



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 de Droit Privé Général
Dirigé par Monsieur le professeur Yves LEQUETTE
2014

*L'ordre public de sensibilisation :
Étude par l'exemple de l'étiquetage
énergétique*

Guillaume RENOULT--DJAZIRI

Sous la direction de Monsieur le professeur Yves LEQUETTE

Remerciements à Monsieur le professeur Yves LEQUETTE, qui a dirigé ce mémoire sur le thème de la consommation-citoyenne. Je reprendrai quelques-uns de ses mots :

« L'expression de civisme contractuel... Répétée comme un leitmotiv, elle exprime à merveille le curieux mélange des genres. Le civisme est le "dévouement du citoyen pour sa patrie" ou encore le "sens civique". Il exprime l'idée que "la République n'est pas une collection d'individus vaquant chacun à ses affaires, (mais) une assemblée de citoyens". Alors que "les individus visent leur bien-être, les citoyens visent le bien commun", en étant "capables d'oublier ou de transcender le souci de soi". [...] Ce sont les individus qui participent à la vie contractuelle et les citoyens à la vie publique. ». Ce curieux mélange des genres « conduit à se demander s'il ne convient pas de se comporter en citoyen lorsqu'on...contracte et en individu soucieux de ses seuls intérêts dans les rapports avec...la chose publique ».¹

¹ Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges Paul Didier, Economica, 2008, p. 247 et suivants, spécialement p. 286.

SOMMAIRE

Partie 1 : La sensibilisation des contractants et le renouveau de l'ordre public.....	16
Titre 1 : La sensibilisation des contractants par l'étiquetage énergétique.....	16
Titre 2 : La sensibilisation des contractants par l'ordre public	43
Conclusion de partie : Sensibilisation des contractants, obligation précontractuelle d'information et rôle du contrat	80
Partie 2 : La sensibilisation des contractants et le renouveau du rôle du contrat.....	85
Titre 1 : Le contrat, émanation inconcevable de l'Etat	86
Titre 2 : Le contrat, outil d'une collaboration entre l'Etat et le contractant-citoyen.....	95
Conclusion :.....	109
Bibliographie.....	110
Table des matières :.....	115

« *Ainsi va l'ordre public, avec son combat toujours recommencé et versatile, insaisissable feu follet qui s'éteint ici pour renaître ailleurs.* »

Il n'est guère possible de savoir « *qui il est ni où il va* »².

Le Professeur Catala avait maintes fois souligné le caractère polymorphe de l'ordre public que beaucoup ont essayé de définir³. Aujourd'hui, ses formes ne sont pas encore déterminées mais la question n'est plus de savoir s'il existe une vision unitaire ou binaire de l'ordre public, en opposant ordre public classique – protection de l'Etat, de la famille et des personnes – et ordre public économique⁴ – de direction et de protection selon la distinction du doyen Carbonnier – mais d'identifier les parcelles qui le composent, diverses et évolutives. On parle aujourd'hui d'ordre public culturel, fondamental, philanthropique⁵, de protection collective⁶ ou encore écologique⁷. Les thèses sont nombreuses sur le sujet⁸ sans pouvoir proposer de typologie qui rallierait l'ensemble de la doctrine. Ceci nous est rappelé par Cécile Pérès-Dourdou, « *on ne dénombre plus les travaux consacrés à l'ordre public* »⁹ et pourtant, loin de vouloir remédier à cette difficulté, l'objet de notre étude est d'ajouter une nouvelle corde à l'arc entre les mains du Législateur. Nous proposerons une nouvelle approche : l'ordre public de sensibilisation. Nous tenterons de démontrer que cette branche encore inconnue de l'ordre public se développe et change notre vision traditionnelle du contrat comme acte ne servant qu'à faire des affaires¹⁰.

² P. Catala, A propos de l'ordre public, in Mélanges Pierre Drai, 2000, p. 511 et s

³ En ce sens encore : P. Catala : « *L'ordre public a inspiré maintes définitions dont le nombre ne surprendra pas si l'on relève que l'équivoque s'inscrit dans sa propre dénomination* », Mélanges P. Drai, 2000, précité.

⁴ Thèse G. Farjat, *L'ordre public économique*, Dijon, 1963

⁵ D. Fenouillet, *Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique*, Mélanges P. Catala, Litec, 2001, p. 487

⁶ Thèse G. Farjat, *L'ordre public économique*, précitée, p. 123 et s.

⁷ Nous étudierons ces catégories ultérieurement

⁸ L'ouvrage *Droit civil, Les obligations*, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Précis Dalloz, 11^e édition, 2013 en recense les plus importantes, p. 418 : Marmion, *Etude sur les lois d'ordre public en droit interne*, Paris 1924 ; Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS)*, Paris 1951 ; G. Farjat, *L'ordre public économique*, Dijon, 1963 ; P. Raynaud, *L'ordre public économique*, Les Cours de droit, 1965-1966.

⁹ Thèse C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, préface de G. Viney, LGDJ, 2004

¹⁰ « *Le contrat "n'est pas et ne doit pas être œuvre de charité", il "repose avant tout sur un antagonisme d'intérêts" et doit permettre tout simplement de faire de bonnes affaires* » : J. Carbonnier, cité par D. Cohen, *La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance dans 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*

La sensibilisation se définit traditionnellement comme « *l'action de sensibiliser* » ; « *de rendre quelqu'un, un groupe sensible, réceptif à quelque chose* »¹¹. Nous l'entendons dans le cadre de notre mémoire comme la traduction d'idéaux qu'une personne demande à une autre de poursuivre en lui expliquant les enjeux et les raisons de ce choix. La sensibilisation implique donc une subjectivité, un jugement de valeur pour influencer sur le comportement d'une personne via l'apprentissage. En cela, nous distinguons la sensibilisation de l'éducation qui ne convient pas pour expliquer notre démarche. En effet l'éducation est définie comme « *l'action d'éduquer* », de « *former quelqu'un en développant et en épanouissant sa personnalité.* »¹². Il semblerait par la référence à la personnalité de la personne que l'éducation soit un apprentissage objectif des choses : une exposition des faits, sans jugement ni enseignement de la valeur morale. L'éducation n'indiquerait pas ce qui est bien ou mal et seul celui qui reçoit les données brutes pourrait se forger sa propre opinion. Nous emploierons donc dans la suite de notre étude le terme de sensibilisation. Avant de comprendre ce que pourrait être cet ordre public que nous proposons de qualifier de sensibilisation, il semble opportun de rappeler les éléments connus définissant l'ordre public.

« *Le sens de l'expression d'Ordre public varie sans cesse " secundum subjectam materiam"*¹³. Impossible donc de le définir une fois pour toutes »¹⁴. Il faut pourtant dégager les traits communs des différents types d'ordre public afin de comprendre la notion.

L'ordre public dans le Code civil. - Dans le Titre III du Livre III du Code civil, relatif aux contrats et aux obligations conventionnelles en général, l'expression « ordre public » n'apparaît que dans l'article 1133 qui dispose « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* » et fait écho à l'article 1131 : « *l'obligation [...] sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* ». Cela signifie que le but poursuivi par au moins l'une des parties ne doit pas choquer les valeurs de la société. La même idée se retrouve dans l'article 1128 quant à l'objet du contrat : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* » qui exige une chose licite. Ces dispositions ont un rapport direct avec l'ordre public car c'est lui qui déterminera quelles sont les valeurs que la cause ne doit pas choquer et quels objets sont dans

¹¹ Dictionnaire Larousse, Bordas, 1998

¹² *Idem*

¹³ « selon la nature du sujet »

¹⁴ Thèse G. Farjat, *L'ordre public économique*, 1963, précitée, p. 91

le commerce. Ces principes sont d'ailleurs repris avec la mention expresse de l'ordre public à l'article 1161 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations du ministère de la Justice, rendu public le 25 février 2015 : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par son contenu, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Cependant, la notion d'ordre public est plus large que les seuls objet et cause du contrat et peut permettre un véritable « *forçage du contenu contractuel* »¹⁵ en imposant aux parties de respecter dans le contenu du contrat certaines règles déterminées par le législateur. Cet ordre public contraignant prend appui sur le fameux article 6 du Code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » et repris à l'article 1102 alinéa 2 du projet de réforme du droit des obligations venant symboliquement marquer l'asservissement de la liberté contractuelle à cette exigence : « *Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* »¹⁶.

Bref historique. - L'ordre public a des sources anciennes : dans leurs thèses respectives, Cécile Pérès-Dourdou¹⁷ et Mustapha Mekki¹⁸ dressent un historique de la naissance et du développement de cette notion. Héritée du droit romain et particulièrement du *jus publicum*, elle servait à conforter le pouvoir normatif de l'Empereur en lui permettant d'imposer ses vues : il était ainsi interdit de déroger aux *leges* par le contrat. En Ancien Droit, l'ordre public limitait la liberté contractuelle au nom de l'équité naturelle, œuvre de Dieu qu'il fallait protéger. C'est au XVIIe siècle que la notion est systématisée par Domat, qui utilisait le terme d'intérêt public, fondée sur la morale chrétienne. L'ordre public prendra réellement son essor entre le XVIe et le XVIIIe siècle, utilisé par l'Etat pour rappeler sa puissance face à l'Eglise et la Féodalité. Au XIXe siècle, le premier projet de Code civil élaboré par Cambacérès employait les termes d' « *honnêteté publique* » et d' « *ordre social* »¹⁹. Ce n'est vraiment qu'avec l'article 6 du Code civil de 1804 que l'expression « ordre public » trouvera sa pérennité, sans pour autant être définie.

¹⁵ L. Jossierand, *Etudes Gény*, tome 2, Sirey, 1934, p. 340

¹⁶ On notera que cet alinéa 2 vient renforcer très symboliquement la limite à la liberté contractuelle posée à l'alinéa 1^{er} du même article : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* »

¹⁷ Thèse, C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004

¹⁸ Thèse M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004

¹⁹ Article 14 du Titre I du projet.

L'impossible définition. - Certains auteurs ont bien tenté d'élucider le mystère qui se cache derrière le flou de ce concept mais sans recevoir le succès qu'ils attendaient. Les définitions proposées faisant de l'ordre public le garant du « *bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* »²⁰ ou la traduction de « *la supériorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers* »²¹ sont critiquées soit parce qu'elles ne prennent pas en compte le développement de la protection de l'individu dans les missions de l'ordre public soit parce qu'elles renvoient à l'expression « intérêt général » qui ne fait pas l'unanimité²². On comprend alors que la meilleure façon de comprendre l'ordre public est en ne le définissant pas pour n'exclure aucun pan. La Cour de cassation belge semblait avoir compris ce principe et, dans un arrêt de principe du 9 décembre 1948, elle avait préféré opter pour une conception très large de l'ordre public pour ne pas commettre d'omission : « *n'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre public économique ou moral de la société* »²³. Pourtant cette esquisse est déjà trop restrictive car la Cour suprême se contente de faire référence à la « loi » donc à l'ordre public textuel. C'est sans compter l'action des juges qui peuvent dégager des principes, sans texte, en affirmant qu'ils sont d'ordre public. On parlera alors d'ordre public virtuel. Une manifestation majeure et récente de cette création prétorienne réside dans l'affaire *Our Body* : alors qu'une exposition de corps humains et de leurs organes avait été déclarée illicite car faite à des fins commerciales par la Cour de cassation²⁴, la Haute juridiction devait par la suite se prononcer sur la validité du contrat d'assurance qui liait la société organisatrice de l'exposition à une compagnie d'assurance. Les juges ont estimé que le contrat était nul pour cause illicite car il ne servait qu'à garantir les conséquences de l'annulation d'un événement lui-même illicite. Ce contrat a été jugé contraire au « *principe d'ordre public selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* », principe qui « *préexistait à la loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil*²⁵ ». Les juges ont ainsi dégagé un

²⁰ Ph. Malaurie, cité dans : P. Catala, *A propos de l'ordre public*, Mélanges P. Drai, 2000, p511

²¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 2004

²² Contre la notion d'intérêt général :

D. Fenouillet, *Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique*, Mélanges P. Catala, Litec, 2001, p487 : elle affirme que c'est une notion trop floue et lui préfère celle d'intérêt essentiel pour la société, qui lui semble plus compréhensible car renvoyant à l'idée d'un intérêt vital, sans lequel la société risque de disparaître, ou à tout le moins auquel elle est très attachée. Elle renvoie aussi à l'idée de société donc de contingence spatiale et temporelle.

²³ Cass. 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699

²⁴ Cass. 1^{er} civ, 16 septembre 2010, n°09-67.456

²⁵ « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence.* »

principe et l'ont reconnu d'ordre public avant même l'action du législateur, étendant de la même façon l'ordre public virtuel²⁶. Reste que si l'ordre public ne peut pas être défini dans sa globalité, il est possible de dégager des catégories d'ordre public.

Les catégories de l'ordre public. – Si l'ordre public est si difficile à définir, c'est qu'il recouvre plusieurs réalités différentes et peut servir soit à interdire certaines stipulations contractuelles – on parle alors d'ordre public négatif – soit au contraire à imposer des clauses – on parle alors d'ordre public positif. Pour les étudier, la doctrine distingue traditionnellement l'ordre public classique et l'ordre public économique. L'ordre public classique contient les normes qui ont trait à la protection de l'Etat, de la famille et des personnes donc des piliers de la société, des valeurs sociales. L'ordre public économique est quant à lui beaucoup plus récent puisque l'expression a été créée en 1934 par le doyen Ripert²⁷. Au sein de cette vaste famille, Carbonnier fait le départ entre l'ordre public économique de direction et celui de protection. Le premier permet le contrôle de l'activité contractuelle et la maîtrise des mouvements économiques afin de protéger l'intérêt général. Aujourd'hui, sa manifestation la plus marquante est l'essor du droit de la concurrence. On y range aussi toute la législation sur les taux de changes. Le second au contraire n'a pour but que de protéger une partie faible, donc un intérêt privé, afin de réinstaurer de l'équilibre dans le jeu contractuel. Il est usuellement résumé en la phrase de Lacordaire « *entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit* »²⁸.

Expansion de l'ordre public. – « *Les dispositions impératives ou d'ordre public qui s'imposent dans tout contrat sans que les parties puissent s'y soustraire, se sont multipliées dans des proportions étonnantes. La formule "toute stipulation contraire est nulle" ou "nonobstant toute clause contraire" est devenue comme l'inévitable refrain de toutes les lois nouvelles* »²⁹. Déjà en 1912, Gounot avait remarqué cette frénésie du développement de l'ordre public, permise par l'absence de définition précise de la notion et impulsée par un

²⁶ G. Loiseau, « *Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le jusnaturalisme de la Cour de cassation* », JCP G n° 46-47, 10 novembre 2014. 1170

²⁷ G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, études Gény, tome 2, Sirey, 1934, p. 347

²⁸ On notera ici que H. Lacordaire, père dominicain et libéral convaincu, n'a utilisé cette phrase que pour désigner la loi de Moïse, droit universel et immuable transmis par les Evangiles. La référence à cette loi divine n'avait pour seul but que de justifier l'interdiction du travail dominical qui, s'il avait été autorisé, aurait empêché les chrétiens de célébrer ce jour par le repos puisque contraints par la force économique de leur employeur de se porter volontaires pour travailler. Cette célèbre phrase qu'il est commode d'employer pour définir l'ordre public de protection n'a donc pas de rapport avec la volonté du législateur, représentant du peuple et non de Dieu.

²⁹ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Dijon, 1912 ; cité par G. Farjat, thèse précitée, p.434.

législateur avide de remplir le rôle de l'Etat-providence en s'immiscant dans le contrat pour lui garantir utilité social et équilibre contractuel. Ce mouvement a été couplé par l'enrichissement prétorien de ce concept à travers l'ordre public virtuel qui, en sus de permettre son actualisation et son adaptation pour correspondre aux attentes et aux valeurs de la société, a favorisé son amplification tant dans sa densité que dans les domaines qu'il va toucher. Nous nous intéresserons à deux voies dans laquelle l'ordre public s'est développé : la voie de l'obligation d'information et celle de l'écologie. Ces voies se sont ensuite croisées et c'est à ce carrefour, l'information obligatoire en matière d'écologie, que nous pourrons trouver l'ordre public de sensibilisation.

Ordre public de protection et développement de l'obligation d'information. – Dès sa conceptualisation, l'ordre public de protection n'a cessé de croître en toute matière : législation sur les baux³⁰, sur les clauses pénales³¹ ou encore sur le droit de la consommation qui regorge de ces normes³². Cette profusion de règles a conduit certains auteurs à qualifier ce mouvement législatif de grande ampleur de « *surprotection* », de « *démagogie* », fruit d'un « *esprit technocratique* »³³. Le législateur et la jurisprudence ont pris en compte ces critiques, non pas pour réduire le nombre de dispositions protégeant une partie réputée faible, mais pour développer à côté de ces normes une nouvelle protection fondée sur le consentement de la personne : l'obligation d'information. Cette obligation d'information se subdivise en obligation d'information simple, appelée aussi obligation de renseignement³⁴, obligation de mise en garde – dont le débiteur doit, en plus de donner l'information, souligner ses conséquences néfastes et ses risques – et obligation de conseil – il s'agira alors, en plus de mettre en garde sur les dangers d'une opération, d'en donner une appréciation d'opportunité en présentant un bilan coût-avantage. Ces obligations précontractuelles de renseignement ont été créées par deux biais : par la jurisprudence d'une part qui, en se fondant sur l'obligation d'exécution de bonne foi des obligations posée par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, a utilisé toute la palette de ces obligations pour les imposer à un débiteur en cas d'information

³⁰ Loi n° 48-1360 du 1 septembre 1948 qui donne un droit au maintien dans les lieux au locataire sous conditions et détermine une méthode de fixation du prix des loyers d'habitation, ou encore loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 qui interdit certaines clauses dans le contrat de bail d'habitation

³¹ Loi n°75-597 du 9 juillet 1975 qui permet par exception au juge, même d'office, de modérer ou d'augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire

³² Par exemple la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 luttant contre les clauses abusives

³³ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, précis Dalloz, 10^e édition, p. 400

³⁴ Thèse M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – essai d'une théorie*. LGDJ, 1992 : elle refuse la distinction information/renseignement proposée par certains auteurs et selon laquelle l'obligation d'information est imposée par la loi alors que le renseignement vient d'une création prétorienne. A l'inverse, le *Vocabulaire Juridique* sous la direction de G. Cornu, PUF, différencie les deux.

pertinente pour son destinataire que celui-ci pouvait légitimement ignorer (impossibilité d'avoir accès à l'information ou relation de confiance entre les contractants qui devait conduire celui qui possédait l'information à la transmettre)³⁵ ; et par le législateur d'autre part qui a accru les obligations d'information spéciales³⁶, mettant définitivement fin au principe selon lequel il faut se renseigner soi-même et résumé par l'adage *Emptor debet esse curiosus* : l'acheteur doit être curieux³⁷. Notons aussi que l'obligation générale d'information a été reprise dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations³⁸, à l'intérieur d'une sous-section 1 « *Le consentement* ». Cette position qui peut être contestée³⁹ illustre la volonté du législateur : si ces obligations se développent, c'est dans un véritable but de protection d'une partie faible car ignorante. Il s'agit de défendre *a priori* sa liberté contractuelle et d'éviter de recourir *a posteriori* aux vices du consentement, dont la sanction de nullité est plus violente. Cette nouvelle vision de la protection de la partie faible se fonde sur les principes de l'économie libérale selon laquelle il n'y a concurrence pure et parfaite que si plusieurs critères sont réunis⁴⁰, dont l'information des consommateurs. L'idée sous-jacente est que l'identité parfaite des produits étant impossible, il faut, pour se rapprocher le plus possible de la situation de concurrence pure et parfaite, améliorer l'information des acheteurs pour permettre le meilleur choix et s'assurer de la réalité de leur volonté. Un parfait exemple de cette nouvelle conception de la protection qui ne vient plus porter atteinte au principe de l'autonomie de la volonté⁴¹ se trouve dans la publicité comparative : autrefois interdite sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et de la concurrence déloyale, la Cour de cassation

³⁵ Conditions posées dans la thèse de M. Fabre-Magnan, précitée.

