglementation et l'élaboration de normes ;
- Les mesures de suivi ;
- Les mesures correctives ;
- Les mesures d'indemnisation.

#### a) La sûreté des produits dès le stade de sa conception

Les entreprises devraient être encouragées à intégrer la sûreté des produits dès le stade de la conception et à se conformer à toutes les normes applicables tout au long des processus de conception et de fabrication, en ayant recours à une certification par des tiers avant la mise des produits sur le marché, pour s'assurer qu'ils ne sont pas dangereux. D'ailleurs, de nombreux détaillants l'exigent avant de commercialiser un produit. Aux États-Unis, la Commission sur la sûreté des produits de consommation offre aux entreprises un service conçu pour les aider à assurer la conformité de leurs produits avant de les mettre sur le marché<sup>134</sup>. Elle tient un registre des problèmes de sûreté des produits. Comme indiqué plus haut, l'intégration de bonnes pratiques tout en amont de la chaîne de production peut réduire la nécessité de réparations en aval.

#### b) Les mesures préparatoires

Une surveillance régulière et systématique des produits de consommation disponibles sur le marché est nécessaire pour déterminer les dommages causés par certains produits et analyser les risques pour les consommateurs. Pour ce faire, des données doivent être recueillies auprès de sources locales et étrangères. L'organisation désignée à cette fin doit être habilitée à exiger la communication des données nécessaires à toutes les parties concernées.

Il existe de nombreuses initiatives internationales et régionales qui visent à fournir des informations précieuses sur la sûreté des produits de consommation et les mesures prises dans ce domaine par les gouvernements dans le monde entier. L'une des plus importantes est la « Liste récapitulative des produits dont la consommation ou la vente ont été interdites ou rigoureusement réglementées, qui ont été retirés du marché ou n'ont pas été approuvés par les gouvernements » publiée par le Département des affaires économiques et sociales internationales de l'Organisation des Nations Unies. Cette liste permet aux organismes publics chargés d'examiner les demandes d'enregistrement de produits de déterminer facilement la nature des décisions prises par d'autres

<sup>134</sup> <http://www.cpsc.gov/en/Business--Manufacturing/Business-Education/>.

pays en matière de réglementation et d'appliquer les mesures autorisées au niveau local. La liste complète résume les informations produites au sein du système des Nations Unies et de ses réseaux. Le RAPEX<sup>135</sup> est un système d'alerte rapide pour la sûreté des produits mis en œuvre par les gouvernements des pays de l'Union européenne – système qui s'étend à d'autres régions du monde – alors que PROSAFE<sup>136</sup> relie et conseille les autorités de surveillance des marchés et organise des activités de formation financées par l'Union européenne.

L'OCDE héberge sur son site le « Global Recalls Portal » (portail mondial des rappels de produits), un outil en ligne, qui contient des informations régulièrement mises à jour sur les rappels de produits de consommation émis par tous les pays du monde<sup>137</sup>.

#### c) Les mesures de réglementation et l'élaboration de normes

La formulation de normes relatives à la sûreté des produits est indispensable pour que la politique en la matière soit efficace. Les normes de sûreté des produits font partie de l'appareil de réglementation des entreprises et doivent donc être publiées. Le respect de ces normes peut être assuré au moyen de sanctions très diverses – comme celles prévues dans le droit pénal et dans le contexte de la responsabilité civile – qui peuvent aller jusqu'au retrait de licence. L'établissement de normes spécifiques permet d'énoncer clairement ce que la société estime souhaitable et acceptable. Dans le droit commercial international, par exemple, les lois peuvent faire référence à des normes plutôt que de les transposer directement dans la législation, ce qui leur permet d'évoluer avec l'innovation.

Les normes élaborées doivent tenir compte d'une série de facteurs, tels que le contexte culturel et les conditions climatiques au niveau local et l'évolution de certaines pratiques internationales comme le dumping. Un organisme de réglementation efficace doit être mandaté pour remplir cette fonction. Les gouvernements peuvent s'inspirer du code de bonnes pratiques de l'OMC, qui définit les caractéristiques essentielles de tout processus d'élaboration de normes<sup>138</sup>.

Les mesures de réglementation devraient comporter au moins les éléments suivants :

<sup>135</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/consumers\\_safety/safety\\_products/rapex/alerts/main/?event=main.listNotifications](http://ec.europa.eu/consumers/consumers_safety/safety_products/rapex/alerts/main/?event=main.listNotifications).

<sup>136</sup> <http://www.prosafe.org/>.

<sup>137</sup> [www.globalrecalls.oecd.org](http://www.globalrecalls.oecd.org).

<sup>138</sup> Organisation mondiale du commerce, Accord sur les obstacles techniques au commerce, annexe 3 : Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes.

- Des normes conçues pour protéger les intérêts des consommateurs, notamment des normes relatives aux essais et à la certification devant permettre aux consommateurs de reconnaître les produits certifiés conformes. Les intérêts des consommateurs devraient être représentés lors de l'élaboration des normes. Ce ne sont généralement pas les gouvernements qui formulent les normes. Ils peuvent faire appel à des organismes nationaux de normalisation et déclarer obligatoires les normes élaborées par ces organismes ou les transposer dans des réglementations ;
- Des informations sur les caractéristiques des produits et leur mode d'emploi, ainsi que des notices de mise en garde à l'intention tant des fournisseurs que des consommateurs ;
- Des restrictions d'utilisation, notamment pour les produits comportant des risques exceptionnellement élevés.

#### d) Les mesures de surveillance

Des mesures de surveillance peuvent être appliquées aussi bien avant qu'après la mise sur le marché. Avant la mise sur le marché, il peut s'agir de mesures de contrôle de la qualité et de supervision de la fabrication et après, d'interventions d'agents autorisés pour vérifier la conformité aux normes de sécurité. Il faut prévoir des essais indépendants réalisés pour le compte du gouvernement ou des dispositions autorisant des organisations de consommateurs indépendantes à réaliser des essais. Dans certains pays, les organismes de normalisation peuvent offrir des services d'essai ou de certification, mais beaucoup de pays en développement disposent de moyens trop limités pour cela, c'est-à-dire qu'ils ont peu de laboratoires, d'équipements et de compétences techniques pour effectuer des essais.

#### e) Les mesures correctives

Les contrôles avant la commercialisation permettent de réduire au minimum la probabilité de la mise en circulation de produits dangereux. Malheureusement, même les mesures de contrôle les plus strictes ne peuvent garantir entièrement la sûreté de tous les produits. Des défauts de fabrication peuvent toujours se produire et des défauts de conception peuvent apparaître bien après la mise en circulation. Toute politique globale visant la sûreté des produits doit laisser la marge de manœuvre nécessaire pour réglementer certains produits après leur entrée sur le marché, ainsi que pour interdire certains types de produits dans des cas extrêmes. Il faut donc prévoir la possibilité d'interventions immédiates lorsqu'un danger

survient, même si les produits concernés ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique. Les autorités compétentes doivent être habilitées à agir d'urgence lorsqu'un produit dangereux se trouve déjà sur le marché. Les mesures peuvent consister à émettre une notice d'avertissement, à rappeler le produit, à exiger qu'il soit modifié avant de continuer à le vendre et, enfin, à détruire les stocks (comme dans le cas de l'épidémie de la « maladie de la vache folle » au Royaume-Uni pendant les années 1990 ; voir encadré 7).

#### f) Les mesures d'indemnisation

L'indemnisation pour les préjudices causés par des produits dangereux peut se faire de deux manières :

- Un dispositif administratif permettant aux personnes ayant subi une perte ou un dommage à cause de produits défectueux de réclamer un dédommagement auprès d'un fonds central. Ce fonds peut être financé par les recettes fiscales – ce qui suppose une responsabilité collective de tous les contribuables – et/ou par une prime versée par les fabricants ou les distributeurs de marchandises ;
- Des dispositifs privés prévoyant le versement d'une indemnisation à la personne qui a subi la perte ou le dommage par ceux qui sont impliqués dans la production et/ou la fourniture du produit défectueux. En général, le fondement de la demande d'indemnisation est le droit des contrats, le droit de la négligence ou les dispositions des lois sur la protection des consommateurs relatives à la responsabilité objective ;
- Les régimes d'indemnisation ne servent pas uniquement à atténuer le préjudice subi par la partie lésée ; ils représentent également un moyen d'incitation ou de dissuasion des producteurs.

#### g) Le cadre juridique et institutionnel de la sûreté des produits

Les approches suivantes sont possibles :

##### i) L'approche juridique

- Des lois-cadres contenant des clauses générales interdisant la fourniture de produits dangereux et des règles visant la sûreté de produits spécifiques ;
- Des réglementations relatives à des catégories de produits spécifiques, tels que médicaments, produits alimentaires, véhicules automobiles, pesticides, etc. ;

### Encadré 7. Le cas de l'ESB (« maladie de la vache folle ») au Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord

Des cas d'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB, également connu sous le nom de « maladie de la vache folle ») ont été découverts dans les troupeaux bovins de Grande-Bretagne dans les années 1980. Au début, on ne savait pas avec certitude quels risques la maladie posait pour l'homme, mais en mars 1996, l'Union européenne a interdit l'exportation de viande bovine britannique, à la suite d'un diagnostic indiquant que la maladie avait probablement été transmise à des êtres humains qui avaient consommé des aliments contaminés par des agents dangereux d'origine bovine. Selon les estimations, en juin 2014, la variante humaine de la maladie avait fait 177 morts au Royaume-Uni et 52 ailleurs ; la propagation de l'infection semble avoir ralenti et on compte environ cinq cas par an au moment de la rédaction du présent manuel.

Une enquête britannique et irlandaise officielle sur l'ESB a conclu que l'épidémie a été causée par l'utilisation pour l'alimentation des bovins, qui sont normalement herbivores, de farines de viande et d'os obtenues à partir de carcasses bovines, ce qui a entraîné la propagation de l'agent infectieux. L'origine de la maladie elle-même reste inconnue.

#### Les enseignements tirés de cette expérience

L'une des conclusions de l'enquête officielle est que la collecte de données concernant l'ampleur de la propagation de l'ESB a été entravée dans la première moitié de 1987 (c'est-à-dire au début de l'épidémie) par « un embargo au sein du State Veterinary Service sur toute information susceptible de rendre la nouvelle maladie publique ». Le rapport a conclu que cela « n'aurait pas dû se produire ». En l'absence d'informations, le nombre de cas d'exposition à une maladie devient une source de préoccupation additionnelle.

Ce genre de situations dégénère facilement en différends commerciaux, qui s'étendent au-delà du « théâtre » initial, en l'occurrence au-delà du Royaume-Uni et de l'Union européenne. Par exemple, après la découverte du premier cas d'ESB aux États-Unis en 2003, le Japon a arrêté les importations bovines provenant des États-Unis. En 2005, le Japon a autorisé la reprise de ces importations, mais les a interdites de nouveau en janvier 2006 après une violation des termes techniques de l'accord sur les importations de viande bovine.

Face à ces incertitudes, « le principe de précaution » (à savoir qu'il vaut mieux prendre des mesures préventives même si un lien de causalité précis n'a pas encore été établi) a été largement invoqué et n'a pas été contesté sur le plan juridique par le Gouvernement britannique (malgré quelques contestations à l'époque).

#### Conséquences

Cet épisode a créé un profond sentiment de méfiance à l'égard tant des organismes de réglementation que du secteur de l'approvisionnement en viande. Cette méfiance a refait surface avec les falsifications de produits carnés avec de la viande de cheval dans plusieurs pays européens en 2014, bien qu'il n'y ait pas eu de véritable alerte à la sécurité alimentaire, mais plutôt d'un problème d'étiquetage et de traçabilité. Certains problèmes culturels ont également été soulevés au sujet de certaines pratiques concernant la viande de porc. Des mesures de contrôle strictes ont été adoptées par l'Union européenne, qui a élaboré des recommandations pour l'étiquetage des produits transformés à base de viande.

*Source : Robin Simpson, qui était responsable du dossier ESB alors qu'il travaillait au National Consumer Council du Royaume-Uni durant cette crise des années 1990.*

- L'incorporation dans les législations nationales d'exigences de sécurité et de spécifications techniques en précisant qu'elles sont obligatoires et incluant des renvois aux normes en question, comme il a été mentionné ci-dessus.

#### ii) L'approche institutionnelle

- La responsabilité générale de la sûreté des produits de consommation peut être confiée à des institutions, par exemple à un organe gouvernemental unique. Il existe des variantes institutionnelles de ce modèle. Un organisme généralement responsable de la protection des consommateurs peut avoir un service chargé

de la sûreté des produits ; c'est le cas, par exemple, de Product Safety Australia qui fait partie de la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC). La Commission sur la sûreté des produits de consommation (Consumer Product Safety Commission, ou CPSC), un organisme autonome aux États-Unis, est une autre variante de ce modèle<sup>139</sup>.

- La sûreté de catégories entières de produits spécifiques peut relever de services et

<sup>139</sup> Commission sur la sûreté des produits de consommation (Consumer Product Safety Commission, ou CPSC) des États-Unis, *Plan stratégique 2011-2016*.

d'organismes publics ; c'est le cas, par exemple de la Food and Drug Administration aux États-Unis. De nombreux membres de l'Union européenne ont mis en place des organismes de contrôle des produits alimentaires, qui ont un haut degré de visibilité, et l'Autorité européenne de sécurité des aliments a des partenaires compétents en la matière dans les 28 juridictions<sup>140</sup>. Dans les deux modèles décrits ci-dessus (responsabilités générales ou sectorielles), ces organismes n'effectuent pas nécessairement des enquêtes et des analyses détaillées eux-mêmes. Par exemple, les partenaires compétents dans l'Union européenne peuvent être des instituts de santé publique, de nutrition ou vétérinaires souvent rattachés à des universités. Selon le Groupe de travail de l'OCDE sur la sûreté des produits de consommation, « des tiers peuvent être engagés pour aider à évaluer les risques liés aux produits. Cette approche peut aller du simple accord de sous-traitance devant permettre d'acquérir les compétences et les connaissances spécialisées en matière d'évaluation des risques, à l'engagement d'un laboratoire d'essai accrédité, d'un organisme d'évaluation de la conformité ou d'un organe de certification »<sup>141</sup>.

#### h) Les éléments essentiels de la législation relative à la sûreté des produits

La législation sur la sûreté des produits doit s'appliquer à tous les produits de consommation sans exception et ne doit pas se limiter aux secteurs faisant l'objet d'une législation spécifique.

Les marchandises doivent répondre aux normes de sécurité obligatoires, faute de quoi leur mise sur le marché pourrait être interdite. Les prescriptions relatives à la sûreté des produits doivent être fondées sur des critères solides d'évaluation des risques. Ces critères peuvent varier en fonction de la politique nationale. Les pays peuvent adopter les bonnes pratiques les uns des autres. Par exemple, la Commission australienne de la concurrence et de la consommation a mis à jour son modèle d'évaluation des risques en adoptant les critères de dangerosité du RAPEX de l'Union européenne, tels qu'utilisés dans un modèle mis au point en Nouvelle-Zélande<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Art. 36 du Règlement (CE) n° 178/2002 et art. 1 du Règlement (CE) n° 2230/2004.

<sup>141</sup> OCDE, 2016, *Product Risk Assessment Practices of Regulatory Agencies: Summary of Discussions at Workshops and Meetings of the OECD Working Party on Consumer Product Safety*.

<sup>142</sup> OCDE, op. cit.

Les autorités devraient être dotées des pouvoirs suivants :

- Le pouvoir d'exiger que les informations voulues concernant l'utilisation en toute sécurité des marchandises soient fournies en même temps que les marchandises ;
- Le pouvoir d'exiger des fournisseurs qu'ils publient des notices d'avertissement s'il s'avère que des produits dangereux sont disponibles sur le marché ;
- Le pouvoir d'exiger des fournisseurs qu'ils rappellent les produits dangereux déjà vendus aux consommateurs ;
- Le pouvoir d'interdire ou de suspendre l'offre et la vente de produits et de services dangereux.

#### i) La collecte de données

Lors de l'élaboration des normes de sécurité pour les produits et les services de consommation, il est souhaitable d'inclure parmi les priorités, la mise en place de systèmes de collecte de données sur les accidents domestiques et sur les déclarations de préjudice. Ces données révéleront les produits les plus communément utilisés et les caractéristiques physiques et modes d'emploi qui causent le plus de préjudices, voire des décès. Ces informations sont particulièrement importantes pour les pays qui n'ont pas encore élaboré des normes pour tous les produits disponibles sur le marché. Il y a d'autres sources d'information, notamment les organisations de consommateurs, les organes de normalisation, les statistiques sur les assurances, les écoles et les entreprises privées.

## C. LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS

La responsabilité du fait des produits concerne les modalités d'indemnisation des consommateurs qui ont subi un préjudice en raison de produits défectueux. Tout consommateur qui a subi un dommage, une perte ou un préjudice en raison d'un produit défectueux peut demander réparation en invoquant les différents types de responsabilité décrits ci-après.

### 1. La responsabilité contractuelle

Les droits des parties à un contrat peuvent être définis dans les clauses du contrat. Un demandeur ayant subi une perte ou un dommage du fait de marchandises livrées en exécution d'un contrat doit prouver que les marchandises ne répondent pas aux normes requises

par le contrat. Toutefois, un recours en justice basé sur des droits contractuels peut être limité dans certaines situations. C'est peut-être dû à certaines « réalités » du marché et à des doctrines juridiques telles que :

- Les contrats d'adhésion. Dans la plupart des cas, ces contrats favorisent l'une des parties et pour le consommateur « c'est à prendre ou à laisser » ;
- Le principe de l'effet relatif du contrat. En vertu de ce principe, les tiers ne peuvent intenter un procès en invoquant le contrat. Les membres de la famille de l'acheteur, les invités de l'acheteur et les simples spectateurs peuvent être exclus des effets du contrat et ne peuvent alors demander réparation qu'en invoquant un délit civil de négligence ;
- Les règles de preuve. Ces règles peuvent également limiter les possibilités pour le consommateur de réclamer réparation en invoquant les clauses du contrat. En général, les dépositions orales ne peuvent justifier une dérogation aux clauses d'un contrat écrit. Bien que toutes sortes d'assertions soient faites oralement à l'occasion des transactions de vente, toutes ces assertions ne figurent pas nécessairement dans le contrat écrit.

## 2. La responsabilité civile délictuelle

Le droit de la responsabilité délictuelle offre une protection juridique au-delà du cadre contractuel. Il permet aux consommateurs de demander réparation pour toute perte causée par la fourniture de produits dangereux en invoquant le délit de négligence. Dans les pays qui ont hérité de la *common law*, la décision historique de la Chambre des lords dans l'affaire *Donoghue v. Stevenson* (1932) est devenue la plus célèbre des victoires pour les consommateurs. Cette affaire célèbre est à l'origine d'une responsabilité délictuelle d'un genre nouveau, à savoir qu'un consommateur peut intenter un procès à un fabricant avec qui il n'a aucun lien contractuel. Dans cette affaire, il a été décidé qu'un fabricant a une obligation de vigilance et de précaution (*duty of care*) à l'égard du consommateur ou de l'utilisateur final. Cette décision a ouvert la voie à des réclamations directement contre le fabricant pour marchandises défectueuses.

Le demandeur (c'est-à-dire le consommateur) doit prouver que :

- Le fabricant avait une obligation à son égard ;
- Cette obligation n'a pas été respectée ;

- Le non-respect de cette obligation a causé un préjudice corporel et/ou mental à des personnes ou des dommages matériels à des biens.

Bien que la responsabilité délictuelle pour négligence puisse être invoquée par toute personne ayant subi un préjudice à cause de marchandises défectueuses, le délit de négligence n'est pas facile à prouver. Pour prouver que le défendeur a violé l'obligation de vigilance et de précaution, le demandeur doit être pleinement informé des procédés de fabrication du défendeur. La tâche est complexe et entraîne des dépenses considérables. Comme il s'agit d'une responsabilité pour faute, le demandeur doit également poursuivre toute personne dont les actes ou omissions ont pu contribuer au « défaut » qui a entraîné la perte ou le dommage, par exemple le fabricant, le concepteur du produit, le fabricant des composants ou le fournisseur des matières premières, le distributeur et le détaillant. En outre, le demandeur risque d'avoir à prendre à sa charge les frais de justice de toute partie jugée non coupable du délit de négligence.

## 3. La responsabilité stricte

La « responsabilité stricte » renvoie à la responsabilité d'une ou de l'ensemble des parties tout au long de la chaîne de fabrication (fabricants de composants, producteurs qui assemblent les composants, grossistes et détaillants) pour la totalité du dommage causé par le produit, sans préjudice des actions en réparation qui pourraient être intentées parmi les parties responsables. Les normes applicables à la responsabilité stricte ont été mises en place pendant la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle et tiennent l'une des parties pour juridiquement responsable des dommages occasionnés, sans égard pour sa culpabilité et sans qu'il soit nécessaire de prouver une faute, une négligence ou une intention. La responsabilité stricte a été incorporée à l'acquis communautaire de l'Union européenne en 1985 en vertu de la Directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Bien que les termes « responsabilité stricte » soient employés, ils n'entraînent pas une responsabilité absolue. Ils sont utilisés essentiellement pour éviter les restrictions découlant du principe de l'effet relatif des contrats et d'autres restrictions imposées par les normes de garantie. La notion de responsabilité stricte du fait des produits défectueux est désormais largement acceptée dans le régime juridique de la protection des consommateurs et existe dans plusieurs systèmes dans lesquels la responsabilité est stricte à différents degrés. L'application de la responsabilité stricte dans la pratique peut être limitée par le moyen de défense fondé sur l'état des connaissances scientifiques et

techniques au moment de la mise en circulation du produit (« state of the art defence », voir ci-dessous).

En règle générale, le défendeur est responsable en vertu du principe de responsabilité stricte, qu'il y ait faute ou non, s'il peut être établi :

- Que le produit est défectueux ;
- Qu'il existe un lien de causalité entre le défaut et le préjudice causé ;
- Que le défendeur ne dispose d'aucun moyen de défense (voir ci-dessous) ;
- Que le respect approprié de l'obligation de vigilance et de précaution par le fabricant ou le fournisseur n'entre pas en ligne de compte. Ils sont responsables dès lors que le produit a causé un préjudice à l'utilisateur. Les systèmes de responsabilité stricte peuvent présenter, entre autres, les caractéristiques suivantes :
- Que la plupart des tests de la responsabilité stricte sont basés sur un critère de défectuosité qui reporte une partie des risques sur l'utilisateur du produit ;
- Que les critères objectifs sont généralement basés sur les attentes du consommateur ;
- Que les régimes de responsabilité stricte ont tendance à canaliser la responsabilité vers la partie la mieux placée pour contrôler le produit et assumer le risque.

#### 4. La justification du principe de responsabilité stricte

Les raisons justifiant le principe de responsabilité stricte sont les suivantes :

- C'est un moyen de répartir les risques liés à l'utilisation d'un produit ou d'un service entre tous ceux qui sont responsables de sa mise sur le marché, plutôt que de laisser les malheureuses victimes assumer tous les risques. Dans certains secteurs, une assurance obligatoire est imposée à cette fin, la prime étant à la charge du producteur ;
- L'hypothèse est que le producteur devrait pouvoir répercuter sur le prix du produit les coûts encourus ou à encourir du fait de la responsabilité stricte (notamment le coût de l'assurance). Même en l'absence de faute, ceci fait porter la responsabilité à ceux qui sont le mieux à même de l'assumer ;
- Le producteur est la personne la mieux placée pour obtenir des assurances. Peu de

particuliers envisagent volontairement ce type d'assurances de personnes.

#### 5. Que faut-il entendre par « défaut » ?

En règle générale, on dit qu'un produit est défectueux s'il ne correspond pas à ce que le consommateur est en droit d'attendre. La responsabilité d'un fournisseur est mise en cause lorsque le produit est fourni en mauvais état et cause un préjudice. La détermination de la défectuosité est l'un des problèmes les plus difficiles dans les procès invoquant la responsabilité-produit.

En général, les tribunaux prennent en compte un certain nombre de facteurs au moment de se prononcer sur la « défectuosité » d'un produit. Il s'agit, entre autres, des facteurs suivants :

- Les modalités et les objectifs de la commercialisation du produit ;
- L'emballage du produit ;
- L'utilisation d'une marque quelconque s'agissant du produit ;
- Les consignes ou les mises en garde concernant la conservation, l'utilisation ou la composition du produit.

Il existe de nombreuses catégories de défauts, dont huit sont énumérées ci-après (dans certains cas, elles se recoupent) :

- Le **défaut de fabrication** est causé par une erreur dans le processus de fabrication ou par l'utilisation de matières premières défectueuses. Ce type de défaut existe lorsqu'un produit a été bien conçu, mais ne répond pas aux spécifications fixées par les concepteurs, en raison d'une irrégularité dans le processus de fabrication ou d'une erreur d'échantillonnage pendant les essais. Si le produit fini est inférieur à des produits identiques de la même gamme, le producteur peut être tenu responsable d'avoir causé cette irrégularité et de n'avoir pas détecté le défaut avant la vente au consommateur. Dans ce cas, la définition du terme « producteur » du produit défectueux s'étendrait à toute la chaîne de production, du fabricant aux fournisseurs, même lorsque ceux-ci n'ont pas participé directement au processus de fabrication ;
- Il y a **défaut de conception** lorsque toute une gamme de produits ou chaque produit d'un modèle particulier présente un défaut dangereux. La conception d'un produit est défectueuse si le produit est plus dangereux que ce à quoi s'attendrait un consommateur

ordinaire ou s'il comporte trop de risques par rapport aux avantages qu'il procure. Un fabricant peut être tenu responsable s'il ne fait pas preuve d'une vigilance raisonnable pour s'assurer que le produit a été conçu pour être utilisé sans risque. Les constructeurs doivent non seulement veiller à ce que leurs produits soient sans danger lorsqu'ils sont utilisés dans le cadre de l'utilisation prévue, mais aussi d'une utilisation non prévue mais prévisible. Pour déterminer si un produit est dangereux et se prononcer sur la responsabilité du fait du produit, les tribunaux se fondent sur la notion de « dangerosité déraisonnable » ou sur une combinaison des attentes des consommateurs et du rapport « risques-avantages » ;

- Le **défaut lié à un manque d'avertissement**. Un constructeur a l'obligation de fournir toutes les instructions voulues pour que son produit soit utilisé sans danger et il doit avertir les acheteurs de tout danger associé au produit. Un produit peut ne pas comporter de défaut de conception, mais être jugé défectueux s'il n'est accompagné d'aucun avertissement concernant son utilisation. En l'absence d'avertissement, le constructeur peut être tenu responsable des dommages causés par le produit. Les constructeurs ont le devoir d'effectuer des essais pour vérifier la sûreté de leurs produits et déterminer quelles étiquettes d'avertissement utiliser. Ces essais devraient simuler les conditions d'utilisation ordinaire (ou même plausible) des produits. L'avertissement ne doit pas seulement concerner les utilisations et mauvaises utilisations probables ; il doit également être formulé clairement et être facile à comprendre, grâce à l'utilisation de symboles, d'images ou de plusieurs langues ;
- Le **défaut lié aux instructions d'utilisation** est similaire au défaut lié au manque d'avertissement, en ceci qu'il concerne également les informations fournies au consommateur. Mais il est différent, car il n'est pas dû au fait que le consommateur n'a pas été averti des risques inhérents au produit, mais plutôt au fait qu'il n'a pas été informé du mode d'emploi sans risque. Le fabricant est tenu de donner aux utilisateurs du produit des instructions sur le mode d'emploi et de les avertir des dangers qu'ils courent si ces instructions ne sont pas suivies à la lettre ;
- Le **risque de développement** n'est décelé qu'après la mise sur le marché du produit. Les risques associés à cette catégorie de

défaut ne sont pas connus au moment de la mise sur le marché, mais s'ils avaient été connus, le produit n'aurait pas été mis sur le marché, conformément aux normes de sécurité applicables à ce moment-là. Le risque de développement est à la frontière de l'argument fondé sur l'état des connaissances scientifiques et techniques à un moment donné (ci-dessous) ;

- L'**état des connaissances scientifiques et techniques** est « accepté » comme argument (rétroactivement, en termes juridiques) lorsque des produits défectueux sont mis sur le marché parce que les défauts n'étaient pas connus à l'époque dans le secteur concerné. Toutefois, l'argument est devenu moins acceptable à mesure que les pratiques industrielles générales s'amélioraient. Ces produits sont donc qualifiés de « défectueux », car des solutions de remplacement ou d'autres produits plus sûrs sont devenus disponibles ;
- Le **défaut après commercialisation** est un défaut dû au fait que le fabricant n'a pas averti les utilisateurs des dangers du produit, n'a pas rappelé le produit ou n'a pris aucune autre mesure corrective après détection du danger. Les fabricants doivent étudier sérieusement la nature et la portée des avertissements à émettre lorsqu'ils deviennent conscients des dangers d'un produit après sa vente. Il s'agit de risques découverts après une vente et dont le constructeur n'avait pas connaissance ou dont on ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à ce qu'il ait connaissance avant la vente du produit.

## 6. Les critères de défectuosité

Plusieurs critères sont utilisés pour déterminer si un produit est défectueux. Ce sont :

- **Les attentes des consommateurs**. L'élément de risque dans un produit ne doit pas s'étendre au-delà de ce qu'envisage le consommateur ordinaire qui achète, utilise ou entre en contact avec le produit (y compris les enfants, par exemple). Il est crucial que le produit soit adapté aux usages ordinaires auxquels il est destiné ;
- **La présomption de connaissance du défaut de sécurité par le vendeur**. Il s'agit ici de déterminer s'il y a négligence de la part d'un vendeur qui met un produit sur le marché tout en sachant qu'il est nocif ou dangereux. La « présomption de connaissance » est

générale et ne s'applique pas à tel ou tel produit uniquement. Les paragraphes 17 et 18 des Principes directeurs sont pertinents à cet égard, puisqu'ils demandent que les marchandises ne perdent pas leur qualité de sûreté pendant leur entreposage et que tout danger soit dûment notifié ;

- **Le rapport risque-avantage** (ou risque-utilité). Il s'agit de savoir si le coût des mesures destinées à rendre un produit plus sûr est supérieur ou inférieur au risque ou au danger que représente le produit dans son état actuel. Si le coût de la modification du produit est jugé plus grand que le risque créé en cas de non modification, les avantages du produit ou son utilité l'emportent sur le risque et le produit n'est pas défectueux. Par contre, si ce coût est jugé moins grand que le risque, il est avantageux et utile de modifier le produit et celui-ci est jugé défectueux si aucune modification ne lui est apporté.

Lors de l'évaluation du rapport risque-avantage, les facteurs suivants sont pris en considération :

- a) L'utilité et la désirabilité du produit ;
- b) La probabilité du préjudice causé par le produit et la gravité probable du préjudice ;
- c) La disponibilité d'un produit de substitution qui répondrait au même besoin sans être aussi dangereux ;
- d) La capacité du fabricant à éliminer le danger sans compromettre l'utilité du produit ou sans le rendre trop coûteux ;
- e) La possibilité pour l'utilisateur d'éviter le danger ;
- f) La mesure dans laquelle l'utilisateur était préalablement conscient du danger ;
- g) La possibilité pour le fabricant de répartir les risques de perte en agissant sur les prix ou en contractant une assurance.

L'équilibrage des avantages et des risques est purement théorique. Dans la pratique, l'exercice est bien plus complexe, car il n'existe aucun critère de mesure commun. C'est notamment le cas lorsque les effets de mesures préventives sont examinés au niveau de l'élaboration des politiques, comme on le verra dans la section suivante.

- **Les produits inévitablement dangereux.** On considère que dans l'état actuel des connaissances humaines il est impossible de rendre certains produits sûrs pour une

utilisation prévue et ordinaire. Ce critère de dangerosité est généralement appliqué dans le domaine de la médecine où, faute de pouvoir acquérir une expérience médicale suffisante, la sécurité absolue ne peut être garantie ; toutefois, la commercialisation et l'utilisation des médicaments sont considérées justifiées, malgré un risque reconnu médicalement.

## 7. Les moyens de défense contre la responsabilité du fait des produits

En théorie, la doctrine de la responsabilité stricte ne fait place à aucun moyen de défense. Cependant, dans la pratique, un fabricant de produit peut se prévaloir de plusieurs moyens de défense reconnus, dont les suivants :

- **L'état actuel des connaissances scientifiques et techniques**, c'est-à-dire au moment de la conception et/ou de la fabrication du produit incriminé. Par conséquent, les préjudices causés par des produits plus anciens peuvent être exclus du champ de la responsabilité stricte. L'argument est que le fabricant a respecté les normes en vigueur à la date de fabrication du produit. Ce moyen de défense est prévu dans la directive de 1985 de l'Union européenne relative à la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>143</sup>, qui établit que le producteur n'est pas responsable s'il prouve « que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». La directive autorise les États membres de l'Union européenne à déroger à ce moyen de défense, mais, dans la pratique, rares sont ceux qui ont choisi de le faire. Il y a eu une exception importante lors l'épidémie d'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB, également connu sous le nom de « maladie de la vache folle ») au Royaume-Uni (voir encadré 7). Auparavant, la directive ne s'appliquait pas aux produits agricoles, mais cette exemption a été supprimée en 1993<sup>144</sup> ;
- **La clause de non-responsabilité.** Ce moyen de défense ne peut être invoqué par les fabricants. En l'absence d'une interdiction du produit figurant clairement dans les clauses relatives à la responsabilité des

<sup>143</sup> Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, art. 7e.

<sup>144</sup> 1993/34/CE.

parties, les clauses de non-responsabilité sont considérées comme abusives dans les contrats de consommation. Pour tenter de limiter sa responsabilité, un producteur peut prévoir des avertissements, modes d'emploi et instructions sur les étiquettes, mais cela ne l'exonère pas automatiquement de toute responsabilité. Il est possible qu'une négligence soit constatée de la part du consommateur (voir « La négligence accessoire » ci-dessous), auquel cas, la responsabilité du producteur pourrait être partagée, voire finalement exclue. Toutefois, ce moyen de défense n'est pas valable quand le fabricant adjoint une clause étendue de non responsabilité au contrat dans l'intention de limiter sa responsabilité juridique pour les défauts constatés des produits. C'est d'autant plus avéré que les tribunaux reconnaissent qu'une telle clause pourrait être contraire aux politiques publiques, car l'acheteur du produit n'aurait pas le choix d'en négocier les termes lors d'une vente au détail ordinaire. Dans ces cas-là, la clause de non responsabilité est déclarée nulle et sans effet ;

- **La prescription légale.** Les anciennes plaintes peuvent être éliminées en vertu de la prescription légale. Ce principe peut profiter au fabricant de produits qui peine à retrouver de vieux dossiers pour préparer sa défense. Une personne lésée a donc quelques années après avoir subi le dommage corporel pour tenter une action en justice. Toutefois, ce moyen de défense peut poser un problème dans certains cas, car il suppose que le consommateur sache exactement quand s'est produit le dommage corporel, c'est-à-dire la date à laquelle il a été exposé au produit et la date à laquelle le dommage corporel est apparu. C'est ce qui se passe quand il s'écoule un certain temps entre l'exposition de la victime au produit et l'apparition du dommage. Par exemple, dans le cas de l'exposition à l'amiante beaucoup de temps peut s'écouler avant l'apparition du dommage corporel ;
- **Le rappel du produit.** Un produit devrait être rappelé quand il présente un danger déraisonnable ou imprévu ou est accompagné d'une étiquette d'avertissement inadéquate. En termes simples, un défaut justifie un rappel quand il manque quelque chose d'essentiel au produit pour qu'il soit complet. Il peut s'agir d'une caractéristique physique ou d'un problème fonctionnel dû à une faille dans la conception, la fabrication ou l'assemblage du produit ou à un entretien ou à des réparations

inadéquats ou inappropriés. Les produits incriminés peuvent être retirés volontairement du marché. Cependant, en droit, le retrait volontaire ou obligatoire d'un produit du marché ne peut donner lieu à un déni de responsabilité. Il peut avoir pour conséquence de limiter la responsabilité du fabricant à long terme, si celui-ci prend les dispositions nécessaires pour empêcher tout renouvellement du risque, mais la responsabilité pour les défauts existant au moment de la mise sur le marché du produit demeure pleinement ;

- **L'acceptation** du risque, la négligence et l'usage abusif. En règle générale, la notion de responsabilité stricte ne permet pas d'invoquer comme moyen de défense l'acceptation des risques par le consommateur et une faute de sa part. Selon la doctrine de la responsabilité stricte, la faute n'entre pas en ligne de compte. Toutefois, dans certaines situations, la conduite du consommateur est reconnue comme moyen de défense. Il s'agit des situations suivantes :
  - h) Le consommateur, par négligence, ne découvre pas l'état défectueux du produit ;
  - i) Le produit continue d'être utilisé même après la découverte du défaut ;
  - j) Le produit est utilisé d'une manière qui ne pouvait raisonnablement pas être prévue par le producteur ; par exemple, l'utilisation d'une fourchette en métal pour sortir un toast d'un grille-pain électrique.

## D. LA DANGEROUSITÉ DES SERVICES

Les Principes directeurs traitent essentiellement de la sécurité physique et le présent chapitre s'est attardé sur cette question. De nombreux services, comme les services médicaux, les services fournis par les électriciens et les monteurs d'installations au gaz et les services de taxis, comportent un élément de danger, qui est fréquemment traité dans le cadre des procédures de licence et des assurances, de l'autoréglementation et de procédures judiciaires privées, plutôt que dans les lois relatives à la responsabilité du fait des produits. Toutefois, il convient de noter qu'en ce qui a trait à la possibilité d'intervenir dans le domaine des services au moyen de réglementations, la crise financière a déclenché tout un débat sur la question de savoir si la notion de dangerosité et la réglementation en la matière devraient s'appliquer aux services de façon à prendre en compte un plus grand nombre de dangers. Certains produits financiers ont été régulièrement qualifiés de « toxiques » et Meglena Kuneva, Commissaire

européen, a demandé que l'approche adoptée pour la sûreté des produits physiques soit également adoptée pour les services, et il a établi clairement un parallèle avec le commerce des biens matériels pour lesquels : « nous ne comptons pas sur la bonne foi des commerçants et la soi-disant vigilance des consommateurs et exigeons plutôt qu'un organisme de réglementation garantisse un niveau satisfaisant de sécurité. L'organisme de réglementation n'a-t-il pas des responsabilités similaires sur le marché des services financiers de détail ? Je crois que nous devons limiter les risques sur ces marchés et exclure certaines créances « toxiques » de leurs étagères<sup>145</sup>. Pour des raisons similaires, Elizabeth Warren, alors Chef par intérim du Consumer Finance Protection Bureau aux États-Unis a demandé de créer une commission de la sûreté des produits financiers<sup>146</sup>. La principale conséquence de ce débat semble donc être une tendance à revenir à la réglementation comme moyen d'intervention plutôt que de laisser les parties régler leurs litiges par des voies judiciaires.

## E. LA SÛRETÉ DES PRODUITS DANS LE DROIT ET DANS LES POLITIQUES À L'ÉCHELON INTERNATIONAL

Il est mentionné au chapitre V que la législation relative à la protection des consommateurs ne doit pas entrer en conflit avec le droit commercial international ; pourtant, on prétend parfois que les mesures de protection des consommateurs frappant les importations constituent des obstacles au commerce. La clause « Exceptions générales » (art. 20 du GATT) stipule « qu'au cas où un produit présenterait un risque pour la santé des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, il est permis d'imposer des restrictions ou des barrières à l'importation », [s]ous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ».

En outre l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS), qui avait le statut de code avant la conclusion en 1995 de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, reconnaît à l'article 5.7 que bien que les preuves scientifiques pertinentes soient parfois

insuffisantes pour décider de manière définitive s'il convient ou non de bloquer l'admission d'un produit, des mesures de précaution temporaires peuvent être prises. Il est dit à l'article 5.7 que « [d]ans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles », mais que « les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable ». Dans certaines juridictions on parle de « principe de précaution » et dans d'autres d'« approche fondée sur le principe de précaution ». Quelle que soit l'expression employée, elle signifie que les précautions ne devraient pas durer indéfiniment dans un cas donné. Il faut s'efforcer de clarifier le niveau du risque.

La reconnaissance des normes internationales est-elle une solution au problème ? Il est difficile de se mettre d'accord sur les motifs d'une mesure commerciale, mais la difficulté est moindre lorsque les normes internationales sont adoptées comme le recommande l'OMC, car cela permet d'éviter d'être accusé d'imposer des « obstacles déguisés aux échanges commerciaux ». L'Accord sur les obstacles techniques au commerce énonce le principe de l'adoption des normes d'un « organisme reconnu » (dont l'ISO est certainement un exemple), alors que l'Accord SPS, dans son annexe A, mentionne clairement trois organisations jugées compétentes pour élaborer des normes internationales aux fins dudit accord. Ce sont : la Commission du *Codex Alimentarius*, l'Office international des épizooties et le Secrétariat de la Convention internationale pour la protection des végétaux.

Les gouvernements peuvent choisir d'aller plus loin que les normes internationales en invoquant des objectifs valables de leur politique publique. Dans la pratique, le bien-fondé d'un tel choix est extrêmement difficile à déterminer, comme l'a montré le différend commercial causé par l'adoption de la norme européenne relative aux aflatoxines au début du siècle<sup>147</sup>. Les aflatoxines sont surtout présentes dans les produits agricoles stockés et peuvent causer le cancer du foie. Des normes internationales visant à renforcer et à maintenir la norme applicable aux conditions de stockage et

<sup>145</sup> M. Kuneva, 2009, Restoring consumer trust in retail financial services (Lisbonne, 27 avril).

<sup>146</sup> E. Warren, 2008, Product safety regulation as a model for financial services regulation, *Journal of Consumer Affairs* 42, cité dans OCDE, 2009, *Financial Consumer Protection : Progress Report*, DAF/CMF (11 avril).

<sup>147</sup> T. Otsuki *et al.*, 2001, *Saving Two in a Billion: Quantifying the Trade Effect of European Food Safety Standards on African Exports* (World Bank Development Research Group, DECRG) ; voir aussi Oxfam, 2004, Supplementary Memorandum to United Kingdom Parliamentary Select Committee on International Development.

### Encadré 8. Les normes les plus élevées sont-elles les meilleures ?

La question semble surprenante et la réponse semble aller de soi. Le paragraphe 34 des Principes directeurs sous-entend que les normes les plus strictes sont toujours les meilleures. Cependant, elles peuvent aussi avoir des effets non différenciés et pervers, sans compter les effets déjà mentionnés sur les échanges commerciaux. La mise en œuvre peut être extrêmement coûteuse et ce « coût d'opportunité » peut empêcher la poursuite d'autres objectifs. Par exemple, les directives européennes sur l'eau (généralement considérées comme un succès) fixent des normes très élevées pour l'eau potable. Se référant à la norme relative aux résidus de pesticides dans l'eau potable, le Directeur général de l'Office of Water Services (OFWAT) du Royaume-Uni a dit que c'était « comme jeter un comprimé d'aspirine dans une piscine olympique » et que la norme était 1 000 fois plus stricte que pour les pesticides présents dans les légumes. L'argument était que ces normes avaient un coût pour les consommateurs, mais aussi que leur application à un niveau aussi élevé empêchait d'entreprendre d'autres opérations coûteuses mais importantes pour la santé humaine, telles que la réparation des fuites (qui sont une cause tout aussi importante de pollution de l'eau). Pour prendre un autre exemple dans le même secteur mais dans un pays en développement, les Philippines, les normes de distribution de l'eau insistaient sur l'utilisation de tuyaux rigides en métal et ayant un diamètre donné. Dans la pratique, c'était presque impossible dans les quartiers pauvres de Manille, où des tuyaux flexibles de faible diamètre en caoutchouc étaient généralement utilisés. Les tuyaux en caoutchouc non conformes aux normes permettaient de distribuer l'eau aux personnes qui en étaient privées, alors qu'avec la nouvelle norme légale plus stricte, ce progrès était devenu impossible.

Source : CNUCED.

d'autres normes, empruntées au *Codex Alimentarius* ou à des normes nationales, sont déjà en vigueur.

La Banque mondiale a analysé des données concernant les échanges commerciaux et les réglementations de 15 États membres de l'Union européenne et de neuf pays africains ; cette analyse porte à conclure que l'application de la nouvelle norme de l'Union européenne en lieu et place des normes internationales existantes réduirait les risques pour la santé de 1,4 décès pour 1 milliard de personnes par an, une marge si restreinte que la vérification est quasiment impossible. Cependant, cette nouvelle norme a eu pour effet de réduire de 64 % les exportations africaines de céréales, de fruits secs et de fruits à

coque. Le débat a pris de telles proportions qu'il a perturbé les négociations sur l'accès aux marchés.

Ceci ne signifie nullement que les normes de sécurité ne sont pas urgentes. Par exemple, le *Rapport de situation sur la sécurité routière 2015* (OMS) a révélé que 46 pays seulement (en majorité des pays à revenus élevés) ont souscrit aux règlements des Nations Unies sur le contrôle électronique de la stabilité des véhicules<sup>148</sup>. Des efforts considérables doivent être faits pour relever le niveau des normes de sécurité des véhicules automobiles, afin de réduire le nombre de morts enregistrés chaque année, qui est actuellement de 1,2 million<sup>149</sup>. Dans un monde où « la sécurité absolue » n'est pas possible, ces interventions doivent avoir une probabilité d'effets positifs nets incontestables.

## F. LES MARCHANDISES D'OCCASION

La dernière génération a vu la question des marchandises d'occasion devenir de plus en plus importante, illustrant le fait que de grands principes de la politique publique peuvent entrer en conflit. Comme l'indique la norme ISO sur les marchandises d'occasion, « la circulation transfrontière des marchandises d'occasion existe depuis de nombreuses années et cette activité commerciale a connu une croissance exponentielle. La plus grande partie des marchandises d'occasion (importées et exportées) sont vendues ou données par des pays développés à des pays en développement, un marché qui a été estimé à plusieurs milliards de dollars. Les consommateurs se félicitent de pouvoir acheter à bas prix des marchandises durables et sûres, au lieu de marchandises neuves et plus coûteuses, si bien que la demande de ces produits est robuste<sup>150</sup>. La réutilisation de ces marchandises peut éviter leur mise en décharge ou d'autres formes d'élimination dans le pays d'exportation<sup>151</sup>, mais elles pourraient aussi présenter des dangers pour les utilisateurs ; en outre les normes de sécurité peuvent entrer en conflit.

<sup>148</sup> Règlement des Nations Unies n° 13h. Le Forum mondial de l'harmonisation des Règlements concernant les véhicules est le principal organe mondial pour l'élaboration des normes de sécurité des véhicules automobiles.

<sup>149</sup> OMS, *Rapport de situation sur la sécurité routière 2015* ; voir aussi Global NCAP, 2015, *Democratizing Car Safety: Road Map for Safer Car 2020*.

<sup>150</sup> Norme technique 20245 (2014) de l'ISO sur le « Commerce frontalier des produits de seconde main ». Cette norme va sans doute devenir une norme générale de l'ISO prochainement.

<sup>151</sup> Norme technique 20245 (2014) de l'ISO sur le « Commerce frontalier des produits de seconde main ». Cette norme va sans doute devenir une norme générale de l'ISO prochainement.

Une forme de durabilité (la réutilisation) peut entrer en conflit avec une autre (problèmes de sécurité, voire pollution dans le pays de destination), et même la réutilisation de marchandises non toxiques, telles que les vêtements, peut poser certains problèmes. Une très grande partie des vêtements importés par plusieurs pays africains sont d'occasion, ce qui entrave le développement de l'industrie de l'habillement dans ces pays et réduit les recettes douanières. Face à cette situation, de nombreux pays africains ont adopté des restrictions aux importations de seconde main, comme, par exemple, l'interdiction d'importer des véhicules de plus de 3 ans en Algérie et en Tunisie, des sous-vêtements et des matelas au Ghana, des vêtements en général en Afrique du Sud (sauf pour les interventions humanitaires) et des pneus au Kenya et au Mozambique<sup>152</sup>.

La norme ISO a été adoptée après que des études du Comité de l'ISO pour la politique en matière de consommation (COPOLCO) et du Comité pour les questions relatives aux pays en développement (DEVCO) ont révélé les graves préoccupations suscitées par le commerce des biens de seconde main. Cette norme tente d'apporter une réponse à ces préoccupations en offrant un point de référence pour la vérification des marchandises d'occasion en transit ou au port d'entrée et établit des critères mesurables pour l'évaluation de ces marchandises, l'objectif étant de protéger les consommateurs et l'environnement. Cette norme peut être utilisée par les importateurs et les exportateurs ou par les gouvernements comme moyen de donner confiance dans les marchandises qui sont vendues ou données.

