

LE DYNAMISME DU DROIT BRÉSILIEN DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Patricia Galindo Da Fonseca

Volume 23, Number 1, 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068412ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068412ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Galindo Da Fonseca, P. (2010). LE DYNAMISME DU DROIT BRÉSILIEN DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 23(1), 115–155. <https://doi.org/10.7202/1068412ar>

Article abstract

All across the world, lawyers debate on the role of consumer law. In this scenario, the analysis of comparative law is of the utmost importance. Through rigorous analysis, this study focuses on identifying factors that make the consumer protection system in Brazil a unique case. Several factors are outlined: favourable legal context in which the interest in the defence of Brazilian consumers emerged and was consolidated; institutional guarantee of the effectiveness of consumer protection through the recognition of the fundamental nature of consumer law; the coexistence of consumer protection Code with the Civil Code and the implementation of current legislation. The study attempts to reveal the major impact caused by an approach geared towards the consumer instead of the contract.

LE DYNAMISME DU DROIT BRÉSILIEN DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

*PATRICIA GALINDO DA FONSECA**

Partout au monde, les juristes se posent des questions sur le rôle du droit de la consommation. Dans ce scénario, l'évaluation du droit comparé s'impose. À travers une analyse rigoureuse, cette étude se penche sur l'identification des facteurs qui font du régime de protection du consommateur au Brésil un cas considéré comme de figure unique. Plusieurs facteurs sont soulignés : le contexte juridique favorable dans lequel émerge et se consolide l'intérêt pour la défense des consommateurs brésiliens; la garantie institutionnelle de l'effectivité de la protection du consommateur par la reconnaissance du caractère fondamental du droit de la consommation; la coexistence du Code de protection des consommateurs avec le Code civil et la mise en œuvre de la législation adoptée. L'étude s'attache à révéler les répercussions majeures entraînées par la perspective dirigée davantage vers le consommateur que vers le contrat.

All across the world, lawyers debate on the role of consumer law. In this scenario, the analysis of comparative law is of the utmost importance. Through rigorous analysis, this study focuses on identifying factors that make the consumer protection system in Brazil a unique case. Several factors are outlined: favourable legal context in which the interest in the defence of Brazilian consumers emerged and was consolidated; institutional guarantee of the effectiveness of consumer protection through the recognition of the fundamental nature of consumer law; the coexistence of consumer protection Code with the Civil Code and the implementation of current legislation. The study attempts to reveal the major impact caused by an approach geared towards the consumer instead of the contract.

* Professeure à l'Universidade Federal Fluminense (UFF, Brésil). Coordinatrice du *Núcleo de Direito do Consumidor da UFF*. Coordinatrice scientifique du Groupe de recherche en droit international et comparé de la consommation (Gredicc). Candidate au doctorat à l'UQAM. L'auteure remercie la professeure Claudia Lima Marques et le professeur Georges Lebel pour ses précieux commentaires.

Le droit de la consommation, articulé au Québec autour de la *Loi sur la protection du consommateur*¹, est devenu une réalité universelle. Parmi les systèmes normatifs et institutionnels mis en place pour promouvoir les intérêts des consommateurs dans les divers pays du monde, le système brésilien est considéré comme l'un des plus performants².

Ce succès est tout d'abord dû au contexte juridique favorable dans lequel émerge et se consolide l'intérêt pour la défense des consommateurs au Brésil (I). Ce contexte, alimenté par les expériences étrangères en cours dans le domaine de la protection juridique du consommateur, va permettre, en 1990, l'adoption d'un *Code de défense du consommateur (CDC)*³, dont les principes directeurs sont solidement ancrés dans le système juridique brésilien, plutôt que de s'en écarter (II).

Le dynamisme du droit de la consommation au Brésil provient non seulement du fait qu'il s'articule autour d'un code novateur, mais aussi de l'efficacité de la mise en œuvre de la législation adoptée. Plusieurs acteurs, tant publics que privés, veillent à l'application des dispositions du *CDC* dans une convergence remarquable. En effet, dès 1990, le législateur brésilien s'est soucie d'assurer l'effectivité des dispositions du *CDC* en associant étroitement tous les acteurs à sa mise en œuvre et en cherchant à simplifier, par des règles tant de procédure que de droit matériel, l'accès des consommateurs à la justice (III).

I. Un contexte juridique favorable

Quittant une perception très étroite de la matière à ses origines, limitée à la répression de quelques crimes et délits clairement identifiés, la compréhension des intérêts des consommateurs s'élargit considérablement à partir des années soixante : les consommateurs se trouvent reconnus comme constituant un groupe socio-économique distinct et vulnérable, dont les intérêts collectifs méritent d'être protégés contre les excès du marché, représentés, organisés et défendus (A). Une vision sociale et collective des rapports de consommation se dégage, que vient confirmer

¹ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1978, c. P-40.1 [LPC].

² À propos du système brésilien de protection collective des consommateurs, Antonio Gidi affirme que : « *All expectations were surpassed, however, when, within a few years, the legal communities had fully absorbed the new system and began to use it to protect group rights* ». Antônio Gidi, « Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries » (2003) 51:2 *Am. J. Comp. L.* 311 à la p. 330. Pierre-Claude Lafond soutient que « [L]a procédure brésilienne d'action collective pour la défense des droits collectifs homogènes offre un autre modèle d'action de groupe. Non soumise à une étape préalable d'autorisation, elle est d'application générale, bien que son exercice soit réservé aux associations de consommateurs, au Ministère public et à d'autres organismes administratifs. Le Brésil propose une formule tout à fait originale avec un principe d'inclusion automatique, mais dans lequel le jugement collectif ne lie pas les membres du groupe si l'action est rejetée (absence d'effet *erga omnes*). Une fois le jugement collectif rendu, s'il est favorable, chaque personne lésée doit produire une procédure de liquidation et d'exécution individuelle ». Pierre-Claude Lafond, « Le consommateur et le procès – Rapport général » (2008) 49 :1 *C. de D.* 131 à la p. 149.

³ Traduction littérale de « *Código de Defesa do Consumidor* ». Lei 8.078, *Código de Defesa do Consumidor*, 1990 [CDC].

l'inscription dans la Constitution fédérale brésilienne de 1988⁴ de certains droits du consommateur perçus comme des droits fondamentaux (B).

A. L'émergence du droit brésilien de la protection du consommateur

Jusqu'à 1960, le législateur brésilien adopte une approche strictement pénale par rapport aux sujets proches du droit de la protection du consommateur⁵; la perception du besoin de protéger le consommateur sur le marché est restreinte et limitée à la sanction de quelques crimes ou délits clairement identifiés (1). Entre 1960 et les années quatre-vingt, l'État brésilien commence à intervenir directement dans l'économie et le législateur se tourne vers une perspective davantage ancrée dans le droit public de l'économie et le droit administratif⁶; les consommateurs sont perçus comme un groupe socio-économique distinct dont les intérêts méritent d'être protégés contre certaines pratiques du marché, mais aussi entendus et organisés au même titre que ceux des travailleurs (2). Une dernière phase dans le parcours qui allait conduire à la reconnaissance et à la confirmation d'un droit de la consommation au Brésil débute lors de l'entrée en vigueur de la *Lei da Ação Civil Pública* (Loi d'action civile publique [notre traduction]) en 1985⁷ : celle-ci servira à assurer la représentation juridictionnelle des intérêts des consommateurs, dont la dimension collective est mise en avant et privilégiée (3).

1. DROIT PÉNAL ET PROTECTION DU CONSOMMATEUR CONTRE CERTAINS CRIMES ET DÉLITS

C'est en remontant à l'ère coloniale que l'on retrouve au Brésil la première loi liée aux consommateurs⁸. Des dispositions visant certains crimes ayant des répercussions sur le droit de la protection du consommateur sont ensuite incluses dans le nouveau Code pénal de 1890 (le Code pénal des États unis du Brésil)⁹. Mais c'est à partir du début du vingtième siècle que la société de consommation émerge

⁴ *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 4 octobre 1988. [Constitution de 1988].

⁵ Marcelo Gomes Sodré, *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista DOS Tribunais, 2007 à la p. 110 [Gomes Sodré].

⁶ À l'époque du président Juscelino Kubitschek et de son « *Plano de Metas* », le processus d'inflation avait commencé, ainsi qu'une augmentation de la population et de la production de masse. L'intervention étatique représentait le levier pour atteindre les objectifs visés par le plan de Kubitschek. Cependant, pour la mise en œuvre d'une réelle intervention étatique, une meilleure organisation administrative de l'État brésilien était nécessaire. Voir Cláudio Vicentino et Gianpaolo Dorigo, *História para o ensino médio. História geral do Brasil*, São Paulo, Scipione, 2001 à la p. 554 [Vicento et Dorigo].

⁷ *Lei da Ação Civil Pública*, (Loi 7.347), 24 juillet 1985 [Loi d'action civile publique].

⁸ Les *Ordenações Filipinas* furent publiées en 1603 alors que le Portugal était dominé par le roi espagnol Philippe II et étaient en vigueur au Brésil durant l'ère coloniale. On y trouve entre autres le crime de falsification de marchandises ainsi que celui de l'utilisation de fausses mesures et de poids erronés. Cette loi est restée en vigueur au Brésil durant plus de deux cents ans, jusqu'à l'adoption du premier Code pénal de 1831 (Code pénal de l'Empire du Brésil de 1831). Nascimento, Tupinambá Miguel Castro, *Comentários ao Código do Consumidor (Lei 8.078 de 11.09.1990)*, Rio de Janeiro, Aide, 1991 aux pp. 11-12.

⁹ Parmi celles-ci on retrouvait notamment les crimes contre la sécurité des moyens de transport publics, ceux contre la santé publique, ainsi que des dispositions concernant la faillite, l'abus de confiance et la fraude.

véritablement au Brésil, alors que l'initiation d'un mouvement d'urbanisation et d'industrialisation dans les années trente mène au développement du marché interne. Cette décennie est donc marquée par plusieurs initiatives législatives touchant la consommation. La *Consolidation das leis penaes* (consolidation des lois pénales [notre traduction]) en 1932 vient interdire certaines pratiques publicitaires¹⁰ tout en établissant l'indépendance entre l'indemnisation civile et l'indemnisation pénale¹¹. De plus, la *Constitution de 1934*¹² contient un chapitre intitulé « De l'ordre économique et social [notre traduction] », lequel désavoue le début du développement du capitalisme industriel urbain¹³. En outre, des décrets vinrent établir les taux d'usure¹⁴ et définir les crimes économiques populaires¹⁵. Les années quarante sont caractérisées par une grande préoccupation du législateur envers l'affirmation et la protection des droits des travailleurs¹⁶. On remarque toutefois que c'est à cette époque que le mot « consommateur » fait son entrée dans l'ordre juridique national brésilien¹⁷.

2. DROIT PUBLIC DE L'ÉCONOMIE ET DROIT ADMINISTRATIF : RECONNAISSANCE DES BESOINS DE PROTECTION, DE REPRÉSENTATION ET D'ORGANISATION DES CONSOMMATEURS

À partir de 1960, l'angle du législateur brésilien par rapport aux sujets proches du droit de la protection du consommateur se modifie. Reconnaissance est faite des besoins de protéger le consommateur sur le marché, de les entendre et d'organiser leur défense.

Le professeur Marcelo Gomes Sodré¹⁸ dégage cinq éléments caractérisant la période de 1960 à 1985. Premièrement, il n'existait pas de loi spécifique sur le consommateur et ce dernier n'était protégé que par des lois qui le touchaient

¹⁰ À l'article 367, au para. 3 de la *Consolidation das leis penaes*, (Décret 22.213), 14 décembre 1932 [*Consolidation de 1932*] (notre traduction) : Est interdite la publication des annonces publicitaires, des avis ou des nouvelles de publicité des loteries étrangères, hormis dans les provinces en dehors des limites territoriales de la province qui les a fournis.

¹¹ *Ibid.* art.164, paragraphe unique de l'article 164.

¹² *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*, 16 juillet 1934 [Constitution de 1934].

¹³ Il faut aussi mentionner l'influence subie par la Constitution brésilienne de 1934 de la part de la Constitution allemande de Weimar et de la Constitution mexicaine de 1917, comme le souligne José Afonso da Silva dans son livre *Curso de direito constitucional positivo*, 9^e éd., São Paulo, Malheiros, 1994, à la p. 666 [Silva].

¹⁴ *Lei de Usura*, (Décret 22.626), 1933.

¹⁵ *Lei dos crimes contra a economia popular*, (Décret-loi 869), 1938.

¹⁶ Dans la *Constitution de 1946*, l'ordre économique et social est basé sur le principe de la justice sociale, lequel est composé de deux principes majeurs : la libre initiative et la valorisation du travail humain (article 145). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*, 18 septembre 1946, art.145 [Constitution de 1946].

¹⁷ Dans le Code pénal de 1940, le crime de fraude dans les activités du commerce était ainsi défini : « article 175 – Fraude au commerce. Tromper, dans l'exercice de l'activité commerciale, l'acquéreur ou le consommateur : I – en vendant comme étant vraie ou parfaite une marchandise falsifiée ou détériorée; II – en livrant une marchandise au lieu d'une autre. Pénalité : détention de six mois à deux ans ou amende de deux mille à dix mille *cruzeiros* [notre traduction] ». *Código Penal*, (Décret-loi 2.848), 7 décembre 1940, art.175.

¹⁸ Gomes Sodré, *supra* note 5 aux pp. 121 et s.

indirectement¹⁹. Deuxièmement, il n'existait pas d'organisme fédéral dédié à la protection du consommateur²⁰. Troisièmement, le thème de la protection du consommateur fait alors son entrée sur la scène politique²¹, médiatique et sociale²². Quatrièmement, c'est durant cette période que les premiers organismes publics de protection du consommateur voient le jour²³. Parmi ceux-ci, on compte les *Procons*²⁴ qui joueront par la suite un rôle central dans le système national de protection des consommateurs. Cinquièmement, un rapport de la Commission parlementaire d'enquête sur le consommateur²⁵ vint porter à l'attention des législateurs plusieurs carences législatives en matière de consommation²⁶.

¹⁹ La plupart de ces lois relevaient du domaine du droit administratif. La Constitution protégeait la libre initiative, ce qui représentait un frein pour les initiatives visant à protéger les parties les plus faibles du marché.

²⁰ Des systèmes nationaux sont cependant créés dans une série de domaines connexes, dont la santé, l'environnement, la métrologie, la concurrence et le contrôle de prix. Ces systèmes fonctionnent en parallèle et sans coordination. Le *Code national de santé* entre en vigueur en 1961 (*Código Nacional da Saúde*, (Décret 49.974-A), 1961) et le système national de métrologie, de normalisation et de qualité industrielle est établi en 1973 (*Código de processo civil*, (Loi 5.966), 11 janvier 1973).

²¹ En 1971, le député fédéral Nina Ribeiro dépose un projet de loi (projet de loi 70-1) à la Chambre nationale des députés visant à créer un Conseil de la protection du consommateur. Le projet se voit rejeté pour vice d'initiative par la Commission de la justice. La page officielle de la Chambre nationale des députés fournit toutes les informations. *Câmara dos deputados* (2 décembre 2008), en ligne : <http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?Mode=1&btnPesquisar=OK&Ano=1971&Numero=70&sigla=PL>.

²² Le thème de la protection du consommateur attire désormais l'attention des médias et des divers acteurs sociaux, la problématique de la publicité trompeuse étant au centre de leurs préoccupations.

²³ Dans les années soixante-dix, les premières organisations non-gouvernementales de protection du consommateur apparaissent sur la scène brésilienne. Les trois premières sont l'Association de protection du consommateur au Rio Grande do Sul (*APC*), le Conseil de protection du consommateur au Rio de Janeiro (*CODECON*) et l'Association nationale de protection du consommateur (*Andec*), à Brasília. Ces institutions ne comptaient sur aucun soutien étatique et ne possédaient aucun des outils législatifs qui leur auraient permis une action effective.

²⁴ Ces organismes, régionaux, provinciaux ou municipaux, ne sont toutefois pas relayés ou coordonnés de façon centrale par le gouvernement fédéral. Ces organismes émanent des pressions exercées par le mouvement des consommateurs et sont des organismes officiels, locaux, ayant pour mandat de servir la communauté.

²⁵ CPI du consommateur. Cette commission est instaurée en 1976 par la Chambre des députés fédéraux.