³⁶ Ce développement se voit nettement dans l'article L. 111-1 du Code de la consommation, modifié par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, dite loi Hamon, qui impose diverses informations relatives aux produits ou au service (caractéristiques essentielles et prix) et à l'identité du professionnel.

³⁷ Mythe car les produits étant de plus en plus complexes, notamment par le développement technologique, il semble impossible pour toute personne de connaître les informations importantes du produit

³⁸ Article 1129 du projet « *Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant... Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé.* »

³⁹ Elle laisse penser que tout manquement à une obligation d'information vicie le consentement donc emporte nécessairement la nullité du contrat, ce qui est pourtant contredit par l'alinéa 2 de l'article.

⁴⁰ Les autres critères sont l'atomicité (les acheteurs et les vendeurs sont en très grand nombre ce qui empêche que l'un d'eux, par une décision unilatérale, modifie les conditions du marché) ; l'homogénéité du produit (les biens présents sur le marché sont rigoureusement identiques, de même que leur présentation, si bien que les acheteurs sont indifférents à l'identité du vendeur) ; la libre entrée (à tout moment, des entreprises peuvent entrer dans le marché ou, au contraire, s'en retirer car il n'y a ni limite ni barrière)

⁴¹ Thèse G. Farjat : *L'ordre public économique*, 1963 « *lors même, pour prendre le procédé technique le plus anodin pour la liberté contractuelle, que la seule contrainte se manifeste par l'obligation pour un contractant d'informer son partenaire sur certains éléments du contrat afin d'éviter le "si j'avais su" d'un contractant déçu, dans la mesure où l'on veut empêcher une déception sur la valeur de la prestation, il nous paraît juste de considérer qu'il y a là une des manifestations de l'ordre public économique* »

l'a finalement admise par un arrêt du 22 juillet 1986⁴² en posant quatre critères : la comparaison porte sur les prix et uniquement sur les prix, les produits sont identiques et sont vendus dans les mêmes conditions dans les deux magasins. Cette solution a par la suite été consacrée par le législateur en 1992⁴³ puis codifiée aux articles 121-8 à 121-14 du Code de la consommation. L'information est ainsi pleinement héritée de l'ordre public de protection et sert à remédier à une « *inégalité psychologique* »⁴⁴

Développement de l'ordre public et protection de l'environnement. – « *Chercher à définir l'ordre public, [...] c'est enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte* »⁴⁵. En étudiant l'ordre public que nous savons polymorphes, il est possible de se demander s'il ne nous emmène pas sur une voie récente mais en construction : celle de l'ordre public écologique. Le mot écologie vient de l'allemand « *Ökologie* », créé par le biologiste Ernst Haeckel. Etymologiquement, il provient du grec « *Oikos* », maison ou habitat, et « *Logos* », science. Ce serait donc la science de l'habitat ou encore la science qui étudie les relations des êtres vivants avec leur environnement⁴⁶.

Si l'on a tenté de définir l'ordre public comme la traduction de « *la supériorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers* »⁴⁷, il ne serait pas choquant de penser que celui-ci puisse venir défendre l'écologie. En effet, l'intérêt général se nicherait dans la protection de l'environnement ce qui nous est constamment rappelé par les études scientifiques qui dénoncent l'intensification de l'effet de serre et le réchauffement climatique. Les conventions internationales et les textes internes qui imposent des obligations environnementales à l'Etat comme aux citoyens et contractants se multiplient dans tous les domaines⁴⁸ à tel point que l'ordre public écologique est devenu une réalité y compris en droit des obligations.

⁴² N° de pourvoi: 84-12829

⁴³ Loi n°92-60 du 18 janvier 1992

⁴⁴ J. Carbonnier : « *maintenant, l'inégalité que l'on a en vue, c'est davantage une inégalité psychologique, l'inégalité dans l'information* » : Journées R. Savatier, *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Poitiers, 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p. 36

⁴⁵ Juge anglais Burrough, cité par Ph. Mauraie pour entamer sa thèse *L'ordre public et le contrat*, Paris, 1954

⁴⁶ Dictionnaire Larousse, Bordas, 1998

⁴⁷ Ph. Mauraie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 2004 ; précité, malgré les limites que nous avons apporté à cette définition.

⁴⁸ On peut citer la déclaration de Rio de juin 1992 qui pose le principe du pollueur-payeur, ou la Charte de l'Environnement adoptée en 2004, proclamée en 2005 et qui a fait son entrée dans le bloc de constitutionnalité ; des dispositions imposent en outre des obligations de dépollution ou de traitement des déchets ; enfin des dispositions pénales ont été introduites pour accroître la protection de l'environnement : l'article 410-1 du Code pénal dispose que l'équilibre du milieu naturel et de l'environnement fait partie des intérêts fondamentaux de la nation et l'article 421-2 incrimine l'infraction de terrorisme écologique.

La croisée des chemins : l'ordre public, l'obligation d'information et l'écologie. - « *Nos faiseurs de textes se sont depuis plus de trente ans employés à multiplier sans aucune vision d'ensemble des dispositions pointillistes et tatillonnes [...] pour former un inextricable patchwork* »⁴⁹. D'un côté, les obligations d'information précontractuelles sont foison et dans des domaines très divers. De l'autre, les mesures en faveur de la protection de l'environnement se sont multipliées. Il était inévitable, dans cette « *idéologie de l'information* »⁵⁰, que ces deux mondes se rencontrent pour aboutir à une obligation d'information en matière écologique dans les contrats de droit privé. Nous pourrions dresser une liste à la Prévert de ces obligations afin d'apporter la preuve de notre propos. Ce n'est pas là l'objet de notre étude et, entre l'obligation pour les sociétés cotées de faire figurer dans leur rapport annuel de gestion des « *informations sur la manière dont [elles prennent] en compte les conséquences [...] environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable* »⁵¹, l'obligation dans le cadre d'une procédure collective d'accompagner le bilan économique et social d'un bilan environnemental si l'entreprise exploite des installations classées⁵² ou l'obligation pour le vendeur d'un terrain sur lequel a été exploitée une installation classée d'en informer son cocontractant⁵³, nous ne nous intéresserons qu'à l'une des dernières nées de ces informations environnementales obligatoires : l'information par l'étiquetage énergétique des produits et nous la comparerons aux autres informations en matière écologique pour montrer son originalité.

L'étiquetage énergétique. – Mécanisme récent pour informer les acheteurs de la performance énergétique d'un produit, il concerne plusieurs produits électroménagers neufs de consommation courante, les voitures neuves et les biens immobiliers, neufs ou anciens.

Les produits électroménagers. – Rendu obligatoire en 1992⁵⁴ par l'ancienne Communauté Economique Européenne, l'étiquetage énergétique concerne différents produits électroménagers comme les réfrigérateurs, congélateurs, lave-linge, sèche-linge, lave-vaisselle, climatiseurs, lampes ou fours électriques, c'est-à-dire tous les produits qui consomment de l'électricité, ou, selon le néologisme consacré y compris par les tribunaux

⁴⁹F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11e édition, 2013 ; p. 283

⁵⁰J. Carbonnier, dans les Journées R. Savatier, *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Poitiers, 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p. 36

⁵¹ Article L.225-102-1 du Code de commerce

⁵² Article L.623-1 Code de commerce

⁵³ Article L.514-20 Code de l'environnement

⁵⁴ Directive 92/75/CEE du Conseil, du 22 septembre 1992, concernant l'indication de la consommation des appareils domestiques en énergie et en autres ressources par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits

français⁵⁵, les produits « énergivores ». Il s'agit de contraindre le vendeur professionnel d'un de ces biens d'afficher sur le lieu de vente et sur son site internet de vente en ligne une étiquette indiquant la consommation en électricité et éventuellement en eau du produit. Le bien est rangé dans une catégorie représentée par une lettre et une couleur en fonction des résultats afin de signaler au consommateur quel est le meilleur produit du marché en termes de consommation d'énergie. Un indice du bruit produit est aussi présent mais il s'éloigne de notre sujet.

Les véhicules. – L'étiquetage énergétique concerne en outre les voitures neuves, en application d'une directive de 1999⁵⁶. Dans ce domaine, le vendeur professionnel doit afficher sur le lieu de vente et sur son site internet de vente en ligne une étiquette informant l'acheteur des rejets de dioxyde de carbone (CO₂) de la voiture par kilomètre parcouru. Les véhicules sont classés en catégories représentées par une lettre et un code couleur en fonction des résultats.

Les logements. – L'étiquette-énergie des logements, dont le régime a été refondu en 2010⁵⁷, doit être affichée pour tous les bâtiments, neufs ou non, proposés à la vente ou à la location, et reprise dans le dossier de diagnostics techniques remis à l'acheteur avant la vente ou au locataire avant la location. Elle est établie par un diagnostic de performance énergétique et vise à informer sur la consommation du bâtiment en électricité pour les besoins du chauffage et du refroidissement de l'air et de l'eau, et sur les rejets en dioxyde de carbone émis pour ces mêmes besoins. Le logement est rangé dans une classe énergétique en fonction des résultats.

La cible de l'étiquetage. – Hormis le cas du diagnostic de performance énergétique pour les bâtiments, l'étiquetage énergétique est uniquement imposé aux professionnels de la vente. Le cœur de cible de cette mesure est donc le consommateur : celui qui achètera le produit et pourra choisir entre les différentes classes énergétiques. La notion de consommateur a longtemps été débattue et une différence existait entre les définitions européenne et française : alors que la plupart des directives européennes visaient une personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle⁵⁸, la Cour de cassation faisait référence à toute personne, physique ou morale, qui agissait dans des

⁵⁵ Limoges, Ch. civile, 28 juin 2013 ; N° de RG: 13/00179

⁵⁶ Directive 1999/94/CE du 13 décembre 1999 concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO₂ à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation des voitures particulières neuves

⁵⁷ Directive 2010/31/UE du 19 mai 2010 sur la performance énergétique des bâtiments

⁵⁸ Par exemple : Directive 2002/65/CE sur les contrats à distance, ou encore Directive 98/6/CE sur l'indication des prix des produits

domaines extérieurs à ses activités et était donc dans un « *état d'ignorance* »⁵⁹. La loi du 17 mars 2014 a mis fin à ces doutes en retenant la définition européenne au sein d'un article préliminaire dans le Code de la consommation⁶⁰. Ce choix correspond parfaitement à l'esprit de l'étiquetage énergétique : le but est d'informer ceux qui, par leurs choix d'achats, peuvent forcer les producteurs à développer des produits moins consommateurs d'énergie. Il faut informer la masse la plus nombreuse pour les rendre sensibles à la protection de l'environnement. Toutefois, pour inclure l'étude du diagnostic de performance énergétique, qui s'applique quelle que soit la qualité des parties au contrat, nous parlerons plus généralement de contractants.

L'intérêt de l'étude. – Nous avons vu ce que recouvrait le mécanisme de l'étiquetage énergétique. Nous pouvons maintenant nous interroger sur l'intérêt de l'étudier : pourquoi consacrer un mémoire entier à un carton de 22 centimètres de longueur sur 11 de large⁶¹ apposé sur des appareils électroménagers, des voitures et des annonces immobilières ? La question peut se poser. Cette étiquette-énergie semble n'être encore qu'une information environnementale de plus qui viendrait nourrir un ordre public insatiable. L'intérêt discutable d'un renseignement écologique au beau milieu des contrats de vente et de location, cœur de la vie des affaires, laisserait penser qu'il ne s'agit là que de la manifestation de lubies politiques censées rappeler à chacun de nous qu'il a un rôle à jouer dans la protection de l'environnement. Caprice d'un législateur européen en panne d'idée lorsqu'il s'agit d'écologie, cette étiquette pourrait être vue comme un intrus dans le contrat : que vient faire cette pancarte colorée sur les rayons de nos magasins ?

En « *contemplant les événements de la vie courante avec un œil de juriste* »⁶², nous allons voir que l'étiquetage énergétique n'est pas qu'un amas de dessins et de couleurs : c'est un mécanisme actuel et en développement, peu étudié, original par son fonctionnement et qui, nous le démontrerons dans la suite de ces pages, change radicalement l'approche du droit des obligations.

⁵⁹ C. cass, 1^{re} civ., 28 avril 1987, n° 85-13674

⁶⁰ « *Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

⁶¹ Dimension de l'étiquette en matière de réfrigérateur, fixée par le règlement européen n° 1060/2010

⁶² Ihering, Introduction à la *Jurisprudence de la vie quotidienne*, Iena, 1892 ; cité par J.-P. Gridel, thèse *Les signes et le droit. Les bornes – les uniformes – la signalisation routière et autres*, Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979

Un mécanisme en développement. – L'étiquetage énergétique répond à des préoccupations contemporaines : la protection de l'environnement. Il concerne un champ d'étude vaste puisque l'étiquette doit être apposée sur les produits électroménagers, les véhicules neufs et les logements, chaque domaine présentant des particularités qu'il nous faudra comparer. Les préoccupations écologiques sont croissantes ces dernières décennies et avec elle, l'étiquetage énergétique prend de l'ampleur : alors qu'il était avant facultatif, il est devenu obligatoire pour ces produits mais ce mouvement ne va pas s'arrêter là : déjà des propositions sont faites pour étendre cette étiquette aux voitures d'occasion⁶³ et une expérimentation a été menée, conformément à l'article L.112-10 du Code de la consommation, pour imposer aux professionnels d'afficher sur tous les produits, même non électroménagers, une information sur l' « équivalent carbone des produits et de leur emballage, ainsi que de la consommation de ressources naturelles ou de l'impact sur les milieux naturels qui sont imputables à ces produits au cours de leur cycle de vie ». Cette expérimentation, qui n'a pas donné de suite sensible, témoigne pourtant de la densité du sujet de l'étiquetage énergétique et d'un avenir sous les meilleurs auspices.

Un mécanisme peu étudié. – Malgré la croissance continue de l'obligation d'information par une étiquette énergétique, peu d'études juridiques ont été réalisées sur le sujet, en dehors de celles effectuées par Mathilde Boutonnet, maître de conférences en droit privé de l'environnement à l'Université Aix-Marseille, qui en a décrit chaque coin sous le prisme environnemental⁶⁴. Il faudra donc approfondir ce thème en gardant pour référence le droit des obligations. Cet angle permettra de proposer des réponses aux questions juridiques que pose ce mécanisme original et d'en révéler tous les enjeux.

Un mécanisme original. – L'étiquetage énergétique n'est pas un nouvel élément de la kyrielle des obligations d'information environnementale déjà connues. Il partage avec certaines d'entre elles une même technique : par exemple, en matière de logement, le diagnostic de performance énergétique reste une information exprimée suite à une expertise et remise dans le dossier de diagnostics techniques, ce qui la rapproche des diagnostics amiante, plomb ou champignon ; pour cette raison, dans les arrêts rendus par la Cour de cassation dans cette

⁶³ Au Royaume-Uni, certains concessionnaires l'affichent de façon volontaire

⁶⁴ *L'efficacité environnementale du contrat*, dans *L'efficacité du droit de l'environnement*, sous la direction de Olivera Boskovic, colloque du 15 octobre 2009 à l'Université d'Orléans, Dalloz ; *Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats*, D. 2012. 377 ;

Le contrat, un instrument opportun de l'ordre public environnemental, D. 2013. 2528 ;

Le contrat et le droit de l'environnement, RTD Civ. 2008 p. 1 ;

La consécration du concept d'obligation environnementale, D. 2014 p. 1335

matière, rares sont les cas où le diagnostic énergétique est exclusivement visé, la plupart des affaires concernent l'ensemble des expertises remises à l'acheteur⁶⁵. Cependant, en dépit de cette identité de mécanisme, les buts sont très différents : nous ne sommes plus dans un objectif de protection d'une partie au contrat mais dans sa sensibilisation sans conséquence sur un sujet très éloigné des préoccupations marchandes. Non seulement l'étiquetage ne vient pas protéger son créancier mais uniquement l'environnement mais en plus, si le professionnel est obligé d'afficher cette étiquette, rien ne vient imposer au consommateur ou au simple particulier dans le cadre immobilier de choisir le produit le plus écologique. L'étiquetage obligatoire ne fait que lui conseiller un produit, il a pour but de l'influencer mais en lui laissant une liberté de choix. C'est pour cette raison que nous parlons d'ordre public de sensibilisation : il s'agit d'imposer une information qui n'est pas directement importante pour son créancier, l'objectif est de véhiculer un idéal : celui de la protection de la planète. C'est aussi pourquoi nous ne traiterons pas de tout le phénomène de l'étiquetage comme pour les produits dangereux ou les matériaux des peintures : nous les évoquerons pour affirmer l'originalité de l'étiquetage énergétique qui est l'exemple le plus flagrant d'une information qui ne protège pas une partie. Il faudra aussi, pour marquer la spécificité de l'étiquetage énergétique, le distinguer d'autres mécanismes d'incitation comme les bonus-malus fiscaux en matière écologique qui sont appliqués notamment aux véhicules : en effet, il y a là une réelle sensibilisation sur l'écologie, sans but de protection, mais avec une conséquence : un encouragement ou une sanction répressive, à la différence du sujet qui nous occupe. Enfin, nous distinguerons notre thème des pures normes autoritaires du législateur, celles qui très classiquement imposent un comportement puisque pour nous, nous l'avons dit, seul le vendeur/loueur est obligé d'agir, pas le créancier de l'information. L'originalité de cette information n'est pas sans poser la question du rôle du contrat : il est désormais évident que le contrat n'est plus un simple outil marchand mais est porteur de réelles valeurs. Cette nouvelle vision du contrat ne peut que bouleverser notre droit des obligations.