## G. CONCLUSION

Le cadre juridique de base pour la sûreté des produits est l'un des aspects les plus constants de la protection des consommateurs, mais, comme on l'a vu plus haut, de nouvelles questions sont apparues depuis la révision de 1999 des Principes.

Il faut des organismes publics pour assurer la protection des consommateurs, car les voies de recours judiciaires sont difficiles pour ces derniers, le coût des procédures judiciaires étant élevé (en temps et en argent) et généralement (pas toujours) disproportionné par rapport au coût de l'objet du litige et à la plupart des coûts associés au dommage. Voilà pourquoi dans d'autres domaines de la protection des consommateurs des modes alternatifs de règlement des litiges ont été mis en place, mais ceux-ci sont plus

difficiles à appliquer quand la sûreté d'un produit est en cause, car des évaluations techniques sont alors nécessaires. En outre, la nécessité d'une politique publique est encore plus claire quand il s'agit de « lots » de produits présentant le même défaut et risquant, de ce fait, de causer des dommages multiples. Dans le même ordre d'idées, il est moins efficace de prévoir des protections juridiques uniquement au niveau du consommateur final que de leur adjoindre de bonnes pratiques dès le stade de la production en y intégrant des dispositifs de supervision, avant même la mise en circulation des produits.

<sup>152</sup> J. Lukaz, 2012, Second-hand goods, présentation à l'atelier ISO/COPOLCO sur les questions de consommation dans le contexte de la normalisation au Ghana (Accra).

## X. L'information et l'éducation du consommateur

### A. L'INFORMATION ET L'ÉDUCATION DU CONSOMMATEUR

Le présent chapitre porte à la fois sur l'information et l'éducation du consommateur, car elles forment un continuum dans la panoplie des outils servant à protéger le consommateur. Les deux termes sont souvent confondus, voire utilisés de façon interchangeable. En fait, ils ont des significations tout à fait différentes. L'éducation du consommateur est le processus par lequel le consommateur apprend à gérer ses ressources et concerne les mesures visant à le rendre mieux à même de prendre des décisions de consommation. L'accent est mis sur la sensibilisation, le développement des compétences et l'acquisition de connaissances. L'information du consommateur, en revanche, se réfère à la communication au consommateur de données concernant des produits ou des transactions déterminés pour l'éclairer dans ces décisions d'achat. Il peut s'agir également d'informations concernant les lois applicables à un secteur donné ou l'organisme de réglementation de ce secteur. L'information du consommateur vise une situation donnée, alors que l'éducation du consommateur est une condition préalable de la bonne utilisation générale des informations mises à la disposition du consommateur.

Pour l'analyse de ces deux concepts indissociables et de leur application, nous avons la chance de disposer de deux enquêtes mondiales relativement récentes sur la protection des consommateurs, toutes deux menées en 2012-2013 et présentant des résultats pour un nombre similaire de pays. L'enquête réalisée en 2013 par la CNUCED était destinée à servir de base à la révision des Principes directeurs ; 58 réponses ont été reçues, principalement de gouvernements<sup>153</sup>. Parallèlement, Consumers international a enquêté auprès de ses membres dans le monde entier et a reçu des réponses de 72 associations de consommateurs et de 60 pays<sup>154</sup>. Dans chacune de ces enquêtes les réponses ont été dans un sens prévisible : les réponses des gouvernements tendent à être optimistes en ce

qui concerne l'application des Principes directeurs, alors que les réponses de Consumers International ont tendance à être plus critiques.

### B. L'INFORMATION ET L'ÉDUCATION DES CONSOMMATEURS DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Dans la version révisée des Principes directeurs, comme dans la version antérieure, une section entière, la section V.G, est consacrée aux « Programmes d'éducation et d'information ». L'information y est mentionnée : parmi les « besoins légitimes » (par. 5 e)) en rapport avec les « choix éclairés » ; dans la section IV consacrée aux « Principes devant régir les pratiques commerciales » au paragraphe intitulé « Communication d'informations et transparence » (par. 11 c)) ; dans la section V.A relatives aux « Politiques nationales de protection du consommateur » (par. 14 b) et c)) mentionnant la « fourniture d'informations claires et à jour » ; au paragraphe 27 concernant « les pratiques de commercialisation et de vente à caractère promotionnel » ; et au paragraphe 28, où il est question de la « libre circulation d'informations exactes sur tous les aspects des produits de consommation ». Les paragraphes 29 et 30 traitent des informations concernant l'environnement. La nécessité d'informer les consommateurs est également mentionnée en rapport avec des secteurs spécifiques : dans la section V.J relative aux services financiers (par. 66 e)) concernant les éventuels conflits d'intérêts ; au paragraphe 66 h) mentionnant les envois de fonds ; et au paragraphe 77 relatif aux services publics.

Les références sont largement les mêmes en ce qui concerne l'éducation des consommateurs : dans le contexte des « besoins légitimes » (par. 5 f)) ; dans les sections IV.G (par. 11 d)) et V (par. 14 i)) ; dans la nouvelle section V.J sur les services financiers (plus détaillée en ce qui a trait à l'information des consommateurs) concernant l'acquisition de connaissances dans le domaine financier (par. 66 d)) et l'éducation financière (par. 67) ; et dans la section V.K, au paragraphe 69 en rapport avec différents secteurs.

<sup>153</sup> CNUCED, 2013, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur* (1985-2013). Note du secrétariat de la CNUCED (TD/B/C.I/CLP 23).

<sup>154</sup> Consumers International, 2013, *The State of Consumer Protection Around the World*.

Ainsi, l'information et l'éducation des consommateurs sont des volets très importants des Principes directeurs et leur importance a été renforcée dans la version révisée de 2015. Ceci témoigne de leur importance intrinsèque, mais aussi de l'intérêt porté au cours des dix dernières années à la divulgation d'informations et à l'interprétation par les consommateurs des informations divulguées.

### C. LE TRANSFERT DES RISQUES

Pour formuler une politique d'information des consommateurs qui soit appropriée, il faut savoir de quelles informations le consommateur a besoin, comment il s'y prend pour obtenir ces informations et s'il a les compétences requises pour les évaluer au moment où il décide de faire un achat. La réponse à ces questions dépend des caractéristiques de chaque consommateur – revenu, niveau d'instruction, âge, sexe et culture, par exemple – et peut même varier pour chacune de ces caractéristiques.

Peu importe la nature et la quantité des informations mises à la disposition du consommateur, rien ne garantit que son choix final sera basé sur une évaluation complète et rationnelle de ces informations. On a tendance à penser qu'en éduquant le consommateur, il sera mieux à même d'obtenir et d'évaluer les informations concernant les biens et les services<sup>155</sup>. Cependant, l'offre de produits et de services est de plus en plus diversifiée, pas seulement parce que les revenus augmentent, mais aussi parce que des services qui appartenaient jadis au domaine de l'État, comme les télécommunications, l'électricité, les assurances et les pensions, sont aujourd'hui commercialisés sur le marché. En même temps que les marchés s'élargissaient, la communication en ligne a peu à peu supplanté la transmission face-à-face de l'information. Comme on l'a vu au chapitre III consacré au droit de la consommation, la réponse d'un grand nombre d'États a consisté à renforcer les compétences des consommateurs pour rétablir l'équilibre des forces entre le marché et le « consommateur averti ».

Le Guide de l'OCDE pour le développement des politiques de consommation décrit plusieurs interventions de gouvernements et d'autres parties

<sup>155</sup> Pour citer un exemple, des travaux de recherche menés dans le cadre de l'initiative pour la lutte contre la contrefaçon de la Chambre de commerce internationale montrent que les consommateurs s'abstiennent d'acheter des marchandises contrefaites quand ils sont mieux informés et conscients des risques pour leur santé et leur sécurité (ICC/BASCAP, 2009, *Consumer Attitudes and Perceptions on Counterfeiting and Piracy*, disponible sur <https://iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/bascap/%20consumer-awareness/consumer-perceptions/>).

prenantes visant à améliorer la prise de décisions par les consommateurs<sup>156</sup>. Il s'agit notamment des tarifs téléphoniques en Australie, des services relatifs à Internet et à la télévision au Chili, des factures de combustible en France et des informations concernant les cartes de crédit au Royaume-Uni suivant une idée empruntée à la législation américaine sur la transparence des conditions de crédit, qui exige que tous les coûts des cartes de crédit soient résumés clairement dans un tableau ou un encadré à l'intention du consommateur. Plus on donne d'exemples, plus il y a de questions : les consommateurs peuvent-ils être experts dans tous ces domaines, tout le temps ? La réponse pour l'instant est « non », tout en reconnaissant qu'ils se familiarisent plutôt bien avec certaines questions quand il le faut, mais seulement pendant un certain temps et pour certains produits, ce qui ne suffit sans doute pas.

La politique consistant à faire reposer la protection des consommateurs sur le principe de l'information a été vivement critiquée au cours des dix dernières années, en partie parce que la crise financière a révélé clairement que les consommateurs n'étaient pas suffisamment conscients de la portée souvent étendue des engagements financiers qu'ils prennent lorsqu'ils achètent des produits financiers. Pour citer un document de 2009 de l'OCDE, « la complexité accrue des produits financiers depuis une dizaine d'années, conjuguée aux innovations financières et au transfert croissant du risque financier aux ménages, a fait peser des pressions et des responsabilités énormes sur les consommateurs de produits financiers au cours des dernières décennies »<sup>157</sup>. La même étude conclut que « l'éducation financière ... ne peut se substituer aux mesures de protection du consommateur de produits financiers et à la mise en place de cadres réglementaires. En particulier, l'importance de la surveillance des « comportements sur les marchés » a été mise en évidence une fois de plus après la récente crise financière, qui a vu des consommateurs non informés devenir la cible facile de pratiques abusives de vente et acheter des titres à très haut risque, qui étaient clairement inappropriés pour eux ».

### D. L'INFORMATION DU CONSOMMATEUR

Le but est de donner aux consommateurs des informations objectives et impartiales au point de vente, pour qu'ils puissent décider quelle marque

<sup>156</sup> OCDE, 2010, *Guide pour le développement des politiques de consommation*.

<sup>157</sup> OCDE, 2009, *Financial Literacy and Consumer Protection: Overlooked Aspects of the Crisis*.

de produits et quels services répondront le mieux à leurs besoins. Comme les achats se font de plus en plus en ligne avec moins d'interaction personnelle et encore moins de possibilités d'examiner directement le produit, la qualité de l'information communiquée redouble d'importance.

Les informations dont dispose le consommateur proviennent notamment :

- De son expérience personnelle ou de celle de sa famille et de ses amis par le bouche-à-oreille ;
- Des médias (par opposition aux annonces publicitaires payées). Une partie de ces informations est captée inconsciemment par le consommateur sous l'influence des activités de relations publiques d'entreprises commerciales, si bien que la distinction entre les effets du marketing et ceux de l'éducation ou de l'information n'est pas toujours évidente. Une autre partie de ces informations provient de sources indépendantes, comme les rapports du gouvernement, les groupes de consommateurs, les journalistes, les émissions consacrées aux questions de consommation et d'entités non commerciales ;
- Des étiquettes obligatoires, telles que celles des produits alimentaires, des pesticides, des produits du tabac et des médicaments thérapeutiques et, plus récemment, celles qui indiquent l'efficacité énergétique des produits ;
- Des programmes d'étiquetage volontaire mis au point par des organismes indépendants pour des produits donnés ou à des fins données, tels que les programmes d'écoétiquetage ;
- Des campagnes publicitaires et promotionnelles réglementées ou non par des lois ou des codes non obligatoires ;
- D'Internet où elles sont mises à disposition par des entreprises de commerce électronique ;
- D'analyses comparatives effectuées par des associations de consommateurs indépendantes et disponibles dans les publications destinées à leurs membres (c'est devenu de plus en plus courant ces dernières décennies du fait que les choix de consommation se sont étendus, par exemple, aux services de détail du secteur de l'énergie et aux services financiers). Pour inspirer confiance, ces informations et ces avis devraient être indépendants et objectifs et devraient être présentés dans l'intérêt des consommateurs ;

- Des examens par des pairs, des sites comparateurs et des avis de clients ; ce sont des sources d'information de plus en plus répandues depuis quelques temps du fait qu'elles sont facilement accessibles sur Internet.

Des informations sont particulièrement nécessaires dans les situations suivantes :

- Le produit représente une proportion importante des dépenses du consommateur ;
- Le produit est techniquement complexe ;
- Le consommateur n'a aucun moyen d'évaluer le produit au point de vente ;
- Le consommateur n'est pas suffisamment averti au préalable de ce qu'il est en droit d'attendre du produit ;
- Le consommateur souhaite faire un choix basé sur des considérations éthiques se rapportant, par exemple, aux dimensions environnementales ou sociales de la fabrication du produit.

Avec l'expansion du commerce international et du commerce électronique, il est de plus en plus important d'assurer la cohérence des lois applicables aux informations accompagnant les produits importés physiquement et aux informations fournies électroniquement via Internet. Les différentes sources d'information ne sont pas traitées de manière cohérente à l'intérieur des pays et entre eux. D'où l'importance du « besoin légitime » nouvellement ajouté au paragraphe 5 j) des Principes directeurs, à savoir l'« octroi aux consommateurs recourant au commerce électronique d'une protection aussi efficace qu'à ceux qui utilisent d'autres formes de commerce ». En règle générale, les lois sur l'étiquetage obligatoire s'appliquent aux marchandises tant importées que fabriquées localement.

S'il est vrai que des mesures ont été mises en œuvre pour améliorer la divulgation d'informations, il s'est créé un « paradoxe du formalisme » qui fait que le consommateur est « aveuglé » par le volume excessif des informations divulguées en vertu de la loi. Selon une étude sud-africaine, la demande de produits financiers peut diminuer en fonction de l'ampleur du menu des produits offerts : « les longs menus peuvent décourager le consommateur de faire un choix, car ils lui donnent un sentiment de conflits et d'indécision, qui le pousse à tergiverser ou à ne rien décider du tout »<sup>158</sup>. Pour des raisons analogues, on reconnaît

<sup>158</sup> M. Bertrand *et al.*, 2010, What's advertising content worth? Evidence from a consumer credit marketing field experiment, *Quarterly Journal of Economics* 125(1):263-306.

de plus en plus qu'il ne suffit pas de s'en remettre uniquement à la divulgation d'informations et à l'éducation. En conséquence, les politiques accordent une importance renouvelée aux services de conseil aux consommateurs dans les secteurs qui vendent des produits complexes, ce qui soulève aussitôt la question de savoir si les systèmes de rémunération et d'incitation en place sont de nature à assurer l'objectivité des conseils dispensés<sup>159</sup>.

À certains égards, les problèmes deviennent plus difficiles à résoudre, non seulement parce que les transactions en ligne ne se prêtent pas aux questions et aux explications, mais aussi parce que, une fois reçues, une bonne partie des informations ne servent plus à rien en raison du facteur temps. Nous avons déjà signalé que selon certaines études les consommateurs ne lisent pas les clauses et conditions parce qu'ils sont pressés de terminer les transactions pour éviter que les données déjà saisies ne soient annulées après un certain laps de temps (délai de temporisation)<sup>160</sup>.

## E. LES PRINCIPAUX ASPECTS DE L'ÉTIQUETAGE

### 1. L'étiquetage obligatoire

L'étiquetage fait aujourd'hui l'objet de dispositions juridiques obligatoires dans la plupart des pays. Les lois précisent la nature des informations qui devraient figurer sur les étiquettes et sous quelle forme. Des spécifications sont parfois données pour la taille de l'étiquette et les avertissements qui devraient figurer sur les étiquettes des denrées alimentaires – par exemple les avertissements relatifs à la santé pour les produits du tabac ou pour les allergies alimentaires. L'étiquetage est de plus en plus utilisé pour promouvoir certains objectifs de la politique publique, soit pour encourager certains comportements, par exemple une meilleure utilisation de l'énergie ou une meilleure nutrition, soit pour faire passer un message négatif, comme l'avertissement « fumer tue » figurant sur les paquets de cigarettes.

L'étiquetage des denrées alimentaires est l'un des domaines d'action prioritaires faisant l'objet de dispositions juridiques contraignantes. En plus des informations obligatoires concernant la date de fabrication, la date limite de consommation, le nom et l'adresse du fabricant, le poids, la quantité et les

ingrédients utilisés, de nombreux pays exigent que les informations nutritionnelles figurent sur la face antérieure de l'étiquette et soient formulées sur la base des apports journaliers recommandés. L'adoption d'un système d'étiquetage nutritionnel sur le modèle des feux de signalisation (utilisation de codes rouges, oranges et verts) est de plus en plus envisagée. Ce système a été mis au point en Équateur et est utilisé aux États-Unis, où les informations figurant sur les étiquettes des produits alimentaires ont été abrégées, afin de les simplifier et de mettre en évidence les plus importantes<sup>161</sup>.

### 2. L'étiquetage volontaire

De nombreux gouvernements commencent à incorporer à leurs politiques et à leur législation des normes privées et à les reconnaître de diverses manières. Bien que, comme on l'a déjà mentionné, l'Organisation mondiale du commerce reconnaisse la validité des normes internationales en matière d'étiquetage, la portée des normes applicables au titre des règles de l'OMC est limitée à la seule sphère de compétence de l'OMC, c'est-à-dire que ces normes ne s'appliquent qu'aux caractéristiques des produits et non aux processus et méthodes de production. Pour que l'étiquetage tienne également compte des processus et méthodes de production, comme c'est de plus en plus le cas, il faut s'en remettre plutôt aux mesures volontaires, comme celles qui s'inscrivent dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises, et à l'adoption de normes internationales, en particulier celles de l'ISO<sup>162</sup>.

Les systèmes d'étiquetage volontaires donnent des informations à la fois sur les caractéristiques des produits et les méthodes de production. Ces systèmes sont souvent gérés par un organisme indépendant, avec la coopération des commerçants concernés et, parfois, d'associations de consommateurs. Les systèmes d'écoétiquetage volontaires en sont un bon exemple. Ils sont devenus populaires comme stratégies d'information destinées à faire savoir aux consommateurs que les produits qu'ils achètent et utilisent sont respectueux de l'environnement, y compris en ce qui concerne leur mode d'élimination

<sup>161</sup> USFTC, 2008, *Marketing Food to Children and Adolescents*.

<sup>162</sup> L'une des plus connues est la norme ISO 26000, « Lignes directrices sur la responsabilité sociétale (2012) ». Elle porte sur l'environnement, les conditions de travail, les droits de l'homme et la protection des consommateurs. La section traitant de cette dernière question mentionne les Principes directeurs, en faisant référence aux « besoins légitimes du consommateur » et en rappelant que « ces lignes directrices concernant la protection du consommateur sont élaborées et détaillées dans l'ensemble du texte des Principes directeurs des Nations Unies et sont communément appelés « droits des consommateurs » ».

<sup>159</sup> G20/OCDE, 2011, *Principes de haut niveau sur la protection financière des consommateurs*.

<sup>160</sup> Citizens Advice, 2015, *Personal Data Empowerment: Time for a Fairer Data Deal?*, disponible sur <https://www.citizensadvice.org.uk/personal-data-empowerment-time-for-a-fairer-deal/>.

après utilisation (recyclage et autres aspects du cycle de vie des produits).

Parmi les premiers systèmes d'étiquetage visant à mieux informer les consommateurs, on peut citer : le système suédois appelé « VDN » (Varudeklarationsn-imnden, Board for Informative Labeling), créé en 1951 et adopté initialement par les pays nordiques ; le label japonais Japan Industrial Standards (JIS) ; le label allemand « Der Blaue Engel » attribué aux produits à faibles émissions et produisant moins de déchets que des produits comparables. Depuis, de nombreux systèmes d'écoétiquetage ont vu le jour et l'attention s'est graduellement portée sur les méthodes de production au lieu de se limiter aux seules caractéristiques des produits. Par exemple, ISEAL est une alliance regroupant plusieurs organismes de normalisation et d'accréditation, qui évaluent les normes de durabilité des produits en utilisant des codes de bonnes pratiques basés sur certains principes de crédibilité (ISEAL Credibility Principles)<sup>163</sup>. Ces principes incluent la durabilité, l'amélioration, l'impartialité, la transparence et l'accessibilité. Bien que l'adoption de mesures commerciales contre les exportateurs étrangers en raison de leurs méthodes de production et de transformation fassent l'objet de certaines restrictions, les gouvernements restent libres d'adopter leurs propres normes sur le plan interne. La Chine, par exemple, a adopté récemment les principes de ISEAL. L'élaboration de ces principes est conforme au paragraphe 30 des Principes directeurs, qui dispose qu'il conviendrait d'encourager la mise au point « des codes et normes en matière de publicité qui permettent de réglementer et vérifier les affirmations d'ordre environnemental » et que les gouvernements « devraient prendre des mesures contre toute publicité ou autre technique commerciale véhiculant des affirmations ou informations environnementales trompeuses ».

Selon la CNUCED, un certain nombre de pays n'ont pas encore adopté de dispositions concernant les informations environnementales (et ne satisfont donc pas aux exigences du paragraphe 30 des Principes directeurs cité ci-dessus), et selon l'étude de Consumers International mentionnée plus haut, 53 % seulement des pays qui ont répondu au sondage exigent la divulgation d'informations sur la consommation d'énergie des appareils ménagers. Une nette majorité de pays à faible revenu ont opté pour des normes volontaires, mais les pays en développement ne sont pas les seuls à l'avoir fait, puisque 27 % des pays à revenu élevé n'exigent pas la divulgation d'informations sur la consommation d'énergie ; il est vrai que 90 % d'entre eux ont proposé

des lignes directrices dans ce domaine. Des initiatives et des campagnes sporadiques ont été signalées (Fidji et la République dominicaine sont nommés par Consumers International), mais des résultats concrets semblent loin de ce que l'on pourrait attendre, quand on sait que les gouvernements déclarent reconnaître l'importance de cette question.

### 3. Les critères applicables aux informations concernant les produits

En théorie, la divulgation d'informations devrait être plus faisable en 2016 qu'elle ne l'était en 1985, année de l'adoption de la première version des Principes directeurs, étant donné qu'aujourd'hui les informations peuvent être communiquées sur des sites Web. Si l'on peut faire valoir que la divulgation d'informations en ligne peut désavantager les consommateurs sans accès à Internet, le fait que ces informations soient disponibles en ligne devrait aider les autorités chargées de la réglementation et, indirectement, protéger les consommateurs. La communication en ligne permet de donner des informations plus détaillées sur les produits, mais il ne faudrait pas non plus créer une nouvelle forme du « paradoxe du formalisme » mentionné plus haut. Autrement dit, la publication d'informations détaillées sur un site Web ne doit pas exonérer les distributeurs de l'obligation de les rendre compréhensibles.

Les critères suivants devraient aider à déterminer si les informations présentées sur les étiquettes et les emballages sont acceptables :

- Les informations devraient être conformes aux codes de bonnes pratiques et aux règlements internationaux. Il convient de noter que les normes internationales en matière d'information et d'emballage (telles que celles du Codex Alimentarius et de l'ISO) sont reconnues dans le paragraphe 70 des Principes directeurs et par les accords de l'OMC sur les mesures sanitaires et phytosanitaires et sur les obstacles techniques au commerce, comme base légitime des normes de produits, donc des mesures commerciales visant à protéger les consommateurs ;
- Les informations figurant sur les emballages et les étiquettes devraient être claires, simples et exactes. Il faut donc éviter les informations excessivement détaillées et présentées de manière confuse ;
- Il faut inclure des informations identifiant le producteur et le fournisseur, c'est-à-dire qu'il faut identifier le produit en indiquant son nom

<sup>163</sup> <http://www.isealalliance.org/our-work/defining-credibility/credibility-principles>.

ordinaire ou habituel et la forme sous laquelle il se présente ;

- La quantité nette du contenu doit être indiquée ;
- Il faut donner la liste des ingrédients du produit, c'est-à-dire qu'il faut appliquer les lois en vigueur sur les informations devant figurer sur les denrées alimentaires préemballées. Il peut s'agir notamment d'informations sur la valeur nutritionnelle (teneur en sel et en sucre, nombre de calories, apport journalier minimum recommandé ayant servi de base au calcul de la valeur nutritionnelle et contenu chimique des produits non alimentaires), ainsi que d'avertissements et d'instructions pour une utilisation et une manipulation appropriées ;
- Les informations sur les prix devraient être apposées bien en évidence et sous une forme facile à comprendre, afin de faciliter les comparaisons de produits. Ceci signifie que les informations sur les prix doivent figurer sur l'emballage et le prix à l'unité doit être indiqué sur les étagères ou dans les zones d'affichage lorsque c'est approprié et faisable ; ces informations doivent être suffisantes pour faciliter les décisions d'achat des consommateurs. Des campagnes efficaces ont été organisées par des associations de consommateurs en Malaisie, en Australie, en Allemagne et au Royaume-Uni sur ces questions et il existe une norme ISO sur les prix à l'unité ;
- Toutes les allégations figurant sur l'emballage et l'étiquette doivent être préalablement prouvées. Elles doivent toujours être exactes, claires et précises. C'est particulièrement le cas pour les allégations concernant les produits alimentaires ou les médicaments. Des termes tels que « naturel » ou « biologique » ne devraient pas être employés pour donner l'impression que le produit est supérieur en qualité ou en valeur nutritionnelle, à moins de pouvoir le prouver<sup>164</sup>.

## F. LES PRINCIPAUX ASPECTS DE LA PUBLICITÉ

Les marchés de consommation étant désormais intégrés sous l'effet de la mondialisation, la concurrence s'est intensifiée pour attirer des consommateurs du

monde entier. En conséquence, les dépenses de publicité ont beaucoup augmenté<sup>165</sup>. D'après ce que rapporte le Directeur de la commercialisation de la publication *Facts & Stats*, les dépenses mondiales consacrées à la publicité dans les médias devraient augmenter de plus de 5 % par an à partir de la fin de 2015. Elles devraient totaliser 2 100 milliards de dollars d'ici à 2019. En outre, la publicité est de plus en plus présente au cœur des sociétés des pays en développement, et certaines marques, comme Coca-Cola, sont reconnues partout dans le monde. Ce processus s'est peut-être intensifié avec l'usage de plus en plus répandu des appareils portables et la publicité est devenue plus ciblée grâce aux témoins de connexion (cookies).

Dans ce contexte, il convient de mentionner que c'est la publicité en ligne qui progresse le plus rapidement (16 % de croissance en 2014) et que les marchés émergents affichent une progression particulièrement forte. Selon une source de données sur la commercialisation, le Brésil devrait supplanter le Royaume-Uni et l'Allemagne en 2018 pour devenir le quatrième marché mondial de la publicité, et l'Indonésie devrait enregistrer la plus forte croissance des dépenses de publicité en ligne de tous les pays du monde<sup>166</sup>. Au moment de la rédaction du présent manuel, l'Amérique du Nord représentait 35 % des dépenses publicitaires mondiales, suivie d'assez près de la région Asie-Pacifique, avec une part de 28 %<sup>167</sup>.

Dans la plupart des pays, la publicité pour une très grande partie des lignes de produits n'est pas expressément réglementée par la loi, à l'exception de certains produits spécifiques tels que l'alcool, le tabac et les armes à feu, en plus des médicaments thérapeutiques, des pesticides et des services de certains professionnels tels que les médecins et les avocats. Le plus souvent, le secteur de la publicité et les organisations de médias adoptent des instruments d'autoréglementation, tels que des codes de bonnes pratiques. Il existe toutefois des politiques nationales générales s'appliquant à toutes les publicités dans les grands médias et, en particulier, à l'utilisation dans les annonces publicitaires d'images indécentes et inacceptables sur le plan culturel et religieux.

Le secteur de la publicité a une longue tradition d'autoréglementation. Le Code consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale de la Chambre de commerce internationale (CIC) a été élaboré en 1937 et en est maintenant à sa neuvième version consolidée

<sup>164</sup> La signification du terme « biologique » est réglementée dans l'Union européenne et aux États-Unis et est associée à un ensemble de caractéristiques bien précises. Le terme « naturel », en revanche, n'a aucune signification juridique particulière.

<sup>165</sup> [www.cmocouncil.org/facts-stats-categories.php?view=all&category...spend](http://www.cmocouncil.org/facts-stats-categories.php?view=all&category...spend).

<sup>166</sup> eMarketer.com, 10 décembre 2014.

<sup>167</sup> [www.statistica.com](http://www.statistica.com).

en 2006. C'est un code d'autoréglementation, qui s'applique à l'ensemble de la publicité concernant les biens, les services et les installations. Il définit les principes généraux à respecter pour faire en sorte que « Toute communication commerciale [soit conforme] aux lois, ... décente, loyale et véridique » (art. 1). Il comporte une section spécialement consacrée aux enfants<sup>168</sup>. Ce code international sert de base aux pratiques d'autoréglementation établies par les autorités chargées des normes régissant la publicité dans beaucoup de pays. Il « s'applique à l'ensemble de la publicité et des autres formes de communication destinées à la promotion d'un quelconque type de biens ou de services, en ce compris la promotion institutionnelle et auprès des entreprises ». Il s'applique aux publicitaires, aux agences de publicité et aux médias qui relaient des annonces publicitaires. La plupart des plaintes de particuliers (ainsi que les sanctions et les mesures d'application appropriées) sont traitées à l'échelon national, mais un traitement transfrontière de ces plaintes est également possible par l'intermédiaire, par exemple, de l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité, dont la charte a été formulée en 1992 sur la base du Code de la CCI.

Il arrive que les pouvoirs publics interviennent pour faire en sorte que le régime d'autoréglementation maintienne les normes et ne succombe pas à ses propres erreurs. Au Royaume-Uni, par exemple, l'Office of Communication (Ofcom) est chargé de réglementer la publicité dans les médias télévisuels et radiophoniques, mais il a délégué la mise en œuvre des codes relatifs à la publicité dans ces médias à l'Autorité de l'éthique publicitaire (Advertising Standards Authority, ASA). Les diffuseurs sont tenus, en vertu des conditions stipulées dans l'autorisation de diffuser délivrée par l'Ofcom, de respecter les décisions de l'ASA. Si l'ASA renvoie un diffuseur devant l'Ofcom, celui-ci risque une amende ou le retrait de son autorisation de diffuser. En 2013-2014, l'ASA a examiné 37 000 plaintes liées à 17 000 cas. En conséquence, 3 384 annonces publicitaires modifiées ou retirées. Dans 71 % des cas il s'agissait d'annonces publicitaires mensongères et dans 36 % des cas de publicités sur Internet. En 2014, la publicité sur Internet a surpassé la publicité télévisée pour la première fois, affichant une augmentation de 35 % d'une année sur l'autre<sup>169</sup>.

L'avantage des régimes d'autoréglementation est qu'ils permettent aux organes de surveillance et de répression de se saisir de certaines affaires dépassant la compétence des organismes d'autoréglementation,

telles que les fraudes massives et les pratiques abusives de démarchage à domicile. Dans l'idéal, dans un régime d'autoréglementation, les publicitaires sont jugés rapidement par des spécialistes qui sont leurs pairs ; ainsi, les instances gouvernementales ne sont pas entraînées dans une spirale de rattrapage et sont libres d'utiliser leurs ressources ailleurs, les tribunaux ne sont pas surchargés et les consommateurs ont vers qui se tourner.

Toutefois, vu l'inquiétude croissante suscitée par le pouvoir qu'a la publicité de pousser à la consommation, même lorsque cette consommation est nettement contraire à certains objectifs de la politique publique (dans le domaine de la santé, par exemple), il est inévitable que certains appellent à confier le contrôle de la publicité à des personnes n'ayant aucun intérêt particulier les liant au secteur. Lorsque les enjeux de la politique publique touchent à certains produits en particulier, ce ne sont pas les annonces publicitaires qui sont visées, mais les produits eux-mêmes. C'est le cas actuellement de la publicité alimentaire ciblant les enfants, de la promotion des produits pharmaceutiques et de la publicité pour le tabac qui fait l'objet d'appels répétés en faveur d'une interdiction partielle ou totale. La mise en œuvre d'une telle interdiction a quelque peu progressé dans l'Union européenne et, plus récemment, en Fédération de Russie, qui interdit toute publicité pour le tabac depuis 2014. De nombreuses associations de consommateurs ont participé à des campagnes visant à limiter la publicité pour certains produits jugés intrinsèquement dangereux ; la plus récente de ces campagnes a été menée au Mexique contre les boissons sucrées<sup>170</sup>.

Ces actions marquent une avancée par rapport à l'activité d'autoréglementation en ce qui a trait à l'évaluation des différentes annonces publicitaires. Il ne faut pas confondre l'affichage d'une information « exacte » sur un produit pour lequel il est interdit de faire de la publicité (par exemple, l'inscription « fumer tue » sur les paquets de cigarettes) avec des annonces publicitaires mensongères destinées à promouvoir un produit inoffensif. Ces dernières relèvent de la sphère de l'autoréglementation, alors que les violations d'une interdiction de faire de la publicité sont du ressort des organes de surveillance et de répression.

Les associations de consommateurs participent à des activités de sensibilisation concernant ce type de mesures. Par exemple, les avertissements concernant la santé doivent être requis pour les produits dont il a été prouvé qu'ils engendrent une dépendance et sont dangereux, comme les cigarettes et l'alcool. On reconnaît de plus en plus qu'il faut lutter contre

<sup>168</sup> CCI, 2011, *Code consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale de la Chambre de commerce internationale*.

<sup>169</sup> ASA, 2014, *Having More Input, Being More Proactive*.

<sup>170</sup> Voir aussi le chapitre XIV pour une analyse plus détaillée.

les annonces publicitaires accrocheuses ciblant les enfants à un âge où ils sont vulnérables, pour les inciter

à consommer des aliments riches en graisses, en sucre et en sel, et il existe un code de l'OMS à cet effet<sup>171</sup>.

D'autres campagnes font intervenir des éléments d'appréciation liés au contexte. Il s'agit de campagnes visant notamment :

- La publicité pour les substituts du lait maternel, qui induisent en erreur les femmes vivant dans des lieux où elles ne peuvent pas utiliser le produit comme prévu (en raison d'un mauvais approvisionnement en eau, par exemple) ;
- La publicité qui cible des consommateurs traversant une période où ils sont particulièrement vulnérables (défaut de paiement et dettes ainsi que prêts sur salaire, par exemple). Il est indéniable qu'il y a des abus ; mais faut-il interdire ce genre de publicité ou veiller à ce qu'elle n'induisse pas le consommateur en erreur ou encore réglementer le produit lui-même ? La question est complexe ;
- La publicité pour des produits contenant des substances chimiques toxiques, mais ne faisant pas encore l'objet d'un consensus ou de preuves scientifiques concluantes quant à leur niveau de sécurité (pesticides, glutamate de sodium et aspartame, par exemple).

En général, ces campagnes ont permis d'exprimer les préoccupations des consommateurs au niveau international au sein d'institutions intergouvernementales, telles que la Commission du *Codex Alimentarius*, l'Organisation mondiale de la Santé et l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture. Les organisations de consommateurs ont généralement souscrit aux recommandations des organismes internationaux, l'opposition venant plutôt des gouvernements et des lobbies des entreprises.

### 1. Les critères à respecter dans la publicité

On trouvera ci-après des critères permettant de déterminer si les annonces publicitaires sont socialement et juridiquement responsables :

- La publicité doit se conformer aux codes de bonnes pratiques et aux lois en vigueur aux niveaux national et international ;

<sup>171</sup> OMS, 2010, Ensemble de recommandations sur la commercialisation des aliments et des boissons non alcoolisées destinés aux enfants, adopté par les États membres de l'OMS à la soixante-troisième Assemblée mondiale de la santé (résolution WHA63.14). <http://www.who.int/dietphysicalactivity/publications/recsmarketing/en/>.

- La publicité devrait être véridique et exacte et ne devrait être ni trompeuse ni mensongère ;
- Les phrases vagues, les superlatifs, les exagérations ou les comparaisons susceptibles de prêter à confusion ou d'être mal interprétés sont à éviter dans la formulation des allégations (verbales et visuelles), en particulier si la publicité s'adresse à des consommateurs peu avertis ;
- Toutes les allégations factuelles concernant la sûreté, le rendement, l'efficacité des produits et des services devraient être prouvées avant la mise à disposition, les témoignages et les avis favorables d'experts ne devant être cités que si ces derniers ont utilisé eux-mêmes ces produits et services dans des conditions normales et en ont une connaissance pratique ;
- Dans le cas de la publicité comparative, les comparaisons de produits doivent être utiles pour le consommateur compte tenu de ses attentes ; la description des utilisations du produit devrait être exacte et claire et des preuves à l'appui doivent pouvoir être apportées ;
- La publicité devrait montrer comment utiliser le produit en toute sécurité et ne devrait pas suggérer des utilisations déraisonnables et dangereuses pour le consommateur, dans des conditions d'utilisation prévisible ou de mauvaise utilisation ;
- Les normes collectives acceptées en matière de bon goût devraient être respectées dans les illustrations et les textes et une publicité ne devrait pas offenser, dévaloriser ou exploiter tel ou tel groupe, ni représenter un traitement discriminatoire fondé sur le sexe, l'âge, la religion, la race ou l'orientation sexuelle, c'est-à-dire qu'une publicité ne doit pas rabaisser un groupe social particulier ;
- Les allégations publicitaires concernant des objectifs d'intérêt public, comme la conservation de l'énergie, la protection de l'environnement ou la santé publique devraient être prouvées ou du moins être confirmables et vérifiables.

## G. LES PROGRAMMES D'ÉDUCATION À LA CONSOMMATION ET LEUR MISE EN ŒUVRE

L'éducation à la consommation était autrefois conçue principalement pour former le consommateur afin qu'il agisse plus efficacement (c'est-à-dire pour qu'il apprenne à défendre ses intérêts et ceux de sa

### Encadré 9. Le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel, OMS/UNICEF

Selon l'UNICEF, « de toutes les interventions de prévention, l'allaitement maternel optimal des nourrissons de moins de 2 ans a potentiellement le plus gros impact sur la survie de l'enfant, avec la possibilité d'empêcher le décès de 800 000 (13 % de tous les décès) enfants de moins de 5 ans dans les pays en développement.

Les enfants nourris au sein durant les premiers mois ont au moins six fois plus de chance de survivre que les enfants qui ne sont pas allaités. Un enfant nourri exclusivement au sein a 14 fois moins de chance de mourir pendant ses six premiers mois qu'un enfant qui n'est pas nourri au sein, et l'allaitement maternel réduit très fortement les décès par infection respiratoire aiguë et par la diarrhée, deux causes majeures de mortalité infantile. L'impact potentiel des pratiques d'allaitement maternel optimal est particulièrement important dans les pays en développement qui affichent une charge de morbidité importante et où l'accès à l'eau potable et à l'assainissement est limité. Mais les enfants qui ne sont pas allaités dans les pays industrialisés présentent aussi un risque plus élevé de décéder. Dans l'enquête de cohorte du Millénaire au Royaume-Uni, six mois d'allaitement maternel exclusif étaient associés au fait que les admissions hospitalières pour cause de diarrhée et d'infections des voies respiratoires avaient respectivement diminué de 53 % et 27 %.

Le Code international de commercialisation des substituts du lait maternel adopté par l'OMS et l'UNICEF a été élaborée pour contrecarrer la publicité en faveur des substituts du lait maternel, qui a été jugée de nature à décourager les femmes d'allaiter, en cherchant à leur faire croire que les substituts commercialisés sont plus sûrs ou plus nourrissants que le lait maternel, voire l'« équivalent » du lait maternel. Tout prouve qu'ils ne le sont pas, et le Code, de même que les lignes directrices qui ont suivi, le précisent.

Le Code a été adopté par l'Assemblée mondiale de la santé en mai 1981 et il reste tout à fait pertinent. Depuis 1981, de nombreux pays ont adopté une législation pour mettre en œuvre la totalité ou bon nombre de ses dispositions. Le Code s'applique : aux substituts du lait maternel, y compris les préparations pour nourrissons ; aux autres produits lactés, aliments et boissons, y compris les aliments de complément commercialisés ou présentés comme pouvant remplacer partiellement ou totalement le lait maternel ; et aux biberons et tétines. Les principales dispositions du code concernent la protection et la promotion de l'allaitement maternel et la commercialisation et la distribution des substituts du lait maternel. Le Code interdit toute publicité pour ces produits auprès du grand public, la distribution gratuite d'échantillons aux mères, la promotion de ces produits dans des établissements de soins de santé et auprès des infirmières conseillant les mères, les cadeaux ou les échantillons personnels aux agents de santé et tout texte ou toute image de nature à idéaliser l'allaitement artificiel.

Il est toujours difficile d'évaluer les effets des codes avec précision et les polémiques très médiatisées dont ils font l'objet peut aider à mieux faire connaître les enjeux. Les tendances récentes sont importantes tant pour les pessimistes que pour les optimistes, car alors que les taux d'utilisation du lait maternel ont cessé de diminuer au niveau mondial (en fait, ils ont considérablement augmenté dans de nombreux pays au cours des dix dernières années), 39 % seulement des enfants de moins de 6 mois dans le monde en développement sont nourris exclusivement au lait maternel et à peine 58 % des enfants de 20 à 23 mois bénéficient de l'allaitement continu<sup>172</sup>.

Source : CNUCED à partir de sources de l'UNICEF.

famille). Le paradigme était essentiellement fondé sur l'utilisation optimale de son argent, le centre d'attention étant le ménage. Dans l'approche ciblant les programmes d'études, l'éducation à la consommation faisait partie de l'enseignement de l'économie ménagère. Dans d'autres modèles, les concepts à inculquer au consommateur étaient incorporés aux matières déjà enseignées, c'est-à-dire qu'ils étaient omniprésents dans le cursus, ou étaient traités comme sujets spécifiques ou encore faisaient l'objet de cours sur la protection du consommateur. D'une manière générale, dans le primaire et le secondaire, la protection du consommateur était enseignée dans le contexte de matières, telles que les compétences psychosociales ou l'activité commerciale. Dans les

établissements d'enseignement tertiaire, des modules consacrés à la protection du consommateur ont été inclus dans le programme d'étude des facultés de droit et de sciences sociales ou dans celui des écoles de commerce. En outre, l'éducation à la consommation est devenue une activité périscolaire qui s'ajoute au programme d'étude formel, par exemple à travers les « clubs de consommateurs ». De nombreuses associations de consommateurs, en particulier en Europe orientale, ont leur origine dans l'enseignement de l'économie ménagère, comme il est mentionné au chapitre V.

Avec le recul, certains matériels pédagogiques créés dans les années 1990 semblent très ambitieux aujourd'hui. Les six matières suggérées, dans le courant des années 1990, par le Conseil nordique des

<sup>172</sup> UNICEF, op. cit.

ministres pour éduquer le consommateur offrent un cadre qui s'articule admirablement autour des thèmes suivants : finances personnelles, droits et obligations du consommateur, persuasion commerciale (en particulier, la publicité), consommation, environnement et éthique et sécurité sanitaire des aliments<sup>173</sup>. Toutefois, les objectifs détaillés de l'enseignement des « droits et obligations du consommateur », tels que « connaître la teneur des lois les plus importantes et d'autres dispositions obligatoires relatives aux droits et obligations du consommateur » et « connaître les effets qu'aura la libéralisation croissante des échanges commerciaux sur les droits du consommateur » soulèvent des questions qui occupent encore de nos jours les plus grands esprits de l'univers universitaire et juridique. En ce qui concerne la « persuasion commerciale », on peut dire que les objectifs étaient en avance sur l'époque, quand on voit à quel point les jeunes d'aujourd'hui s'adaptent aux nouvelles technologies et se passionnent pour les médias sociaux (un facteur de vulnérabilité, par ailleurs). Ces objectifs sont :

- Apprendre à reconnaître une publicité et à faire la différence entre information et publicité et être capable d'analyser, d'interpréter et de regarder d'un œil critique le contenu des images et des communications commerciales, ainsi que le choix des termes utilisés ;
- S'habituer à utiliser les supports de communication, tels que télévisions, vidéos, ordinateurs, modems, CD-ROM et autres technologies grand public utilisées dans la communication d'information et les divertissements ;
- Comprendre l'importance de la publicité sur le plan commercial et social ;
- Être capables, en tant que consommateurs, d'utiliser les services d'information électroniques avec un esprit critique et discernement ;
- Comprendre comment les médias créent des styles de vie qui sont reflétés, entre autres, dans les rôles particuliers dévolus par la société aux hommes et aux femmes et dans des idéaux physiques.

L'encadré 10 contient un ensemble de contenus pour l'éducation à la consommation, l'ébauche d'un programme général d'éducation à la consommation.

L'éducation à la consommation se fait également de manière informelle, en organisant des activités ciblant des groupes spécifiques, tels que les femmes

des zones rurales, les membres d'organisations de consommateurs, les clubs de consommateurs dans les écoles, les coopératives de consommateurs et les associations de résidents. Ce genre d'initiatives ont été entreprises par des organismes publics de protection des consommateurs, des associations de consommateurs et des entités commerciales dans le cadre de campagnes visant à éduquer des consommateurs qui n'ont aucune autre occasion d'acquérir ces compétences.

Des efforts considérables ont donc été faits pour éduquer les consommateurs, et pas seulement par les ministères de l'éducation des pays. Néanmoins, les avis divergent sur la question de savoir qui est responsable de l'éducation du consommateur. Selon le rapport de la CNUCED sur la mise en œuvre des Principes directeurs<sup>174</sup> :

La mise en œuvre de programmes d'éducation et d'information des consommateurs incombe essentiellement aux organismes de protection des consommateurs. La plupart des États membres de la CNUCED ont adopté de tels programmes pour que les consommateurs se comportent en consommateurs avisés. Une foule d'initiatives intéressantes ont été prises concernant notamment des sites Web, des cours en ligne, des services de conseils en ligne (Royaume-Uni), des ateliers (République dominicaine, El Salvador) et même des cours d'éducation du consommateur dans le cadre du programme d'enseignement de différents ministères de l'éducation (Principes directeurs, par. 36 à 43). On notera en particulier que les États-Unis ont un vaste programme d'éducation couvrant tous les domaines mentionnés et faisant particulièrement appel aux médias sociaux (Facebook, Twitter, YouTube et blogs). Certains pays ont créé des unités spéciales pour mener ces tâches à bien. Chaque pays a déterminé des priorités différentes, dont la plupart figurent parmi les recommandations énoncées au paragraphe 37 des Principes directeurs.

Plus loin dans le même rapport, il est dit qu'« il existe peu d'exemples de campagnes d'éducation et d'information menées par des organisations de consommateurs, des entreprises ou des médias ». En revanche, le rapport de Consumers International conclut que :

On arrive à un constat intéressant quand on compare les dépenses publiques consacrées

<sup>173</sup> G. Hellman-Tuiter, 1999, *Promoting Consumer Education in Schools*.

<sup>174</sup> CNUCED, 2013, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur (1985-2013)*. Note du secrétariat de la CNUCED, document TD/B/C.I/CLP 23.

### Encadré 10. Ensemble de contenus pour l'éducation à la consommation

#### 1. Vie du ménage

Famille et ménage, fonctions et structures, valeurs et comportements, besoins et manques, styles de vie et cycles de vie, ressources et contraintes, résolution des problèmes et prise de décisions, production de biens et de services.

#### 2. Où obtenir des informations et des conseils

Médias et spots publicitaires, publicités et information indépendante du consommateur, tests et conseils disponibles, technologies de l'information et de la communication, évaluation et appréciation, utilisation de l'information et des institutions.

#### 3. Comment gérer son argent

Argent et monnaie, planification et préparation d'un budget, dépenses et épargne, crédits et dettes, taxes et cotisations sociales, assurances privées et constitution d'un patrimoine, banques et services financiers.

#### 4. Achat de biens et de services

Prix et qualité, offre et demande, concurrence et pouvoir de marché, petits et grands magasins, vente et marketing.

#### 5. Comment communiquer sa satisfaction et son mécontentement

Critiques et plaintes, manifestations et boycotts, droits et obligations des consommateurs, accès au droit et aux tribunaux, protection des consommateurs.

#### 6. Logement et habitation

Achat et location, propriété et partage, dimensions et ameublement, coûts et responsabilités, contrats et protection des consommateurs.

#### 7. Comment prendre soin de sa santé

Nutrition et alimentation, système de santé national ou privé, paiements et remboursements, sports et activités physiques, régime alimentaire et médicaments, image corporelle et autonomie.

#### 8. Comment faire face aux problèmes

Pauvreté et chômage, surendettement et insolvabilité, séparation et divorce, maladies et handicaps, discrimination basée sur le sexe et la race.

#### 9. Comment avoir de l'influence et participer

Participation aux activités d'organismes volontaires, officiels et communautaires s'occupant de la protection des consommateurs.

