

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 91

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS
und Professor Dr. Michael R. WILL

Carlos FERREIRA DE ALMEIDA

Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa
Assessor do Banco Borges & Irmão

**LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR
AU PORTUGAL**

Vortrag im Rahmen der wissenschaftlichen Tagung
"Rechtsprobleme nach dem Eintritt Spaniens und Portugals in die EG"
9. – 11. Januar 1987

V o r w o r t

Über das besondere Interesse des Europa-Instituts an der zweiten "Süderweiterung" habe ich bereits im vergangenen Jahr berichtet, als einige Vorträge unserer ersten wissenschaftlichen Tagung in unserer Reihe erschienen.* Inzwischen ist es gelungen - wiederum dank kräftiger Unterstützung durch die Europäische Akademie Otzenhausen wie auch durch die Union-Stiftung - vom 9. bis 11. Januar 1987 eine zweite wissenschaftliche Tagung auszurichten, so wie damals angekündigt: über ausgewählte "Rechtsprobleme nach dem Eintritt Spaniens und Portugals in die Europäische Gemeinschaft".

Angezogen fühlten sich, wie beim letzten Mal, etwa siebzig fachkundige oder eben auch einfach interessierte Juristen unterschiedlicher Herkunft: Kollegen benachbarter Universitäten (Berlin, Bonn, Freiburg, Osnabrück), Mitarbeiter des Europäischen Gerichtshofs (Luxemburg), Anwälte sowie Doktoranden und Aufbaustudenten (Berlin, Saarbrücken, Tübingen) - aus den beiden neuen wie aus mehreren alten Mitgliedstaaten der EG, aus der Schweiz und sogar aus Nord- und Südamerika ...

Widrig war nur die Winterszeit. Dauernebel hielt unseren Referenten Dr. Carlos FERREIRA DE ALMEIDA in Lisboa unerbittlich am Boden fest, während der spanische Verfassungsrichter Prof. Dr. Antonio TRUYOL y SERRA Opfer des französischen Eisenbahnerstreiks wurde. Mit bewundernswerter Beharrlichkeit kämpfte sich der Präsident des portugiesischen Verfassungsgerichtshofes, Prof. Dr. Armando MARQUES GUEDES in Begleitung seiner Gattin aus der nebligen Hauptstadt über das ferne Faro zu uns durch, und auch der Rechtsberater des baskischen Parlaments, Dr. Juan Carlos da SILVA OCHOA und seine Frau gelangten nach dem Schreck eines unverschuldeten Autounfalls auf unserem Universitätsgelände noch in letzter Minute ans Ziel. Solche und andere Sorgen verblaßten zum Glück in der herzlich-familiären Atmosphäre und beim abendlichen Glas Garrafeira, den ein hiesiger Anwalt so liebenswürdig und passend kredenzte.

LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU PORTUGAL

	Page
I - Le cadre juridique	7
a) Evolution et sources de droit	7
b) L'encadrement des rapports juridiques et économiques de consommation	11
II - Les personnes	13
a) Consommateur et fournisseur	13
b) Associations de consommateurs	14
c) Coopératives de consommation	16
d) L'Etat	17
III - Les biens et les services	19
a) Référence et qualification	20
b) Normalisation et certification	21
IV - Les activités des fournisseurs	21
a) Actes et activités: rapports actuels et rapports potentiels de consommation	21
b) Le précontrat: concurrence, information, publicité, pratiques commerciales et clauses contractuelles abusives	22
V - L'acte juridique de consommation	32
a) Le contrat de consommation	32
b) Conformité et assistance après-vente: le post-contrat	34
VI - Les moyens juridiques de protection	36
a) Droits des consommateurs	36
b) Responsabilité civile du fournisseur et responsabilité du producteur	37
c) Résolution des conflits	38
VII - Bilan et perspectives	40
a) Bilan légal et social	40
b) Perspectives d'évolution	41
c) Vers un droit de la consommation?	42

Hatte ich das letzte Mal - vor dem Beitritt - die Referenten aus Spanien und Portugal noch gebeten, sich des Deutschen oder Französischen zu bedienen - was ein, zwei Rechtsanwälte der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung vehement rügten ("¡hablamos español!"), so ging ich diesmal davon aus, daß Spanisch und Portugiesisch seit über einem Jahr Amtssprachen der Gemeinschaft waren - Zeit also, sich an den Gedanken zu gewöhnen. Gleichwohl, es murrte abermals unter der Jugend, vor allem bei den unübersetzten Beiträgen portugiesischer und brasilianischer Teilnehmer. Am Ende stand freilich, überraschend wie ermutigend, die Einsicht: daß man eben doch einiges verstanden hatte, meist mehr als vermutet, wie selbst die Murrenden zugaben.

An diesem draußen eisigen, drinnen um so freundlicheren Wochenende wurde zu vier großen Themen gesprochen, von denen jedes einzelne seine eigene Tagung verdiente: Regionen - Verbraucher - Umwelt - Verfassung.

Zum Thema 2: "Entwicklungen im Verbraucherschutz" legen wir nun das vorbereitete Referat unseres lusitanischen Kollegen Carlos FERREIRA DE ALMEIDA vor, nicht ohne Hinweis auf "L'examen détaillé de la législation portugaise à l'égard des consommateurs" (XI/791/86-FR, 344 Seiten) - einen Bericht für die EG-Kommission, an dem er maßgeblich mitgewirkt hat.

Saarbrücken, im Juni 1987**

Michael R. WILL

* Vgl. mein Vorwort zu den Heften Nr. 64, 65 und 66; ferner die Tagungsberichte in IPRax 1986, 259-260, NJW 1986, 2169-2170, Nederlands Juristenblad 1986, 616-617, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1986, 480-481 und Elliniki Epitheorissi Evropaiou Dikaiou 1985, 491-497.

** Inzwischen liegen gedruckt vor die Referate BORRAS (Nr. 90), NIETO (Nr. 92), GRONEMEYER (Nr. 93), GUEDES (Nr. 94), POENSGEN (Nr. 95); außerdem Ana Beatriz MARTINS: Umweltschutz und Wirtschaft in Portugal, in: UPR (Umwelt- und Planungsrecht) 1987, Nummer 4, S. 133-136.

I - LE CADRE JURIDIQUE

a) Evolution et sources de droit

1ère période: avant la Constitution Portugaise de 1976

L'ordre juridique portugais ignorait encore récemment la notion de consommateur et la réglementation particulière des rapports de consommation.

Le premier Code civil portugais de 1867, très influencé par le code napoléonien, renferma un modèle typique du libéralisme, basé sur les principes abstraits de liberté et d'égalité contractuelles, indifférent à la situation économique et sociale des contractants et aux motivations individuelles. Le contrat était essentiellement envisagé comme un moyen d'acquérir la propriété.

Le Code de commerce de 1888, encore en vigueur, établit un régime juridique particulier pour ce qui est des rapports où interviennent des commerçants et des entreprises assimilées - ce régime juridique favorise la simplicité et la rapidité des transactions et consacre les usages pratiqués dans le commerce. Son champ d'application s'étend à bien des rapports où seulement l'une des parties est un commerçant, qui se trouve de ce fait privilégié, étant donnée son information professionnelle relative aux biens, aux services et aux comportements.

Bien que fondés sur une idéologie semblable, les codes pénaux de la même époque (1852 et 1886) accordaient une protection indirecte et minimale aux intérêts des consommateurs, par le biais de la répression de certaines pratiques commerciales malhonnêtes provoquant des perturbations dans le fonctionnement du marché et dans l'approvisionnement public: délit de monopole, défini par le refus de vente de denrées au public et par les altérations des prix qui ne

découleraient pas de la naturelle et libre concurrence", notamment par le recours à des "coalitions avec d'autres individus"; délit de fraude lors de la vente (tromperie sur la nature ou la quantité du bien vendu); délits contre la santé publique, tels que la vente de substances vénéneuses et abortives, la fabrication et la vente de produits alimentaires malsains.