Une nouvelle approche du droit des obligations. – L'étiquetage énergétique est un mécanisme de sensibilisation à la protection de l'environnement à l'intérieur même du contrat. Cela nous prouve, s'il en était question, que le droit de l'environnement ne se construit pas comme un ensemble de normes autonomes mais va venir irriguer toutes les branches du droit, y compris le droit des obligations, et se sert des bases construites par les rédacteurs du Code civil de

⁶⁵ C. cass, 1^e civ, 13 décembre 2012, n°11-25911 : la Haute juridiction vise tous les diagnostics : « la réalisation de diagnostics (amiante, plomb, performances énergétiques) ... les diagnostics ayant été fournis sans retard »

1804 pour croître. Faisant écho au mouvement doctrinal de l'analyse économique du droit de la fin des années cinquante, est née une nouvelle vision du droit : « *l'analyse écologique du droit* »⁶⁶.

L'analyse économique du droit est issue de la doctrine américaine, qui parlait alors de « Law and Economics » ou « Economic analysis of Law », développée principalement à l'Université de Chicago et étendue dans les années 1970 en Australie, Canada, Angleterre, Suède et Allemagne. Son but était d'étudier l'influence des lois et règlements en vigueur sur le fonctionnement de l'économie et la répartition des richesses afin de ne conserver que les mesures qui permettaient d'atteindre les objectifs économiques fixés.

Au XXI^e siècle, un nouveau domaine occupe les esprits, l'écologie, d'où la reprise de cette étude des normes en vigueur mais pour étudier désormais leur influence sur le respect de l'environnement. Développée par Guillaume Henry⁶⁷, l'auteur définit cette vision comme « *l'étude de l'efficacité de la règle de droit au regard de l'impératif de limiter l'impact de l'activité humaine sur l'environnement* ». Se pose alors une question essentielle : si les dispositions du Code civil sont passées au crible de cette nouvelle analyse écologique du droit, on peut dès lors se demander si elles en ressortent indemnes ou si le droit de l'environnement, qui va se développer sur ces bases anciennes, ne va pas en même temps les faire muter. Mathilde Boutonnet, affirme qu'il n'y a pas concurrence entre les droits (civil et environnemental pour ce qui nous intéresse) mais coopération⁶⁸, chacun évoluant pour permettre à l'autre de s'exprimer dans toute sa force. Il est pourtant permis de se demander si cette « *évolution* » n'est pas en réalité une dénaturation du droit des obligations qui sert de base au développement des préoccupations écologiques.

Notre étude a pour but de démontrer qu'il y a effectivement bouleversement du droit des obligations qui va connaître des techniques nouvelles pour promouvoir la protection de l'environnement. En effet, jamais le droit des contrats n'avait connu pareil mécanisme : une obligation d'information qui sensibilise son créancier pour que celui-ci poursuive un idéal alors même qu'il n'y a pas directement intérêt. Le contrat se retrouve vecteur forcé d'idéaux

⁶⁶ G. Henry, *L'analyse écologique du droit, un nouveau champ de recherche pour les juristes*, RTD Com, 2014, p. 289

⁶⁷ Article précité

⁶⁸ Mathilde Boutonnet, *Le contrat et le droit de l'environnement*, RTD Civ. 2008 p.1 : le titre ses parties « *Le contrat comme vecteur d'application du droit de l'environnement ... Le droit de l'environnement comme facteur d'évolution du contrat* » laisse clairement entendre une coopération entre les droits.

et est utilisé par l'Etat pour influencer le comportement de chacun et poursuivre la politique environnementale étatique.

On peut dès lors dénombrer quatre types de mutation du droit des obligations. Tout d'abord, une mutation de la finalité de la norme : alors que traditionnellement la législation sert à contraindre et imposer le point de vue du législateur, considéré comme la volonté du peuple donc meilleure pour l'avenir, se développe un étiquetage énergétique qui n'a pour objectif que de proposer une ligne à suivre, une voie qui serait bonne mais qu'il ne serait pas obligatoire d'emprunter. L'accompagne une mutation du rôle de l'obligation d'information : alors que celle-ci n'a été créée que pour protéger son créancier en lui permettant de connaître des éléments déterminants du contrat projeté, elle vient désormais renseigner sur un point qui n'est pas forcément essentiel dans l'esprit du destinataire de l'information dans le seul but de le sensibiliser sur ce que le législateur juge important. En découle une mutation de la finalité de l'ordre public : en effet, la bonne voie proposée par l'étiquetage énergétique n'est facultative que pour son destinataire : l'acheteur du bien étiqueté. Le vendeur est quant à lui contraint d'afficher cette étiquette et le fournisseur de la lui remettre. Cette double contrainte est la manifestation d'un ordre public original qui n'a pour but que de sensibiliser l'acheteur. Enfin, on note une mutation du rôle du contrat et de sa place dans la société. L'ordre public de sensibilisation permet au législateur d'utiliser le contrat pour influencer le comportement de chacun ce qui soulève une interrogation majeure : le fait pour lui d'agir ainsi dans le cœur de la vie des affaires manifeste-il une crise de l'Etat qui change ses moyens d'action pour rendre plus acceptable sa politique – on parlera alors de contractualisation de la société – ou à l'inverse une crise du contrat qui est absorbé par des considérations politiques et non plus économiques ?

Pour étudier et expliquer ces bouleversements du droit des obligations, nous proposons de compléter l'étude technique de l'étiquetage énergétique par une étude sociologique du contrat et de ses mutations.

Nous démontrerons que la sensibilisation obligatoire des contractants est permise par la diversité de l'ordre public auquel il est donné une nouvelle réalité à couvrir (Partie 1) ce qui provoque un bouleversement du rôle du contrat (Partie 2).

PARTIE 1 : LA SENSIBILISATION DES CONTRACTANTS **ET LE RENOUVEAU DE L'ORDRE PUBLIC**

L'étiquetage énergétique est un mécanisme original qui n'a pour but que de sensibiliser les parties à un contrat à la préservation de l'environnement. Parce qu'il ne permet pas la protection du destinataire de l'information ni de l'ordre étatique, ce système obligatoire s'inscrit dans un ordre public sans précédent ce qui n'est pas sans soulever la question d'une modification du rôle de l'obligation de renseignement.

TITRE 1 : LA SENSIBILISATION DES CONTRACTANTS PAR L'ETIQUETAGE ENERGETIQUE

La mise en œuvre de la politique environnementale passe traditionnellement par l'édiction de mesures autoritaires qui imposent le respect de l'environnement. Déjà en 1809, Napoléon Ier soulignait la nécessité de respecter l'air que chacun respire, affirmant « *s'il est juste que chacun puisse exploiter son industrie, le gouvernement ne saurait, d'un autre côté, voir avec indifférence que, pour l'avantage d'un individu, tout un quartier respire un air infesté* »⁶⁹. Cette déclaration fut suivie d'un décret du 15 octobre 1810 relatif aux manufactures et ateliers insalubres, incommodes ou dangereux ; texte marquant dans l'histoire de l'intervention étatique en matière environnementale bien qu'il ne s'agît que d'une protection de l'environnement et des citoyens par une interdiction de pollution abusive et non pas d'une préservation des ressources naturelles. Peu à peu et par l'influence européenne, se sont développées à côté de ces mécanismes hautement autoritaires, des obligations d'information environnementale dans le contrat, heurtant moins la liberté car n'imposant qu'un renseignement et non pas le respect de l'environnement. Il s'agit alors d'une information précontractuelle dans un but de protection de son créancier et principalement de sa santé. En l'identifiant par son objet, Mathilde Boutonnet propose de la qualifier « *d'information sur l'environnement* »⁷⁰. Son débiteur est ainsi tenu de préciser des données environnementales susceptibles d'avoir des conséquences pour son créancier. Les caractéristiques de l'obligation d'information demeurent puisqu'il s'agit de renseignements pertinents et déterminants pour le consentement de leur créancier donc transmis dans son intérêt.

⁶⁹ Demande d'un rapport à la Section de chimie de l'Institut, 30 octobre 1809

⁷⁰ M. Boutonnet, *De l'obligation d'information sur l'environnement à l'obligation d'information pour l'environnement, entre intérêt des parties et intérêt général*, RDC 1^{er} juillet 2012, n°3, p. 908

Passant d'une norme autoritaire imposant le respect de l'environnement à une obligation d'information « *sur l'environnement* » dans le contrat protégeant son créancier, la politique écologique n'avait pas fini sa métamorphose. La troisième étape s'est accomplie par la transformation de l'information sur l'environnement en une obligation d'information précontractuelle « *pour l'environnement* »⁷¹. Selon l'auteur, il s'agit pour son débiteur de fournir des renseignements qui sont susceptibles d'avoir des conséquences pour l'environnement et uniquement lui. Il ne s'agit plus de protéger une partie au contrat mais de lui faire prendre conscience des risques écologiques du produit ou service objet du contrat de façon à lui conférer un rôle actif dans la préservation de l'environnement. En somme, l'information précontractuelle a pour but de sensibiliser son créancier à l'écologie.

Cette métamorphose des normes à visée environnementale protégeant une partie au contrat en des normes protégeant uniquement l'environnement s'explique par le changement de la définition du terme environnement : lorsqu'il fait son entrée dans le dictionnaire Larousse en 1972, le terme environnement est défini comme « *l'ensemble des éléments naturels ou artificiels qui conditionnent la vie de l'homme* ». L'environnement renvoie alors à ce qui environne, ce qui nous entoure c'est-à-dire le voisinage. Dans cette perspective, il semble évident que la protection de l'environnement ne peut pas avoir pour objet de protéger la planète dans sa globalité mais seulement les éléments naturels proches géographiquement. L'idée de la préservation de la santé des hommes se trouvant dans ce milieu est sous-jacente car si l'enjeu n'est pas la protection de la planète, il ne peut être que la protection d'un groupe d'individus à un endroit déterminé. Nous sommes alors dans l'information « *sur l'environnement* ». L'information « *pour l'environnement* » naît par la vision plus écologique de l'environnement, ouvert à une globalité et non plus restreinte au voisinage. Il vise alors toute la biosphère : les espèces animales ou végétales, les espaces, les équilibres biologiques, les ressources, la qualité de l'air ou encore les paysages.

Ces transformations peuvent être étudiées tant sur un plan historique que sur un plan technique afin de mettre en lumière ces évolutions.

⁷¹ Note précitée

Chapitre 1 : L'émergence de la sensibilisation des contractants

En prenant en compte le second sens du terme « environnement », comme renvoyant à la biosphère, il faut relever que l'obligation d'information « pour l'environnement » est l'aboutissement d'une politique de préservation des ressources naturelles fortement impulsée par l'Union Européenne et dont la manifestation majeure est l'étiquetage énergétique des produits. La sensibilisation des parties au contrat ainsi opérée témoigne de la volonté d'obtenir le soutien du corps social dans la mise en œuvre de la politique écologique. L'Etat s'adresse aux consommateurs perçus comme étant le groupe qui a le plus de pouvoir en la matière : « *Dans une économie de marché, le dernier mot revient au consommateur. Par son mode de vie, par ses actes d'achat, le consommateur a le pouvoir de changer le monde* »⁷².

Pour comprendre le changement de paradigme, de la contrainte à la sensibilisation dans le contrat, il semble indispensable d'étudier l'émergence et le développement de l'étiquetage énergétique. Comprendre son passé nous sera aussi indispensable pour envisager son futur dans la suite de nos raisonnements.

Section 1 : La politique environnementale : une conséquence de la crise pétrolière

L'étiquetage énergétique puise son origine dans le droit de l'Union Européenne. Cela ne surprend guère : l'Union Européenne est un précurseur en termes de protection de l'environnement et multiplie les politiques écologiques. Son omniprésence dans cette matière a été moquée par certains auteurs qui ont dénoncé ces mesures coûteuses, sans grand intérêt et qu'il faudrait reléguer derrière des questions de rang plus important comme la situation économique. Il a par exemple été affirmé avec humour que les initiales UE ne signifiaient plus « *Union Européenne* » mais « *Union Environnementale* »⁷³. Pourtant, il n'est pas illogique que ces mesures soient initiées par l'Union Européenne. En effet, les questions de la

⁷² Rapport de la mission Lepage, 2008, p. 27

⁷³ Cité par l'ancien avocat général F. Jacobs, *La mise en œuvre du droit de l'environnement, défi européen*, LPA 5 novembre 2008 ; repris dans *L'efficacité du droit de l'environnement*, colloque du 15 octobre 2009 organisé par le centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans sous la direction de Olivera Boskovic, Dalloz.

préservation de l'environnement et de la consommation énergétique des produits destinés à la vente sont aussi anciennes que la création du Conseil européen. Tout commence avec le premier choc pétrolier de 1971 : l'Europe manquait de pétrole, mais elle avait des idées. Les chefs d'Etat ont alors décidé en 1972⁷⁴ de mettre en place une politique énergétique pour économiser les ressources naturelles mais cela dans un but économique : il ne s'agissait pas de protéger l'environnement mais de protéger le budget des Etats suite à la flambée des prix du baril de pétrole. Il fallait diminuer la dépendance au pétrole et aux autres ressources épuisables.

Toujours dans cette optique budgétaire, le Conseil européen a par la suite autorisé la Commission à établir un bilan global de la situation énergétique de la Communauté⁷⁵. Sur la base de ce bilan, il lui était demandé d'émettre des propositions dans les buts de résoudre la crise énergétique contemporaine (dès cette époque, on emploie des mots forts : on parle de « *la crise de l'énergie [qui] constitue une menace pour l'ensemble de l'économie mondiale* ») et de contraindre les Etats à réduire leur consommation d'énergie. Un Comité de l'énergie est créé de manière à répondre à ces demandes et assurer l'application au sein des Etats de la politique énergétique européenne.

Section 2 : La naissance de l'information environnementale

Peu à peu, le but budgétaire de la politique environnemental diminue pour laisser place à une réelle préoccupation écologique. Le tournant est initié par la communication de la Commission du 5 juin 1974 intitulée «*Vers une nouvelle stratégie de politique énergétique pour la Communauté*». Elle est suivie par la mise en place d'un programme d'action communautaire dans le domaine de l'utilisation rationnelle de l'énergie⁷⁶. L'objectif défini est « *la diminution du taux de croissance de la consommation intérieure d'énergie par des mesures d'utilisation rationnelle et d'économie de l'énergie, sans que cela compromette les objectifs de développement économique et social* ». Un des moyens pour y parvenir est essentiel puisqu'il est au cœur de notre mémoire : « *il convient de créer un courant d'information propre à faire connaître au public les moyens les mieux adaptés pour améliorer*

⁷⁴ Conférence de Paris, 19 au 21 octobre 1972, points 8 et 9 pour la volonté de mettre en place une politique énergétique

⁷⁵ Conférence de Copenhague, 14 au 16 décembre 1973

⁷⁶ Résolution du 17 septembre 1974

l'isolation thermique des bâtiments et promouvoir ainsi une utilisation rationnelle de l'énergie ». C'est la naissance de l'information environnementale et de la sensibilisation du public.

Section 3 : L'émergence de l'étiquetage énergétique

De la sensibilisation du public par des campagnes d'information à la naissance d'une obligation d'information énergétique dans les contrats il n'y avait qu'un pas qui a été franchi par le Conseil en 1979⁷⁷. La directive prise a pour but de créer une information harmonisée en Europe car selon l'avis du Conseil, des informations au niveau national sont un frein à la circulation des produits. Pour développer cette information, la voie de l'étiquetage est suggérée pour différents types d'appareils domestiques : chauffe-eau, fours (dont les fours électriques par la directive 79/531/CEE du même jour), réfrigérateurs, congélateurs, machines à laver le linge, machines à laver la vaisselle, séchoirs, fers à repasser, téléviseurs. Le contrôle de ces étiquettes serait effectué par les Etats ou par des organismes agréés. De plus, un Comité est institué pour permettre l'actualisation des directives concernant l'information des consommateurs sur la consommation d'énergie des appareils domestiques. Il est composé d'un représentant par Etat et présidé par un représentant de la Commission. Toutefois, ce système qui ressemble à celui que l'on connaît aujourd'hui n'est que facultatif pour les Etats : ils restent libres de mettre en place ou non un tel affichage. L'étiquetage est par la suite étendu à l'information sur le bruit des appareils⁷⁸. Cet embryon de l'étiquetage contemporain semble pour l'Europe un mécanisme opportun qu'elle soutient par la création des programmes « SAVE I et II »⁷⁹ : plans quinquennaux qui mettent l'accent sur le rôle de l'Etat dans « *la formation et l'information en matière d'efficacité énergétique au niveau le plus proche possible des consommateurs d'énergie* »⁸⁰.

⁷⁷ Directive 79/530/CEE du Conseil, du 14 mai 1979, concernant l'information sur la consommation d'énergie des appareils domestiques par voie d'étiquetage

⁷⁸ Directive 86/594/CEE du Conseil du 1er décembre 1986 concernant le bruit aérien émis par les appareils domestiques

⁷⁹ Décision du Conseil du 29 octobre 1991 concernant la promotion de l'efficacité énergétique dans la Communauté (programme Save I) (91/565/CEE)

⁸⁰ Objectif 2 du plan SAVE I

Section 4 : Le chemin vers l'étiquetage énergétique actuel

Paragraphe 1 : L'étiquetage des produits électroménagers

Le précédent système d'affichage fut un échec car le système se voulant facultatif, il demeurait des différences entre les Etats membres alors que le but même du texte était d'harmoniser les normes européennes. Retenant les leçons de cet essai manqué, le Conseil a repris cet étiquetage en le rendant obligatoire, en se fondant là encore sur l'harmonisation des règles étatiques pour achever la mise en place du marché commun et éviter les entraves à la circulation des biens causés par cette multitude de textes ; ainsi que sur l'objectif de l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles⁸¹. La directive adoptée en 1992 pose certains principes en la matière : les fournisseurs sont responsables de l'exactitude des informations figurant sur les étiquettes qu'ils remettent aux vendeurs et les Etats choisissent les mesures permettant de faire appliquer cette directive. Elle est suivie de directives complémentaires pour chaque type de produits domestiques que les Etats sont tenus de transposer⁸². Selon l'article 214-1 10°) du Code de la consommation, la transposition de ces directives incombent au pouvoir réglementaire par des décrets pris en Conseil d'Etat⁸³. Ainsi, la directive de 1992 a fait l'objet d'un décret de transposition général en 1994⁸⁴ accompagné d'autres décrets transposant chaque directive particulière à un type d'appareil domestique et appliqué par des arrêtés.