#### 10. Comment préserver l'avenir

Incidences de la consommation sur les ressources naturelles et l'environnement, consommation durable et panier de produits écologique, équilibres écologiques et analyses de lignes de produits, écoétiquettes et autres systèmes d'information (coûts et avantages).

Source : Heiko Steffens, professeur à la Technische Universität Berlin.

à l'éducation des consommateurs (58 %) – qui illustrent la mesure dans laquelle les gouvernements ont intégré l'éducation à la consommation aux programmes d'enseignement – au chiffre obtenu pour les groupes de consommateurs (94 %). Il semblerait que bien que de nombreux gouvernements considèrent que l'éducation des consommateurs est essentielle, la moitié à peine des gouvernements des pays étudiés financent des activités dans ce domaine, ce qui est de loin inférieur à ce que financent les organisations de consommateurs<sup>175</sup>.

<sup>175</sup> Consumers International, 2013, op. cit.

## 1. L'éducation du consommateur et la crise financière

Malgré cette évolution généralement positive et bien que l'on reconnaisse aujourd'hui qu'il est important d'éduquer les consommateurs, avec le temps, le modèle appliqué dans ce domaine subit de nouvelles pressions résultant principalement de la crise financière mondiale.

Dès lors, un questionnaire plus rigoureux s'imposait sur le rôle de l'éducation des consommateurs dans la phase de déréglementation qui a précédé l'éclatement de la crise. Comment se fait-il que malgré l'importance accrue accordée à l'éducation des consommateurs

les événements catastrophiques survenus vers le milieu de la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle ait eu des conséquences si dévastatrices pour les ménages ? Si l'on en croit la thèse du « consommateur averti », cela n'était pas censé se produire.

La crise financière est à l'origine d'un examen plus pointu de la thèse selon laquelle l'éducation des consommateurs est un moyen d'assurer leur protection ; elle a montré que l'éducation avait des limites et qu'il fallait faire preuve de réalisme. Il est apparu clairement, en effet, que de nombreux produits financiers étaient si complexes que les organismes de réglementation, et même parfois ceux qui vendaient ces produits, ne les comprenaient pas. Le pire est qu'il était quasiment impossible de comprendre certains produits, conçus qu'ils étaient pour réaliser rapidement des gains et échapper à la réglementation. Une étude sur les services bancaires commandée par la Commission européenne a conclu que, dans les deux tiers des cas, un groupe d'experts n'a pas été en mesure de décrypter la structure des tarifs bancaires afin de déterminer le coût réel d'un service. Comme l'a dit en 2009 Meglena Kuneva, alors Commissaire européenne à la consommation : « Si les experts n'arrivent pas à comprendre la structure des frais bancaires, quelle chance a le simple consommateur de s'y retrouver ? »<sup>176</sup>.

À certains égards, ce n'est ni nouveau ni surprenant. Est-il raisonnable de s'attendre à ce que de simples consommateurs se transforment en experts financiers ? Après tout, point n'est besoin d'être ingénieur pour conduire une voiture dira-t-on. Selon certaines études scientifiques, éduquer les consommateurs peut même empirer les choses en créant chez ces derniers l'illusion d'avoir compris. L'idée reçue mise en cause dans ce constat a été éloquemment expliquée par le professeur Lauren Willis : « c'est croire qu'il existe sur les marchés des acteurs responsables et avisés, capables de prendre des décisions financières qui augmentent leur propre bien-être. On imagine des consommateurs instruits se chargeant eux-mêmes des crédits, assurances et plans de retraites dont ils ont besoin et arpentant, sûrs d'eux, des marchés sans restriction et généreux ». Le professeur Willis a poursuivi en mettant en garde contre : « cette croyance peu plausible, compte tenu de la vitesse à laquelle les marchés financiers changent, du fossé existant entre les connaissances du consommateur et les compétences nécessaires pour comprendre les produits financiers complexes et non standardisés d'aujourd'hui, de la subjectivité persistante des décisions financières et des disparités entre les éducateurs et les sociétés

financières en ce qui concerne les ressources dont ils disposent pour toucher les consommateurs »<sup>177</sup>.

Ce constat a été renforcé par une méta-analyse publiée en 2014 par Daniel Fernandes, John Lynch et Richard Netemeyer, qui suit la relation entre l'éducation financière et les comportements financiers à travers 168 communications portant sur 201 études antérieures. Les auteurs ont constaté que les interventions visant à améliorer les connaissances financières expliquent 0,1 % des variations dans les comportements considérés, les effets étant encore moins probants dans les échantillons à bas revenu. Ils ont conclu que « comme pour d'autres types d'éducation, les effets de l'éducation financière ont tendance à diminuer avec le temps ; même les interventions majeures comportant beaucoup d'heures d'instruction ont des effets négligeables sur les comportements vingt mois ou plus après l'intervention »<sup>178</sup>.

À dire vrai, peu d'experts financiers ont prétendu que l'éducation à la consommation aurait permis d'éviter la crise financière, mais il s'est trouvé des fonctionnaires et des banquiers pour l'affirmer. Mais il existe toujours des points de vue équilibrés. Les recommandations de 2005 de l'OCDE sur les principes et les bonnes pratiques relatifs à la sensibilisation et à l'éducation financières ont rappelé que : « La promotion de l'éducation financière ne doit pas se substituer à la réglementation financière, qui est essentielle pour protéger les consommateurs (contre de fraudes, par exemple) et que l'éducation financière doit venir compléter »<sup>179</sup>. Une étude de la Banque mondiale a renforcé ce point de vue en 2010, en particulier dans le contexte des pays en transition : « l'éducation financière ne saurait se substituer à une réglementation financière adéquate »<sup>180</sup>.

Plus récemment, l'OCDE est arrivée à la conclusion suivante dans son étude sur l'éducation financière et la crise : « le manque de connaissances financières a certainement contribué, entre autres facteurs, à l'éclatement de la crise et à l'aggravation de ses séquelles. Cependant, l'éducation financière n'est pas une panacée et ne suffit pas pour prévenir les crises majeures du genre de celle que nous traversons. Pour ce qui est de cette crise, d'une part, ses

<sup>176</sup> M. Kuneva, 2009, Restoring consumer trust in retail financial services, DECO 35th Anniversary Seminar on Financial Services and the Consumer Interest (Lisbonne, 27 avril).

<sup>177</sup> L. E. Willis, Against Financial Literacy Education, Public Law and Legal Theory Research Paper Series 8/10.

<sup>178</sup> D. Fernandes *et al.*, 2014, Financial literacy, financial education and downstream financial behaviours, *Management Science* 60(8): 1861-1883. Les cas analysés proviennent principalement, mais pas exclusivement, de pays membres de l'OCDE.

<sup>179</sup> OCDE, 2005, Les Principes et les bonnes pratiques relatifs à la sensibilisation et l'éducation financière – Recommandations du Conseil, C(2005)55/REV1.

<sup>180</sup> S. Rutledge *et al.*, 2010, *Good Practices for Consumer Protection and Financial Literacy in Europe and Central Asia: A Diagnostic Tool* (Banque mondiale).

causes véritables sont encore difficiles à cerner et à évaluer, et, d'autre part, le manque de connaissances financières n'est qu'un facteur parmi d'autres et ce n'est pas le plus important »<sup>181</sup>. Ces deux passages peuvent sembler contradictoires, mais peuvent tous deux être corrects, car ni l'un ni l'autre ne représente une proposition absolue.

En fait, la méta-analyse citée plus haut permet de concilier partiellement les différents points de vue, car elle tend à conclure que l'éducation financière joue un rôle réel mais plus limité et devrait être dispensée « ponctuellement », c'est-à-dire qu'elle devrait cibler les comportements spécifiques qu'elle a pour but d'améliorer. Il est plus facile de capter l'attention des consommateurs quand on les focalise sur une activité spécifique, ce qui va à l'encontre de l'hypothèse selon laquelle le consommateur est mieux équipé pour faire face aux défis à venir lorsqu'il a été formé à l'avance ; il n'empêche que cela montre bien que l'éducation à la consommation doit être mieux ciblée.

## H. CONCLUSION

Le débat complexe sur l'information, l'éducation et la prise de décisions en matière de consommation a souvent été encadré par des théoriciens de la « maximisation rationnelle de l'utilité », mais les économistes du comportement ont fait remarquer récemment que ce que les gens font dans la réalité ne correspond pas forcément à leurs intérêts « objectifs ». Le débat peut même prendre un tour paternaliste quand certains déplorent que les consommateurs n'aient pas investi leur temps dans des activités leur permettant de faire des économies et disent qu'ils auraient mieux fait, par exemple, de changer de fournisseur de carburant ou de consulter des sites comparateurs de prix. Cela dénote une conception très étroite du comportement des consommateurs dans la réalité, et ce, pour plusieurs raisons.

Le taux d'erreur élevé observé, notamment dans les changements de préférences des consommateurs, peut effectivement signifier qu'un comportement conservateur de leur part est on ne peut plus « rationnel » (cette question est examinée aux chapitres VII et XV). En outre, le fait apparemment regrettable que les consommateurs ne passent pas plus de temps à consulter diverses sources d'informations peut cacher une préférence très saine pour des activités qui n'offrent aucun avantage financier évident à court terme, mais qui sont hautement méritoires et représentent un investissement à long terme, comme, par exemple,

aider les enfants à faire leurs devoirs. La réplique à cela est sans doute que ces activités très diverses ne sont pas incompatibles. Toutefois, dans la réalité, tous les consommateurs n'ont pas accès aux technologies de l'Internet et aux sites comparateurs de prix, sans compter qu'ils n'ont pas forcément des connaissances suffisantes ou l'assurance nécessaires pour faire ce genre de choix. Il est important de garder présent à l'esprit que les consommateurs sont appelés à faire des choix dans des domaines beaucoup plus nombreux que par le passé. Globalement, tous ces choix prennent beaucoup de temps, surtout lorsque le « bon » choix n'est pas évident. En effet, les choix « économiques » peuvent être en conflit avec les choix « éthiques ».

Une grande confusion peut exister dans l'esprit des consommateurs quand plusieurs systèmes d'étiquetage et de certification sont appliqués à un même produit ; le thé, par exemple, peut être vendu sans label particulier, sous une marque propre, ou avec une étiquette disant « thé naturel » ou encore sous divers labels comme « Rainforest », « Fairtrade » ou « Biologique ». Ces catégories de thé sont très différentes les unes des autres en substance et certaines désignations ne signifient pas grand-chose. Puisque les coûts sociaux, environnementaux et de santé ne sont pas fréquemment reflétés dans le prix des produits, il n'est guère possible pour le consommateur de procéder à une évaluation rationnelle des effets de chaque achat au regard des coûts. Par conséquent, beaucoup de consommateurs dépensent peut-être leur argent pour avoir un produit dont ils désapprouvent les méthodes de production. Il arrive aussi que face à une trop grande confusion ils choisissent simplement le produit le moins cher.

De combien d'informations doit disposer le consommateur d'un pays développé pour comprendre le lien entre quelque chose d'apparemment aussi banal que le choix d'énergies moins coûteuses ou le panier de la semaine et le risque accru d'inondations dans des régions situées à l'autre bout de la planète ? Compte tenu de l'ampleur du problème mondial des changements climatiques, attendre des consommateurs qu'ils évaluent « entièrement et rationnellement » tous ces marchés extrêmement complexes n'est pas seulement improbable, mais pourrait constituer également un transfert de responsabilité.

Les consommateurs ont de multiples activités concurrentes autres que le souci de s'informer afin de faire des choix. L'information et l'éducation des consommateurs ont un rôle important à jouer mais leurs limites devraient aussi être reconnues.

<sup>181</sup> OCDE, 2009, *Financial Education and the Crisis*, DAF/CMF(2009)10.

## XI. Le règlement des litiges de consommation et leur réparation

### A. LE RÈGLEMENT DES LITIGES DE CONSOMMATION ET LEUR RÉPARATION DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Les principales références au règlement des litiges et à leur réparation se trouvent à la section V.F et dans le principe relatif aux « besoins légitimes » (par. 5 g) des Principes directeurs).

La révision des Principes directeurs a apporté un changement important dans ce domaine. Le texte révisé contient une multiplicité de références au règlement des litiges (qui ne figuraient pas dans la version précédente et qui maintenant figurent dans la résolution même) : dans la nouvelle section IV traitant des bonnes pratiques commerciales (par. 11 f)), dans la section V.A sur les politiques nationales de protection du consommateur (par. 14 g)) et dans la section V.F élargie déjà mentionnée. On peut y déceler l'intention de mettre davantage l'accent sur la mise au point de modes alternatifs de résolution des problèmes plutôt que sur la « réparation », qui suppose généralement un recours accru à l'indemnisation par voie de justice. Même les sections qui n'ont aucun contenu juridique, comme la section V.G sur les « Programmes d'éducation et d'information » (par. 44 d)) et le nouveau principe sur les services publics (par. 77), mentionnent maintenant le règlement des litiges. Cette nouvelle orientation emprunte la terminologie de l'OCDE<sup>182</sup> et reflète l'évolution et la prolifération de systèmes de règlement des litiges très divers depuis l'adoption de la version de 1999 des Principes directeurs.

### B. LA JUSTIFICATION DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES LITIGES ET DE LEUR RÉPARATION

Il existe plusieurs raisons solides de mettre en place des mécanismes efficaces permettant aux consommateurs d'obtenir réparation quand ils ont subi un préjudice. Premièrement, une réparation est nécessaire lorsque les biens ou les services fournis

sont non conformes ou non équitables et lorsqu'il y a eu violation d'un contrat ou préjudice corporel. Deuxièmement, la violation d'un contrat est une pratique commerciale déloyale qui entame la confiance des consommateurs dans les commerçants, le marché et les responsables de l'application de la loi, ce qui freine l'activité économique. En troisième lieu, si les fournisseurs ont effectué des opérations illégales, ils ne doivent pas continuer à jouir des gains illicites qu'ils ont ainsi accumulés. Quatrièmement, en l'absence de réparation, le marché est déloyal, inégal et non concurrentiel. Cinquièmement, le préjudice subi par les consommateurs est souvent la conséquence d'incidents mineurs, isolés et ayant peu d'enjeux économiques<sup>183</sup>, pour lesquels il est difficile pour un particulier d'obtenir réparation, mais qui peuvent collectivement créer sur le marché des problèmes importants qu'il faudra résoudre.

Plus le monde évolue vers des relations économiques fondées sur des transactions, plus les systèmes de règlement des litiges deviennent nécessaires. C'est en partie dû au volume même des transactions, mais aussi au fait que beaucoup de domaines qui étaient autrefois considérés comme appartenant à la sphère de l'État, ont de plus en plus tendance à faire partie à la sphère des transactions de consommation. Il convient de noter que dans ce contexte, la directive de l'Union européenne relative au règlement extrajudiciaire des litiges (REL) de consommation ne s'applique pas aux « services d'intérêt général non économiques » (c'est-à-dire, en fait, aux services publics pour lesquels aucun paiement direct n'est effectué)<sup>184</sup>.

<sup>182</sup> OCDE, 2007, *Recommandation de l'OCDE sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation* (C (2007) 74).

<sup>183</sup> Office of Fair Trading, 2008, *Consumer Detriment: Assessing the Frequency and Impact of Consumer Problems with Goods and Services*; *Consumer Focus*, 2012, *Consumer Detriment 2012*; Réseau des centres européens des consommateurs, 2012, *Aide et conseils pour vos achats à l'étranger*; CE, 2011, *Rapports Eurobaromètre spéciaux : Consumer Empowerment*. Disponible sur [https://ec.europa.eu/info/departments/justice-and-consumers\\_en](https://ec.europa.eu/info/departments/justice-and-consumers_en) 175; CE, 2013, *The Consumer Conditions Scoreboard*, disponible sur [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_research/editions/docs/9th\\_edition\\_scoreboard\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/editions/docs/9th_edition_scoreboard_en.pdf).

<sup>184</sup> Union européenne. Directive 2013/11/EU du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (L/165/63).

## C. LES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES LITIGES DE CONSOMMATION ET DE LEUR RÉPARATION

Au cours des dernières années, il y a eu des innovations importantes dans la façon dont les consommateurs peuvent obtenir réparation contre les commerçants, et ils ont un plus grand choix de voies de recours. La présente section décrit les trois principales options à la disposition des consommateurs, à savoir les actions individuelles devant les tribunaux, les actions de groupe et les mesures d'exécution officielles entreprises au nom des consommateurs<sup>185</sup>.

### 1. Les tribunaux

Le mécanisme « traditionnel » dont disposent les particuliers pour faire valoir leurs droits est de déposer une plainte à titre privé devant les tribunaux civils. Toutefois, cette voie de recours est semée d'embûches pour le consommateur : le coût, le risque potentiel d'être condamné aux dépens s'il perd le procès, la lenteur de la procédure, l'inaccessibilité du processus et des tribunaux, la complexité de la loi ou de la procédure, la nécessité éventuelle de services d'experts pour des conseils juridiques ou d'autre nature, les problèmes liés à l'exécution du jugement et, surtout, le fait que les coûts en temps ou en argent et les difficultés généralement inhérentes au système sont disproportionnés par rapport aux enjeux économiques du litige.

Dans certains pays, comme l'Allemagne, les frais de justice sont prévisibles et les polices d'assurance offrant une protection juridique sont largement accessibles quoique pas toujours adaptées aux litiges de consommation mettant en cause des montants peu importants. L'aide judiciaire est une autre possibilité ; elle est fournie sous plusieurs formes, les services d'un avocat pouvant être rémunérés par l'État ou fournis gratuitement. L'aide judiciaire financée par l'État se heurte à des difficultés croissantes, car beaucoup de pays sont confrontés à un resserrement budgétaire.

De nombreux pays ont mis en place des procédures et des tribunaux pour les petits litiges ; les coûts sont moins importants et fixes et la règle condamnant le perdant aux dépens n'est pas toujours appliquée, mais ce dispositif reste généralement inadapté aux besoins des consommateurs et n'est donc pas très populaires.

<sup>185</sup> Pour une analyse plus détaillée voir OCDE, 2014, *Implementation of the Recommendation of the Council on Consumer Dispute Resolution and Redress*, C (2014) 29.

### 2. La réparation collective

Lorsqu'il existe de nombreuses réclamations similaires, une solution peut être de les regrouper et d'intenter une action de groupe ou collective. En théorie, cette option a l'avantage de permettre des économies d'échelle et de réduire ainsi les coûts individuels et globaux, tout en améliorant les rapports de force. Les actions de groupe sont très répandues aux États-Unis et ont été instituées ailleurs également au cours des dernières décennies, en particulier au Canada et en Australie. Le dispositif n'est toutefois pas sans inconvénient, surtout quand il s'agit de litiges de consommation ; ces derniers supposent l'administration d'une masse de réclamations ayant chacune peu d'importance économique (obtention de preuves, vérification des pertes individuelles ou répartition des indemnisations, par exemple)<sup>186</sup>. Certains pays, notamment en Europe, sont moins enclins à autoriser les actions collectives en dommages et intérêts pour faire valoir les droits de particuliers sans le consentement de ces derniers, c'est-à-dire que seules les personnes ayant opté expressément pour être associées à l'action de groupe font partie du groupe (principe du consentement exprès) ; la possibilité de conflits d'intérêts et d'abus par des intermédiaires inquiète également<sup>187</sup>. C'est ainsi que certains pays ont mis en place des sauvegardes détaillées, qui ont pour effet, en particulier, de limiter les incitations financières pour les intermédiaires et d'imposer différentes restrictions faisant des actions de groupe une option généralement peu attractive pour les avocats.

Un obstacle majeur aux procès intentés dans l'intérêt général est que le plaignant doit avoir qualité à agir, condition généralement liée au principe selon lequel il doit avoir un intérêt direct et personnel dans l'objet du litige. Toutefois, les pays sont de plus en plus nombreux à modifier sensiblement leur législation en ce qui a trait à la qualité à agir. Certaines associations de consommateurs ont obtenu cette qualité et sont autorisées à saisir la justice dans l'intérêt collectif et même à intenter une action en substitution de l'action individuelle d'un consommateur. La Thaïlande et l'Inde ont été parmi les premiers pays à inclure des dispositions dans ce sens dans leurs lois sur la protection des consommateurs. En Grande-Bretagne, la disposition de la loi sur les entreprises qui stipule que les associations de consommateurs sont pourvues de la qualité à agir pour déposer des « super-plaintes »

<sup>186</sup> J. Coffee, 2015, *Entrepreneurial Litigation: Its Rise, Fall and Future* (Harvard University Press).

<sup>187</sup> Voir la recommandation du 11 juin 2013 de la Commission relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États Membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

a eu pour effet de porter des plaintes très répandues à l'attention des organismes de réglementation compétents, qui ont dû alors prendre les mesures légales qui s'imposaient.

S'il est vrai que beaucoup de pays autorisent des associations de consommateurs à agir en cessation pour protéger l'intérêt collectif des consommateurs, les actions collectives en réparation par des associations sont moins répandues. Il est mentionné au chapitre V que les membres de l'Union européenne et le Brésil permettent que l'intérêt collectif des consommateurs soit représenté devant les tribunaux, indépendamment des personnes concernées<sup>188</sup>. La France a adopté il y a peu une législation permettant pour la première fois l'indemnisation collective et plusieurs associations de consommateurs ont été agréées nommément avec qualité à agir pour porter des affaires devant les tribunaux<sup>189</sup>. Un système d'agrément similaire a été adopté au Pérou permettant aux associations de déposer des plaintes devant l'autorité nationale chargée de la protection des consommateurs, INDECOPI<sup>190</sup>. En Chine, l'Association des consommateurs (étroitement liée à l'Administration nationale de l'industrie et du commerce, comme il est mentionné au chapitre IV) dispose d'un agrément similaire auprès des tribunaux<sup>191</sup>. Ce système d'agrément crée une passerelle non seulement entre les associations et les organismes de protection des consommateurs, mais aussi entre les actions d'indemnisation collective engagées par les consommateurs (ou leurs représentants) et les organes chargés de faire respecter la loi. Les Principes directeurs (par. 40), précisent que : « Les États Membres devraient veiller à ce que les procédures collectives de règlement soient rapides, transparentes, équitables, peu coûteuses et accessibles aux consommateurs comme aux entreprises... ». En effet, on pourrait dire que dans la version initiale de 1985, les Principes directeurs étaient en avance sur l'époque puisqu'il y est question de « permettre aux consommateurs ou, le cas échéant, aux organisations concernées, d'obtenir réparation »<sup>192</sup>.

### 3. L'action des organismes de réglementation et de répression

Une technique qui s'est avérée des plus efficaces, rapides et économiques pour assurer que les consommateurs obtiennent réparation, sur le plan tant individuel que collectif, consiste à en charger les autorités de réglementation<sup>193</sup>. Les autorités chargées d'appliquer les règles sont dotées, entre autres pouvoirs, de celui d'ordonner ou de demander à un tribunal d'ordonner à un commerçant d'indemniser les consommateurs, individuellement ou collectivement. Au Danemark, le défenseur des consommateurs utilise ce pouvoir avec succès depuis 2008 (en intentant des actions de groupe suivant le principe du consentement tacite qu'il est seul à pouvoir intenter), à l'instar de plusieurs autorités de réglementation au Royaume-Uni (systèmes de réparation applicables aux services financiers et à l'énergie).

Une technique similaire consiste à recourir, après des poursuites pénales, à des ordres d'indemnisation ou à des actions complémentaires en responsabilité civile ; ce système s'est avéré efficace notamment en Belgique, où les tribunaux sont tenus de faciliter les actions en dommages et intérêts. L'avantage de tous ces dispositifs est que les coûts sont à la charge des autorités publiques, mais l'inconvénient d'un recours à la justice pénale est que pour qu'il y ait réparation, il faut une condamnation pénale du commerçant concerné.

### 4. Les modes alternatifs de règlement des litiges

Les procédures judiciaires s'étant avérées peu satisfaisantes, comme on l'a vu plus haut, de nombreux pays ont eu de plus en plus recours à d'autres techniques et systèmes de règlement des litiges de consommation. Les principaux modes alternatifs de règlement des litiges sont l'arbitrage, la médiation et la conciliation. Ils font tous appel à des intermédiaires qui sont des tiers autres que les juges, à savoir des arbitres, des médiateurs ou des conciliateurs. En bref, la différence est que dans l'arbitrage, c'est l'arbitre qui décide, dans la médiation, les parties décident sur la base d'un règlement proposé par le médiateur qui sert d'intermédiaire et, dans la conciliation, le conciliateur guide les parties pour qu'elles parviennent à un règlement.

En règle générale, l'arbitrage est un processus par lequel les parties conviennent de soumettre leur litige à un tribunal d'arbitrage et d'accepter la décision de

<sup>188</sup> D. Fernandez Arroyo, 2012, Consumer protection in international private relations: General report, in C. Lima Marques *et al.*, *The Global Financial Crisis and the Need for Consumer Regulation* (International Law Association).

<sup>189</sup> Law 2014-443 of 17 March 2014.

<sup>190</sup> Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Institution nationale pour la défense de la concurrence et de la propriété intellectuelle).

<sup>191</sup> OCDE, *op. cit.*

<sup>192</sup> *Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur*, édition de 1999, par. 32.

<sup>193</sup> C. Hodges, Mass collective redress: Consumer ADR and regulatory techniques, *European Review of Private Law* 23: 829-874.

l'arbitre ou des arbitre(s). En d'autres termes, le dispositif de règlement est un contrat entre les parties et le tiers qui tranche le litige est un arbitre plutôt qu'un juge. On connaît les « cours d'arbitrage » qui connaissent des différends commerciaux, mais dans le cas des litiges de consommation il existe divers systèmes. Des organismes permanents peuvent être chargés du règlement des litiges de consommation (avec le soutien de l'État ou le financement d'associations professionnelles sectorielles ou même d'entreprises agissant à titre individuel, comme on en trouve de bons exemples dans tous les pays nordiques et aux Pays-Bas, par exemple) ; en outre, des mécanismes bien moins formels et plus nébuleux peuvent être mis en place. Parmi les principaux exemples, on peut citer le Conseil national suédois pour les plaintes des consommateurs (qui, dans certains secteurs d'activités, travaille en collaboration avec des conseils sectoriels privés) ; le tribunal chargé des plaintes des consommateurs, en Malaisie ; les différents organes juridictionnels créés en Inde au titre de la loi de 1986 sur la protection des consommateurs ; et la Commission des litiges (Geschillencommissie), qui regroupe plusieurs secteurs au sein d'une même fondation aux Pays-Bas<sup>194</sup>. Les systèmes d'arbitrage varient selon qu'ils sont gratuits pour les consommateurs (avec généralement un financement des entreprises et, parfois, une contribution de l'État) ou qu'un droit d'accès est exigé, lequel est ou n'est pas remboursé si le consommateur remporte le procès. Le Centre d'arbitrage de Lisbonne pour les litiges de consommation est un exemple d'association autonome sans but lucratif, fondée par la municipalité de Lisbonne, l'Association portugaise pour la défense des consommateurs (DECO) et l'Union des associations de commerçants du district de Lisbonne. Le réseau national des centres d'arbitrage agréés par l'État a été mis en place pour l'ensemble du Portugal en 2011.

Aux Philippines, la loi de 1991 sur la protection des consommateurs combine les fonctions de l'ombudsman à certains aspects de celles de l'arbitre. Les arbitres des litiges de consommation sont habilités à recourir à la médiation et à la conciliation et à entendre et trancher toutes les plaintes des consommateurs. Ils sont tenus de s'efforcer tout d'abord d'amener les parties à s'entendre pour trouver une solution à leur litige. Si elles n'y parviennent pas, l'arbitre peut formellement instruire et trancher l'affaire. Il est habilité, entre autres, à émettre des ordonnances de ne pas faire, à exiger le rappel, le remplacement et la réparation des produits ou le remboursement de la valeur monétaire des produits et/ou des services, ainsi que la réparation du dommage ou la résiliation

du contrat et à imposer des amendes selon la gravité de l'infraction.

La Cour suprême des États-Unis ayant confirmé que des clauses d'arbitrage pouvaient figurer dans les contrats de consommation types, les commerçants les utilisent de plus en plus ; en conséquence, les actions individuelles et de groupe délaissent les tribunaux en faveur des dispositifs d'arbitrage, qui ne sont pas réglementés et dont certains sont considérés comme ayant une fiabilité incertaine.

## 5. L'Ombudsman

Les modes alternatifs de règlement ont évolué et présentent actuellement une architecture plus formelle comportant des ombudsmans des consommateurs ou sectoriels. La notion d'ombudsman trouve son origine dans les pays nordiques. La Suède a créé ce poste en 1809, mais des entités analogues remontent aussi loin dans l'histoire que la dynastie Qin en Chine<sup>195</sup>. À l'origine, l'ombudsman était un agent de l'État à qui les particuliers pouvaient soumettre des griefs concernant les services fournis par le gouvernement ; l'ombudsman s'interposait entre les parties et représentait le citoyen auprès du gouvernement. Ses conclusions ne portaient pas nécessairement sur des points de droit ; il était surtout chargé de déceler les cas de mauvaise administration, en partie parce qu'à l'époque, les pouvoirs juridiques des services publics n'étaient pas bien définis. Le concept a été transplanté sous sa forme originale en Amérique latine au cours des années 1990 et l'ombudsman, appelé *El Defensor del Pueblo* (le Défenseur du peuple), traitait toutes les plaintes des consommateurs contre les services publics, notamment en Argentine et au Pérou.

Dans les années 1970, l'institution de l'ombudsman des consommateurs a été établie dans les pays nordiques (Danemark, Finlande, Norvège et Suède). L'ombudsman des consommateurs est le prolongement par-delà le secteur public de la notion existante, une entité de supervision ayant pour tâche de veiller à ce que les méthodes de vente de biens et de services des entreprises soient conformes à la loi. La fonction peut être de droit public, être soutenue par l'État au titre de la loi (reconnaissance officielle moyennant la conformité à certains critères) ou volontaire.

L'ombudsman officiel n'agit pas au même titre qu'une instance judiciaire et a généralement des pouvoirs étendus lui permettant non seulement d'évaluer le

<sup>194</sup> C. Hodges *et al.*, 2012, *Consumer ADR in Europe* (Hart Publishing).

<sup>195</sup> D. Thomas, 2013, *The role of ombudsmen in consumer protection, including in financial services*, document de travail pour le Forum international sur la justice et les droits des consommateurs (Wuhan, Chine).

bien-fondé des arguments de chacune des parties, mais aussi d'enquêter sur l'affaire. Sa décision ne repose pas uniquement sur des points de droit, mais aussi sur les pratiques du secteur (échos d'une mauvaise administration dans les services publics) et sur la nécessité d'un changement. Les procédures sont généralement informelles et peuvent inclure des présentations tant orales qu'écrites. Il est rare que les parties se fassent représenter par un avocat et le service est gratuit pour les consommateurs. Ces derniers ne sont pas tenus de soumettre le cas à l'ombudsman et les sentences n'ont pas force exécutoire pour le consommateur, mais elles l'ont souvent pour l'autre partie.

Comme on l'a vu plus haut, les ombudsmans sont surtout connus pour leur rôle dans le règlement des plaintes des citoyens contre les organismes et les fonctionnaires publics pour mauvaise administration. Toutefois, en ce qui a trait aux plaintes concernant les services financiers, l'énergie, les communications ou toute autre plainte opposant des consommateurs à des commerçants, la fonction d'ombudsman se développe de plus en plus dans les États européens développés, ne serait-ce que parce qu'elle peut être conçue de manière à inclure les conseils aux consommateurs et la communication en retour aux organismes de réglementation, aux marchés et aux consommateurs de données globales sur les questions de consommation, jouant ainsi un rôle quasi-réglementaire. Parmi les exemples actuels, on peut citer : au Royaume-Uni, le Service (officiel) de l'ombudsman financier et les services de médiation privés sans but lucratif (pour l'énergie, les communications, l'immobilier et les litiges généraux de consommation ou d'autre nature), et en Allemagne, l'Ombudsman pour les assurances et l'Ombudsman pour les transports. Les organismes de réglementation peuvent également avoir pour fonction de traiter les plaintes des consommateurs et de régler les litiges de consommation (la Banca d'Italia, par exemple), mais il semble que ce type de fonctions soient de plus en plus sous-traitées à des médiateurs indépendants. À mesure que les modèles évoluent et que les systèmes cherchent à être reconnus et agréés par l'État, les différences s'estompent.

Devant l'apparition d'un grand nombre de systèmes différents et le risque de voir se dévaluer l'appellation « ombudsman », l'Union européenne a mis en place, en 2015, un dispositif de réglementation s'appliquant à tous les modes alternatifs de règlement des litiges (ou de médiation) et faisant obligation aux États Membres d'avoir un système pouvant traiter tout type de litige entre consommateurs et commerçants<sup>196</sup>.

En 2016, elle a créé un portail informatique pour les litiges transfrontières – un rôle approprié pour l'Union européenne dans le contexte du marché unique. Les commerçants sont tenus d'indiquer, le cas échéant, à quel système alternatif de règlement des litiges ils appartiennent, et il faut s'attendre à ce que ce dispositif se développe à l'avenir et qu'il soit exigé des commerçants qu'ils appartiennent à de tels systèmes ou à un dispositif de médiation. Dans l'Union européenne, les dispositifs alternatifs de règlement des litiges de consommation doivent être gratuits pour les consommateurs (et nombre d'entre eux le sont déjà) ou avoir un coût minimal. Cette approche a un potentiel considérable et est clairement en harmonie avec la section pertinente des Principes directeurs (sect. V.F, « Règlement des litiges et réparation », par. 37 à 41). Les critères spécifiques sont analysés ci-après.

## **6. Les entreprises : fonctions d'assistance à la clientèle et de réception de plaintes**

Les commerçants devraient toujours être tenus de répondre équitablement, rapidement et ouvertement aux commentaires, questions et plaintes des clients – et en application du paragraphe 11 f) des Principes directeurs. De nombreuses entreprises ont un service clients soucieux de répondre aux besoins de la clientèle, surtout lorsque la concurrence sur le marché les force à maintenir une excellente réputation. Des normes internationales (comme celles de l'ISO) contribuent au renforcement des systèmes d'assistance à la clientèle et de réception des plaintes. Bon nombre des prises de contact des consommateurs sont en fait des demandes de renseignements qui peuvent généralement être traitées en quelques minutes – ils ne sont peut-être pas des « litiges » mais risquent de le devenir s'ils ne sont pas traités avec intelligence et diligence. Ces systèmes internes d'assistance aux clients et de traitement des plaintes ne devraient toutefois pas être présentés comme étant indépendants des systèmes alternatifs de règlement des litiges ou de médiation. L'un des avantages d'un système de traitement des plaintes indépendant et efficace – tel qu'un mécanisme de règlement alternatif des litiges ou un médiateur – est que son existence et ses activités incitent les commerçants à solutionner en interne et avec efficacité les problèmes des consommateurs. Ces fonctions sont de plus en plus exigées par la loi. Pratiquement tous les mécanismes de règlement alternatif des litiges de consommation exigent du consommateur qu'il contacte en premier lieu le commerçant, avant de pouvoir accéder au système, et parfois un délai spécifique est donné au commerçant pour résoudre le problème.

<sup>196</sup> Directive 2013/11 de l'Union européenne, op. cit.

## 7. Le règlement des litiges en ligne

De nombreux commerçants opérant en ligne disposent de systèmes intégrés de règlement des litiges en ligne (RLL) qui peuvent prendre des formes diverses : panel composé de personnes juridiquement qualifiées et dont le profil est vérifiable (suivant le modèle de l'arbitrage) ; propositions automatisées générées par des algorithmes et basées sur un calcul statistique du montant que les deux parties seraient probablement prêtes à accepter ; et décisions collectives par un « jury participatif »<sup>197</sup>. Avec la généralisation du commerce électronique, il était naturel que le règlement des litiges et la réparation se fassent également en ligne. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a élargi ses travaux antérieurs sur l'arbitrage commercial et le commerce électronique, afin de faciliter le règlement en ligne des litiges (RLL) survenant dans le contexte du commerce électronique transfrontière<sup>198</sup>. La question se pose alors de savoir si le RLL devrait se limiter aux transactions en ligne. Certes, on peut penser que les consommateurs qui font des achats en ligne s'y entendent suffisamment pour régler leurs litiges en ligne, mais rien ne justifie a priori une telle restriction, pour autant que les parties soient capables de communiquer par voie électronique.

Une plateforme de RLL relativement ancienne était basée sur des transactions via eBay et PayPal. Selon le directeur RLL de cette dernière plateforme, Colin Rule, partie de zéro en 2003, la plateforme traitait 60 millions de litiges par an en 2012, contre 300 000 pour les instances judiciaires aux États-Unis<sup>199</sup>. Face aux doutes quant à la rentabilité pour les entreprises de l'investissement dans un mode alternatif de règlement des litiges, une équipe de chercheurs a exploité de grandes bases de données générées par le système pour analyser les résultats des systèmes RLL et a constaté, contre toute attente, que les clients qui avaient enregistré une transaction et avaient eu recours au RLL avaient par la suite accru leur utilisation des marchés en ligne, indépendamment de la façon dont leur litige avait été résolu. Les consommateurs qui avaient le plus augmenté leurs transactions en ligne étaient ceux qui avaient pu résoudre leur litige à l'amiable, dépassant légèrement ceux qui avaient obtenu gain de cause. Il est intéressant de noter que

même les perdants avaient accru leur utilisation des marchés en ligne par la suite. Les seuls consommateurs dont l'utilisation de ces marchés avait diminué étaient ceux dont le processus de règlement avait pris beaucoup trop long – un résultat qui fait écho aux plaintes de longue date concernant les « lourdeurs » des procédures judiciaires. Cela confirme que la pire réaction face à des consommateurs mécontents est de ne pas leur faire cas.

D'autres plateformes RLL ne sont pas limitées aux transactions en ligne. L'une des premières a été créée par l'organisme chargé de la protection des consommateurs au Mexique, PROFECO (voir le chapitre IV), dont le service *Concilianet* a débuté en 2008, après la modification, en 2004, de la Loi fédérale sur la protection des consommateurs autorisant l'acceptation et l'introduction électroniques de plaintes et la conduite des auditions par voie électronique (et téléphonique). Ce service ouvert au public, est accessible via le site Web de PROFECO et est gratuit. Faisant l'historique du service *Concilianet*, Gonzales-Martin note que « l'une des pistes à explorer serait l'application du principe de l'équivalent fonctionnel – déjà utilisé pour accepter des documents électroniques lorsque la loi en exige une version écrite – pour autoriser une présence virtuelle au lieu d'une présence physique des parties »<sup>200</sup>. L'expérience montre depuis peu que ce stade sera atteint rapidement.

Au début 2016, la Commission européenne a mis en place une nouvelle plateforme de règlement des litiges en ligne qui ne se limite pas aux transactions électroniques. Dès le premier jour, environ 117 organismes de règlement extrajudiciaire (REL) des litiges appartenant à 17 États Membres s'y étaient connectés. Selon le Commissaire européen à la consommation, « un consommateur sur trois a rencontré un problème dans ses achats en ligne l'année dernière, mais un quart d'entre eux n'ont pas porté plainte, essentiellement parce qu'ils ont estimé que la procédure était trop longue ou qu'il était peu probable que leur problème soit résolu »<sup>201</sup>. Le fondement juridique de la plateforme RLL est la directive européenne sur les mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges (REL) déjà mentionnée. La plainte initiale est envoyée au commerçant via la plateforme, ce qui pourrait représenter une amélioration par rapport aux dispositions extrajudiciaires plus traditionnels qui exigent souvent que la plainte initiale soit remise

<sup>197</sup> [http://ec.europa.eu/consumers/solving\\_consumer\\_disputes/non-judicial\\_redress/adr-odr/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/adr-odr/index_en.htm)  
<http://www.colinrule.com/writing/UALR2012.pdf>.

<sup>198</sup> Guide pour l'incorporation du droit interne – Nouvelle version de la Loi type de la CNUDCI, (New York, 25 juin-7 juillet).

<sup>199</sup> C. Rule, 2012, Quantifying the economic benefits of effective redress: Large e-commerce data sets and the cost-benefit case for investing in dispute resolution, *University of Arkansas at Little Rock Law Review* 34(4):6.

<sup>200</sup> N. Gonzales-Martin, 2015, in C. Esplugues Mota et L. Marquis (eds.), *New Developments in Civil and Commercial Mediation*.

<sup>201</sup> Commission européenne, *Daily News*, communiqués de presse du 8 janvier et du 15 février 2016.

directement au commerçant. Le temps dira si le nouveau système est meilleur. Selon la Commission, les commerçants pourraient aussi découvrir que ce système représente une amélioration, car nombreux d'entre eux (60 % selon les estimations) ne vendent pas en ligne à l'étranger parce qu'il est difficile de résoudre les problèmes quand ils se présentent.

#### D. LES CRITÈRES D'ÉVALUATION DES SYSTÈMES DE RÈGLEMENT DES LITIGES DE CONSOMMATION ET DE LEUR RÉPARATION

La diversification et la propagation des systèmes alternatifs de règlement des litiges de consommation se sont accompagnées dans certains pays d'une demande de critères de qualité permettant d'évaluer et de réglementer ces systèmes, ainsi que les services des ombudsmans ou d'autres mécanismes de règlement des litiges entre consommateurs et commerçants. Les critères figurant dans la Directive européenne 2013/11 sur la base de recommandations généralement acceptées formulées entre 1998 et 2001 sont les suivants (certaines des prescriptions les plus détaillées sont résumées entre parenthèses) :

- Accès ;
- Compétences, indépendance et impartialité (indépendance des personnes et organismes intervenant dans les systèmes de REL) ;
- Transparence (notamment des règlements intérieurs) ;
- Efficacité (accès en ligne facile, facilité d'utilisation par le consommateur sans avoir à faire appel à un avocat, gratuité ou coût modique pour le consommateur, communication rapide de l'issue de la procédure par l'entité de REL dans un délai de quatre-vingt-dix jours) ;
- Équité (possibilité pour chaque partie, dans un délai raisonnable, d'exprimer son point de vue, et de se retirer de la procédure) ;
- Liberté (un accord prévoyant la soumission des plaintes à une entité de REL n'est pas contraignant s'il a été conclu avant la survenance du litige – contrairement à la pratique suivie aux États-Unis) ; dans les procédures qui imposent une solution, la solution imposée ne peut être contraignante que si les parties ont été préalablement informées de sa nature contraignante) ;
- Légalité (loi applicable et règles régissant les conflits de lois en cas de solution imposée).

En outre, tout système de réparation bien conçu doit permettre de détecter et de résoudre les problèmes systémiques en regroupant et consignand des données de nature à faciliter le bon fonctionnement du système. C'est, en effet, une tendance croissante dans les systèmes.

Un consensus solide s'est formé, comme en témoigne le fait que les critères susmentionnés sont généralement en harmonie avec ceux qui ont été énoncés en 2007 dans la Recommandation de l'OCDE sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation<sup>202</sup>. Ces critères, quoique moins détaillés que ce qui figurent dans la directive européenne concernant les questions d'accès, de coût et de transparence. Les Principes directeurs (par. 37 à 41) incluent la plupart des critères énoncés plus haut, mais font une place moins grande aux deux principes concernant la « légalité » (une question juridictionnelle majeure en Europe) et il y est question d'impartialité plutôt que d'indépendance. En outre, ils insistent davantage sur la protection des consommateurs vulnérables et désavantagés, comme le fait la recommandation de l'OCDE. Ces trois groupes de critères soulignent la nécessité d'une coopération transfrontière, d'autant plus que c'est un problème constant.

#### E. CONCLUSION

En ce qui a trait aux méthodes de réparation dans les litiges de consommation, la période de développement et d'innovation est loin d'être terminée. Avec les nouvelles technologies et architectures de systèmes, la concurrence est ouverte entre les options susceptibles de remplacer les différentes options disponibles auparavant et faisant uniquement appel aux tribunaux. Il est important de continuer à évaluer tous les systèmes disponibles en fonction de critères liés au coût, à la proportionnalité des coûts, à la rapidité, aux résultats (quantitatifs et qualitatifs) et à la facilité d'utilisation. Les données empiriques dont on dispose actuellement semblent indiquer qu'en combinant la fonction d'ombudsman aux fonctions d'organismes de réglementation dotés de pouvoirs en matière de réparation, il serait possible de satisfaire à tous ces critères, mais il faudrait également que les problèmes soient généralement résolus par la voie de la négociation.

Et pourtant, devant le succès du modèle ombudsman/REL en termes numériques, il y a lieu de se demander si trop d'affaires ne sont pas actuellement portées devant ces institutions, alors qu'elles auraient peut-être dû être réglées en amont. En fait, ces affaires

<sup>202</sup> OCDE, 2007, op. cit.

devraient-elles exister en si grand nombre ? On peut citer l'exemple du très grand nombre de plaintes extrêmement similaires concernant la vente abusive d'un produit financier particulier (les plans d'assurance remboursement) portées devant l'Ombudsman pour les services financiers au Royaume-Uni (mentionné au chapitre XIV sur les services financiers), plaintes qui, en définitive, ont été résolues par une intervention de l'organisme de réglementation (à un coût exorbitant pour les établissements de services financiers)<sup>203</sup>. Dans un autre pays, l'Arménie, une institution de réglementation similaire, le Médiateur du système financier, a été établi en 2008 et en 2013 le nombre de dossiers qui lui étaient soumis continuait de doubler d'une année sur l'autre, après des augmentations annuelles de 50 % pendant plusieurs années<sup>204</sup>. La solution du médiateur arménien a été de lancer un programme d'éducation des consommateurs et des entreprises. Un bon nombre de cas soumis aux ombudsmans pourraient être résolu plus simplement grâce à une meilleure gestion interne des demandes de renseignements. On trouve dans les Principes directeurs (par. 41) une référence appropriée, encore qu'indirecte, à cette question : « Les États Membres devraient coopérer avec les entreprises et les associations de défense des consommateurs afin de faire mieux connaître aux consommateurs et aux entreprises les moyens d'éviter les litiges, les mécanismes de règlement des litiges et de réparation qui leur sont offerts et les instances devant lesquelles ils peuvent porter plainte. ». Vu le nombre de cas dans le secteur des services financiers, et sans doute dans d'autres secteurs également, il conviendrait à tout le moins d'envisager une double approche : des réformes des procédures internes en amont, d'une part, et des règles de conduite externes, de l'autre.

<sup>203</sup> <http://www.thisismoney.co.uk/money/news/article-3181723/PPI-bill-soars-27bn-scandal-costs-banks-1-000-family-Britain.html> ; D. Lindley, 2014, *Risky Business: The Case for Reform of Sales Incentives Schemes in Banks*.

<sup>204</sup> Financial System Mediator, *Annual Report 2013* (Erevan, Arménie).

## XII. Le commerce électronique

### A. LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Dès le début du processus de révision, il ne faisait aucun doute que le commerce électronique allait être inclus, et son inclusion n'a pas rencontré d'opposition. Pourtant, on aurait été bien en peine de trouver dans la version de 1999 des Principes directeurs la moindre référence au commerce électronique, ce qui semble difficile à croire aujourd'hui. Cela montre à quel point le paysage de la protection des consommateurs s'est transformé en seize ans, car maintenant le commerce électronique fait l'objet d'une section entière (la section V.I), ainsi que de deux paragraphes de la résolution et d'un nouveau « besoin légitime » (par. 5 j)). On le retrouve au paragraphe 44 g) sur l'éducation et l'information et dans la nouvelle section IV, consacrée aux « Principes devant régir les pratiques commerciales », qui indique clairement que ces principes s'appliquent aux transactions en ligne et hors ligne et couvrent également la protection de la vie privée. De même, à la section V.A, « Politiques nationales de protection du consommateur », il est question de sites Web et de messageries électroniques, ainsi que de la sécurité de la vie privée et des données des consommateurs.

La section V.I consacrée au commerce électronique (par. 63 à 65) est la plus importante. Le paragraphe 63 reprend, en fait, le « besoin légitime » du paragraphe 5 j) où il est dit : « Octroi aux consommateurs recourant au commerce électronique d'une protection aussi efficace qu'à ceux qui utilisent d'autres formes de commerce »<sup>205</sup>. Le paragraphe 64 invite les États Membres à « tenir compte des caractéristiques particulières du commerce électronique » et souligne la nécessité de sensibiliser aux droits et obligations dans ce domaine, réaffirmant ainsi le principe de la divulgation de renseignements. Le paragraphe 65 appelle à la collaboration transfrontière et suggère aux États Membres d'étudier les Lignes directrices de l'OCDE sur le commerce électronique, formulées

<sup>205</sup> Il ne s'agit pas à proprement parler du « principe de l'équivalent », puisque les deux principes directeurs exigent seulement que soit accordé aux consommateurs recourant au commerce électronique « une protection aussi efficace qu'à ceux qui utilisent d'autres formes de commerce », sans formuler expressément la proposition inverse. Il est trop tôt pour en conclure que c'est une manière de justifier un traitement discriminatoire d'autres formes de commerce dans les années à venir.

initialement en 1999, puis révisées et republiées en 2016<sup>206</sup>.