²⁶ Ce rapport allait s'avérer essentiel pour les discussions et les pratiques qui allaient suivre. Il incluait une analyse et divers constats concernant notamment: les problèmes rencontrés par le consommateur individuel devant la montée illégale des prix; l'inventaire des associations de protection du consommateur et des *Procons* déjà existants; le manque de coordination entre ces organismes; l'inertie du gouvernement fédéral et l'absence d'outils normatifs pour le consommateur. Dans ce même rapport, les députés fédéraux réalisent une étude de droit comparé sur ce thème, à partir de laquelle ils formulent plusieurs propositions. Les travaux développés par le *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)*, le *Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB)* le *Companhia brasileira de alimentos (COBAL)*, le Conseil interministériel de prix (*CIP*), l'Association brésilienne de normes techniques (*ABNT*), l'Institut national de poids et mesures (*INPM*) et le Service de médecine et pharmacie (*SNFMF*) furent également analysés et leurs lacunes, dénoncées. Josué Rios, *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*, São Paulo, Mauad, 1998 à la p. 49.

3. LA REPRÉSENTATION JURIDICTIONNELLE DES INTÉRÊTS COLLECTIFS DES CONSOMMATEURS

La dernière phase de l'histoire du droit brésilien de la protection du consommateur commence en 1985 avec l'entrée en vigueur de la *Loi d'action civile publique*. Celle-ci introduit l'outil de l'action collective²⁷ dans le domaine de la protection du consommateur. Avec l'adoption de cette loi, le législateur national cherchait l'effectivité immédiate de la protection juridictionnelle des droits collectifs *lato sensu*. Selon la doctrine brésilienne²⁸, c'est là un tournant décisif de l'évolution du droit brésilien de la consommation. L'article 1.II²⁹ établit l'action collective en responsabilité pour dommages moraux et patrimoniaux causés au consommateur. Le recours collectif est également possible en cas de dommages causés à l'environnement, aux biens et aux droits de valeur artistique, esthétique, historique et touristique³⁰.

Dans l'histoire du recours collectif brésilien, une loi antérieure, la *Lei da Ação Popular (Loi d'action populaire* [notre traduction]) de 1965³¹ a joué un rôle important. Elle a pour objet la protection des intérêts liés à la moralité, l'efficacité et la probité administrative. Elle vise à annuler l'acte préjudiciel au patrimoine public (patrimoine public en définissant les biens et les droits de valeur artistique, esthétique, historique ou touristique) et à l'environnement, lequel est considéré dans son sens large. En fait, cette loi n'instaurait pas un recours collectif, mais elle innove par sa reconnaissance du droit d'agir du citoyen individuel pour la défense de l'intérêt de la collectivité. Le fondement juridique de l'action collective future en droit brésilien se trouve donc dans cette *Loi d'action populaire*, selon laquelle n'importe quel citoyen peut entamer une action populaire. La *Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Loi de politique nationale de l'environnement* [notre traduction]³²) sur la protection de l'environnement accorde au Ministère public³³ un même droit d'agir en

²⁷ L'action collective ne saurait être identifiée au recours collectif québécois. En effet, l'action collective permet de représenter l'ensemble des intérêts individuels des consommateurs – comme le fait le recours collectif québécois – dans lequel cas il s'agira au Brésil d'une action de défense des droits individuels homogènes. Mais à la différence du recours collectif québécois, l'action collective peut aussi représenter les intérêts collectifs des consommateurs, ce qui se traduit par une action de défense des droits collectifs ou de défense des droits diffus.

²⁸ Gomes Sodré, *supra* note 5 à la p. 124. Voir aussi Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques et Leonardo Roscoe Bessa, *Manual de direito do consumidor*, São Paulo, Revista DOS Tribunais, 2007 à la p. 383 [Benjamin *et al.*].

²⁹ *Loi d'action civile publique*, *supra* note 7, art. 1.

³⁰ Article 1 : Sont réglementées par les dispositions de cette loi indépendamment de l'action populaire, les actions de responsabilité pour dommages et intérêts moraux et patrimoniaux provoqués : I – à l'environnement; II – au consommateur; III – aux biens et droits de valeur artistique, esthétique, historique, touristique; IV – à n'importe quel autre intérêt diffus ou collectif (ajouté par l'article 110 du Code de défense du consommateur; V – par infraction à l'ordre économique et à l'économie populaire (ajouté par la Mesure provisoire 2.180-35 du 24/09/2001); VI – à l'ordre urbanistique (*idem* au numéro V). [notre traduction]. *Loi d'action civile publique*, *supra* note 7, art. 1.

³¹ *Lei da Ação Popular*, (Loi 4.717), 29 juin 1965 [*Loi d'action populaire*].

³² *Lei da Política Nacional do Meio Ambiente*, (Loi 6.938), 31 août 1981.

³³ Le Ministère public figure aux articles 127, 128, 129 et 130 de la *Constitution de 1988*. L'entrée en vigueur de la *Constitution* en 1988 a provoqué une controverse par rapport à ce thème parce que certains soutenaient que l'autonomie assurée au Ministère public par la *Constitution* était tellement grande qu'il s'agissait d'un quatrième pouvoir. Personne ne soutient plus cette thèse, cependant l'autonomie de cet organisme est telle qu'elle était au début : autonomie administrative, financière et

responsabilité pénale et civile pour la réparation de dommages causés à l'environnement.

Il faut remarquer que la *Loi d'action populaire* restreignait le champ d'application aux seuls cas où l'illégalité résultait d'une action des pouvoirs publics³⁴. Elle organise les modes de mise en œuvre de violation des droits diffus comme étant le résultat de l'initiative publique. Dans le domaine du droit de la consommation, cette pratique juridique entraîne des répercussions intéressantes, comme par exemple la reconnaissance de l'État en tant que fournisseur³⁵.

Ainsi, dans le domaine de la protection du consommateur, la pratique juridique collective précède celle de la pratique individuelle en vertu de la *Loi d'action civile publique*.

B. La constitutionnalisation des droits du consommateur

La protection du consommateur détient le statut de droit fondamental tel que prévu dans la *Constitution de 1988*. Cette prévision constitutionnelle témoigne de la vision sociale du droit de la consommation adoptée par l'État brésilien.

Le Brésil a adopté un modèle interventionniste, fondé sur la conception de l'État social. Une telle conception de l'État social vient ajouter à la dimension politique existante de l'État libéral une dimension sociale et économique. Celle-ci se caractérise par la limitation et le contrôle des pouvoirs privés économiques et sociaux, ainsi que par la protection de la partie la plus vulnérable sur le marché. Ainsi, et de plus en plus, l'État interviendra dans certaines relations juridiques, cherchant à empêcher l'exploitation du plus vulnérable par le plus fort et les abus possibles résultant du déséquilibre entre les parties. L'État tendra donc vers la réglementation du contenu de certains contrats via des prescriptions générales et obligatoires. De telles prescriptions deviendront des normes d'ordre public et, par conséquent, de caractère impératif. L'intervention étatique dans les contrats découlant généralement de la *Constitution de 1988* est identifiée par la doctrine brésilienne sous l'expression « solidarisme contractuel »³⁶.

fonctionnelle. Actuellement, la position majoritaire soutient que le parquet possède des caractéristiques distinctes qui le placent dans une position singulière. Voir Carlos Roberto de C. Jatahy, *O Ministério público e o estado democrático de direito. Perspectivas constitucionais de atuação institucional*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007 à la p. 77 [Jatahy].

³⁴ Voir *Loi d'action populaire*, supra note 31 : « Article 1 – N'importe quel citoyen sera habilité à demander l'annulation ou la déclaration de nullité des actes préjudiciels au patrimoine de l'Union, du District fédéral, des États, des municipalités, des autarcies, des "sociétés d'économie mixte". Article 2 – Sont nuls les actes qui provoquent des lésions au patrimoine des organismes mentionnés à l'article antérieur en cas de : a) incompétence; b) vice de forme; c) illégalité de l'objet; d) inexistence des motifs; e) détournement de finalité [notre traduction] ».

³⁵ À la différence du droit québécois, dans lequel l'État n'est pas reconnu comme faisant partie de la relation de consommation.

³⁶ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5^e éd., São Paulo, Revista DOS Tribunais, 2006 à la p. 211 [Lima Marques]. L'auteure affirme qu'« [u]n interventionnisme de l'État deviendra peu à peu majeur dans les relations contractuelles. Le but étant de relativiser l'ancien dogme de l'autonomie de la volonté avec les nouvelles inquiétudes de l'ordre social en imposant un

Le droit de la protection du consommateur émerge ainsi au Brésil dans un contexte de constitutionnalisation des droits sociaux et des garanties fondamentales. L'État est fondé à intervenir de manière active en vue de promouvoir et de protéger les droits subjectifs nouvellement reconnus aux parties en situation de vulnérabilité. Le consommateur se trouve donc dorénavant titulaire d'un droit constitutionnel fondamental.

Selon la professeure Claudia Lima Marques³⁷, la protection du consommateur est constituée d'un ensemble de normes et de principes spéciaux basés sur la réalisation d'un tryptique constitutionnel. Le premier principe de ce tryptique est fondé sur le trente-deuxième alinéa du cinquième article de la *Constitution de 1988*, qui énonce la défense du consommateur comme étant un droit fondamental en stipulant que l'État promouvra la défense du consommateur³⁸. Deuxièmement, le tryptique est basé sur l'article 170 de la *Constitution de 1988* qui vient introduire la nécessité de la protection d'un sujet de droit nouveau, le consommateur, dans l'ordre économique³⁹. Le troisième pilier de ce tryptique est la directive constitutionnelle exigeant la systématisation et l'articulation d'une protection spéciale pour le consommateur à travers un code qui rassemble et organise les normes de protection, de droit public et de droit privé, fondé sur l'idée de protection du sujet de droit et non sur la relation juridique de consommation ou de marché⁴⁰.

Promouvoir, selon le terme utilisé par la *Constitution de 1988* à l'article 5 XXXII, signifie assurer que le pouvoir judiciaire, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif veillent à la protection des intérêts du consommateur. C'est un droit subjectif public, général, non seulement de protection contre l'action de l'État lui-même, mais aussi à l'action effective de l'État en faveur du consommateur.

En vertu de l'article 5 de la *Constitution de 1988*, la protection du consommateur obtient le statut de droit fondamental. Dans le corpus normatif de la *Constitution de 1988*, l'article 5 est une règle essentielle parce qu'elle établit les droits

nouveau paradigme, celui du principe de la bonne foi objective. Le contrat est l'instrument mis à la disposition des individus dans la société de consommation. Tel que le droit à la propriété, le contrat est limité et réglementé efficacement pour atteindre sa fonction sociale [notre traduction]. Voir aussi Grau, Eros Roberto et Forgioni Paula, *O estado, a empresa e o contrato*, São Paulo, Malheiros, 2005 à la p. 17. D'autres auteurs, notamment Nilton da Silva Combre, utilisent l'expression « dirigisme contractuel », *Teoria e Prática da locação de imóveis*, Rio de Janeiro, Saraiva, 1985 à la p. 89 et José Lopes Oliveira, *Contratos*, Rio de Janeiro, Saraiva, 1991 à la p. 9. Paulo R. Roque A. Kouri déclare que le dirigisme contractuel peut être résumé comme étant le mouvement de l'État vers la justice des contrats dont l'autonomie de la volonté serait désormais coordonnée par la loi comme une réponse de la société aux contrats injustes et déséquilibrés, dans Paulo R. Roque A. Kouri, *Direito do consumidor*, 3^e éd., São Paulo, Atlas, 2006 à la p. 31.

³⁷ Benjamin *et al.*, *supra* note 28 à la p. 25.

³⁸ *Constitution de 1988*, *supra* note 4, art. 5. « Article 5 XXXII – L'État promouvra, par la loi, la défense du consommateur [notre traduction] ».

³⁹ *Ibid.*, art. 170 : « Article 170 – L'ordre économique, basé sur la valorisation du travail et sur la libre initiative, a pour but de garantir à tous une existence digne, en tout respect des normes de justice sociale, et selon les principes suivants: [...] V – la défense du consommateur [notre traduction] ».

⁴⁰ *Art. 48 do Ato das disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)* – Le Congrès National, dans les cent vingt jours suivant l'adoption de la Constitution, élaborera un code de défense du consommateur [notre traduction].

et les garanties individuelles et collectives. Comme les autres droits et garanties figurant à l'article 5 (tels que l'inviolabilité de l'intimité de la vie privée, de l'honneur et de l'image des gens; la garantie au droit de la propriété; la prohibition de la torture; la garantie au *due process of law*; l'individualisation de la peine, parmi d'autres droits), la protection du consommateur est donc une norme d'ordre public et d'intérêt social.

L'article 5 est composé de soixante-dix-huit droits fondamentaux⁴¹. Il faut remarquer que la *Constitution de 1988* fut adoptée au sortir d'une période de dictature militaire, (1964 à 1985)⁴². Le souci majeur était d'assurer les droits fondamentaux de l'individu et ce n'est pas par hasard que la *Constitution de 1988* a été appelée la Constitution citoyenne. En effet, la période dans laquelle cette nouvelle constitution était adoptée représentait un moment de rupture opportun pour établir de nouveaux paradigmes.

L'article 5 de la *Constitution de 1988* stipule que :

Tous sont égaux devant la loi sans distinction de quelque nature que ce soit, garantissant aux Brésiliens et aux étrangers résidents dans le pays l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sécurité et à la propriété, dans les termes suivants : [...] XXXII – l'État promouvra, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, la défense du consommateur [notre traduction]⁴³.

Il est important de comprendre l'ampleur des effets de la reconnaissance du droit de la protection du consommateur en tant que droit fondamental. Une telle reconnaissance signifie que l'ordre juridique brésilien interdit toute tentative d'amointrissement ou de recul de ce droit. Cette interdiction découle de l'article 60 paragraphe 4 de la *Constitution de 1988*, lequel prohibe tout amendement visant à affaiblir le droit individuel⁴⁴, incluant les projets de lois et quelconques mesures étatiques. Donc, le niveau de protection assuré à tous les droits fondamentaux

⁴¹ *Constitution de 1988*, *supra* note 4, art. 5. Le paragraphe premier de l'article 5 prévoit que les normes définissant les droits et garanties fondamentales sont des normes impératives. Le deuxième paragraphe ajoute que les droits et les garanties expresses de la *Constitution* n'en excluent pas d'autres qui sont issus du régime et des principes adoptés par la *Constitution* elle-même ou par des accords internationaux ratifiés par la République Fédérative du Brésil. L'énumération prévue à l'article 5 n'est donc pas une énumération exhaustive.

⁴² Vicente et Dorigo, *supra* note 6 à la p. 613.

⁴³ *Constitution de 1988*, *supra* note 4, art. 5.

⁴⁴ En fait, ce ne sont pas seulement les droits individuels qui sont protégés par l'article 60 IV. D'autres matières le sont également et ne peuvent pas devenir objets d'amendements constitutionnels. «Article 60 paragraphe 4 : Il ne sera pas considéré comme objet de délibération la proposition d'amendement qui tend à l'abolition de : I – la forme fédérative de l'État; II – le vote direct, secret, universel et périodique; III – la séparation des pouvoirs; IV – les droits et garanties individuelles [notre traduction]». Voir *Constitution de 1988*, *supra* note 4, art. 60. Alexandre de Moraes énumère quelques arrêts de la Cour Suprême fédérale (*Supremo Tribunal Federal – STF*) qui ont interdit des propositions législatives fondées sur la prévision de l'article 60 IV : *STF Pleno-Adin (Action directe d'inconstitutionnalité) n. 939-7/DF – rel. Min. Sydney Sanches; STF - Pleno – MS n. 21.311-6/DF – rel. Min. Néri da Silveira; STF – Pleno – Adin n. 98-5/MT – rel. Min. Sepúlveda Pertence*. Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 7e éd., São Paulo, Atlas, 2007 aux pp. 1113 et s.

énumérés à l'article 5 ne peut jamais être diminué. Le degré d'assistance pourra s'élever, mais jamais le contraire.

L'article 170, alinéa V de la *Constitution de 1988* reconnaît la protection du consommateur comme étant un principe général de l'ordre économique⁴⁵, parmi d'autres principes tels que la propriété privée et la libre concurrence. Cette reconnaissance est déterminante parce que La *Constitution de 1988* structure l'activité privée à partir des principes énoncés dans son dispositif. L'ordre économique prévu dans la *Constitution de 1988* contient les droits qui guident la conduite des acteurs économiques et leurs responsabilités⁴⁶.

L'article 170 de la *Constitution de 1988* stipule que :

L'ordre économique, fondé sur la valorisation du travail humain et sur la libre initiative, a pour finalité d'assurer à tous une existence digne, conformément aux principes de la justice sociale suivants : la souveraineté nationale (I), la propriété privée (II), la fonction sociale de la propriété (III), la libre concurrence (IV), la protection du consommateur (V)⁴⁷; la protection de l'environnement (VI), la réduction des inégalités régionales et sociales (VII), l'emploi (VIII) et un traitement favorisé envers les petites entreprises brésiliennes (IX) [notre traduction]⁴⁸.