⁸¹ Directive 92/75/CEE du Conseil, du 22 septembre 1992, concernant l'indication de la consommation des appareils domestiques en énergie et en autres ressources par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits

⁸² Par exemple : 94/2/CE pour les réfrigérateurs-congérateurs ou 95/13/CE pour les sèche-linge

⁸³ « Il sera statué par des décrets en Conseil d'Etat sur les mesures à prendre pour assurer l'exécution des chapitres II à VI du présent titre, notamment en ce qui concerne : Les exigences de précision, de vérification et de prise en compte des éléments significatifs du cycle de vie des produits dans l'élaboration des allégations à caractère environnemental ou utilisant les termes de développement durable ou ses synonymes, lorsque ces allégations sont présentées sur les produits destinés à la vente aux consommateurs ou accompagnent leur commercialisation sous forme de mentions sur les emballages, les publications, la publicité, la télémercatique ou d'insertions sur supports numériques ou électroniques. »

⁸⁴ Décret n°94-566 du 7 juillet 1994 relatif à l'indication de la consommation en énergie et des nuisances sonores des appareils à usage domestique

Paragraphe 2 : Le développement de l'étiquetage énergétique aux véhicules

L'étiquetage énergétique mis en place concernait jusqu'alors les produits électroménagers. L'extension aux véhicules neufs a été menée en 1999⁸⁵ sur le fondement de l'utilisation prudente et rationnelle des ressources et les programmes « Save » développés les années précédentes. L'objectif est clairement affiché : il s'agit là encore de sensibiliser le consommateur pour que, dans ce mouvement de consommation écologique, les constructeurs s'adaptent à la demande⁸⁶. Afin d'accomplir cette mission, l'étiquette doit informer sur deux points : la consommation de carburant et les émissions de dioxyde de carbone. La détermination du régime des sanctions est laissée aux Etats.

Paragraphe 3 : L'extension de l'étiquetage énergétique aux bâtiments

Sur le fondement bien connu de l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles, l'idée d'un étiquetage énergétique des bâtiments s'est concrétisée par la directive du 16 décembre 2002⁸⁷. Elle reprend tous les mécanismes traditionnels de l'étiquetage énergétique pour s'appliquer aux acheteurs et aux loueurs d'immeuble et est transposée par un décret du 14 septembre 2006 qui crée le diagnostic de performance énergétique⁸⁸

⁸⁵ Directive 1999/94/CE du 13 décembre 1999 concernant la disponibilité d'informations sur la consommation de carburant et les émissions de CO₂ à l'intention des consommateurs lors de la commercialisation des voitures particulières neuves ;

Texte de transposition : Décret n°2002-1508 du 23 décembre 2002 relatif à l'information sur la consommation de carburant et les émissions de dioxyde de carbone des voitures particulières neuves

⁸⁶ Le but de la directive est la sensibilisation du consommateur : « *orienter le choix des consommateurs vers les voitures qui consomment moins de carburant et qui dégagent, par conséquent, moins de CO₂, incitant ainsi les constructeurs à prendre des mesures en vue de réduire la consommation de carburant des voitures qu'ils fabriquent* »

⁸⁷ Directive 2002/91/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 sur la performance énergétique des bâtiments

⁸⁸ Décret n°2006-1147 du 14 septembre 2006 relatif au diagnostic de performance énergétique (DPE) et à l'état de l'installation intérieure de gaz dans certains bâtiments

Section 5 : Les lois Grenelles

Les bases de la sensibilisation des parties au contrat par l'étiquetage énergétique ont été posées. Elle est appliquée en matière de produits électroménagers, véhicules et logements. Une nouvelle étape est franchie avec les lois Grenelles, issues des Grenelles de l'environnement de septembre et décembre 2007. Menés par le ministre de l'écologie Jean-Louis Borloo, les « Grenelles de l'environnement » sont des rencontres politiques déroulées rue de Grenelle à Paris visant à édicter des objectifs à long terme dans les domaines de l'environnement et du développement durable. Pour parvenir à ces projets, l'accent est mis sur la participation du citoyen en le sensibilisant sur ces sujets et en lui apprenant les gestes à avoir. Ces réunions aboutissent à deux lois dites « lois Grenelle 1 et 2 ». En matière de sensibilisation, ces lois sont un indispensable sujet d'étude.

Paragraphe 1 : La loi « Grenelle 1 »

La loi du 3 août 2009 contient une liste de 268 engagements proposés durant les sommets rue de Grenelle. Ce texte oscille entre trois thèmes : une révolution du droit de la commande publique en déterminant des exigences écologiques pour toutes entreprises désireuses de traiter avec l'Etat, des mécanismes autoritaires qui imposent le respect d'objectifs environnementaux et, en opposition à ces systèmes autoritaires, des mécanismes d'amélioration des processus d'incitation, de formation et d'information des citoyens et des consommateurs. Si l'on se concentre sur le sujet qui nous occupe, la sensibilisation des parties au contrat, il faut noter qu'elle tient une place essentielle dans le texte : la loi veut très officiellement « *construire une nouvelle économie conciliant protection de l'environnement, progrès social et croissance économique* »⁸⁹ et, pour permettre cette véritable refonte utopique de l'économie, le législateur a développé plusieurs pistes qui passent par une amélioration de « *l'information du consommateur sur le coût écologique des biens et services* »⁹⁰. Utilisant toute son imagination, il a ainsi introduit un « *affichage des émissions de gaz à effet de serre des prestations de transports* »⁹¹, projette de créer une « *écopastille* »

⁸⁹ Article 49 de la loi

⁹⁰ Article 2 II

⁹¹ Article 11 VI

pour les véhicules afin de connaître leur taux d'émission de dioxyde de carbone⁹² et a pour idée d'étendre « *l'étiquetage énergétique, notamment à tous les appareils de grande consommation* »⁹³, le terme « *notamment* » manifestant un réel mouvement dans l'extension.

Paragraphe 2 : La loi « Grenelle 2 »

La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement applique les engagements énoncés dans par la loi précédente. En étudiant la loi Grenelle 1, on pourrait penser que ce second volet est déterminant pour le développement des normes techniques de sensibilisation dans le contrat. Il n'en est rien puisque les mécanismes déjà en place sont issus de directives européennes précises ce qui empêche tout réel ajustement. Quelques modifications mineures du régime des étiquettes énergétiques sont effectuées comme l'extension du diagnostic de performance énergétique aux immeubles en copropriété et l'obligation de le remettre à l'ADEME, agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, ou l'obligation d'indiquer la classe énergétique des produits visés par les directives européennes dans les publicités qui comportent leur prix⁹⁴. Même si cette loi ne crée pas la nouvelle économie prônée par la loi précédente, elle contribue pourtant à faire connaître le système de la sensibilisation contractuelle par deux moyens : elle impose à certains professionnels du transport d'afficher le coût CO₂ de leur prestation sur le ticket de transport ou une affiche, et sur leur site internet, disposition reprise à l'actuel article L.1431-3 du Code des transports ; et généralise l'étiquetage au coût carbone des produits et de leur emballage ainsi qu'à leur impact global sur l'environnement par une expérimentation temporaire⁹⁵. Cette expérimentation a été un échec car, alors qu'elle pouvait ne durer qu'un an minimum à compter du 1^{er} juillet 2011, presque quatre ans après, aucune suite n'a été donnée. Cependant, malgré l'inutilité technique de l'expérimentation, celle-ci a permis de faire entrer l'étiquetage énergétique dans les mœurs et donner à la sensibilisation par le contrat une réelle consistance qui ne demande qu'à s'exprimer de plus en plus fort. L'utilisation du contrat comme vecteur d'idéaux politiques n'en est qu'à ses débuts.

⁹² Article 13

⁹³ Article 18 et repris dans l'article 54 alinéa 1,2 et 5

⁹⁴ L.121-15-4 du Code de la consommation

⁹⁵ L.112-10 du Code de la consommation, l'expérimentation concernait alors 168 entreprises volontaires

Section 6 : Les réformes du mécanisme

Le système de l'étiquetage était construit dès 1992 et s'est rapidement développé. Les lois suivantes l'ont fait rentrer dans les mœurs, puis des textes lui ont permis d'évoluer.

Pour les produits électroménagers, l'étiquette énergétique de 1992 laisse place à une « nouvelle étiquette énergie » qui comporte plus de classes pour s'adapter aux biens du marché de moins en moins consommateurs d'énergie. Elle crée les catégories énergétiques A+ ; A++ et A+++⁹⁶. Cette directive est transposée en 2011⁹⁷ et est accompagnée d'une multitude de règlements européens, un règlement par type de produit, directement applicables dans les Etats de 2010 à 2013⁹⁸.

Pour les bâtiments, une directive de 2010⁹⁹ particulièrement longue pour témoigner de l'importance du sujet¹⁰⁰ propose une refonte du système connu en adoptant une nouvelle méthode de calcul harmonisée entre les Etats.

⁹⁶ Directive 2010/30/UE du 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie

⁹⁷ Décret n° 2011-1479 du 9 novembre 2011 relatif à l'étiquetage des produits ayant une incidence sur la consommation d'énergie

⁹⁸ On dénombre plus de douze règlements européens, pour les aspirateurs, chauffage, fours, réfrigérateurs,...

⁹⁹ Directive 2010/31/UE du 19 mai 2010 sur la performance énergétique des bâtiments ;

Texte de transposition : Décret n° 2010-1269 du 26 octobre 2010 relatif aux caractéristiques thermiques et à la performance énergétique des constructions qui reprend la directive.

¹⁰⁰ Plus de vingt pages en double colonne

Chapitre 2 : Les manifestations de la sensibilisation des contractants

L'étiquetage énergétique se distingue des politiques environnementales autoritaires en ce qu'il n'impose pas une conduite écologique, il ne fait que la suggérer. Il est aussi différent des obligations d'information classiques car a pour but principal non pas la protection de son créancier mais la protection des ressources de la planète. La spécificité de ce mécanisme lui permet de venir sensibiliser ses destinataires, consommateurs ou non.

Section 1 : La sensibilisation du consommateur

La sensibilisation du consommateur passe par l'étiquetage énergétique des produits de consommation courante, principalement les produits électroménagers, l'étiquetage des véhicules et celui des prestations de service de transport.

Paragraphe 1 : L'étiquetage énergétique des produits de consommation courante

L'étiquetage énergétique des produits de consommation courante a pour but de sensibiliser le consommateur à la protection de l'environnement. En cela, il se distingue d'autres mécanismes qui peuvent concerner les mêmes produits mais ne poursuivent pas les mêmes buts.

A. Les normes en dehors de toute sensibilisation

Il est évident que la protection de l'environnement continue de passer, en parallèle de la sensibilisation du consommateur, par des mesures autoritaires qui imposent une conduite écologique.

Par ailleurs, l'étiquetage énergétique se distingue d'autres mécanismes qui utilisent aussi l'étiquetage comme moyen d'expression mais n'ont pas de lien avec une quelconque sensibilisation du consommateur.

1. Les mécanismes autoritaires de protection de l'environnement

Une des manifestations les plus exemplaires de normes imposant le respect d'une conduite écologique en matière de produits de consommation courante est l'interdiction de vente appliquée aux produits trop « énergivores »¹⁰¹. Celle-ci passe par l'exigence d'une labellisation « norme CE » des produits : pour être mis sur le marché, un produit doit être certifié conforme à la norme « CE » or pour avoir cette certification, le produit doit respecter des taux maximum de consommation d'énergie. De nombreuses directives européennes imposaient ce plafond pour les différents types de produits. La dernière en la matière¹⁰² abroge les précédentes pour définir un cadre commun : des principes, conditions et critères pour fixer des exigences environnementales sur les produits consommateurs d'énergie. Elle ne prévoit pas directement des exigences contraignantes pour des produits particuliers mais, sur ce fondement, de nombreux règlements européens, un par type de produits, interdisent à la vente des appareils consommant une quantité d'énergie supérieure à un plafond qu'ils fixent. Ces règlements sont recensés par le décret de transposition de la directive-cadre. Ici, il n'est pas question de laisser le choix aux consommateurs dans les produits qu'ils pourraient acheter : on leur impose un choix restreint.

2. Les mécanismes informatifs de protection du consommateur

L'étiquetage énergétique est avant tout une information précontractuelle qui utilise les signes pour s'exprimer. Dans le domaine des produits de consommation courante, les signes sur les emballages qui remplissent le rôle d'information précontractuelle imposée par un texte sont nombreux et il est nécessaire de ne pas les confondre avec le sujet qui nous occupe. On peut citer à titre d'exemple la réglementation sur les produits dangereux (on pense aux produits d'entretien ménager)¹⁰³. L'étiquetage des produits dangereux obéit aux mêmes codes que celui en matière d'énergie : on retrouve des symboles et pictogrammes imprimés sur l'emballage, chacun véhiculant un message et classant le produit dans une catégorie (produit

¹⁰¹ Rappelons que ce terme est utilisé par la jurisprudence pour décrire un appareil qui consommerait trop d'énergie : Rennes, 16 avril 2013, 11/04718 ; Limoges, 28 juin 2013, 13/00179 ou Limoges, 20 octobre 2014, 14/00272

¹⁰² Directive 2009/125/CE du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie
Texte de transposition : Décret n° 2011-764 du 28 juin 2011 relatif à la procédure de surveillance du marché national des produits ayant un impact sur la consommation d'énergie

¹⁰³ Longtemps, cette réglementation était régie par les directives 67/548/CEE et 1999/45/CE. Elles ont été remplacées par le règlement européen 1272/2008 dit CLP (Classification, Labelling, Packaging)

toxique, nocif, corrosif,...). On retrouve aussi le code couleur rouge¹⁰⁴ pour informer du danger que présente le produit : dans un cas, danger pour celui qui le manipule, dans l'autre, pour l'environnement. Mais justement, le danger illustré n'est pas le même ce qui témoigne de la spécificité de notre sujet : alors que le pictogramme des produits dangereux, comme la plupart des étiquetages de produits, attire l'attention du consommateur sur les risques qu'il encourt lui-même, l'étiquette-énergie le sensibilise uniquement aux questions environnementales, rien de plus. La première étiquette informe des risques inhérents au produit, la seconde véhicule un message de sensibilisation.

B. L'information pour l'environnement : l'étiquetage énergétique des produits électroménagers.

Issu de la réglementation européenne et développé par les lois Grenelles, l'étiquetage énergétique des produits électroménagers est un mécanisme de sensibilisation à l'environnement dans le contrat.

1. Le domaine d'application

Les produits soumis à l'étiquetage énergétique sont visés par un groupe de plus de dix règlements délégués européens, un par type de produit, directement applicables en France et qui complètent la directive cadre du 19 mai 2010. Sont concernés les produits de consommation neufs qui utilisent de l'électricité pour fonctionner : aspirateurs, ballons d'eau chaude, chauffages, chauffe-eau, climatiseurs, fours électriques, lampes domestiques, lave-vaisselle, machines à laver le linge, réfrigérateurs, congélateurs, sèche-linge et télévisions.

Cette réglementation s'applique à tous les produits visés vendus en Europe par des professionnels, quels que soient le lieu de production initiale ou la nationalité de l'importateur ou du fournisseur.

2. Fonctionnement du mécanisme

Pour tous les produits concernés, il s'agit d'afficher sur le lieu de vente une étiquette dont le format est strictement prévu par les textes européens qui affiche la consommation en électricité et en eau du bien à l'aide de pictogrammes. D'autres informations sous forme

¹⁰⁴ Le nouveau règlement CLP remplace le traditionnel fond jaune du symbole par un encart rouge et blanc

d'icônes peuvent être présentes comme la capacité en litres ou en kilogrammes du produit, le nombre de décibels émis lors de son utilisation ou la taille de l'écran pour une télévision mais nous ne nous concentrerons pas sur ces particularités puisque ces informations ne concernent pas l'utilisation énergétique du bien et sont secondaires sur l'étiquette, ce qui nous est prouvé par la faible surface qu'elles occupent sur l'affiche par rapport aux renseignements d'ordre écologique. Ainsi, en fonction des résultats de consommation en électricité et en eau si le produit en utilise, ceux-ci sont classés dans une catégorie énergétique représentée par une lettre : par ordre croissant de consommation d'énergie : de A à G ou de A+++ à D selon la nouvelle étiquette énergétique applicable depuis 2011 à certains produits pour lesquels l'innovation technologique diminue leur consommation d'énergie et rendait insuffisant l'ancien marquage. A ces catégories sont associées des couleurs : verte pour les moins énergivores à rouge pour les produits les moins écologiques en passant par le jaune et l'orange pour les gammes intermédiaires. De cette manière, ce mécanisme permet d'indiquer au consommateur qui se prépare à effectuer un achat quel est le produit qui consomme le moins d'énergie parmi tous ceux de son type, de même capacité et taille. Par exemple, un consommateur qui veut acheter un petit réfrigérateur pourra comparer, entre tous les petits réfrigérateurs de capacité équivalente, lequel est le moins consommateur d'énergie.

Ces étiquettes-énergie doivent être affichées par le vendeur sur le lieu de vente du produit, à côté du bien ou imprimé sur son emballage. En matière d'achat par correspondance, l'étiquette doit être affichée sur les catalogues et, pour s'adapter aux nouvelles technologies et à l'émergence du marché en ligne sur internet, elles doivent aussi être accessibles depuis le site internet du vendeur. Enfin, les publicités pour ces produits ont l'obligation de mentionner leur classe énergétique si elles portent indication de leur prix de vente¹⁰⁵.

Les tests énergétiques sont effectués par le fournisseur du bien, auprès d'établissements spécialisés et agréés selon l'article R. 215-18 du Code de la consommation. Le fournisseur aura par la suite l'obligation de la remettre gratuitement au distributeur.

L'indication de la classe énergétique est couplée avec une interdiction de vente, c'est-à-dire que seuls les appareils d'une classe énergétique suffisamment écologique peuvent être mis sur le marché. Par exemple, depuis le 12 janvier 2011, les lave-linge et lave-vaisselle de classe B ne sont plus autorisés à la vente comme les réfrigérateurs-congélateurs ayant une classe inférieure à A+ depuis juin 2012. Cependant, ces restrictions à la mise sur le marché sont

¹⁰⁵ Article L. 121-15-4 Code de la consommation

atténuées par des dispositions transitoires puisque les appareils mis en circulation ou stockés chez les revendeurs ou dans les espaces de vente avec les anciennes étiquettes peuvent continuer d'être présentés et vendus avec ces mêmes étiquettes tout en précisant toutefois que la réglementation a changé.

Le consommateur, ainsi averti au stade précontractuel, aura le choix de diriger son achat vers un produit énergivore ou non. C'est là le but de ces étiquettes : indiquer au consommateur quelle est la meilleure voie à suivre dans le respect de l'environnement, sans pour autant lui imposer une marche à suivre ni l'inciter par un bonus fiscal à agir d'une façon déterminée. L'étiquetage énergétique le sensibilise à la protection de l'environnement.