### B. LA PORTÉE ET L'AMPLEUR DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

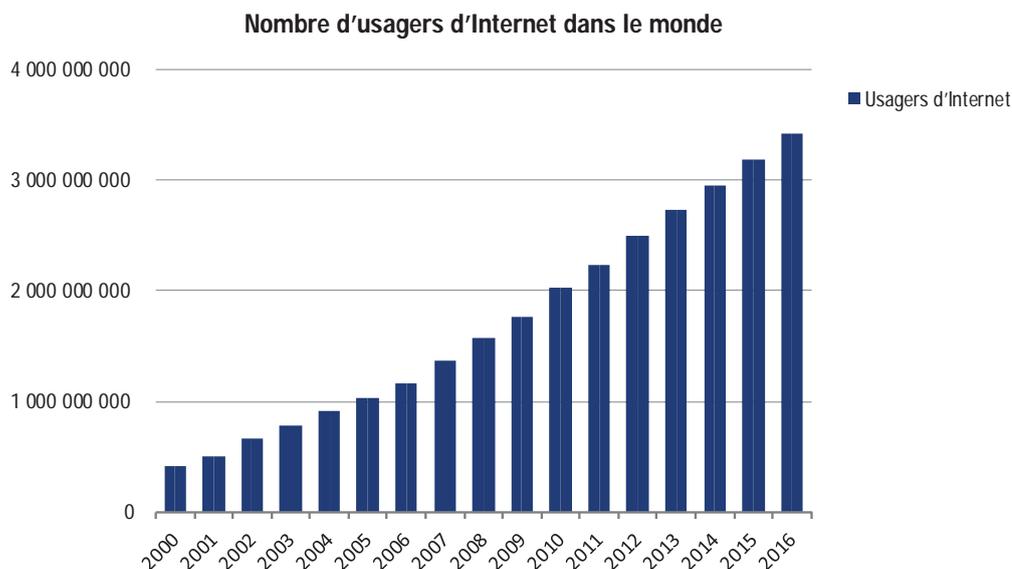
À l'origine, les termes « commerce électronique » désignaient les transactions d'achat et de vente de biens et de services via Internet au moyen d'ordinateurs « classiques »<sup>207</sup>. Ils s'emploient aujourd'hui dans un sens plus large pour désigner les transactions effectuées au moyen de téléphones portables (on parle alors de commerce mobile) et d'autres appareils, comme les tablettes. Il couvre également les achats effectués au moyen d'applications (apps) et de plateformes informatiques. Il devrait également inclure les achats de contenus numériques, qu'il est difficile de classer parmi les biens ou les services. L'avènement du commerce électronique et de l'Internet a des conséquences pour toute la problématique de la protection des consommateurs. Des produits qui ne sont pas sûrs peuvent être achetés en ligne et des pratiques commerciales déloyales ou criminelles peuvent être adoptées à la faveur des communications à distance (par exemple, le phishing ou hameçonnage)<sup>208</sup>. La section consacrée au commerce électronique dans les Principes directeurs ne devrait donc pas être lue hors du contexte général.

<sup>206</sup> OCDE, 2016, *La protection du consommateur dans le commerce électronique – Recommandation de l'OCDE*.

<sup>207</sup> L'OCDE définit la transaction commerciale électronique comme étant : « la vente ou l'achat de biens ou de services sur un réseau informatique par des méthodes spécifiquement élaborées pour recevoir ou passer des commandes. Une transaction commerciale électronique peut avoir lieu entre des entreprises, des ménages, des particuliers, des gouvernements, des organisations publiques ou privées. Sont incluses dans cette définition les commandes passées sur le Web, via l'Extranet ou un échange de données informatisées (EDI). La méthode utilisée pour passer la commande détermine le type de transaction. Sont exclues de cette définition les commandes passées par téléphone, télécopie ou courrier dactylographié » (OCDE, 2011, *Guide to measuring the Information Society*, disponible sur <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4721>).

<sup>208</sup> L'hameçonnage (phishing) consiste à envoyer des courriels aux internautes leur demandant se rendre sur un site Web où des questions leur sont posées pour mettre à jour leurs données personnelles, telles que leurs mots de passe, des informations sur leurs cartes de crédit et les numéros de leurs comptes bancaires, en usurpant en fait l'identité d'une organisation légitime qui a déjà les données en question.

Graphique 1. Nombre d'utilisateurs d'Internet dans le monde



Source : Internet live stats: <http://www.internetlivestats.com/internet-users/>.

Le commerce électronique et ses conséquences pour la protection du consommateur dans les transactions d'entreprise à consommateur, mais il est important de noter qu'Internet a facilité l'apparition de l'« économie collaborative », dans laquelle beaucoup de transactions ont lieu aujourd'hui entre deux consommateurs. Le géant de la vente aux enchères en ligne, eBay<sup>209</sup>, a été un précurseur dans ce domaine, mais des plateformes comme Airbnb et Uber font des progrès remarquables depuis quelques années, aux côtés de plateformes telles que Google App store ou l'Apple App store<sup>210</sup>. En outre, les plateformes facilitent les transactions aussi bien entre les entreprises qu'entre les entreprises et les consommateurs, rendant moins nettes la distinction entre les différentes formes de commerce électronique. Les prêts entre particuliers se développent également en ligne et plusieurs pays sont en train d'élaborer des réglementations dans ce domaine.

Les estimations varient, mais le pourcentage de la population mondiale ayant accès à Internet est passé de 1 % en 1995 à plus de 40 % en 2015. Le nombre

d'utilisateurs d'Internet a décuplé de 1999 à 2013. Le premier milliard a été atteint en 2005, le second en 2010 et le troisième en 2014. Le graphique 1 montre le nombre d'utilisateurs d'Internet par an depuis 1993<sup>211</sup>.

Cette augmentation du nombre de personnes ayant accès à Internet a contribué au développement du commerce électronique, bien que les deux ne soient, bien entendu, pas identiques. Selon le rapport 2015 de la CNUCED sur l'économie de l'information<sup>212</sup>, le commerce électronique d'entreprise à consommateur devrait doubler et passer de 1 200 milliards de dollars en 2013 à 2 400 milliards de dollars en 2018. La croissance la plus rapide est attendue dans la région Asie et Océanie, dont la part de marché devrait passer de 28 % à 37 %. D'après les prévisions, la seule autre région dont la part du marché mondial devrait augmenter est la région Moyen-Orient et Afrique (de 2,2 % à 2,5 %). En revanche, la part combinée de l'Europe occidentale et de l'Amérique du Nord, qui est de 61 %, devrait reculer à 53 %. On rapporte que 40 % des internautes (soit plus d'un milliard de personnes) ont acheté des biens ou des services en ligne via diverses plateformes et au moyen de divers appareils<sup>213</sup>. Tout indique que ces chiffres vont

<sup>209</sup> Pour plus de renseignements sur cette forme de commerce, voir C. Riefa, 2015, *Consumer Protection and Online Auction Platforms: Towards a Safer Legal Framework* (Ashgate/Routledge).

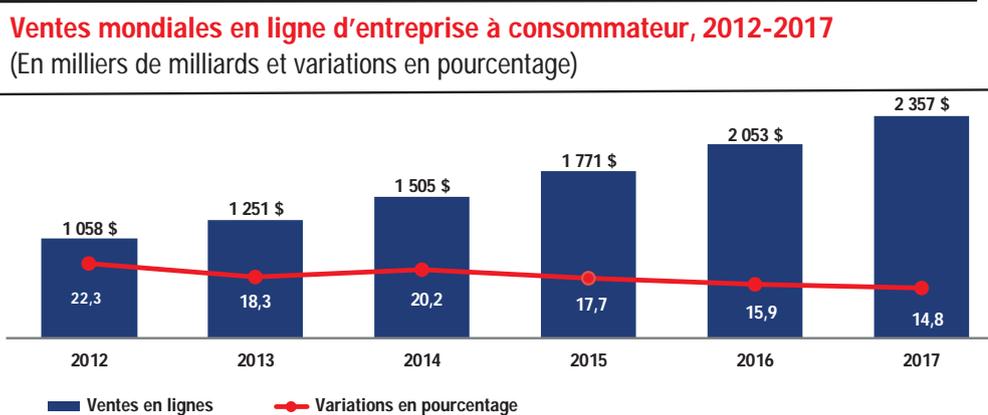
<sup>210</sup> Pour plus de renseignements sur le rôle des plateformes dans le commerce électronique et les dernières tendances, voir le numéro spécial intitulé « *The Rise of the Platform Economy* », *Journal of European Consumer and Market Law*, 5(1):1-72.

<sup>211</sup> <http://www.internetlivestats.com/internet-users/>.

<sup>212</sup> CNUCED. *Rapport 2015 sur l'économie de l'information : Libérer le potentiel du commerce électronique pour les pays en développement*.

<sup>213</sup> <http://www.statista.com/markets/413/e-commerce/>.

Tableau 1. Ventes commerciales mondiales en ligne d'entreprise à consommateur, 2012-2017



Note : Taux de croissance moyen composé par an (2012-2017)=17,4 % ; les données tiennent compte des commandes de produits et de services, ainsi que des réservations au titre de voyages d'agrément et de voyages d'affaires (non organisés par des agences) faites sur Internet, tous appareils et modes de paiement confondus.

Source : eMarketer, janvier 2014.

167671

www.eMarketer.com

Source : eMarketer.com.

continuer d'augmenter à mesure que le commerce mobile se développe et que des systèmes de paiement numérique fiables deviennent plus accessibles.

Le tableau 1 semble indiquer que le taux de croissance annuel commence à diminuer. En d'autres termes, les volumes ne cessent d'augmenter mais moins rapidement ; de même, le taux d'utilisation des téléphones portables n'est pas loin d'atteindre un palier. Toutefois, le potentiel de ce marché est loin d'être épuisé. Par exemple, 32 % seulement des consommateurs place une deuxième commande durant la première année de leur abonnement. Avec l'habitude, les transactions commerciales augmenteront<sup>214</sup>.

Selon l'Union internationale des télécommunications (UIT), entre 2000 et 2015, le taux de pénétration d'Internet a été multiplié par sept, passant de 6,5 % à 43 % de la population mondiale<sup>215</sup>. Cependant, les statistiques de l'UIT indiquent également que, dans le monde en développement, 4 milliards de personnes ne sont pas encore connectées. Dans les pays moins avancés (PMA), dont la population avoisine le milliard, 851 millions de personnes n'utilisent pas Internet. En Afrique, 28,6 % de la population a maintenant accès à Internet, soit une augmentation de plus de 7 000 % entre 2000 et 2015. En Asie, le taux de pénétration a

augmenté de plus de 1 000 % au cours de la même période et les internautes asiatiques représentent actuellement près de la moitié des personnes ayant accès à Internet dans le monde. D'autres régions ont également enregistré une croissance exponentielle des taux de pénétration<sup>216</sup>. Par exemple, rien qu'en une année (2010-2011), le Brésil a vu augmenter de 26 % la valeur des ventes en ligne, et, entre 2008 et 2011, la Chine a affiché une augmentation de 500 %<sup>217</sup>.

Ces tendances spectaculaires doivent évidemment être évaluées. En 2015, la CNUCED a lancé un indice du commerce électronique d'entreprise à consommateur, qui explique les variations entre pays. Il ne s'agit pas d'évaluer l'accès à Internet uniquement, mais l'ensemble des conditions requises pour se préparer à développer le commerce électronique<sup>218</sup>.

Les deux pays les plus peuplés au monde ont un poids considérable dans les tendances de la croissance dans ce domaine. Selon *The Economist*, le marché indien était celui qui connaissait la croissance la plus rapide au monde, au moment de la rédaction du présent manuel ; en Inde chaque seconde, trois personnes de plus accèdent à Internet pour la première fois et 1 milliard de consommateurs devraient effectuer des

<sup>216</sup> <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

<sup>217</sup> OCDE, 2014, *Empowering and Protecting Consumers in The Internet Economy on the Rise*, chap. 4.

<sup>218</sup> CNUCED, 2016, *Indice du commerce électronique d'entreprise à consommateur*.

<sup>214</sup> [https://rjmetrics.com/resources/reports/ecommerce-buyer-behavior/?utm\\_source=pardot&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=adr+content](https://rjmetrics.com/resources/reports/ecommerce-buyer-behavior/?utm_source=pardot&utm_medium=email&utm_campaign=adr+content).

<sup>215</sup> CNUCED, 2015, op. cit.

### Encadré 11. L'état de préparation au commerce électronique

L'indice du commerce électronique d'entreprise à consommateur se compose de quatre indicateurs : a) le taux de pénétration d'Internet ; b) le nombre de serveurs sécurisés par million d'habitants ; c) le taux de pénétration des cartes de crédit ; et d) une note mesurant la fiabilité des services postaux. L'indice de 2016 est basé sur l'étude de 137 économies représentant 96 % de la population mondiale et 99 % du PIB mondial. L'indice de 2016 a été établi comme celui qui a été présenté pour la première fois par la CNUCED dans son *Rapport 2015 sur l'économie de l'information – Libérer le potentiel du commerce électronique pour les pays en développement*.

L'indice mesure l'état de préparation des pays au commerce en ligne. Selon l'indice, parmi les 10 premiers pays, 6 sont européens, 3 de la région Asie-Pacifique et 1 d'Amérique du Nord. Parmi les pays en développement, trois pays à revenu élevé – la République de Corée, Hong Kong (Chine) et Singapour – sont en tête du classement, suivi des pays du Golfe. L'Uruguay vient au premier rang dans la région Amérique latine et Caraïbes. À la soixante et unième place, l'Afrique du Sud est le pays du continent africain qui est le mieux préparé au commerce en ligne.

Le rapport qui accompagne l'indice montre que l'état de préparation des pays au commerce en ligne varie selon la région. Par exemple, un peu plus du cinquième à peine de la population africaine utilise Internet, contre deux tiers en Asie occidentale. Les pays de cette région ainsi que les pays en transition sont plutôt bien classés pour la plupart des indicateurs utilisés, mais l'accès aux cartes de crédit pourrait y freiner la progression du commerce électronique. Dans l'ensemble, l'Asie doit augmenter les taux de pénétration d'Internet (actuellement un peu plus d'un tiers de la population a accès à Internet) ainsi que le nombre de serveurs sécurisés. En Amérique latine et dans les Caraïbes, les principaux obstacles semblent être le taux peu élevé de pénétration des cartes de crédit et la fiabilité relativement faible des services postaux. Ce dernier facteur est souvent méconnu, mais il est évident que si des produits tangibles sont commandés en ligne ils doivent pouvoir être livrés. L'Afrique est au bas du classement selon tous les indicateurs et le rapport conclut que : « si les processus liés à la transaction sous-jacente et à la logistique ne s'améliorent pas, les achats en ligne en Afrique resteront limités aux populations les plus aisées des zones urbaines ». Il convient de garder ce constat présent à l'esprit, vu la progression rapide des systèmes de paiement mobiles en Afrique, comme on le verra plus loin.

Certains pays ont réussi à « décoller » dans des domaines spécifiques. L'Uruguay et la Fédération de Russie ont vu s'améliorer sensiblement le pourcentage de personnes ayant des cartes de crédit, qui, en l'espace d'une année, a augmenté de 13 points de pourcentage en Uruguay (passant de 27 % à 40 %) et de 11 points de pourcentage en Fédération de Russie (de 10 % à 21 %). Bien qu'il faille plus de temps pour augmenter le nombre de serveurs sécurisés par million d'habitants, cet indicateur s'est amélioré, surtout en Guinée, au Lesotho et au Libéria. Cependant, aucun de ces trois pays n'a pour autant amélioré son classement général et la Guinée, par exemple est passée de la 126<sup>e</sup> à la 136<sup>e</sup> place, en avant dernière position. L'état de préparation au commerce en ligne étant multifactoriel, le progrès doit être maintenu sur plusieurs fronts.

Source : CNUCED, 2016, *Indice du commerce électronique d'entreprise à consommateur*.

transactions en ligne d'ici 2030<sup>219</sup>. Le marché de détail en ligne du pays devrait être multiplié par sept entre 2015 et 2020.

Toutefois, dès 2015, 32 % de la population de l'Inde effectuaient des transactions en ligne, mais ce pourcentage était de 52 % en Chine. Un cinquième des 1,3 million de dollars dépensés en ligne toutes les 30 secondes passe par le plus grand détaillant mondial en ligne, l'entreprise chinoise Alibaba<sup>220</sup>. L'histoire d'Alibaba a une importance mondiale, non seulement en raison de la taille de l'entreprise, mais parce qu'elle nous apprend beaucoup sur le comportement des consommateurs qui choisissent

de commercer en ligne. La clef du succès d'Alibaba est son système de garantie par des tiers, Alipay, qui traite la moitié de tous les paiements liés aux transactions en ligne en Chine<sup>221</sup>. Selon Yu et Shen, il est « ironique qu'Alipay, qui est l'expression même de la modernité, doive son importance à un système de dépôt fiduciaire, c'est-à-dire de garantie par une tierce partie, qui existe depuis des siècles dans les régimes de *common law* ». Lancée à la fin de 2003, l'entreprise représentait, dès 2013, 84 % de l'utilisation des plateformes électroniques tierces (40 % des internautes chinois utilisent fréquemment des systèmes de paiement garanti par des tiers).

C'est, à tous égards, une progression remarquable, dont la raison est bien plus profonde que la simple

<sup>219</sup> <http://www.economist.com/news/leaders/21693925-battle-indias-e-commerce-market-about-much-more-retailing-india-online>.

<sup>220</sup> <http://growwithtrellis.com/blog/top-10-ecommerce-markets-by-country/>.

<sup>221</sup> Y. Yu et M. Shen, 2015, Consumer protection as the « Open Sesame » that allows Alibaba to crush the forty thieves, *Journal of Antitrust Enforcement* 3 (issue suppl\_1): i228-i241.

montée du « consumérisme » en Chine. C'est plutôt une question de confiance des consommateurs. Yu et Sheng concluent que « l'absence de législation efficace sur la protection du consommateur et le fait qu'en Chine les banques ne soient pas disposées à offrir la moindre garantie pour les transactions effectuées en ligne expliquent pourquoi Alipay domine le secteur des paiements en ligne ». Les banques chinoises n'offrent aux consommateurs chinois aucune protection en matière de rétrofacturation, mais Alipay garantit les transactions. En outre, contrairement à Paypal, qui transmet au vendeur le paiement effectué par le consommateur, Alipay retient ce paiement jusqu'à livraison des marchandises commandées en ligne, offrant ainsi une plus grande sécurité que les mécanismes de rétrofacturation protégeant les détenteurs de cartes de crédit en dehors de la Chine. Alipay propose également aux deux parties un service de règlement des litiges en ligne, financé par les fonds gardés en dépôts fiduciaires. Il est donc approprié que l'un des amendements aux lignes directrices de l'OCDE sur le commerce électronique vise à reconnaître l'importance des dépôts fiduciaires<sup>222</sup>.

### C. LA CONFIANCE DES CONSOMMATEURS DANS LE MARCHÉ NUMÉRIQUE

Le commerce électronique est florissant pour plusieurs raisons, notamment le plus grand choix de produits disponibles, l'accès plus facile à des informations plus complètes sur les produits qu'hors ligne, des heures d'ouverture 24 heures sur 24 et le fait qu'il est pratique de pouvoir faire des achats chez soi. Le commerce électronique permet également aux consommateurs de faire l'expérience d'un traitement sur mesure et personnalisé par les entreprises. Cependant, le ciblage croissant de la publicité et l'expérience des achats montrent que le système comporte des dangers et des inconvénients, dont certains peuvent saper la confiance des consommateurs. Les erreurs de commande, les problèmes de remboursement, les plaintes restées sans réponse et les arnaques sur Internet ne sont que quelques-uns des problèmes associés aux achats en ligne. Une étude de la Commission européenne a révélé que la confiance des consommateurs dans les achats transfrontières sur Internet au sein de l'Union européenne avait chuté entre 2008 et 2011<sup>223</sup>. Malgré l'existence de dispositions juridiques communes, la confiance des consommateurs est bien moindre lorsqu'ils achètent

en ligne dans d'autres pays (38 % en 2014) que lorsqu'ils achètent dans leur propre pays (61 %)<sup>224</sup>.

Même de simples « questions de livraison » posent problèmes. Selon une étude de l'Union européenne, les consommateurs en Bulgarie, en Pologne et en Roumanie ont fait état de problèmes dus aux longs délais de livraison des achats effectués en ligne dans d'autres pays de l'Union européenne. Ce problème a été mentionné dans 40 % et 50 % des réponses obtenues dans le sondage de 2012 mentionné plus haut<sup>225</sup>. Comme on l'a vu dans l'encadré 11, la CNUCED a inclus la fiabilité des services postaux parmi les quatre indicateurs composant son indice de l'état de préparation au développement d'Internet et rapporte que les livraisons postales internationales de petits colis ont connu une croissance rapide, ce qu'elle attribue principalement au commerce électronique dont le volume a augmenté de 48 % entre 2011 et 2014<sup>226</sup>. La croissance du commerce électronique, dont les effets sur le courrier postal sont indéniables, pourrait bien apporter de nouveaux revenus aux services postaux de livraison de colis.

Comme l'a montré l'expérience chinoise, il est tout aussi impératif aujourd'hui que dans les premiers jours du commerce électronique de renforcer la confiance. Toutefois, il convient de noter que, même sur le riche marché européen, 50 % des ménages utilisent Internet chaque jour, alors que 30 % d'entre eux ne l'ont jamais utilisé – un rappel brutal de l'existence d'une « fracture numérique »<sup>227</sup>.

Conscient de l'importance croissante de cette question, le G20, sous la présidence allemande, a tenu son premier sommet sur la protection des consommateurs le 15 mars 2017 sur le thème « Formons un monde interconnecté ayant la confiance des consommateurs »<sup>228</sup>. Le sommet a examiné des questions telles que les conditions loyales des contrats, les paiements sécurisés, la nécessité d'informations claires et accessibles, ainsi que la sécurité et la protection des données.

<sup>222</sup> OCDE, 2016, op. cit., par. 41.

<sup>223</sup> CE, 2012, *Consumers' Attitude Towards Cross-Border Trade and Consumer Protection*, disponible sur [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/flash/fl\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_en.pdf).

<sup>224</sup> CE, 2015, *Consumer Conditions Scorecard 2015*, disponible sur <http://bit.ly/1V7oDK5>.

<sup>225</sup> Civic Consulting Consumer, 2011, *Market Study on the Functioning of E-commerce and Internet Marketing and Selling Techniques in the Retail of Goods*, disponible sur [http://ec.europa.eu.consumers/consumer\\_research/market\\_studies/docs/study\\_ecommerce\\_goods\\_en.pdf](http://ec.europa.eu.consumers/consumer_research/market_studies/docs/study_ecommerce_goods_en.pdf).

<sup>226</sup> CNUCED, 2015, *Rapport 2015 sur l'économie de l'information – Libérer le potentiel du commerce électronique pour les pays en développement*.

<sup>227</sup> C. Riefa, 2014, *Study on Electronic Commerce and the Protection of the Digital Consumers in Serbia*, EuropAid/129680/C/SER/RS (Belgrade).

<sup>228</sup> [http://www.bmjv.de/G20/EN/ConsumerSummit/G20\\_node.html](http://www.bmjv.de/G20/EN/ConsumerSummit/G20_node.html).

### Encadré 12. La banque mobile

La résolution à laquelle sont annexés les *Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur* se félicite des bienfaits de l'innovation et précise que le commerce mobile doit être considéré comme faisant partie du commerce électronique. Les Principes de haut niveau du G20 sur la protection financière des consommateurs (examinés au chapitre XIV) mettent cependant en garde contre les dangers du commerce mobile, tout en faisant remarquer que la réglementation doit « pouvoir s'ajuster aux nouveaux produits, technologies et mécanismes ». La législation doit permettre l'innovation dans la conception des services financiers pour que les prestataires de services financiers répondent de manière constructive à l'évolution des besoins des consommateurs. Cependant, bien que certaines questions méritent d'être posées, il est clair des services de base, comme les virements de fonds par SMS, ont pu être fournis à un grand nombre de consommateurs pauvres des pays en développement, qui n'ont pas de compte bancaire mais ont des téléphones portables (dont le nombre avait atteint 1 milliard en 2010).

L'Afrique a été le fer de lance de cette révolution technologique. Les trois quarts des pays où le téléphone portable est le plus fréquemment utilisé se trouvent en Afrique. L'exemple kényan illustre tout le potentiel de la téléphonie mobile pour ce qui est d'améliorer l'accès aux services financiers. Le service mobile de virement de fonds, M-Pesa, dont l'opérateur est Safaricom, a été lancé en 2007 et comptait, dès 2009, plus de 8 millions d'abonnés inscrits, représentant 40 % de la population adulte. En revanche, l'accès au système bancaire formel au Kenya a augmenté de 18,9 % à 22,6 % seulement de la population adulte entre 2006 et 2009. Le groupe d'experts du G20 sur l'inclusion financière attribue à M-Pesa l'amélioration de l'accès aux services financiers non bancaires. Cette réaction en chaîne indique que la téléphonie mobile et les virements mobiles de fonds sont un catalyseur pour d'autres services financiers. En Afrique de l'Est, on le voit plus en aval où les paiements au moyen de téléphones portables étant acceptés pour des services publics, tels que l'eau et de l'électricité. Kenya Power, par exemple, a institué un système de paiements via M-Pesa (la norme ISO 14452 sur la facturation de services en réseau se réfère à ce type de système de paiement pour les services publics). Ces systèmes aident à éviter les problèmes de transition qui se posent quand des consommateurs pauvres sont connectés à ces services pour la première fois. Dans le cas de paiements réguliers fréquents de faible valeur, l'utilisation du téléphone portable permet aux consommateurs non seulement de gagner du temps et d'éviter les frais associés aux systèmes démodés de files d'attente, mais peut également améliorer le volume des paiements et réduire les arriérés. Ces techniques de paiement améliorées sont potentiellement avantageuses pour les zones situées loin des établissements de services financiers.

On estime que les paiements mobiles ne devraient représenter que 3 % des paiements effectués dans le contexte du commerce électronique en 2017. Toutefois, selon la CNUCED, ce type de paiements occupe déjà une place importante « dans les pays où Internet n'est pas largement utilisé mais qui disposent de bons systèmes de paiement par appareil mobile. Dans plusieurs pays africains, ces systèmes sont l'infrastructure la plus viable pour le commerce électronique ». Il est dit dans le rapport 2015 de la CNUCED sur l'économie de l'information qu'au Kenya, le règlement d'achats en ligne au moyen d'appareils mobiles a représenté 19 % de la valeur totale des transactions du commerce électronique en 2012 – moins que les paiements à la livraison, mais plus que les paiements par cartes de crédit. La facilité et l'enthousiasme avec lesquels les Kényans ont adopté ces appareils pour effectuer des paiements portent à conclure que ces systèmes de paiement vont être de plus en plus utilisés.

Source : CNUCED, 2015, *Rapport sur l'économie de l'information*, op. cit. ; OCDE/G20, 2011, op. cit. ; G20, 2010, op. cit.

## D. LES LIGNES DIRECTRICES DE L'ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) est l'une des organisations qui s'emploient depuis les premiers jours du commerce électronique à promouvoir des politiques destinées à contribuer au renforcement de la confiance. Les directives formulées par l'OCDE en 1999 reflétaient déjà la protection juridique offerte à l'époque aux consommateurs dans le contexte de formes plus traditionnelles de commerce, encourageaient les

initiatives du secteur privé incluant la participation de représentants des consommateurs et soulignaient la nécessité de la coopération entre les gouvernements, les entreprises et les consommateurs<sup>229</sup>. Elles visaient à encourager :

- La loyauté des pratiques en matière de commerce, de publicité et de marketing ;
- La communication d'informations claires sur l'identité des entreprises engagées dans des activités en ligne ;

<sup>229</sup> OCDE, 1999, *Recommandation du Conseil concernant des lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*.

- La communication d'informations sur les biens et les services offerts et sur les clauses et conditions de toute transaction ;
- Des processus transparents pour la confirmation des transactions ;
- Des mécanismes de paiements sûrs ;
- Des mécanismes de règlement des litiges et de réclamation qui soient justes et rapides et à un coût abordable ;
- La protection de la vie privée ;
- L'éducation des consommateurs et des entreprises.

Ces lignes directrices ont eu un certain poids, rendu sans doute plus important par l'expansion de la composition de l'OCDE depuis 1999 et la participation de pays non membres de l'Organisation au processus de révision achevé en 2016<sup>230</sup>.

La mention des lignes directrices de l'OCDE dans les Principes directeurs dépasse le simple cadre de ces lignes directrices, car celles-ci renvoient, à leur tour, à plusieurs autres documents de l'OCDE concernant la fraude, le règlement des litiges de consommation, la protection de la vie privée, la gestion des risques et l'élaboration des politiques de l'Internet<sup>231</sup>.

## 1. Le droit applicable en matière de réparation dans les transactions transfrontières

Comme il a été mentionné plus haut, l'absence de voies de recours efficaces quand les parties à une transaction ne sont pas dans le même pays et le fait qu'il est difficile d'obtenir réparation en cas de litige transfrontière constituent un problème majeur, qui sape la confiance des consommateurs et doit donc être résolu. Mais, face au nombre croissant

de transactions transfrontières, le problème du droit applicable et de son application reste entier.

Bien que les Lignes directrices de l'OCDE et les Principes directeurs des Nations Unies invitent les gouvernements à coopérer, aucun de ces deux textes ne propose une solution définitive au problème juridictionnel. Les Lignes directrices de l'OCDE, paragraphe 54 vi), appellent les gouvernements à « prendre en considération le rôle de la loi applicable et de la juridiction compétente dans le renforcement de la confiance des consommateurs à l'égard du commerce électronique ». Les mêmes termes, « droit applicable » et « juridiction compétente », sont employés dans la résolution précédant les Principes directeurs, ainsi qu'un appel similaire à « accorder une attention particulière » à ces questions. Ce manque de clarté va probablement rendre encore plus pertinents les mécanismes, comme Alipay, et les services, comme la rétrofacturation, qui ont un caractère « exclusif » plutôt que juridictionnel.

## 2. L'identification du fournisseur

Il peut s'avérer difficile pour les consommateurs de déterminer l'identité du vendeur et de le localiser, alors que c'est peut-être l'élément le plus important pour mettre le consommateur en confiance. Les paragraphes 28 à 30 des lignes directrices de l'OCDE énoncent en détails les « informations relatives à l'entreprise » qui doivent être communiquées, notamment « les informations pertinentes relatives au nom de domaine sous lequel sont enregistrés les sites Web qui promeuvent ou accueillent les transactions commerciales avec les consommateurs ». Le paragraphe 30 évoque l'appartenance des entreprises à des programmes d'autorégulation et la nécessité pour les consommateurs de pouvoir vérifier cette appartenance. Une disposition similaire se trouve au paragraphe 14 b) des Principes directeurs portant sur les politiques nationales de protection du consommateur (mais le nom de domaine n'est pas mentionné).

## 3. L'authentification du consommateur

Consciente du risque croissant d'usurpation d'identité, l'Union européenne dans la directive concernant les services de paiement (art. 4(30) PSD2) définit ce qu'elle appelle une « authentification forte du client » comme étant « une authentification reposant sur l'utilisation de deux éléments ou plus appartenant aux catégories "connaissance" (quelque chose que seul l'utilisateur connaît), "possession" (quelque chose que seul l'utilisateur possède) et "inhérence" (quelque chose que l'utilisateur est) et indépendants en ce

<sup>230</sup> OCDE, 2016, op. cit.

<sup>231</sup> *Recommandation du Conseil concernant des lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses* (C92003)116) ; *Recommandation de l'OCDE sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation* (C(2007)76) ; *Déclaration de Séoul sur le futur de l'économie Internet* (C(2008)99) ; *Recommandation du Conseil sur les principes pour l'élaboration des politiques de l'Internet* (C(2011)154) ; *Recommandation du Conseil concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel* (« Lignes directrices sur la protection de la vie privée ») (C(80)58/final après modification) ; *Recommandation du Conseil concernant la gestion du risque de sécurité numérique pour la prospérité économique et sociale* (« Recommandation concernant le risque de sécurité ») (C(2015)115).

sens que la compromission de l'un ne remet pas en question la fiabilité des autres, et qui est conçue de manière à protéger la confidentialité des données d'authentification ».

Les Lignes directrices de l'OCDE ne disent rien des aspects spécifiques de l'authentification, bien que la question soit peut-être prise en compte dans l'esprit du paragraphe 40, dans le contexte des mécanismes de paiement et de la section G sur la protection de la vie privée et la sécurité. Toutefois, l'authentification a un sens bien spécifique comme le précise le texte de l'Union européenne. Les Principes directeurs sont donc, par extension, tout aussi indirects, le paragraphe 66 g) de la section V.J consacrée aux services financiers invitant les États Membres à « procéder à l'établissement ou à encourager la mise en œuvre, selon le cas » ... « de mesures de contrôle appropriées destinées à protéger les données financières des consommateurs, y compris contre la fraude et les abus ».

#### 4. Les questions relatives à la protection de la vie privée

La croissance du commerce électronique et le développement rapide des technologies de réseau ont révolutionné les méthodes de stockage, d'accès et de traitement des données. Il est peu probable que les consommateurs effectuent des transactions sur le marché mondial sans l'assurance que les données personnelles communiquées durant une transaction sont protégées. Toutefois, avec le développement des techniques d'« exploration des données » ces dernières années, le volume même des données collectées est devenu inquiétant, d'où le renforcement des dispositions exigeant le consentement. Les Lignes directrices de l'OCDE concernant la protection de la vie privée ont été élaborées en 1980, puis révisées en 2013<sup>232</sup>. Le paragraphe 48 des lignes directrices de 2016 de l'OCDE concernant le commerce électronique contient un résumé approximatif des dispositions relatives à la protection de la vie privée sans vraiment les mentionner textuellement. Il est dit dans ce paragraphe que les entreprises devraient s'assurer que leurs pratiques sont « licites, transparentes et loyales, et qu'elles permettent la participation des intéressés et l'exercice de leur liberté de choix tout en offrant des garanties de sécurité satisfaisantes ». Ces questions sont analysées au chapitre XIII consacré à la protection des données et de la vie privée.

<sup>232</sup> OCDE, 2013, *Recommandation révisée du Conseil concernant les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, disponible sur [www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf](http://www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf).

#### 5. Les questions liées à la sécurité

Les considérations de sécurité interviennent durant deux phases de la transaction : premièrement, au moment du transfert des données de paiement sur le réseau et, deuxièmement, pendant toute la durée du stockage de ces données. Des tiers non autorisés ne devraient pas avoir accès aux données transmises. Ces préoccupations sont reconnues, par exemple, à l'alinéa 7 du préambule de la Directive de l'Union européenne concernant les services de paiement : « Ces dernières années ont vu croître les risques de sécurité liés aux paiements électroniques. Cela s'explique par la complexité technique croissante de ces paiements, leurs volumes toujours croissants à l'échelle mondiale et l'émergence de nouveaux types de services de paiement ». Outre les problèmes de sécurité au niveau des transactions mêmes (numéro et date d'expiration des cartes de crédit, entre autres), la confidentialité des données risque d'être violée après la transaction également, comme dans le cas de l'« hameçonnage » (voir la note de bas de page du chapitre XII, sect. B).

Le paragraphe 49 des Lignes directrices de l'OCDE est particulièrement pertinent à cet égard et est extrêmement bref : « Les entreprises devraient gérer le risque de sécurité numérique et mettre en œuvre des mesures de sécurité propres à en réduire ou en atténuer les effets préjudiciables en ce qui concerne la participation des consommateurs au commerce électronique ». La référence à la sécurité est bien plus étoffée dans la section E intitulée « Paiement » : « ... des mesures de sécurité proportionnées aux risques liés au paiement, notamment à ceux résultant d'un accès non autorisé aux données personnelles ou d'une utilisation abusive de celles-ci, d'une fraude et d'une usurpation d'identité » (par. 40). La section en question poursuit en réaffirmant des dispositions existantes (version de 1999) relatives au remboursement et à la limitation de la responsabilité des consommateurs : « Les gouvernements et les parties prenantes devraient œuvrer ensemble au développement de niveaux minimums de protection des consommateurs dans le cadre des paiements associés au commerce électronique, quel que soit le mécanisme utilisé. Cette protection devrait être assurée notamment au travers de limitations de la responsabilité du consommateur, fixées par la réglementation ou à l'initiative des professionnels, en cas de débit non autorisé ou frauduleux, ainsi que par des mécanismes de remboursement lorsqu'il y a lieu » (par. 41). Pour donner un exemple pratique des mesures envisagées, la Directive de l'Union européenne concernant les services de paiement limite la responsabilité du consommateur en cas de

paiement non autorisé à 50 euros (contre 150 euros précédemment)<sup>233</sup> et resserrent les dispositions relatives aux mesures de sécurité qui doivent être appliquées à tous les paiements électroniques, notamment celle qui a trait à l'« authentification forte » du consommateur<sup>234</sup>.

Les Lignes directrices de l'OCDE ne se limitent pas aux mécanismes de remboursement et élargissent en ces termes le champ de la protection : « Le développement d'autres modalités de paiement susceptibles d'accroître la confiance du consommateur à l'égard du commerce électronique, comme le dépôt fiduciaire, devrait par ailleurs être encouragé. ». Cette référence au dépôt fiduciaire est importante, compte tenu de l'expérience chinoise, mais il convient également de noter que les dépôts fiduciaires sont également utilisés ailleurs, notamment en Argentine et en Californie. Mais l'important ici n'est pas de savoir quelle méthode particulière est employée. Le système des dépôts judiciaires (qui était inconnu à ses débuts et n'était peut-être même pas légal)<sup>235</sup> a été adopté pour répondre à des préoccupations tout à fait légitimes des consommateurs, que le régime bancaire existant alors ne prenait pas en compte. En fait, d'autres systèmes vont encore plus loin, en ce sens qu'ils n'exigent que l'adresse électronique et l'adresse de livraison et comportent, de ce fait, moins de risques électroniques<sup>236</sup>. La question évolue rapidement.

## 6. La passation de contrats électroniques

Différentes règles publiques et privées peuvent s'appliquer aux transactions entre entreprise et consommateur. Le caractère mondial du commerce électronique soulève certaines questions concernant les règles régissant la rédaction, la conclusion et l'exécution des contrats et à la juridiction compétente. L'avènement de l'« informatique en nuage » a soulevé de nouvelles questions concernant les contrats. L'informatique en nuage utilise un réseau de serveurs éloignés hébergés sur Internet pour stocker, gérer et traiter des données, plutôt que de le faire sur un serveur local ou un ordinateur personnel. Elle donne lieu à d'importantes économies d'échelle et permet aux usagers de stocker et de traiter des données dans des centres de données de tiers utilisant un système de compteurs avec « facturation à l'utilisation », les serveurs redondants et la capacité de stockage du

réseau servant à satisfaire la demande. Les capacités de calcul peuvent être commandées et mises à disposition de manière flexible. L'informatique en nuage peut être utilisée pour stocker et louer aux consommateurs, pendant une période donnée, des produits protégés par un droit d'auteur. La nature éphémère de ces « produits » numériques et la durée de la période pendant laquelle ils « appartiennent » aux consommateurs pourraient bien s'avérer une source de confusion au niveau des contrats, et les différents degrés de sécurité des nuages publics et privés peuvent également causer des difficultés.

Les Lignes directrices de l'OCDE réaffirment d'emblée (par. A.1) mais dans des termes légèrement différents, le principe énoncé au paragraphe 5 j) des Principes directeurs concernant les « besoins légitimes », à savoir que « Les consommateurs qui prennent part au commerce électronique devraient bénéficier d'une protection transparente et efficace d'un niveau au moins équivalent à celui de la protection assurée dans d'autres formes de commerce ». L'affirmation de ce principe ne s'accompagne toutefois pas d'un examen des questions de mise en œuvre dans le contexte particulier du commerce électronique, à savoir la possibilité de traiter électroniquement les problèmes liés aux contrats et d'appliquer directement les sanctions imposées par les entreprises aux consommateurs sans passer par une procédure judiciaire, comme le mentionne le chapitre III.

Les dispositions de la section B relatives à la « Loyauté des pratiques en matière de commerce, de publicité et de marketing » sont à divers égards identiques aux principes régissant depuis longtemps les pratiques commerciales loyales appliqués aux transactions hors ligne. Par exemple, il est question des contrats abusifs au paragraphe 7 : « Lorsque les clauses contractuelles prévoient des réparations pécuniaires en cas de rupture du contrat de la part du consommateur, ces réparations devraient être proportionnées au préjudice susceptible d'être causé. ». Ce principe de proportionnalité est important, par exemple, dans le domaine des services financiers, où il peut s'appliquer aux frais bancaires disproportionnés prélevés directement par voie électronique comme dans le cas, par exemple, des prêts sur salaire ou des frais de gestion des comptes courants traditionnels (voir le chapitre XIV). Le fait que les « réparations pécuniaires » soient stipulées (par exemple, l'imposition de sanctions financières à l'encontre des consommateurs) signifie que les sanctions non financières, telles que l'application de « mesures de protection technique » pouvant endommager les fonctionnalités des ordinateurs des consommateurs ne font l'objet d'aucune disposition et ne sont pas limitées par le principe de proportionnalité. La seule

<sup>233</sup> *European Union Payment Services Directive 2*, art. 74.

<sup>234</sup> C. Riefa, 2015, *The Control of Electronic Payments in the EU: Payment Services Directives and Electronic Money Directive 2009/110/EC*.

<sup>235</sup> Yu et Shen, op. cit.

<sup>236</sup> *The Economist*, 2016, Klarna: getting more ambitious (6 février).

protection envisagée pour les consommateurs est l'obligation de l'avertir à l'avance de l'application de ces mesures (que beaucoup de consommateurs pourraient avoir du mal à comprendre).

## 7. Autres questions traitées dans les Lignes directrices de l'OCDE

Les autres questions traitées dans les Lignes directrices de l'OCDE comprennent le règlement des litiges et les réparations (chap. XI), la transparence dans l'établissement des prix (traitée dans les Principes de haut niveau du G20 sur la protection financière des consommateurs et, par extension dans le chapitre XIV) et l'éducation des consommateurs (chap. X). Dans tous ces cas, les Lignes directrices de l'OCDE sont tout à fait conformes aux Principes directeurs<sup>237</sup>.

## E. D'AUTRES PRINCIPES INTERNATIONAUX APPLICABLES À LA RÉGLEMENTATION DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Comme l'explique le Global Cyberlaw Tracker, il existe des lois dans quatre domaines principaux du commerce électronique : les transactions en ligne, la protection des données et le respect de la vie privée, la cybercriminalité et la protection des consommateurs<sup>238</sup>. Pour améliorer le commerce électronique transfrontière et pour renforcer la confiance du consommateur dans ce domaine, les lois sur les transactions électroniques doivent être compatibles. Deux organisations ont beaucoup œuvré dans ce sens.

### 1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

En 1996, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a élaboré une loi type sur le commerce électronique, qui a été remplacée par la Convention de 2005 des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux<sup>239</sup> établissant :

- Les règles et les pratiques acceptées qui définissent les caractéristiques que doit avoir un contrat électronique pour être valide ;

- Les principes directeurs à appliquer pour que l'utilisation des signatures numériques soit acceptable à des fins juridiques et commerciales ;
- La recevabilité de documents informatisés dans les différends d'ordre juridique ayant trait à la validité d'un contrat.

En outre, la convention définit les règles supplétives applicables à la formation et à la gouvernance de l'exécution du contrat. Un grand nombre de pays ont déjà utilisé la loi type pour mettre à jour leur droit commercial de façon à prendre en compte le support électronique. Au moment de la rédaction du présent manuel, la CNUDCI a indiqué que des lois basées sur la loi type ou influencées par elle ont été adoptées dans 66 pays (et dans un nombre encore plus grand de juridictions) ayant différents niveaux de développement.

### 2. Le programme de la CNUCED sur le commerce électronique et la réforme du droit

Depuis 2002, la CNUCED met en œuvre un programme de renforcement des capacités dans les domaines du commerce électronique et de la réforme du droit. Le programme aide des pays en développement d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine à élaborer des lois sur le commerce électronique, au niveau tant régional que national<sup>240</sup>. Ces lois devraient renforcer la confiance des cyberconsommateurs, faciliter les échanges commerciaux nationaux et internationaux en ligne et offrir une protection juridique aux usagers et aux prestataires des services publics fournis par voie électronique. Le programme d'assistance de la CNUCED comprend des ateliers de renforcement des capacités, l'examen de projets de lois ou de lois existantes, la rédaction de législations harmonisées par rapport aux cadres juridiques régionaux et internationaux et des études comparatives des activités d'harmonisation des législations sur le commerce électronique, comme celles qui ont été entreprises en coopération, respectivement, avec l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) (publiée en 2013), la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (2015) et l'Amérique latine (2016)<sup>241</sup>.

Dans le cadre de ce programme, la communauté d'Afrique de l'Est a créé, en 2007, un groupe spécial chargé de la cyberlégislation, qui a préparé et adopté deux cadres juridiques pour le cyberdroit.

<sup>237</sup> OCDE/G20, 2011, *Principes de haut niveau sur la protection financière des consommateurs*.

<sup>238</sup> CNUCED, *Global Cyberlaw Tracker*, disponible sur [http://unctad.org/en/Pages/DTL/STI\\_and ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Global-Legislation.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Global-Legislation.aspx).

<sup>239</sup> [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf).

<sup>240</sup> CNUCED, *Rapport 2015 sur l'économie de l'information*, op. cit.

<sup>241</sup> L'étude sur l'ASEAN est disponible sur [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2013d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2013d1_en.pdf) ; l'étude sur la CEDEAO est disponible sur [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2015d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2015d2_en.pdf).

En 2015, la CNUCED a lancé son Cyberlaw Tracker, un mappage mondial des lois relatives au commerce électronique dans le domaine des transactions en ligne, de la protection des cyberconsommateurs, de la cybercriminalité et de la protection des données<sup>242</sup>. Les pays développés ont déjà mis en place des législations sur ces questions, mais les pays en développement ont un certain retard dans ce domaine. Le pourcentage de pays ayant légiféré dans ces domaines est généralement le plus élevé pour les transactions électroniques et le plus bas pour la protection des cyberconsommateurs. Par exemple, en Amérique centrale, sept pays seulement sur 10 ont des lois sur la protection des consommateurs, mais plus de la moitié d'entre eux n'ont pas de loi sur la protection des données et la cybercriminalité. En Afrique centrale, deux pays seulement sur neuf ont des lois sur les transactions électroniques, la protection des consommateurs et la protection des données et seul un pays a adopté une cyberlégislation.

### 3. L'accès des personnes handicapées

Un avantage potentiel du commerce électronique est qu'il offre des possibilités d'accès aux personnes porteuses d'un handicap physique, notamment visuel. L'Organisation mondiale de la Santé a estimé en 2011 que 15,3 % de la population mondiale a un « handicap modéré ou grave »<sup>243</sup>. Ces consommateurs sont dans une certaine mesure exclus d'environ 80 % des sites Web de vente au détail<sup>244</sup>. La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées défend le droit des personnes handicapées d'avoir accès aux informations et aux services en ligne. Nous notons que la Commission européenne a envisagé la possibilité d'une loi européenne sur l'accessibilité, qui fixerait des exigences communes en matière d'accès aux sites Web de commerce électronique<sup>245</sup>. Même en l'absence d'obligations juridiques, il serait commercialement avantageux d'avoir un site Web accessible aux handicapés pour éviter de passer à côté de 1 milliard de consommateurs potentiels.

<sup>242</sup> CNUCED. *Rapport 2015 sur l'économie de l'information – Libérer le potentiel du commerce électronique pour les pays en développement*.

<sup>243</sup> [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/report.pdf](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf).

<sup>244</sup> Au Royaume-Uni, la Commission d'enquête sur les droits des handicapés a analysé 1 000 sites Web en 2004 et a constaté que plus de 80 % de ces sites étaient quasiment inaccessibles pour les personnes handicapées. On trouve des conclusions similaires dans des études des Nations Unies (2006) et de l'Union européenne (2009).

<sup>245</sup> <http://goo.gl/W8JREa>.