Sous le système corporatif (1926-1974), les dispositions portant sur la réglementation des rapports privés se sont, grosso modo, maintenues. Le Code civil de 1966, actuellement en vigueur, n'a pas apporté, en matière de protection des consommateurs, d'innovations significatives, à l'exception d'un premier régime juridique particulier aux ventes à tempérament et de l'application des principes de la responsabilité objective du fait des dommages causés par les installations d'électricité et de gaz.

Une fois la confiance dans la liberté d'accès au marché et dans la libre concurrence perdue, on dépénalise le monopole et les coalitions économiques, on encourage, au contraire, l'organisation des associations d'entreprises et on réprime la concurrence déloyale. L'Etat et les corporations interviennent dans la fixation des prix. En 1954, les dispositions légales antérieures sur les délits contre la santé publique et les délits antiéconomiques ont été réunies dans un décret-loi qui punissait les délits d'accaparement (occultation de stocks et refus de vente) et de spéculation (vente de biens à des prix supérieurs à ceux légalement fixés ou avec des profits excessifs).

A la fin de cette période, coïncidant avec le développement des relations économiques internationales et avec l'accord avec les Communautés Européennes, et sous l'influence de la législation en vigueur dans les Etats membres, on peut constater les premiers signes de changement de la

politique législative ayant trait à la protection des consommateurs. Mais, mise à part une réglementation de 1972 sur l'étiquetage des produits alimentaires, les principales mesures n'ont pas eu d'existence effective: Une loi de 1972 qui établissait un régime juridique pour la défense de la concurrence en interdisant les accords restrictifs entre les entreprises et les abus de positions dominantes, était subordonnée à une réglementation qui n'a jamais été publiée; une proposition de loi sur la promotion et la défense du consommateur, allant dans le sens de la Charte du consommateur du Conseil de l'Europe, se trouvait encore dans une phase préparatoire lorsqu'eut lieu la révolution du 25 avril 1974 qui mit fin à une dictature de plusieurs décennies.

2ème période: La reconnaissance constitutionnelle de la politique de protection des consommateurs

La Constitution Portugaise de 1976 consacre un modèle de démocratie politique et économique, dans lequel le système de marché se trouve modéré et corrigé par des instruments destinés à un rapprochement d'une effective égalité. La protection des consommateurs est une tâche prioritaire de l'Etat.

La révision constitutionnelle de 1982 a introduit une disposition nouvelle sur la protection du consommateur aux termes de laquelle:

(i) sont expressément attribués aux consommateurs les droits de:

- formation et information;
- protection de leur santé;
- protection de leurs intérêts économiques;
- répartition des dommages subis;

- (ii) les associations de consommateurs et les coopératives ont le droit d'être:
 - appuyées par l'Etat;
 - consultées sur les questions concernant la défense du consommateur;
- (iii) la publicité doit être soumise à un régime légal et toutes les formes de publicité occulte, indirecte et trompeuse sont interdites.

Le 22 août 1981, l'Assemblée de la République avait déjà approuvé à l'unanimité une "loi de défense du consommateur" (LDC - loi n° 29/81), loi-cadre qui, avec la Constitution, est le point d'appui de tout le système juridique portugais en matière de protection des consommateurs. Les structures et la nomenclature même sont tout à fait proches de celles des textes du Conseil de l'Europe et de la CEE, notamment en ce qui concerne l'énumération des cinq droits du consommateur, déjà classiques.

La réglementation incombe au Gouvernement, mais il y a bien des principes qui ne sont pas encore développés et des règles qui ne sont pas suffisamment explicites. Considérant son système d'application (immédiate pour ce qui est des dispositions qui n'ont pas besoin de réglementation et différée vers le moment d'adoption de cette dernière dans les autres cas), il reste encore un grand travail législatif, jurisprudentiel et doctrinal pour atteindre sa pleine mise en vigueur.

Les textes légaux les plus importants qui, à l'heure actuelle, complètent ou réglementent la loi de défense du consommateur sont relatifs aux:

- vente par envoi forcé (1977)
- vente à tempérament de biens de consommation durables (1979)
- code de publicité (1980)

- système national de gestion de la qualité (1983)
- composition et compétences de l'Institut National de Défense du Consommateur (1983)
- pratiques restrictives de la concurrence (1983)
- délits et infractions administratives en matière économique et de santé publique (loi révisée en 1984)
- étiquetage de produits alimentaires (décret-loi révisé en 1984)
- clauses contractuelles abusives (1985)
- pratiques commerciales agressives, telles que les ventes à prix réduit et avec perte.

Les autres sources du droit de la consommation sont encore dans une phase initiale: la saisine peu fréquente des tribunaux par les consommateurs ne permet pas que des tendances jurisprudentielles s'esquissent; en effet, la jurisprudence, dans le domaine du droit privé, n'a pratiquement eu l'occasion de se prononcer que sur la responsabilité du constructeur et du vendeur de logements; la doctrine civiliste et commercialiste ignore en général le sujet, ne l'abordant que dans quelques articles monographies et dans des chapitres de manuels généraux relatifs au droit économique.

b) L'encadrement des rapports juridiques et économiques de consommation.

Le développement des droits et des moyens de protection attribués aux consommateurs dans l'ordre juridique portugais actuel pourrait être approché selon des schémas différents. On s'attendrait peut-être à une description juxtaposée des institutions les plus évoluées ou les plus caractéristiques du droit portugais ou à une information sur la mise en oeuvre effective, des droits des consommateurs, tels qu'ils ont été énoncés par la Charte des consommateurs du Conseil de l'Europe ou par les programmes approuvés par le Conseil de la CEE.

Nous proposons un critère différent: la considération du droit de la consommation comme faisceau normatif exerçant une influence cohérente, complète et spécifique, sur l'ensemble des rapports sociaux. Ainsi, nous ne ferons pas appel à la méthodologie du droit privé, puisque se basant surtout sur des modèles abstraits et individualistes, elle ne prend pas suffisamment en considération la faiblesse institutionnelle des consommateurs, ou les intérêts diffus, généraux et collectifs qui les entourent.

Nous utiliserons de préférence les modèles et les préoccupations fonctionnelles propres à la discipline récente qu'est le droit économique, lequel a connu au Portugal pendant la dernière décennie un progrès surprenant.

Par comparaison avec la formulation traditionnelle du rapport juridique qui demeurera à la base de cet exposé, les principaux points d'innovation sont les suivants: une définition des objets autour desquels se placent les intérêts (biens et services destinés à la consommation privée); la distinction essentielle entre les actes juridiques d'échange pour la consommation et l'activité strictement réglée qui est exercée par les fournisseurs de ces biens et services. En conséquence, les sujets de ces rapports seront toutes les personnes qui interviennent soit dans les actes isolés soit dans l'activité globale; les garanties seront considérées avec toute la spécificité et l'ampleur nécessaires à la protection des consommateurs.

Ainsi, on analysera successivement: les personnes, les biens et les services, l'activité des fournisseurs, l'acte juridique de consommation et les garanties de protection.

II - LES PERSONNES

Les personnes qui participent aux (ou qui influencent les) rapports de consommation sont: les consommateurs, les fournisseurs, les associations de consommateurs, les coopératives de consommation et les pouvoirs publics, dont l'Etat.

a) Concept légal de consommateur: consommateur et fournisseur

Contrairement à la plupart des autres systèmes juridiques, la loi portugaise renferme une définition du consommateur (LDC, article 2):

"Au sens de la présente loi, est considéré comme consommateur celui auquel sont fournis des biens ou des services destinés à son usage privé par une personne physique ou morale qui exerce une activité économique avec un caractère professionnel".