3. Le développement de l'étiquetage des produits de consommation courante

Le système de l'étiquetage énergétique des produits électroménagers étudié précédemment tend à s'accroître pour se développer en dehors du champ des biens énergivores. Nous avons pu voir que de plus en plus émergeait l'idée d'une information qui ne concernerait pas uniquement la consommation d'un bien en électricité mais plus globale en s'intéressant au coût carbone d'un produit, c'est-à-dire les émissions de dioxyde de carbone engendrées pour les besoins de la production du bien, son transport et la fabrication de son emballage. Cette idée a été émise par le Rapport Lepage qui préconisait d' « *imposer l'étiquette énergie sur tous les produits* » et d'ajouter sur celle-ci « *un paramètre qui permet de choisir les produits dont les emballages ont le moins d'impact sur l'environnement* »¹⁰⁶. Cette volonté de donner plus d'ampleur à l'étiquetage énergétique des produits a été reprise par la loi Grenelle 1 qui, dans son article 54, dispose « *Les consommateurs doivent pouvoir disposer d'une information environnementale sincère, objective et complète portant sur les caractéristiques globales du couple produit/emballage et se voir proposer des produits respectueux de l'environnement à des prix attractifs* ». En pratique, cette mesure s'est manifestée par une expérimentation menée en 2011 sur 168 entreprises conformément à l'article 112-10 du Code de la consommation introduit par la loi Grenelle 2. Nous avons vu que cette expérimentation s'est soldée par un échec puisqu'aucune suite n'a été donnée mais des voix se sont élevées contre

¹⁰⁶ Rapport Lepage, 2008, p. 27

le voile posé sur ce mécanisme avec en tête le Club des juristes¹⁰⁷. Celui-ci milite pour que le Parlement rende efficace cette obligation, compte tenu du succès de l'expérimentation menée.

Peut-être l'élargissement du champ d'application de l'étiquetage énergétique viendrait-il alors d'une autre voie, bien plus inattendue : celle d'une interprétation audacieuse du nouvel article L. 111-1 du Code de la consommation issu de la loi du 17 mars 2014. Cet article se trouve dans un Titre 1 « *information des consommateurs* », chapitre 1 « *obligation générale d'information précontractuelle* » et a pour objet de préciser le contenu de l'obligation précontractuelle. Avant la réforme de mars 2014, le texte, qui tenait en trois alinéas, imposait au vendeur professionnel de transmettre au consommateur les caractéristiques essentielles du bien, auxquelles on rattachait le prix du produit. Toutefois, la nouvelle rédaction autonomise la notion de prix en la faisant sortir des caractéristiques essentielles du bien. On peut dès lors se demander ce que recouvre cette notion dans le texte postérieur à la réforme. De plus, en s'attachant au dernier alinéa de l'article qui traite des contrats de fournitures d'eau, de gaz et d'électricité, il est possible de s'apercevoir que la préservation de l'environnement est devenue une préoccupation majeure au stade précontractuelle. Se pose alors la question de savoir si les « *caractéristiques essentielles du bien ou du service* » dont fait état ce nouvel article L. 111-1 ne pourraient pas englober les caractéristiques environnementales du produit ou du service.

Nous aurions alors une généralisation de l'obligation d'information environnementale prônée par l'article phare du Code de la consommation. Elle concernerait tous les produits de consommation et pourrait imposer l'information sur le coût carbone des produits en prenant en compte leur production, leur transport et leur emballage c'est-à-dire leur impact global sur l'environnement. Le Club des juristes est de cet avis et, pour renforcer cette généralisation, il propose de réécrire ce premier alinéa comme suit « *Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien tout au long de son cycle de vie* »¹⁰⁸. Cette référence au cycle de vie du produit renvoie directement à cette idée.

L'étiquetage énergétique des produits n'en est alors qu'à ses premiers pas.

¹⁰⁷ P. Savin, Conférence du Club des juristes, « *Mieux informer et être informé sur l'environnement* », 22 septembre 2014

¹⁰⁸ Proposition n°15 du rapport du Club des juristes suite à la conférence précitée.

Paragraphe 2 : L'étiquetage énergétique des véhicules

En France, les dernières études chiffrent à 32 millions de véhicules en circulation ce qui témoigne de l'importance du rôle du parc automobile dans les rejets de dioxyde de carbone. On comprend tout à fait pourquoi la politique environnementale, et avec elle l'étiquetage énergétique, s'est étendue aux ventes de voitures. Dans ce domaine là-encore, la sensibilisation à la protection de l'environnement permise par l'étiquetage doit être distinguée des mécanismes qui pourraient être confondus avec elle mais n'utilisent pas les mêmes vecteurs.

A. Les normes en dehors de toute sensibilisation

L'étiquetage énergétique des véhicules permet une sensibilisation du consommateur à la phase précontractuelle. Il se différencie en tout point des mécanismes autoritaires imposant des comportements écologiques. La sensibilisation induite par l'étiquetage doit encore être distinguée de l'incitation à consommer des produits plus écologiques, tâche plus délicate.

1. Les mécanismes autoritaires de protection de l'environnement

Des normes autoritaires imposent aux constructeurs automobiles des montants d'émission de dioxyde de carbone par véhicule à ne pas dépasser. Ces règles font l'objet de nombreux textes européens dont le plus récent date de 2009¹⁰⁹. En application de ce texte, les voitures neuves construites ne peuvent pas émettre plus de 130 grammes de dioxyde carbone par kilomètre, le taux passera à 95 grammes en 2020. Si le constructeur ne respecte pas ces plafonds, il devra s'acquitter d'une somme fixée par le règlement en fonction des valeurs calculées. De plus, en cas d'émissions trop importantes de substances polluantes, le véhicule peut ne pas être autorisé à la vente en ne recevant pas l'attestation CE¹¹⁰ indispensable à la mise sur le marché. Enfin, une « pastille verte » peut être apposée sur les véhicules en circulation qui émettent peu

¹⁰⁹ Règlement (CE) n° 443/2009 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 établissant des normes de performance en matière d'émissions pour les voitures particulières neuves dans le cadre de l'approche intégrée de la Communauté visant à réduire les émissions de CO₂ des véhicules légers

¹¹⁰ Article R.321-9 du Code de la route

de dioxyde de carbone, ceux qui ne recevront pas cette identification pourront être désavantagés en termes de voie de circulation ou de stationnement¹¹¹.

2. Les mécanismes incitatifs de protection de l'environnement

Plus douces que les normes autoritaires vues précédemment, le législateur a mis en place des normes à visées incitatives : elles favorisent celui qui achète une voiture neuve qui émet peu de CO₂ ou le pénalisent dans le cas inverse. Créé en 2007, le bonus-malus écologique permet à l'acheteur d'une voiture neuve écologique de se faire déduire du prix de vente du véhicule un certain montant, révisé chaque année, montant que l'Etat remboursera ensuite au vendeur professionnel. Dans le cas contraire, si le véhicule acheté émet un grand nombre de dioxyde de carbone, le prix de vente sera augmenté et le vendeur reversera le montant perçu à l'Etat. On le voit, par ce mécanisme, le consommateur sera incité dans son choix par la perspective de gain ou la crainte d'une pénalité. En cela, on distingue ce mécanisme de celui de l'étiquetage énergétique dans lequel le choix du consommateur reste entièrement libre et n'emporte aucune conséquence : l'acheteur saura quelle voiture est la plus écologique et il pourra effectuer son choix en toute liberté selon ses convictions et sa vision de l'écologie.

B. L'information pour l'environnement : l'étiquetage énergétique des véhicules

Etendu aux véhicules par la directive du 13 décembre 1999 transposée par le décret du 23 décembre 2002, l'étiquetage énergétique conserve les mécanismes qui avaient été développés pour les produits électroménagers. On retrouve désormais l'exigence d'un tel affichage pour les voitures à l'article L.318-1 alinéa 2 du Code de la route.

1. Le domaine d'application

L'étiquetage énergétique des véhicules concerne toutes les voitures particulières neuves proposées à la vente ou en crédit-bail par des professionnels et cela quelle que soit la nationalité du fabricant et de l'importateur du véhicule. Une voiture particulière est entendue comme un véhicule de classe M1, c'est-à-dire un véhicule conçu et construit pour le transport de personnes et comportant, outre le siège du conducteur, huit places assises au maximum.

¹¹¹ L. 318-1 alinéa 3 et R. 318-2 du Code de la route

2. Fonctionnement du mécanisme

L'étiquette-énergie des voitures est une affiche dont la taille est strictement réglementée par les directives européennes. Elle comprend diverses indications : la marque de la voiture, le modèle et sa version afin d'identifier le véhicule, indique le carburant nécessaire à la voiture et la consommation de carburant en litres pour cent kilomètres. Ensuite vient l'information énergétique sur la voiture, c'est-à-dire le montant d'émissions de dioxyde de carbone en grammes par kilomètre parcouru. Une mention précise que « *le CO₂ est le principal gaz à effet de serre responsable du changement climatique* ». En fonction du taux de dioxyde de carbone émis, le véhicule est classé dans des catégories énergétiques de A à G de la plus écologique à la plus nuisible pour l'environnement. Comme pour les produits électroménagers, à chaque classe correspond une couleur, de vert à rouge en passant par le jaune et l'orange, par ordre croissant d'émissions de CO₂.

Cette étiquette doit être affichée dans le point de vente du véhicule, à côté de celui-ci. De plus, comme pour les produits électroménagers, elle doit être présente sur les catalogues et affiches publicitaires et sur les manuels techniques de la voiture.

Les tests sont réalisés par les constructeurs eux-mêmes et l'Etat est chargé du contrôle de la véracité des résultats. Le constructeur devra ensuite remettre l'étiquette ainsi réalisée aux distributeurs.

La classification des véhicules permet à l'acheteur de prendre rapidement connaissance de la consommation de carburant des véhicules mais aussi et surtout, ce que l'on voit par la taille du pictogramme accordé à cette information, du taux d'émissions de dioxyde de carbone par kilomètre. Il pourra alors comparer les véhicules entre eux pour choisir le plus écologique. Cependant il s'agit d'une possibilité et non d'une contrainte, l'acheteur reste libre d'acheter le produit qu'il désire, il aura simplement été, par cette étiquette, sensibilisé à la protection de l'environnement.

3. L'avenir de l'étiquetage des véhicules

L'étiquetage énergétique s'applique pour le moment aux voitures neuves, donc vendues par des professionnels. L'idée d'étendre l'étiquette aux véhicules d'occasion a déjà été formulée : en Suisse depuis 2000 une étiquette pour ces véhicules peut être apposée sur la base du volontariat et son régime est organisé par le législateur.

Par ailleurs, alors que l'étiquetage énergétique ne s'applique qu'à la phase précontractuelle, des propositions sont faites de créer une nouvelle vignette pour les véhicules en circulation : verte pour les voitures électriques, orange pour les véhicules diesel propre et essence et rouge pour ceux de plus de treize ans.

Paragraphe 3 : L'étiquetage énergétique des services de transport

La loi Grenelle 1, dans son article 11 VI, avait introduit comme moyen de lutte contre les émissions de dioxyde de carbone un mécanisme d' « *affichage des émissions de gaz à effet de serre des prestations de transports* ». Cet affichage peut être assimilé aux étiquetages énergétiques que nous développons puisqu'il permet d'imposer à un professionnel du transport de renseigner au stade précontractuel son cocontractant sur les émissions de dioxyde de carbone de sa prestation. Le cœur de cible de cet étiquetage est plus restreint que toute partie contractante et nous pouvons dire qu'il s'agit du consommateur puisque nous avons vu précédemment que l'étiquetage énergétique a pour but de sensibiliser à l'écologie ce groupe le plus influent, celui qui « *par son mode de vie, par ses actes d'achat, a le pouvoir de changer le monde* »¹¹².

L'étiquetage énergétique des prestations de transport est régi par l'article L. 1431-3 du Code des transports qui dispose « *Toute personne qui commercialise ou organise une prestation de transport de personnes, de marchandises ou de déménagement doit fournir au bénéficiaire de la prestation une information relative à la quantité de dioxyde de carbone émise par le ou les modes de transport utilisés pour réaliser cette prestation* » et les articles D. 1431-1 à D. 1431-23 introduits par le décret du 22 mai 2014¹¹³.

A. Domaine d'application

Sont concernées par cette obligation « *toute personne publique ou privée qui organise ou commercialise une prestation de transport de personnes, de marchandises ou de déménagement effectuée par un ou plusieurs moyens de transport, ayant son point d'origine*

¹¹² Rapport Lepage, 2007, p. 27

¹¹³ Décret n° 2014-530 du 22 mai 2014 relatif à certaines dispositions de la partie réglementaire du code des transports (Décrets en Conseil d'Etat et décrets simples)

ou de destination situé sur le territoire national, à l'exception des prestations qu'elle organise pour son propre compte » et l'affichage doit prendre en compte toutes les opérations de transport, y compris les éventuelles manœuvres de repositionnement mais aussi les émissions de CO₂ lors des phases de production et de transport du carburant nécessaire au véhicule.

B. La date de délivrance de l'information

Les textes sont clairs s'agissant de la date à laquelle l'information doit être donnée : sont distingués transports de marchandises et transports de personnes. Dans le premier cas, l'information doit être donnée à la date convenue entre les parties ou, à défaut, dans un délai de deux mois à compter de la fin de l'exécution de la prestation ; dans le second elle devra être délivrée avant l'achat du titre de transport ou, s'il n'y a pas délivrance d'un tel titre, avant la fin de l'exécution de la prestation. Dans des cas spécifiques de transports de personnes, comme les transports en commun, l'information peut être affichée au point d'accès au moyen de transport comme les gares ou les abris de bus.

Grâce à cet affichage de l'émission de dioxyde de carbone, le consommateur pourra connaître, parmi toutes les prestations de transport qui lui sont offertes, laquelle est la plus écologique. Il pourra aussi comparer le montant de dioxyde de carbone émis par ces prestations, le plus souvent des transports en commun, avec celui émis lors d'un trajet en voiture individuelle.

Cette information lui montrera qu'en matière de coût environnemental un trajet en solitaire est bien plus néfaste que de goûter aux joies du transport en commun. Il y a là une réelle volonté de sensibiliser le consommateur par cette nouvelle affiche.

Section 2 : La sensibilisation du non-consommateur : l'étiquetage énergétique des bâtiments

Au-delà du consommateur, la sensibilisation par l'étiquetage énergétique dans la phase précontractuelle a été étendue à toute partie dans les contrats de vente ou de location d'un immeuble, neuf ou non. Cette sensibilisation environnementale doit là-encore être différenciée des mécanismes classiquement autoritaires imposant une protection de l'environnement ce qui semble plutôt aisé et, plus délicat, elle doit être distinguée des mécanismes simplement informatifs des parties ou des systèmes incitatifs.

Paragraphe 1 : Les normes en dehors de toute sensibilisation

« *La porte de l'immeuble est ouverte à double battant* [pour y faire entrer le droit de l'environnement] » nous dit François Guy Trébulle¹¹⁴. Pléthore d'obligations environnementales viennent troubler les contrats immobiliers en imposant une protection de l'environnement, une information ou une incitation du cocontractant. Comprendre ces mécanismes nous permettra de souligner l'originalité de notre sujet d'étude.

A. Les mécanismes autoritaires de protection de l'environnement

Le domaine immobilier fait l'objet d'une quantité d'obligations environnementales. Parmi la myriade des contraintes imposées, on peut citer l'obligation de dépollution et de remise en état d'un terrain en cas de pollution résultant de l'exploitation d'une installation classée¹¹⁵ ou l'exigence de construction de bâtiments basse consommation. Ce dernier point fait l'objet d'évolutions constantes puisque le plafond de consommation maximale en énergie primaire d'un immeuble (chauffage et refroidissement de l'air et de l'eau) ne cesse de diminuer, passant de l'obligation en 2005 de se conformer au label RT 2005, à celle en 2012 de respecter le label BBB « Bâtiments Basse Consommation »¹¹⁶ pour être encore diminué en 2020 avec le label BEPOS « Bâtiment à énergie positive » : il faudra alors que la

¹¹⁴ Conférence du Club des juristes, « *Mieux informer et être informé sur l'environnement* », 22 septembre 2014

¹¹⁵ L.512-6-1 Code de l'environnement

¹¹⁶ R.111-20 Code de la construction et de l'habitation : 50kWh de consommation d'énergie primaire par m² et par an.

consommation d'énergie des bâtiments neufs soit inférieure à la quantité d'énergie qu'ils produisent à partir de sources renouvelables.

B. Les mécanismes informatifs de protection de l'acquéreur/locateur

L'acquéreur ou locateur d'un immeuble, que son cocontractant soit professionnel ou non, a droit à une information très détaillée sur la situation environnementale du bâtiment. Cela dit, il s'agit du terme « environnement » entendu comme le voisinage du bâtiment, voire encore plus restrictivement comme le milieu dans lequel le bâtiment se trouve. Toutes ces informations ont alors un but de pure protection de leur créancier. Ainsi, on peut citer l'obligation pour le vendeur d'un terrain sur lequel a été exploitée une installation classée d'en informer son cocontractant et de lui détailler les inconvénients ou dangers qui en résultent¹¹⁷ ; ou encore l'information sur la présence de plomb, d'amiante ou de termites dans le logement¹¹⁸.

En matière immobilière toujours, une information pourrait être confondue avec celle qui nous occupe : l'étiquetage des produits de construction ou de revêtement de mur ou de sol et des peintures et vernis sur leurs émissions de polluants volatils¹¹⁹. Il s'agit ici d'apposer une étiquette sur l'emballage de certains produits qui peuvent s'avérer dangereux par leur caractère volatil : ils pourraient émettre des substances gazeuses dans l'air, substances nocives pour la santé humaine. L'étiquette présente alors une classe, de A+ à C, chacune correspondant à une couleur de vert à rouge, afin de catégoriser les produits selon leur dangerosité. Cette information qui suit le même mécanisme que l'étiquetage énergétique : une classe de produits représentée par une lettre colorée, est pourtant très différente puisque le but qu'elle poursuit est de faciliter l'identification des produits nocifs pour l'homme. Par exemple, les substances volatiles prises en compte pour mettre en place cet étiquetage sont notamment le 1,4-dichlorobenzène, sachant que le fait d'être exposé de façon répétée ou prolongée à son odeur peut provoquer des irritations de la gorge, voire des intoxications et que ses effets cancérigènes ont été prouvés chez l'animal. L'étiquette prend aussi en compte

¹¹⁷ Article L. 514-20 Code de l'environnement

¹¹⁸ Article L. 271-4 Code de la construction et de l'habitation

¹¹⁹ Articles R. 221-22 et suivants Code de l'environnement et arrêté du 19 avril 2011, issus de l'article 40 de la loi Grenelle 1

les formaldéhydes, classés comme cancérigènes certains par le Centre international de recherche sur le cancer qui dépend de l'Organisation mondiale de la santé. Ils sont aussi mutagènes pour l'embryon et présentent des risques de provoquer l'infertilité ou des avortements spontanés. Enfin, on peut citer l'acétaldéhyde, cancérigène et mutagène pour l'embryon, cette substance est présente dans la fumée de cigarette. L'étiquette des produits dangereux est donc importante pour la protection de la santé humaine, à tel point que si un produit concerné par la réglementation est mis en vente sans cette étiquette, le vendeur s'expose à une amende de 1.500 euros par infraction constatée.