### 4. Les bonnes pratiques recommandées par la Chambre de commerce internationale

Dans le cadre de sa campagne d'action contre la contrefaçon et le piratage, (BASCAP pour Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy) lance l'avertissement suivant :

Tout comme les milliards de transactions légitimes effectuées en ligne, les plateformes de commerce électronique sont vulnérables aux pratiques abusives et à l'infiltration de produits contrefaits et potentiellement dangereux. Comme dans le monde matériel, il n'a pas échappé à des intervenants criminels qu'ils pouvaient s'enrichir davantage en utilisant la chaîne d'approvisionnement en ligne pour vendre des produits contrefaits. En brouillant les différences entre les produits authentiques et les faux, ils réussissent à vendre des quantités ahurissantes d'articles illicites. Il est urgent de mettre fin à la prévalence des produits contrefaits offerts aux cyberconsommateurs et de mettre en place des mesures pour protéger ces derniers contre les différents risques d'un genre nouveau qui sont associés aux transactions électroniques<sup>246</sup>.

La CCI recommande aux entreprises les bonnes pratiques suivantes :

- Mettre au point des programmes et des mécanismes destinés à aider les consommateurs à comprendre les risques associés à l'utilisation des plateformes de commerce électronique et à prendre des décisions en pleine connaissance de cause ;
- Encourager les plateformes d'achat en ligne à adopter des systèmes de diligence raisonnable qui soient complets, robustes et reconnaissables, s'appliquent à toutes les plateformes et services et comprennent des processus de vérification par les propriétaires de plateformes pour qu'ils se fassent une idée des personnes qui commercent sur leurs plateformes, avec obligation, par exemple de « connaître leurs fournisseurs » et de « connaître leurs clients » ;
- Créer des outils informatiques pour prévenir la présentation d'offres à haut risque aux consommateurs ;
- Encourager les plateformes de commerce électronique à prendre des mesures appropriées pour lutter contre les annonces

<sup>246</sup> ICC/BASCAP, 2016, *BASCAP's Input to the UNCTAD Manual on Consumer Protection*.

publicitaires qui incitent les consommateurs à consulter des sites qui vendent des produits illicites.

## F. CONCLUSION

Le commerce électronique affiche des taux de croissance stupéfiants ; pourtant, l'environnement électronique cause sans cesse de nouvelles difficultés aux consommateurs, si bien que de nouvelles stratégies sont nécessaires pour protéger les cyberconsommateurs et renforcer leur confiance dans cette manière de commercer, en particulier dans les transactions transfrontières. Plusieurs de ces difficultés sont communes à toutes les formes de commerce ; le commerce électronique représente simplement un nouveau contexte, surtout en ce qui a trait à la sécurité des données et aux transactions transfrontières.

Christine Riefa propose une description claire du cadre juridique nécessaire pour le commerce électronique qui s'articule autour de deux catégories de dispositions<sup>247</sup> :

- a) Une législation verticale portant essentiellement sur les particularités du support électronique. Il s'agit notamment de créer un cadre pour les transactions électroniques (facilitation des contrats et des signatures électroniques, formulation de la responsabilité des intermédiaires) et les droits spécifiques des consommateurs dans les ventes à distance (notamment le droit à l'information et le droit de retrait). Ce devrait être la charpente de tout cadre juridique efficace pour le commerce électronique ;
- b) Une législation horizontale applicable indépendamment du support utilisé et comprenant, en règle générale, des dispositions sur les clauses abusives, les pratiques commerciales déloyales, la publicité mensongère et comparative, la protection des paiements, la protection des données, la surveillance des marchés et les mesures d'exécution, le règlement des litiges, les conflits de lois et de juridictions et les sanctions pénales. Ce sont des mesures classiques dont bon nombre existaient avant l'émergence du commerce électronique.

Vues sous cet angle, les Lignes directrices de l'OCDE se sont concentrées sur les dimensions horizontales plus traditionnelles. Même le recours nouveau aux

dépôts fiduciaires s'inspire, en fait, d'un dispositif qui existait il y a plusieurs siècles, bien avant le commerce électronique.

Certains consommateurs sont toujours vulnérables, mais avec le commerce électronique cette vulnérabilité risque de se manifester sous de nouvelles formes :

- a) L'accès des enfants aux ordinateurs peut être une source de problèmes, surtout depuis la miniaturisation et la personnalisation des ordinateurs. C'est une préoccupation de plus, en raison des annonces publicitaires irresponsables et de la vente à des mineurs sans contrôle parental ;
- b) Avec la miniaturisation et l'accès accru sont venus les appareils mobiles et les apps mobiles auxquels ont accès des groupes vulnérables qui ne sont pas forcément bien informés sur les transactions commerciales, ont des connaissances informatiques limitées et sont peut-être moins capables de détecter les coûts cachés ou les fraudes.

Le caractère impersonnel du commerce électronique peut être un problème, mais on peut aussi y voir une amélioration par rapport à la vente directe avec ses méthodes agressives. Toutefois, de nouvelles formes de pression sont apparues :

- a) La rapidité des transactions et les dispositifs de temporisation expliquent pourquoi les consommateurs ont tendance à s'empresser de signifier leur acceptation, parce que, après un certain temps, l'ordinateur interrompt la transaction encore et encore ;
- b) Le consommateur est également pressé d'effectuer son achat parce que le prix change pendant qu'il consulte le site – « plus que deux ou trois billets disponibles à ce prix », par exemple.

Ces pressions rendent encore plus importante l'observation d'une « période de réflexion », un concept désormais bien établi. C'est un bon exemple de mesure traditionnelle de protection des consommateurs, qui a été adoptée à l'origine pour lutter contre les méthodes agressives employées dans la vente directe et qui a acquis une importance renouvelée en raison des nouvelles formes de pression créées par le commerce électronique. Toutefois, l'argument présenté ici est que la question des compétences juridictionnelles transfrontières a si peu progressé (les Lignes directrices aussi bien de 1999 que de 2016 de l'OCDE se sont avérées incapables de résoudre le problème) qu'il faudra innover en dehors des gouvernements pour venir à bout de la méfiance des consommateurs.

<sup>247</sup> C. Riefa, 2014, op. cit.

La responsabilité pour violation des règles de sécurité est une considération commerciale d'importance majeure, comme le montre l'histoire d'Alipay. L'importance de la responsabilité est également démontrée par l'évolution du concept de « rétrofacturation » – qui permet à un consommateur d'intenter une action contre l'émetteur d'une carte de crédit et contre le commerçant opérant sur Internet. Ceci signifie, par exemple, que si les marchandises n'arrivent pas, une plainte peut-être déposée contre l'émetteur de la carte de crédit, au cas où aucune réponse n'est obtenue du commerçant. Lorsque cette mesure a été proposée dans le cadre de la législation sur le crédit à la consommation dans les années 1970 et 1980, elle a rencontré une vive opposition, car on y voyait une contrainte réglementaire. Avec l'essor des achats transfrontières, elle est désormais considérée comme un atout commercial, car elle incite le consommateur à utiliser ses cartes de crédit.

La limitation de la responsabilité du consommateur pourrait donc s'avérer un avantage commercial, bien qu'au départ elle ait été perçue comme une contrainte. Lors des négociations sur les paiements mobiles, par exemple au sein de l'ISO durant les cinq années s'achevant en 2015, les entreprises ont résisté au concept de « responsabilité limitée » des consommateurs, adopté, par exemple, pour la deuxième fois dans l'article 41 des Lignes directrices de 2016 de l'OCDE sur le commerce électronique<sup>248</sup>. Le problème pour les entreprises est que lorsqu'elles font valoir que la limitation de la responsabilité des consommateurs représenterait une trop grande charge pour elles, on pourrait en déduire que les risques sont également importants pour les consommateurs. En acceptant d'endosser leur responsabilité, les entreprises enverraient un signal de confiance aux consommateurs, et seraient par ailleurs fortement motivées pour assurer un maximum de sécurité.

Comme indiqué précédemment, il existe déjà sur le marché des variantes du système des dépôts fiduciaires, qui n'exigent pas que les acheteurs communiquent les données de leur carte de crédit ou se souviennent d'un nouveau mot de passe. Il leur suffit de donner une adresse électronique et une adresse de livraison, sans entrer dans le détail du paiement<sup>249</sup>. Les consommateurs qui ont déjà utilisé ce genre de système peuvent être reconnus électroniquement lorsqu'ils consultent un autre site d'achat et ont moins de formulaires à remplir en ligne. Ce système permet non seulement à l'entreprise de prendre le risque que le consommateur ne paie

pas au moment de la facturation, mais aussi de lui offrir un plan de paiements échelonnés, moyennant des frais supplémentaires. Bien que ces « prêts » comportent des marges plus élevées que celles des entreprises concurrentielles de paiement en ligne – nouveau défi pour les gouvernements, sur le plan de la réglementation – le paradoxe ici est que les consommateurs qui semblent frileux quand il s'agit de transactions transfrontières, comme on l'a vu plus haut, sont prêts à confier leur argent à des tierces parties multinationales leur servant d'intermédiaires. Le recours à des intermédiaires de confiance est l'autre visage de leur peur des transactions transfrontières. La tierce partie assume le risque et est bien placée pour empêcher des « accidents ».

<sup>248</sup> OCDE, 1999 et 2016, op. cit.

<sup>249</sup> <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21690106-payments-unicorn-seeks-become-dray-horse-bank-getting-more-ambitious>.

## XIII. Le respect de la vie privée et la protection des données

### A. LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES SUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Les Principes directeurs révisés se réfèrent pour la première fois au respect de la vie privée. Dans la résolution 70/186 de l'Assemblée générale, les États Membres reconnaissent que « la protection de la vie privée des consommateurs et la libre circulation de l'information à l'échelon mondial sont des questions qui intéressent tous les États Membres », et dans le corps du texte des Principes directeurs, un nouveau « besoin légitime » a été ajouté (par. 5 k)), à savoir la « protection de la vie privée des consommateurs et la libre circulation de l'information à l'échelon mondial », ainsi qu'une nouvelle section, la section IV, intitulée « Principes devant régir les pratiques commerciales ». Cette dernière vise à exiger que les entreprises protègent « la vie privée des consommateurs au moyen d'un ensemble de mécanismes de contrôle, de sécurité, de transparence et de consentement pour la collecte et l'usage de leurs données personnelles ». Bien que l'expression usuelle « protection des données » n'apparaisse pas dans les Principes directeurs, la nouvelle section V.A sur les « Politiques nationales de protection des consommateurs » exhorte les États membres à prendre des dispositions pour assurer la « sécurité de la vie privée et des données des consommateurs (par. 14 h)).

La nouvelle section I sur le commerce électronique ne mentionne ni la protection des données ni le respect de la vie privée, mais suggère, en revanche, aux États membres d'« étudier les Lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économiques régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique (décrites au chapitre XII). Les lignes directrices contiennent à leur tour deux paragraphes très brefs sur la vie privée et la sécurité (par. 48 et 49), mais renvoient également aux nouvelles Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée, ce qui représente un long enchaînement de références<sup>250</sup>.

<sup>250</sup> OCDE, 2013, *Nouvelles Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, disponible sur [www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf](http://www.oecd.org/sti/ieconomy/2013-oecd-privacy-guidelines.pdf).

### B. LA VIE PRIVÉE EST-ELLE UN DROIT ?

La liste suivante a été établie par Privacy International, mais elle correspond également aux passages pertinents du rapport publié en 2016 par la CNUCED, « Data protection regulation and international data flows : Implications for trade and development », dont s'inspire le présent chapitre<sup>251</sup>.

### C. LES DONNÉES VUES SOUS L'ANGLE DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Les données sont aussi indispensables pour une transaction en ligne que le paiement, qu'elles peuvent même remplacer dans certains cas (dans celui des plateformes des médias sociaux, par exemple). L'acheteur donne des informations sensibles, telles que l'adresse de livraison et le détail du paiement, mais il ne sait pas exactement quelles informations additionnelles le vendeur recueille à son sujet. Des données concernant les habitudes de navigation du cyberconsommateur, l'historique de ses achats, sa localisation et l'adresse de son fournisseur de services Internet sont collectées suivant des modalités que l'intéressé peut avoir du mal à comprendre ou à bloquer. Toutes ces données peuvent alors être associées à d'autres et des entreprises et des tiers s'en servent pour dresser un tableau détaillé des préférences du consommateur et de ses intentions probables d'achat.

Une proportion importante de ces informations sont obtenues directement ou au moyen de machines à partir des traces laissées par les consommateurs lorsqu'ils utilisent Internet – leurs habitudes de navigation, leurs préférences, les sites qu'ils consultent (sur quel appareil et depuis quel endroit), les amis avec qui ils dialoguent, les causes qu'ils soutiennent et, bien entendu, les achats qu'ils effectuent et les applications qu'ils utilisent. Le volume de données s'accroît à mesure qu'augmente le nombre de questions que les consommateurs règlent sur Internet et le nombre d'« objets » auxquels ils se connectent via l'Internet des objets.

<sup>251</sup> CNUCED, 2016, *Data Protection Regulation and International Data Flows: Implications for Trade and Development*, disponible sur [unctad.org/Data-Protection-Study](http://unctad.org/Data-Protection-Study).

**Encadré 13. Le respect de la vie privée en tant que droit de la personne humaine**

Le respect de la vie privée est assimilé à un droit fondamental de la personne humaine. Le droit à la vie privée est énoncé dans tous les grands instruments internationaux et régionaux consacrés aux droits de l'homme, notamment :

- La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948 : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes » (art. 12) ;
- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966 : « 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes » (art. 17).

Le droit à la vie privée figure également dans les textes suivants :

- Article 14 de la Convention des Nations Unies sur les travailleurs migrants ;
- Article 16 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ;
- Article 10 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant ;
- Article 4 de la Déclaration de Principes sur la liberté d'expression en Afrique (droit d'accéder aux informations), adoptée par l'Union africaine ;
- Article 11 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ;
- Article 5 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme ;
- Articles 16 et 21 de la Charte arabe des droits de l'homme ;
- Article 21 de la Déclaration des droits de l'homme de l'ASEAN ;
- Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Sources : CNUCED. *Cyber-law Tracker*<sup>252</sup> ; *Privacy International*<sup>253</sup>.

Le courtage de données est un nouveau secteur de plusieurs milliards de dollars, qui a grandi pour répondre à la demande sans cesse croissante de données, en exploitant de nombreux points de données pour glaner des informations de sources multiples (en ligne et hors ligne) sur les cyberconsommateurs et en combinant ces informations pour obtenir des profils individuels qui, bien qu'incomplets, sont suffisamment étoffés pour être segmentés en fonction des besoins des clients du courtier en données. Par exemple, selon la MIT Technology Review, la firme Axiom<sup>254</sup>, l'une des plus grandes entreprises mondiales de courtage de données, « détient en moyenne 1 500 unités d'information concernant plus de 500 millions de consommateurs dans le monde ... peut analyser 3 000 tendances différentes, telles que la préférence d'une personne pour telle marque plutôt que pour telle autre. Dans le cadre de son partenariat avec Facebook, Axiom peut ... [relier] des activités du monde réel à des activités sur le Web et [établir un lien

entre ses données] et 90 % des profils sociaux aux États-Unis »<sup>255</sup>.

Des travaux de recherche ont montré que les préoccupations suscitées par l'utilisation (à bon ou mauvais escient) de données à caractère personnel jouent un rôle central dans le renforcement de la confiance dans les marchés en ligne, comme on l'a vu au chapitre XII. Il est évident que la collecte de données personnelles ne se limite pas au commerce électronique, mais fait plutôt partie d'un phénomène beaucoup plus vaste, à savoir la collecte constante de données. Les médias sociaux, les applications personnalisées, les tech-à-porter, les plateformes de partage et le ciblage basé sur l'analyse des sites consultés exposent continuellement les personnes aux effets de la collecte, de l'agrégation et du partage de données. Ces effets inquiètent beaucoup et de plus en plus, à des degrés différents selon les pays ; selon un pistage annuel de données concernant les attitudes des cyberconsommateurs, 42 % des consommateurs aux États-Unis sont préoccupés par la protection de leurs données personnelles sur Internet<sup>256</sup> et au Royaume-Uni ces préoccupations

<sup>252</sup> [unctad.org/cyberlawtracker](http://unctad.org/cyberlawtracker).

<sup>253</sup> <https://www.privacyinternational.org/privacy-101>.

<sup>254</sup> <https://www.technologyreview.com/business-report/big-data-gets-personal/download/?redirectTo=%2Fs%2F514351%2Fhas-big-data-made-anonymity-impossible%2F#/join/>.

<sup>255</sup> [www.technologyreview.com/news/514351/has-big-data-made-anonymity-impossible](http://www.technologyreview.com/news/514351/has-big-data-made-anonymity-impossible).

<sup>256</sup> TRUSTe, 2015 *United States Consumer Confidence Index*, voir <http://bit.ly/1NIETKt>.

ont augmenté d'un tiers depuis 2014<sup>257</sup>. D'après l'Enquête mondiale CIGI-Ipsos de 2016 sur la sécurité et la confiance à l'égard d'Internet, 57 % des citoyens du monde étaient plus préoccupés par la protection de leur vie privée sur Internet qu'ils ne l'étaient l'année précédente. Huit sur 10 d'entre eux craignaient que leurs données ne soient achetées ou vendues ; 83 % des citoyens du monde avaient modifié leur comportement en ligne pour tenter de contrôler la quantité de leurs données personnelles qui étaient partagées en ligne<sup>258</sup>.

Une étude mondiale de 2014 portant sur 16 000 cyberconsommateurs dans 20 pays<sup>259</sup> a révélé que 74 % des cyberconsommateurs étaient préoccupés par la manière dont les entreprises utilisent leurs données personnelles obtenues en ligne. À l'échelle mondiale, 72 % des personnes interrogées ont répondu qu'elles ne savaient pas quelles informations les entreprises avaient à leur sujet et 63 % ne connaissaient pas leurs droits vis-à-vis des entreprises qui traitaient ces données. S'agissant des informations financières, en Europe, 55 % des personnes ont répondu qu'elles avaient peur d'être victimes de fraudes lorsqu'elles effectuent des transactions en ligne<sup>260</sup> et 58 % ont renoncé à un achat de peur que leur paiement ne soit pas bien sécurisé<sup>261</sup>. Ces craintes semblent tout à fait fondées, un rapport de 2015 ayant indiqué que les atteintes à la protection des données avaient augmenté de 40 % dans le monde l'année d'avant<sup>262</sup>.

Ces fortes préoccupations sont en partie dues au sentiment qu'ont les consommateurs de n'avoir plus aucun contrôle sur la manière dont les données sont collectées et sur la manière dont les entreprises les utilisent une fois qu'elles sont en leur possession. Le libellé des conditions d'utilisation, qui est supposé décrire dans le détail les pratiques des entreprises est opaque, long et complexe<sup>263</sup> et est conçu pour démontrer la conformité de l'entreprise aux règles et

limiter sa responsabilité et non pour être compris des consommateurs<sup>264</sup>. Les consommateurs n'ont d'autre choix que de « prendre ou de laisser » lorsqu'ils envisagent d'utiliser un service en ligne et ils ont rarement l'occasion d'affirmer leurs propres préférences. S'il est vrai que beaucoup d'entreprises préfèrent voir dans l'assiduité des cyberconsommateurs un signe de satisfaction ou d'acceptation, les travaux de recherche indiqueraient plutôt que les consommateurs se sont simplement résignés à accepter cette perte de contrôle<sup>265</sup>, ce qui aggrave la perte de confiance. Des travaux de recherche à l'échelle mondiale montrent que ce sentiment est très répandu, puisque 72 % des personnes interrogées admettent que cette perte de leur vie privée est inévitable, à cause des nouvelles technologies<sup>266</sup>. Selon un rapport du Forum économique mondial, il y a eu « une baisse de la confiance de toutes les parties. Les individus commencent à perdre confiance dans la manière dont les organisations et les gouvernements utilisent leurs données personnelles ; les organisations ont de moins en moins confiance dans leur capacité à sécuriser les données et à les utiliser pour créer de la valeur »<sup>267</sup>. C'est à cette méfiance, reconnue tant par les défenseurs des consommateurs que par les entreprises, que sont confrontés aujourd'hui les organismes de réglementation nationaux et internationaux.

## D. LA RÉGLEMENTATION DE L'ÈRE NUMÉRIQUE

La création d'une réglementation et d'une politique efficaces de nature à renforcer la confiance dans l'économie numérique est un défi pressant. Les plateformes en réseau, comme Facebook, Uber ou Airbnb ont montré que les services en ligne pouvaient se développer à très grande échelle en peu de temps, l'innovation avançant plus rapidement aujourd'hui que l'action des institutions chargées de protéger les consommateurs. En outre, ces services en ligne qui bouleversent tout ont une portée transnationale et exigent, de ce fait, une réponse coordonnée au niveau

<sup>257</sup> TRUSTe, 2015 *United Kingdom Consumer Confidence Index*, voir <http://bit.ly/1e51fJX>.

<sup>258</sup> <https://www.cigionline.org/internet-survey-2016>.

<sup>259</sup> Ipsos Mori, 2014, *Global Trends Survey*, voir <http://bit.ly/1RGHLvG>.

<sup>260</sup> CE, 2011, *Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union*, Eurobarometer 359, voir <http://bit.ly/1TjkP5t>.

<sup>261</sup> Econsultancy, 2011, *Why Do Consumers Abandon Online Purchases?*, voir <http://bit.ly/1QOoSSE>.

<sup>262</sup> Symantec, 2015, *Internet Security Threat Report*, voir <http://symc.ly/1Klmlm7>.

<sup>263</sup> A. M. MacDonald et L. Cranor, 2008, The cost of reading privacy policies, *IS: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, voir <http://www.is-journal.org>. L'analyse a conclu qu'il faudrait soixante-seize jours ouvrables à un internaute pour lire les politiques de confidentialité qu'il rencontre dans le courant d'une année.

<sup>264</sup> S'agissant du Royaume-Uni, l'analyse a révélé que 43 % de la population adulte anglaise ne pourrait pas comprendre les conditions et modalités de 2013 de Google. Voir E. Luger *et al.*, 2013, Consent for all: Revealing the hidden complexity of terms and conditions, proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems. Voir <http://bit.ly/1QhHv0C>.

<sup>265</sup> J. Turow *et al.*, 2015, *The Trade-Off Fallacy (Annenberg School for Communication, University of Pennsylvania)*, voir <http://bit.ly/1F4S958>.

<sup>266</sup> Ipsos Mori, 2014, *Global Trends Survey 2014*, voir <http://bit.ly/1RGHLvG>.

<sup>267</sup> Forum économique mondial, 2012, *Rethinking Personal Data: Strengthening Trust*, voir <http://bit.ly/1XEMyMQ>.

international, ce qui ralentit encore plus l'action. Des associations membres de Consumers International ont fait part de leurs préoccupations dans ce domaine et 80 % d'entre elles estiment que les législations, les réglementations et les normes en matière de réparation n'arrivent pas à évoluer aussi rapidement que l'économie numérique, et 76 % ont dit douter de l'efficacité des mesures de mise en œuvre<sup>268</sup>.

Pour prendre l'exemple de la législation relative à la protection des données, avant la récente série de révisions, la protection de la vie privée et des données des consommateurs n'a guère été prise en compte par l'Union européenne, les Nations Unies et l'OCDE depuis le siècle dernier. En 2016, les membres de l'Union européenne s'efforçaient encore de remanier des règles adoptées bien avant l'enregistrement de Google.com comme nom de domaine. Dans l'intervalle, un changement sans précédent s'est produit, pas seulement dans le volume de données collectées au niveau individuel, mais aussi dans la manière dont ces données sont utilisées par les entreprises et les organismes publics pour cerner les grandes tendances du comportement des consommateurs et des citoyens ou pour identifier, influencer ou cibler les individus.

Dans le contexte des changements perpétuels et des défis induits par la technologie et les flux de données mondiaux, les mécanismes de protection du consommateur doivent non seulement obéir à certains principes, mais aussi être souples et adaptables. Reste à savoir si des avancées telles que les Principes directeurs des Nations Unies et le Règlement général de l'Union européenne sur la protection des données sauront apporter des réponses efficaces au cas où le changement se produit au même rythme que pendant les vingt prochaines années. Les États-Unis ne fondent déjà plus leur politique de protection de la vie privée sur leurs « Principes régissant les pratiques équitables de traitement de l'information » et ont adopté à la place une « approche basée sur les dommages causés ». Plutôt que d'imposer des notifications et des choix coûteux pour toutes les utilisations de l'information » cette approche est conçue pour cibler les utilisations préjudiciables de l'information, en particulier « celles qui mettent en danger la sécurité physique ou risquent de causer des dommages économiques ou des immixtions injustifiées dans la vie quotidienne<sup>269</sup>. Ce genre de réorientations des politiques illustrent le

casse-tête que représente le volume croissant des transactions pour les organismes chargés de faire respecter les règles.

L'encadré 14 présente un « ensemble de principes reconnus applicables à la protection des données de base » élaboré par la CNUCED en s'inspirant de divers accords, dans le but de proposer un ensemble commun de principes et de faciliter la coopération internationale.

## E. LA RÉGLEMENTATION INTERNATIONALE

Les lois sur la protection des données sont différentes selon les pays, ce qui pourrait freiner le commerce électronique international. Par exemple, on assiste depuis peu à l'émergence de prescriptions sur la « localisation des données », qui sont considérées comme pouvant être lourdes de conséquences pour le commerce. En vertu de ces prescriptions, les données personnelles doivent être gardées dans leur pays d'origine soit en application d'une restriction juridique directe, soit en vertu d'autres dispositions prescriptives ayant le même effet (comme l'obligation pour les entreprises de s'enregistrer dans le pays). Les prescriptions relatives à la localisation des données sont très courantes dans certains secteurs spécifiques (notamment dans le secteur de la santé et dans celui des services financiers), mais elles le sont moins en ce qui a trait aux données de caractère général.

Plusieurs facteurs expliquent ces prescriptions sur la localisation des données : a) la crainte de voir des données locales exposées à des risques de sécurité accrus ou à une plus grande surveillance à l'étranger ; b) les préoccupations suscitées par le fait que d'autres pays pourraient dominer la fourniture de services sur Internet ; et c) une volonté de surveillance de la part des pouvoirs publics.

Deux pays souvent cités dans le contexte des exigences de localisation des données sont l'Indonésie et la Fédération de Russie, qui ont imposé des restrictions au transfert de données à l'étranger. Les entreprises doivent strictement s'y conformer dans les deux pays. D'autres pays ont envisagé l'imposition d'exigences similaires en matière de localisation des données (notamment le Brésil et la République de Corée), mais après des consultations étendues avec les parties intéressées, ces pays ont opté pour un mélange de plusieurs approches, comme on l'a vu plus haut.

Face à des politiques si différentes, il convient de rappeler que la protection de la vie privée et des données sont des droits fondamentaux des

<sup>268</sup> Consumers International, 2015, *State of Consumer Protection Survey 2014-15*.

<sup>269</sup> M. Panzera, 2013, Talking points regarding data security, International Forum on Justice and Consumer Rights (Wuhan, Chine). Ces principes sont les suivants : notification/sensibilisation, choix/consentement, accès/participation, intégrité/sécurité et exécution/réparation.

#### Encadré 14. Principes applicables à la protection des données de base

Ces principes sont les suivants :

1. **Transparence** : les organisations doivent faire preuve de transparence en ce qui a trait à leurs pratiques en matière de données personnelles.
2. **Limitation de la collecte des données** : la collecte de données personnelles doit être limitée, licite et loyale ; le consommateur doit en avoir connaissance et/ou donner son consentement.
3. **Spécification de l'objet** : le but de la collecte et de la divulgation des données doit être précisé au moment de la collecte.
4. **Limitation de l'utilisation** : l'utilisation ou la divulgation doit être limitée à des fins spécifiques ou en étroite corrélation.
5. **Sécurité** : les données à caractère personnel doivent faire l'objet de mesures de sécurité appropriées.
6. **Qualité des données** : les données personnelles doivent être pertinentes, exactes et à jour.
7. **Accès et correction** : les personnes concernées doivent pouvoir accéder à leurs données personnelles et les corriger.
8. **Responsabilité** : les responsables du traitement des données doivent veiller au respect des principes de protection des données.

La CNUCED a constaté que ces huit principes figurent sous une forme ou une autre dans tous les principaux accords et lignes directrices internationaux et régionaux en matière de protection des données<sup>270</sup>. Elle signale un principe additionnel – la limitation du champ de la collecte des données – qui n'apparaît que dans la Directive de l'Union européenne concernant la protection des données, mais qu'elle considère comme très important mondialement.

Source : CNUCED, 2016, *Study on Data Protection and International Data Flows*<sup>271</sup>.

personnes humaines, donc des consommateurs, comme on l'a vu dans la section B du chapitre XII, et qu'elle est reconnue (sans employer le mot « droit ») dans les Principes directeurs. Les mesures de protection des données peuvent devenir des obstacles aux échanges commerciaux. Toutefois, l'article XIV.c de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) autorise clairement l'adoption de restrictions au commerce, notamment de mesures se rapportant « à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels », mais ce, précise l'article en question, « sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services ». Lors de la négociation de l'Accord de partenariat économique transpacifique (TPP), certains libellés repris de l'AGCS constituent, selon la CNUCED, une restriction déguisée au commerce et représentent, de ce fait, la « règle la plus intéressante » du TPP. En général, selon certains rapports, le TPP « n'impose pas réellement de prescriptions catégoriques importantes en matière de protection des données, mais traite clairement de l'équilibre à établir entre les lois relatives à la protection des données et des considérations d'ordre commercial. En particulier, il limite la portée

des règles de protection des données que les signataires peuvent inclure dans leurs lois nationales »<sup>272</sup>.

L'interprétation de la CNUCED est que toute entreprise affectée par une restriction des transferts transfrontières de données peut contester la loi comme étant « une restriction déguisée au commerce », mais elle considère que ce serait une tâche difficile pour toute restriction autre que les plus extrêmes. Cette clause semble établir un nouvel équilibre entre la protection de la vie privée et les restrictions commerciales et, à l'avenir, ce libellé pourrait figurer dans tous les accords internationaux.

L'encadré 15 montre comment l'Accord « Safe Harbour » ou Accord sur la Sphère de sécurité avait tenté d'empêcher que les différences existant entre les régimes de protection des données ne deviennent un obstacle au commerce.

<sup>270</sup> CNUCED, 2016, op. cit. Les principes s'inspirent principalement des lignes directrices de l'Union européenne sur la protection des données et de la Convention 108 du Conseil de l'Europe. L'« ordre » et la « terminologie » indiquent qu'il s'agit d'une version modifiée des travaux de Graham Greenleaf sur cette question. Voir, par exemple, « Standards by which to assess data privacy law » dans G. Greenleaf, 2014, *Asian Data Privacy Laws* (Oxford).

<sup>271</sup> [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2016d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlstict2016d1_en.pdf).

<sup>272</sup> CNUCED, 2016, op. cit.

**Encadré 15. De la Sphère de sécurité au bouclier de protection des données**

Dès le début de 2016, 32 des 34 pays membres de l'OCDE avaient adopté des lois détaillées sur la protection des données. Durant la rédaction du présent manuel, le Parlement turc a adopté un projet de loi sur la protection des données, qui vise à harmoniser le régime turc avec celui de l'Union européenne. Ainsi, la seule exception était les États-Unis (qui utilisent une approche sectorielle pour la protection des données plutôt que d'une loi unique).

La directive 95/46 de la Commission européenne relative à la protection des données, qui a pris effet en 1998, interdit le transfert de données à caractère personnel aux pays n'appartenant pas à l'Union européenne qui ne satisfont pas à la norme européenne assurant un « niveau de protection adéquat » de la vie privée. L'Union européenne exige que les autres pays qui importent des données de l'Union créent des organismes publics indépendants chargés de la protection des données et enregistrent des bases de données auprès de ces organismes. Pour aplanir les divergences entre leurs juridictions respectives, en 2000, les États-Unis et l'Union européenne ont adopté un cadre pour le transfert des données dit de la « Sphère de sécurité » (« Safe Harbour »), qui certifiait que les entreprises aux États-Unis se conformaient aux exigences de l'Union européenne. Toute violation des règles pourrait déclencher une intervention de la Commission fédérale du commerce des États-Unis (FTC) pouvant entraîner la radiation des entreprises concernées de la liste approuvée par le Département du commerce des États-Unis.

À la suite d'une plainte d'un citoyen de l'Union européenne alléguant que ses données, après avoir été transférées aux États-Unis, n'avaient pas bénéficié du même niveau de protection qu'en droit européen, la Cour de justice européenne a statué, en octobre 2015, que la présomption d'un niveau de protection adéquat en application des principes de la Sphère de sécurité n'empêchait pas les citoyens européens de contester la décision 520 (2000) initiale dans l'exercice de leurs droits et libertés personnels. En outre, l'arrêt de la Cour a invalidé la décision certifiant le caractère adéquat de la protection des données aux États-Unis, au motif que cette décision avait été adoptée sans imposer de limites suffisantes à l'accès aux données à caractère personnel par les pouvoirs publics. La Cour a constaté que la Sphère de sécurité n'assurait pas un traitement des données qui soit « strictement nécessaire » et « proportionné » comme l'exigeait la directive de l'Union européenne sur la protection des données. En conséquence, les membres de la Sphère de sécurité ne pouvaient plus bénéficier de la présomption d'un niveau de protection adéquat qui permettait le transfert de données de l'Union européenne aux États-Unis.

L'une des suites importantes de cette affaire a été la renégociation de l'accord sur la Sphère de sécurité, et l'adoption, en février 2016, d'un nouveau texte désormais connu sous le nom de Bouclier de protection des données UE-États-Unis. Le nouveau dispositif prévoit notamment un renforcement des mesures de surveillance et d'exécution, un nouveau médiateur et de nouvelles limitations et conditions dans le domaine de la surveillance. Toutefois, en avril 2016, le groupement des autorités européennes chargées de la protection des données a signalé plusieurs lacunes dans le Bouclier de protection des données nouvellement négocié, bien que celui-ci soit vu comme une amélioration par rapport au cadre établi par la Sphère de sécurité. Le Groupe de travail consultatif « Article 29 » de l'Union européenne a demandé à la Commission européenne de résoudre les problèmes qui le préoccupaient afin d'assurer que « le Bouclier offre bien un même niveau de protection qu'en droit européen »<sup>273</sup>. Enfin, en application d'une décision de la Commission européenne concernant le caractère adéquat du niveau de protection offert aux États-Unis, le nouveau Bouclier de protection des données a pris effet le 1<sup>er</sup> août 2016. Le Forum « Consumer Dialogue », dont les membres sont des organisations de consommateurs aux États-Unis et dans l'Union européenne qui n'ont jamais cessé de critiquer la Sphère de sécurité et le Bouclier de protection des données, ont demandé instamment une mesure relativement simple, à savoir que les États-Unis deviennent « pleinement parties, sans réserve excessive, à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel adoptée par le Conseil de l'Europe (Série des traités européens n° 108) et à son Protocole additionnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données (Série des traités européens n° 181), ces deux instruments étant ouverts aux États non membres de l'Union et offrant les normes de protection des données les plus étendues et les plus acceptées au niveau international »<sup>274</sup>.

Sources : CNUCED, *Study on Data Protection and International Data Flows (2016)* ; *Trans-Atlantic Consumer Dialogue, Resolution on the European-Union Privacy shield proposal*, 7 avril 2016 ; Susan Aaronson, *The digital trade imbalance and its implications for internet governance; Global Commission on Internet Governance, Chatham House, paper 25, 2016* ; communiqué de presse du 12 juillet 2016 de la CE, FAQs.

<sup>273</sup> Art. 29, « Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel », 16/EN 238 Opinion 1/2016 on the EU-US Privacy Shield Draft Adequacy Decision, 13 avril 2016. [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm)

<sup>274</sup> Transatlantic Consumer Dialogue, 2016, Resolution on the EU-US Privacy Shield Proposal (7 avril).

## F. LA TECHNOLOGIE PEUT-ELLE RÉSOUDRE LES PROBLÈMES QU'ELLE A CRÉÉS ?

Compte tenu des limitations de plus en plus évidentes des approches traditionnelles, il faudrait peut-être rechercher la solution aux difficultés causées par les innovations passées dans d'autres innovations. Le commerce électronique a toujours su apporter de nouvelles solutions ; l'apparition de nouveaux outils et services de maîtrise des données qui restituent aux consommateurs un certain contrôle direct sur leurs données semble indiquer que la réponse aux préoccupations concernant les données pourrait se trouver dans la réglementation et la législation.

Les solutions traditionnelles aux problèmes de protection ont essentiellement consisté à instituer des contrôles sur la manière dont les entreprises collectent, stockent et utilisent les données à caractère personnel, et s'en remettent aux organismes de réglementation et aux entreprises pour faire fonctionner le système, les consommateurs étant réduits au rôle passif de « sujet des données » ayant peu de marge de manœuvre. Cette conception classique de la législation et de la réglementation ne rassure pas toujours. Dans l'Union européenne, par exemple, qui a l'un des régimes de protection des données les plus stricts au monde, la confiance des consommateurs dans la manière dont les données sont traitées reste faible<sup>275</sup>.

Il existe des technologies personnalisables et peu coûteuses capables d'assurer la protection de la vie privée et le respect des préférences des consommateurs en matière de partage des données ; ainsi, de nouveaux outils et services aident les individus à mieux contrôler la manière dont leurs données sont collectées et utilisées, par qui et à quelle fin<sup>276</sup>. Ces nouveaux outils de maîtrise des données personnelles, contrairement à la réglementation traditionnelle, remettent les préférences individuelles des consommateurs dans l'équation et ne se limitent pas à proposer des cases à cocher pour indiquer un consentement éclairé et ne sont pas assortis de conditions et de modalités onéreuses. On peut citer comme exemples les applications pour smartphones qui alertent l'utilisateur lorsque ses données sont

### Encadré 16. Quelques exemples d'outils et de systèmes de maîtrise des données

- **Les outils de stockage pour données personnelles** : stockage sécurisé des données, avec autorisation de les partager avec des entreprises et des services publics agréés par l'utilisateur et suivant des modalités fixées par lui. Ces systèmes sont également capables de vérifier l'utilisation qui est faite des données et lorsqu'une utilisation ne répond pas aux critères fixés, ils peuvent alerter l'utilisateur ou réparer la faille.
- **La configuration personnalisée des autorisations** : le consommateur peut, sur un tableau de bord, indiquer et modifier les privilèges en matière de partage de données, activer des autorisations horodatées, lesquelles expirent aussitôt le choix effectué, et voir quelles données vont où.
- **Les réseaux de confiance** : les choix en matière de partage de données sont simplifiés grâce à la création d'un réseau de fournisseurs agréés et de confiance qui s'engagent à utiliser les données de l'utilisateur en respectant les conditions et modalités fixées par lui<sup>a</sup>.

Source : CNUCED.

<sup>a</sup> Citizens Advice, 2015, *Personal Data Empowerment: Time for a Fairer Data Deal?* voir <https://www.citizensadvice.org.uk/Global/Public/Corporate%20content/Publications/Personal%20data%20empowerment%20report.pdf>.

consultées en dehors de son champ de préférences et les outils qui permettent de « voir dans les coulisses » quelles données sont collectées et par qui. En fait, ces services assument le rôle d'intermédiaires entre les fournisseurs et les consommateurs et assurent le respect des préférences de ces derniers en matière de partage et d'utilisation des données.

Les outils et services de maîtrise des données sont une nouvelle manière, parmi d'autres, de répondre aux risques et préoccupations associés à la protection des données et de la vie privée, une approche qui permet de faire fond sur la réglementation sans toutefois envier la nécessité. C'est un marché naissant, mais qui pourrait renforcer la confiance des consommateurs en les impliquant directement et en leur donnant plus d'emprise sur les usages que font les entreprises de leurs données personnelles. Toutefois, de la même manière que les obligations de partage des informations ou les politiques communes de renvoi des marchandises ont aidé à établir la confiance dans les transactions électroniques transfrontières, les systèmes coordonnés de réglementation à l'échelon international peuvent contribuer, dans les domaines

<sup>275</sup> Selon l'Eurobaromètre 431 spécialement consacré à la protection des données (2015), les Européens sont généralement préoccupés par les conséquences d'un usage abusif de leurs données. Parmi les personnes interrogées ayant répondu qu'elles avaient l'impression de ne pas maîtriser entièrement leurs données personnelles, plus des deux tiers ont dit que cette perte de contrôle les inquiétait. Voir <http://bit.ly/1HjvAil>.

<sup>276</sup> Pour plus d'exemples, voir Citizens Advice, 2015, *Personal Data Empowerment: Time for a Fairer Data Deal?* voir <http://bit.ly/1XtrlBG>.

suiuants, à leur développement pour qu'elles soient florissantes :

- **La défense et la protection des droits** : des protocoles reconnus et respectés relatifs à la notification des violations de données et aux recours possibles permettraient au consommateur de mieux comprendre comment ses droits seraient défendus. Des protocoles de règlement des litiges pouvant être mis en œuvre à l'échelle mondiale pourraient être mis en place pour faire face aux difficultés que pourrait rencontrer le consommateur ;
- **L'établissement de normes minimales** : des normes reconnues de confidentialité pourraient envisager l'inclusion d'un niveau plus élevé de protection parmi les réglages par défaut dans le cas des services. Les données devraient être cryptées pour mieux les sécuriser ;
- **Les mesures incitatives encourageant les bonnes pratiques** : les opérateurs des systèmes de stockage de données à caractère personnel ou de réseaux de confiance pourraient être tenus de respecter des normes de transparence et d'audit extrêmement strictes exigeant des références reconnaissables pour aider les consommateurs à choisir parmi les fournisseurs ;
- **La création d'un marché concurrentiel** pour les services offrant aux consommateurs la possibilité de contrôler et de gérer facilement leurs préférences en matière de protection et de partage de données à caractère personnel. Un facteur déterminant à cet égard est l'établissement du droit à la portabilité des données et de spécifications convenues pour l'interopérabilité des plateformes, pour que les préférences individuelles en matière de protection et de partage des données privées puissent être agrégées par une personne et transportées facilement entre différents services. Ceci permettrait au consommateur d'avoir une partie de la valeur utilitaire de ses données<sup>277</sup>.

D'autres options offrant une plus grande flexibilité, telles que le blocage des « cookies » des annonces publicitaires, se développent de plus en plus, permettant au consommateur de faire un choix positif ou négatif. Cependant, les initiatives et les choix personnels n'offrent pas une base assez solide pour la

protection des données personnelles. Le principe du consentement du consommateur a été examiné ailleurs dans le présent manuel, la conclusion étant que les services financiers, par exemple. Bien que les instructions du client jouent un rôle de plus en plus grand, comme on l'a vu plus haut, les mécanismes de consentement risquent d'être généralement trop astreignants, sauf pour les consommateurs les plus assidus. De l'avis de la CNUCED, le principe du « consentement » signifie que chaque consommateur est capable de consentir au transfert de ses données à un pays étranger. C'est possible dans l'Union européenne et dans quelques pays, sous réserve d'autres conditions concernant la nature du consentement. La CNUCED en conclut que « le consentement peut être difficile à démontrer et s'avérer compliqué tant pour les entreprises que pour les consommateurs et, dans bien des cas, ne garantit pas la protection »<sup>278</sup>.

Il reste beaucoup de progrès à faire. La CNUCED propose un résumé de ce qu'elle considère être les sept difficultés de l'établissement de cadres juridiques équilibrés et compatibles sur le plan international. Ces difficultés sont présentées dans l'encadré 17.

## G. CONCLUSION

L'utilisation de plus en plus répandue de données à caractère personnel est une conséquence inévitable du passage à l'ère du numérique dans les relations avec les consommateurs. C'est aussi vrai pour les pays en développement que pour les pays développés, vu l'essor du commerce mobile dans le monde entier. Des associations de consommateurs et des organismes de protection des consommateurs ont recommandé la collecte de certaines données personnelles, par exemple dans le contexte des pratiques de prêt responsables, pour déterminer la solvabilité des emprunteurs et les protéger contre la prise d'engagements excessifs (voir le chapitre XIV). Cependant, ces données sont sensibles par définition et des sauvegardes robustes sont nécessaires, comme celles instituées en 2011 aux États-Unis par le Conseil chargé de la protection financière des consommateurs. En vertu de ces dispositions de sauvegarde, les entités qui utilisent des données personnelles doivent adresser au consommateur une notification initiale, suivie de notifications annuelles, pour l'informer sur le type d'informations personnelles non publiques qui sont collectées et divulguées, les catégories d'entités affiliées et les autres tiers auxquels ces informations sont transmises et son droit de refuser que ses données soient divulguées. Le Brésil a adopté

<sup>277</sup> L. Coll, 2016, Cross-border e-commerce: building consumer trust in international data flows, dans CNUCED, Data Protection Regulations and International Data Flows: Implications for Trade and Development, disponible sur [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dt16d1\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dt16d1_en.pdf).

<sup>278</sup> CNUCED, 2016, op. cit.

### Encadré 17. Principaux défis de la protection des données

1. **Le manque de couverture juridique** : il n'existe aucun accord mondial consacré à la protection des données. Trois lacunes doivent être comblées en ce qui a trait à la couverture nationale :
  - a) Un grand nombre de pays n'ont absolument aucune loi sur la protection des données ;
  - b) Un nombre non négligeable de pays n'ont que des lois partielles ou des lois contenant des exemptions importantes ;
  - c) Dans certaines circonstances, une entreprise peut limiter la portée de ses promesses en matière de protection de la vie privée (généralement en petits caractères dans la description des politiques de protection de la vie privée).
2. **Les nouvelles technologies** :
  - a) L'informatique en nuage ;
  - b) L'Internet des objets ;
  - c) L'analyse de mégadonnées.
3. **La gestion des restrictions au transfert transfrontière des données** : beaucoup d'options et de mécanismes permettent de gérer les flux de données tout en protégeant les droits des citoyens. Les plus répandus consistent à :
  - a) Autoriser des transferts ponctuels de données sous réserve de dérogations ou de « critères » bien connus (par exemple, l'exécution d'un contrat, les situations d'urgence et les demandes légales légitimes) ;
  - b) Autoriser le transfert ininterrompu de données lorsque le pays de destination assure un niveau équivalent de protection (comme pour la Sphère de protection/le Bouclier de protection) ;
  - c) Autoriser le transfert de données lorsque l'entreprise d'origine des données accepte d'être tenue responsable de toute violation (c'est une nouvelle approche adoptée, par exemple, dans le cadre de protection de la vie privée de l'APEC et dans une moindre mesure dans les lois australiennes et japonaises) ;
  - d) Autoriser le transfert de données lorsqu'une entreprise a l'obligation de respecter un ensemble de règles d'entreprise contraignantes qui s'appliquent à toutes ses activités (cette approche est utilisée dans l'Union européenne et, à un degré moindre, dans les lois de certains pays, comme la Colombie et le Japon, par exemple) ;
  - e) Autoriser le transfert de données lorsqu'un accord juridique bien spécifique a été conclu entre les juridictions concernées (par exemple, les accords conclus entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers par les transporteurs aériens et sur les services financiers) ;
  - f) Combiner toutes ces options.
4. **La recherche d'un équilibre entre la surveillance et la protection des données : la plupart des lois et des réglementations sont muettes sur cette question qui retient particulièrement l'attention, surtout depuis certaines révélations sur l'étendue des mesures de surveillance. Il faudrait divulguer l'ampleur générale, la portée et la finalité des mesures de surveillance, même si certains détails opérationnels restent secrets** :
  - a) La surveillance devrait être limitée à la poursuite d'objectifs spécifiques liés à la sécurité nationale et à l'application de la loi ;
  - b) La collecte des données personnelles durant la surveillance doit « répondre à une nécessité et être proportionnée » par rapport à l'objectif de la surveillance ;
  - c) Les activités de surveillance devraient faire l'objet de mesures fortes de surveillance et de gouvernance ;
  - d) Toutes les personnes qui font l'objet de données devraient avoir le droit à un règlement efficace des litiges et aux réparations prévues par la loi en matière de surveillance (indépendamment de leur nationalité) ;
  - e) La participation du secteur privé à la surveillance devrait être limitée à une assistance appropriée en réponse à une demande spécifique ;

- f) Les organisations du secteur privé devraient pouvoir divulguer (en termes généraux) la nature et la fréquence des demandes de données personnelles qu'elles reçoivent du gouvernement, des services de répression et des agences de sécurité.
5. **Le renforcement des mesures destinées à faire respecter la loi** : on observe une tendance à renforcer les pouvoirs de répression et les sanctions dans le domaine de la protection des données. Le renforcement des mesures destinées à faire respecter la loi a été l'un des principaux thèmes de la modification et de la mise à jour des lois (notamment en Australie, dans l'Union européenne, à Hong Kong (Chine) et au Japon).
6. **La détermination de la juridiction compétente** : c'est l'un des principaux aspects des réglementations relatives à la protection des données, en partie parce que les flux de données transfrontières sont omniprésents, en partie parce qu'il n'existe aucun accord mondial sur la protection des données (ce qui explique la fragmentation de la réglementation dans ce domaine).
7. **La gestion de la conformité** : certains règlements de protection des données sont critiqués parce que leur application est jugée trop compliquée ou trop coûteuse, ou parce qu'ils représentent une charge beaucoup trop lourde pour les petites entreprises.
- Source : CNUCED. Study on Data Protection and International Data Flows (2016)<sup>279</sup>.*

279

une réglementation similaire en 2010, qui interdit, entre autres, toute exploitation des données sans rapport avec les finalités pour lesquelles elles ont été communiquées. En règle générale, on considère que l'imposition de limitations à l'utilisation des données encourage les comportements responsables sur le marché, surtout si un organisme de réglementation monte la garde.