Devant la nécessité de concilier, d'une part, les fondements de la libre initiative et le principe de la libre concurrence avec, d'autre part, celui de la protection du consommateur et celui de la réduction des inégalités sociales, la *Supremo Tribunal*

⁴⁵ Selon Raul Machado Horta, interventionnisme et libéralisme alternent dans la formulation des principes de l'ordre économique et cette relation alternative exprime le climat d'ambiguïté et le double sens qui parcourent les clauses de cet ordre. Libéralisme, interventionnisme et dirigisme économique reflètent les courants qui sont débattus à l'Assemblée nationale constitutive dans : Raul Machado Horta, *Direito constitucional*, 2e éd., Belo Horizonte (Brésil), Del Rey, 1999 à la p. 79.

⁴⁶ Silva, *supra* note 6 à la p. 670.

⁴⁷ D'après Gomes Sodrê, *supra* note 5 à la p. 112, le thème de la protection du consommateur a connu une certaine portée constitutionnelle dans la mesure où un chapitre économique a été inséré dans les constitutions brésiliennes. En fait, au début, ces chapitres avaient comme cible les droits des travailleurs. La *Constitution de 1934* a été la première à faire référence à l'article 121, mais portait sur la relation entre les travailleurs et les employeurs. La préoccupation envers les travailleurs a été plus claire dans la *Constitution de 1937*, aussi connue sous la dénomination de *Constitution do Estado novo* (l'État nouveau). La *Constitution de 1946* prévoyait que l'ordre économique était fondé sur le principe de la justice sociale. Ce principe se divisait en deux : la libre initiative et la valorisation du travail humain. L'article 148 réglementait l'abus du pouvoir économique : « la loi réprimera toute sorte d'abus de pouvoir économique, incluant les unions ou les regroupements des entreprises individuelles ou sociales, peu importe leur nature, dès que le but en était de dominer le marché national, d'éliminer la concurrence et d'augmenter arbitrairement les profits » [notre traduction]. Voir *Constitution de 1988*, *supra* note 4, art. 148. La *Constitution du Brésil du 24 janvier 1967* et la *Constitution du Brésil de 1969* (*Emenda constitucional número 1* de 17 octobre 1969) étaient toutes les deux le résultat du coup militaire. Elles n'ont pas apporté de modifications importantes par rapport au thème de la protection du consommateur. Dans les deux textes, le chapitre de l'ordre économique portait comme principes la libre initiative et la répression de l'abus du pouvoir économique. Cet abus était caractérisé par le contrôle des marchés, l'élimination de la concurrence et l'augmentation arbitraire des profits. L'intervention dans l'ordre économique a été permise pour organiser un secteur qui ne peut pas être développé de manière effective dans le régime de compétition et de liberté d'initiative, selon l'article 157 paragraphe 8 CF/67 et l'article 163 CF/69.

⁴⁸ *Constitution de 1988*, *supra* note 4, voir le texte original de l'article 170.

Federal (Cour Suprême fédérale [notre traduction] – *STF*) stipule que l'État peut réglementer la politique des prix des biens et des services par voie législative. La Cour justifie sa décision en expliquant que le pouvoir économique visant l'augmentation arbitraire des profits est abusif.

Devant l'actuelle *Constitution*, pour mieux concilier le fondement de la libre initiative et le principe de la libre concurrence avec celui de la protection du consommateur et celui de la réduction des inégalités sociales, conformément au postulat de la justice sociale, l'État peut réglementer la politique des prix des biens et des services à travers la voie législative. Le pouvoir économique qui vise l'augmentation arbitraire des profits est abusif [notre traduction]⁴⁹.

Ainsi, le pouvoir judiciaire brésilien reconnaît la légalité de l'intervention étatique afin de concilier le droit de la consommation et la liberté économique, sous l'argument des articles constitutionnels évoqués.

La *STF* a également décidé qu'une loi municipale exigeant une distance minimale de cinq cent mètres entre deux pharmacies est illégale. La *STF* considère une telle disposition comme étant une stratégie de marché violant les principes de la libre concurrence, de la protection du consommateur et de la liberté des activités économiques⁵⁰. De son côté, la *Superior Tribunal de Justiça* (Cour supérieure fédérale [notre traduction]- *STJ*) affirme que le droit à une information adéquate et claire sur les différents produits et services ne constitue pas une intervention abusive dans le domaine économique⁵¹.

Ainsi, le modèle capitaliste adopté par la société brésilienne n'est pas en opposition avec la protection du consommateur. Plutôt, les deux se complètent. L'État se charge de les rendre compatibles à travers son rôle d'agent normatif et régulateur, selon la prévision de l'article 174⁵².

L'article 48 de l'*Acte des dispositions constitutionnelles transitoires (ADTC)* détermine que le législateur ordinaire doit établir un code de protection du consommateur, lequel fut élaboré en 1990. En effet, l'intervention étatique dans le

⁴⁹ *STF – Pleno – Adin no. 319 / DF – Questão de ordem – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 30 abril 1993, p. 7.563*

⁵⁰ *STF - 1ª. T. – R. Extr. No. 203.909-8 / ES – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 6 fev., 1998, p. 38.0.* Dans le même sens, la *STF* a jugé illégale la loi 10.991/91 de la municipalité de São Paulo – limitation géographique - induisant à une concentration capitaliste au détriment du consommateur et une violation du principe constitutionnel de la libre concurrence. *STF – 2ª. T. – R. Extr. nº. 193.749-1/SP – min. Carlos Velloso – Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa.* Dans le même sens, par rapport à la municipalité de Campinas, article 1º. de la Loi 6.545/91. *STF – Pleno – Rextr. No. 199.517 – SP – Rel. originário ministro Carlos Velloso, red. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, decisão 4-6-1998. Informativo STF nº. 113.* Aussi, la Cour provinciale de Santa Catarina (*Tribunal de justiça*) a tranché dans le même sens au sujet des postes d'essence. *TJSC – ACMS no. 37.651 de Joinville, Rel. Des. Eder Graf.*

⁵¹ *STJ – 1ª Seção – MS no. 5.943 / DF – Rel. Min. Nancy Andrighi, Diário da Justiça, Seção I, 27 março 2005*

⁵² *Constitution de 1988, supra note 4, art. 174 : « En tant qu'agent normatif et régulateur de l'activité économique, l'État exercera selon la loi les fonctions de fiscalisation, d'encouragement et de planification, cette dernière étant une fonction déterminante pour le secteur public et indicative pour le secteur privé [notre traduction] ».*

domaine du droit de la consommation s'effectue grâce à une protection systématique émanant d'un ensemble normatif composé des normes générales, au détriment de lois éparses et particulières : le Code brésilien de protection du consommateur.

Le Conseil national de protection du consommateur a été créé en 1985. Avant la promulgation de la *Constitution de 1988*, son président a eu l'occasion d'instituer une commission dont le but était de présenter un projet de Code de protection du consommateur.

Un premier congrès international consacré au droit du consommateur a été tenu en 1989 à São Paulo⁵³. La commission des juristes du Conseil national de protection du consommateur s'est alors montrée très attentive aux suggestions de juristes brésiliens et étrangers qui se trouvaient présents. Un premier projet de loi a été présenté au ministre Paulo Brossard et amplement discuté dans toutes les capitales du pays. Il fut publié dans le *Diário Oficial* le 4 janvier 1989. Cette publication a suscité de nouvelles suggestions et de nouvelles rencontres ont suivi. Plusieurs segments de la société civile y ont participé.

Les travaux développés par le Ministère public brésilien ont également eu une grande répercussion sur la mise en place d'un droit de la consommation efficace au Brésil. Se fondant sur les travaux du sixième Congrès national à São Paulo en 1985 et du septième Congrès national à Belo Horizonte en 1987⁵⁴, le Ministère public a proposé la création de nouvelles sections internes au sein de son organisation institutionnelle, les « *promotorias* » de justice, spécialisées dans le domaine de la protection du consommateur. Cette proposition a été adoptée à partir de la *Constitution de 1988*, laquelle a complètement redessiné le parquet brésilien⁵⁵.

II. Le Code de protection du consommateur

Maintenant que nous avons établi les principes constitutionnels à la base du système national brésilien de protection du consommateur, nous nous pencherons sur le *CDC* en tentant d'en souligner les particularités.

L'inspiration tirée des développements du droit de la consommation élaborés dans plusieurs pays étrangers (A) viendra contribuer au façonnement du produit fini que constitue le *CDC* adopté en 1990 (B). Le *CDC* confirme la vision large que le législateur propose des rapports de consommation, articulée autour du fil conducteur que constitue la protection du consommateur vulnérable (C). Il confère au cadre normatif adopté en faveur des consommateurs une grande autonomie par rapport au

⁵³ Ada Pellegrini Grinover *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 9^e éd., Rio de Janeiro, Forense universitária, 2007 à la p. 2 [Pellegrini Grinover *et al.*].

⁵⁴ *Ibid.* à la p.24.

⁵⁵ La conception française du parquet est parvenue au Brésil à travers les « *ordenações* » portugaises. Le concept a été développé et aujourd'hui cette institution possède des fonctions diverses. Il a le monopole pour entamer l'action pénale, il exerce la fonction d'ombudsman, il promouvait le contrôle *incidenter tantum* et le contrôle direct de la constitutionnalité des actes normatifs, entre autres fonctions au-delà de la protection des droits collectifs.

code civil (D). Enfin, il reflète clairement la dimension collective de cette branche de droit en consacrant plusieurs modes de défense des intérêts collectifs des consommateurs (E).

A. L'influence de législations et d'études étrangères

Le droit brésilien de la consommation a été inspiré par des sources étrangères des plus diverses. Devant une telle pluralité, le législateur a su les adapter pour établir un droit de la consommation composé par des caractéristiques uniques, un droit susceptible de représenter la réalité brésilienne et de créer des nouveaux paradigmes⁵⁶.

Le concept théorique de vulnérabilité se trouve à la base du droit brésilien de la consommation. La source en fut l'annexe de la Résolution n° 39/248 du 9 avril 1985 de l'Assemblée générale des Nations-Unies⁵⁷.

Parmi les sources normatives étrangères, soulignons notamment la loi québécoise⁵⁸, le Projet du Code français de la consommation coordonné par le prof. Jean Calais-Auloy, la loi espagnole⁵⁹, la loi portugaise⁶⁰ et la loi mexicaine⁶¹. Par rapport aux questions spécifiques de la publicité et de la responsabilité civile, le *CDC* fut inspiré par le droit communautaire européen, respectivement par les Directives n. 84/450 et 85/374. Les normes sur le contrôle des clauses générales de contrats furent inspirées par la loi portugaise⁶² et la loi allemande⁶³.

La commission des juristes du Conseil national de défense du consommateur s'est montrée particulièrement sensible aux propositions qui furent débattues à l'occasion du premier Congrès international du droit de la consommation, tenu à São Paulo en 1989. Parmi ces suggestions, la commission considérait notamment celles proposées par les professeurs Thierry Bourgoignie (président de la commission d'élaboration du Code du consommateur de Belgique); Ewoud Hondius (de l'université d'Utrecht, en Hollande); Eike Von Hippel (Max Planck Institute, à Hambourg en Allemagne); Norbert Reich (*Zentrum für Europäische Rechtspolitik* de l'université de Bremen, Allemagne) et Mário Frota (de l'université du Droit de la consommation, au Portugal)⁶⁴. Cette commission devint par la suite la Commission mixte du Congrès national chargée de présenter le projet du Code.

Peut-être en raison du grand nombre et de la diversité des sources étrangères,

⁵⁶ L'inversion du fardeau de la preuve, les concepts de consommateur potentiel et de droit diffus illustrent ces paradigmes.

⁵⁷ *Protection du Consommateur*, Rés. AG 39/248, Doc.off. AG NU, 104e session, Doc. NU 39/248 (1984) 188 [Rés. Ag. 39/ 248].

⁵⁸ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

⁵⁹ *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuario*, (Loi n°26), 1984.

⁶⁰ Loi 29/81, 22 août 1981.

⁶¹ *Ley Federal de Protección al Consumidor*, 5 février 1976.

⁶² *Decreto-lei* n. 446/86, 25 octobre.

⁶³ *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, 9 décembre 1976.

⁶⁴ Pellegrini Grinover *et al.*, *supra* note 53 à la p.10.

les juristes brésiliens ont tenu en grande considération la particularité de la réalité brésilienne. Voilà la raison principale de l'originalité de certains concepts créés par la loi brésilienne de la consommation.

B. Adoption et application du Code de protection du consommateur

Le *CDC*, publié le 12 septembre, entre en vigueur le 11 mars 1991. Il est constitué de six Titres, à savoir : « I. Des droits des consommateurs; [...] II – Des infractions pénales; [...] III – Des actions judiciaires de protection du consommateur; [...] IV – Du système national de protection du consommateur; [...] V – De la convention collective de consommation ; [...] VI – Dispositions finales [notre traduction] ».

Les trois premiers chapitres du *CDC* sont les plus importants et en composent la partie générale⁶⁵. Le premier définit son champ d'application (articles 1, 2 et 3); le deuxième traite de ses objectifs et de ses principes fondamentaux (articles 4 et 5); le troisième se penche sur les droits de base du consommateur (articles 6 et 7). En effet, l'article 6 représente une synthèse des droits des consommateurs abordés dans le *CDC*⁶⁶. Cette disposition se basait sur la Rés. AG 39/248 de l'Organisation des Nations Unies.

Le premier titre contient donc tous les concepts de base du *CDC* : les notions; les principes et les objectifs, de même tout le droit matériel du *CDC*. Le Chapitre IV de ce titre régit la qualité des produits et des services ainsi que la réparation de dommages, laquelle implique la responsabilité pour le fait du produit ou du service et la responsabilité pour le vice du produit ou du service de même que les normes sur la prescription et la décadence. Le Chapitre V établit des dispositions sur les pratiques commerciales (offre; publicité; pratiques abusives; recouvrement de dettes; banque de données et cadastre de consommateurs). Le Chapitre VI régit la protection contractuelle (normes sur l'interprétation; sur les informations; sur les clauses abusives; sur des garanties). Les sanctions administratives sont prévues dans le Chapitre VII de ce premier Titre.

Le *CDC* traite de l'aspect procédural de la protection du consommateur dans le Titre III. Le Titre suivant établit le Système National de Protection du Consommateur dont le but est l'intégration des institutions provinciales et municipales, publiques et privées, de protection du consommateur. Le Département de Protection et Défense du Consommateur est prévu comme l'institution responsable de la coordination de la politique de ce système⁶⁷. Le titre V crée la convention collective

⁶⁵ Benjamin *et al.*, *supra* note 28 à la p. 50.

⁶⁶ Pelligrini Grinover *et al.*, *supra* note 53 à la p. 141.

⁶⁷ *CDC*, *supra* note 3, art. 106 : « Le DPDC, de la SDE du Ministère de la Justice [...] est l'organisme responsable de coordination de la politique du Système national de défense du Consommateur. Ainsi, lui incombe les tâches de : I- planifier, élaborer, proposer, coordonner et exécuter la politique nationale de protection du consommateur; II – recevoir, analyser évaluer et acheminer les demandes et les plaintes formulées par des entités représentatives ou par des personnes juridiques de droit public ou de droit privé; III – fournir aux consommateurs des services d'orientation permanents quant à leurs droits

de consommation, qui permet aux institutions civiles de protection du consommateur, conjointement avec les organismes rassemblant des fournisseurs (ou à travers leurs syndicats), d'établir, par convention écrite, de nouvelles conditions par rapport aux relations de consommation notamment sur le prix, la qualité, la quantité, la garantie et les caractéristiques des produits et des services.

La caractéristique principale du *CDC* relève du fait que le législateur a adopté une approche subjective du problème de la consommation, en mettant l'accent sur la personne du consommateur. À ce propos, Thierry Bourgoignie affirme que :

Seule une appréhension subjective du phénomène de la consommation centrée sur la personne du consommateur et sur les conditions dans lesquelles celle-ci remplit son rôle au sein du cycle production – distribution – échange – consommation, permet de déceler les oppositions qui traversent le champ de la consommation, d'identifier les faiblesses et les besoins du groupe socio-économique "consommateur" au sein de ce cycle et de parvenir ainsi à une définition plus exacte des remèdes que le droit est susceptible d'apporter à la situation du consommateur.⁶⁸

C. Une vision large des rapports de consommation articulée autour du consommateur vulnérable

Le champ d'application du *CDC* est défini à partir d'une perception large des rapports sociaux (1). Le *CDC* ne vise pas seulement les relations contractuelles. C'est la qualité intrinsèque du sujet consommateur, sa vulnérabilité, qui va déterminer l'incidence du *CDC* (2).