Cette définition peut être décomposée suivant les éléments cumulatifs suivants:

- Elément subjectif

Le consommateur est une personne, en général une personne physique. Il ne sera une personne morale que très exceptionnellement, car cela remplirait difficilement les autres conditions exigées par la loi.

- Elément téléologique

Le consommateur est défini par rapport à l'usage de choses (biens) ou de services destinés à son usage personnel ou privé, c'est-à-dire la consommation finale, y compris la consommation domestique ou familiale dans des unités privées de consommation (famille et autres communautés), à l'exception de la consommation intermédiaire qui est caractéristique des entreprises et des professionnels en général.

La protection de la nature et de l'environnement, qui aux termes de la loi incombe aux entreprises productrices et à d'autres entités dont l'activité provoque un certain taux

de pollution, constitue une problématique autonome de la protection des consommateurs, sauf dans la mesure où les biens protégés sont destinés à l'usage des personnes (par exemple: la contamination de l'eau).

- Élément de rapport inter-subjectif

Le consommateur est une personne placée dans un rapport d'approvisionnement avec une autre personne qui exerce une activité économique de façon professionnelle (fournisseur). Le consommateur est un non-professionnel (ou non-entreprise) ou quelqu'un qui agit en dehors du champ de son activité professionnelle et qui est en rapport avec une entreprise ou un professionnel. D'un point de vue juridique, nous ne parlons pas des rapports de consommation s'établissant entre particuliers ou entre professionnels, car il n'y existe aucun déséquilibre institutionnel méritant une protection légale.

b) Associations de consommateurs

Conformément à la Constitution de la République portugaise la liberté d'association est un droit fondamental des citoyens. La création d'associations et l'exercice de leur activité ne sont subordonnés à aucune autorisation et ne peuvent être soumis à aucune intervention de l'Etat, pour autant que leur objet ne soit pas contraire à la loi pénale (Constitution, article 46). Ainsi, toute association peut se proposer de défendre les droits des citoyens, quel que soit l'aspect particulier visé, y compris donc celui découlant de leur rôle en tant que consommateurs. La reconnaissance de ces associations de consommateurs et l'attribution des droits collectifs prévus par la LDC dépendent cependant d'exigences générales et spéciales.

Pour qu'une association puisse être qualifiée "association de consommateurs", elle doit satisfaire aux conditions suivantes:

1^o Etre dotée de personnalité juridique ce qui dépend de sa constitution par acte notarié précisant sa dénomination, siège, but, le patrimoine qui lui est affecté, son mode de fonctionnement et sa durée;

2^o Avoir exclusivement pour objet la défense des consommateurs;

3^o Ne pas avoir comme but le profit économique de ses associés et, encore moins, bien que la loi ne le déclare pas expressément, le profit de tiers.

Les associations de consommateurs ne jouiront d'un statut de représentativité de tous les consommateurs et d'un maximum de droits que si elles satisfont aux conditions spéciales suivantes:

- avoir pour objet statutaire la défense des consommateurs en général, bien qu'elles se proposent également de défendre leurs membres;
- avoir au moins 7.500 membres;
- être dirigées par les organes librement élus par vote secret de tous leurs membres.

La LDC attribue aux associations de consommateurs des droits importants, ainsi:

1^o En vue de leurs fonctions de participation et de consultation:

- (i) Attribution du statut de "partenaire social", notamment avec le droit de participer aux organes et comités fonctionnant auprès de l'Administration publique et ayant des compétences sur des questions concernant la politique de défense des consommateurs;
- (ii) intervention en tant que partie civile dans les procès pour infractions économiques ou contre la santé publique;

(iii) intervention en tant que partie auxiliaire dans les actions civiles visant la protection des intérêts collectifs des consommateurs.

2° En vue de leur fonction d'information:

- (iv) accès aux procès administratifs ayant trait au prix des biens et des services de consommation;
- (v) collaboration des laboratoires officiels dans la réalisation d'analyses et de tests comparatifs et publication de leurs résultats;
- (vi) rectification et réponse aux messages publicitaires;
- (vii) présomption de bonne foi des informations qu'elles fournissent.

Au Portugal, il n'y a qu'une association de consommateurs réunissant les conditions générales spéciales pour être qualifiée "association de consommateurs avec représentativité générique" et "avoir un plein statut".

La DECO - association portugaise pour la défense du consommateur, créée en 1974, compte aujourd'hui environ 8.000 membres et est affiliée au BEUC et à l'IOCU.

c) Coopératives de consommation

La Constitution portugaise consacre l'existence d'un secteur coopératif qui coexiste avec les secteurs publics et privés et contribue au développement de la propriété sociale.

Les principes coopératifs coïncident, grosso modo, avec ceux qui sont considérés comme tels par l'Alliance Coopérative Internationale; ils sont énumérés par le Code Coopératif: libre adhésion et démission, variabilité du nombre des membres et du capital, élection démocratique (une personne, un vote), intérêts réduits du capital, ristourne proportionnelle aux opérations effectuées, éducation des membres et

divulgaration du coopérativisme.

Les premières coopératives de consommation portugaises datent de 1871. En 1974, il n'y en avait que 193, nombre qui s'élève rapidement à 513, en 1979, et qui depuis lors est stationnaire.

Les coopératives de consommation actuelles ont environ 350.000 membres, ce qui représente à peu près 1.200.000 consommateurs, si l'on tient compte de leurs familles, c'est-à-dire 12 % de la population. En 1983, elles ont distribué plus de 10 milliard d'escudos en biens et services de consommation.

Toutefois, le coopérativisme de consommation au Portugal continue à être largement influencé et limité par l'exigence légale qui conditionne les exemptions fiscales à l'exercice de l'activité dans le cadre du cercle restreint de ses membres. C'est évidemment une mesure de protection des commerçants, promulguée en 1933, ayant comme conséquence le repli des coopératives sur elles-mêmes et la renonciation à l'utilisation de la ristourne remplacée dans la pratique par une vente de biens à des prix un peu inférieurs à ceux du marché. Le régime fiscal provoque en réalité des obstacles au développement technique et économique des coopératives et à l'expansion de l'esprit coopératif.

d) L'Etat

L'Etat, dans ce cadre de défense du consommateur, est appelé à développer les fonctions suivantes:

- définition d'une politique générale;
- régulation et réglementation;
- normalisation et développement technique;
- surveillance des normes applicables;
- résolution des conflits et application des sanctions;
- appui aux institutions représentatives;
- actions complémentaires dans des domaines spécifiques.

Les fonctions législative et juridictionnelle sont exercées par les organes compétents (Assemblée de la République, Gouvernement et Tribunaux). A l'administration publique incombe l'exécution des autres fonctions.

Au Portugal, à l'image d'autres pays, ces tâches sont partagées entre plusieurs institutions publiques à caractère administratif, technique ou mixte, dont la plupart n'a pas été exclusivement créée en vue de la protection des consommateurs ou ont succédé à d'autres institutions chargées de la santé publique et de la régularité de l'approvisionnement.

La structure administrative portugaise directement ou indirectement liée à la protection des consommateurs est donc complexe, insuffisamment coordonnée et source d'éventuels conflits - positifs ou négatifs - de compétence entre les différentes institutions.

Le gouvernement portugais ne dispose pas d'un ministère ou d'un secrétariat d'Etat se consacrant exclusivement à la politique de défense des consommateurs, matière qui actuellement incombe au Secrétariat d'Etat à l'Environnement.

L'institution publique chargée du développement d'une politique générale de protection des consommateurs, de l'appui à leurs associations et des actions complémentaires de l'Etat, est l'Institut National de Défense du Consommateur (INDC).