L'étiquetage énergétique quant à lui n'a aucun rôle de protection de l'individu.

C. Les mécanismes incitatifs de protection de l'environnement

Pour favoriser la construction de logements locatifs neufs qui remplissent certains critères de qualité environnementale, la loi de finances du 28 décembre 2001¹²⁰ a prévu des exonérations de taxe foncière pour quinze ans désormais¹²¹. Comme pour les véhicules, nous distinguons cette incitation fiscale qui prévoit un bonus – de l'argent – de notre sensibilisation environnementale qui ne compte aucune conséquence pour la partie qui décide de ne pas suivre la voie écologique.

Paragraphe 2 : L'information pour l'environnement : le diagnostic de performance énergétique

Les obligations d'informations environnementales en matière immobilière avaient principalement pour but de renseigner l'acheteur ou le loueur sur l'état de l'environnement au sens strict de l'immeuble, c'est-à-dire son voisinage et le lieu où il était placé. L'émergence d'une nouvelle conception de l'environnement comme globalité a conduit à renouveler l'information pour la transformer en une sensibilisation, ce qui s'est manifesté par la création du diagnostic de performance énergétique et l'exigence d'afficher une étiquette énergétique en cas de vente ou de location d'un immeuble.

¹²⁰ Article 90, loi n°2001-1275. Les exigences sont détaillées par le décret 2005-1174 du 16 septembre 2005

¹²¹ Article 1384 A Code général des impôts

A. Le domaine d'application

Le régime du diagnostic de performance énergétique est régi par les articles L. 134-1 à L. 134-5 et R. 134-1 à R. 134-5-6 du Code de la construction et de l'habitation. Selon ces dispositions, le diagnostic de performance énergétique doit être réalisé pour tous les immeubles ou partie de bâtiment clos et couvert, neufs ou non, proposés à la vente ou à la location. Important peu la qualité des parties au contrat ou la destination commerciale ou d'habitation de l'immeuble. Certains locaux sont exclus par l'article R. 134-1, il s'agit principalement de bâtiments qui n'ont pas vocation à être utilisés à plein temps, d'immeubles indépendants de petite surface (moins de 50m²), de lieux de culte ou historiques.

B. Fonctionnement du mécanisme

Selon l'article L. 134-1, le diagnostic de performance énergétique d'un bâtiment est « *un document qui comprend la quantité d'énergie effectivement consommée ou estimée pour une utilisation standardisée du bâtiment et une classification en fonction de valeurs de référence afin que les consommateurs puissent comparer et évaluer sa performance énergétique* ».

Il s'agit donc d'un document qui reprend différentes informations permettant d'identifier le bien, ses matériaux et ses équipements en incluant le type de construction, sa surface habitable, son adresse et son année de construction ; et indique sa consommation en énergie primaire c'est-à-dire pour les besoins du chauffage et du refroidissement de l'air, du sol et de l'eau pour en déduire une estimation des rejets de dioxyde de carbone par an et par mètre carré. En fonction de ces résultats, l'immeuble est classé dans une catégorie énergétique, représentée par une lettre de A pour les moins énergivores à G, associée à un code couleur de vert à rouge en passant par le jaune et l'orange. Ce diagnostic est valable dix ans.

Le diagnostic de performance énergétique doit, dans le cadre d'une vente, être remis à l'acquéreur en tant qu'annexe contenue dans la promesse de vente ou à défaut dans l'acte authentique de vente, en même temps que les autres diagnostics immobiliers dans un dossier appelé « diagnostic technique ». Dans le cadre d'une location, sauf bail rural ou location saisonnière, il est remis au locataire lors de la conclusion du contrat. De plus, et c'est par ce biais que nous arrivons à l'étiquetage énergétique des bâtiments, ce diagnostic doit pouvoir être consulté par tout candidat acquéreur ou locataire. Pour ce faire, une étiquette de taille réglementée reprenant la classe énergétique du bâtiment et son taux d'émissions de dioxyde

de carbone doit être insérée dans chaque annonce de mise en vente ou de location du bien, que ce soit dans une agence immobilière ou sur internet et dans chaque publicité de presse écrite ou numérique. On retrouve, comme dans nos exemples précédents d'étiquetage énergétique, une information précontractuelle destinée à informer tout candidat à l'achat ou à la location sur les caractéristiques environnementales du bien.

Le diagnostic de performance énergétique doit être réalisé par le vendeur ou le bailleur auprès d'un spécialiste certifié et indépendant. Toutefois, une clause peut transférer à l'autre partie la charge de le réaliser. Il doit ensuite être transmis à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie qui tient disponibles ces informations pour les collectivités territoriales.

C. Le développement du DPE : l'annexe environnementale

Au-delà de la sensibilisation à l'environnement au stade précontractuel que nous étudions, l'information énergétique du bâtiment a pris son essor pour évoluer tout aussi bien à la phase contractuelle en matière de baux portant sur des locaux de plus de 2 000 mètres carrés à usage de bureaux ou de commerces. Selon l'article L. 125-9 du Code de l'environnement, ces baux doivent comporter une annexe au contrat : l'annexe environnementale. Son régime est défini par les articles R. 137-1 à R. 137-3 du Code de la construction et de l'habitation. Il s'agit d'un dossier dans lequel tant le bailleur que le preneur se communiquent des informations sur les caractéristiques environnementales des biens. Le premier indiquera la consommation énergétique du bien loué et le second celle des équipements utilisés, sa consommation d'eau et sa production de déchets. Sur la base de ces informations, les parties au contrat prennent des engagements visant à diminuer leur impact environnemental, par exemple pour le premier d'isoler son local et pour le second d'être moins consommateur d'énergie. Le contrat présentera alors des clauses environnementales à visée écologique. Sans lien avec la sensibilisation des parties à l'environnement par l'affichage d'une étiquette énergétique, l'annexe environnementale ne poursuit pas le même but : il n'est pas question de demander à une partie de prendre en compte la donnée environnementale lorsqu'elle effectuera ses achats puisque l'information n'est pas fournie au stade précontractuel. Les informations transmises ont pour objectif d'établir un plan environnemental que les parties devront respecter car revêtu de la force obligatoire du contrat. L'environnement rentre par ce biais au cœur du contrat sans rester au simple stade de l'obligation d'information.

Parce que ce mécanisme ne fait pas appel à une sensibilisation d'une partie au contrat par un affichage environnemental et parce qu'il concerne les baux portant sur des locaux à usage de bureaux ou de commerces donc des contrats entre parties professionnelles, nous ne l'étudierons pas en détail bien que nous le retrouverons pour expliquer le nouveau rôle confié au contrat dans la protection de l'environnement.

Au cours de nos raisonnements, nous avons mis en lumière l'originalité de l'étiquetage énergétique des produits qui ne sert qu'à sensibiliser une partie à un contrat à la protection de l'environnement. Il convient désormais de démontrer que la sensibilisation induite par ce mécanisme d'information précontractuelle relève d'un ordre public nouveau et qui se distingue de toutes les définitions que cette notion connaît.

TITRE 2 : LA SENSIBILISATION DES CONTRACTANTS PAR L'ORDRE PUBLIC

L'étiquetage énergétique des produits est un mécanisme de sensibilisation d'une partie à la protection de l'environnement : il indique à l'acquéreur l'impact environnemental du bien en lui précisant le taux de dioxyde de carbone émis lors de son utilisation. L'acquéreur informé pourra ainsi diriger son choix vers les produits les plus respectueux de l'environnement bien que ce ne soit pas pour lui une obligation. Si l'étiquetage ne fait que proposer la voie écologique à l'acquéreur du produit, le mécanisme n'est pas aussi doux pour le vendeur du bien qui, lui, est obligé d'afficher cette information. Nous montrerons que cette obligation relève d'un ordre public original que nous proposons de baptiser ordre public de sensibilisation. Cela nous permettra par la suite de concevoir un régime de sanctions appropriées en cas de violation de l'obligation d'afficher l'étiquette et d'étudier la mutation de l'obligation précontractuelle d'information qui ne sert plus à protéger une partie à un contrat mais à la sensibiliser.

Chapitre 1 : Une information énergétique d'ordre public

Le vendeur des produits visés par l'étiquetage énergétique ou le bailleur d'un immeuble soumis à l'exigence d'un diagnostic de performance énergétique ont l'obligation d'afficher l'étiquette énergétique aux endroits prévus par les textes. Des sanctions sont d'ailleurs prévues en cas d'absence d'affichage ce qui manifeste le caractère impératif de la transmission de l'information environnementale. De plus, ce mécanisme impératif poursuit un but d'intérêt général, ce qui fait de lui un dispositif d'ordre public.

Section 1 : L'affichage impératif de l'étiquette énergétique

L'étiquetage énergétique est un moyen de sensibiliser des parties à un contrat mais est avant tout un mécanisme posant une obligation précontractuelle d'information sur le taux d'émissions en dioxyde de carbone du produit. Le vendeur ou bailleur est obligé d'afficher une étiquette qui se conforme aux exigences européennes tant dans ses mentions que dans ses dimensions aux endroits prévus par les textes et des sanctions sont prévues en cas d'absence de l'affiche.

Paragraphe 1 : L'absence de l'étiquette énergétique des produits électroménagers

En matière de produits électroménagers, chaque Etat-membre veille à son affichage et son absence entraîne une interdiction de vente du bien le temps de régulariser la situation couplée avec d'autres sanctions dont l'Union Européenne laisse leur détermination aux Etats¹²². En France, la présence de l'affiche est contrôlée par des agents étatiques de l'ADEME, Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie qui dépend du ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie.

Paragraphe 2 : L'absence de l'étiquette énergétique des véhicules

Pour l'étiquetage énergétique des véhicules, son absence aux endroits prévus est sanctionnée par une peine pénale : selon l'article 7 du décret de 2002, le fait de ne pas apposer cette affiche est une contravention de troisième classe et est donc punie d'une amende qui ne peut dépasser 450 euros. Si le vendeur professionnel est une personne morale, selon l'article 131-41 du Code pénal, l'amende sera multipliée par cinq soit 2.250 euros par infraction constatée.

Paragraphe 3 : L'absence de l'étiquette énergétique des bâtiments

Pour le cas du diagnostic de performance énergétique des bâtiments, la situation est plus complexe. L'affichage de l'étiquette énergétique du bâtiment est obligatoire toutefois, malgré cette prescription nécessaire à la sensibilisation des parties au contrat, aucune sanction n'est prévue par les textes en cas d'absence de l'information sur les annonces immobilières. Nonobstant la demande de certaines associations, cette solution demeure : rien n'est prévu pour sanctionner l'absence de transmission du diagnostic de performance énergétique.

Cependant, un arrêt récent de la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation¹²³ laisse penser que le vide législatif a pu être comblé par les juges.

Dans cette affaire, le diagnostic de performance énergétique de l'immeuble avait été remis après la signature de la promesse de vente et non pas concomitamment. Cependant les

¹²² Article 15 de la directive de 19 mai 2010 pour les produits électroménagers.

¹²³ Cass, 3^e Civ, 8 juillet 2014, n°13-19330

acquéreurs ont signé par la suite l'acte authentique de vente sans émettre de réserve. Quelque temps plus tard, les acquéreurs ont voulu revenir sur l'achat de l'immeuble et ont demandé la nullité du contrat de vente ou, à défaut, la possibilité d'invoquer leur droit de rétractation qui n'aurait pas été correctement purgé en se fondant sur l'absence du diagnostic lors de la signature de la promesse de vente. La Cour d'appel a affirmé que la sanction de cette absence n'était pas la nullité de l'acte de vente et que, s'agissant de la purge de leur droit de rétractation, leur signature sans réserve de l'acte authentique manifeste leur renonciation à se prévaloir de l'irrégularité de la purge du droit de rétractation, qu'il s'agisse du compromis initial ou des éléments dont ils ont eu connaissance par la suite.

La Cour de cassation approuve le raisonnement de la Cour d'appel. Toutefois, il est permis de penser qu'une absence de diagnostic de performance énergétique complétée par des réserves lors de la signature de l'acte authentique provoque une irrégularité de la purge du droit de rétractation. De ce fait, le délai de rétractation de sept jours ne commencerait pas à courir et il serait toujours possible pour l'acquéreur non-informé de revenir sur sa décision.

Section 2 : Un affichage dans un but d'intérêt général

L'intérêt général est une notion-fleuve qui irrigue de nombreux domaines sans recevoir de définition précise. Moyen de faire prévaloir l'idéologie dominante en un lieu et à un moment donné pour certains¹²⁴, il se définit pour d'autres de façon plus traditionnelle comme ce qui poursuit le bien public, à l'avantage de tous¹²⁵.

L'étiquette énergétique a pour but de sensibiliser l'acquéreur ou preneur à bail d'un bien à la protection de l'environnement. Il est aujourd'hui plus qu'évident que la protection de la planète est d'intérêt général : l'article L.110-1 II du Code de l'environnement l'érige en principe et cela se confirme par les déclarations politiques suivies d'effets juridiques : le 27 novembre 2014, le Premier ministre Manuel Valls a fait de cet objectif une « *grande cause nationale* »¹²⁶, statut qui permet aux associations qui ont reçu l'autorisation d'une commission

¹²⁴ F. Rangeon, thèse *L'idéologie de l'intérêt général*, Economica, 1986 ; citée par M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ 2004

¹²⁵ *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, Puf 2007.

¹²⁶ M. Valls, Conférence environnementale de Paris, 27 novembre 2014

interministérielle de diffuser des messages de sensibilisation gratuitement dans les médias¹²⁷. Ce mécanisme de sensibilisation est donc impératif et poursuit un but d'intérêt général.

Selon certains auteurs¹²⁸, lois impératives et lois d'ordre public sont des notions distinctes : une loi d'ordre public est une norme impérative qui poursuit un but d'intérêt général et non pas un objectif de protection d'intérêts privés. Ajouter un caractère d'ordre public à une disposition impérative, c'est permettre la nullité d'une clause qui la heurte et entraîner la nullité du contrat dans sa totalité si la clause était au cœur de l'action contractuelle et avait déterminé le consentement des parties.

Il est vrai que la distinction norme impérative – norme d'ordre public n'est pas reçue par l'ensemble de la doctrine¹²⁹ mais elle permet de mettre en lumière l'importance de l'étiquetage énergétique : il s'agit d'un mécanisme destiné à garantir la préservation de l'intérêt général et toute clause déchargeant le fournisseur de son obligation de fournir l'étiquette à son distributeur ou déchargeant le vendeur de son obligation de transmettre à son client l'information énergétique est nulle.

L'obligation d'informer l'acquéreur ou preneur à bail sur les qualités énergétiques du produit ou, selon notre terme, l'obligation de le sensibiliser à la protection de l'environnement est donc une norme d'ordre public à laquelle ni le fournisseur ni le vendeur distributeur ne peuvent déroger. Le choix de suivre la voie écologique n'est laissé qu'à l'acquéreur mais les autres acteurs économiques ont l'obligation de délivrer ce renseignement.

Le caractère d'ordre public attaché à cette sensibilisation peut se confirmer par la volonté d'étendre le champ d'application de l'obligation générale d'information prévue par l'article

¹²⁷ Circulaire du 20 septembre 2010 relative aux concours des sociétés du secteur public de la communication audiovisuelle aux campagnes d'intérêt général faisant appel à la générosité publique

¹²⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^e édition, p. 320

De même en ce sens : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, thèse LGDJ 2004, pour qui la distinction naît des articles 1133 et 686 du Code civil qui évoquent la notion d'ordre public sans la rattacher pour autant à une loi : la loi n'est pas la source exclusive de l'ordre public puisqu'il existe un ordre public virtuel et il convient donc de distinguer les deux même si la jurisprudence tend parfois à les confondre : Cass. Crim, 7 janvier 1981 ; Cass. Com, 9 janvier 1983 ou Cass. 1^e Civ, 13 mai 1985

¹²⁹ Pour F. Gény, cité par G. Farjat, thèse *L'ordre public économique*, Dijon, 1963, l'ordre public n'est que l'antithèse de la liberté de la liberté contractuelle : des normes impératives mais sans poursuivre des intérêts supérieurs. Il n'y aurait donc pas de différence entre normes impératives et d'ordre public.

Pour l'auteur de la thèse, la distinction n'est pas nette non plus puisque des lois impératives distinctes de l'ordre public, qui concerneraient donc des intérêts privés, viseraient des groupes privés si vastes qu'ils pourraient être assimilés à un intérêt général. Il donne pour exemple les groupes privés de salariés, de consommateurs ou de locataires qui seraient concernés par des dispositions impératives et l'histoire lui donne raison puisque désormais leur protection fait l'objet d'un pan entier de l'ordre public économique donc poursuit un intérêt général.

L.111-1 du Code de la consommation aux qualités écologiques du bien et à son impact environnemental, comme nous l'avons étudiée plus haut. Cette disposition est d'ordre public selon l'article L. 111-7 du même Code ce qui témoigne de la vigueur grandissante de l'obligation d'information énergétique.

Si l'étiquetage énergétique est un mécanisme d'ordre public, encore faut-il déterminer de quelle catégorie d'ordre public il relève.

Chapitre 2 : Un ordre public traditionnel insuffisant

L'étiquetage énergétique est un mécanisme d'ordre public qui permet une sensibilisation du créancier de l'information. Il est nécessaire de déterminer à quelle catégorie d'ordre public se rattache ce système afin d'en déterminer les sanctions civiles possibles : la violation d'une règle d'ordre public classique ou économique de direction pourra entraîner une nullité absolue du contrat si celle-ci est permise par les textes ou si les tribunaux la jugent justifiée car il porte atteinte aux valeurs de la société alors que la violation de l'ordre public économique de protection ne pourra entraîner qu'une nullité relative car ne heurtant les intérêts que de certaines personnes.

La présentation obligatoire du coût énergétique des produits ne s'inscrit pas dans cette dualité traditionnelle de l'ordre public : classique d'une part, économique de l'autre, car elle suit un régime particulier sans lien avec la protection de l'Etat ou d'une partie. Parce que l'information ne sert qu'à sensibiliser, elle suit un régime propre avec des sanctions spécifiques qu'il nous faut déterminer.