Comme on l'a vu plus haut, ce sont les transactions transfrontières qui inquiètent le plus les consommateurs. D'autres facteurs les découragent également de prendre part au commerce électronique transfrontière, mais de tous les facteurs c'est la possibilité que les données qu'ils communiquent en ligne soient utilisées dans le contexte d'interactions numériques plus larges qui les préoccupe le plus. Pour que le commerce électronique se développe à

l'intérieur des pays et entre eux, les organismes de réglementation ne doivent pas seulement s'intéresser à l'alignement des régimes et des règles par-delà les frontières ; ils doivent aussi trouver le moyen de créer un espace dans lequel des approches novatrices du genre de celles décrites plus haut pourraient contribuer au renforcement de la confiance dans l'utilisation des données. La mise en place de mécanismes faciles à utiliser, permettant au consommateur de contrôler et de choisir qui voit ou conserve ses données et à qui elles sont diffusées, ainsi que de comprendre, dans la transparence, à quelles fins elles sont utilisées (dans le respect de règles internationalement acceptées), aiderait à créer un environnement de confiance dans lequel les consommateurs pourraient tirer le meilleur parti des possibilités offertes par le commerce électronique.

<sup>279</sup> CNUCED, 2016, op. cit.



# TROISIÈME PARTIE

## La protection du consommateur et les biens et services de base



## XIV. Les services financiers

### A. LES SERVICES FINANCIERS DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Avec l'inclusion du commerce électronique, celle des services financiers dans les Principes directeurs révisés était l'une des nouveautés les plus attendues. En effet, il aurait été étrange de ne pas les inclure, compte tenu de la crise financière et de ses répercussions sur les consommateurs du monde entier. La résolution portant adoption des Principes directeurs se réfère à la crise en reconnaissant, à juste titre, que celle-ci avait « remis à l'ordre du jour la question de la protection du consommateur », une indication que des mesures de réglementation et de répression sont clairement envisagées. On retrouve dans la nouvelle section V.J (par. 66 à 68) des termes similaires à ceux qui sont employés dans la résolution ; il y est question de réglementation, de mesures de surveillance et de répression, d'éducation et d'acquisition de connaissances financières, de divulgation d'informations, de comportement responsable des entreprises, de protection des données et d'inclusion financière.

Certains détails sautent aux yeux. La responsabilité des entreprises en ce qui a trait aux actions de leurs mandataires est traité au paragraphe 66 e) ; les prêts responsables et la vente de produits financiers « adaptés » (traitées toutes deux dans le paragraphe 66 f) sont deux questions connexes, qui ont été incluses dans les Principes directeurs à la lumière de la crise financière. Les envois de fonds, en particulier la transparence des coûts associés (par. 66 h)), question d'une importance majeure pour les pays en développement et les travailleurs migrants, figurent pour la première fois dans les Principes directeurs.

D'autres détails sont mentionnés ailleurs dans les Principes directeurs révisés. Le paragraphe 40 traite des « procédures collectives de règlement » et mentionne, en particulier, les affaires de surendettement et de faillite. Les services financiers ont été ajoutés à la liste des sujets importants (par. 44 h) qui devraient faire partie des programmes d'éducation et d'information des consommateurs.

La version précédente des Principes directeurs traitait déjà du crédit à la consommation, qui figure au paragraphe 26 de la nouvelle version dans lequel il est dit que « les consommateurs devraient être protégés contre des abus contractuels tels que les contrats

léonins, l'exclusion de droits essentiels dans le texte des contrats ou l'imposition de conditions de crédit exorbitantes ». Le paragraphe 44 préconise la mise en place de programmes d'éducation et d'information des consommateurs portant sur « des aspects importants de la protection du consommateur, à savoir : ... les conditions de crédit... ».

Les assurances, par contre, sont à peine mentionnées dans les Principes directeurs. Elles ne sont explicitement mentionnées que dans la section sur les services financiers, au paragraphe 66c dans lequel les États membres sont invités à encourager la mise en œuvre de « mécanismes appropriés de contrôle et d'assurance destinés à protéger les avoirs des consommateurs, y compris leurs dépôts ». Mais c'est en fait une référence à la garantie des dépôts contre le risque d'effondrement des institutions plutôt qu'aux régimes d'assurance protégeant les effets personnels des ménages.

Les services d'assurance et d'autres services se recourent de plus en plus, au niveau de leur vente, et la démarcation entre les deux types de services est devenue beaucoup plus floue. Certains des abus observés au cours des quinze dernières années se sont produits quand des banques se sont lancées dans la vente d'assurances. Les services d'assurance au détail ne sont pas directement traités dans les Principes directeurs. Le paragraphe 68 renvoie à d'autres documents pertinents et invite les États membres à les étudier et à s'en inspirer éventuellement. Ce sont : les Principes de haut niveau sur la protection financière des consommateurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques et du G20 ; les Principes de l'inclusion financière novatrice du G20 ; et les bonnes pratiques pour la protection financière des consommateurs de la Banque mondiale<sup>280</sup>. Les principes de haut niveau du G20 ne se réfèrent pas nommément aux services d'assurance, mais mentionnent tous les produits financiers vendus directement aux consommateurs. Le texte des bonnes pratiques de la Banque mondiale contient tout un chapitre sur les services d'assurance. Ces nombreux renvois à d'autres documents élargissent le champ des Principes directeurs, mais il s'agit de documents qui, globalement, sont

<sup>280</sup> OCDE, 2011, *Principes de haut niveau du G20 sur la protection financière des consommateurs* ; Banque mondiale, 2012, *Good Practices for Financial Consumer Protection* ; G20 Financial Inclusion Experts Group, Access through Innovation Sub-group, 2010, *Innovative Financial Inclusion: Principles and Report*.

plus copieux que les Principes directeurs. Par contre, les Principes directeurs couvrent certaines questions, notamment les envois de fonds, les prêts responsables et l'assurance des dépôts bancaires, qui ne figurent pas dans les Principes de haut niveau du G20. Le présent chapitre porte surtout sur le crédit et l'assurance.

## B. LES FONCTIONS ET LES FORMES DU CRÉDIT À LA CONSOMMATION

De nombreuses transactions des consommateurs sont financées en partie ou entièrement par le crédit, qui joue un rôle important dans les achats de biens et de services. Sans ce service financier, beaucoup de transactions n'auraient simplement pas lieu. Ainsi, l'accès au crédit peut grandement contribuer au bien-être des consommateurs, stimuler la croissance économique et promouvoir l'inclusion financière. Cependant une croissance non maîtrisée de l'endettement des consommateurs peut déstabiliser le secteur du crédit et toute l'économie. Pareille croissance peut créer des bulles sur le marché, qui, lorsqu'elles éclatent, laissent derrière elles des consommateurs surendettés et une reprise économique difficile. Par conséquent, la réglementation du crédit à la consommation peut contribuer à la stabilité du système financier.

L'aspect le plus complexe de l'octroi de crédit est l'équilibre qu'il faut établir entre l'accès au crédit pour ceux qui en ont le plus besoin et le refus de cet accès à ceux qui ne peuvent pas ou ne veulent pas honorer leur obligation de rembourser leur dette. Une exposition excessive au crédit peut créer de graves problèmes, notamment en poussant les consommateurs à accepter des engagements trop lourds et impossibles à tenir. Il faut faire en sorte que les prêteurs ne se livrent pas de manière irresponsable à une « chasse au crédit » et que les particuliers ne contractent pas des emprunts qui les conduiront inévitablement au défaut de paiement. Les facilités de crédits et la publicité intensive les concernant peut placer le consommateur dans une situation difficile. Premièrement, il y a la tentation d'effectuer des achats impulsifs ou de trop dépenser. Deuxièmement, le crédit a un prix, bloque les revenus futurs et augmente le prix réel du produit. Troisièmement, en cas de différend avec les créanciers ou de manquement aux obligations associées au prêt, le consommateur risque de perdre sa marchandise, de voir ses biens retenus en garantie et de ne plus être admissible au bénéfice de nouveaux crédits.

L'expression « crédit à la consommation » désigne généralement les crédits octroyés à un particulier, essentiellement pour un usage personnel, domestique

ou familial. Il ne désigne pas les crédits accordés à des fins commerciales. Dans beaucoup de pays, les crédits à la consommation aux particuliers et les crédits commerciaux ne sont pas toujours indissociables ; c'est le cas, par exemple, lorsqu'un particulier utilise sa carte de crédit pour financer une activité commerciale. Un problème qui n'est pas souligné aussi souvent qu'il le devrait est que beaucoup de petites entreprises échouent parce qu'elles n'arrivent pas à honorer des obligations financières découlant de prêts à la consommation<sup>281</sup>. De nombreux produits de la microfinance vendus dans les pays en développement pour des dépenses de consommation sont conçus pour financer des activités de production, encore que leur bilan dans ce domaine soit mitigé, aussi bien à court qu'à moyen terme.

### 1. Les pauvres paient plus cher que les autres

Les familles à faible revenu sont peut-être confrontées à des problèmes particulièrement graves en ce qui a trait au crédit. Elles ne sont pas admissibles au bénéfice de prêts ou, quand elles le sont, paient plus pour ces prêts que les emprunteurs plus aisés. Elles peuvent finir par acheter des produits de mauvaise qualité et chers. Ceci ajoute aux coûts et est un exemple particulièrement clair du syndrome de la pénalisation des pauvres identifié par David Caplovitz<sup>282</sup>. Dans son étude de référence sur les ménages pauvres de New York pendant les années 1960, il est arrivé à la conclusion que le coût du crédit et des biens de consommation durables était plus élevé pour les pauvres que pour d'autres couches de la société. Plus de quarante ans plus tard, on arrive à des conclusions similaires pour les services financiers<sup>283</sup>. Certains craignent qu'en période de récession, les familles ayant un revenu modeste n'aient tendance à recourir au crédit pour maintenir leurs habitudes de consommation à mesure que leur revenu baisse (nourriture, loyer etc.) – un syndrome qui révèle « qu'ils mangent des crédits »<sup>284</sup>. Les situations d'urgence peuvent entraîner les consommateurs dans le sous-secteur des prêts à court terme à taux élevés (par exemple, les prêts sur salaire mentionnés précédemment).

<sup>281</sup> I. Ramsay, 2016, Changing policy paradigms of EU consumer credit and debt regulation, paru dans D. Leczykiewicz et S. Weatherill (eds.), *The Image of the Consumer in EU Law* (Hart).

<sup>282</sup> D. Caplovitz, 1963, *The Poor Pay More* (New York).

<sup>283</sup> R. Bates *et al.*, 2008, *Poor Choices: The Limits of Competitive Markets in the Provision of Essential Services to Low Income Consumers* (Energywatch).

<sup>284</sup> R. Rajan, 2010, *Fault Lines: How Hidden Fractures Still Threaten the World Economy* (Princeton).

### Encadré 18. Le microcrédit et le microfinancement

Le microfinancement doit sa notoriété mondiale actuelle à une évolution des activités de financement en Asie du Sud pendant le premier quart du siècle dernier. En Inde, le mouvement a gagné du terrain avec la création, en 1982, de la Banque nationale pour l'agriculture et le développement rural pour soutenir les initiatives de microfinancement au niveau du financement et des politiques de développement, dans le cadre d'un programme lié au secteur bancaire dès 1992. La reconnaissance de ce mode de financement a atteint son apogée avec l'attribution d'un prix Nobel au fondateur de la Grameen Bank au Bangladesh, Muhammad Yunus. Le concept s'est répandu dans le monde entier, gagnant l'Afrique et l'Amérique latine jusqu'à arriver dans les pays développés. Cependant, après avoir été vanté partout, le microfinancement a traversé un genre de crise morale à mesure qu'il prenait de l'ampleur. En 2008, M. Yunus a montré du doigt les institutions commercialisées de microfinancement et a mis en garde contre « les nouveaux usuriers agissant au nom du microcrédit ».

Plusieurs facteurs expliquent ce retournement de réputation. Le secteur du microfinancement s'est déplacé des marchés ruraux aux marchés urbains et la clientèle s'est mise à contracter des microcrédits auprès de plusieurs établissements de microfinancement à la fois – un prêt servant vraisemblablement à rembourser un autre. Certaines pratiques indésirables sont apparues, comme « l'épargne forcée ». Par exemple, un établissement de microfinancement accordait un crédit de 100 dollars, mais prélevait 25 dollars sur cette somme pour être déposés dans un « compte d'épargne » sur lequel le consommateur ne touchait pas d'intérêts. Au contraire, il continuait à payer des intérêts sur l'intégralité de la somme empruntée, si bien que le barème des taux devenait plus complexe que d'habitude. Parmi les autres pratiques inquiétantes qui ont vu le jour à l'époque, on peut citer : le fait qu'une copie de l'accord de prêt n'était pas donnée au client ; des pratiques inappropriées consistant, par exemple, à exiger des garanties représentant 300 % à 400 % le montant du prêt ; la non-utilisation des procédures obligatoires d'enregistrement ; et la vente des actifs donnés en garantie sans le consentement du consommateur et sans respecter les procédures prévues par la loi.

La réputation du microfinancement a été gravement ternie en 2010 dans l'État d'Andhra Pradesh, en Inde, dans lequel 120 emprunteurs se seraient suicidés en raison de difficultés financières liées aux taux d'intérêt élevés pratiqués par des établissements de microfinancement qui, employaient des méthodes de recouvrement agressives et même coercitives et avaient coutume de faire des prêts excessifs aux plus démunis. Si on se base sur une estimation de la somme déduite par l'établissement de microfinancement du montant initial du prêt, le taux d'intérêt effectif se situerait entre 35 % et 65 % par an dans certains cas. À la suite de ces incidents, le Gouvernement de l'État de Andhra Pradesh a adopté la loi de 2010 sur les établissements de microfinancement (Règlement sur le crédit), qui a entraîné une forte diminution des activités de ces établissements. En outre, vers la fin de 2011, la Banque centrale de l'Inde a publié des directives plafonnant les taux d'intérêt à un niveau ne pouvant dépasser ses propres taux de plus de 10 à 12 points de pourcentage, ce qui maintenait les taux d'intérêt dans une fourchette de 23 % à 27 % par an.

Toutes les banques centrales ne sont pas intervenues face aux pratiques abusives. En l'absence de normes obligatoires, certains établissements de microfinancement ont élaboré leurs propres normes. Des principes visant à protéger les clients ont été formulés sous la forme d'un code de déontologie par Accion, et d'autres investisseurs du secteur qui ont lancé l'initiative « Smart Campaign ». Des lignes directrices concernant le microfinancement ont été élaborées et adoptées par plusieurs ONG, des agences de développement et des fournisseurs de services. On peut citer, par exemple, l'Association ougandaise des établissements de microfinancement qui a élaboré un code de pratiques pour la protection des consommateurs axé sur la divulgation d'informations et les Principes de protection des clients dans le domaine du microfinancement rédigés par le Groupe consultatif chargé de conseiller les pauvres (un fonds d'affectation spéciale de la Banque mondiale).

L'Association indienne des consommateurs, CUTS, a annoncé que les « établissements de microfinancement implantés dans l'État d'Andhra Pradesh ne faisaient plus de nouveaux prêts en raison du volume croissant de prêts improductifs et des perspectives limitées de recouvrement. Des millions de personnes, parmi les citoyens les plus pauvres de l'Inde, se sont ainsi vues refuser l'accès aux services financiers de base. Des études ont montré que l'interdiction imposée par le Gouvernement de l'État d'Andhra Pradesh, sans avoir au préalable tant soit peu cherché à établir les faits et à les analyser, a eu des effets très négatifs sur le secteur du microfinancement, sans compter que cette interdiction n'a pas été particulièrement avantageuse pour les personnes démunies ».

CUTS a attiré l'attention sur les activités de la Bandhan Financial Services, qui « depuis sa création en 2001, a fait ses preuves pendant dix ans au service des pauvres ». Ses coûts d'exploitation sont bas et 80 % du total de ses prêts sont destinés à des zones rurales. En juillet 2013, la Bandhan desservait plus de 4,7 millions de personnes pauvres par l'intermédiaire de son réseau de 1 816 succursales présentes dans 19 États. Une étude d'impact a montré que le revenu annuel moyen net (toutes sources confondues) des ménages clients de la Bandhan a augmenté de 13,8 %. En outre, contrairement à d'autres établissements, la Bandhan n'a pas été touchée par la pratique des emprunts multiples à l'origine de la crise survenue dans l'État d'Andhra Pradesh. En bref, le problème est que les mauvaises pratiques provoquent des réactions, qui peuvent à leur tour créer de nouveaux problèmes. Il se pourrait bien que les consommateurs pauvres qui ont désespérément besoin de crédits contournent les mécanismes mis en place, en théorie, pour les protéger. C'est là que réside toute la complexité de la réglementation des services financiers – elles opèrent dans un contexte plus vaste.

Sources : CNUCED ; CUTS International.

## 2. Les formes courantes du crédit à la consommation

Les crédits à la consommation sont octroyés par des institutions très diverses comme les banques, les sociétés de financement, les assureurs, les coopératives, les prêteurs sur gages et les marchands de biens et de services. Le droit et les dispositions contractuelles qui régissent ces transactions et définissent notamment les droits et obligations du prêteur et de l'emprunteur pour chaque catégorie de transactions, varient considérablement. Il existe de nombreuses formes de crédit à la consommation qui varient d'un pays à l'autre selon le degré de développement de leur système financier. La

terminologie dans ce domaine peut également varier selon le pays.

À la suite de la crise financière, les organismes internationaux ont tenté de promouvoir de bonnes pratiques dans le secteur du crédit à la consommation. En 2011, dans un rapport mandaté par le G20, le Conseil de stabilité financière est arrivé à la conclusion qu'il serait utile pour la protection financière du consommateur d'entreprendre plus de travaux visant à « renforcer les outils de supervision en faisant le bilan de leurs lacunes et de leurs faiblesses ». Il a suggéré que « des outils de réglementation et de surveillance » soient utilisés « pour promouvoir des pratiques responsables en matière de prêts et proposer des lignes directrices concernant la divulgation d'informations ».

### Encadré 19. Les formes courantes du crédit à la consommation

#### Les prêts personnels du secteur bancaire

Une somme unique est empruntée à un taux d'intérêt fixe ou variable selon l'échéance du prêt. Ces prêts sont souvent assortis de conditions de titrisation.

#### Le découvert bancaire

La banque accepte de couvrir les transactions du client tant que son découvert ne dépasse pas un niveau donné. Les intérêts sont dus uniquement sur le montant du découvert et des pénalités sont imposées lorsque le plafond du découvert est dépassé.

#### Le crédit renouvelable sans justificatif

Ces comptes sont souvent offerts par les grands magasins. Le client paie régulièrement au magasin une somme donnée, chaque mois, par exemple, et peut par la suite faire des achats à crédit dans le magasin jusqu'à concurrence d'une somme maximum déterminée au départ.

#### Les cartes de crédit

La carte de crédit permet de faire des achats qui sont facturés ultérieurement ; un solde est généralement maintenu d'un cycle de facturation à l'autre.

#### Les coopératives de crédit/mutuelles de crédit

A self-help way of providing credit for members usually based on a specific community or "common bond". Credit unions are very widespread in the Caribbean, where they often started as church-based, and in South Africa where a form ofentraide permettant de faire crédit à des personnes qui ont un lien commun d'association bien spécifique. Les coopératives de crédit sont très répandues dans les Caraïbes, où elles commencent souvent dans des églises, et en Afrique du Sud où les stokvel sont des mutuelles de crédit au niveau des villages. Au Kenya, les coopératives d'épargne et de crédit sont réglementées par l'Autorité de réglementation des coopératives de crédit et d'épargne (SACCO).

#### La vente à crédit

L'acheteur effectue un nombre fixe de versements, mais prend immédiatement possession de la marchandise.

#### Les prêts personnels par des sociétés de financement

Ces crédits sont généralement organisés par les concessionnaires automobiles ou d'autres marchands de produits coûteux. Bien que le prêt et la marchandise viennent parfois d'un même concessionnaire, on considère qu'il s'agit de deux transactions différentes – le consommateur achète du concessionnaire et emprunte de la société de financement.

#### La location avec option d'achat

Cette forme de crédit existe depuis longtemps. Le produit est acheté à crédit mais l'acheteur n'en devient propriétaire qu'après avoir effectué tous les versements. Depuis vingt-cinq ans, la location avec option d'achat est de plus en plus remplacée par les prêts de sociétés de financement et les ventes à crédit (voir ci-dessus). La vente conditionnelle en est une variante assortie de conditions additionnelles.

### Le microcrédit

En théorie, le terme désigne le prêt de petites sommes d'argent à des taux d'intérêt bas à des consommateurs à faible revenu, généralement pour créer de petites entreprises. Dans la pratique, le secteur s'est tant développé que les taux d'intérêt ne sont plus aussi bas et les microcrédits sont souvent utilisés pour l'achat d'articles ménagers. En Afrique anglophone, les clubs de microcrédit souvent appelés « merry-go-rounds » (carrousels) sont parfois la principale source de crédit à la consommation dans les quartiers informels<sup>285</sup>.

### Les prêteurs à titre individuel (crédits onéreux à court terme, comme les prêts sur salaire)

Les prêts sont effectués en espèces, avec ou sans sûretés, sont assortis de taux d'intérêt élevés et sont remboursables après une courte période. Ils peuvent prendre la forme de prêts sur salaire ou de prêts par SMS et ont habituellement une durée de trente jours, mais sont parfois renouvelables. L'emprunteur réalise des vérifications minimums de la solvabilité de l'emprunteur. Le renouvellement de ce genre de crédit est une pratique courante et a fait l'objet d'une nouvelle réglementation récemment dans les pays développés. Des pénalités élevées peuvent être imposées en cas de défaut de paiement.

### Le crédit hypothécaire

Le consommateur donne, par contrat, un bien immobilier en garantie pour pouvoir obtenir un prêt. Ces crédits sont souvent utilisés pour acheter une maison ou un terrain. Dans le cas de l'hypothèque de deuxième rang, une somme unique est empruntée en donnant en garantie un bien immobilier déjà hypothéqué ; le taux d'intérêt est généralement plus élevé sur la deuxième hypothèque que sur la première.

### Le compte d'options

Certains détaillants proposent des comptes d'options comme méthode alternative de paiement, ce qui élimine la nécessité d'avoir de l'argent ou des chèques sur soi. Il s'agit d'un compte personnel qui permet au consommateur d'échelonner les paiements selon sa situation financière. À la fin du mois, il n'y a aucune obligation de rembourser tout le solde d'un coup, mais il y a généralement un montant minimum à payer. Les intérêts sont calculés sur le montant du solde débiteur.

### Les prêts sur gages

Une manière simple et rapide d'obtenir de l'argent en donnant en sûreté à un prêteur sur gages des articles de valeur. On emploie parfois l'expression « cash-on-items », en Afrique anglophone par exemple.

### Les prêts à haut risque (prêts subprime)

Il s'agit de prêts accordés à des personnes ayant, en général, des antécédents de crédit peu satisfaisants ou douteux qui ne peuvent pas avoir accès au marché principal du crédit. Ces prêts ont acquis leur réputation durant la période qui a débouché sur la crise financière aux États-Unis.

Il a recommandé une double démarche consistant à mettre en place les « outils de surveillance nécessaires, tout en veillant à ce que des informations suffisantes soient fournies aux consommateurs ». En particulier, il a souligné la nécessité d'entreprendre des travaux sur les points suivants :

- Établissement d'indicateurs permettant de déterminer si les produits présentent les caractéristiques voulues ;
- Alignement et divulgation des régimes de rémunération incitative ;
- Évaluation des avantages de la mise à disposition des consommateurs et des prestataires de référentiels pour les produits

financiers pouvant être utilisés en toute sécurité par des utilisateurs sans grande expérience<sup>286</sup>.

Bien que ces recommandations soient soigneusement libellées, elles semblent vouloir attribuer aux organismes de réglementation un rôle plus actif d'évaluateurs. La référence aux régimes de rémunération incitative est en phase avec l'intérêt que suscitent les structures de rémunération de l'ensemble du secteur des services financiers. Cette question est examinée plus loin.

## C. LES FONCTIONS ET LES FORMES DES SERVICES D'ASSURANCE

Le mot assurance est un terme générique qui désigne l'activité d'établissements très divers ayant pour fonction d'aider à gérer les risques en les mutualisant et en les transférant d'un particulier à un groupe. Ainsi,

<sup>285</sup> *The Global Urbanist*, 2010, Merry-go-round microfinance keeps slum residents fed in Kibera (13 avril) ; *Kenya English News*, 2012, *Merry-go-rounds become powerful investment tools in Kenya* (16 juin).

<sup>286</sup> Financial Stability Board, 2011, *Consumer Finance Protection with Particular Focus on Credit*.

les pertes subies par un individu sont partagées par tous les membres du groupe, suivant des modalités équitables.

Les classifications des assurances sont pléthore. Une première distinction fondamentale est celle qui existe entre l'assurance sociale et l'assurance privée. Toutefois, l'assurance privée est souvent fondée sur l'hypothèse que l'assurance sociale constitue un filet de sécurité pour tous les citoyens. L'assurance sociale a pour fonction de faire en sorte que le consommateur ne soit pas réduit à s'endetter de plus en plus et a été mise en place pour éviter l'effondrement des budgets familiaux en période de difficultés économiques. Aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, elle est apparue pour la première fois dans l'Allemagne bismarckienne, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni et en France, où elle a été un élément clef du règlement de l'après-guerre.

Les principales caractéristiques de l'assurance privée sont les suivantes :

- Elle est généralement volontaire et lorsqu'elle est obligatoire (comme l'assurance automobile), le consommateur devrait pouvoir choisir l'assureur et peut-être aussi les risques à couvrir ;
- Le transfert du risque se fait généralement par contrat, ce qui signifie que le cadre juridique est le droit des contrats.

L'examen des multiples aspects du droit des assurances dépasse le cadre du présent manuel. Qu'il suffise de noter qu'on ne peut demander au consommateur de comprendre les nombreux termes qui sont communément employés dans le secteur des assurances, parce qu'ils sont repris du droit applicable (lois ou coutumes) et font de ce fait partie des contrats standard.

#### **D. LES DOMAINES DE LA RÉGLEMENTATION DES SERVICES FINANCIERS ET LES PERSPECTIVES DE RÉFORME**

Donnant suite à ses recommandations de 2012, la Banque mondiale a mené une enquête auprès des organismes de réglementation engagés dans la protection financière des consommateurs dans 114 pays<sup>287</sup>. Elle a constaté qu'un « cadre juridique était en place dans 112 des 114 pays », mais est

<sup>287</sup> Banque mondiale, 2014, *Global Survey on Consumer Protection and Financial Literacy: Oversight Frameworks and Practices in 114 Economies*.

également arrivée à la conclusion que « les pays sont moins nombreux à avoir adopté des dispositions consacrées expressément au secteur financier, telles que des restrictions aux pratiques abusives en matière de prêt (59 %), l'offre groupée et liée de services (49 %) et les pratiques abusives de recouvrement (45 %) »<sup>288</sup>. Elle a conclu que « la surveillance de la protection financière des consommateurs était très en retard sur la surveillance prudentielle, en ce qui a trait aux méthodes de surveillance de la conformité, à la portée et à la nature des mesures d'exécution et aux compétences de supervision ». Il reste clairement beaucoup à faire, même après avoir tant parlé de réformes au lendemain de la crise.

Une législation bien conçue sur les services financiers peut contribuer au fonctionnement efficace et loyal des marchés. Pour cela, il faudrait faire en sorte que l'environnement soit plus concurrentiel dans le domaine des services financiers et que les consommateurs soient traités équitablement. Les domaines de réglementation les plus courants sont les suivants :

- Les procédures de licence et de surveillance des fournisseurs (y compris leurs intermédiaires) et des agences (d'évaluation de la solvabilité, par exemples), ainsi que des produits du secteur des services financiers ;
- Le comportement responsable des entreprises, y compris en matière de prêts ;
- Le contrôle de la publicité ;
- La communication d'informations (faciles à comprendre et complètes) aux consommateurs ;
- Des clauses contractuelles équitables prévoyant, entre autres, la réouverture des contrats jugés injustes ;
- Les frais ;
- Le traitement des arriérés de paiement des consommateurs ;
- L'éducation financière (à ne pas confondre avec l'information financière – voir le chapitre X).

Bon nombre des questions énumérées ci-dessus peuvent être considérées comme de bonnes pratiques largement acceptées, mais elles n'ont pas encore fait l'objet de lois et d'amélioration dans beaucoup de pays. À cet égard, les Principes directeurs des Nations Unies, les Principes de haut niveau de l'OCDE/G20 et les bonnes pratiques recommandées

<sup>288</sup> Par rapport à d'autres domaines de la protection des consommateurs, tels que la confidentialité des données clients et la protection contre la publicité mensongère.

### Encadré 20. Les produits du secteur de l'assurance privée

#### L'assurance-vie

Ces polices couvrent le risque pendant toute la vie de l'assuré ou pendant une période déterminée. Certaines polices combinent la couverture du risque et d'autres avantages financiers. Les revenus tirés d'une assurance-vie peuvent par exemple, être un complément de revenus pour les retraités. L'assurance-vie peut être un outil important pour :

- Remplacer un manque à gagner ;
- Payer des dettes en souffrance et honorer des obligations à long terme ;
- Planifier sa succession, notamment constituer un patrimoine à laisser en héritage.

#### L'assurance maladie

Bien que les plans diffèrent, ils couvrent toute une gamme de soins médicaux, chirurgicaux et les frais d'hospitalisation. La plupart couvrent les médicaments sur ordonnance et certains couvrent également les soins dentaires. Les systèmes de prise en charge globale des soins assurent la prestation de tous les soins de santé à leurs membres et offrent des avantages aux patients qui utilisent les services des prestataires désignés dans le plan. Les grandes catégories d'assurance maladie sont :

- La facturation à l'acte ;
- La prise en charge globale des soins ;
- L'assurance invalidité.

#### L'assurance automobile

L'assurance automobile protège contre les préjudices pécuniaires en cas d'accident ou de vol d'un véhicule. Les produits de l'assurance automobile illustrent bien les trois types d'assurance, l'assurance de la personne, l'assurance de biens et l'assurance de responsabilité civile :

- L'assurance couvrant le véhicule en cas de dommage ou de vol ;
- L'assurance de responsabilité civile couvrant tout dommage matériel ou corporel causé à un tiers ;
- L'assurance maladie couvrant les frais de traitement de blessures et de rééducation et parfois le manque à gagner et les frais funéraires.

Dans l'assurance automobile, l'indemnisation peut se faire sur la base de la faute ou sans égard à la faute. Cela pourrait dépendre du droit applicable.

La plupart des pays exigent que certains risques, mais pas tous, soient couverts. Si le véhicule est acheté à crédit, le prêteur peut également avoir des exigences.

#### L'assurance habitation

L'assurance habitation offre une protection financière contre les catastrophes. Une police standard couvrirait les locaux et leur contenu.

#### L'assurance voyage

L'assurance voyage offre trois grandes couvertures :

- L'annulation des voyages ;
- Les bagages et les biens personnels ;
- L'assistance médicale d'urgence.

par la Banque mondiale peuvent être très utiles aux gouvernements désireux de réformer le secteur. Les propositions du Conseil de stabilité financière ayant trait au crédit et en particulier au crédit à la consommation sont également citées implicitement en référence, puisqu'elles s'inscrivent dans le même mandat que les Principes de haut niveau. L'analyse qui suit reprend des propositions déjà largement acceptées et d'autres propositions plutôt tournées vers l'avenir ou répondant à des faits récents dans des domaines dans lesquels le législateur n'est pas encore intervenu.

## 1. Les périodes de réflexion, un succès à exploiter

La Banque mondiale recommande plusieurs applications du principe des « périodes de réflexion », l'un des meilleurs moyens de donner le temps de réfléchir à un consommateur poussé à se décider à la hâte<sup>289</sup>. Cette protection est de plus en plus entrée dans les législations ces dernières années. Le principe

<sup>289</sup> Banque mondiale, 2012, *Good Practices for Financial Consumer Protection*.

des périodes de réflexion a été adopté aux États-Unis et dans l'Union européenne. La directive de 2011 de l'Union européenne concernant les contrats de crédit aux consommateurs fixe un délai de rétractation de quatorze jours après conclusion du contrat, sans avoir à donner de raison. Au Mexique, les fournisseurs de crédits à la consommation sont tenus de faire une offre qui reste obligatoirement valable pendant vingt jours, pour que le consommateur ait le temps de l'étudier et de la comparer à d'autres offres avant de se décider. Des périodes de réflexion sont également requises en Afrique du Sud.

Le danger toutefois est que cette protection si importante contre les techniques agressives de marketing pourrait être compromise par l'imposition des « frais de dossier » mentionnés par la Banque mondiale dans son rapport de 2012. En effet, ces frais représenteraient une pénalité pour tout emprunteur qui annulerait la transaction durant la période de réflexion. Le concept de période de réflexion serait ainsi vidé de son sens et les prestataires pourraient être encouragés à faire des offres irresponsables. Au cas où cette disposition serait adoptée, il faudrait également prévoir des tests pour déterminer si les frais de dossier exigés sont raisonnables. Dans la pratique, ces frais pourraient se confondre avec des pénalités, ce qui équivaldrait à introduire une clause abusive dans le contrat.

## 2. Les clauses, la transparence et l'intelligibilité du contrat

Il y a tout un débat sur la question de savoir si la législation relative aux services financiers ne devrait pas prévoir des droits intrinsèques ne pouvant être exclus des contrats. Il est de plus en plus clair que les lois et les réglementations doivent limiter les clauses imposant des conditions trop dures ou susceptibles de causer des difficultés indues, telles que le paiement de frais bancaires non autorisés, les pénalités excessives, le non-remboursement de la prime dans le cas des assurances à prime unique et l'application rétroactive de certaines clauses sans notification dans le contrat. Le montant excessif des frais de remboursement anticipé d'une dette fait également débat. À cet égard, au Royaume-Uni, les tribunaux peuvent se fonder sur l'existence d'une relation inéquitable entre le prêteur et l'emprunteur, en prenant en compte le contexte global de l'accord de crédit, pour juger si un consommateur donné a été victime d'un abus parce qu'il est handicapé ou illettré. Dans ces circonstances, les tribunaux sont dotés de pouvoirs étendus, entre autres celui d'écarter l'accord existant<sup>290</sup>.

<sup>290</sup> Office of Fair Trading, 2008, *Unfair Relationships: Enforcement Action Under Part 8 of the Enterprise Act 2002*.

Les Principes directeurs se réfèrent en termes forts aux clauses des contrats (par. 14 d)) et recommandent que les politiques nationales encouragent l'adoption de clauses « qui soient claires, concises et faciles à comprendre ». Le caractère abusif de nombreuses clauses est lié aux informations ou à leur opacité. On dit souvent que les problèmes apparaissent lorsque le consommateur peine à comprendre les documents à caractère financier, comme ceux qui décrivent les méthodes de calcul. Les informations contenues dans ces documents défient souvent l'entendement et dépassent les compétences du consommateur moyen. Accuser implicitement le consommateur d'ignorance n'est certainement pas une bonne chose et peut même sous-estimer le problème. Comme l'indique la Banque mondiale, la complexité d'une clause peut cacher une pratique déloyale, « voire une fraude caractérisée »<sup>291</sup>. Des travaux de recherche effectués par la Commission européenne conseillée par des experts ont montré que même des personnes qui s'y connaissent en produits financiers peuvent ne pas bien comprendre certaines clauses<sup>292</sup>. On peut lire dans le rapport de la Commission d'experts du Président de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les réformes du système monétaire et financier international, appelée également « Commission Stiglitz », du nom de son président Joseph Stiglitz, que « même si des informations avaient été divulguées sur les positions sur produits dérivés, elles auraient été si complexes qu'il aurait été extrêmement difficile d'évaluer le bilan »<sup>293</sup>. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un problème de compréhension de la part des consommateurs ; certains produits financiers sont peut-être tout simplement incompréhensibles, même pour les organismes de réglementation et ceux qui les vendent<sup>294</sup>. Par conséquent, la transparence et la divulgation de renseignements n'ont pas juste pour but d'informer les consommateurs ; elles constituent un élément vital du processus de réglementation. Voilà pourquoi il ne faut pas y renoncer sous prétexte que ce sont des objectifs irréalistes. Certains ont pour responsabilité d'être bien informés et les prestataires de services ont l'obligation de faire connaître publiquement et clairement les services qu'ils offrent.

Comme on l'a vu au chapitre X, la surcharge d'informations comporte certains risques, d'où la nécessité de présenter à l'autre partie, préalablement à la conclusion de tout accord, des

<sup>291</sup> Banque mondiale, 2012, op. cit.

<sup>292</sup> M. Kuneva, 2009, Restoring consumer trust in retail financial services, DECO 35th Anniversary Seminar on Financial Services and the Consumer Interest (Lisbonne, 27 avril).

<sup>293</sup> Nations Unies, 2009, *Rapport de la Commission d'experts du Président de l'Assemblée générale sur la réforme du système monétaire et financier international*.

<sup>294</sup> G. Tett, 2009, *Fool's Gold*.

### Encadré 21. La transparence dans les relations financières avec les consommateurs

Les principales caractéristiques de la transparence sont :

- **La précision.** Les informations données au consommateur doivent être exactes. Pour lui permettre de bien saisir le coût total du prêt. Les États-Unis ont fait œuvre de pionnier dans ce domaine en imposant, en vertu de la Truth in Lending Act de 1968, l'inclusion (sous la forme obligatoire d'un encadré ou tableau, la « Schumer Box ») dans les accords de prêts à la consommation et de crédits hypothécaires de certains renseignements tels que les taux d'intérêt annuels, le total des frais associés au crédit, les frais inclus et les frais exclus, la méthode de calcul des intérêts et les voies de recours. Des dispositions similaires existent au Canada ;
- **La comparabilité.** La transparence exige que les informations fournies par différents prestataires soient comparables pour que le consommateur puisse faire un choix raisonné entre les offres concurrentes. En 2011, la Ministre française, Christine Lagarde, malgré l'opposition du secteur, a obligé les banques françaises à présenter leurs tarifs pour 10 principaux services bancaires sous une forme permettant de les comparer ;
- **La concision.** Les documents communiqués aux consommateurs doivent être concis, suivant, par exemple, le format de notes informatives recommandé par la Banque mondiale. Ainsi, ils auront plus de chances d'être lus et compris par les consommateurs ;
- **La clarté.** Les informations doivent être clairement formulées, comme l'exigent les Principes de haut niveau sur la protection financière des consommateurs de l'OCDE/G20 cités au paragraphe 78 des Principes directeurs ;
- **Le choix du moment.** Il faut faire en sorte que les consommateurs reçoivent toutes les informations nécessaires avant de prendre des engagements dans une transaction de crédit. En vertu de la loi de 2001 sur les mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi MURCEF), les banques sont tenues de publier leurs tarifs trois mois avant la date d'application envisagée.

Source : CNUCED.

documents contenant des informations clefs. Les recommandations de la Banque mondiale vont dans ce sens dans le cas du secteur de l'assurance, par exemple<sup>295</sup>. De nombreuses relations sont à long terme, ce qui signifie que les individus doivent être avertis dès leur demande initiale et pendant toute la durée du « cycle de vie du produit » des problèmes qui pourraient surgir en rapport avec les paiements. Des relevés annuels indiquant les frais associés aux crédits renouvelables peuvent être un moyen efficace d'amener les consommateurs à modifier leur comportement en tant qu'emprunteurs. Des techniques innovantes pourraient être adoptées pour donner toutes les informations voulues au consommateur au moment où il fait un emprunt dans le contexte d'un crédit renouvelable, plutôt qu'au moment où il conclut le contrat initial.

Dans le cadre de son programme de réformes bancaires, le Gouvernement australien a ordonné l'établissement de notes d'information pour les principaux produits financiers. La note d'information sur les prêts immobiliers a été adoptée en 2012 (taux d'intérêt variables) et la note d'information sur les cartes de crédit est devenue obligatoire la même année. Toutefois, selon la législation, le prêteur n'est tenu de remettre au client la note d'information qu'à la demande de ce dernier, et l'association australienne des consommateurs, Choice, a constaté que les

prêteurs ont une interprétation très étroite de ce qu'il faut entendre par « à la demande »<sup>296</sup>.

### 3. La transparence et les envois de fonds

La transparence peut contribuer assez simplement à la protection financière du consommateur dans un sous-secteur en particulier, celui des envois de fonds, compte tenu surtout de l'amélioration des transactions mobiles, qui pourraient intensifier la concurrence dans ce sous-secteur. Les Principes directeurs s'y réfèrent clairement au paragraphe 66 h).

Des informations claires sont nécessaires sur ce qui se passe aux points d'expédition et de destination des envois de fonds (par exemple, les taux de change dans le pays d'expédition et dans le pays de destination). Consumers International a signalé que « le consommateur paie un montant initial pour effectuer le virement et est, en fait, facturé une deuxième fois parce que le taux de change appliqué génère une "prime" pour le prestataire, qui n'est pas obligé de communiquer le taux appliqué au consommateur. Au lieu de destination du virement, le bénéficiaire doit aussi acquitter certains frais pour collecter les

<sup>295</sup> Banque mondiale, op. cit., 2012.

<sup>296</sup> E. McNess, 2013, *The Australian Responsible Lending Act: The Verdict is Cautiously Optimistic for the Consumer* (Consumers International).

fonds envoyés »<sup>297</sup>. De l'avis de CI, les différentiels de taux d'intérêt doivent aussi être communiqués suivant un format facilitant les comparaisons. Le paragraphe 66 h) des Principes directeurs précise que des informations doivent être communiquées sur : « le coût et l'exécution du virement, les taux de change appliqués, les commissions et l'ensemble des autres coûts ainsi que sur les voies de recours en cas de non-exécution ».

#### 4. Le contrôle de la publicité

La Banque mondiale recommande l'adoption de politiques fermes contre la publicité mensongère, et, en Ukraine par exemple, elle a recommandé que l'organisme responsable de la réglementation des marchés de services financiers soit autorisé par la loi à ordonner le retrait de toute publicité contraire à la transparence des règles de crédit<sup>298</sup>. Toutefois, il est possible que le consommateur ne soit pas délibérément induit en erreur, mais qu'il soit plutôt distrait par des images qui n'ont peut-être rien d'illégal mais sont tout simplement sans rapport avec la transaction. Par exemple, on trouve dans une étude sud-africaine un rappel salutaire des difficultés qu'ont les consommateurs à se concentrer sur ce qui importe réellement dans les contrats de crédit. Marianne Bertrand *et al.* constatent dans leur étude que « la photo d'une femme attrayante permet d'augmenter la demande de crédits presque autant qu'une réduction de 25 % du taux d'intérêt »<sup>299</sup>.

#### 5. Faut-il plafonner les taux d'intérêt ?

Le débat sur le plafonnement des taux d'intérêt remonte aussi loin dans l'histoire que la pratique des taux usuraires et se poursuit encore aujourd'hui. Il est même difficile de s'entendre sur l'établissement des méthodes à prescrire pour calculer les intérêts, non seulement pour que les consommateurs puissent les comparer, mais pour éclairer le débat sur la réglementation. L'examen des taux de financement nécessite forcément une certaine connaissance des mathématiques financières.

Nombreux sont les pays qui plafonnent les taux d'intérêt. La raison souvent avancée est que c'est un moyen de protéger les consommateurs à faible

revenu contre les risques associés aux crédits onéreux et d'octroyer des prêts à un prix équitable. Le plafonnement peut prendre plusieurs formes allant de l'imposition d'un taux plafond unique à l'établissement de différents taux plafonds selon le type de prêt. Les taux plafonds peuvent également être liés aux prix du marché ou être fixes. Ils peuvent viser uniquement les taux d'intérêt ou tous les coûts associés au crédit, afin d'éviter que d'autres coûts ne soient comptabilisés ailleurs, parmi les frais administratifs, par exemple. Le plafonnement a des avantages et des inconvénients. Certains consommateurs seront protégés des dangers associés aux prêts onéreux, alors que d'autres n'auront peut-être qu'un accès limité au crédit et devront se tourner vers le marché noir. Les décideurs devraient s'efforcer de quantifier ces avantages et inconvénients avant de fixer des taux plafonds.

En Afrique du Sud, les « taux plafonds usuraires » ont été supprimés en 1992 et depuis, les prêteurs sont réglementés par le Conseil de la réglementation de la microfinance<sup>300</sup>. La réglementation exige que les remboursements mensuels ne dépassent pas un certain pourcentage du revenu mensuel, ce qui est un moyen indirect d'obliger le prêteur à vérifier la solvabilité du client. Le problème avec le plafonnement des taux d'intérêt est que les établissements de crédit peuvent être tentés de répercuter sur d'autres frais, comme les frais administratifs, le « coût » que représentent les taux d'intérêt plafonds. Cette tendance peut être contenue dans une certaine mesure en appliquant le principe de proportionnalité. Par exemple, aux États-Unis, les principales dispositions du droit de la consommation contenant ce principe se trouve dans la Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act de 2009 (ou loi CARD), qui institue le principe du caractère raisonnable et proportionnel des pénalités de retard de paiement, qui doit être prise en compte dans le calcul de ces pénalités<sup>301</sup>. En bref, la loi CARD exige que le montant de toute pénalité ou amende que peut imposer l'émetteur d'une carte de crédit pour violation du contrat « doit être raisonnable et proportionnelle à l'omission ou à la violation commise ». Le bureau de la protection financière des consommateurs aux États-Unis a élaboré une réglementation qui développe cette notion plus avant et, au moment de la rédaction du présent manuel, proposait d'appliquer ce principe d'une pénalité ou amende « raisonnable et proportionnelle » à différents types de cartes prépayées.

<sup>297</sup> CI, 2012, *The Remittances Game of Chance: Playing with Loaded Dice*.

<sup>298</sup> Banque mondiale, 2012, *Conference on Consumer Protection and Financial Services* (Kiev, 22 mars) ; Banque mondiale, 2012, *Strategy for Financial Services Consumer Protection and Financial Literacy 2012-17*.

<sup>299</sup> M. Bertrand *et al.*, 2010, What's advertising content worth? Evidence from a consumer credit marketing field experiment, *Quarterly Journal of Economics* 125(1):263-306.

<sup>300</sup> M. Bertrand *et al.*, 2010, op. cit.

<sup>301</sup> Credit Card Accountability and Disclosure Act, 2009.

## 6. Les prêts sur salaire

L'une des manifestations les plus extrêmes de la pratique des prêts abusifs ces dernières années est la pratique des prêts sur salaire, qui existe dans des pays aussi différents que l'Australie et la Fédération de Russie, son usage s'étant répandu avec les ventes en ligne. À mesure que l'accès à Internet s'étend aux échelons inférieurs de l'échelle des revenus, cette forme de prêt pourrait se propager. Le stéréotype du prêt sur salaire est un prêt accordé au consommateur au moment où il a le plus d'argent en poche (le jour où il ou elle perçoit son salaire), à des taux exorbitants et dont le remboursement est exigé sous la menace ou par la violence ; mais, dans la pratique, la méthode employée par beaucoup de prêteurs est bien plus subtile, d'autant plus que de nombreux établissements de ce sous-secteur se sont convertis en sociétés anonymes. Beaucoup de contrats sont conçus pour pousser le consommateur à la faillite et, au premier défaut de paiement, il se voit offrir un deuxième prêt pour rembourser le premier, des vendeurs aimables s'employant à faire tomber ses dernières résistances, alors qu'il se sent déjà coupable de n'avoir pas remboursé son premier prêt.