Créé en 1981 par la LDC, il a été effectivement réglementé et installé en 1983. Son conseil général est composé de 7 membres, dont 3 représentants des consommateurs. Le directeur, chargé de la gestion, est nommé par le Gouvernement.

III - LES BIENS ET LES SERVICES

En dehors de la distinction traditionnelle entre biens immeubles et biens meubles, qui se maintient notamment pour ce qui est des conditions formelles de leur transmission, le droit portugais récent consacre une autre opposition entre biens (ou services) de production et biens (ou services) de consommation. Les premiers ont un régime propre et plus rigide en ce qui concerne la légitimité de leur détention, transmissibilité et fonction socio-économique. Les biens de consommation ne sont pas définis seulement par délimitation négative, mais surtout par l'exigence de conditions formelles propres.

Les biens et les services de consommation (finale) sont destinés à l'usage privé, c'est-à-dire de nature personnelle ou familiale, en vue des besoins matériels et culturels des personnes individuellement considérées ou intégrées dans des communautés non productives. Ils ne se confondent pas avec les biens de consommation intermédiaire, car, en se situant à la phase finale et téléologiquement décisive du circuit économique, ils sont déjà exclus du processus productif. Ils ne se confondent pas avec la catégorie civile de choses consommables, car leur usage n'implique pas obligatoirement leur destruction: il existe des biens de consommation périssables et des biens de consommation meubles et immeubles.

Les biens et les services de consommation constituent un concept fonctionnel, dont le régime juridique, par le biais de conditions de référence, de qualification, de normalisation et de certification, est au service de la protection du consommateur.

a) Référence et qualification

La référence de l'objet de l'acte juridique implique une individualisation et une qualification. Mais lorsqu'il s'agit de choses fongibles (comme c'est couramment le cas des biens et des services de consommation) l'individualisation présuppose toujours une référence générale à une catégorie d'objets qui sont également l'objet de l'activité exercée.

La référence générale des objets de consommation est généralement faite par la dénomination d'une catégorie ou par une description définie. Le droit portugais connaît toutes les formules modernes de particularisation des classes et sous-classes des produits, les formules qui sont propres à la propriété industrielle (marque, modèle, dénomination d'origine), la réglementation sur l'usage adéquat de certaines normes par rapport à des caractéristiques bien déterminées (en spécial, pour les denrées alimentaires), l'obligation de description suffisante et précise des produits au cas de messages publicitaires sur les étiquettes.

Par comparaison avec d'autres droits européens, le droit portugais montre, en cette matière, deux traits propres, l'un négatif, l'autre plutôt positif:

- d'une part, la réglementation spécifique sur les exigences de qualité de chaque bien et service est insuffisante, soit parce qu'elle ne couvre pas encore certains produits et services, soit parce qu'elle n'est pas actuelle, face à l'évolution scientifique et technique;

- d'autre part, à l'image des droits anglais (Sale of Goods Act 1979, sec. 14) et allemand (LMBG, §17), mais en des termes encore plus génériques, le droit portugais interdit la fourniture de biens ou de services dès qu'ils peuvent

impliquer, même utilisés dans des conditions normales, un danger pour la santé ou la sécurité de l'utilisateur et il en prévoit la confiscation rapide (quoique le procès poursuivi à obtenir cette confiscation n'ait pas encore été réglé).

b) Normalisation et certification

Il existe au Portugal depuis 1948 un système de normalisation. En dehors de la reconnaissance de certaines normes internationales et européennes, il y a des normes portugaises (dont l'élaboration est réalisée en collaboration avec des représentants de consommateurs). Elles ne sont obligatoires que si elles sont requises par une loi ou un règlement du gouvernement. En fait, les normes techniques portugaises (NP) sont toujours dotées d'efficacité juridique, car de leur respect, bien que facultatif, découle l'effet de la présomption juris et de jure d'une conduite appropriée et donc insusceptible de provoquer la responsabilité par défauts de conception ou de construction.

La soumission volontaire des fabricants aux exigences des normes techniques leur permet de jouir des avantages découlant de l'utilisation de la "marque nationale de conformité" ou de la "marque de modèle conforme".

IV - ACTIVITES DES FOURNISSEURS

a) Actes et activités: rapports actuels et rapports potentiels de consommation

La notion de consommateurs, en tant que noyau conceptuel du régime juridique de sa protection, n'est ni exclusive, car la même personne peut jouer successivement différents rôles générateurs de différents effets juridiques, ni statique, car elle suppose un rapport avec d'autres personnes exerçant

d'autres fonctions qui sont génériquement désignées par fonctions de fourniture de biens et services de consommation. Ce rapport revêt deux volets différents, quoique connexes: un rapport dans l'acte juridique, rapport actuel ou occurrentiel de participation dans l'acte fonctionnel d'échange, générateur d'effets que sont typiquement l'obligation de livraison et l'obligation de paiement; et un rapport potentiel ou générique entre tous ceux qui exercent une activité économique de production ou de distribution de biens et services destinés à la consommation finale et tous ceux qui éventuellement pourront être acheteurs de ces biens ou services. La définition légale limite le concept de consommateur à l'acheteur effectif. Mais le régime juridique de protection couvre, dans la généralité des interactions, aussi les rapports virtuels, en définissant les devoirs auxquels sont soumis les entreprises et les professionnels libres participant dans l'activité de fourniture de biens et services destinés à la consommation finale. La protection des consommateurs apparaît aussi (ou principalement) en amont de la conclusion des actes juridiques de consommation, dans la mesure où un choix éclairé et l'égalité effective dans la passation des contrats dépendent de l'ensemble d'influences que le consommateur, contractant potentiellement ignorant et faible, subit, par des moyens diffus ou directes, de la part de l'action complexe des fournisseurs.

b) Le pré-contrat: concurrence, information, publicité, pratiques commerciales et clauses contractuelles abusives

La vision libérale du contrat ne donnait pas suffisamment d'attention à son environnement. Le droit portugais a établi actuellement un ensemble de règles juridico-économiques; il est aujourd'hui possible d'affirmer que le droit des contrats de consommation commence dans la phase

antérieure à la conclusion: le pré-contrat.

Dans ce domaine les normes concernant la défense de la concurrence, les devoirs d'information, la réglementation de la publicité, l'interdiction ou la réglementation stricte de certaines pratiques commerciales et les conditions de validité des clauses contractuelles générales revêtent une importance spéciale.

- (i) Bien que tardive, lorsqu'on la compare avec les lois semblables dans d'autres pays européens, la loi portugaise de défense de la concurrence de 1983 vise à compenser une longue période de régime corporatif et de protectionnisme par le biais d'un dispositif exigeant qui, subissant de multiples influences, parmi lesquelles sont à signaler celles du droit communautaire, du droit français et allemand, présente les caractéristiques innovatrices suivantes:
- interdiction des accords illicites de l'abus de de position dominante, mais aussi de certaines pratiques individuelles exercées ni prépondérantes (imposition de prix minima, discrimination dans les transactions, refus de vente);
 - adoption du critère du dommage potentiel et du contrôle a posteriori, sans préjudice de l'admissibilité d'attestation négative cas par cas et/ou d'exemptions a priori;
 - sauvegarde des intérêts des consommateurs en tant qu'objectifs de la défense de la concurrence (la doctrine n'est pas unanime sur le fait de savoir si les pratiques directement liées aux consommateurs (finaux) - comme le refus de vente pratiqué par le détaillant - sont couvertes par l'interdiction légale).

(ii) Les règles du droit privé commun ne comportent pas de devoirs généraux d'information. Au contraire, il n'existe un devoir d'information que lorsqu'il est expressément prévu par la loi.