Section 1 : Le refus de l'ordre public classique

L'ordre public classique est le premier à avoir été théorisé par la doctrine et il est donc normal de s'intéresser prioritairement à lui. Cette catégorie comprend des normes qui protègent les piliers de notre société que l'on regroupe en trois institutions : l'Etat, le groupe familial et la personne humaine entendue de façon globale. Il prend en compte des valeurs que la société considère comme intouchables et fondements de notre civilisation.

L'ordre public étatique défend l'organisation constitutionnelle, administrative et judiciaire de l'Etat ; l'ordre public familial empêche de porter atteinte à l'organisation de la famille et aux rapports personnels et patrimoniaux entre ses membres ; enfin le dernier a pour but essentiel de préserver l'état des personnes : les éléments de leur identité et de leur corps.

Dans cette définition classique, il est plus qu'évident que l'étiquetage énergétique, qui permet la sensibilisation des parties aux contrats à la protection de l'environnement, ne peut y trouver de point d'ancrage : l'ordre public de l'étiquette énergie est distinct de l'ordre public classique et il n'y a rien de surprenant à cela. Il aurait été d'ailleurs étonnant qu'un mécanisme aussi actuel et novateur puisse être lié à ce concept vieillissant, presque mourant. En effet le mouvement individualiste tend à réduire à peau de chagrin les restes de cet ordre public en dévastant la notion d'Institution : ainsi l'ordre public familial est en net recul avec par exemple l'admission du divorce par consentement mutuel, la contractualisation de l'autorité parentale ou encore le débat autour de la gestation pour autrui qui exalte l'idée d'une famille construite pour le bien de ses membres pris individuellement et le développement de leur personnalité et non pas d'une institution qui efface les particularités de chacun pour se référer au groupe. De même, l'ordre public de la personne est aux prises avec le mouvement de réification de la personne qui permet de céder son image, son nom, des éléments de sa vie privée voire même des éléments du corps humain comme le lait maternel et les phanères à titre onéreux ou les organes à titre gratuit.

Section 2 : Le refus de l'ordre public économique

L'ordre public économique est une notion plus jeune que la précédente et a été conceptualisée récemment.

Dans sa thèse¹³⁰, Farjat distinguait trois composantes de cette catégorie : l'ordre public strictement économique, règles relatives à l'organisation économique comme la réglementation de la concurrence ou l'organisation du marché, l'ordre public social, relatif à l'organisation autoritaire des rapports sociaux en faveur d'un groupe souvent faible opposé à un autre plus fort, et l'ordre public de l'économie interne du contrat qui concerne des contrats qui ne créent pas de véritables rapports sociaux, il ne pose donc que des mesures autoritaires

¹³⁰ Thèse G. Farjat, *L'ordre public économique*, Dijon, 1963

individuelles : les intérêts individuels semblent seuls en cause et ne paraissent pas avoir d'incidence économique comme en matière de contrat d'assurance obligatoire. Cependant, cette division tripartite a été remise en cause puisque le dernier type visait des contrats qui avaient un rôle social et économique, ce qui est mis en évidence par le contrat d'assurance qui permet de garantir une indemnisation à la victime d'un dommage. Désormais, l'ordre public économique se partage en deux composantes : la direction de l'économie et la protection des parties à un contrat. Cette distinction paraît commode puisqu'elle consacre deux notions qui semblent distinctes pourtant Farjat était déjà conscient qu'il ne fallait pas tracer une frontière nette entre ces deux concepts puisque certaines normes peuvent indifféremment être classées dans l'un ou l'autre de ces deux pans. Il donnait en illustration de ces propos la législation sur la durée de la semaine de travail : mesure sociale puisqu'elle protège les salariés et leur permet de mener une vie privée mais aussi mesure de politique économique en ce qu'elle permet d'éviter la surproduction et encourage l'embauche d'employés donc la diminution du chômage. Les deux domaines de l'ordre public économique seraient donc deux points de vue différents d'une même règle ce qui prouve la porosité de la distinction. Cependant, malgré ses défauts, la théorie de la dualité de l'ordre public économique est toujours enseignée et appliquée et c'est pourquoi il convient de la confronter à l'ordre public qui permet d'imposer dans un contrat la transmission d'une information sur le montant d'émissions de dioxyde de carbone d'un bien lors de son utilisation.

Paragraphe 1 : Le refus de l'ordre public de direction

Si l'on reprend la définition que Farjat fait de l'ordre public économique de direction, à savoir un ensemble de règles relatives à l'organisation économique et les illustrations qu'il nous donne à l'appui de ses propos comme le droit de la concurrence ou la législation sur la monnaie, la seule manière de savoir si une norme est concernée par cet ordre public est de se poser la question de son intérêt économique, c'est-à-dire se demander si elle permet une régulation du marché.

L'étiquetage énergétique pourrait être vue comme une norme régulant le marché puisque si la sensibilisation qu'elle met en œuvre porte ses fruits auprès des consommateurs, les industriels seront poussés à produire des biens de moins en moins consommateurs d'énergie. Cependant, le but profond de ce mécanisme n'est pas économique mais écologique : il ne s'agit pas d'éviter une entente entre entreprises qui fausserait la concurrence et ferait exploser les prix

des produits, ni même de taxer des produits pour dissuader ses acheteurs de les choisir ou pour favoriser la consommation de produits nationaux ou encore pour permettre un rééquilibrage de la balance des importations et des exportations ce qui assainirait les finances publiques ; il s'agit de préserver la planète. Il semble donc difficile de faire cohabiter des règles à visée purement économique avec d'autres qui, bien qu'utilisant les mécanismes économiques pour parvenir à leurs fins, s'intéressent uniquement à l'environnement. En reprenant ce refus de mélanger des normes à finalités distinctes, il faut s'opposer à l'acception large de l'ordre public économique qui tend à y faire rentrer toutes les règles utilisant le jeu du marché, quel que soit leur objectif. A titre d'exemple, nous ne ferons pas pénétrer l'ordre public culturel au sein de l'économie¹³¹ puisque là encore le but n'est pas purement économique, nous le verrons par la suite. Ces notions qui ne poursuivent pas uniquement ce but seront autonomisées dans la suite de nos raisonnements afin de préserver intacte la substance de l'ordre public économique de direction et garder une grille de lecture compréhensible qui n'autorise aucune confusion. La notion d'ordre public a fait débat de par son imprécision, nous préférons ne pas reproduire ce schéma pour cette catégorie en adoptant une définition stricte : l'ordre public économique de direction sert à réguler le marché dans une vision de politique économique.

De plus, pour justifier le refus de voir dans l'étiquetage énergétique une nouvelle manifestation de l'ordre public économique de direction, nous pouvons nous pencher sur le régime des sanctions applicables en cas de contravention aux règles économiques. En l'absence de texte sanctionnant le non-respect d'une règle d'ordre public par la nullité, le juge peut appliquer une telle sanction à un contrat, s'il estime la violation de la norme suffisamment grave et s'il est saisi en ce sens par une partie au litige lorsqu'il n'a pas le pouvoir de relever d'office la nullité. Dans le cadre de la violation de l'ordre public économique de direction, comme l'intérêt général est en jeu, tout intéressé peut agir et demander l'annulation du contrat : il s'agit d'une nullité absolue du contrat. En appliquant ce régime au sujet qui nous intéresse, on ne saurait imaginer qu'un contrat qui ne présente pas un affichage énergétique correct puisse être annulé par tout intéressé. Ce serait donner beaucoup trop de poids à cette information précontractuelle que d'admettre une telle nullité absolue et c'est pourquoi nous pouvons affirmer que l'étiquetage énergétique ne peut être relié à l'ordre public économique de direction.

¹³¹ Une position inverse : *Droit civil, Les obligations*, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Précis Dalloz, 10^e édition, p. 398

Paragraphe 2 : Le refus de l'ordre public de protection

L'ordre public de protection a pour but de rétablir l'équilibre contractuel entre deux parties dont l'une est considérée plus faible que l'autre. Cette faiblesse réside dans une inégalité de puissance économique qui provoque l'assujettissement d'un contractant à l'autre ou dans une inégalité d'information qui ne permet pas à l'un d'exprimer pleinement un consentement éclairé. Les règles de protection viennent alors au secours du faible donc d'une partie au contrat seulement. Si l'on considère les dispositions remédiant à une disparité d'information entre le faible et le fort, on pourrait affirmer qu'il existe des obligations d'information qui protègent la santé du créancier du renseignement si le produit est dangereux¹³², ou qui protègent le consentement à l'acte de la partie faible en imposant l'information sur la qualité et l'utilisation du bien objet du contrat¹³³. Pour cette dernière catégorie d'obligations d'information, Farjat la décrit comme une information sur l'utilisation du bien afin que son créancier puisse juger du prix adéquat du produit : « *l'obligation pour un contractant d'informer son partenaire sur certains éléments du contrat afin d'éviter le "si j'avais su" d'un contractant déçu, dans la mesure où l'on veut empêcher une déception sur la valeur de la prestation* ». Il nous semble que ces objectifs motivant une protection du contractant faible ne se retrouvent pas dans l'étiquetage énergétique : elle n'aurait pas pour but de protéger la santé ou le consentement du destinataire pour une utilisation donnée du bien.

Section 1 : Sur le consentement du créancier de l'information

L'étiquette énergétique n'est pas là pour informer l'acquéreur ou bailleur d'un bien sur ses performances d'utilisation donc ne permet pas à son destinataire de savoir si le prix qu'il va payer est un prix juste. En effet, même si le Club des juristes avait proposé de faire entrer l'information environnementale dans l'article L. 111-1 du Code de la consommation au même titre que les autres informations précontractuelles, il ne faut pas les confondre puisque celles déjà visées par ce texte ont pour but d'établir une situation de concurrence pure et parfaite : plus l'acheteur d'un bien est informé sur ses caractéristiques et plus il va lui permettre de savoir si le produit est adapté à ses besoins. Il pourra ainsi comparer les différentes offres pour

¹³² Par exemple : article L.221-1-2 du Code de la consommation

¹³³ On les retrouve dans l'obligation générale d'information précontractuelle posée par le premier chapitre du Code de la consommation

déterminer lequel est le plus performant et a le meilleur ratio qualité-prix. L'étiquetage énergétique en revanche ne sert pas à effectuer ce rapport qualité-prix puisque le produit le plus écologique n'est pas forcément le plus performant en termes d'utilisation : tout le monde a en tête l'exemple des fameuses ampoules basse-consommation qui, certes moins énergivores que les ampoules classiques, mettent un certain temps à chauffer et atteindre leur point maximum de luminosité. L'étiquetage ne sert donc pas à informer son destinataire sur les qualités d'utilisation du bien.

Tout au plus pourrait-on penser que l'étiquette protège le porte-monnaie de son destinataire : en effet, si elle ne le renseigne pas sur les qualités d'utilisation du bien (en termes de performance d'utilisation), elle pourrait peut-être, image-t-on, l'informer sur le produit qui serait le moins coûteux en énergie. Le raisonnement est simple : si le bien produit moins de dioxyde de carbone que les autres, c'est qu'il consomme moins d'énergie, ce qui fait autant de bénéfices sur la facture d'électricité ou de carburant. Cet argument est d'ailleurs mis en avant par de nombreux distributeurs comme par SIEMENS qui affiche sur son site internet la mention « *Bien qu'un peu plus cher à l'achat, les appareils de classe A++ ou A+++, sont très vite rentabilisés grâce aux économies faites sur les factures* ».

Raisonnement simple certes, mais erroné. Il est possible de prouver que l'étiquette n'a aucun rapport avec la protection du créancier et de son patrimoine. Derrière l'affichage de la consommation énergétique du produit, ce n'est pas le prix de l'énergie qui est important mais sa production : il ne s'agit pas de dire au consommateur quel est le produit qui lui sera le plus rentable mais de le renseigner sur celui qui permettra de réduire la production énergétique, donc les rejets en CO2 dans l'atmosphère. Démontrons notre propos de manière simple.

Pour l'étiquette des véhicules, deux informations sont affichées : la consommation en carburant pour cent kilomètres et la classe énergétique en fonction des rejets de dioxyde de carbone de la voiture. On serait tenté de dire que l'information sur la consommation de carburant poursuit ce but de protection du patrimoine du destinataire compte tenu du prix de l'essence. Cela est indéniable mais si l'on regarde une de ces étiquettes, les deux-tiers de sa surface concernent l'autre renseignement : le dioxyde de carbone. C'est cette seconde information qui attire l'œil car colorée, de grande taille et adressant un renseignement de façon claire à travers une lettre représentant une classe énergétique. Seule elle est d'ailleurs visée par la classification par lettre de A à G et enfin, la consommation de carburant aurait pu se trouver sur une autre pancarte que l'affichage énergétique qui n'a pour seul objectif que de

mentionner les émissions de gaz : si les deux informations ont été réunies c'est pour une question de commodité et éviter la multiplication des affiches. Or les rejets de dioxyde de carbone n'ont aucun rapport avec le porte-monnaie de l'acquéreur d'une voiture puisque les différentes émissions s'expliquent par des technologies dans les filtres à particules et autres innovations dans le moteur.

Pour les produits qui consomment de l'électricité, la finalité est la même : il ne s'agit pas de protéger le créancier de l'information en lui indiquant quel est le bien qui lui coûtera le moins en énergie mais celui qui sera le meilleur pour l'environnement. Prenons pour exemple un réfrigérateur : ceux autorisés à la vente doivent être de classe A+ à A+++ (sauf dispositions transitoires qui permettent sous certaines conditions de vendre des produits de classe énergétique inférieure). Nous nous intéresserons à ce produit puisqu'il est l'un des seuls à être branché en permanence dans une maison donc à consommer de l'électricité tout au long de la journée. Retenons en outre un kilowatt par heure à un prix de 0.1440 euros¹³⁴. Imaginons ensuite que ce réfrigérateur consomme de l'électricité en permanence ce qui gonflera naturellement nos résultats (ce qui n'est pas le cas puisqu'il alterne entre période de refroidissement et période de repos, les résultats que nous obtiendrons seront donc nettement exagérés). Nous allons calculer l'économie réalisée en un an en achetant un réfrigérateur de classe A+++ par rapport à un A+. Pour cela nous utiliserons deux produits dans le marché : le premier est un réfrigérateur congélateur de 339 litres classe A+++ qui consomme 156 kWh/an à 999 euros ; le second de 328 litres classe A+ qui consomme 325 kWh/an à 799 euros. Le différentiel de consommation d'énergie est de 169 kWh/an, ce qui correspond à 24,34 euros par an ($169 * 0.144$). On ne peut pas croire qu'une information qui permet à un acheteur d'économiser 24 euros et 34 centimes par an, alors même que les produits de classe énergétique supérieure sont bien plus chers à l'achat que ceux de classe inférieure, a pour but de le protéger ! Si l'on reprend notre exemple, il a fallu déboursier 200 euros de plus pour acquérir un bien écologique et économiser 24 euros et 34 centimes par an, ce qui signifie que l'achat ne sera pas rentabilisé avant plus de huit ans, si le produit est encore en état de marche ce qui semble très douteux ! On ne peut que constater que l'affirmation de SIEMENS « *Bien qu'un peu plus cher à l'achat, les appareils de classe A++ ou A+++, sont très vite rentabilisés grâce aux économies faites sur les factures* » est fausse.

¹³⁴ Prix du kWh et taxes pour un compteur de 6 kVA résidentiel (compteur électrique d'une maison ayant une consommation d'énergie classique) en option base au tarif bleu au 01/01/2015.

L'étiquette énergétique n'a aucun but de protection du consentement de son destinataire, tant dans les caractéristiques d'utilisation du produit que dans le coût à long terme.

Section 2 : Sur la santé du créancier de l'information

Voyons désormais ce qu'il en est pour le second type d'informations : celles qui protègent la santé de leur créancier. Nous allons voir là encore que notre étiquetage énergétique ne sert pas à cela. L'étiquette pour les produits électroménagers indique la consommation d'énergie nécessaire à l'utilisation du bien ; la production de cette énergie génère du dioxyde de carbone. L'étiquette pour les voitures et les bâtiments renseignent directement sur les émissions de dioxyde de carbone. Le but est donc de limiter les émissions de ce gaz en demandant aux acquéreurs de préférer les biens moins polluants. Le CO₂ est un des gaz responsables de l'effet de serre, c'est-à-dire schématiquement qu'il empêche les rayons du soleil qui ont pénétré l'atmosphère de repartir hors de notre planète par réverbération. Ces rayons sont piégés sur Terre et vont naturellement augmenter la température du globe. Cependant, en dehors de provoquer le réchauffement climatique, le dioxyde de carbone n'est absolument pas dangereux pour l'homme (à condition bien sûr que ce ne soit pas le seul gaz respiré) et on en veut pour preuve la composition de l'air qui contient environ 1% de CO₂. Que le bien considéré rejette du dioxyde de carbone n'est pas dangereux pour l'homme et si l'on considère la voiture polluante et nocive pour les poumons c'est uniquement à cause des autres gaz qu'elle rejette et notamment les particules fines. L'étiquette énergétique n'a donc pas pour but de préserver la santé de l'homme.

Section 3 : Les bases textuelles

Nous avons prouvé que l'étiquetage énergétique n'est pas une information ayant pour but de protéger son créancier. On pourrait d'ailleurs renforcer notre propos en étudiant le fondement textuel des directives européennes en la matière : dès 1992, elles se fondaient sur l'article 130 R du Traité instituant la Communauté Européenne, devenu article 174 dans le TCE consolidé et désormais à l'article 191 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. Selon cet article, la politique de l'Union Européenne dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite de quatre objectifs : la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de

l'environnement ; la protection de la santé des personnes ; l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles et la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique. Nul part n'y est fait mention la protection du consommateur en l'informant sur les qualités d'utilisation du bien puisque justement, l'étiquette ne mentionne pas ce renseignement, et nous avons vu que le fondement de protection de la santé n'est pas le bon. Il n'y a donc aucun but de protection des personnes, simplement un but environnemental et écologique.

Section 4 : Un ordre public de protection large

Si l'étiquetage énergétique ne relève pas d'un ordre public de protection traditionnel, peut-être pourrait-il découler d'une mutation de cette même catégorie d'ordre public. Deux voies de mutations pourraient être étudiées : la première entendrait largement la notion de parties au contrat et permettrait de ne pas dénaturer le concept d'ordre public de protection, le modifiant tout au plus, la seconde le transformerait radicalement en créant un ordre public de protection de l'Humanité.