1. UNE VISION LARGE DES RAPPORTS DE CONSOMMATION

Le *CDC* ne régleme pas seulement la relation contractuelle. L'objet de la loi brésilienne est la relation de consommation dont le concept est plus large parce qu'il implique de reconnaître aussi le consommateur dans les moments qui précèdent et qui succèdent au contrat. La vision large et non contractuelle adoptée par le *CDC* est discutée dans cette section.

Le *CDC* représente un changement décisif dans l'approche du droit en tant qu'instrument de régulation des rapports sociaux. La vision libérale et individualiste

et garanties; IV- informer, conscientiser et motiver les consommateurs grâce à divers moyens de communication; V – demander du pouvoir judiciaire qu'une enquête policière soit instaurée afin que les droits des consommateurs soient évalués, en respect des lois en vigueur; VI – représenter le Ministère public compétant dans les procédures judiciaires entrant dans ses attributions; VII – porter à la connaissance des organes compétents les infractions d'ordre administratif qui violent les intérêts diffus, collectifs ou individuels des consommateurs; VIII – solliciter la coopération des organes publics et autres organismes auxiliaires de taxation et de fixation des prix, de quantité et de sécurité des produits et des services; IX – motiver, y compris par des moyens financiers et programmes spéciaux, la création d'organismes de défense du consommateur par la population et par les organes publics provinciaux et municipaux; [...] XIII- développer d'autres activités compatibles avec ses finalités. Paragraphe unique: Pour atteindre ses objectifs, le DPDC pourra solliciter la collaboration d'organes ou d'entités techniques ou scientifiques spécialisées [notre traduction] ».

⁶⁸ Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du Droit de la consommation au regard du droit belge et du droit de la communauté économique européenne*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988 à la p. 47.

portée par le précédent Code civil brésilien de 1917 se révélait inapte à rendre compte de la réalité. En effet, le droit ne disposait pas d'outils en mesure d'encadrer les pratiques commerciales toujours plus nombreuses, complexes et agressives. Ainsi, le droit ne garantissait plus une protection efficace de la partie la plus vulnérable. Le *CDC* et la *Constitution de 1988* venaient alors consolider l'adoption d'une vision sociale. Selon celle-ci, le droit a pour rôle d'assurer de façon effective l'équilibre entre les parties en protégeant la confiance et les attentes légitimes se trouvant au centre des relations entre le consommateur et le fournisseur.

Le *CDC* contient des principes qui lui sont propres et possède des normes issues de divers domaines juridiques: normes civiles, normes de procédure civile, normes pénales, normes de procédure pénale, normes administratives, entre autres. L'article 1 établit que toutes les normes qui le composent sont des normes d'ordre public et d'intérêt social⁶⁹, c'est-à-dire que ce sont des normes dont les parties ne peuvent pas disposer, même par contrat⁷⁰.

La *STJ*⁷¹ a décidé que les dispositions du *CDC* peuvent et doivent être connues *ex officio* par le juge parce qu'elles sont d'ordre public. Ainsi, la *STJ* a déclaré que ce sont des normes qui dépassent et surpassent l'autonomie de la volonté des parties⁷². Dans le même esprit, advenant la nullité des clauses abusives, la *Cour provinciale du District fédéral (TJDF)* détermine que le juge peut la déclarer *ex officio*⁷³. Quant à elle, la *STJ* a décidé que le pouvoir judiciaire ne dépend pas de la demande d'une partie pour l'application du *CDC* une fois que la relation de consommation est établie⁷⁴. Cette même Cour affirme ensuite que le jugement *extra petita* n'existe pas dans une déclaration de nullité de clauses contractuelles basée sur le *CDC*⁷⁵.

Bien qu'un grand nombre de normes du *CDC* soient de droit privé (l'art. 1 à l'art. 54), son origine constitutionnelle leur assure le statut de normes d'ordre public.

Le droit brésilien a cherché des outils normatifs qui assureraient aux citoyens, en tant que consommateurs, des instruments leur permettant de se protéger contre les pratiques abusives. L'intention des auteurs du *CDC* est de fournir au consommateur une protection dans les espaces contractuel, précontractuel et extracontractuel.

L'article 6 du *CDC* révèle une synthèse des droits matériels et procéduraux prévus dans le Code lui-même. Ce sont les droits de base du consommateur⁷⁶ énoncés

⁶⁹ Outre l'article 1, le caractère obligatoire des normes du *CDC* est vérifié notamment grâce à l'article 51 qui prévoit la nullité absolue en cas de clauses abusives.

⁷⁰ Benjamin *et al.*, *supra* note 28 à la p. 26.

⁷¹ *Superior Tribunal de Justiça*

⁷² dans *AgReg. REsp. 718.124/RS, 3^e. T., rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05.2005*, p. 289.

⁷³ *TJDF, ap. Cível, 17538-2, rel. Des. Nívio Gonçalves, DJU 3.5.200*, p. 34.

⁷⁴ *STJ, AgReg AI 385.045/SP, 3^a. T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 25.04.2005*, p. 33.

⁷⁵ *STJ, AgReg. AI 481.627/SP, 3^e. T., rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05.2005*, p. 267.

⁷⁶ Le concept de « droits de base du consommateur » a eu comme source majeure la Résolution numéro 39/248 du 10 avril 1985 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies ([Rés.Ag. 38/248], *supra* note 57). Voir notamment Pellegrini Grinover *et al.*, *supra* note 53 à la p. 141.

numerus apertus et de façon non exhaustive. La liste des droits fondamentaux du consommateur est donc extensive. Les dispositions du *CDC* réglementent chacun de ces droits.

Il existe plusieurs normes réglementant la publicité, les pratiques commerciales et les clauses abusives, tout comme les banques de données et l'endettement.

Il est important de remarquer que le législateur a fait le choix, par la technique des normes ouvertes, générales, non spécifiques, de laisser au pouvoir discrétionnaire du juge l'évaluation du cas concret. Par conséquent, ce choix permet une large place à l'activité discrétionnaire judiciaire. Par exemple, le *CDC* ne fournit pas une énonciation fermée : il dresse une liste d'exemples non-exhaustive des pratiques abusives (art. 39⁷⁷), des clauses abusives (art. 51⁷⁸), de la publicité abusive (art. 37, para. 2⁷⁹). Cette technique permet une constante adaptation interprétative aux besoins des solutions des cas concrets qui sont issus de la réalité sociale dynamique.

a) *Le champ d'application*

Le *CDC* régit la relation de consommation, soit la relation juridique existante entre le fournisseur et le consommateur qui possède comme objet l'acquisition des produits et des services par le consommateur. Ce sont des normes de protection au sujet du consommateur, autant le consommateur individuel que le consommateur collectif.

b) *La relation de consommation*

Le *CDC* ne mentionne ni le contrat de consommation ni l'acte de consommation. Il traite de la relation de consommation, dont le concept est plus large puisqu'il inclut des moments antérieurs et postérieurs au contrat conclu entre les sujets contractuels. La relation de consommation comprend aussi les sujets qui se trouvent en dehors de la relation contractuelle, tels que le consommateur correspondant défini au paragraphe unique de l'article 2 et dans les articles 17 et 29.

Les définitions de « relation de consommation » sont nombreuses⁸⁰. Nous adoptons la définition d'Antonio Carlos Efing⁸¹: il s'agit d'une relation juridique établie entre le consommateur et le fournisseur ayant comme objet un produit ou une prestation de service, selon les définitions du *CDC*.

⁷⁷ *CDC*, *supra* note 3, art. 39.

⁷⁸ *Ibid.*, art. 51.

⁷⁹ *Ibid.*, art. 37.

⁸⁰ Pellegrini Grinover *et al.*, *supra* note 53 à la p. 46. Nelson Nery Junior affirme que « on entend par relation de consommation la relation juridique entre fournisseur et consommateur ayant comme objet un produit ou un service [notre traduction] ». Voir aussi Pellegrini Grinover *et al.*, *supra* note 53 à la p. 27. José Geraldo Brito Filomeno soutient que « la relation de consommation représente une relation juridique par excellence, présumant la présence de trois éléments, soit deux pôles d'intérêts (consommateur et fournisseur) et la chose – objet de ces intérêts – qui représente le troisième élément est, comme l'indique le *CDC*, le produit et le service [notre traduction] ».

⁸¹ Antônio Carlos Efing, *Fundamentos de direito nas relações de consumo*, 2^e éd., Curitiba, Juruá, 2006 à la p. 46 [Efing].

Le *CDC* établit trois éléments pour la relation de consommation :

L'élément subjectif et les sujets, soit le consommateur et le fournisseur. L'élément subjectif se rapporte à la qualité des participants de cette relation. Selon les définitions du *CDC*, les participants doivent nécessairement être un consommateur et un fournisseur.

L'élément téléologique de la relation de consommation, c'est-à-dire la finalité de la relation. La relation doit avoir comme but l'acquisition d'un produit ou la prestation d'un service "en tant que destinataire final". Si l'acquisition constitue seulement un outil pour l'acquéreur pour exercer une autre activité, il ne s'agirait pas par conséquent d'un destinataire final ; ce ne serait donc pas le cas d'une relation de consommation.

L'élément objectif, soit les produits ou les services impliqués.

Le *CDC* ne prévoit pas de contrats spécifiques. Les contrats sont ceux du droit commun. La note distinctive est que le champ d'application du *CDC* est *ratione personae*, puisqu'il est matériellement applicable à toutes les relations contractuelles et extracontractuelles entre les consommateurs et les fournisseurs.

Le sujet consommateur apparaît seulement lorsqu'il se trouve devant le sujet fournisseur. Ainsi, la relation de consommation (contractuelle ou extracontractuelle) est toujours conclue entre un consommateur et un fournisseur. Le champ d'application de la loi brésilienne est relationnel. La base de la protection assurée par le *CDC* est la vulnérabilité du consommateur devant le sujet fournisseur. Ceci étant dit, selon la loi brésilienne, le concept du consommateur se révèle plutôt relationnel.

Il faut recourir au *CDC* parce que la *Constitution de 1988*, bien qu'elle ait imposé la protection du sujet consommateur dans ses relations déséquilibrées avec les fournisseurs, n'a pas défini le concept de consommateur.

Parmi les innovations les plus importantes du *CDC*, on remarque l'ampleur des notions de consommateur et de fournisseur adoptées par le législateur.

c) *Le consommateur*

Le consommateur brésilien n'est pas seulement l'acquéreur. En effet, selon le *CDC*, le consommateur n'est pas uniquement la personne qui acquiert un bien ou un produit. La définition est élargie dans le sens matériel en ce qu'elle comprend aussi les victimes d'actes précontractuels⁸² et des pratiques commerciales abusives. Le *CDC* ne fournit pas une définition contractuelle du consommateur.

Il y a une définition *stricto sensu* de consommateur : le consommateur de l'article 2 qui est « la personne physique ou morale qui acquiert ou utilise un produit ou un service en tant que destinataire final [notre traduction]⁸³ ».

En fonction de cette définition, le consommateur doit être le destinataire final du bien ou du service. Le destinataire final est celui qui acquiert le bien ou le service

⁸² Comme exemple d'un acte précontractuel, on cite la publicité trompeuse.

⁸³ *CDC, supra* note 3, art.2.

pour une finalité non professionnelle, c'est-à-dire pour une finalité personnelle. La destination finale met fin à la circulation du produit ou du service dans le marché.

À la différence de la plupart des législations sur le thème⁸⁴, la loi brésilienne admet la personne morale comme étant un consommateur. Thierry Bourgoignie⁸⁵ affirme que les personnes morales ne sont pas reconnues comme consommateurs en raison du fait que, normalement, les entreprises ne se trouvent pas dans des conditions de déséquilibre, caractéristiques de la relation de consommation. La jurisprudence brésilienne soutient qu'il faut que la personne morale fasse la preuve que les produits et les services n'aient pas été acquis pour l'activité commerciale de l'entreprise. Pour faire la preuve de sa qualité de destinataire final, l'entreprise devra démontrer qu'elle a mis fin à la circulation du bien acquis. Dans le cas *Teka versus Aiglou*, la Cour Suprême brésilienne a affirmé que « [l]e CDC est applicable seulement à une personne morale qui acquiert ou utilise un produit ou un bien en tant que destinataire final [notre traduction] »⁸⁶.

Mais le CDC prévoit par ailleurs trois assimilations⁸⁷ au concept de consommateur :

1. Le consommateur « collectif », la première assimilation : « Toute la collectivité des personnes, qu'elle soit déterminable ou non, qui est intervenue dans les relations de consommation, équivaut au consommateur [notre traduction] »⁸⁸.

Ainsi, la règle permet la protection des droits collectifs des consommateurs. La plupart des contrats d'aujourd'hui sont des contrats dits de masse (contrats d'adhésion). Par conséquent, les dommages causés par la consommation d'un produit n'atteignent pas seulement un seul consommateur : ils atteignent toute une collectivité de consommateurs. Le dommage n'est plus un dommage individuel, il est devenu un dommage collectif. Voyons l'exemple proposé par Paulo Roque Khouri⁸⁹ : une entreprise met sur le marché des millions de barres de chocolat avec dix grammes en moins de ce qui est affiché sur l'emballage. Chaque barre de chocolat pèse donc dix grammes en moins. Dans une perspective économique, il ne serait pas raisonnable que le consommateur doive entamer une action afin de réclamer dix grammes de chocolat. Par contre, l'entreprise a gagné un fort profit. Le législateur brésilien a donc compris que la protection des droits du consommateur exige un traitement différent en raison de l'impersonnalité qui lie les parties contractuelles. Le droit collectif a été assuré aux

⁸⁴ La loi espagnole admet aussi la personne morale comme étant consommateur.

⁸⁵ Thierry Bourgoignie, « O conceito jurídico do consumidor » (1992) 2 Revista de Direito do Consumidor 32.

⁸⁶ Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, rel. Min. Mauricio Corrêa, j. 01. 12.1999, p. RDC, vol. 34, 2000 p. 253-263 reproduite dans Benjamin *et al.*, *supra* note 28 à la p. 70.

⁸⁷ Nous utilisons le terme « assimilation » car nous estimons qu'il représente la meilleure traduction du terme portugais « equiparação ». Ce mot, difficile à traduire vers le français, signifie : équivalence, par correspondance. Il est fréquemment utilisé dans la doctrine afin de qualifier le type de consommateur prévu par les articles 2, 17 et 29 du CDC. Nous verrons que ces trois articles permettent une définition large du consommateur, par l'inclusion du concept d'assimilation du statut de consommateur.

⁸⁸ CDC, *supra* note 3, art. 2 du CDC : « Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. »

⁸⁹ Paulo Roque Khouri, *Direito do consumidor*, 3^e éd., Sao Paulo, Atlas, 2006 à la p. 49.

consommateurs brésiliens en fonction des abus commis *via* les contrats d'adhésion.

Ce paragraphe unique est le fondement du droit substantif qui permet l'action collective de protection du consommateur. C'est en se basant sur cette disposition que le Ministère public et d'autres organismes pourront représenter les intérêts de la collectivité des consommateurs dans la sphère judiciaire sans nommer chaque sujet de cette collectivité. L'article 81 et les suivants traitent des normes de droit procédural qui complètent la règle de droit matériel prévue à l'article 2. L'action entamée par l'un des organismes mentionnés à l'article 82 est suffisante pour la protection de millions de consommateurs⁹⁰.

2. Le « tiers victime », la deuxième assimilation au concept de consommateur (article 17) : « Pour les effets de cette section, toutes les victimes de l'événement équivalent au consommateur [notre traduction] »⁹¹.

L'article 17 étend la définition de consommateur à toutes les victimes d'un événement pour les effets de la responsabilité civile du fournisseur par le fait du produit ou du service. Le législateur identifie la relation de consommation en dehors de la relation contractuelle. Le but de cet article est donc d'assurer une protection majeure aux consommateurs, même s'il s'agit de consommateurs n'ayant pas participé directement à la relation contractuelle.

La section mentionnée à l'article 17 s'intitule « De la responsabilité pour le fait du produit et du service [notre traduction] » et est composée des articles 12 à 17. Le *CDC* adopte la théorie de la responsabilité objective, la responsabilité sans faute. Le seul moyen d'écarter la responsabilité objective serait de faire la preuve que le dommage a été causé par la faute exclusive de la victime. Dans cette disposition, le législateur a innové en créant une nouvelle espèce d'obligation contractuelle. C'est une obligation qui n'émerge ni du contrat ni de l'acte illégal. Elle apparaît du fait du produit ou du service, malgré l'absence de la faute du fournisseur. Il s'agit donc d'un acte licite causant des dommages aux tiers non consommateurs *stricto sensu*. Toutes les victimes d'un dommage causé par un accident de consommation en raison du défaut du produit ou du défaut du service sont protégées par les normes du *CDC*, peu importe qu'elles soient des sujets de la relation contractuelle ou non.