Dans la formation des contrats, on admet le "dolus bonus". C'est-à-dire que l'on considère comme licites "les suggestions ou les artifices usuels, tenus pour légitimes selon les conceptions dominantes dans le commerce juridique", et l'on ne réproûve pas la dissimulation de l'erreur, à moins qu'il existe un devoir d'informer issu "de la loi, des clauses contractuelles ou de ces conceptions" (Code Civil, article 253, paragraphe 2). Faute d'une norme légale spéciale, les devoirs d'information dans la phase précédant l'accord contractuel sont définis par "les conceptions dominantes dans le commerce juridique", lesquelles, avant la promulgation de la LDC, s'adaptaient aux conceptions et aux intérêts des commerçants. D'où l'acceptation généralisée d'une demi-vérité, de l'imprécision et de l'artifice, au détriment de l'information des consommateurs.

Dans les rapports sociaux en général, le principe en vigueur est celui de l'irresponsabilité à l'égard des informations fournies, "même s'il y a négligence" de la part de celui qui les donne (Code Civil, article 485, paragraphe 1). L'obligation d'indemniser n'existe que lorsque le devoir d'informer résulte de la loi, d'un contrat, ou lorsque le comportement constitue un fait criminel. Par conséquent, les agents économiques ne sont soumis, dans l'exercice de leur activité et en ce qui concerne les informations adressées au public ou à des clients en particulier qu'aux limites et aux devoirs fixés par la loi. Les atténuations à ces principes qu'on pourrait chercher dans la faute "in contrahendo" due à la violation des règles de la bonne foi dans la formation des contrats (Code Civil, article 227, paragraphe 1), sont subordonnées à l'acceptation par la jurisprudence de

la nature précontractuelle de l'activité promotionnelle, en général, et publicitaire, en particulier, et de l'intégration des devoirs d'informer dans la composition positive de la bonne foi, voie difficilement acceptable dans la plupart des pays et qui ne présente pas au Portugal de signes visibles.

La LDC a rompu avec les idées traditionnelles en faisant tomber sur tous les agents économiques qui fournissent des biens ou des services, directement ou indirectement destinés à la consommation personnelle ou privée, un devoir d'information. Le rapport de communication obligatoire est forcément établi entre les parties au contrat et, toujours de l'amont vers l'aval: entre le producteur et l'importateur, l'importateur et les autres distributeurs, entre ces derniers et le consommateur final et encore entre les prestataires et les récepteurs de services. Le rapport de communication et les obligations correspondantes sont aussi établis directement et essentiellement entre le producteur (l'importateur, l'emballleur ou le grossiste) et le consommateur final, au cas où le moyen d'émission est la publicité ou l'étiquetage, par rapport auxquels les informations du fournisseur direct constituent une simple confirmation ou complément.

Les moyens de communication spécialement considérés comme véhicules d'information aux consommateurs sont la publicité, les étiquettes et les annonces placées sur les lieux de vente. Relativement à cet ensemble de moyens, est stipulé le devoir de donner une vérité rigoureuse et précise portant sur la "nature, la composition, la quantité, la qualité, le délai de validité, l'utilité et le mode d'utilisation, le prix et autres caractéristiques importantes des biens et des services", parmi lesquelles figurent les indications sur "les risques de leur utilisation normale" pour la santé et la sécurité de l'utilisateur.

Parmi les moyens d'information individualisée, on peut inclure, lorsqu'il est écrit, le texte même du contrat - celui-ci en dehors d'une rédaction claire et précise, doit contenir les éléments définissant les obligations assumées et les caractéristiques essentielles de l'objet.

La violation de ces devoirs d'information constitue un fait illicite donnant naissance à la responsabilité civile, précontractuelle ou extracontractuelle, selon qu'elle est intégrée ou non dans le processus concret de formation d'un contrat, pour autant que soient présents, cumulativement, les autres éléments exigibles par la loi, en général.

D'autre part, l'omission ou l'inexactitude d'informations légalement obligatoires rend sans fondement l'invocation d'usages commerciaux éventuellement différents et qui justifieraient la conduite comme susceptible d'être prise pour du "dolus bonus". Ainsi, les contrats, dont la conclusion a été influencée par une erreur due à l'absence ou à l'inexactitude de l'information, peuvent être annulés, pour autant que les autres conditions pour la prise en considération de l'erreur soient remplies.

Dans les rapports avec les consommateurs il n'est plus possible, en droit portugais, d'établir une distinction entre "dolus bonus" et "dolus malus", puisqu'il n'est jamais permis d'induire en erreur par action ou omission, même si la conduite n'est pas délictuelle ou bien qu'elle ne soit pas intentionnelle.

(iii) La législation sur la publicité, jusqu'à 1980, était dispersée et réduite, se bornant à des prescriptions sur l'emplacement et les conditions relatives à certaines activités et produits. Les exigences générales sur le contenu des messages publicitaires dé-

coulaient surtout de la soumission aux normes de la concurrence déloyale. Les intérêts protégés par cette réglementation juridique assez restreinte concernaient davantage la protection corporative du commerce que la défense des consommateurs.

La Constitution Portugaise énumère, de façon négative, quelques principes auxquels doit obéir l'activité publicitaire et interdit la publicité occulte, indirecte et trompeuse. Le Code de la publicité énumère, de façon positive, les mêmes principes et il en ajoute d'autres, en prescrivant leur soumission aux principes de la licéité, de l'identificabilité, de la véracité, de la libre et loyale concurrence et le respect de la défense du consommateur.

Liberté:

Quoiqu'il ne soit pas explicitement mentionné par la législation, il est le premier principe de la publicité, car il est la conséquence de la liberté d'exercice des activités économiques, ainsi que de la liberté d'expression et d'information, toutes les deux consacrées par la Constitution.

Identification:

Le message publicitaire "doit être sans équivoque identifié en tant que tel". L'identification peut clairement découler du mode de présentation ou du contenu du message ou, lorsque sa nature est susceptible de soulever des doutes, être signalée par un "indicatif très clair".

Le principe de l'identification est violé en cas de publicité occulte et indirecte.

La publicité est occulte, lorsque les destinataires n'ont pas conscience de la transmission d'un message, puisque sont

utilisés, à cet effet, des artifices du type messages subliminaux ou analogues.

„La publicité est indirecte, lorsque les destinataires, bien que conscients de la transmission du message, "ne se rendent pas compte du caractère publicitaire de la communication". Le cas le plus fréquent est celui de la "publicité rédactionnelle" qui, sous l'apparence d'une information scientifique, technique ou statistique, fait la promotion d'un certain produit ou service, subrepticement cité ou bien encore parce que, grâce à un autre moyen, on provoque une association d'idées entre le texte pseudo-informatif et le produit ou service.

Conformément à la loi, "la transmission par télévision ou par photographie de n'importe quel événement n'est pas illícite du simple fait de l'existence de la publicité sur le lieu en cause, étant seulement interdite la focalisation directe et expresse de ladite publicité".

Le principe de la véracité peut être décomposé en quatre volets contribuant à la définition du contenu de l'information de façon à éviter l'erreur ou l'ignorance des destinataires: l'exactitude, la précision, la complétude et la possibilité d'être prouvée.

Quelques exemples de l'exigence du Code portugais de la publicité: la rigueur pour l'emploi de certaines expressions concernant des denrées alimentaires comme "naturel" et "valeur nutritive"; l'interdiction d'utilisation, dans la publicité pour immeubles, de photographies ou d'images qui ne correspondent pas fidèlement au lieu où ils sont bâtis; l'interdiction de promettre de futurs postes de travail (publicité pour des cours de formation professionnelle); la possibilité d'exiger la preuve des données statistiques.

Loyauté:

La licéité des messages publicitaires n'était traditionnellement appréciée qu'en fonction de la loyauté de la concurrence.