En 2013, le Gouvernement australien a institué un plafond national modulé pour les frais associés aux prêts sur salaire (ne s'appliquant pas aux banques et aux coopératives de crédit pratiquant des taux beaucoup plus bas). Le plafond global a été fixé à 48 % par an (intérêts et frais compris) ; des « frais de lancement » additionnels ont été autorisés pour les petits prêts et les prêts à échéance de quinze jours ou moins ont été interdits dans le cas de petites sommes. Au Royaume-Uni, où la Competition and Markets Authority a estimé que les principaux établissements de prêts sur salaire faisaient des profits bien supérieurs à la normale<sup>302</sup>, la Financial Conduct authority a décidé, en 2015, de plafonner les taux d'intérêt journaliers à 0,8 %, ainsi que les frais de défaut de paiement, fixant ainsi un plafond de remboursement global représentant le double de la valeur du prêt initial. D'autres limites ont été fixées pour les crédits « reconductibles » et des tests de solvabilité plus rigoureux ont été imposés en 2014<sup>303</sup>. Il en est résulté une baisse massive du volume des prêts sur salaire en 2015. Il convient de noter que la démarche vise à la fois les pratiques de prêt et le calcul des taux. Il en va de même pour le marché des microcrédits dans les pays en développement.

<sup>302</sup> Competition and Markets Authority, 2014, *Payday Lending Market Investigation: Provisional Findings Report*.

<sup>303</sup> Which?, 2014, *Cleaning Up Credit: Cleaning the Market from Unfair Practices and Toxic Products*.

## 7. La réglementation de l'assurance des prêts à la consommation

L'assurance des prêts à la consommation peut couvrir le remboursement d'un prêt en cas de décès, de perte d'emploi ou de maladie de l'emprunteur. Les établissements de crédit immobilier peuvent exiger que l'emprunteur contracte une assurance-vie au bénéfice du prêteur. L'assurance des prêts à la consommation peut pénaliser les consommateurs, ce de manière systématique dans certains pays, en raison des pratiques abusives de ventes. Ce type d'assurance est souvent vendue à l'endroit même où le consommateur obtient le prêt et n'est pas en mesure de comparer les prix, le coût de l'assurance étant ajouté à celui du prêt. Parmi les problèmes plus courants, on peut citer le paiement de primes excessives par le consommateur ou l'acceptation de polices dont il n'a pas besoin du fait qu'il est déjà couvert par d'autres assurances, la non divulgation des politiques de l'assureur au consommateur et une couverture inappropriée. Il conviendrait peut-être d'interdire que ce genre d'assurance-crédit soit vendu au même endroit que les services de crédit.

## E. LES NOUVELLES QUESTIONS

### 1. Les grilles de rémunération et les conflits d'intérêts

Dominic Lindley fait remarquer que les avantages inappropriés offerts par les plans de rémunération et les mécanismes d'incitation à la vente ont beaucoup contribué à la vente abusive de plans d'assurance-remboursement en Grande-Bretagne, car ils ont fortement incité de nombreux agents de terrain à vendre ce produit sans se demander s'il convenait au consommateur<sup>304</sup>. Les conséquences de ces ventes abusives à grande échelle ont été graves, pas seulement pour les consommateurs mais aussi pour les banques qui ont dû affecter 40 milliards de dollars environ à l'indemnisation des clients, somme qui continuait d'augmenter au moment de la rédaction du présent manuel<sup>305</sup>. Les Principes de haut niveau du G20, ainsi que les Principes directeurs des Nations Unies mentionnent le comportement des détaillants ou de leurs agents agréés. Au paragraphe 4 des

<sup>304</sup> D. Lindley, 2014, *Risky Business: The Case for Reform of Sales Incentives Schemes in Banks* (Consumers International).

<sup>305</sup> <http://www.thisismoney.co.uk/money/news/article-3181723/PPI-bill-soars-27bn-scandal-costs-banks-1-000-family-Britain.html>.

Principes de haut niveau du G20<sup>306</sup>, il est dit que : « Les prestataires de services financiers et leurs agents agréés doivent fournir aux consommateurs des informations essentielles afin de renseigner le consommateur-investisseur sur les principaux avantages, risques et conditions associés au produit, ainsi que sur la rémunération de l'agent agréé par l'intermédiaire duquel le produit est commercialisé et sur les conflits qui peuvent en résulter ». Les Principes directeurs des Nations Unies renvoient aux Principes de haut niveau et recommandent, en outre, au paragraphe 66 e), que « les institutions financières soient tenues responsables des actions de leurs mandataires. Les prestataires de services financiers devraient avoir une politique formelle en matière de conflit d'intérêt afin de pouvoir détecter plus facilement d'éventuels conflits. En cas de conflit d'intérêt potentiel entre un fournisseur et une tierce partie, le consommateur devrait en être informé de façon à éviter tout risque de répercussions négatives pour lui ».

La directive de l'Union européenne 2014/17/UE de février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel prescrit « une gestion adéquate des conflits d'intérêts », comme facteur clef du renforcement de la confiance des consommateurs, et exige que des conseils soient prodigués « au mieux des intérêts du consommateur ». En particulier, la directive exige que des mesures soient prises pour « éviter les conflits d'intérêts », en ne faisant pas dépendre la rémunération de la réalisation d'objectifs quantifiés (les primes, par exemple).

Dans ce contexte, deux types de renseignements doivent être communiqués au consommateur : les conditions du contrat et les taux, d'une part, et les

commissions et les primes versées au personnel de vente, de l'autre. Ce deuxième type de renseignements sont encore assez rarement divulgués. Leur divulgation est obligatoire en Australie et en Afrique du Sud, alors qu'au Japon il existe des lignes directrices facultatives sur la divulgation des mesures incitatives. Le Conseil de stabilité financière a souligné que les objectifs de vente et les grilles de rémunération récompensant les vendeurs pour le nombre de ventes réalisées sont loin de contribuer à la fourniture de renseignements exacts et fiables au consommateur et augmentent le risque que les produits soient vendus à des consommateurs qui n'ont pas les moyens de rembourser<sup>307</sup>. Il peut arriver que le conflit d'intérêts ne se situe pas au niveau des rémunérations, mais plutôt au niveau des institutions, comme le montre l'affaire des « participations préférentielles » en Espagne décrite dans l'encadré 22.

## 2. Les prêts responsables

Les Principes directeurs traitent des prêts responsables au paragraphes 66 f). Étant donné que les défauts de paiement des consommateurs ont contribué au déclenchement de la crise, on s'accorde de plus en plus à reconnaître l'importance des pratiques responsables en matière de prêts, lesquelles consistent à exiger que les consommateurs aient les moyens de rembourser leur dette sur la durée, sans rencontrer de difficulté financière et que les prêteurs traitent les emprunteurs équitablement et tiennent compte des intérêts de ces derniers du début à la fin de la transaction.

Les mesures visant à prévenir le surendettement comprennent le paiement d'indemnités et d'amendes en cas de pratiques de vente abusives. En Australie, en vertu de la loi de 2009 sur la protection

<sup>306</sup> OCDE/G20, 2011. *Principes de haut niveau sur la protection financière des consommateurs*.

<sup>307</sup> Conseil de stabilité financière, op. cit.

### Encadré 22. L'affaire des « participations préférentielles » en Espagne

En Espagne, avant la crise financière, les banques ont levé des capitaux pour augmenter leurs fonds propres en vendant des « titres hybrides » à leur petits épargnants. Ces produits complexes, vendus sous le nom de participaciones preferentes, offraient un revenu sous forme de versements annuels. Bien qu'ils aient été vendus comme s'il s'agissait de simples dépôts, ces titres hybrides rapportaient un revenu variable et les consommateurs couraient le risque de perdre leur capital si la banque qui les avait émis et vendus venait à manquer de fonds. Les « participations préférentielles » ont été converties en actions ordinaires lors de la recapitalisation des banques d'épargne, en 2008, en pleine crise financière, en vertu d'une décision de l'autorité de réglementation des marchés boursiers. Lorsque la situation financière de ces banques d'épargne s'est détériorée, les consommateurs ont découvert qu'ils avaient subi des pertes considérables. Bon nombre d'entre eux étaient des retraités, qui ont perdu une grande partie de leur épargne. Après une campagne menée par l'organisation de consommateurs, Organización de Consumidores y Usuarios, une amende de 16,9 millions de dollars a été infligée à la Banque Santander, pour la vente inappropriée de ces produits à ses clients.

Source : Dominic Lindley, 2014, *Risky Business: The Case for Reform of Sales Incentives Schemes in Banks (CI)*.

des prêts à la consommation, tout consommateur à qui un produit inapproprié a été vendu peut demander une injonction contre le vendeur pour l'empêcher de percevoir des intérêts plus élevés et se faire dédommager pour les pertes ou préjudices subis. Dans certaines juridictions, (Chine, Allemagne, Hong Kong (Chine), Singapour), les fournisseurs de crédit à la consommation sont également tenus de vérifier le registre des crédits pour évaluer la solvabilité des emprunteurs. On fait de plus en plus appel aux agences d'évaluation du crédit au Kenya et le gouvernement exige que les antécédents de crédit des particuliers soient enregistrés et mis à disposition lorsqu'un crédit est demandé.

L'évaluation des capacités de remboursement des particuliers est une pratique de plus en plus répandue ; pour cela, il est fait appel aux agences d'évaluation du crédit tant publiques que privées. Comme il a été mentionné plus haut, dans certains pays, notamment en France, en Belgique et en Afrique du Sud, cette évaluation est obligatoire. Pour cela les rapports de défauts de paiement sont parfois consultés. Par exemple, en Inde, depuis sa création, le Bureau d'information sur le crédit reçoit des banques des renseignements sur la solvabilité de leurs clients en défaut de paiement et les renseignements en question sont utilisés par les prêteurs pour approuver ou refuser des prêts.

La création d'une agence d'évaluation du crédit dans un pays peut s'accompagner d'une augmentation des prêts, car elle réduit les coûts des prêteurs et peut, dans certains pays, remédier aux imperfections du système de recouvrement judiciaire. C'est aussi un moyen de promouvoir la concurrence en réduisant les avantages dont jouissent les entreprises déjà présentes sur le marché. Les agences d'évaluation du crédit fournissent souvent des informations sur la cote de crédit des emprunteurs. Ces informations, qui peuvent contenir des éléments tant négatifs que positifs, sont utilisées par les prêteurs pour passer leurs clients au crible, ce qui peut contribuer à un approfondissement du marché et à l'inclusion de consommateurs à faible revenu ayant de bons antécédents de crédit.

L'une des bases de données les plus détaillées a été établie par la Banque populaire de Chine pendant les années 1990. Cette base de données, qui comporte un système d'information sur le crédit des particuliers auquel sont reliées toutes les banques commerciales et quelques coopératives de crédit rurales, aide les prêteurs à évaluer les risques (donc, de manière indirecte, les consommateurs, dont le consentement est obligatoire avant la divulgation des données). Elle contient des informations de base sur les défauts de paiement passés et indique également, dans le cas

des crédits immobiliers, s'il s'agit de primo-accédants ou de secundo-accédants. Après la création de cette base de données, le pourcentage de demandes de crédit refusées est passé à 10 %. Cela signifie, il est vrai, que des consommateurs n'ont pas pu obtenir de prêts, mais l'argument ici est qu'il est souhaitable d'imposer des limites raisonnables à l'octroi de crédits pour éviter ce qui est arrivé récemment sur des marchés plus ouverts aux risques dans des pays tels que les États-Unis.

En Chine, des informations tant positives que négatives sont réunies et centralisées. Pour leur protection, les consommateurs, ceux-ci devraient avoir le droit de vérifier et de contester les données les concernant. En Belgique, ce service est gratuit et au Royaume-Uni, un droit nominal est perçu. Aux États-Unis, le consommateur a droit gratuitement à un exemplaire de son dossier de crédit par an. Les droits des consommateurs et les obligations des agences d'évaluation du crédit doivent faire l'objet de mesures strictes de surveillance et de répression. Aux États-Unis, les défenseurs des consommateurs ont documenté des situations dans lesquelles des consommateurs ont eu beaucoup de mal à faire corriger des erreurs dans leur dossier de crédit, alors que ce droit leur est reconnu par la loi. Quand les agences d'évaluation du crédit sont très nombreuses, il est difficile pour le consommateur de les affronter toutes en même temps.

### 3. Le traitement du surendettement

Les Principes directeurs mentionnent le surendettement au paragraphe 40. Dans la pratique, certains dispositifs permettent de plus en plus aux consommateurs de réduire leurs dettes lorsqu'ils n'ont pas les moyens de les rembourser et de prendre ainsi un nouveau départ. Il faudrait fixer des conditions à l'application de ce genre de dispositifs pour éviter les abus.

Une loi a été adoptée en 2010 en Grèce sur la faillite personnelle. Après l'adoption de cette loi, 35 000 demandes en été introduites dans le courant de 2011 et 2012, et, en 2013, le nombre de demandes a doublé. Cette loi s'appuie sur la détermination d'un « montant minimum décent basé sur le coût de la vie » et tente de mettre en pratique la disposition de la Constitution grecque relative à la participation à la vie économique et sociale et au développement de la vie privée<sup>308</sup>. Toutefois, elle ne définit pas ce « montant minimum décent » qui est laissé à l'interprétation des tribunaux.

<sup>308</sup> A. Angelousi *et al.*, 2013, *A Constitutional Right to Debt Relief: The Greek Approach to Alleviating Over-Indebtedness* (New INKA).

#### 4. La structure institutionnelle : l'organisme de réglementation et de répression

Les Principes directeurs n'entrent naturellement pas dans le détail des structures institutionnelles de la prestation de services financiers, encore qu'ils mentionnent la mise en place « d'organes de contrôle dotés des pouvoirs et moyens nécessaires pour assurer leur mission, (par. 66 b)). Indépendamment de la structure institutionnelle, pour être optimal, un tel organe doit être doté des ressources financières nécessaires (par. 15 des Principes directeurs) pour pouvoir obtenir des informations à faible coût sur les nouvelles pratiques apparaissant sur les marchés, évaluer avec précision les pratiques les plus risquées pour les consommateurs et intervenir rapidement pour réglementer en cas de problèmes imprévus ; sa structure doit, en outre, lui permettre de résister à l'emprise du secteur d'activités. Dans l'idéal, la réglementation du crédit devrait être confiée à un organisme chargé expressément de la protection financière des consommateurs et de la surveillance de l'ensemble du marché. La réglementation devrait reposer sur des données factuelles et tenir compte des conséquences qu'elle pourrait avoir sur l'exclusion financière.

Plusieurs organisations internationales recommandent que la réglementation du crédit à la consommation soit confiée à une autorité ou à un organisme créé à cette fin. L'une des réponses à la crise financière a été la création du Financial Consumer Protection Bureau aux États-Unis, et l'adjonction de la protection des consommateurs au mandat de l'Autorité bancaire européenne. Au Chili, il existe une structure hybride : le Service national de protection des consommateurs (SERNAC) comprend une branche spécialisée dans les services financiers (le SERNAC financiero).

La création d'un organe de surveillance et de répression spécialisé dans les questions relatives aux plaintes des consommateurs présente plusieurs avantages, parce qu'un tel organe a les compétences techniques nécessaires pour saisir les complexités du droit du crédit et est capable de regrouper les plaintes de plusieurs consommateurs ayant subi des pertes mineures et d'engager une action en leur nom à tous, alors que chacun d'eux ne pourrait sans doute pas agir à titre individuel. Toutefois, étant donné que les services bancaires, de crédit et d'assurance ne sont plus cloisonnés, les dispositifs de réglementation devraient évoluer pour être capables de régir des établissements financiers polyvalents et de détecter les abus dans chacun de leurs sous-secteurs. L'organe de surveillance et de répression devrait être en mesure de faire respecter la législation de

manière « proactive » (c'est-à-dire en mettant fin à certains comportements avant qu'ils ne causent plus de dommages) et de manière réactive (en assurant la réparation des préjudices subis et en prenant des sanctions à l'encontre de quiconque a causé ces préjudices). Cet organe ne devrait pas avoir pour seule compétence de donner suite aux plaintes des consommateurs. Il devrait aussi surveiller activement les actions et évolutions dans le secteur.

Par ailleurs, la protection des consommateurs a des impératifs différents et parfois très spécifiques selon les produits, et les dispositifs de réglementation peuvent varier en conséquence. Au Kenya, par exemple, les banques commerciales et les établissements de microfinance autorisés à accepter des dépôts, sont régis par la Banque centrale, et c'est l'association des banquiers (Kenya Bankers Association) qui est chargée de promouvoir les bonnes pratiques et l'autorégulation. Les coopératives d'épargne et de crédit relèvent d'autres organismes publics (Sacco Societies Regulatory Authority of Kenya) et sont régies par un autre cadre juridique et politique.

#### F. CONCLUSION

À la suite des traumatismes causés par la crise financière, certains ont fait valoir que la réglementation des services financiers devrait faire l'objet d'une démarche similaire à celle adoptée pour les règles de sûreté des produits physiques ; « les consommateurs peuvent se rendre au marché pour acheter des produits physiques, certains de ne pas être dupés et poussés à acheter des grille-pains qui explosent et d'autres produits extrêmement dangereux. Les consommateurs qui achètent des produits financiers devraient bénéficier de la même protection »<sup>309</sup>. Quand on compare la réglementation des services financiers aux lois imposant une responsabilité stricte du fait de la sûreté des produits physiques (comme on l'a vu au chapitre IX) et mettant l'accent sur la responsabilité plutôt que sur le blâme, on comprend que certains veuillent voir les services financiers bénéficier du même niveau de protection.

Après les années de dérégulation qui ont précédé la crise financière, on peut observer un certain regain d'intérêt des organismes de réglementation des services financiers pour une politique plus interventionniste. Par exemple, alors que la directive de 1987 de l'Union européenne concernant le crédit à la consommation mettait l'accent sur l'information et un niveau minimum de protection, une directive plus récente relative au crédit hypothécaire impose des normes plus strictes

<sup>309</sup> E. Warren, 2007, *Unsafe at any rate, Democracy*.

en matière de prêts responsables, tout en se référant aux Principes de haut niveau de l'OCDE/G20<sup>310</sup>. Il est significatif également que les grilles de rémunération des prestataires de services financiers retiennent de plus en plus l'attention, vu les effets négatifs qu'elles peuvent avoir. Certaines interventions dans le secteur du crédit à la consommation sont parvenues à enrayer les pratiques les plus abusives et à faire respecter des mesures exigeant la vérification de la solvabilité des prêteurs préalablement à la conclusion des accords de prêt. Ces mesures de protection des consommateurs gagnent du terrain dans les pays en développement et dans les pays en transition, notamment en Afrique du Sud et en Chine.

Les programmes de réformes font une place plus grande à la protection financière des consommateurs et les périodes de réflexion sont de plus en plus acceptées et respectées ; cette mesure de protection est sans doute encore plus importante de nos jours avec la montée en puissance des ventes en ligne. Certains pays se sont dotés de mécanismes d'approbation préalablement à la mise sur le marché, et, face aux manquements aux

obligations en matière de divulgation de renseignements et d'information, les normes ont été renforcées et exigent désormais l'inclusion de notes d'information et d'encadrés informatifs dans les contrats de prêts. Dans certains secteurs où les services financiers sont intrinsèquement simples (envois de fonds, par exemple), une approche « classique » basée sur la divulgation de renseignements et la concurrence permettrait de progresser.

L'innovation et la créativité peuvent réellement aider à répondre aux besoins des consommateurs. Malheureusement, les innovations ont trop souvent été utilisées à mauvais escient et ont plutôt servi de prétexte pour contourner les réglementations. Pour citer à nouveau le rapport de la Commission Stiglitz : « il y a eu des innovations, mais elles se sont situées beaucoup trop dans le domaine de l'arbitrage réglementaire, fiscal et comptable, sans suffisamment chercher à répondre aux besoins réels du commun des mortels [...]. La régulation financière doit tendre à favoriser une innovation véritable qui améliore la gestion des risques et l'allocation du capital »<sup>311</sup>.

<sup>310</sup> I. Ramsay, op. cit.

<sup>311</sup> J. Stiglitz, Nations Unies, op. cit.

## XV. La protection du consommateur et les services publics de distribution

### A. LES SERVICES PUBLICS DE DISTRIBUTION DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES SUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Les Principes directeurs révisés représentent une avancée dans ce domaine très important, étant donné qu'un nouveau besoin légitime a été ajouté au paragraphe 5, alinéa a), l'« accès des consommateurs aux biens et services essentiels », qui est immédiatement suivi à l'alinéa b) de la « protection des consommateurs vulnérables et défavorisés ». Fait tout aussi pertinent pour la prestation des services publics de distribution, pour la première fois, les Principes directeurs s'appliquent aux « entreprises d'État » (par. 2). La section V.E sur les circuits de distribution des biens de consommation et services essentiels est également pertinente et il convient de noter, en particulier, le paragraphe 36 b) qui encourage à « promouvoir la création de coopératives de consommateurs et des activités commerciales connexes, ainsi que la diffusion de renseignements à leur sujet, en particulier dans les zones rurales ». Il y a lieu de mentionner également la référence dans la résolution aux objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) et aux objectifs de développement durable (ODD) ; ces derniers venaient tout juste d'être acceptés lorsque les Principes directeurs révisés ont été adoptés.

La section la plus directement applicable est la section V.K, « Mesures applicables à des secteurs particuliers », dans laquelle (par. 69) les États Membres sont exhortés à « donner la priorité aux secteurs qui ont un impact crucial sur la santé, à savoir les produits alimentaires, l'eau, les produits pharmaceutiques, l'énergie et les services publics ». Les États Membres sont également invités à « continuer à appliquer ou renforcer leurs politiques visant à améliorer l'approvisionnement en eau potable ainsi que sa distribution et sa qualité. Ils devraient dûment veiller à choisir des niveaux appropriés de service, de qualité et de technologie, à mettre en place des programmes d'éducation et à promouvoir la participation de la communauté » (par. 72). L'absence persistante de tout engagement dans le domaine de l'assainissement est décevante pour les défenseurs de ce secteur, bien que les Principes directeurs se réfèrent à la Décennie internationale de l'eau potable et de l'assainissement,

(désormais caduque) ; l'intention est peut-être là. L'assainissement est également inclus explicitement dans les ODD.

Au paragraphe 76 des Principes directeurs, les États Membres sont invités à encourager l'accès universel à une énergie propre et à « élaborer des politiques destinées à améliorer l'offre et la distribution aux consommateurs d'une énergie de qualité d'un coût abordable ou maintenir ou renforcer les politiques existantes en fonction de leur situation économique ». Le paragraphe 77 préconise la promotion de « l'accès universel aux services publics » et énumère de nombreux aspects des relations entre fournisseurs et consommateurs. Il y est question notamment de « pénalités de retard » à l'encontre des consommateurs, mais aucune mesure claire d'indemnisation n'est mentionnée en cas de défaut de prestation des entreprises de services publics (les interruptions de services, par exemple), qui est un problème majeur partout dans le monde.

### B. LA NATURE DES SERVICES PUBLICS DE DISTRIBUTION

Si l'on s'en tient à la définition traditionnelle, le secteur des services publics comprend, entre autres, les fournisseurs de services d'approvisionnement en eau, d'assainissement, d'énergie et de communications. Cependant, cette définition est problématique vue sous l'angle de la protection des consommateurs. Outre le fait qu'ils fournissent des services de base essentiels, ces secteurs ont des caractéristiques économiques essentielles, qui rendent difficile leur ouverture à la concurrence. L'Union européenne a tenté de redéfinir ces services comme étant des « services d'intérêt économique général (SIEG) », qui se caractérisent par le fait qu'ils répondent à des objectifs identifiables de la politique publique, tels que le service universel, les États Membres étant laissés libres de préciser les services couverts par cette définition.

Dans l'approche adoptée par l'Union européenne, les SIEG ont certaines obligations dépassant le cadre de leurs objectifs purement commerciaux, même si les prestations comportent une dimension marchande importante et sont normalement payantes. Ces obligations peuvent être ramenées à la notion de service public. Une publication Eurostat de la Commission européenne expliquait ceci en 2007 :

Les SIEG peuvent être définis comme étant des biens collectifs ou sociaux, dans le sens qu'ils sont différents des services ordinaires... Les pouvoirs publics peuvent fixer certaines obligations spécifiques pour les prestataires. L'exécution de ces obligations peut impliquer l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs, ou encore des mécanismes de financement particuliers. Le cas le plus classique est l'obligation de service universel, c'est-à-dire l'obligation de fournir un service déterminé sur l'ensemble du territoire d'un pays à des prix abordables et à des conditions de qualité similaires, quelle que soit la rentabilité des opérations considérées individuellement<sup>312</sup>.

La plupart des prestataires de services publics ont besoin d'un réseau d'un genre ou d'un autre pour distribuer leurs services. Les aspects économiques de ces réseaux fixes font qu'il est moins coûteux pour une seule entreprise que pour plusieurs de desservir un marché entier. Une fois qu'un réseau de distribution a été mis en place, en créer un second avec des connexions reliant les mêmes points n'aurait aucun sens économiquement. Il se crée ainsi un « monopole naturel » qui « lie » les consommateurs à des prestataires particuliers.

Toutefois, cette hypothèse est moins valable aujourd'hui qu'il y a une génération de cela. Plusieurs aspects des monopoles naturels tendent à disparaître et, depuis l'avènement des services de télécommunications mobiles personnalisés, le secteur est devenu concurrentiel et produit moins d'effets de réseau, car il nécessite des immobilisations relativement moins coûteuses qui peuvent coexister dans un même périmètre. La capacité d'Internet pourrait faire resurgir de nouveaux problèmes de réseau à l'avenir ; il y a aussi toute la question de la disponibilité du spectre qui n'est pas examinée ici. Quoi qu'il en soit, dans la plupart des cas, les services téléphoniques sont concurrentiels et font l'objet de contrats individuels, ce qui exige des mesures de surveillance pour assurer des pratiques commerciales loyales dans le secteur, en faisant en sorte que les contrats soient transparents, ne comportent pas de clauses abusives et ne soient pas anticoncurrentiels (contrats d'exclusivité, par exemple). Ceci étant, le présent chapitre est essentiellement consacré aux services d'eau/ d'assainissement et d'électricité.

## C. LA RÉGLEMENTATION DES SERVICES PUBLICS

Dans la mesure où les monopoles naturels étaient jugés inévitables au départ, la politique publique de beaucoup de pays a consisté essentiellement à officialiser ces monopoles et à les réglementer en instituant le contrôle par le gouvernement des profits, des prix et d'autres aspects de l'offre de services. On parle parfois de « réglementation négociée ». On considère que le plafonnement des tarifs effectifs permet de trouver un juste milieu entre l'impératif de prix abordables et celui du recouvrement des coûts et de la génération d'un revenu. S'il s'avère impossible de concilier ces deux objectifs, un subventionnement peut être envisagé pour permettre la réalisation d'objectifs spécifiques comme le service universel. Il y a plusieurs degrés et formes de réglementation, les entreprises publiques étant souvent les moins réglementées sur le plan juridique, avec toutefois un contrôle plus direct par le gouvernement.

Quatre grands modèles de réglementation ont été identifiés par Eberhard<sup>313</sup> :

- **La réglementation par les pouvoirs publics.** Le défi dans ce modèle est que les pouvoirs publics doivent être à l'écoute des différentes entreprises publiques, qui ont besoin de recouvrer leurs coûts et de dégager un revenu (aspect essentiel de la réglementation économique). Il y a là un conflit d'intérêts évident, du fait que l'État est à la fois propriétaire et régulateur de ces entreprises ;
- **La réglementation indépendante.** Dans ce modèle, la prise de décisions est indépendante. Il existe des variantes, telles que la réglementation basée sur des prix-plafonds (comme au Royaume-Uni), la réglementation basée sur le taux de rentabilité (comme aux États-Unis) et la réglementation basée sur une estimation des bénéfices d'exploitation (comme en Fédération de Russie) ;
- **La réglementation par contrat,** comme en France ;
- **La réglementation externalisée à des tiers,** dont les outils sont, par exemple, la révision des tarifs, la comparaison de la performance des différents opérateurs (benchmarking) et le règlement des litiges. Ces mécanismes sont utilisés au Chili, au Sénégal et en Roumanie.

<sup>312</sup> Eurostat, 2007, *Consumers in Europe: Facts and Figures on Services of General Interest*.

<sup>313</sup> A. Eberhard, 2007, *Infrastructure Regulation in Developing Countries: An Exploration of Hybrid and Transitional Models*, PPIAF Working Paper.

Il y a toutefois un problème d'échelle. Dans le modèle traditionnel, étant donné que les services d'eau et d'assainissement sont généralement réglementés par les municipalités, il est très difficile pour un organisme national de réglementer un aussi grand nombre de fournisseurs. En revanche, le modèle de réglementation à l'échelle nationale est plus faisable dans le cas des services d'électricité, car le nombre de prestataires est moins grand et le périmètre desservi plus vaste.

#### D. LA PROPRIÉTÉ DES SERVICES PUBLICS DE DISTRIBUTION

La propriété publique des services d'eau, d'assainissement et d'énergie domine, pourtant la question est encore largement controversée. La privatisation a suscité beaucoup d'intérêt à la fin du XX<sup>e</sup> siècle et a souvent été perçue à l'époque comme un phénomène sans précédent. En fait, il y a des opérateurs privés de services publics de distribution depuis de nombreuses générations et, au XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, ces services municipaux ont été tour à tour publics puis privés, puis publics de nouveau dans plusieurs villes européennes<sup>314</sup>.

L'opposition binaire entre la propriété publique et la propriété privée n'est peut-être pas justifiée dans certains pays où il y a une tradition de réglementation par contrat comme la France, où la Compagnie générale des eaux, par exemple, établie dans les années 1850, existe encore aujourd'hui<sup>315</sup>. Le tableau 1 illustre plusieurs modèles de réglementation contractuelle, qui, à l'exception de la privatisation, trouvent leur origine dans le régime des services d'eau français. Les communes françaises sont responsables des services d'eau potable depuis 1789, mais ces services sont généralement fournis par un opérateur privé sous contrat<sup>316</sup>. La législation nationale définit les normes (traitement égal de tous les consommateurs et probité financière des opérateurs, par exemple). Différentes formes de contrats ont été élaborées dans le monde et des variantes du modèle français ont souvent été utilisées comme options pour la mise en œuvre locale, la municipalité étant le contractant et l'opérateur privé, l'exécutant.

L'intérêt porté à la privatisation n'a jamais été aussi marqué qu'au début du millénaire. Dans une étude de l'OCDE sur la participation privée au secteur de l'eau, achevée en 2009, la tendance à recourir au secteur privé est expliquée comme suit : « on a vu dans la propriété privée un moyen d'améliorer la performance souvent médiocre des prestataires publics et/ou d'injecter des capitaux d'investissement faisant cruellement défaut. Toutefois, l'expérience n'a pas toujours répondu aux attentes et l'augmentation tant espérée des flux d'investissements ne s'est pas matérialisée »<sup>317</sup>.

Le début du millénaire a vu se modifier la configuration de la participation, en particulier pour le secteur de l'eau. En 2000, cinq entreprises internationales seulement couvraient 80 % de la population desservie par des opérateurs privés. Entre 1990 et 1997, ces mêmes cinq entreprises ont remporté 53 % de tous les contrats adjugés à des fournisseurs privés de services d'eau. En 2002, leur part est tombée à 23 %, avec la présence accrue d'acteurs locaux et régionaux ou hybrides, par exemple des entreprises publiques opérant à l'étranger en tant qu'entreprises privées<sup>318</sup>. En 2007, les opérateurs privés de services d'eau de pays en développement desservaient plus de 40 % du marché urbain de ces pays (à l'exception de la Chine, qui utilisait des contrats hybrides). À la fin de 2007, certains des opérateurs privés les plus actifs s'étaient largement retirés des pays en développement, selon l'étude des services d'eau réalisée par Philippe Marin pour la Banque mondiale<sup>319</sup>.

Marin et Izaguirre ont fait remarquer à l'époque que l'enthousiasme des années 1990, surtout pour les concessions, avait diminué : « les contrats reflétaient souvent un excès d'optimisme de la part des investisseurs privés et des gouvernements, et les difficultés sociopolitiques associées à toute hausse des tarifs pour couvrir les coûts ont été souvent sous-estimées. Les marchés financiers hésitaient à fournir des financements sans recours pour les projets hydrauliques et exigeaient souvent que tout financement soit garanti par le bilan de l'entité qui se portait en caution »<sup>320</sup>. En 2005, 34 % des engagements d'investissement annoncés en 1990 (11 %) avaient été annulés ou étaient en difficulté,

<sup>314</sup> P. S. Juuti et T. S. Katko, 2005, *Water, Time and European Cities: History Matters for the Futures (Watertime)*. Voir aussi du même auteur (2004) *From a Few to All: Long Term Development of Water and Environmental Services in Finland*.

<sup>315</sup> Sous le nom de Veolia.

<sup>316</sup> S. Trémolet et D. Binder, 2010, *La régulation des services d'eau et d'assainissement dans les pays en développement* (AFD).

<sup>317</sup> OCDE, 2008, *Financing and Pricing Water: The Roles of Government Policies, the Private Sector and Civil Society*, ENV/EPOC/GF/SD 2008.

<sup>318</sup> OCDE, 2008, op. cit.

<sup>319</sup> P. Marin, 2009, *Partenariats public-privé pour les services d'eau urbains – Bilan des expériences dans les pays en développement* (Banque mondiale).

<sup>320</sup> P. Marin et A. K. Izaguirre, 2006, *Private Participation in Water, Toward a New Generation of Projects?* (PPIAF/World Bank).

Tableau 1. Les différentes formes de participation privée

Option	Propriété des actifs	Investissements	Collecte des revenus	Opérations	Durée	Risque
Contrat de gestion	publique	publics	publique	privées	3 à 5 ans	public
Contrat de bail ou d'affermage	publique	partagés	privée	privées	8 à 15 ans	partagé
Concession	publique	privés	privée	privées	25 à 30 ans	privé
BOT	partagée	privés	privée	privées	20 à 30 ans	privé
Privatisation	privée	privés	privée	privées	indéterminée	privé

Notes :

1. Les projets BOT (*Build-Operate-Transfer*) – construction, exploitation, transfert – sont une forme particulière de concession dans laquelle l'opérateur garde la propriété effective d'un actif qu'il a construit pendant une période déterminée puis la cède aux pouvoirs publics en échange d'une somme convenue. Sur le court terme ce type de contrat s'apparente à une privatisation.
2. La principale différence entre les contrats de bail et les contrats d'affermage est que, dans le cas du bail, la rémunération de l'opérateur dépend du tarif à la consommation, alors que dans celui de l'affermage, la rémunération de l'opérateur est indépendante du tarif à la consommation, même quand il est chargé de collecter les paiements.
3. Normalement, le gouvernement exerce un contrôle sur les tarifs dans tous les cas de figure de la propriété privée, même dans celui de la privatisation.
4. L'externalisation « traditionnelle » des services présente des caractéristiques similaires à celles des contrats de gestion, bien que ces derniers soient généralement plus complets.

Sources : Principalement Foster et al. 2005 ; et aussi Guasch 2004.

c'est-à-dire qu'ils faisaient l'objet d'une demande d'annulation ou d'un arbitrage international<sup>321</sup>.

L'une des raisons de l'impopularité des opérateurs privés était que les contrats étaient souvent renégociés avant leur échéance. C'était particulièrement fréquent en Amérique latine pendant les dernières années du siècle dernier<sup>322</sup>. Une autre raison ne tenait pas à la performance des opérateurs mais aux contrats qu'ils obtenaient, lesquels mettaient l'accent sur les prix plutôt que sur la couverture des services. Pour les contrats concernant les deux zones de Manille, par exemple, certains soumissionnaires avaient offert des prix établis à 26 % (zone est) et 57 % (zone ouest) des prix pratiqués avant l'appel d'offres, ce qui a représenté une aubaine pour les populations déjà raccordées au réseau (évidemment les plus aisées), sans rien changer pour les populations pauvres non desservies<sup>323</sup>.

La baisse d'intérêt pour les concessions a été particulièrement intéressante, car ce sont les concessions qui amènent des capitaux d'investissement, d'où la longue durée des contrats. Le moment était venu d'envisager une participation plus flexible du secteur privé, sur la base de cessions à

bail, d'affermages ou de simples contrats de gestion, comme indiqué au tableau 1.

## E. LA PERFORMANCE DES OPÉRATEURS DE SERVICES PUBLICS DE DISTRIBUTION

L'intérêt porté au secteur privé s'explique par le fait que certains opérateurs traditionnels dans les pays en développement ne fournissaient pas le niveau de service stipulé dans leur mandat. C'était essentiellement un problème de connectivité causé par un manque de revenus.

Au milieu des années 2000, des enquêtes menées par Global Water Intelligence sur plus de 100 villes à tous les niveaux de développement ont révélé que les deux cinquièmes de ces villes (neuf dixièmes dans les pays à faible revenu) ne parvenaient pas à recouvrer ne serait-ce que les coûts de fonctionnement et de maintenance. Trente pour cent contribuaient dans une certaine mesure aux dépenses d'investissement, mais dans les pays à faible revenu, c'était très rare (3 % seulement)<sup>324</sup>. La situation était plus soutenable pour l'électricité. Pour 84 pays étudiés par une équipe de la Banque mondiale, les coûts de fonctionnement et de

<sup>321</sup> Marin et Izaguirre, op. cit.

<sup>322</sup> J. Guasch, 2004, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions* (World Bank Institute).

<sup>323</sup> P. Marin, op. cit.

<sup>324</sup> Global Water Intelligence, 2004, *Tariffs: Halfway There* (Oxford).

gestion n'étaient pas couverts dans près du tiers des pays à faible revenu. Globalement, 41 % contribuaient aux dépenses d'investissement<sup>325</sup>.

Ce déficit de ressources a été couvert soit par les gouvernements, soit par le biais d'une réduction des coûts, quitte à laisser les réseaux à l'abandon, sans entretien. Les conséquences étaient encore plus graves que ce que révélaient les bilans. En premier lieu, le maintien des prix en dessous des coûts a encouragé une surconsommation par les usagers (ou au mieux n'a pas encouragé la conservation), ce qui a souvent contribué aux pénuries. En second lieu, les prix étant artificiellement bas aussi bien pour les pauvres que pour les riches il a été impossible de générer les revenus nécessaires pour financer des extensions des réseaux.

Par conséquent, ce sont les populations sans raccordement et sans services qui en ont payé le prix dans leur vie quotidienne. Pour autant, le recours au secteur privé n'a pas nécessairement résolu le problème, surtout lorsque les contrats n'exigeaient pas l'extension des réseaux. On peut douter qu'il ne soit jamais plus rentable pour un prestataire de raccorder un nouveau consommateur au réseau que de se contenter de tirer des bénéfices du réseau existant, ou du moins d'éviter les pertes pouvant résulter d'une extension du réseau à des clients moins rentables, à moins d'être explicitement obligée par le contrat d'augmenter la couverture des services. En l'absence d'obligations explicites ou de ressources financières pour honorer ces obligations, les entreprises déjà présentes sur le marché n'ont pu répondre aux défis de la démographie et de l'urbanisation. La preuve la plus frappante peut être observée dans les quartiers périurbains des pays en développement. Ce sont ces zones qui sont au centre des objectifs du Millénaire pour le développement et des objectifs de développement durable, donc des Principes directeurs des Nations Unies sur la protection des consommateurs.

Les services d'énergie, d'eau et d'assainissement étant des services essentiels dont on ne peut se passer, les populations des zones non desservies ont souvent dû trouver d'autres arrangements plus informels<sup>326</sup>. L'ampleur de ce phénomène a souvent été sous-estimée, en partie parce qu'une estimation est difficile en raison même du caractère informel (voire illégal) de ces arrangements et, en partie, parce que ces zones d'habitation informelles se sont développées si rapidement qu'elles ont été parfois considérées comme étant gênantes ou ont même été

vues avec hostilité. Il en a été de même pour les petits opérateurs privés (POP) qui ont fait leur apparition un peu partout dans le monde. Ce sont de petits réseaux câblés ou des réseaux utilisant des conduits de faible diamètre, branchés parfois illégalement sur les réseaux officiels ; il y a aussi les points de distribution, tels que les colonnes d'alimentation ou les chargeurs de batteries, les systèmes de distribution mobiles, tels que les distributeurs d'eau à vélo ou en camion, et les vendeurs de bois récoltant souvent eux-mêmes leur propre source d'énergie. Il peut s'agir également de ceux qui ont été surnommés « hommes grenouilles » et qui opèrent illégalement en l'absence d'un véritable système d'assainissement. Un pourcentage important des habitants de certaines villes sont approvisionnés en eau potable par des POP. Pendant la première décennie du siècle, ce pourcentage a atteint 44 % à Djakarta, 60 % à Nairobi, 66 % à Conakry et 80 % à Khartoum. Le pourcentage est moins élevé dans les villes les mieux desservies, comme Dakar (21 %)<sup>327</sup>.

On peut dire des POP qu'ils sont apparus « par défaut ou à dessein ». Cette dernière définition se vérifie de plus en plus, car les POP sont de plus en plus reconnus comme des opérateurs de petits systèmes de distribution de services publics, dont les activités devraient être développées ou améliorées. Au Paraguay, les *aguateros* d'Asunción et de Ciudad del Este sont un exemple bien connu<sup>328</sup>. Les services informels ont été peu à peu reconnus et sont même fournis sous licence ou externalisés et réglementés dans le cadre de contrats de concessions privées, comme dans le cas de l'opérateur Inpart Engineering à Manille.

## F. LA TARIFICATION ET LES SUBVENTIONS

Deux des principales causes du sous-financement des services publics de distribution sont le maintien de prix abordables et la crainte des réactions des consommateurs si les prix devenaient inabordables. Il existe de nombreuses estimations de ce qui constitue un pourcentage abordable du revenu disponible (ces estimations sont souvent théoriques, car le service le plus coûteux est celui qui n'existe pas, étant donné que les consommateurs non desservis doivent se tourner vers des services informels plus coûteux). Le Programme des Nations Unies pour le développement a recommandé à plusieurs reprises une limite de

<sup>325</sup> K. Komives *et al.*, 2005, *Water, Electricity and the Poor: Who Benefits from Utility Subsidies?* (Banque mondiale).

<sup>326</sup> D. Mitlin et D. Satterthwaite, 2013, *Urban Poverty in the Global South*.

<sup>327</sup> M. Kariuki *et al.*, 2006, *Reaching Unserved Communities in Africa with Basic Services* (PPIAF).

<sup>328</sup> B. Dardenne, 2006, *The Role of the Private Sector in Peri-Urban or Rural Water Services in Emerging Countries* (Paris, OCDE).

3 % du revenu des ménages dans le cas de l'eau potable, alors qu'en Amérique latine le pourcentage est de 5 % tant pour l'eau que pour l'électricité<sup>329</sup>. Au Royaume-Uni, on considère qu'il y a précarité énergétique au-dessus d'un seuil de 10 % et ce concept est très répandu dans d'autres États membres de l'Union européenne. En fait, les limites arbitraires peuvent réduire les options disponibles. Lorsque des familles dépensent une part bien plus grande de leur revenu disponible (beaucoup plus que 10 %, dans les pays en développement, selon certains rapports) et doivent passer de longues heures à chercher et porter de l'eau, dépenser même 8 % de leur revenu pour acheter de l'eau potable serait une amélioration par rapport à leur situation actuelle, surtout si le service leur est fourni sur place. Selon le projet « Diagnostics des infrastructures nationales en Afrique », une facture d'électricité et d'eau de 10 dollars par mois suffirait pour recouvrer l'intégralité des coûts pour la consommation d'un ménage typique en Afrique et représenterait entre 1 % et 4 % des revenus des clients à revenu élevé qui bénéficient actuellement de ces services. Toutefois, la même facture absorberait entre 7 % et 15 % du budget familial des pauvres<sup>330</sup>. Des tarifs assez élevés pour couvrir les coûts des services pourraient bien être au-dessus des moyens des plus pauvres et il y a des raisons de penser que lorsque les tarifs augmentent trop ou trop rapidement, les consommateurs se « débranchent ».

Que paient déjà les pauvres non desservis ? Selon le projet « Diagnostics des infrastructures nationales en Afrique », « dans les grandes villes africaines, l'eau courante des petits réseaux à faible diamètre coûte 1,3 fois plus que l'eau du réseau principal et l'eau des distributeurs mobiles de 10 à 20 fois plus que l'eau du réseau principal ». Dans le cas de l'énergie, les consommateurs non raccordés à un réseau utilisent des sources d'énergie plus coûteuses, comme les bougies, le kérosène, les batteries automobiles, le bois ou le charbon. Au Mali, ces sources d'énergie coûtent 10 fois plus le kilowattheure que l'électricité du réseau, qui ne dessert que 13 % de la population<sup>331</sup>.

Cela montre clairement que les « pauvres paient plus cher », comme le mentionne plusieurs fois le présent manuel. Le phénomène est pluridimensionnel :

- Les pauvres paient plus cher l'unité, parce qu'ils dépendent de petits fournisseurs indépendants dont les coûts sont élevés ;
- Les personnes aisées perçoivent l'équivalent d'une subvention puisqu'ils paient des tarifs inférieurs aux coûts d'exploitation du réseau, un réseau dont les pauvres sont exclus ;
- En tant que contribuables, ce sont les pauvres qui financent ces subventions ;
- Lorsque les coûts d'exploitation du réseau dépassent un certain niveau, les frais de raccordement sont augmentés pour pouvoir dégager un revenu, ce qui rend l'accès encore plus difficile pour les pauvres ;
- Les pauvres non desservis perdent du temps à aller chercher de l'eau et à la porter ;
- Le niveau de la qualité des services fournis par le secteur informel aux pauvres est souvent bas, voire dangereux.

Quand on sait que les pauvres paient plus cher à l'unité, on comprend mieux dans quelle direction intervenir pour sortir de ce système de subventionnement régressif des plus aisés et d'absence de services aux pauvres. Le projet « Diagnostics des infrastructures nationales en Afrique » conclut que « s'ils avaient accès aux principaux réseaux de services publics, même en payant un tarif permettant le recouvrement des coûts, les ménages pauvres s'en sortiraient mieux qu'en utilisant les services du secteur informel. On peut en conclure qu'en dernière analyse, le subventionnement des coûts de raccordement pourrait être une manière plus équitable et moins coûteuse d'utiliser les ressources publiques »<sup>332</sup>. Subventionner la consommation plutôt que les raccordements au réseau n'est peut-être pas la bonne stratégie. S'il en est ainsi, alors il y a deux moyens de protéger les pauvres et de renoncer à subventionner la consommation : l'établissement de tarifs « sociaux » soigneusement encadrés et l'octroi de subventions directes à des ménages particuliers.

## 1. Les mesures agissant sur les tarifs

Les mesures destinées à aider les consommateurs à bas revenus en agissant sur la tarification consistent généralement à facturer une première tranche de consommation à un prix inférieur aux coûts (ou même parfois à un prix zéro), suivant un système de tarification progressive par tranches de services

<sup>329</sup> H. Smets, 2009, *Access to Drinking Water at Affordable Prices in Developing Countries* (Options Méditerranéennes) ; M. Fay et M. Morrison, 2007, *Infrastructure in Latin America and the Caribbean* (World Bank/PPIAF).

<sup>330</sup> S. G. Bannerjee et E. Morella, 2011, *Africa's Water and Sanitation Infrastructure: Access, Affordability and Alternatives* (Banque mondiale).

<sup>331</sup> V. Foster et C. Briceno-Garmendia, 2010, *Africa's Infrastructure: A Time for Transformation, Summary of Main Findings* (Banque mondiale).

<sup>332</sup> V. Foster et C. Briceno-Garmendia, op. cit.

consommés. L'une des critiques les plus souvent formulées contre ce système est qu'il est indifférencié, en ce sens que tous les consommateurs paient un tarif bas pour la première tranche de consommation. Le résultat est que si le seuil est trop élevé, la base de revenu du prestataire s'érode.

Les mesures agissant sur les tarifs ont été fortement critiquées pour leurs « erreurs d'inclusion » (les subventions vont à des personnes qui ne font pas partie des nécessiteux) et ses « erreurs d'exclusion » (les pauvres ne reçoivent pas les prestations auxquelles ils ont droit)<sup>333</sup>. Par exemple, selon le Rapport de suivi mondial 2014-2015 de la Banque mondiale « dans les pays à faible revenu et à revenu intermédiaire, un subventionnement généralisé des services d'énergie (à l'exception du kérosène dans les pays à faible revenu) profite six fois plus aux 20 % des ménages qui sont les plus riches qu'aux 20 % des ménages les plus pauvres »<sup>334</sup>. Toutefois, il y a lieu de noter que beaucoup de familles sortent à peine du gouffre de la pauvreté et leur appliquer des tarifs couvrant l'intégralité des coûts pourrait bien les y rejeter.