Avec l'extension du concept de consommateur, le législateur cherchait à assurer la protection du *CDC* à tous ceux qui se trouvent à l'extérieur de la relation contractuelle. La partie non contractuelle victime d'un accident de consommation

⁹⁰ Par exemple, la Cour Suprême (STF) a maintes fois répété que le Ministère public est habilité à entamer une action civile publique dont le fondement est l'illégalité de réajustement des frais scolaires; voir *Súmula* 643 de la Cour Suprême. Après quelques décisions répétées sur un même sujet, la Cour Suprême de la Justice approuve des *Sumula*, qui ont des effets impératifs par rapport aux autres organismes du pouvoir judiciaire et de l'administration publique, soit aux plans fédéral, provincial ou municipal. Le but est de contrer la morosité judiciaire. La *Sumula* obligatoire a des antécédents en Allemagne, dont le système concentré de constitutionnalité avait déjà influencé l'établissement de l'action déclaratoire de constitutionnalité au Brésil. Le mot « *sumula* » vient du latin *Summula* qui signifie un extrait, un résumé de plusieurs décisions. Ce sont des décisions des tribunaux supérieurs qui adoptent la même interprétation sur un sujet particulier.

⁹¹ *CDC*, *supra* note 3, art. 17: « *Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento* ».

pourra donc entamer une action directement contre le fournisseur pour sa conduite malgré l'inexistence d'une faute.

Ainsi, le *CDC* ne régleme pas la relation contractuelle, il prévoit la relation de consommation, relation plus large et composée de moments antérieurs et postérieurs à la conclusion du contrat.

La *STJ* a affirmé que toutes les victimes d'une explosion survenue dans un magasin de feux d'artifice correspondent à des consommateurs :

Selon l'article 17 du Code, toutes les personnes qui souffrent des conséquences d'un événement où il n'y a pas eu de faute correspondent au consommateur même si ces personnes n'ont pas participé directement à la relation de consommation en raison de la gravité potentielle que peut atteindre le fait du produit ou du service dans la modalité de vice de qualité à cause d'insécurité [notre traduction].⁹²

3. Le consommateur « potentiel », la troisième assimilation (article 29) : « Pour les effets de ce chapitre et du chapitre suivant, équivalent à des consommateurs toutes les personnes, déterminables ou non, exposées aux pratiques commerciales prévues auxdits chapitres [notre traduction] »⁹³.

Selon la norme de l'article 29, l'acquisition de biens ou de services se révèle non pertinente pour déterminer qui est consommateur. La règle prévoit qu'une personne exposée à une pratique contractuelle abusive devient un consommateur potentiel. La simple possibilité d'entrer dans une relation contractuelle expose l'individu aux pratiques abusives. Une telle exposition constitue le fondement du concept de consommateur potentiel prévu à l'article 29. La protection du *CDC* est assurée au consommateur potentiel, même s'il ne fait pas partie de la relation juridique initiale. Une fois encore, le législateur a étendu la protection du *CDC* à la personne qui se trouve à l'extérieur de la relation contractuelle.

Le chapitre cité dans l'article 29 est le Chapitre V du titre I intitulé « Des pratiques commerciales [notre traduction] ». Il est composé des dispositions sur l'offre (l'art. 30 à l'art. 35), sur la publicité (l'art. 36 à l'art. 38), sur des pratiques abusives (l'art. 39 à l'art. 41), sur le recouvrement des créances, sur les banques des données et d'enregistrement des consommateurs (les art. 43 et 44). Les normes du chapitre V couvrent la phase précontractuelle, telles que l'offre et la publicité. Pour l'application du *CDC*, il n'est pas nécessaire que le contrat soit conclu. Il sera suffisant que le consommateur potentiel soit exposé aux pratiques abusives dans les moments précédents le contrat.

Le chapitre VI régleme la protection contractuelle de la personne qui a déjà conclu le contrat. Ce sont des normes générales d'interprétation, du droit de repentir et de garantie contractuelle (l'art. 46 à l'art. 50), des clauses abusives (l'art. 51 à l'art. 53) et des contrats d'adhésion (l'art. 54).

⁹² *STJ, REsp 181.580-SP, min. Castro Filho, j. 09.12.2003.*

⁹³ *CDC, supra note 3, art. 29.*

En procédant ainsi de façon préventive, le législateur a reconnu comme étant un consommateur la personne n'ayant pas consommé. L'intention était de protéger la majorité sociale en évitant son exposition aux pratiques abusives : « La relation juridique qualifiée dite de consommation est déterminée par la présence d'une partie vulnérable (le consommateur) d'un côté et le fournisseur de l'autre [...] Toutes les personnes, déterminables ou non, qui sont exposées aux pratiques commerciales abusives équivalent à des consommateurs [notre traduction]»⁹⁴.

Ainsi, nous pouvons constater que le *CDC*, selon la position dans laquelle se trouve la partie vulnérable, reconnaît plusieurs définitions différentes du consommateur.

d) *Le fournisseur*⁹⁵

Il convient de remarquer que la relation de consommation est identifiée par les caractéristiques de ceux participant à cette relation. La relation de consommation exige non seulement la présence d'un consommateur, soit un consommateur *stricto sensu*, soit un consommateur correspondant. La présence d'un fournisseur est également nécessaire. Les deux sujets doivent être conformes aux concepts légaux du *CDC*.

Selon l'article 3, fournisseur est :

toute personne physique ou morale, publique ou privée, nationale ou étrangère ou ' personnes morales de fait ' qui mènent des activités de production, de montage, de création, de construction, de transformation, d'importation, d'exportation, de distribution, de commercialisation des produits ou de prestation des services [notre traduction].⁹⁶

La loi ne fait pas de distinction entre le fournisseur national ou étranger, celui public ou privé, celui constitué juridiquement ou non. Le *CDC* n'est pas exhaustif quand dans sa prévision de l'activité du fournisseur. Par exemple, les activités d'édition de livres et d'approvisionnement des logiciels sont considérées comme étant des activités de fournisseurs.

Le fournisseur est donc celui offrant des biens et des services sur le marché habituellement avec un but lucratif. Il est celui qui participe à un maillon de la chaîne de production, soit par la production, par la distribution ou soit comme intermédiaire de l'approvisionnement des biens et des services. Le concept légal de fournisseur est composé par les éléments requis de la professionnalité (le but du profit) et le caractère habituel (la régularité).

La jurisprudence brésilienne cite le stationnement dans les supermarchés et dans les centres commerciaux comme un exemple d'un service qui est apparemment

⁹⁴ *STJ, Resp 476428/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.04.2005. Tel que cité dans Benjamin et al., supra note 28 à la p. 70.*

⁹⁵ La LPC utilise l'expression « commerçant » (article 2). Le Code civil québécois a adopté le concept d'entrepreneur, à l'article 1.384 et 1.525. Toutefois, nous avons fait le choix d'être plus fidèle à la loi brésilienne.

⁹⁶ *CDC, supra note 3, art. 3.*

gratuit. Malgré le fait que le consommateur n'ait pas à payer directement pour ce service, il s'agit toutefois d'un service faisant partie de l'activité économique du fournisseur, donc, qui a comme objectif indirect d'augmenter le profit. En effet, le fait de fournir le stationnement est important pour l'activité principale du fournisseur car cela représente une façon d'attirer la clientèle. La *STJ* a affirmé que malgré le terme « gratuit », la relation de consommation existe et que, par conséquent, le fournisseur doit indemniser les consommateurs souffrant de dommages sur leurs véhicules, en dépit du fait que leurs propriétaires n'aient rien acheté. C'est ce qui est avancé dans la *Sumula*⁹⁷ 130 : « Devant le client, l'entreprise est responsable de la réparation des dommages ou des vols des véhicules survenus dans son stationnement [notre traduction] ».

2. UN FIL CONDUCTEUR : LE CONSOMMATEUR VULNÉRABLE

Le *CDC* énumère quelques principes qui doivent orienter la politique nationale de protection dans les relations de consommation. L'article 4.I prévoit la reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur sur le marché. Cette vulnérabilité a été reconnue expressément par l'Assemblée générale des Nations Unies à l'annexe de Rés. AG 39/248. Afin de palier à la vulnérabilité du consommateur due à l'inégalité contractuelle, typique des relations de consommation, le législateur brésilien concède un traitement inégal pour les parties de la relation contractuelle.

L'existence ou l'inexistence d'une relation juridique qualifiée dont un sujet est vulnérable détermine l'incidence du *CDC*. Devant cette relation juridique qualifiée, les normes du Code civil auront une application supplétive parce que les normes spéciales du *CDC* sont d'application immédiate. La relation juridique qualifiée par la vulnérabilité est la relation de consommation. Le droit civil présuppose l'égalité des pouvoirs contractuels des sujets. Il suppose que les parties sont juridiquement égales et que la négociation préliminaire traditionnelle (offre et négociation) a été basée sur cette égalité. La relation contractuelle commune est régie par le droit commun, le droit civil.

La définition subjective du droit du consommateur est relationnelle. Claudia Lima Marques⁹⁸ affirme que dans le cas de deux voisines concluant un contrat de vente d'un bijou ancien, aucune d'entre elles ne peut être considérée comme étant une consommatrice. Dans cet exemple, il n'y a pas de fournisseur ; les voisines apparaissent comme étant deux sujets égaux dont la relation est régie par le Code civil. Le sujet consommateur n'existe que dans une relation où le sujet fournisseur est présent. La vente d'un bijou de la famille est soumise aux règles du droit commun. C'est le même cas quand deux commerçants ou entrepreneurs concluent un contrat d'achat de diamants bruts pour les tailler et les revendre. Ce sont deux parties égales, deux professionnels dont la relation est encadrée par le Code

⁹⁷ Au sujet de la *sumula*, voir *supra* note 92.

⁹⁸ Benjamin et al., *supra* note 28 à la p. 66.

civil⁹⁹. La relation de consommation est, à l'inverse, conclue entre deux sujets différents, le consommateur et le fournisseur.

Selon la doctrine brésilienne, la vulnérabilité du consommateur découle d'une condition factuelle, technique ou juridique. Dans les trois hypothèses, la capacité du consommateur se trouve affaiblie.

La relation de consommation se présente comme étant juridiquement inégale parce qu'elle fait émerger le pouvoir contractuel d'un sujet (celui qui développe l'activité professionnelle organisée, le fournisseur) sur l'autre sujet (l'éventuel acquéreur ou utilisateur des biens ou des services, le consommateur). La base de la protection légale assurée par le *CDC* est la vulnérabilité qui est prévue à l'article 4.I. Le sujet consommateur est identifié comme étant différent et inégal, bref, vulnérable. La vulnérabilité est donc le tournant décisif de la définition du champ d'application du *CDC* et du Code civil.

En protégeant la partie vulnérable, l'intention du législateur a été de rechercher un équilibre entre le consommateur et le fournisseur de biens et de services. Le *CDC* représente donc une tentative de rééquilibrer cette relation en égard de la position économique privilégiée du fournisseur. En favorisant un traitement inégal envers ceux qui sont matériellement inégaux, le *CDC* essaie d'atteindre l'égalité formelle.

Ainsi, c'est la recherche de l'égalité réelle qui a poussé le législateur à établir des mécanismes effectifs visant à faciliter au consommateur l'accès à la justice.

D. Un droit spécifique et distinct du Code civil

Le *CDC* est un micro système juridique autonome¹⁰⁰ composé par des normes et principes propres qui ne sont pas incompatibles avec le système de droit commun. En comparant avec le système adopté en Allemagne, Claudia Lima Marques affirme que « le Brésil a fait le choix constitutionnel d'avoir un Code de protection des consommateurs, le *CDC*, un micro-système qui régleme seulement les relations de consommation entre un fournisseur et un consommateur, et un Code civil général qui inclut toutes les règles des obligations civiles et mercantiles [notre traduction]¹⁰¹. » Il s'agit d'un système spécial avec des mesures plus générales de protection visant à assurer l'égalité des parties dans la relation de consommation. Selon la doctrine brésilienne¹⁰², la spécificité du système établi par le *CDC* provient de l'idée centrale l'ayant inspiré : la défense d'un groupe spécifique de personnes, les consommateurs. C'est le fil conducteur qui réunit des thèmes extrêmement diversifiés.

⁹⁹ Les obligations privées civiles et celles établies entre les entrepreneurs sont réglementées par le nouveau Code civil brésilien de 2002 et par le « *Código Comercial* », (Lei 556), 25 juin 1850 [Code commercial].

¹⁰⁰ Pelligrini Grinover *et al.*, *supra* note 53 à la p. 19.

¹⁰¹ Benjamin *et al.*, *supra* note 28 à la p. 38.

¹⁰² Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5^e éd., São Paulo, Revista DOS Tribunais, 2006 à la p. 592.

La supériorité hiérarchique du *CDC* est confirmée par la relation qu'il entretient avec d'autres législations. En effet, la *STJ* a stipulé que les dispositions du *CDC* prévalent sur les dispositions du Code brésilien de l'aéronautique¹⁰³. Les dispositions de cette loi concernaient la limitation de l'indemnisation lorsqu'une compagnie aérienne perdait un bagage, ce qui reflétait les dispositions de la Convention de Varsovie¹⁰⁴. Dans le même esprit, advenant le retard d'un vol international, la *STJ* a déterminé que l'indemnisation limitée prévue par la Convention de Varsovie n'était pas suffisante car les articles 61 V et 14 du *CDC* prévoient la responsabilité objective du transporteur et excluant les clauses limitatives de responsabilité¹⁰⁵.

E. Un droit privilégiant la défense des intérêts collectifs

À partir de l'entrée en vigueur du *CDC* en 1990, l'expression « action collective » a été adoptée. Désormais, l'action civile publique et l'action collective signifient des actions judiciaires dont le but est la protection et la réparation des droits collectifs au sens large. En effet, les deux corpus législatifs concernant ce type de recours, la Loi d'action civile publique et le *CDC*, sont complètement intégrés. Selon Leonardo Roscoe Bessa¹⁰⁶, vu le caractère complémentaire de ces deux normes, il n'existe pas de conflits entre les deux lois. C'est ainsi que, pour renforcer cette complémentarité, l'article 117 du *CDC* a été ajouté à l'article 21 de la *Loi d'action civile publique* qui établit que : « [s]'appliquent à la protection des droits et des intérêts diffus, collectifs et individuels, le cas échéant, les dispositifs du Titre III de la loi qui a institué le *Code de défense du consommateur*[notre traduction]¹⁰⁷. » Par conséquent, il n'y a pas eu abrogation de la Loi d'action civile publique¹⁰⁸ par le *CDC*.

L'entrée en vigueur du *CDC* a permis une réglementation plus minutieuse d'un des droits assurés par la *Loi d'action civile publique* : le droit de protection du consommateur.

Dans cette section, l'intérêt collectif qui est à la base du droit brésilien de la consommation est analysé à partir des notions de droits diffus, de droits collectifs et de droits individuels homogènes.

Le droit procédural brésilien établit un système de protection juridictionnelle des droits collectifs (ou diffus). La plus grande source d'influence pour le droit procédural brésilien fut la doctrine italienne des années soixante-dix, comme

¹⁰³ « *Código Brasileiro de Aeronáutica* » (Loi. 7.565), 19 décembre 1986 [*Code brésilien de l'aéronautique*].

¹⁰⁴ *Recurso Especial n° 658.748/RJ – relator Min. Nancy Andrighi, 3a.Turma do STJ*, jugé le 22/8/2005.

¹⁰⁵ *STJ Recurso Especial n° 151.401/SP relator Min. Humberto Gomes de Barros*, jugé le 17/06/2004.

¹⁰⁶ Benjamin *et al.*, *supra* note 28 à la p. 385.

¹⁰⁷ *Loi d'action civile publique, supra* note 7, art. 21.

¹⁰⁸ La *Loi d'action civile publique* comporte une importante innovation : l'enquête civile permettant au Ministère public la possibilité de promouvoir les investigations précédentes, antérieures à l'action judiciaire.

l'affirme Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁹. La professeure déclare que les études sur le thème des intérêts collectifs élaborées à l'occasion du congrès de Paiva en 1974 ont eu une grande répercussion au Brésil. Les aspects fondamentaux de la théorie ont vu leurs contours définis : les droits collectifs ou diffus ne sont pas déterminés en fonction du détenteur de ces droits; ce sont des droits indivisibles par rapport à leur objet et ils se rencontrent exactement au milieu, c'est-à-dire, entre les droits publics et les droits privés. Ce sont des droits typiques d'une société de masse et, par conséquent, ils sont le résultat des conflits de masse. La reconnaissance et la nécessité de la protection de ces droits ont amené de nouvelles formes de gestion des biens publics. C'est ainsi qu'un nouveau genre de décentralisation a été inauguré. Il ne s'agit pas d'une décentralisation politico-administrative limitée au plan étatique, mais plutôt d'une décentralisation qui est étendue vers le plan social où de nouveaux acteurs sont dotés d'autonomie et de rôles spécifiques. Le concept unitaire de souveraineté, compris comme étant la délégation à l'État de la souveraineté absolue du peuple, est restreint par la souveraineté sociale attribuée aux groupes. Bref, c'est une nouvelle mode de limitation du pouvoir étatique.