A l'heure actuelle, la réglementation juridique de la publicité est bâtie sur trois piliers correspondant à autant d'intérêts légitimes: la transparence du marché, la protection des consommateurs et la loyauté de la concurrence.

La conséquence la plus importante de la consécration du principe de la loyauté de la concurrence est l'appréciation des termes selon lesquels est admise la publicité comparative.

La publicité comparative n'est pas en elle-même un acte de concurrence déloyale. Elle ne le deviendra que si elle emploie un processus déloyal, comme celui de créer la confusion ou de provoquer le discrédit non fondé. En vertu de ces principes (et aussi de celui de la véracité) la publicité comparative est licite lorsque la comparaison est basée sur une exaltation véritable et précise des biens ou services par rapport à d'autres, sans faire appel à la dépréciation incorrecte ou injustifiée de ces derniers.

La licéité s'apprécie au regard de la sauvegarde de "valeurs, principes et institutions fondamentaux de la Nation", tels : que le régime démocratique, la non-discrimination raciale, sexuelle, politique ou religieuse, la vie privée, la conservation des ressources naturelles, l'image de la femme, la protection morale et mentale des enfants et adolescents.

Défense du consommateur:

La publicité n'est pas exclusivement adressée à des consommateurs. Toutefois, la plupart des messages publicitaires

a pour but la promotion de la consommation finale, personnelle ou privée.

"Le principe de la défense du consommateur peut donc être décomposé en autant d'aspects que les droits consacrés par la loi-cadre. Mais le Code a également jugé utile son énonciation en termes généraux: "L'exercice de la publicité ne doit causer aucun dommage - moral, mental ou physique - au consommateur". Des exemples: l'interdiction de la publicité qui associe les boissons alcooliques à la conduite de voitures; et l'interdiction d'utilisation des procédés susceptibles de faire peur ou tirant parti de l'ignorance ou de la superstition. On peut sans doute ajouter, étant donné sa caractérisation légale suffisante, la sauvegarde des intérêts économiques des consommateurs. C'est le cas des conditions imposées à la publicité, sur les concours et les cadeaux, les soldes et sur la publicité à domicile. Toutefois, cette minutieuse réglementation et cette rigueur ne sont pas encadrées par des dispositifs efficaces de la procédure, qui subira beaucoup de perfectionnement avec l'adoption de la récente directive de la CEE sur la publicité trompeuse.

(iv) Sous le régime corporatif, la licéité des pratiques commerciales était mesurée par sa conformité à la concurrence loyale, dont le critère était celui des usages honnêtes des commerçants. Les exceptions à cette perspective se bornaient aux pratiques frauduleuses graves (crimes de tromperie et de fraude dans les ventes) et aux interdictions d'accaparement (refus de vente de biens essentiels) et de spéculation (pratique de prix supérieurs à ceux fixés par voie administrative); ce qui montre un souci de réglementer l'approvisionnement public, but politique essentiel dans une époque de disette. Ce ne fut que pendant la dernière décennie que d'autres pratiques commerciales ont été

réglementées en fonction de leur nature agressive et donc limitative de la liberté effective de passation de contrats par les consommateurs. Selon cette orientation, on a considéré l'envoi de produits non commandés comme une offre gratuite (1977); on a réglementé les ventes avec réduction de prix, dans les modalités de soldes, liquidation et autres formes de promotion (1986) et on prépare une législation sur le démarchage en application de la directive de la CEE.

(v) La législation sur les clauses contractuelles générales a été promulguée en 1985 et elle a subi l'influence de la résolution du Conseil de l'Europe de 1976 et de la AGB-Gesetz de la RFA. Le système repose sur les principes suivants:

- la validité juridique des clauses contractuelles générales dans les contrats dépend d'une énonciation dont la clarté et la connexion avec le contrat puissent permettre la connaissance effective et complète par l'adhérent avec une diligence normale;
- leur interprétation et intégration sont faites dans le contexte du contrat où elles sont incluses;
- sont nulles les clauses contractuelles générales contraires à la bonne foi, la violation de la confiance suscitée dans la formation du contrat;
- la loi énonce à titre d'exemple quelques-unes des clauses contractuelles générales interdites, en les groupant en deux couples ensembles: d'une part, celles qui sont absolument interdites, indépendamment du contrat où elles sont incluses, et celles qui sont relativement interdites, c'est-à-dire dont la validité ou nullité dépend d'une appréciation du texte global et du type de contrat en cause; d'autre part,

celles qui sont absolument ou relativement interdites dans n'importe quel contrat, sans prendre en considération la nature du rapport entre les parties et celles qui ne sont absolument ou relativement interdites que dans les contrats où les adhérents sont des consommateurs, ceux-ci bénéficiant donc d'une appréciation cas par cas plus rigoureuse que d'autres contractants qui ne méritent pas concrètement cette qualification.

V - L'ACTE JURIDIQUE DE CONSOMMATION

a) Le contrat de consommation

Le rapport juridique actuel entre le consommateur et le fournisseur peut être établi selon deux voies: la promesse unilatérale, technique peu fréquente, qui ne couvre que le cas de concours et aussi, dans des conditions déterminées, le cas des primes et des cadeaux; et surtout le contrat, que la loi dénomme contrat de fourniture. Pour éviter toute confusion avec le sens traditionnel de cette expression et afin d'y inclure les contrats de prestation de services, il serait préférable d'adopter la qualification générale de contrat de consommation. Ses caractéristiques découlent de la définition de consommateur et des autres conditions prévues par la LDC.

Les parties:

D'un côté, un consommateur, de l'autre côté une entreprise ou un professionnel libre.

L'objet:

C'est un bien de consommation (bien meuble ou immeuble, fongible ou non, périssable ou durable, à l'exception des biens ou moyens de production, des matières premières et

autres biens de consommation intermédiaire). L'argent n'est pas en lui-même un bien de consommation, mais il est un objet adéquat, encore que non spécifique, d'un contrat de consommation, au cas où il fonctionne comme élément d'échange contre un bien de consommation. Les opérations de crédit ne peuvent être considérées comme étant un contrat de consommation que si l'on admet leur intégration selon un critère de simple connexion.

Fonction économique et sociale

C'est la satisfaction des besoins personnels des consommateurs. Cette fonction typique ne se heurte pas à la licéité et à la prise en considération des intérêts des fournisseurs, mais elle constitue l'élément agglutinant et le fondement du contrat de consommation en tant que tel, ce qui explique la primauté attribuée par le système juridique aux moyens destinés à rééquilibrer les désavantages subis par les consommateurs.

Régime juridique

Le régime juridique des contrats de consommation découle de la réglementation générale des contrats, tout en présentant des particularités dues aux droits spéciaux conférés aux consommateurs par la LDC et par la législation complémentaire. Dans la phase actuelle du droit portugais, il est opportun de signaler les tendances suivantes:

- la formation du contrat: obligation d'information précontractuelle vraie et complète imposée aux fournisseurs, qui devront se conduire aussi selon les règles de bonne foi, en particulier en ce qui concerne les contrats d'adhésion;

- la forme: exigence de la forme écrite pour certains contrats (ventes à tempérament et en dehors de l'établissement commercial);

- le contenu: respect des normes légales relatives à la qualité des biens et des services et leurs prix, destinées à

assurer l'équilibre des prestations;

- obligation d'assistance après-vente.

b) Conformité et assistance après-vente: le post-contrat

Le contrat de consommation est l'instrument juridique pour la réalisation de l'échange des biens ou des services donnés par le fournisseur contre l'argent payé par le consommateur. Son équilibre dépend:

- de l'adéquation spécifique des biens et des services à la satisfaction des besoins de consommation. A cette adéquation contribuent d'une part, les normes juridiques (ou reçues par le droit) relatives à l'objet du contrat et, d'autre part, l'exacte conformité de l'objet à l'obligation contractuelle assumée par le fournisseur, en accord avec le choix concret de l'acquéreur-consommateur;

- de la correspondance du prix à la valeur de l'objet.