Il existe des exemples de tarification progressive dont les seuils bien ciblés ont épargné aux pauvres les difficultés associées aux hausses de tarif, sans compromettre pour autant les revenus du prestataire. Ainsi, jusqu'à récemment le service d'électricité de la Serbie a fixé la tranche inférieure de consommation à 350 kilowattheures par mois pour tous les usagers – soit un système classique de tarification progressive analogue à celui qu'appliquent beaucoup de pays. Lors des hausses de tarifs en 2011, des rabais basés sur la consommation ont permis de protéger les pauvres, si bien que la hausse globale de 13,5 % des tarifs a eu peu d'effets sur la précarité électrique<sup>335</sup>. C'est dû au fait que les tarifs sont restés inchangés pour la tranche de consommation la plus faible, ce qui montre que le seuil de consommation avait été bien choisi. En Serbie, la consommation d'électricité des ménages largement en dessous du seuil de pauvreté est particulièrement basse (environ 300 kWh) et est de loin inférieure à la moyenne nationale. Par conséquent, le maintien de la tranche de consommation inférieure à un niveau constant a aidé à protéger les ménages se trouvant au bas de l'échelle des revenus pendant une période très difficile pour la société serbe.

On pourrait faire valoir que dans un système de tarification progressive, le seuil de consommation devrait être fixé autour de la consommation moyenne des ménages pauvres. Un seuil plus élevé rend difficile la collecte de revenus auprès de consommateurs dont la consommation est supérieure au seuil, mais qui connaissent néanmoins des difficultés économiques.

## 2. Les aides sous conditions de ressources

Une autre manière d'aider les pauvres passe par les revenus plutôt que par les tarifs, une approche préconisée par beaucoup d'experts, notamment de la Banque mondiale, qui préfèrent séparer clairement la prestation de services, d'une part, des aides au revenu, de l'autre.

Le problème avec cet argument simple et apparemment logique est la résistance des consommateurs. Les prestations sociales subordonnées aux ressources sont intrusives et administrativement coûteuses, ont un taux d'acceptation généralement bas et ne vont normalement qu'à une minorité des personnes y ayant droit, même dans le cas de certains systèmes très admirés comme celui des subventions directes à la consommation d'énergie au Chili<sup>336</sup>. Souvent, ces systèmes ne fonctionnent pas, en partie parce que les gens répugnent à demander des aides, qu'ils trouvent humiliantes, et en partie en raison de la documentation volumineuse requise. En outre, pour pouvoir cibler un pourcentage du revenu des ménages, il faut déterminer en quoi consiste ce revenu, ce qui n'est pas simple. Il faut définir ce revenu pour une période donnée pour éviter de fausser le tableau. Quelle doit être la durée de cette période ? Les revenus de qui devraient être visés ? L'individu ? Les parents ? D'autres membres du ménage ? L'épargne devrait-elle être prise en compte ?

Les mécanismes sectoriels d'aides sociales payables par des entités publiques (souvent des bureaux de l'assistance sociale) se sont avérés particulièrement inefficaces, car ils ne concernent généralement qu'une part relativement faible des dépenses du consommateur – par exemple, 10 % de son revenu disponible, comme on l'a vu. En outre, la précarité énergétique pourrait bien être due à l'inefficacité des appareils utilisés et à la qualité des logements, auquel cas les aides sociales ne contribuent guère à la solution de ce problème fondamental et ce sont les deniers publics qui doivent continuer à soutenir les revenus, sans remédier à la consommation inefficace d'énergie des ménages. Il est plus efficace et écologiquement durable, en l'occurrence, d'appliquer des tarifs

<sup>333</sup> Pour l'analyse la plus détaillée de cette question, voir K. Komives *et al.*, op. cit.

<sup>334</sup> Banque mondiale, 2015, *Rapport de suivi mondial 2014-2015*.

<sup>335</sup> A. Cojocar et C. Ruggeri Laderchi, 2012, *Balancing Act: Cutting Subsidies, Protecting Affordability and Investing in the Energy Sector in Eastern Europe and Central Asia* (Banque mondiale).

<sup>336</sup> K. Komives *et al.*, op. cit.

couvrant les coûts et de réduire la consommation d'énergie (donc de maintenir les factures à un niveau constant), tout en protégeant les pauvres. Le Gouvernement de Hong Kong (Chine) offre des aides à certaines catégories de consommateurs pour qu'ils investissent dans la conservation de l'énergie. Le grand avantage des programmes de conservation de l'énergie est même s'ils s'adressent à une population plus « vaste » que les aides directes agissant sur les tarifs et les revenus, ils réduisent la consommation d'énergie, donc la pollution et profitent donc à tous<sup>337</sup>. Cela permet également de transmettre aux futurs usagers des appareils et des logements consommant moins d'énergie.

## G. L'ACCÈS AUX SERVICES PUBLICS DANS LES OMD ET LES ODD

Selon le rapport « Objectifs du Millénaire pour le développement-Rapport 2015 », 660 millions de personnes utilisent des sources d'eau non améliorées, et 2,4 milliards de personnes manquent d'installations sanitaires acceptables<sup>338</sup>. En présentant les objectifs de développement durable en 2015, les Nations Unies ont indiqué que 1,2 milliard de personnes dans le monde n'ont pas accès à l'électricité. Toutefois, en ce qui concerne les télécommunications, la situation a beaucoup changé depuis la dernière livraison du présent manuel. Aujourd'hui, on compte 7 milliards de téléphones portables en fonctionnement dans le monde et ces appareils ont des fonctionnalités de plus en plus perfectionnées. C'est en partie pour cela qu'Internet est en train de devenir un nouveau service public<sup>339</sup>.

Il y a eu des progrès dans l'un des domaines les plus en manque de solutions, celui de la non intégration des zones d'habitation informelles. Toujours selon le rapport « Objectifs du Millénaire pour le développement-Rapport 2015 », on estime aujourd'hui que plus de 880 millions de personnes vivent dans des conditions insalubres dans les villes des pays en développement, contre 792 millions en 2000 et 689 millions en 1990. Toutefois, le pourcentage de la population urbaine vivant dans des taudis dans les régions en développement a diminué et est passée de 39 % en 2000 à 30 % en 2014. On pourrait croire à un progrès, d'autant plus que la cible des OMD a été

atteinte, mais le nombre absolu des personnes vivant dans des taudis dans les zones urbaines ne cesse d'augmenter, ce qui est dû en partie à l'accélération de l'urbanisation, à la croissance démographique et au manque de politiques foncières et de politiques du logement appropriés. De toutes les régions, l'Afrique subsaharienne reste celle où le pourcentage de la population urbaine vivant dans des conditions d'insalubrité est le plus élevé – 55 % en 2014 selon les estimations. Toutefois, ce chiffre représente une baisse de près de 10 points de pourcentage depuis 2000, c'est-à-dire qu'il faut « courir plus vite pour rester sur place », sans compter que des conflits locaux ou régionaux ont augmenté le nombre de taudis. C'est le cas, par exemple, en Iraq où il y a eu une augmentation de plus de 60 % entre 2000 et 2014<sup>340</sup>.

## H. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES CONSOMMATEURS

Les propositions avancées pour résoudre ces difficultés ne tiennent pas toujours compte de certains aspects fondamentaux des services publics et de la protection des consommateurs, dont certains sont traités dans la norme ISO 24510 (2007), « Activités relatives aux services de l'eau potable et de l'assainissement – Lignes directrices pour l'évaluation et l'amélioration du service aux usagers », qui a pour but de protéger les intérêts des consommateurs. Avec cette norme, on espère notamment améliorer le respect par les consommateurs des taux de paiements et déclencher un cercle vertueux liant l'amélioration des normes et l'expansion des réseaux. Les objectifs approuvés par les représentants des consommateurs aux fins de leur incorporation dans la norme ISO 24510 méritent d'être rappelés ici, car cette norme a été largement adoptée en Amérique latine et une norme semblable sur les services énergétiques (ISO 50007) était au stade d'approbation final au moment de la rédaction du présent manuel<sup>341</sup>.

- La norme devrait être appliquée aux **systèmes « non réticulés »**, c'est-à-dire qu'elle est applicable aux systèmes qui ne sont pas nécessairement raccordés physiquement et ne sont pas pleinement intégrés au réseau. Elle devrait couvrir les services d'eau potable livrée par camion ou en bouteilles, ainsi que les latrines sèches et la vidange des fosses. En outre, les populations qui ne sont pas encore

<sup>337</sup> Pour Hong Kong (Chine) voir Consumer Council, 2014, *Searching for New Directions: A Study of HK Electricity Market*.

<sup>338</sup> PNUD, *Rapport 2015 sur les objectifs du Millénaire pour le développement*. Disponible sur <http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/mdg/the-millennium-development-goals-report-2015.html>.

<sup>339</sup> PNUD, 2015, *Rapport sur les OMD*, op. cit.

<sup>340</sup> PNUD, 2015, *Rapport sur les OMD*, op. cit.

<sup>341</sup> R. Simpson, 2007, *The ISO Draft Standard for Water and Waste Water Services* (Kampala, Uganda, World Bank Institute).

desservies devraient au moins savoir quand elles le seront.

- Le principe de la **distribution équitable du service**. Si les réseaux existants sont sujets, comme c'est souvent le cas, à des interruptions de service, ces interruptions devraient être gérées de manière équitable, sans discrimination à l'égard des quartiers pauvres, qui sont courants dans beaucoup de pays.
- Le droit au service devrait être un **droit contractuel**. Les contrats devraient être « implicites », c'est-à-dire pas nécessairement sous la forme de contrats individuels consignés sur papier pour chaque ménage. Les droits contractuels doivent, bien évidemment, être écrits pour que les individus puissent les exercer, mais chaque individu doit pouvoir faire valoir ses droits sans être en possession d'un contrat écrit. C'est d'autant plus important qu'une grande partie des adultes dans le monde sont illettrés.
- Il faut une **participation du public à la réglementation du service**, pas nécessairement à sa gestion interne, une possibilité qu'il ne faut toutefois pas exclure dans le cas de modèles basés, par exemple, sur la création de coopératives. Cette participation nécessite la création de forums et la communication des informations pertinentes sous une forme qui soit compréhensible.
- Il faut mettre au moins des **méthodes de paiement pour aider les personnes à bas revenu**. Par exemple, on sait que les consommateurs qui gagnent peu préfèrent de loin les petits paiements rapprochés ; quand cette possibilité leur est offerte, ils ne se montrent pas moins disposés à payer que les consommateurs plus aisés.
- **Les tarifs doivent être fixés en fonction de plusieurs facteurs, dont la capacité de paiement de la population, les coûts de production, les prix historiques et le taux de rendement du capital** (public ou privé). Il n'y a pas de solution universelle ; c'est une décision politique locale.

Une amélioration très simple peut rendre moins pressante une hausse des tarifs, à savoir l'augmentation des taux de recouvrement des paiements. Des niveaux de paiement extrêmement bas, aussi bas que 35 % dans certains cas, ont été rapportés dans beaucoup de pays en développement et de pays

en transition<sup>342</sup>. L'augmentation des tarifs peut être très mal accueillie quand on sait que beaucoup de consommateurs choisissent de ne pas payer, mais avec un meilleur recouvrement des paiements et des tarifs modérés, il y a moins de raisons de ne pas payer. En Afrique de l'est, l'expansion du système de paiement mobile M-Pesa a permis aux fournisseurs de services, comme la compagnie Kenya Light and Power, d'accepter que leurs abonnés paient leurs factures en utilisant leurs téléphones portables, ce qui a pour avantage également de leur éviter de longues files d'attente dans des bureaux. Pour améliorer les revenus, il est indispensable de faciliter les paiements.

D'autres innovations, discutables pour certains, consistent à offrir à l'usager différents niveaux de service (en fonction, par exemple des heures auxquelles le service est utilisé ou du voltage) rendant possible la fourniture d'un certain niveau de service là où il ne peut y en avoir autrement. Cette option a été offerte dans les zones reculées de l'est du Sénégal, par exemple, sur la base de consultations dans les villages<sup>343</sup>. Ce système peut être accusé de faire deux poids deux mesures, mais il permet au moins de fournir un service aux consommateurs défavorisés. Les Principes directeurs envisagent la possibilité de fournir différents niveaux de service aux paragraphes 72 et 76 sur l'eau et l'énergie, qui mentionnent tous deux « des niveaux appropriés de service, de qualité et de technologie ».

Des mesures concernant les différents niveaux de service peuvent être prises en consultation avec les consommateurs ou plutôt avec les consommateurs potentiels. Il existe une riche tradition de participation des consommateurs à la gouvernance de ces secteurs, comme le reconnaissent les Principes directeurs, toujours aux paragraphes 72 et 76. Dans une étude très détaillée, Meike van Ginneken *et al.* proposent pour le secteur de l'eau différentes catégories de participation, notamment aux niveaux de l'information, des consultations et des mécanismes de recours ou de réparation<sup>344</sup>. Certains programmes participatifs ont été un grand succès ; celui de Porto Alegre au Brésil est souvent cité. D'un autre côté, l'un des programmes de services publics les plus réussis, celui des services d'eau de Phnom Penh, n'est pas du tout basé sur le modèle participatif, mais plutôt sur le principe de l'émulation<sup>345</sup>.

<sup>342</sup> AICD, 2011, op. cit.

<sup>343</sup> Agence Sénégalaise d'électrification, 2010, *Étude du plan d'électrification de la concession de Matam-Ranerou-Bakel*.

<sup>344</sup> M. van Ginneken *et al.*, 2008, *Ways to Improve Water Services by Making Utilities More Accountable to Their Users* (Banque mondiale).

<sup>345</sup> E. Sonn Chan *et al.*, 2010, *Sharing the Reform Process: Learning from the Phnom Penh Water Supply Authority*

## I. L'OUVERTURE DES SERVICES PUBLICS DE DISTRIBUTION À LA CONCURRENCE

Dans le souci de rendre l'exploitation des actifs publics aussi efficaces que les activités soumises aux forces du marché, des politiques innovantes ont été adoptées ces dernières années – par exemple, la création de réseaux concurrents, la possibilité pour les consommateurs de services de détail de choisir librement leur fournisseur parmi des prestataires concurrents et la régulation par délégation, ainsi que les nouveaux modèles de propriété des services publics (séparation de la propriété des actifs et des activités d'exploitation des réseaux, séparation des fonctions d'approvisionnement des fonctions de distribution et délégation de ces fonctions à des entreprises distinctes). Des doutes ont été exprimés sur les résultats de l'ouverture des services publics à la concurrence, en partie parce que l'accent a été mis sur les prix au détriment de la couverture de ces services et, en partie, parce que quand la possibilité leur est donnée de choisir entre plusieurs fournisseurs de détail, un grand nombre de consommateurs font le mauvais choix et finissent par payer plus que s'ils n'avaient pas changé de fournisseur<sup>346</sup>.

Le seul service pour lequel ces doutes ne sont pas du tout justifiés est celui des télécommunications, dans lequel la téléphonie mobile a fait des progrès stupéfiants grâce à l'application d'un régime plus ouvert qu'à l'époque des anciens réseaux filaires fixes – une réussite extraordinaire dont les retombées positives, surtout en Afrique de l'est, ont permis d'autres réussites, comme le développement de la banque mobile et d'autres services financiers mobiles. C'est largement, voire entièrement, dû aux avancées technologiques, qui ont réduit la nécessité de gros investissements initiaux, et à la baisse des coûts d'entrée pour les prestataires, mais aussi pour les consommateurs. Il est bon de rappeler que l'immense majorité des téléphones portables en Afrique utilisent des cartes SIM prépayées, ce qui a réduit de beaucoup le risque commercial pour les prestataires<sup>347</sup>. En d'autres termes, le secteur de télécommunications a peu à peu cessé d'être un monopole naturel. Toutefois, de nouveaux monopoles risquent de se créer là où les services financiers et les services de télécommunications sont fournis par une même société de holding. Cette situation inquiète au Kenya et même en Somalie où les envois de fonds,

(Mekong Water Dialogues).

<sup>346</sup> J. Hills, 2012, *Getting the Measure of Fuel Poverty: Final Report of the Fuel Poverty Review* (London School of Economics).

<sup>347</sup> AICD, op. cit.

qui sont une source importante de revenus, sont effectués par téléphone. Une grande attention devra être accordée à ces questions au cours de prochaines années et les principes de la concurrence devront être pris en compte.

### 1. La mise en concurrence des services de détail

Le libre choix du fournisseur par le consommateur est une politique récente adoptée d'abord au Royaume-Uni à la fin du siècle dernier, puis dans l'Union européenne en vertu des directives sur l'énergie. Libres de choisir, les consommateurs ont jusqu'ici préféré continuer à payer les prix réglementés, quand ceux-ci sont proposés, en particulier en France. Selon un document de travail de 2011 de la Commission européenne, « le taux de changement est généralement faible à de rares exceptions près, surtout au niveau des ménages. C'est peut-être dû au fait que les prix offerts par les différents fournisseurs ne sont pas assez attractifs en termes économiques pour que le consommateur se donne la peine de changer de fournisseur... Cette analyse est également confirmée par le fait que les taux de changement calculés sur la base du volume sont plus élevés que ceux qui sont calculés sur la base des points inscrits au compteur, ce qui indique que les usagers ayant des niveaux de consommation élevés sont plus motivés à changer de fournisseur »<sup>348</sup>. Autrement dit, les principaux bénéficiaires des politiques autorisant le libre choix du fournisseur sont probablement les gros consommateurs industriels ou commerciaux<sup>349</sup>. En outre, la préparation des opérations de changement est très coûteuse. En 1990, avant la mise en concurrence des services de détail au petit consommateur au Royaume-Uni, 5 % seulement des factures des ménages servaient à couvrir les coûts des services d'approvisionnement, tels que la facturation et le relevé des compteurs. Au milieu de la dernière décennie, ce chiffre avait atteint 30 %<sup>350</sup>. En fait, ceux qui gardent le même fournisseur subventionnent indirectement ceux qui changent de fournisseurs et économisent.

Avec la mise en concurrence des services de détail, un nouveau rôle peut être attribué aux associations de consommateurs dans les achats groupés de services d'énergie aux enchères. On peut citer les exemples récents de l'organisation espagnole « Organización de Consumidores y Usuarios » et de l'Union fédérale

<sup>348</sup> CE, 2011, *Report on Progress in Creating the Internal Gas and Electricity Market* (9 juin).

<sup>349</sup> Power United Kingdom, 2002, *Prices Fall for Some but Stay the Same for Others*.

<sup>350</sup> S. Thomas, 2006, *The grin of the Cheshire cat, Energy Policy* 34(15): 1974-1983.

des consommateurs en France. Ces associations enregistrent les consommateurs intéressés et négocient en leur nom, ce qui leur permet d'obtenir des tarifs plus bas et des conditions plus avantageuses que les consommateurs agissant isolément. Le nombre de contrats effectivement conclus est inférieur au nombre de manifestations d'intérêt (la moitié environ dans le cas de la France et beaucoup moins dans celui de l'Espagne), mais les économies peuvent être substantielles pour ceux qui signent un contrat : 196 euros par an lors des premières enchères qui ont eu lieu en France en 2013. Il peut être avantageux pour les membres d'agir collectivement, mais qu'en est-il des non-membres ? Les associations font valoir qu'elles arrivent à faire pression sur les fournisseurs pour les amener à baisser leurs tarifs, si bien que tous les consommateurs en sortent gagnants. Toutefois, les coûts administratifs associés à la mise en concurrence des services de détail sont considérables (des coûts cachés surtout, il est vrai) et, globalement, on ne peut pas encore conclure avec certitude que le système soit avantageux pour tous les consommateurs.

## 2. L'exclusivité

Les imperfections de la politique d'ouverture des services publics à la concurrence ne signifient pas nécessairement que la solution est de maintenir un régime d'exclusivité. L'exemple frappant des bidonvilles de Dar es-Salaam en Tanzanie<sup>351</sup> montre que l'ouverture des marchés et l'acceptation d'une pluralité de fournisseurs (y compris ceux du secteur informel) sont essentiels pour assurer le bien-être des consommateurs. En effet, l'imposition d'un régime d'exclusivité pourrait avoir pour effet une dégradation des niveaux de service. Dans cet exemple, il s'agit des services de vidange des latrines et des fosses septiques dont la ville avait le monopole. Le service n'arrivait pas à satisfaire la demande et les clients riches avaient recours à un système de paiement « exprès » pour que leurs fosses soient vidangées avec un équipement d'aspiration, alors que les pauvres engageaient des vidangeurs surnommés « hommes-grenouilles » pour vider les fosses manuellement ; les boues de vidange étaient alors déversées illégalement, ce qui suscitaient les protestations des gens à proximité. Les « hommes-grenouilles » étaient parfois attaqués et devaient souvent faire leur travail, déjà pénible et dangereux, dans l'obscurité. L'un des auteurs qui a étudié ce cas, Mukame Kariuki, a recommandé que les municipalités renoncent à leur monopole et adoptent un cadre juridique pour légaliser ces services informels avec le concours, par exemple, d'organisations à

base communautaire. Son conseil a finalement été partiellement suivi (octroi de licences, accès aux dépôts) et la situation s'est tellement améliorée que les factures ont baissé et les nombre des personnes desservies a augmenté. Dans cet exemple, l'existence d'un monopole légal allait à l'encontre de la fourniture de services appropriés et avait fini par forcer des fournisseurs compétents et indépendants à cesser leurs activités.

## J. CONCLUSION

L'ouverture des marchés de services publics est de plus en plus courante dans les pays tant en développement que développés. Les téléphones étant devenus mobiles et la production d'énergie étant de plus en plus décentralisée, la relation fournisseur-consommateur a fondamentalement changé. Lorsque le consommateur est autorisé à choisir librement ses fournisseurs, comme dans le secteur des télécommunications, la politique de protection des consommateurs évolue et se concentre moins sur la réglementation des services publics et davantage sur les normes commerciales et la politique de concurrence. Cette évolution est largement absente dans les services d'eau et d'assainissement, alors que le secteur de l'énergie commence à occuper une position intermédiaire à mesure que les avancées technologiques permettent sa décentralisation. Les modèles d'utilité sont de plus en plus variables d'un secteur à l'autre et dans un même secteur.

<sup>351</sup> PPIAF, 2012, *Lessons Learned: Small-Scale Service Providers have a Contribution to Make*.

## XVI. L'alimentation pour tous

### A. LE DROIT À L'ALIMENTATION

Le droit à l'alimentation est reconnu dans le droit international, en particulier à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966)<sup>352</sup>. En 1999, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies a développé la notion de droit à la nourriture comme étant le droit d'avoir « physiquement et économiquement accès à tout moment à une nourriture suffisante ou aux moyens de se la procurer » et a donné la définition suivante du « contenu essentiel » de ce droit : « La disponibilité de nourriture exempte de substances nocives et acceptable dans une culture déterminée, en quantité suffisante et d'une qualité propre à satisfaire les besoins alimentaires de l'individu »<sup>353</sup>. Le droit à l'accès à la nourriture faisant partie des droits de l'homme, il peut être réclamé à l'État par l'individu et donne lieu à certaines prestations et à des obligations de l'État qui peuvent être exécutoires devant les tribunaux.

### B. L'ALIMENTATION DANS LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES POUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Dans les Principes directeurs, l'alimentation figure principalement dans la section V.K sur « les mesures applicables à des secteurs particuliers », dans laquelle (par. 69) les produits alimentaires sont cités dans une énumération de domaines nécessitant de la part des pouvoirs publics des mesures de contrôle de la qualité, un système de distribution sûr et adéquat, l'application de normes internationales d'étiquetage et d'information, ainsi que des programmes d'enseignement et de recherche. Le paragraphe 70 prie les États Membres de « tenir compte de la nécessité d'assurer la sécurité alimentaire de tous les consommateurs », mais se contente de mettre l'accent sur les normes établies par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) et l'organisme international de normes

alimentaires, la Commission du *Codex Alimentarius*, « ou, en l'absence de telles normes, d'autres normes internationales généralement admises pour les produits alimentaires ». Le paragraphe 5 a) établit un nouveau « besoin légitime », l'« accès des consommateurs aux biens et services essentiels », qui incluent sans doute la nourriture, et est suivi immédiatement du besoin d'assurer la « protection des consommateurs vulnérables et défavorisés » (par. 5 b)). En outre, l'alimentation est mentionnée au paragraphe 21 dans lequel « l'adultération des produits alimentaires » est mentionnée parmi les pratiques à empêcher et à surveiller, puis au paragraphe 44 a) comme aspect important de l'éducation des consommateurs, avec la nutrition et la prévention des maladies d'origine alimentaire.

### C. LA MALNUTRITION ET LA SÉCURITÉ ALIMENTAIRE

Selon la définition de la FAO la sécurité alimentaire existe lorsque tous les êtres humains ont accès, à des prix abordables, à une nourriture saine et nutritive et culturellement acceptable.

#### 1. Quelques données sur la faim

Selon le rapport « Objectifs du Millénaire pour le développement – Rapport 2015 »<sup>354</sup> :

- En 2015, on estimait que 825 millions de personnes vivaient encore dans une extrême pauvreté et 800 millions souffraient encore de la faim ;
- Plus de 160 millions d'enfants de moins de 5 ans avaient une taille inadaptée à leur âge à cause d'une alimentation insuffisante ;
- Dans le monde, un enfant sur sept souffrait d'insuffisance pondérale, contre un sur quatre en 1990.

Ceci signifie que près d'une personne sur neuf n'avait pas assez à manger. L'immense majorité d'entre elles (780 millions de personnes) vivaient dans les régions en développement. Pour étonnant que cela puisse paraître, les tendances indiquent une baisse de plus de moitié du pourcentage de personnes sous-alimentées dans ces régions – de 23,3 % en 1990-1992 à 12,9 % en 2014-2016, ce qui est très

<sup>352</sup> L'article 11.1 se réfère au « droit de toute personne à un niveau de vie suffisant », y compris à « une nourriture, suffisante ». L'article 11.2 reconnaît « le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim et de la malnutrition ».

<sup>353</sup> Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, 1999, *Le droit à une nourriture suffisante*, document des Nations Unies E/C.12/1999/5.12.

<sup>354</sup> [http://www.un.org/millenniumgoals/2015\\_MDG\\_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%201\).pdf](http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%201).pdf).

proche de la cible fixée pour la faim dans les objectifs du Millénaire pour le développement.

La Chine à elle seule compte pour près des deux tiers dans la réduction totale du nombre de personnes sous-alimentées dans les régions en développement depuis 1990. L'Afrique du Nord est proche de l'éradication de l'insécurité alimentaire extrême. En revanche, les Caraïbes, l'Océanie, l'Asie du Sud et l'Afrique subsaharienne progressent trop lentement pour atteindre la cible fixée. C'est en Asie du Sud qu'il y a le plus grand nombre de personnes sous-alimentées, 281 millions.

L'Asie de l'Ouest présente un tableau nettement différent. Alors que dans plusieurs pays le nombre de personnes sous-alimentées est relativement faible et l'insécurité alimentaire diminue rapidement, selon les projections, cette région affiche une augmentation de 32 % de la prévalence de la sous-alimentation entre 1990-1992 et 2014-2016, à cause des guerres, des troubles civils et de l'augmentation rapide du nombre de réfugiés.

## 2. L'obésité, une forme de malnutrition

Il y a une génération de cela, il aurait semblé incongru de parler d'obésité immédiatement après la section précédente. Toutefois, l'obésité, qui n'existe pas uniquement dans les pays les plus développés, est désormais considérée comme une forme de malnutrition. Ces questions ont été mises en évidence par l'imposition très médiatisée d'une taxe sur le sucre par le Gouvernement mexicain<sup>355</sup> et l'annonce par le Gouvernement britannique en 2016 lors de la présentation de son prochain budget, qu'une taxe similaire était proposée. Selon des données de l'OCDE relatives à la santé, en 2012, le Mexique, l'un de ses membres les moins développés, était le pays membre qui comptait le plus grand nombre de personnes obèses parmi les plus de 15 ans – 70 % des personnes âgées de plus de 15 ans sont obèses ou en surpoids au Mexique<sup>356</sup>. Le pourcentage du Mexique vient juste avant celui des États-Unis, et celui du Canada est de 50 %.

L'obésité a presque doublé dans le monde depuis 1980. 44 % des cas de diabète, 23 % des cardiopathies ischémiques et jusqu'à 41 % de certains cancers

sont imputables au surpoids et à l'obésité<sup>357</sup>. Environ 42 millions d'enfants de moins de 5 ans sont en surpoids ou obèses, dont 35 millions dans des pays en développement. L'OMS a émis des recommandations sur la commercialisation des aliments et des boissons destinés aux enfants, notamment en ce qui a trait aux mesures d'autoréglementation, qui ne sont pas exécutoires devant les tribunaux ou les organismes de réglementation<sup>358</sup>. En 2014, des organisations de consommateurs et des militants ont élaboré un projet de convention sur le modèle de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, attirant l'attention sur le fait que les mauvaises habitudes alimentaires étaient une cause plus importante que le tabagisme de maladies non transmissibles évitables dans le monde<sup>359</sup>. Les mesures proposées sont très diverses et comprennent l'éducation, l'information, le contrôle de la publicité, les normes nutritionnelles dans les établissements publics comme les écoles, et d'autres mesures comprenant des taxes et des subventions. Rien que dans un seul pays, les dépenses publicitaires pour les aliments et les boissons ont atteint 136,53 millions de dollars en 2013, soit l'équivalent de 40 % environ du budget-programme 2016-2017 de l'OMS consacré aux maladies non transmissibles (340 millions de dollars)<sup>360</sup>.

Bien que les conventions aient un statut juridique plus solide que les recommandations, le projet de convention suggère, au lieu d'exiger, l'adoption de mesures comme la taxation. La taxe mexicaine est un cas de figure illustrant l'action menée par les lobbies pour influencer la société civile. Ce droit d'accise, qui est basé sur des données réunies avec soin, a pour effet d'augmenter d'environ 10 % le prix des boissons contenant du sucre ajouté<sup>361</sup>. Aujourd'hui, le débat sur l'obésité s'étend bien au-delà des pays les plus développés.

## 3. La mise en œuvre de la sécurité alimentaire

La sécurité alimentaire est souvent associée à l'autosuffisance alimentaire et à la nécessité d'augmenter la production alimentaire. En réalité, la sécurité alimentaire est beaucoup plus étroitement associée à la pauvreté, à l'emploi et à la génération de

<sup>355</sup> E. Donaldson, 2015, *Advocating for Sugar Sweetened Beverage Taxation: A Case Study of Mexico* (Johns Hopkins).

<sup>356</sup> Dans ces calculs, les personnes obèses sont définies comme étant des « personnes d'un poids excessif présentant des risques pour leur santé en raison d'une forte proportion de graisse corporelle », OCDE Health Facts, 2012.

<sup>357</sup> World Obesity, 2014, *Recommandations en faveur d'une Convention mondiale pour la protection et la promotion d'une alimentation saine* (World Obesity/CI).

<sup>358</sup> OMS, 2010, *Ensemble de recommandations sur la commercialisation des aliments et des boissons non alcoolisées destinés aux enfants*. Résolution WHA63.14 adoptée par les États membres de l'OMC à la soixante-troisième Assemblée mondiale de la santé.

<sup>359</sup> World Obesity, op. cit.

<sup>360</sup> www.statistica.com ; OMS, *About WHO: WHO Programme Budget 2016/17*.

<sup>361</sup> E. Donaldson, op. cit.

revenus. Les consommateurs qui ont une alimentation carencée à un moment déterminé ne sont pas les seuls à vivre dans des conditions d'insécurité alimentaire. Il faut également inclure ceux dont l'accès à la nourriture n'est pas assuré ou est vulnérable et ceux qui s'exposent aux dangers d'une mauvaise alimentation.

Les pays fortement tributaires des importations alimentaires sont vulnérables aux fluctuations des prix et de l'offre, aux bouleversements politiques et à des manipulations économiques et financières par de puissants intérêts. Avec la diminution des restrictions à l'importation et la baisse des droits de douane, un grand nombre de denrées alimentaires importées et fortement subventionnées coûtent moins cher que les variétés locales. Certes, ces produits importés sont moins coûteux et offrent un plus grand choix au consommateur, mais ils mettent en danger les moyens de subsistance des producteurs locaux, qui ne peuvent pas soutenir la concurrence. Les subventions à l'exportation accordées par les pays riches, majoritairement par les États-Unis et les pays de l'Union européenne ont été un point d'achoppement dans les négociations commerciales et l'une des questions qui ont causé l'enlisement du Cycle de négociations de Doha à l'OMC. Les subventions à l'exportation sont souvent fixées en fonction de l'écart entre les prix internes dans le pays exportateur et les prix mondiaux, ce qui signifie que quand les prix mondiaux sont bas, les exportations des pays développés restent concurrentielles grâce aux subventions. En novembre 2015, un accord a été conclu à l'OMC prévoyant la suppression progressive des subventions à l'exportation avec effet immédiat.

#### **D. LES PRÉOCCUPATIONS DES CONSOMMATEURS EN MATIÈRE DE SALUBRITÉ DES ALIMENTS**

La sécurité sanitaire des aliments est une question de santé publique très importante et les consommateurs doivent être protégés contre les aliments et les processus de production alimentaires pouvant mettre en danger leur santé et leur vie. La circulation croissante des personnes, des animaux vivants et des produits alimentaires entre les pays, de même que l'urbanisation rapide des pays en développement, l'évolution des méthodes de manipulation des aliments, les modifications des habitudes alimentaires et l'apparition de nouveaux agents pathogènes contribuent aux risques alimentaires. Ces risques sont plus ou moins importants selon le climat, les pratiques alimentaires, les niveaux de revenu et l'infrastructure sociale. Plusieurs de ces risques sont plus grands dans les pays en développement à cause

du manque d'hygiène et de l'insalubrité de l'eau. Il en résulte une contamination alimentaire, l'une des principales causes des maladies diarrhéiques, qui sont responsables de la mort d'environ 1,7 million d'enfants par an. La diarrhée est la deuxième cause de mortalité parmi les enfants de moins de 5 ans<sup>362</sup>.

Les risques alimentaires dus aux méthodes agricoles modernes sont également en hausse. Les pesticides peuvent comporter certains risques pour la santé. Les communautés agricoles sont exposées à ces risques parce qu'elles sont en contact direct avec ces substances soit dans le contexte des travaux agricoles, soit à cause des dérives de pulvérisation, mais aussi parce que des résidus toxiques se retrouvent dans les aliments et l'eau potable. Des hormones, des médicaments vétérinaires et des antibiotiques sont utilisés pour traiter les animaux malades ou pour accélérer leur croissance, mais des résidus peuvent finir dans la nourriture du consommateur. Un manque d'hygiène dans la production, la transformation, le transport et l'emmagasinage des produits alimentaires peut également être une cause de contamination.

Les systèmes alimentaires sont exposés à deux types de risques :

- Des risques microbiologiques et des maladies d'origine alimentaire ont été signalés dans de nombreux pays ces dernières décennies, conséquence de la transmission, principalement par les aliments, de micro-organismes, tels salmonelles et *Campylobacter* ;
- Les risques chimiques restent une source importante de maladies d'origine alimentaire. Parmi les contaminants chimiques présents dans les aliments, on peut mentionner les toxiques naturels, comme les mycotoxines et les toxines d'origine marine, les contaminants environnementaux, comme le mercure et le plomb, et les substances naturellement présentes dans les plantes. Les additifs alimentaires, les micronutriments, les pesticides et les médicaments vétérinaires sont délibérément utilisés dans la chaîne alimentaire ; il faut toutefois d'abord s'assurer que toutes ces utilisations sont sans danger.

Le renforcement des capacités en matière de salubrité des aliments est indispensable dans la plupart des pays, notamment les pays en développement. On peut se prévaloir des expériences aussi bien positives que négatives effectuées par les pays qui se sont déjà dotés de systèmes de salubrité des aliments bien développés pour améliorer les systèmes au niveau mondial. Les maladies d'origine alimentaire ont un

<sup>362</sup> OMS, 2013, *Diarrhoeal Diseases, fact sheet n° 330*.

impact significatif non seulement sur la santé, mais aussi sur le développement.

## E. LES MÉCANISMES D'ÉLABORATION DES NORMES ALIMENTAIRES

La Commission du *Codex Alimentarius* a été créée par la FAO et l'OMS en 1962 pour harmoniser les normes alimentaires entre les pays, avec l'objectif de protéger la santé des consommateurs (en veillant à ce que les aliments soient sains et nutritifs) et d'assurer des pratiques loyales dans le commerce alimentaire. Elle compte parmi ses membres la grande majorité des pays (98 % de la population mondiale). Elle a constitué plusieurs comités sur les questions suivantes : hygiène de la viande et de la chair de volaille ; additifs et contaminants alimentaires ; résidus de pesticides ; résidus de médicaments vétérinaires dans les aliments ; hygiène alimentaire ; aliments pour animaux ; biotechnologie et principes généraux.

Le statut de l'Accord de l'OMC sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS), qui était auparavant sous la forme d'un code, a été renforcé par l'Accord de 1995 instituant l'OMC. L'un des débats les plus importants sur les mesures SPS et les mesures commerciales a porté sur le « principe de précaution » ou « approche fondée sur le principe de précaution ». L'article 5.7 reconnaît que l'état des connaissances scientifiques peut être insuffisant pour déterminer clairement s'il convient ou non de bloquer l'admission d'un produit, mais qu'en attendant, une approche fondée sur le principe de précaution peut être adoptée. L'article se lit ainsi : « Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles ...[mais] les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable ». Le libellé de cet article indique que le principe de précaution ne peut être invoqué que pendant une période limitée et qu'il faut s'efforcer de clarifier le niveau du risque.

## F. LES PRÉOCCUPATIONS DES CONSOMMATEURS EN MATIÈRE DE GÉNIE GÉNÉTIQUE

Le génie génétique est une technique révolutionnaire. La différence fondamentale entre les techniques de reproduction traditionnelles et la manipulation

génétique est que dans la reproduction traditionnelle, il y a transfert de génétique entre deux espèces similaires ou très proches, alors que dans le génie génétique ce transfert est effectué entre des espèces différentes (par exemple, entre différentes espèces de virus, de bactéries, de végétaux et d'animaux).

Certains craignent que la monoculture à grande échelle de denrées alimentaires génétiquement modifiées n'ait des effets négatifs graves sur la durabilité de la biodiversité, l'équilibre écologique des milieux vitaux, la faune et la flore sauvage et l'environnement. Les aliments génétiquement modifiés pourraient exacerber des problèmes sanitaires et causer, par exemple, une propagation de la résistance aux antibiotiques à cause de l'introduction dans ces aliments de gènes marqueurs de résistance à des antibiotiques. Des mesures de contrôle ont été mises en place dans plusieurs juridictions afin de protéger le droit du consommateur à l'information. Ces mesures comprennent l'étiquetage des aliments génétiquement modifiés et l'obligation pour les pays qui exportent ces aliments de les étiqueter en conséquence et de les séparer de leurs autres exportations. Le protocole multilatéral de Cartagena sur la biodiversité (2000) exige que, dans le commerce transfrontière, il soit indiqué clairement qu'il s'agit d'organismes vivants modifiés, avec possibilité d'appliquer des mesures de précaution.

Parmi les pays qui ont adopté des lois relatives à l'étiquetage, on peut mentionner le Japon, la République de Corée, la province chinoise de Taiwan, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Suisse, Israël et la Fédération de Russie. Sur la liste figurent également des pays producteurs de denrées génétiquement modifiées comme la Chine, l'Australie et le Brésil. Dans l'Union européenne, l'étiquetage est obligatoire et la vente est autorisée, mais en ce qui a trait à la production, la situation est compliquée du fait que les politiques nationales de grands producteurs agricoles comme l'Allemagne, la France, l'Italie et la Hongrie interdisent les cultures génétiquement modifiées, alors que d'autres l'autorisent, comme l'Espagne et l'Angleterre. Sont absents de la liste de pays imposant l'obligation d'étiquetage l'Argentine, toute l'Amérique du Nord, une grande partie du Moyen-Orient (à l'exception de l'Arabie saoudite) et la plus grande partie de l'Afrique (sauf l'Afrique du Sud)<sup>363</sup>. Quelque 38 pays ont interdit la culture, notamment de grands producteurs agricoles comme la Fédération de Russie et la Turquie<sup>364</sup>. En revanche, 28 pays produisent des

<sup>363</sup> <http://www.justlabelit.org/right-to-know-center/labeling-around-the-world/2016>. Liste établie à partir de données du Center for Food Safety.

<sup>364</sup> <http://naturalrevolution.org/list-countries-banned-genetically-modified-food/2016> ; <http://sustainablepulse.com>.

denrées génétiquement modifiées, notamment de grands producteurs agricoles comme les États-Unis, l'Argentine, l'Australie et le Canada<sup>365</sup>. Devant cette situation extrêmement complexe où les politiques de production, d'étiquetage et de commercialisation se recoupent, les consommateurs peuvent difficilement faire des choix éclairés sur ce marché mondialisé.

## G. LA LÉGISLATION ALIMENTAIRE

Pour que la législation soit complète et intégrée, elle doit couvrir tous les aspects de la chaîne de production alimentaire : la production primaire et la transformation, ainsi que la vente et la distribution des produits alimentaires et des aliments pour animaux. C'est à l'opérateur qu'incombe la responsabilité juridique de la salubrité des aliments à tous les stades de la chaîne. Les procédures en matière de salubrité des aliments doivent inclure un système d'alerte rapide et décrire les mesures à prendre en cas d'urgence et pour la gestion des crises.

Toute approche réglementaire couvrant tous les stades de la chaîne alimentaire doit avoir plusieurs objectifs fondamentaux. L'Union européenne, par exemple, a retenu les objectifs généraux suivants pour sa législation alimentaire :

- La protection de la vie et de la santé des personnes, ainsi que des consommateurs ;
- Les pratiques équitables dans le commerce des denrées alimentaires ;
- La libre circulation des denrées alimentaires dans la communauté ;
- L'application des normes internationales.
- Pour être efficace, un système national de contrôle alimentaire doit comporter les principaux éléments résumés ci-après :
- Une législation alimentaire moderne ;
- Une politique coordonnée du gouvernement central en matière de législation alimentaire ;
- Un système de surveillance et de répression efficace ;
- Des organismes d'accompagnement adéquats ;
- Les préoccupations des consommateurs concernant les produits alimentaires d'origine animale et végétale sont les suivantes :
- La salubrité ;

- Les conditions de production ;
- Les informations fournies aux consommateurs ;
- Les effets immédiats ou différés probables sur la santé (présence d'additifs, de pesticides, d'antibiotiques, d'hormones de croissance, etc.) ;
- Les besoins alimentaires particuliers de certaines catégories de consommateurs (diabétiques, personnes cardiaques, personnes souffrant d'allergies, par exemple).

Les gouvernements doivent donc réglementer certains aspects des produits alimentaires et des aliments pour animaux de façon à répondre à ces préoccupations.

Il est vital que la législation alimentaire contienne des dispositions sur l'étiquetage, afin d'informer et d'éduquer les consommateurs, comme on l'a vu au chapitre X. La sécurité sanitaire des aliments est particulièrement importante pour les consommateurs ayant des besoins particuliers en raison de problèmes de santé.

La politique alimentaire s'est graduellement orientée vers la « sécurité du régime alimentaire » plutôt que vers la sécurité sanitaire des aliments, surtout depuis que l'obésité est devenue un problème inquiétant. Les habitudes alimentaires changent dans le monde entier, du fait que les consommateurs préparent de moins en moins leur propre nourriture à partir d'ingrédients crus et achètent de plus en plus des aliments transformés et préemballés. Au cours des dix dernières années, les ventes mondiales d'aliments préemballés ont progressé de 92 % et se sont chiffrées à 2 200 milliards de dollars en 2012. L'augmentation de la production, de la promotion et de la consommation d'aliments transformés mauvais pour la santé (à forte teneur en calories, pauvres en nutriments et à forte teneur en graisse, en sel ou en sucre) est à l'origine de l'adoption de mauvaises habitudes alimentaires dans les pays à revenu élevé, à revenu intermédiaire et à faible revenu. Les informations nutritionnelles figurant sur l'emballage sont donc très importantes pour les consommateurs d'aliments préemballés désireux de faire des choix alimentaires en pleine connaissance de cause, en sachant reconnaître les produits à forte teneur en graisse, en sel et en sucre ou en choisissant le produit le plus sain parmi plusieurs produits préemballés<sup>366</sup>.

com/2015/10/22/gm-crops-now-banned-in-36-countries-worldwide-sustainable-pulse-research/#.VOGsgjMrLZu.

<sup>365</sup> <http://www.genewatch.org/sub-532326>.

<sup>366</sup> *The Economist*, 2012, Food For thought. Disponible sur <http://www.economist.com/news/special-report/21568064-food-companies-play-ambivalent-part-fight-against-flab-food-thought> ; R. Moodie *et al.*, 2013, *Profits and pandemics: Prevention of harmful effects of tobacco, alcohol and ultra-processed food and drink industries*, *The Lancet* 381:9867 ; D. Stuckler *et al.*, 2012, Manufacturing epidemics: The role of global producers in increased

La législation relative à l'étiquetage des produits alimentaires doit assurer que les informations suivantes figurent sur les étiquettes :

- La liste des ingrédients ;
- Les additifs ;
- Les modifications génétiques ;
- La date de durabilité minimale/date d'expiration ;
- Le contenu net ;
- Le pays d'origine, le fabricant, l'emballer et l'agent exclusif ;
- Les valeurs nutritionnelles.

## H. CONCLUSION

Des millions de personnes n'ont toujours pas assez à manger ou risquent de voir leur accès à la nourriture compromis. On progresse vers la suppression des distorsions des échanges qui ont contribué à cette insécurité, mais il y a d'autres problèmes plus vastes, comme les changements climatiques, ce qui signifie que les risques sont toujours présents. Le débat sur la malnutrition a été étendu au problème de l'obésité, qui ne touche pas seulement les pays les plus riches. Ainsi, l'attention ne porte plus tant sur la sécurité sanitaire des aliments mais plutôt sur l'équilibre alimentaire, un concept beaucoup plus subtil, qui est à l'origine de toute la problématique de la commercialisation des produits alimentaires.

Malgré la complexité croissante de l'approvisionnement des consommateurs en produits alimentaires, il ne faut pas négliger la salubrité des différents aliments. En dernière analyse, le contrôle des systèmes alimentaires de chaque pays dépend de la politique et de la législation alimentaires nationales. S'il est vrai que des mesures ont été prises au niveau international pour instituer des normes par l'intermédiaire de la Commission du *Codex Alimentarius*, leur mise en œuvre et le degré de contrôle varient beaucoup à l'intérieur de chaque pays et d'un pays à l'autre.

En bref, pour protéger les consommateurs contre l'insécurité alimentaire et contre les aliments insalubres et dangereux pour la vie et la santé, il faut :

- Assurer l'accès de toutes les personnes à une eau qui soit propre et potable et à des services d'assainissement ;

- Assurer l'accès à la nourriture en maintenant des stocks pour faire face aux urgences ;
- Appliquer les accords récents sur les subventions aux exportations agricoles ;
- Mettre au point des mesures de contrôle de la commercialisation des aliments ciblant les enfants ;
- Élaborer des politiques de nature à décourager la consommation de boissons contenant trop de sucre ajouté ;
- Promouvoir la mise au point de systèmes nationaux de contrôle alimentaire qui soient conformes aux normes internationales, dans l'intérêt des consommateurs locaux, mais aussi pour faciliter la participation au commerce alimentaire mondial ;
- Faire en sorte que le processus d'analyse des risques soit transparent et ouvert à la participation des parties prenantes, pour rendre possible une approche fondée sur le principe de précaution qui soit efficace ;
- Encourager et faciliter la participation des consommateurs à l'établissement des normes alimentaires nationales et internationales ;
- Créer des comités nationaux du *Codex Alimentarius* et organiser des réunions publiques dans le cadre desquelles toutes les parties intéressées, y compris les consommateurs, aient la possibilité de faire connaître le point de vue national sur les questions à l'étude au sein des organismes du Codex ;
- Assurer que les aliments sont sans danger et que leur présentation et leur étiquetage ne soient pas mensongers ;
- Veiller à ce que les allégations de santé concernant les aliments soient clairement formulées, faciles à comprendre, véridiques et vérifiables ;
- Faire en sorte que les mesures de lutte contre les maladies d'origine alimentaire soient efficaces, sans danger, peu coûteuses, écologiquement durables et acceptables pour le consommateur.

---

consumption of unhealthy commodities including processed foods, alcohol and tobacco, *PLoS Medicine* 9(6):e1001235 ; Consumers International, 2015, *Nutrition Labeling on Pre-Packaged Foods*.