Les droits collectifs ou diffus n'appartiennent pas à une seule personne, mais plutôt à un groupe ou à une collectivité qui peut ou non être déterminée ou déterminable¹¹⁰. Le titulaire d'un droit n'est parfois pas identifié, soit parce que le droit appartient à toute la collectivité, soit parce qu'il appartient à une collectivité indéterminable. Au Brésil, cette nouvelle catégorie s'appelle droits méta-individuels ou droits collectifs *lato sensu* (ou intérêts méta-individuels)¹¹¹.

La caractéristique la plus importante des droits méta-individuels est d'appartenir à un groupe présentant un lien entre les personnes le constituant. Ce lien peut être juridique ou seulement factuel. Ainsi, par exemple, seront des droits méta-individuels les droits partagés par toutes les victimes d'un produit nocif ayant été mis sur le marché, ou encore, ceux partagés par toutes les personnes assujetties aux effets pervers d'un certain agent polluant qui aurait été mis dans l'atmosphère.

Les mécanismes traditionnels d'accès à la justice n'étant pas suffisants pour assurer la protection de toutes sortes de droits qui se manifestaient devant la nouvelle réalité socio-économique, des nouveaux instruments de droit matériel et processuel furent alors créés. Ces nouveaux instruments s'illustrent surtout dans un changement de mentalité : l'individu cède son espace au collectif.

Le but de ces nouveaux instruments était aussi d'éviter une prolifération d'actions judiciaires similaires, fondées sur la même situation juridique ou de fait. Les arrêts ne liaient pas les juges dans les causes futures et ne constituaient pas de précédents. Par conséquent, il fallait aussi éviter le risque de décisions contradictoires. L'établissement de l'effet obligatoire des arrêts de la *STF* a été consacré par

¹⁰⁹ Pellegrini Grinover *et al.*, *supra* note 53 à la p. 792.

¹¹⁰ Marcus Vinícius R. Gonçalves, *Tutela de interesses difusos e coletivos*, 3^e éd., São Paulo, Saraiva, 2007 à la p. 3.

¹¹¹ Benjamin *et al.*, *supra* note 28 à la p. 381.

l'amendement constitutionnel numéro 45 adopté en 2004¹¹² dont le but est de contrer l'inertie judiciaire.

La facilitation de la protection des droits méta-individuels s'est révélée un instrument efficace d'amélioration de l'accès à la justice, car la recherche individuelle se traduisait par des difficultés énormes pour le requérant. Le pouvoir judiciaire stimule cette pratique conforme vérifiée dans l'arrêt *STF, RE 441.318, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/10/2005, p. 24/2/2006*. La *STF* a stipulé que « autant que possible, considérant le droit existant, on doit encourager la tenue de macro-procès afin d'éviter la prolifération des causes issues de l'action individuelle [notre traduction]¹¹³ ».

C'est au Ministère public que revient la charge de la protection des droits méta-individuels dans la sphère judiciaire. L'article 129 de la *Constitution fédérale* établit que « [l]es fonctions institutionnelles du Ministère public sont de: [...] III-promouvoir l'enquête civile et l'action civile publique, pour la protection du patrimoine public et social, de l'environnement et des autres intérêts diffus et collectifs [notre traduction]¹¹⁴ ». L'attribution constitutionnelle de défenses des droits collectifs *lato sensu* au Ministère public signifie la reconnaissance du statut constitutionnel de ces droits¹¹⁵. Il faut remarquer également que la *Constitution de 1988* n'a pas limité les droits collectifs en fonction du sujet protégé.

La légitimation procédurale du Ministère public a entraîné une grande réforme de la loi procédurale brésilienne.

¹¹² « *Emenda Constitucional 45/2004* », (EC 45/2004), 30 décembre 2004 [*Amendement constitutionnel 45*]. Cet amendement constitutionnel a apporté d'importantes modifications au système judiciaire brésilien, surtout à la *STF*. Certaines compétences de la *STF* ont été transférées à la *STJ*. L'intention était de faire du *STF* une cour constitutionnelle et d'essayer de résoudre la crise du pouvoir judiciaire. Cette crise était évoquée surtout en raison de la lenteur des procès, provoquée par le manque de technologies modernes, les carences au niveau de la préparation des fonctionnaires ainsi que le manque de revenus. En fait, il s'agit d'une restriction d'accès aux tribunaux supérieurs à cause, entre autres facteurs, de nouvelles exigences d'admissibilité pour le recours extraordinaire. La création des *Juizados Especiais* constitue une autre innovation de l'amendement constitutionnel EC 45/2004. Ce sont des organismes juridictionnels compétents pour résoudre des questions de nature civile de complexité mineure et des infractions pénales moins graves. Les procédures civiles y sont plus informelles et les appels sont entendus dans les cours inférieures (avec des juges de première ligne). Le Conseil national de justice (articles 103-A et 103-B) a été créé dans le but de contrôler le pouvoir judiciaire et le Ministère public. Toutefois, il y a déjà eu plusieurs actions directes d'inconstitutionnalité proposées en rapport avec ce Conseil. Soulignons par exemple l'action entamée le 9 décembre 2004 par l'Association des magistrats brésiliens questionnant la création du Conseil National de Justice (ADI 3.367). Aussi, l'action proposée le 14 mars 2005 par la Confédération nationale des travailleurs des établissements de l'éducation et de la culture questionne le besoin d'un « accord commun » pour une action collective du travail (ADI 3.432).

¹¹³ *STF, RE 441.318, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/10/2005, p. 24/2/2006*.

¹¹⁴ *Constitution de 1988, supra note 4, art. 129*.

¹¹⁵ Les articles 5 XXXII et 8 III prévoient la possibilité pour les syndicats et les associations de protéger judiciairement les intérêts de leurs collectivités respectives; l'objet de l'action populaire a été étendu à l'article 5 LXXIII; le *mandado de segurança coletivo* a été instauré par l'article 5 LXX. Le *mandado de segurança coletivo* est une action collective dont l'objet est d'assurer un droit liquide et certain non assuré par l'*habeas corpus* ou l'*habeas data*; le nombre de légitimés pour la proposition de l'action directe d'inconstitutionnalité a été augmenté et l'action civile publique a fait l'objet d'une référence expresse. *Ibid.*, art. 5 et 8.

L'article 82 du *CDC* établit qui possède la légitimité procédurale pour entamer l'action collective *lato sensu* (ou l'action civile publique). Ainsi, par l'article 82 – aux fins de l'article 81, sont simultanément légitimés : I – le Ministère public; II – l'Union, les États, les municipalités et le district fédéral; III – les organismes et les institutions de l'administration publique, directe ou indirecte, même sans personnalité morale, dès qu'il s'agit d'un organisme spécifiquement destiné à la défense des intérêts et des droits protégés par ce Code; IV – les associations qui ont été légalement constituées depuis plus d'un an et qui assurent la défense des intérêts et des droits protégés par ce Code comme un de leurs buts institutionnels et ont renoncé à l'autorisation de l'assemblée. Paragraphe 1 – L'exigence de constitution peut être dispensée par le juge dans les actions prévues à l'article 91 et suivants lorsqu'il s'agit d'intérêt social manifeste ayant été mis en évidence pour la dimension ou pour la caractéristique du dommage ou encore par la pertinence du bien juridique à être protégé [notre traduction].¹¹⁶

La *Loi d'action civile publique* prévoit deux types de droits méta-individuels : les droits diffus et les droits collectifs. Le *CDC* ajoute une troisième catégorie : les droits individuels homogènes.

1. DROITS DIFFUS

Les droits diffus sont indivisibles et ont comme titulaires des personnes indéterminées. Cependant, ces personnes sont liées par des circonstances de fait. Les caractéristiques les plus importantes de ces droits sont l'indivisibilité de l'objet et la non-détermination du sujet. Il n'existe donc aucun lien juridique entre les sujets des droits diffus, le lien est d'abord factuel.

L'exemple le plus pertinent pour illustrer le droit diffus est celui d'une publicité télévisuelle pouvant induire en erreur les consommateurs qui la verraient. L'intérêt de retirer la publicité des ondes est un intérêt diffus. La nature indivisible est vérifiée par le fait que, soit toutes les personnes sont exposées aux effets nocifs de la publicité, soit personne n'y est exposé. Il n'existe pas de manière d'exclure le risque seulement pour quelques-uns, sans l'exposer à tous ou le faire également profiter à tous. Ainsi, les sujets sont indéterminés et indéterminables. Les titulaires du droit sont toutes les personnes de la collectivité qui pourraient, peuvent ou pourront être en contact avec la publicité trompeuse. Le lien entre les titulaires du droit diffus provient d'une relation factuelle. Il n'existe de lien juridique ni entre ces personnes elles-mêmes, ni entre elles et les responsables de la diffusion de la publicité. Le seul fait d'être exposé à la publicité trompeuse suffit.

Les intérêts diffus sont prévus à l'article 81 paragraphe unique du *CDC* :

La protection des intérêts et des droits des consommateurs et des victimes pourra être exercée de façon individuelle ou collective. Paragraphe unique – La protection collective sera exercée en cas de : I. intérêts ou droits diffus, entendus pour les besoins de ce Code comme étant des intérêts ou droits méta-individuels, de nature indivisible et dont les titulaires sont des

¹¹⁶ *CDC*, *supra* note 3, art. 82.

personnes indéterminées et liées par des circonstances factuelles [notre traduction].¹¹⁷

2. DROITS COLLECTIFS

À l'article 81.II, le *CDC* mentionne les intérêts collectifs. L'expression est équivoque, car elle couvre aussi les deux autres catégories d'intérêts méta-individuels (intérêts diffus et intérêts individuels homogènes). La doctrine brésilienne préfère les désigner comme étant des intérêts collectifs au sens strict.

Les droits collectifs sont indivisibles et se rapportent aux personnes déterminées ou déterminables qui sont liées entre elles ou avec la partie adverse par une relation juridique. Les intérêts collectifs sont protégés d'une manière indivisible. La loi brésilienne a établi la chose jugée *ultra partes* de sorte que la décision judiciaire correspondante ne bénéficie pas seulement à une personne se retrouvant dans la même situation juridique que les autres. En effet, tous les titulaires des intérêts collectifs sont atteints par la chose jugée.

Si, par exemple, une entreprise téléphonique laisse tous ses usagers sans service téléphonique durant cinq jours, on peut compter qu'environ cent mille consommateurs auront souffert de cette interruption de services. Un recours collectif entamé par le Ministère public face au fournisseur protégera alors un droit collectif. Les titulaires des droits violés sont déterminés et il y a une relation juridique de base commune à tous les consommateurs, issue du contrat de prestation de service téléphonique. Une situation semblable pourrait arriver avec un produit d'alimentation falsifié ou détérioré ayant été mis sur le marché.

Il est possible d'introduire dans une même action collective (action civile publique), une demande de protection des droits collectifs (la demande d'annulation d'une clause abusive) et une demande de protection des droits diffus (la demande d'empêcher le fournisseur d'insérer une pareille clause dans les futurs contrats). Tel serait le cas, par exemple, d'une clause abusive insérée dans un contrat d'adhésion par un consortium. Si le parquet entame une action collective et demande la nullité de cette clause, les droits collectifs de tous ceux ayant signé le même contrat d'adhésion se trouveront protégés. Le demandeur peut aussi requérir du juge qu'il ordonne au défendeur de ne pas insérer des clauses semblables dans ses contrats futurs. Ce sont alors les droits diffus qui sont protégés parce que les futurs contractants ne sont pas déterminés et la relation qui les rassemble n'est pas une relation juridique, aucun contrat n'ayant été signé. En effet, il s'agit plutôt d'une relation factuelle car ils se trouvent simplement exposés à la possibilité de signer le contrat à l'avenir¹¹⁸.

¹¹⁷ *Ibid.*, art. 81.

¹¹⁸ Action civile publique qui traite de la revente de carburant. Nous décidons que la revente constituait une augmentation de prix pratiquée par une entreprise dominante du marché. Il s'agit d'un cas qui concerne la protection des droits collectifs et des droits diffus [notre traduction]. *AgIn* 2004.00.2.004298-5 – 1^a Turma Cível TJDF – j. 25.10.2004 rel. Des. Nivio Goncalves – DJU 9/12/2004.

3. DROITS INDIVIDUELS HOMOGENES

Cette catégorie de droits s'inspire du concept nord-américain de la «*class action*». La conception brésilienne présente toutefois des contours uniques, adaptés à la réalité culturelle nationale. Ces droits sont déterminés par une relation juridique de base ainsi qu'une relation factuelle entre les titulaires.

Les droits individuels homogènes sont prévus à l'article 81.III du *CDC*¹¹⁹ comme étant ceux qui présentent une origine commune de nature factuelle malgré l'existence d'une relation juridique. Ils sont divisibles et ont comme titulaires des personnes déterminées ou déterminables. Ils diffèrent des droits diffus en raison de leur sujet (déterminable ou déterminé) et de leur objet (divisible). Par exemple, prenons les victimes des accidents provoqués par un défaut de fabrication d'une automobile ayant été mise sur le marché. Dans cet exemple, les acquéreurs potentiels des voitures sont indéterminés (droit diffus), mais les victimes des accidents sont déterminées (droit individuel homogène). Chaque victime peut entamer une action individuelle d'indemnisation et le juge les évaluera différemment, car l'intérêt est divisible. Cependant, comme il y a une origine commune à toutes ces violations (le défaut de fabrication) et du fait que les véhicules étaient viciés par ce même défaut au moment de leur acquisition par les titulaires, l'action collective sera aussi possible.

Dans le cas des droits collectifs, l'origine du problème est le contrat lui-même. Dans les intérêts individuels homogènes, malgré la relation juridique existante (le contrat d'achat du véhicule avec le commerçant), l'origine du problème est plutôt factuelle : l'accident survenu pouvant être une conséquence du défaut du véhicule.

Dans une action civile publique (le nom brésilien pour le recours collectif à partir de l'entrée en vigueur de la *Loi d'action civile publique*) visant un intérêt collectif lié à une clause abusive, si le juge accueille la demande, tous les gens qui ont signé le même contrat seront reconnus comme bénéficiaires. Il s'agit d'un droit collectif dont l'objet est indivisible. Par exemple, dans le cas de la vente d'une automobile défectueuse, l'action civile pour indemniser les victimes de l'accident ne va pas apporter un bénéfice à tous les acquéreurs, mais atteindre uniquement ceux ayant subi des dommages à cause de l'accident.

Bref, les droits individuels homogènes sont des droits individuels¹²⁰, mais

¹¹⁹ En fait, la première expérience brésilienne de protection des droits homogènes a été prévue dans la loi 7.913/89. Cette loi prévoyait la tutelle collective des intérêts des investisseurs du marché des valeurs mobilières et la légitimité processuelle du Ministère public. Voir Benjamin *et al.*, *supra* note 28 à la p. 388.