La sensibilité des ordres juridiques nationaux à l'égard du problème de la conformité peut être mesurée, principalement, au régime particulier réservé des biens défectueux.

Dans le droit portugais, on peut observer un ensemble d'éléments découlant d'une tradition défavorable à l'acheteur (caveat emptor), parmi lesquels

- l'encadrement de la vente des biens spécifiques défectueux dans le domaine du régime juridique de l'erreur, avec les inconvénients inhérents pour l'acheteur-consommateur car il lui en incombe la preuve, notamment l'existence d'un défaut et, surtout, du caractère essentiel de l'erreur; inconvénients aggravés par le fait que les détails pour l'introduction de l'action appropriée en justice sont courts;

- la limitation de la garantie de bon fonctionnement aux cas où elle a été contractuellement convenue ou pour lesquels il existe une consécration par les usages.

L'inadéquation de ces moyens - peut-être acceptables pour les contrats entre professionnels - à la protection des intérêts des consommateurs peut être perçue par la citation d'un texte d'un éminent civiliste portugais: "La qualité inférieure de certaines denrées peut être comprise entre les marges de tolérance de la prestation pour certaines fournitures, mais elle constitue un défaut inacceptable de la prestation effectuée s'il s'agit d'un hôpital ou d'un hôtel de luxe"!

Il est vrai que certains indices peuvent être trouvés dans la doctrine et la jurisprudence portugaise en vue d'atténuer les solutions et les constructions classiques. Quelques auteurs soutiennent que le problème de la vente d'un bien défectueux est toujours couvert par le régime juridique de l'inexécution, malgré le sens littéral du Code Civil. Une orientation jurisprudentielle (pas unanime) reconnaît l'application du délai de 5 ans à la caducité de l'action introduite par le propriétaire dans le contrat d'entreprise et aussi dans le cas de vente d'immeubles destinés à être habités, si le vendeur en est le constructeur.

Néanmoins, un changement significatif de comportement sur ces questions allant dans un sens favorable aux consommateurs, ne pourra venir que de l'invocation des nouveaux principes énoncés par la LDC, lesquels contiennent effectivement des données suffisantes à l'élaboration d'un régime juridique particulier pour les cas de vente de biens défectueux. En effet, cette loi attribue aux consommateurs un droit général d'indemnisation pour les dommages causés par des biens défectueux; le défaut étant considéré comme un effet spécial de la violation du contrat de fourniture, ce qui écarte l'intégration classique dans le régime juridique de l'erreur dans la formation du contrat. Par ailleurs, la LDC attribue à l'acheteur-consommateur de biens de consommation durables un droit d'assistance après-vente, lequel comprend, sûrement, la garantie de bon fonctionnement, indépendante d'une

stipulation contractuelle ou d'une recherche sur l'existence d'un usage la consacrant, comme c'est le cas du régime général du Code Civil.

Sur l'obligation d'assistance après-vente qui incombe au fournisseur, la loi dit seulement qu'elle implique la prestation de services satisfaisants et qu'elle comprend la fourniture de pièces de rechange pendant la période de durée moyenne normale des biens. On sous-entend que l'obligation d'assistance après-vente comporte deux types d'obligations différentes par la source et par le contenu: une obligation primaire et nécessairement gratuite (car compensatoire d'éventuels défauts) qui est la garantie de bon fonctionnement; et une autre obligation autonome, bien que dérivée du contrat de fourniture servant comme motivation d'autres actes juridiques, éventuels et futurs, où la prestation du fournisseur a, en principe, une contrepartie de rémunération par le consommateur, selon les conditions définies par le contrat de fourniture.

Bien que la consécration légale de ces principes se révèle dès maintenant féconde, leur pleine efficacité dépend de réglementations qui, en outre, doivent mettre en rapport l'assistance par le fournisseur direct des biens et les garanties qui ont été expressément assumées par le producteur, en concrétisant les obligations, encore seulement esquissées, découlant de ce qu'on pourra dénommer post-contrat.

VI - LES MOYENS JURIDIQUES DE PROTECTION

a) Droits des consommateurs

Les droits des consommateurs, tels qu'ils sont formulés, en général par la Constitution et par la LDC, ne sont pas susceptibles d'être exercés contre une autre personne sans l'intervention des pouvoirs publics. A ces droits généraux ne correspondent pas d'obligations au sens technique, mais

des tâches ou des fonctions de l'Etat et des municipalités. Toutefois, leur consignation expresse en tant que programme d'activité de l'Etat, est importante. Consacrés par la Constitution Portugaise, ils rendent inconstitutionnelles les lois qui les violent; ils s'imposent à l'orientation du travail parlementaire et ils influent sur l'interprétation et l'application de toute norme juridique; ils constituent des commandements à observer par l'administration publique, qui en tiendra obligatoirement compte dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires.

Sur un autre plan se trouvent les droits collectifs attribués aux organisations représentatives des consommateurs et visant la défense de leurs intérêts diffus et communs.

Les consommateurs détiennent donc de vrais droits subjectifs qui sont une source d'obligations pour les fournisseurs avec lesquels ils établissent un rapport direct (contractuel ou non-contractuel) et aussi des droits potestatifs, dont le plus important est le droit d'action en justice.

b) Responsabilité civile du fournisseur et du producteur

La responsabilité civile du fournisseur de biens et de services de consommation est déterminée selon les termes généraux de la responsabilité contractuelle, à l'exception des particularités déjà indiquées qui dépendent encore d'une application effective ou de la réglementation des principes contenus dans la LDC. La responsabilité du producteur, en tant que thème autonome, est presque ignorée par la jurisprudence et même par la doctrine portugaises. Le producteur qui n'est pas lié au consommateur par un contrat ne sera responsable du point de vue civil que des dommages que celui-ci pourra subir dans les limites et selon les conditions de la responsabilité civile extra-contractuelle. Les juristes portugais n'admettent pas que, dans cette matière, la responsabilité objective ou même le renversement de la charge de

la preuve de la faute puissent être observés en dehors des rares cas où la loi l'établit expressément. Ces derniers, pour ce qui touche au rapport de consommation, sont les suivants: dommages causés par la ruine d'une construction et par l'exercice d'une activité dangereuse (le devoir d'indemnisation incombant au propriétaire ou détenteur); dommages causés par des installations d'énergie électrique ou de gaz (responsabilité sans faute qui incombe à ceux qui en ont la direction effective).

Ainsi, l'application de la directive de la CEE sur la responsabilité du producteur sera une innovation presque totale pour le droit portugais.

c) Résolution des conflits

La résolution des litiges entre consommateurs et fournisseurs par le biais des associations de consommateurs et de l'Institut National de Défense du Consommateur n'est que récente, mais elle tend à se développer. Dans quelques cas, sont institutionnalisés des moyens de conciliation avec des associations professionnelles (vente et réparation de voitures, fabrication et vente d'appareils électroménagers), qui s'engagent à travers le code de conduite. Dans d'autres cas, les mécanismes de conciliation ont été établis avec des entreprises publiques (transports publics à Lisbonne).

L'action en justice n'est pas adaptée aux conflits dans lesquels interviennent les consommateurs: il n'existe ni procédure spéciale, ni tribunaux spécialisés (ce qui est d'autant plus grave que l'organisation judiciaire portugaise ne prévoit pas de tribunaux civils de première instance avec une compétence limitée aux actions de petite valeur). Les particularités à signaler quant à l'accès à la justice par les consommateurs ne sont que les suivants:

- dispense de provision pour les actions dont la valeur ne dépasse pas 120.000 Escudos;
- légitimité procédurale des associations de consommateurs limitée, en général, à l'intervention en tant que partie civile dans les procès pour infractions économiques et contre la santé publique et, en tant que partie auxiliaire, dans les actions civiles visant la protection des intérêts collectifs des consommateurs;
- légitimité procédurale du Ministère Public, en tant que partie principale, dans les actions civiles où sont en cause des intérêts collectifs des consommateurs;
- légitimité procédurale du Ministère Public (de sa propre initiative ou de celle du Médiateur) et des associations de consommateurs avec représentativité générale dans les actions visant empêcher l'utilisation de clauses contractuelles générales abusives.

La procédure adéquate à la résolution de litiges avec les fournisseurs de biens de consommation dépend de la nature de la solution applicable: civile, pénale ou administrative. La dernière correspond à une évolution récente du droit portugais qui, sous l'influence du droit allemand, a autonomisé les "contra-ordenações" (infractions administratives, "Ordnungswidrigkeiten") en tant qu'infractions de moindre gravité sociale.

Dans une action pénale, il est en principe possible d'obtenir la condamnation en indemnisation même lorsque l'auteur de l'infraction a été acquitté du point de vue pénal. Peut-être pour cette raison et étant donné la nature gratuite de la procédure pour la victime, on constate une tendance à l'utilisation de l'action pénale comme moyen d'obtenir la réparation du droit violé. L'action pénale représente cependant un risque pour les consommateurs, car la nature de la sanction applicable implique une rigueur accrue dans l'appréciation de la preuve, augmentant la probabilité d'acquiescement du fournisseur.

VII - BILAN ET PERSPECTIVES

a) Bilan légal et social

Pendant la dernière décennie, l'ordre juridique portugais s'est doté d'un cadre législatif suffisant et cohérent en vue du développement d'une politique de protection des consommateurs. Au sommet de la hiérarchie, la Constitution Portugaise reconnaît les droits fondamentaux des consommateurs et attribue à l'Etat des fonctions de défense et d'appui aux institutions représentatives. Une loi-cadre, fondée sur une définition correcte des consommateurs et sur l'énumération claire de leurs droits, constitue la base et l'élan du développement législatif concernant des aspects essentiels, déjà concrétisé par l'adoption d'un Code de la Publicité, des lois de défense de la concurrence et de prohibition de répression pénale et administrative des comportements portant atteinte à la santé publique et par la création de l'Institut National de la Défense du Consommateur.

Le tissu social n'a pas été en mesure d'accompagner les initiatives législatives. La majorité des consommateurs ne s'assument pas en tant que tels d'un point de vue individuel ou collectif, les entreprises méprisent ou ignorent souvent les devoirs inhérents à la fourniture de biens de consommation, l'Administration Publique démontre une résistance à admettre comme interlocuteurs les individus dans une qualité autre que celle de simples citoyens ou administrés, peu de professionnels du droit dévouent un intérêt à l'égard des droits des consommateurs, les tribunaux ne sont pas appelés à résoudre des questions sur les rapports juridiques de consommation.

Le mouvement associatif en matière de consommation est encore débutant et peu représentatif. Il n'existe qu'une association de consommateurs visant exclusivement et génériquement leur protection; les coopératives de consommation ne

sont normalement envisagées par leurs associés que comme un moyen d'obtenir des biens à des prix réduits.

b) Perspectives d'évolution

Dans le cadre législatif, les lacunes les plus importantes sont les suivantes:

- inexistence de réglementation sur l'assistance après-vente et les garanties des producteurs;
- insuffisance des normes de prévention et de qualité concernant certains produits;
- absence d'une législation sectorielle spécifique relative aux services et aux contrats connexes à cause de la consommation (crédit, assurances);
- inadaptation des procédures judiciaires à la spécificité des litiges où interviennent des consommateurs.

Malgré leur indéniable rôle pédagogique, les lois de défense du consommateur (à l'image des lois en général) ne sont pas au Portugal, un "déclencheur" de transformations sociales, mais découlent plutôt du besoin de régler des comportements préexistants et des conflits potentiels. L'élaboration de lois n'est donc pas la tâche prioritaire en vue de la reconnaissance effective des droits des consommateurs; celle-ci incombe davantage aux différents groupes sociaux, stimulés et appuyés par l'Administration Publique.

Etant donné la rapide évolution vérifiée pendant les dernières années et les moyens juridiques déjà existants, on peut raisonnablement prévoir une progression significative de la protection des consommateurs, basée sur une multitude d'actions; en particulier:

- l'établissement d'une véritable politique de la consommation de la part des institutions publiques;
- la clarification des marchés à travers l'effective application des normes récentes sur la concurrence et la pub-

- licité;
- le développement de l'information des consommateurs, notamment par l'utilisation des moyens audio-visuels;
 - l'inclusion dans les curricula universitaires de disciplines dédiées à la consommation et aux droits des consommateurs;
 - la multiplication et le renforcement des mouvements associatifs, non seulement par la création d'autres associations de consommateurs, mais aussi par l'éveil des syndicats, des associations de femmes et des coopératives;
 - la pratique de la réclamation individuelle et collective, en utilisant les moyens juridiques et la conciliation au travers des associations.

L'adhésion du Portugal aux Communautés Européennes pourra constituer, grâce aux directives communautaires en matière de consommation et au contact avec les institutions spécialisées, un instrument d'accélération et de cohérence du chemin déjà défriché.

c) Vers un droit de la consommation?

L'article 110 de la Constitution Portugaise et la LDC sont des sources suffisantes à la reconnaissance et à la construction de nouveaux principes et institutions représentant une cassure avec ceux qui régissent la généralité des rapports juridiques.

Les contrats qui, actuellement, peuvent être considérés comme contrats de consommation étaient auparavant des "actes de commerce". Ils étaient, par conséquent, soumis, dans tous les aspects de leur régime et par rapport aux deux partis, au droit commercial, conçu selon les intérêts de simplicité et rapidité de circulation propres aux entreprises commerciales ou industrielles, mais souvent attentatoires à l'équilibre des prestations au détriment des non-professionnels et de ceux qui sont les plus faibles d'un point de vue économique. La

vente commerciale, modèle des transactions de consommation, est réglée par le Code de Commerce, de façon à défavoriser l'acheteur, en fait le plus souvent un consommateur.

Les normes juridiques portant sur la défense du consommateur instituent des concepts juridiques innovateurs et fraient le chemin vers la définition de nouveaux principes dans le régime des contrats de consommation.

La nouvelle division subjective est celle qui établit une distinction entre consommateur et fournisseur (entreprise ou professionnel non-consommateur); l'objet contractuel est désormais caractérisé par la finalité (biens de consommation et biens de production); la satisfaction des besoins personnels du consommateur constitue la fonction économique et sociale fondamentale des contrats de consommation, en se superposant aux causes typiques traditionnelles.

Au lieu des principes d'inspiration libérale, sous-jacents à l'acte juridique d'échange, en général, ou aux actes de commerce, en particulier, le régime légal spécifique aux contrats de consommation, tel qu'il découle de la LDC et de la législation complémentaire, permet d'apercevoir de nouveaux principes, déjà bâtis ou en formation, radicalement différents:

- obligation d'information précontractuelle imposée au fournisseur;
- formalisme dans la formation du contrat;
- équilibre des prestations, en raison de normes impératives sur le contenu des contrats et sur les exigences relatives à leur objet;
- obligation d'assistance après-vente aux biens de consommation durable;
- tendance vers l'atténuation de l'exclusivité des effets juridiques entre les parties.

Le droit de la consommation, en vertu des spécificités propres au fondement, au régime et à la technique juridique

des rapports de consommation, peut devenir une nouvelle branche du droit privé. Le Portugal ne manque pas d'instruments légaux appropriés à cette fin.