¹²⁰ À partir du constat que les droits individuels homogènes sont divisibles et que la Constitution de 1988 prévoit à l'article 129.III que l'action civile publique entamée par le Ministère public surviendra lorsqu'il sera question de «la protection du patrimoine public et social, de l'environnement et d'autres intérêts diffus et collectifs», Luis Roberto Barroso affirme qu'« en fonction de la pertinence sociale de ces droits, la légitimation du Ministère public semble juste. Par contre, il faudra la comptabiliser avec la destination institutionnelle du parquet. Ainsi, il y a trois critères de conduite légitime du Ministère public de protection des droits individuels homogènes : l'indisponibilité des droits, l'implication d'un intérêt social pertinent et la convenance sociale de la tutelle collective ». Luis Roberto Barroso, « A ação civil pública no direito brasileiro: crônica de uma história de sucesso » dans Antônio Celso Alves Pereira et Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello, dir., *Estudos em homenagem a Carlos*

parce qu'ils ont une cause commune, leur protection est faite par un recours collectif.¹²¹

La protection des droits individuels homogènes concerne un seul fait, l'origine commune qui engendre plusieurs demandes d'indemnisation. Ainsi, il y a deux phases au procès. La phase initiale est entamée par la légitimation collective où la demande constitue la reconnaissance et la déclaration de l'obligation d'indemniser. La deuxième phase du procès a pour objectif de déterminer qui seront les bénéficiaires de l'exécution de la créance. Donc, la décision de l'action civile publique ayant comme objet les droits individuels homogènes est générale et se limite à reconnaître la responsabilité pour les dommages causés, conformément à ce qui est prévu à l'article 95 du *CDC*¹²². Ensuite, les consommateurs ayant subi la lésion (ou leurs héritiers) devront démontrer la recevabilité de leur recours individuel pour pouvoir procéder à la liquidation de la sentence. Ils devront alors démontrer le dommage subi ainsi que le montant réclamé¹²³, tel que prévu l'article 97 du *CDC*.

a) *Une approche comparative*

Une activité peut éventuellement violer plus d'une catégorie de droits, tel que mentionné précédemment. Par exemple, si un fournisseur fait à la télévision la publicité d'un produit pharmaceutique ne contenant pas de principe actif. Un tel produit pourrait provoquer des dommages au consommateur et, par conséquent, il y aurait violation des droits diffus de tous les consommateurs potentiels (droit indivisible et entre des personnes non identifiées). Mais, il y aurait également violation du droit individuel homogène de ceux ayant acquis le produit et ayant effectivement subi des dommages.

C'est ainsi qu'une seule action collective peut protéger les trois différentes catégories de droits méta-individuels grâce au cumul des demandes. En réalité, il existait une controverse au sein de la doctrine à ce propos en raison de l'interprétation littérale ayant été faite de l'article 3 de la *Loi sur l'action civile publique*, lequel stipule que : « [l']action civile peut avoir comme objet la condamnation à un paiement en espèces ou l'accomplissement de l'obligation de faire ou de non faire [notre traduction]¹²⁴ ». La jurisprudence a tranché la question par diverses décisions. L'arrêt considéré comme le *leading case*¹²⁵ est le *REsp 105.215, rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira*, de juin 1997, de la Cour suprême, dans lequel elle avance que :

I Le Ministère public est partie légitime pour entamer une action collective de protection du consommateur, dans une accumulation de demandes, en visant : a) la nullité de clause contractuelle établissant des profits mensuels ; b) l'indemnisation des consommateurs qui ont signé des contrats contenant

Alberto Menezes Direito, Rio de Janeiro, Renovar, 2004 à la p. 444.

¹²¹ Consortium de véhicules – *AC 194154365 3a Câmara cível Rel. Aldo Ayres Torres - Porto Alegre*.

¹²² *CDC, supra* note 3, art. 95 : « Dans le cas d'une décision favorable, la condamnation sera générale en fixant la responsabilité de l'accusé pour les dommages causés [notre traduction] ».

¹²³ *Ibid.*, art. 97 : « La liquidation et l'exécution de la sentence pourront être entamées par la victime et ses successeurs aussi bien que par les légitimés, tel que prévu à l'article 82 [notre traduction] ».

¹²⁴ *Loi sur l'action civile publique, supra* note 7, art. 3.

¹²⁵ Benjamin *et al.*, *supra* note 28 à la p. 391.

cette clause ; c) l'obligation de ne pas insérer cette clause dans les contrats futurs. II – Comme il l'a déjà été signalé antérieurement, dans la société contemporaine qui est notamment massifiée, le procès civil est fortement lié aux principes constitutionnels et constitue un instrument permettant l'efficience de ces principes. Le procès civil auprès du Ministère public un organisme doté d'un sens extraordinaire de la valeur de protection de la citoyenneté. III – Les droits diffus et collectifs se caractérisent comme étant des droits méta-individuels de nature indivisible. Les premiers concernent des personnes indéterminées qui sont liées par des circonstances factuelles; les seconds se réfèrent à un groupe de personnes liées entre elles ou avec la partie adverse dans une relation contractuelle. IV – Les droits individuels homogènes sont ceux ayant la même provenance par rapport aux faits à l'origine de ces droits. La genèse identique recommande la protection de tous ces droits en même temps [notre traduction].¹²⁶

Le meilleur exemple de cumul des demandes dans une action collective *lato sensu* est celui d'un contrat d'adhésion contenant des clauses abusives¹²⁷. Au-delà de la déclaration de nullité de la clause contractuelle (droit collectif en sens strict), il y a également eu une demande pour la prohibition de l'insertion d'une même clause dans les contrats futurs (droit diffus) ainsi qu'une demande d'indemnisation des consommateurs lésés en raison de l'application de cette clause abusive (droit individuel homogène).

Cette possibilité du cumul des demandes s'appuie sur l'application de la prévision de l'article 81 du *CDC*, qui stipule que : « pour la défense des droits et des intérêts protégés par ce Code, sont admissibles tous types d'actions susceptibles d'atteindre leur protection adéquate et effective. C'est le principe de la loi effective, selon lequel le moyen d'atteindre le résultat prévu par la loi doit être cherché [notre traduction]¹²⁸».

III. Mesures visant à la mise en œuvre effective du CDC

Un cadre institutionnel adéquat (A) auquel s'ajoutent des dispositions visant à faciliter l'accès du consommateur aux tribunaux par un allègement du fardeau de la preuve (B) contribuent à rendre l'application du *CDC* effective.

A. La mise en place d'un cadre institutionnel adéquat

Trois acteurs : le Ministère public, les *Procons* et la société civile constituent le cadre institutionnel qui assure l'efficacité de l'application du *CDC*.

¹²⁶ *REsp* 105.215, *rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira*, juin 1997, Cour suprême. Dans le même sens, voir *STJ, REsp* 547.780, *rel. Min. Castro Meira*, jugée le 2/2/2006.

¹²⁷ *CDC*, *supra* note 3, art. 51. Augmentation des frais scolaires: action civile publique pour empêcher le recouvrement anticipé. Art. 8 inc. II – *STJ, REsp. 138.583/SC, 3^e T, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU, le 13 octobre 1998 à la page 89*. À l'opposé : *AC* 169.496-1/0, *3a Cam. Civ., Rel. Des. José Malerbi, le 8 septembre 1992*.

¹²⁸ *CDC*, *supra* note 3, art. 81.

I. LE MINISTÈRE PUBLIC

Les racines du Ministère public brésilien remontent au droit portugais en vigueur au pays durant la période coloniale. Le droit portugais fut fortement influencé par le droit français. Or, les avocats et les procureurs du roi établis au XIV^e siècle en France sont souvent reconnus comme étant à l'origine de cette institution moderne¹²⁹. Son évolution historique témoigne de la transformation d'une institution créée pour protéger les intérêts des monarques (qui se confondaient avec ceux de l'État). Cette institution est ensuite devenue chargée de défendre le régime démocratique lui-même. Le visage unique du Ministère public brésilien reflète l'évolution historique et culturelle du pays et, en ce, n'est pas une reproduction automatique d'une institution juridique d'ailleurs¹³⁰.

Les changements politiques survenus au Brésil à partir de 1984 ont entraîné la convocation de l'Assemblée nationale constituante de laquelle a émané l'«*Ante projet Afonso Arinos*»¹³¹ élaboré par une commission d'experts. L'idée à la source de ces tractations était d'assurer une nouvelle configuration de l'ordre juridique national, dans le but d'en augmenter la légitimité. Certains acteurs sociaux ont mis en œuvre des concertations pour discuter de leur rôle dans le nouvel ordre constitutionnel comme lors du VI^e Congrès national du Ministère public en 1985 à São Paulo¹³². Le concept d'une « nouvelle conscience sociale », selon l'expression de Carlos Siqueira Netto¹³³, avait déjà fait son chemin dans l'institution. Ce concept incarnait la nécessité d'assurer l'autonomie du Ministère public à travers la définition de sa structure, de ses principes et des limites précises de son action dans sa fonction institutionnelle, soit la défense des droits et des intérêts publics de la société. À la suite du I^{er} Sommet national des procureurs et promoteurs de justice en juin 1986 à Curitiba (état du Paraná), un document a été produit, la « *Carta de Curitiba*¹³⁴ », consolidant la mission sociale du Ministère public en tant qu'institution de protection du peuple et agent en faveur des intérêts sociaux. La *Carta de Curitiba* a inspiré le parquet dans les travaux de l'Assemblée nationale constituante. Le 12 avril 1988, à la suite d'un fort débat, l'architecture de l'organisme a été approuvée et la *Constitution de 1988* incorporait le nouveau visage du Ministère public brésilien.

La *Constitution de 1988* a consacré des principes et des valeurs fondamentales à l'État de droit. Le Ministère public fut alors choisi comme étant l'institution responsable de la protection de ces principes et de ces valeurs. L'exercice de ses fonctions vise essentiellement le respect des fondements du modèle social

¹²⁹ Heloiza Helena Barboza, « O Poder discricionário do Ministério Público na avaliação dos interesses indisponíveis » (1995) I Revista do Ministério Público à la p. 44.

¹³⁰ L'évolution détaillée de l'institution au Brésil dépasse les objectifs de ce travail. Nous aspirons plutôt à renseigner sur son arrivée et son émergence dans le juridique national et sur son architecture actuelle surtout en ce qui concerne son rôle dans le droit brésilien de la consommation.

¹³¹ Voir Silva, *supra* note 3.

¹³² Les travaux du Sommet ont été publiés dans la revue juridique du Ministère public de São Paulo *Justitia*, numéros 131 et 131-A, en juin 1985.

¹³³ Carlos Siqueira Netto. "Ministério Público – uma nova estratégia para seu aperfeiçoamento" (1984) 99 *Justitia*, 43.

¹³⁴ On trouve la *Carta de Curitiba* dans l'oeuvre de Hugo Nigro Mazzilli, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 5^e éd., Saraiva, São Paulo, 2001 [*Carta de Curitiba*].

cherché (l'article 1 de la *Constitution* énumère ces fondements : souveraineté, citoyenneté, dignité de la personne, valeurs sociales du travail et de la libre initiative, pluralisme politique¹³⁵) et la protection des objectifs prioritaires du pays, énumérés à l'article 3 de la *Constitution*. Ces objectifs sont la construction d'une société libre, juste et solidaire; la garantie du développement national; l'éradication de la pauvreté, de la marginalité et la réduction des inégalités sociales et régionales; la promotion du bien-être de tous sans préjugé de race, de sexe, d'âge ou toute autre forme de discrimination.

La reconnaissance du Ministère public comme étant l'institution gardienne de l'État de droit est confirmée par la disposition établie à l'article 127 de la *Constitution* :

Le Ministère public est une institution permanente, considérée essentielle à la fonction juridictionnelle de l'État, chargée de la protection de l'ordre juridique, du régime démocratique et des intérêts sociaux et individuels publics [notre traduction].¹³⁶

Ainsi, la *Constitution de 1988* a assuré à l'institution une autonomie fonctionnelle, administrative et financière, des garanties et des obligations à ses membres ainsi que des critères pour choisir et destituer les procureurs généraux. Le paragraphe premier de l'article 127 prévoit que l'unité, l'indivisibilité et l'indépendance fonctionnelle sont les principes institutionnels de base du Ministère public.

Selon Carlos Roberto Jatahy¹³⁷, la mission et les fonctions du Ministère public sont d'utiliser le droit comme outil de transformation de la réalité sociale. Pour accomplir les valeurs constitutionnelles énoncées, il ajoute que l'ordre juridique existant ne peut pas être entendu comme une agglomération de normes. Il faut plutôt pratiquer le droit en visant l'atteinte de l'idéal de justice sociale établi dans la *Constitution* et le comprendre dans une perspective systématique vu la supériorité de la celle-ci.

Au Brésil, il y a un lien fort entre l'État de droit et le Ministère public. Son indépendance par rapport aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est remarquable. Son positionnement d'équilibre au sein du système politique lui permet d'interagir avec les trois pouvoirs.

Dans son histoire, le Ministère public brésilien a déjà fait partie du pouvoir judiciaire aussi bien que du pouvoir exécutif, situation qui prévalait avant 1988.

Le juge Sepúlveda Pertence de la Cour Suprême affirme qu'à partir de la *Constitution de 1988*, le Ministère public fut renforcé grâce à une indépendance et une autonomie lui permettant une action effective de défense impersonnelle de l'ordre juridique et démocratique, des droits collectifs et des droits de citoyenneté. Il ajoute que la localisation constitutionnelle du Ministère public entre les pouvoirs est une

¹³⁵ *Constitution de 1988*, *supra* note 4, art. 1.

¹³⁶ *Ibid.*, art. 127.

¹³⁷ Jatahy, *supra* note 33 à la p. 28.

question d'importance mineure puisque le point essentiel est son indépendance¹³⁸.

Jatahy déclare que :

[c]'est la caractéristique du Ministère public que d'être un organisme essentiel de l'État démocratique de droit. Il possède un lien et il interagit avec les autres pouvoirs, mais il est indépendant devant ces pouvoirs pour exercer comme il le faut sa vocation constitutionnelle d'agent de transformation sociale [...] La structure de ces fonctions présuppose une relation de latéralité, même d'affrontement envers les pouvoirs formels de l'État [notre traduction].¹³⁹

L'État démocratique de droit implique un certain caractère transgresseur parce qu'il conjugue l'incertitude de la démocratie à la rigidité du droit. Il redessine la société en rompant avec la juridicité libérale et la conséquente sécurité juridique pour l'adapter à un nouveau paradigme. Les droits des collectivités notamment les droits diffus, se trouvent à la base de ce nouveau paradigme détenteur d'une dimension sociale unique. Ils ne sont pas des droits publics ni des droits privés. Ils sont propres à une société de masse et le résultat des conflits de masse. La nécessité de protéger ces droits témoignait de leur configuration politique et on a su répondre à ces besoins en ajoutant aux rôles traditionnels du Ministère public (surtout ancrés dans la sphère pénale), son nouveau rôle d'agent promoteur de la transformation sociale imposé par le nouvel ordre constitutionnel.

2. LES *PROCONS*

Les *Procons* sont des organismes provinciaux et municipaux ayant comme objectif spécifique de protéger et d'orienter les consommateurs et dont les compétences sont limitées à leurs juridictions. Ils sont le résultat des initiatives des gouvernements locaux.

Le *Procon* est constitué d'un système provincial de protection qui s'est révélé dès le début un point de référence pour les associations de consommateurs et pour les consommateurs individuels. Dans les années quatre-vingt, presque tous les états de la fédération ont alors institué des organismes publics de protection du consommateur et des rencontres nationales entre les divers *Procons* furent organisées.

Le premier de ces organismes fut le *Procon* de la province de São Paulo¹⁴⁰. Ce premier organisme d'état (provincial) fut ensuite suivi par la création d'autres *Procons* (*Procon* de la province de Minas Gerais, *Procon* de la province du Rio de Janeiro et *Procon* de la province du Rio Grande do Sul) ainsi que d'autres *Procons* municipaux.

L'établissement du système national de protection du consommateur au

¹³⁸ *ADIn 4312 - Tribunal Pleno STF - rel. Ministro Sydney Sanches, j. 06.03.200* dans (2003) 146 *Revista Trimestral de Jurisprudência* 129 aux pp. 129-130.

¹³⁹ Jatahy, *supra* note 33 à la p. 78.

¹⁴⁰ Créé par le « *Decreto estadual de São Paulo 7.890* », 6 mai 1976 [*Décret SP 7.890*].

niveau fédéral fut établi après la création des *Procons*. Aujourd'hui, les divers *Procons* intègrent le Secrétariat de droit économique (SDE), un organe du Ministère de la Justice (niveau fédéral). Selon l'article 105 du *CDC*, le Département de protection et de défense du consommateur (DPDC) est l'organisme responsable de la coordination de la politique nationale de protection du consommateur au Secrétariat de droit économique. Il n'existe cependant pas de hiérarchie entre le SDE et les *Procons*, ni entre les *Procons* eux-mêmes, par exemple entre le *Procon* provincial du Rio de Janeiro et celui d'une ville de cette même province.

Les *Procons* sont des organismes publics d'instruction, de médiation et de surveillance. L'objectif central de ces organismes est d'offrir aux consommateurs des services de conseil et de médiation en fonction des plaintes que ces derniers formulent. Mais les activités de la plupart des *Procons* dépassent largement ces services et sont des plus variées, incluant notamment des activités de sensibilisation, des campagnes médiatiques ou d'éducation. Si le service aux consommateurs est le dénominateur commun de tous les *Procons*, la variété des moyens utilisés par ces institutions s'explique par leur indépendance: comme les *Procons* sont de ressort provincial ou municipal et sont indépendants les uns des autres, les moyens donnés à ces organismes varieront selon la constitution et les moyens consentis par les pouvoirs publics concernés¹⁴¹.

Les *Procons* ont les pouvoirs légaux pour convoquer les fournisseurs à des rencontres de médiation avec les fournisseurs et pour prononcer des sanctions administratives. C'est surtout autour de ces pouvoirs que les *Procons* articulent leur service aux consommateurs : ces pouvoirs légaux leur permettent de convoquer le fournisseur lorsque celui-ci ignore la plainte du consommateur. La mission de surveillance octroyée aux *Procons* découle du fait que ces organismes peuvent appliquer des sanctions administratives non seulement dans leurs tentatives de médiation des conflits de consommation, mais aussi pour des pratiques illégales qu'elles auront noté en observant le marché. De plus, ces organismes sont chargés de publier une liste annuelle des fournisseurs les plus délinquants face à la loi. Ainsi, les efforts des *Procons* tentent de régler les conflits de consommation de façon non judiciaire et de veiller à l'application du *CDC*. Mais ces institutions sont aussi habilitées à entamer des procédures judiciaires au nom des consommateurs¹⁴².

Les *Procons* jouent donc un rôle fondamental d'orientation et d'éducation des consommateurs. Le *Procon* représente depuis son origine un point de référence et de sécurité pour les consommateurs. Lorsque confronté à une pratique commerciale abusive, le consommateur brésilien aura souvent recours à la menace : «je vais au *Procon* ! [notre traduction]».

3. LA SOCIÉTÉ CIVILE

La société civile a toujours joué un rôle important dans la mise en œuvre du

¹⁴¹ L'Article 4 du « *Decreto 2.181* », 20 mars 1997 [*Décret 2.181*] stipule que les *Procons* doivent être constitués par des prévisions légales, dans lesquelles les compétences de l'institution seront établies.

¹⁴² Tel que reconnu par la Cour Suprême (*STJ*) dans *STJ, REsp 200827/SP*, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3^e T., j. 26/08/2002, DJ 09/12/2002 à la p. 339.

droit brésilien de la consommation. En effet, les *Procons* émanent des pressions exercées par le mouvement des consommateurs. De plus, le thème – droit de la consommation – fait partie de la vie quotidienne de plusieurs acteurs et les grands journaux (*O Globo* à Rio de Janeiro, *Folha de São Paulo* à São Paulo; *Correio Brasiliense* à Brasília; *Estado de Minas* dans l'état du Minas Gerais) dédient deux fois par semaine une page au sujet.

Les associations civiles de protection du consommateur sont nombreuses. Le site officiel du Ministère de la Justice enregistre vingt-huit associations. Au-delà des associations enregistrées, citons en quelques-unes parmi les plus actives : *Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON)*; *Associação Brasileira do Consumidor*; *Instituto Nacional de Defesa dos Consumidores do Sistema Financeiro (ANDIF)*; *Associação Nacional de Assistência ao Consumidor e Trabalhador (ANACONT)*; *Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (PROTESTE)*; *Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador (ABRADECONT)*; *Instituto de Defesa do Consumidor (IDECON)*; *Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC)* et *Fórum Nacional de Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor*¹⁴³ (*FNECDC*).

B. Dispositions relatives à l'administration de la preuve

Le *CDC* prévoit deux hypothèses légales d'inversion du fardeau de la preuve : l'inversion facultative et l'inversion obligatoire. Ces deux hypothèses sont analysées dans la présente section.

1. L'INVERSION FACULTATIVE

L'article 6 numéro VIII du *CDC* rend accessible la protection des droits du consommateur et fournit comme exemple le renversement du fardeau de la preuve. La preuve se destine à former la conviction du juge. Selon le *CDC*, la preuve ne serait pas plus à la charge de celui qui l'allègue, dès que sont satisfaites certaines exigences légales.

¹⁴³ Le *FNECDC* rassemble les associations suivantes: *ABED/CE – Associação Brasileira de Economistas Domésticos*, *ABRACON – Associação Brasileira do Consumidor*, *ACV – Associação Cidade Verde*; *ADEC – Associação de Educação e Defesa do Consumidor*; *ADECON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor*; *ADECON/AP – Associação de Defesa do Consumidor do Estado do Amapá*; *ADOC/PR – Associação de Defesa e Orientação do Cidadão*; *ADOC/SC – Associação Catarinense de Defesa dos Direitos da Mulher, Donas de Casa e Consumidor*; *ADOC/TB – Associação das Donas de Casa e Consumidores de Tubarão*; *ADUSEPS – Associação dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde*; *APC – Associação de Proteção ao Consumidor*; *ASADEC – Associação de Apoio e Defesa do Consumidor*; *CDC/RN – Centro de Defesa do Consumidor do Rio Grande do Norte*; *DECONOR/SC – Comitê de Defesa do Consumidor Organizado de Florianópolis/SC*; *ICONES – Instituto para o Consumo Educativo Sustentável do Pará*; *IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor*; *IPEDEC/MG – Instituto de Pesquisa e Defesa do Consumidor*; *MDCC/BA – Movimento de Donas de Casa e Consumidores da Bahia*; *MDC/MG – Movimento das Donas de Casa de Minas Gerais*; *MDCC/RS – Movimento das Donas de Casa do Rio Grande do Sul*; *VIDA-BRASIL – Valorização do Indivíduo Ativo*.

Article 6 :

Les droits de base du consommateur sont [...] VIII- la facilitation de la protection des ses droits, incluant le renversement du fardeau de la preuve en sa faveur, dans le procès civil, quant à la discrétion du juge, quand son allégation semble être vraisemblable ou quand le consommateur est en situation d'« hyposuffisance », selon les règles ordinaires d'expérience [notre traduction].¹⁴⁴

Le renversement du fardeau de la preuve relève d'un pouvoir discrétionnaire, ce qui le rend, par conséquent, facultatif. C'est au juge que revient la tâche de vérifier la satisfaction des exigences. Les règles ordinaires d'expérience sont des outils que le juge possède pour procéder à une telle appréciation. Il pourrait aussi déclarer d'office le renversement du fardeau de la preuve parce que les normes du *CDC* sont des normes de droit public. Le juge va évaluer la possibilité de l'inversion du fardeau de la preuve en tenant toujours compte des circonstances réelles de chaque cas.

Selon l'article 6 inciso. VIII, la première hypothèse d'inversion du fardeau de la preuve est « une allégation vraisemblable¹⁴⁵ ». Dans un tel cas, l'impératif est que l'affirmation soit véridique. Une fois que le juge considère comme comblé ce critère de vraisemblance, il n'aura pas besoin de vérifier la deuxième hypothèse. *A contrario sensu*, la plus grande partie de la doctrine avance qu'il ne serait pas raisonnable qu'une fois la version présentée par le consommateur reconnue comme étant absurde, le juge adopte alors le renversement du fardeau de la preuve à cause de la deuxième hypothèse.

Par exemple, la Cour Suprême (STF) a décidé qu'à une compagnie téléphonique revient le fardeau de prouver l'accord de l'utilisateur dans la fourniture des services spéciaux d'appels érotiques, puisqu'il ne s'agit pas d'un service ou produit inhérent au contrat de prestation de téléphonie. De plus, un tel service n'en est pas un d'utilité publique¹⁴⁶,

En outre, la Cour provinciale du Minas Gerais a décidé que c'était le cas de la première hypothèse d'inversion du fardeau de la preuve : une allégation vraisemblable. Cette affaire¹⁴⁷ impliquait un contrat d'assurance ayant été considéré comme un contrat d'adhésion et qui possédait une clause dont le sens était ambigu. La Cour énonça que l'assureur avait le fardeau de prouver que l'assuré avait eu connaissance préalable des restrictions de la couverture sécuritaire.

Par rapport à la deuxième hypothèse, aucune traduction pour le mot « *hiposuficiente* » n'a été trouvée. Le mot est un néologisme ayant vu le jour grâce au législateur brésilien du droit du travail. Le préfixe grec *hipo* a été ajouté à l'adjectif *suficiente*. *Hipo* est le préfixe soutenu du grec *hupó*, qui signifie « au-dessous » et l'adjectif *suficiente* signifie « qui ne se suffit pas ». Il s'agit d'un adjectif signifiant

¹⁴⁴ *CDC*, supra note 3, art. 6.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *REsp. 265.121/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho, 4^e Turma, julgado em 4/4/2002, DJ de 17/6/2002.*

¹⁴⁷ *ApCiv 1.0106.05.017309-0/002 – 10^e Câmara Cível – TJMG – rel. Des. Evangelina Castillo Duarte – DJMG 29.06.2007.*

un type de vulnérabilité plus grand, une situation de carence fondamentale. Ainsi, dans un cas d' « hyposuffisance [notre traduction] », le consommateur méritera une protection extraordinaire.

Selon la loi brésilienne, le seul fait d'être consommateur implique une vulnérabilité, une qualité implicite à la notion de consommateur. La qualité d' « hypo suffisance » correspond quant à elle à un accroissement de cette vulnérabilité et mène à une notion économique. La jurisprudence brésilienne adopte la définition de la *Loi de la justice gratuite*¹⁴⁸, à l'article 2, pour ceux en situation de nécessité: « aux fins légales, on considère comme étant nécessiteuse toute personne dont la situation économique ne lui permet pas de payer ni les frais du procès ni les honoraires des avocats sans mettre en risque son propre soutien et celui de sa famille [notre traduction] »¹⁴⁹.

Voyons par exemple le cas hypothétique d'une voiture dont un pneu présente un grave défaut de fabrication. Un accident survient et le propriétaire subit des dommages personnels et matériels. La victime de cet accident pourrait être le riche propriétaire d'un véhicule importé ou le propriétaire d'un petit véhicule très modeste. Étant consommateurs, les deux sont vulnérables et sont assujettis aux normes générales de protection établis par le *CDC*. Le deuxième propriétaire possède en plus la qualité d' « hypo suffisance ». Le juge pourrait donc accorder à ce dernier l'inversion du fardeau de la preuve en se basant sur son état de vulnérabilité qualifiée, s'agissant d'un consommateur en situation d' « hypo-suffisance ». Donc, dans un tel cas, le fabricant du véhicule devrait fournir la preuve que l'accident n'a pas été provoqué par le défaut du pneu¹⁵⁰.

À propos des règles d'expérience ordinaires, l'utilisation de ces règles par le juge ne constitue pas une nouveauté. Le Code brésilien de procédure civile prévoit à l'article 335 que « devant le manque de normes juridiques spécifiques, le juge doit utiliser les règles d'expérience communes issues de l'observation de ce qui arrive ordinairement et utiliser ensuite les règles d'expérience technique, sous réserve de la vérification d'un expert [notre traduction] »¹⁵¹.

2. L'INVERSION OBLIGATOIRE

Le *CDC* prévoit aussi une situation dans laquelle le juge se verra obligé de renverser le fardeau de la preuve et ne pourra pas exercer son pouvoir discrétionnaire. Cette situation spécifique concerne deux aspects liés à la publicité : véricité et correction (article 38). Selon cette disposition, la publicité doit être conforme à la véricité et à la correction, ce qui signifie qu'elle ne peut pas être abusive et que le message publicitaire doit être bien identifié comme tel. Le législateur avait donc compris qu'il serait presque impossible pour le consommateur de prouver que la

¹⁴⁸ *Lei da Justiça Gratuita Lei da Justiça Gratuita, (Loi 1.060), 1950.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, art.2.

¹⁵⁰ *Décret SP 7.890, supra* note 140 à la p. 33.

¹⁵¹ *Código de processo civil, (Loi 5.869), 11 janvier 1973, art. 335 [Code de procédures civiles].*

publicité a été trompeuse et abusive. Cette disposition fut inspirée de la *Directive numéro 84/450* de la Communauté économique européenne¹⁵². Le fournisseur peut donc produire une preuve démontrant l'absence de caractère trompeur ou abusif dans son message publicitaire. Ce renversement est une inversion *ope legis*, c'est-à-dire qu'elle s'opère indépendamment de l'acte du juge¹⁵³.

L'émergence du droit de la consommation au Brésil se fit à travers sa pratique juridique du recours collectif, tel qu'instituée par la prévision légale de l'action civile publique. La pratique juridique brésilienne de protection du consommateur a donc commencé par la voie du recours collectif. La *Loi d'action civile publique* assurait une base conceptuelle pour des droits qui appartiennent à la collectivité ainsi que des moyens légaux pour mettre en œuvre cette base conceptuelle et ces droits diffus.

Le *CDC* est ensuite venu perfectionner la pratique juridique de protection du consommateur. L'article 81 du *CDC* prévoit que la défense des intérêts et des droits des consommateurs et des victimes pourra être exercée dans la sphère judiciaire de manière individuelle ou de manière collective, laissant ainsi libre cours au choix du consommateur. Parmi les droits de base du consommateur énumérés à l'article 6, on souligne la facilitation de la protection de ses droits, laquelle est supérieure au procès classique. En effet, selon les procédures classiques, si un fournisseur causait des dommages à mille consommateurs, chaque consommateur devrait alors entamer une action individuelle. Dans la plupart de cas, l'action intentée n'était même pas suffisante pour payer les frais correspondants, soit de l'avocat, soit de la justice. Voyons l'exemple d'une barre de chocolat qui a été mise sur le marché, mais avec dix grammes en deçà du poids affiché¹⁵⁴. C'est le cas d'une pratique abusive collective. Il faut donc qu'il y ait également un mécanisme processuel correspondant assurant aux consommateurs une réponse collective.

Il faut remarquer qu'au Brésil, dès le premier moment où le thème de la protection du consommateur a été discuté, un lien très étroit avec le sujet de la publicité s'est établi. Par conséquent, le cadre normatif et la pratique juridique concernant le consommateur ont toujours ciblé de façon importante la publicité trompeuse et abusive. Cette approche a entraîné d'importantes répercussions sur la perspective du législateur brésilien, perspective dirigée davantage vers le consommateur que vers la relation contractuelle. La notion large de consommateur se révèle une conséquence d'une telle approche.

Une deuxième caractéristique majeure ayant marqué l'émergence du droit

¹⁵² CE, *Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse*, [1984] J.O. L250/17.

¹⁵³ *TJSP 9ª Câmara Cível; Apelação Cível n. 255.461-2-6 São Paulo rel. Des. Aldo Magalhães; julgado em 6/4/95 in AASP n° 1911,9 a 15/8/95, pag. 222-j*. Dans le même sens par rapport à la publicité trompeuse, voir *Resp n° 49.272-6-RS; STJ; Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 17/10/1994*.

¹⁵⁴ Paulo R. Roque A. Kouri, *Direito do consumidor*, 3^e éd., Atlas, São Paulo, 2006 à la p. 49.

brésilien de la protection du consommateur est soulignée par la constitutionnalisation du droit brésilien de consommation, lui octroyant ainsi un statut de droit fondamental. Ce statut comporte une perspective triple. Il faut tenir compte de la prévision constitutionnelle reconnaissant un tel droit comme étant un principe de base de l'activité économique, à l'instar de la propriété privée et de la libre concurrence, lesquels sont aussi reconnues. Notons aussi la disposition constitutionnelle imposant la codification de la protection du consommateur.

Finalement, il existe un consensus selon lequel les normes de protection du consommateur doivent prévaloir sur les dispositions ordinaires du droit civil du fait que le *CDC* est commandé par la Constitution. L'entrée en vigueur du nouveau Code civil brésilien en 2002 (douze ans après le *CDC*) n'a pas provoqué de conflits apparents entre les normes relatives aux relations concernant la consommation régies par le *CDC*, surtout parce que les deux textes suivent des principes communs. Le premier régit toutes les relations privées, le deuxième règlemente spécifiquement la relation de consommation. L'expression du « dialogue des sources », utilisée par la professeure Claudia Lima Marques, définit de manière très pertinente la relation entre les deux corpus législatifs. Cependant, dans le cas des différends survenus par rapport à des sujets communs à la législation civile et à celle de la consommation, le Code spécial (*CDC*) finit toujours par prévaloir sur la législation civile. La raison en est simple : ce sont des règles spécifiques. Le Code civil joue un rôle de norme matrice, où se retrouvent des concepts de base.

La garantie institutionnelle de l'existence et de l'effectivité de la protection du consommateur est la *Constitution fédérale* elle-même. La *Constitution* joue un rôle central sur le plan des valeurs, un centre systématique institutionnel et normatif de droit public et de droit privé. Elle met en place un nouveau modèle de droit privé configuré par l'ordre public constitutionnel et encadré par les droits fondamentaux qui y sont établis.

L'expérience brésilienne reflète l'adaptation de réalités juridiques inspirées par d'autres systèmes à une réalité nationale. La constitutionnalisation du droit privé ainsi que la position et le rôle du Ministère public brésilien démontrent cette adaptation. Au Brésil, l'origine de la codification de la protection du consommateur est la *Constitution* elle-même.