Paragraphe 1 : L'acception large des parties au contrat

L'ordre public de protection a pour but de protéger une partie faible du contrat face à une autre considérée dans un état de domination. Nous avons cependant vu que l'étiquetage énergétique sert à protéger l'environnement et non pas le destinataire de l'information. Si l'on considère que l'écologie a pour but de protéger l'humanité, on pourrait considérer que la protection s'applique à tous les hommes.

En 1997, Catherine Thieberge-Guelfucci¹³⁵ affirmait déjà que la notion de partie à un contrat ne s'entendait plus comme les seules personnes qui ont voulu et conclu le contrat. Selon elle, des mécanismes comme la cession de contrat qui permet à une personne initialement tiers au contrat de devenir partie à l'acte ont provoqué une mutation de la notion de partie au contrat qui ne serait plus « *un cercle défini une fois pour toute lors de la conclusion* ». Cette notion se serait ouverte et élargie aux personnes représentées lors de la conclusion du contrat ou qui s'y

¹³⁵ C. Thieberge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ 1997, p. 357

sont adjointes lors de son exécution. Elle en déduit la manifestation d'une possible autonomie du contrat par rapport aux personnes qui l'ont conclu.

Si l'on continue le mouvement d'élargissement de la notion de parties au contrat et si l'autonomie du contrat par rapport à ses auteurs se renforçait, il serait possible de justifier la protection des hommes par le concept étendu à l'extrême des parties au contrat : le contrat étant désormais autonome par rapport au vendeur et à l'acquéreur, chaque homme a intérêt à ce que l'objet du contrat soit le moins néfaste possible pour son environnement. Dans ce sens, chaque être humain serait partie au contrat.

On voit rapidement l'écueil que présenterait cette théorie : certes l'ordre public de protection garderait sa traditionnelle définition puisqu'il protégerait une partie au contrat mais c'est cette dernière notion qui serait dénaturée : comment admettre un contrat signé par deux personnes avec sept milliards de parties. Cela n'a aucun sens et c'est pourquoi nous rejetons rapidement cette extension extrême de la notion de partie au contrat.

Paragraphe 2 : L'acception large de la protection

Au-delà de la protection individuelle du contractant qui, nous le savons désormais, est inexistante, n'y aurait-il pas une protection plus nouvelle et plus globale : une sorte de super ordre public de protection qui aurait pour finalité de protéger non pas une partie au contrat mais l'ensemble de l'Humanité à travers la protection de l'environnement ?

Parce que le contrat signé par le vendeur et l'acquéreur d'un bien « *s'intègre* »¹³⁶ dans la société, il doit respecter l'Humanité et l'ordre public de protection serait là pour s'en assurer. L'ordre public n'aurait alors plus vocation à protéger une partie au contrat mais serait élargi pour concerner tous les hommes : chaque homme aurait droit à la sécurité offerte par ces règles.

Cette idée est née de l'éminent Pierre Catala qui le qualifiait d'ordre public de protection de la planète en disant à propos de lui : « *Par-delà l'espèce humaine, c'est la vie toute entière de notre planète, si petite aujourd'hui avec les moyens actuels de protection. Il en va de la sauvegarde des espèces animales et végétales, contre leur extinction ; de l'air, de l'eau et de*

¹³⁶ Le mot est utilisé par M. Mekki dans sa thèse *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ 2004

la terre contre la pollution »¹³⁷. La théorie de l'ordre public de protection étendu à la planète a par la suite été consacrée par Mathilde Boutonnet, reprenant les mots de Jacqueline Morand-Devillier qui affirme : « *Derrière la protection de l'environnement, on protège l'Homme : le droit de l'environnement recouvre les règles de protection de la nature aussi bien que celles tournées vers la lutte contre les nuisances subies par l'homme* »¹³⁸.

Nous serions donc en présence d'un super ordre public qui protégerait tous les hommes. Cette approche de l'ordre public de protection n'est pas satisfaisante car elle conduit à le dénaturer gravement : selon sa définition, il a pour objet de rééquilibrer un contrat passé entre une partie faible et une forte, ce qui n'est pas le cas ici. Comme pour l'ordre public de direction, nous préférons garder une acception stricte du concept afin d'en maîtriser le développement que sont susceptibles d'en faire les juges et d'en conserver la lisibilité. Nous ne répéterons jamais assez que l'ordre public est une notion déjà suffisamment large et évolutive pour ne pas en plus brouiller les figures qui s'y trouvent et sont bien connues, afin de ne pas réduire à néant la prévisibilité déjà ténue de la compréhension de l'ordre public. En outre, si l'argument tiré du respect des définitions ne convainc pas, nous pourrions reprendre le mécanisme de l'étiquetage énergétique pour montrer qu'il est bien différent des normes de protection classiques : nous l'avons vu précédemment, notre système se distingue de toutes les autres mesures de protection : il s'agit pour nous d'une simple sensibilisation à l'environnement, non d'un rétablissement d'une part de commutativité objective dans le contrat. Il s'agit simplement d'informer l'acquéreur d'un bien de la voie la plus écologique et non de protéger efficacement l'humanité en imposant cette voie.

On voit bien que l'étiquetage énergétique ne peut se rattacher que très artificiellement à l'ordre public de protection, en le dénaturant totalement. Il vaut donc mieux, pour préserver les concepts connus et éviter de naviguer dans un total flou juridique, lui chercher un autre point d'ancrage.

¹³⁷ P. Catala, *A propos de l'ordre public*, Mélanges P. Drai, 2000, p. 511.

¹³⁸ J. Morand-Devillier, *Le droit de l'environnement*, PUF, coll. « que sais-je ? », 2007, P. 6
Cité par M. Boutonnet, *L'efficacité environnementale du contrat*, dans *L'efficacité du droit de l'environnement*, colloque du 15 octobre 2009, Orléans, publié sous la direction de O. Boskovic, Dalloz

Chapitre 3 : Un ordre public à créer : l'ordre public de sensibilisation

L'étiquetage énergétique est une règle d'ordre public mais elle ne peut être rattachée à celui que nous connaissons traditionnellement.

L'ordre public est une notion mouvante dont le contenu reste encore indéterminé. De nombreux auteurs en proposent leur propre typologie en multipliant ses composantes afin d'y intégrer toutes les règles impératives qui poursuivent un but d'intérêt général. Parce qu'il est divers et accepte volontiers les transformations, nous proposons nous aussi de développer un régime d'ordre public qui conviendrait à notre mécanisme. Il faut en déterminer le nom, le contenu et tenter de le rattacher à un régime connu afin de dégager les sanctions adéquates en cas de violations des règles.

La transmission de l'information énergétique est une obligation pour le vendeur ou bailleur mais son créancier n'est pas tenu d'en tirer les conséquences. L'information transmise n'a aucun objectif de protection de son destinataire, elle ne fait que le sensibiliser – nous avons vu dans l'introduction pourquoi le terme de sensibilisation est plus approprié que celui d'éducation. En conséquence nous sommes en présence d'un ordre public dont l'unique but est de sensibiliser le créancier de l'information. Le nom est trouvé : il s'agit d'un ordre public de sensibilisation.

Son contenu nous prouve qu'il est nécessaire de créer une notion propre, distincte de celles connues. En effet, ce nouvel ordre public contiendrait toutes les normes qui, sans but de protection ou de direction, ne font que sensibiliser. Ces mécanismes originaux ne peuvent être classés à côté d'autres normes plus classiques car cela leur ferait perdre leur spécificité. Pour étudier ce contenu novateur, nous avons pris l'exemple de l'étiquetage énergétique pour s'intéresser à l'état du droit actuel. *De lege feranda*, nous pourrions imaginer une croissance de cet ordre public à d'autres domaines que l'environnement et c'est pourquoi il devient nécessaire d'établir un régime de sanctions appropriées en cas de violation de ces règles qui risquent de devenir de plus en plus nombreuses. Pour les déterminer, nous rattacherons notre ordre public de sensibilisation à des concepts voisins pour nous en inspirer.

Section 1 : La justification de la création d'un nouvel ordre public

« *La folie, c'est de faire toujours la même chose et de s'attendre à un résultat différent* »

Albert Einstein

Il est possible de considérer que les composantes de l'ordre public se multiplient à l'excès empêchant toute lisibilité et qu'il serait bon d'arrêter l'édifice de nouvelles typologies, auquel chaque auteur veut apporter sa pierre. Pourtant, la construction d'une nouvelle catégorie semble devenue indispensable par l'évolution contemporaine du droit et des mentalités. Chaque part de l'ordre public est née pour répondre à des causes précises et justement ces causes se retrouvent à l'identique en matière environnementale : besoin social, comportements économiques et influence chrétienne. Si l'on suit le précepte d'Einstein, il est dès lors impossible de ne pas voir la croissance du nouveau tentacule de l'ordre public.

L'ordre public économique est l'aboutissement de facteurs économiques, sociaux et religieux qui l'ont rendu indispensable : tout commence à la fin du XIXe siècle – début XXe avec ce que l'on a appelé la deuxième Révolution Industrielle. L'utilisation de l'électricité et du pétrole, les industries automobile, chimique et sidérurgique ainsi que le développement des moyens de transport et de communication (bateaux à vapeur, chemins de fer, télégraphe puis téléphone) ont permis la création d'entreprises internationales embauchant une grande part d'ouvriers. On assiste aux premiers pas du travail à la chaîne avec le Taylorisme¹³⁹ renforcé par le Fordisme¹⁴⁰. La classe ouvrière née de la première Révolution Industrielle principalement au début du XIXe siècle se multiplie et est à la merci d'un patronat bourgeois et puissant. Les journées des ouvriers sont longues, plus de 12 heures par jour avec peu de pauses pour ne pas perdre une partie du salaire déjà faible¹⁴¹. Dans ce climat un besoin social de protection de la classe faible se fait sentir, besoin qui se manifeste à son paroxysme dans le *Manifeste du parti communiste* de Karl Marx et Friedrich Engels publié en 1848 qui prône la libération ouvrière : la prise du pouvoir politique par la classe ouvrière et la socialisation des

¹³⁹ Méthode de travail qui tire son nom de l'ingénieur américain Frederick Winslow Taylor (1856-1915) : division du travail en tâches simples et répétitives individuellement optimisées : les phases de conception et d'exécution du bien sont séparées, les gestes sont économisés, comptabilisés et chronométrés, les machines sont fortement exploitées et les ouvriers payés au rendement.

¹⁴⁰ Méthode de travail qui tire son nom de l'industriel Henry Ford (1863-1947) : travail à la chaîne par la standardisation des pièces, la production en grande quantité et en série, la parcellisation et la répartition d'opérations répétitives.

¹⁴¹ De 1900 à 1914, le salaire journalier moyen en France était de 5 francs.

moyens de production. Puis en 1929, le krach boursier de Wall Street plonge les ouvriers dans la misère. En France, un changement politique répond à ce besoin de protection : le Front populaire arrive au pouvoir en 1936 et ce premier gouvernement socialiste de la IIIe République met en place des mesures en faveur des ouvriers : congés payés, réduction du temps de travail avec la semaine de quarante heures et l'établissement de convention collective. La société voulait un changement ; celui-ci a eu lieu par ce qui est désormais appelé l'ordre public économique de protection.

En parallèle, l'économie aussi a subi des bouleversements avec l'apparition de firmes multinationales. On craint alors que l'une de celle-ci puisse être en position dominante, créer une concentration et freiner l'entrée sur le marché d'entreprises nouvelles. Une des manifestations de cette peur a été le trust¹⁴² de la Standart Oil qui comptait sept millions de salariés dans le monde fin XIXe, regroupant les industries pétrolières Rockefeller, Andrew & Flagler. Pour éviter ces trusts surpuissants, émergent aux Etats-Unis le droit de la concurrence avec les Sherman Act (1890) et Clayton Act (1914). Ce qui constitue désormais le cœur de l'ordre public économique de direction s'est ensuite propagé aux autres Etats qui connaissaient le même besoin de réguler l'économie.

Sur le plan religieux enfin, le catholicisme n'est pas indifférent aux préoccupations sociales puisqu'en 1891 lors de l'encyclique *rerum novarum*, l'Eglise affirme : « *le pauvre peuple...sans richesses pour le mettre à couvert des injustices, compte surtout sur la protection de l'Etat. L'Etat doit donc entourer de soins et d'une sollicitude toute particulière les travailleurs qui appartiennent à la foule des déshérités* ».

En 1934, c'est-à-dire lorsque se posent ces questions sociales et économiques, le doyen Ripert emploie pour la première fois le terme d'ordre public économique.

Au XXIe siècle, de nouvelles préoccupations ont émergé : la protection de l'environnement devient un enjeu majeur. Selon un sondage Obea/InfraForces réalisé pour le compte de FranceInfo, pour 84% des français l'écologie serait une « *préoccupation majeure* »¹⁴³. Le besoin social de mécanismes protégeant l'environnement est bien là. L'économie aussi se

¹⁴² Trust : fusion d'entreprises, par opposition aux cartels : des entreprises qui restreignent par contrat leur indépendance dans certains domaines.

¹⁴³ Enquête réalisée par téléphone du 13 au 19 avril 2011 sur un échantillon de 1.015 personnes représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus

transforme avec la mise sur le marché de plus en plus de produits dits « verts » ou labélisés « écologiques ». L'Eglise elle-même a pris fait et cause pour la protection de l'environnement : le 19 mai 2013, le Pape François lançait un appel à être « *gardiens de la création, du dessein de Dieu inscrit dans la nature, gardiens de l'autre, de l'environnement* ».

On retrouve donc, comme lors du développement de l'ordre public économique, un besoin social, une transformation du marché économique et un soutien de l'Eglise. Aux mêmes causes, mêmes effets : il était dès lors inévitable de créer un nouvel ordre public : celui-ci se justifie historiquement.

La méthode employée par ce nouvel ordre public se justifie elle-aussi techniquement : un environnement sain est l'idéal qu'il se propose d'atteindre et, pour promouvoir cet idéal la sensibilisation des consommateurs est efficace puisqu'en influant sur la demande, elle va permettre de transformer l'offre des produits et permettre le développement de biens écologiques pour correspondre aux attentes des consommateurs.

L'ordre public de sensibilisation permettrait d'atteindre des idéaux en utilisant la loi du marché de l'offre et de la demande.

Section 2 : Le rattachement à un ordre public connu

L'ordre public de sensibilisation a une existence autonome justifiée puisqu'il utilise des mécanismes nouveaux, sans réelle contrainte pour atteindre son but (si le vendeur doit afficher l'étiquetage pour protéger l'environnement, l'acheteur n'est pas obligé de suivre la voie proposée et peut s'opposer à l'adoption d'un comportement écologique). Pourtant, pour déterminer le régime des sanctions adéquates en cas de violation de cet ordre public, il est opportun de tenter de le rattacher à un ordre public connu. Cette tâche est permise par la polymorphie de l'ordre public et par ses ramifications nombreuses et modernes. A côté de toutes les formes que peut revêtir l'ordre public, une nous intéresse particulièrement : l'ordre public fondamental, et c'est à celui-ci que nous nous réfèrerons.

Paragraphe 1 : La diversité de l'ordre public

L'ordre public n'est pas une notion fixe et chaque auteur veut établir sa propre typologie. On se retrouve donc avec une multitude de catégories : culturel, philanthropique ou humaniste, de protection collective, social ou fondamental. Cette diversité nous permet de rajouter sans crainte une nouvelle branche : l'ordre public de sensibilisation, que nous intégrerons à cette classification.

A. L'ordre public culturel

Les lois d'ordre public se sont exprimées dans un domaine que certains ont qualifié de culturel et cela par deux vecteurs : le marché des œuvres d'art et la langue des contrats.

Le 1^{er} avril 1997, dans un arrêt *L.*, le Tribunal Fédéral Suisse avait demandé à la France de restituer aux Helvètes un tableau volé en se fondant non pas sur des conventions européennes en vigueur ni sur une convention bilatérale franco-suisse mais sur des conventions internationales qui ne sont pas en vigueur dans les deux pays : les principes Unidroits du 24 juin 1995, signés par la France et la Suisse mais non encore ratifiés, et la convention de l'Unesco du 14 novembre 1970 sur l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicite des biens culturels, ratifiée par la France mais pas par la Suisse. Dans le même esprit, un arrêt de la Cour fédérale (BGH) allemande du 22 juin 1972 rendu en matière de contrat d'assurance de transport maritime d'œuvres d'art interdites par les lois du Nigéria avait reçu pour fondement la convention de l'Unesco de 1970 pourtant non ratifiée par l'Allemagne en s'appuyant sur « *l'intérêt général de tous les peuples au maintien de leurs biens culturels en leur lieu et place* ». En se fondant sur des principes qui découlent de textes qui ne sont pas en vigueur dans les Etats considérés, les tribunaux mettent en lumière des normes qui préexistaient à tous textes et qu'il suffisait de découvrir pour les appliquer au nom de l'intérêt général. Comme dans l'ordre interne, il s'agit là du développement de l'ordre public international culturel virtuel de manière à protéger le patrimoine culturel d'un Etat.

Dans l'ordre interne, l'ordre public culturel s'est aussi développé par l'emploi obligatoire de la langue française dans certains actes juridiques mais cela de manière controversée. Deux lois, dites Bas et Toubon¹⁴⁴, ont rendu obligatoire l'usage du français pour certains actes

¹⁴⁴ Loi du 31 décembre 1975 et du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française

juridiques (offre d'un bien ou d'un service, relation de travail, contrat passé avec les personnes morales de droit public) et leur but était méconnu : s'agissait-il de protéger une partie en lui permettant de comprendre le contrat ou de protéger la langue française ? Il était possible de dire que l'usage du français ne constituait pas un gage de protection d'une partie car elle pouvait comprendre l'information par d'autres moyens sans qu'une traduction soit nécessaire (par exemple par des schémas ou étiquettes). L'objectif était donc très probablement la défense du patrimoine linguistique national c'est-à-dire un but d'intérêt général. Cependant, l'existence de ces règles imposant l'emploi de la langue nationale relevant d'un ordre public culturel nouveau n'a pas été pérenne puisqu'elles heurtaient le principe de libre communication des pensées pour le Conseil constitutionnel¹⁴⁵ et choquaient le principe de la libre circulation des biens et des services dans la Communauté européenne pour la Cour de Justice supranationale¹⁴⁶.

Pour certains auteurs, cet ordre public culturel devrait être inclus dans l'ordre public étatique car il s'agit de protéger l'Etat par la langue nationale¹⁴⁷ ; pour d'autres, il rejoint l'ordre public de direction¹⁴⁸. Nous avons choisi de l'autonomiser pour l'étudier sans dénaturer les autres catégories d'ordre public.

B. L'ordre public philanthropique

Notion en développement, l'ordre public philanthropique pour Dominique Fenouillet¹⁴⁹ ou humaniste pour Mustapha Mekki¹⁵⁰ regroupe des principes qui reprennent l'adage chrétien « *noli me tangere* » « *ne me touche pas* » pour protéger la dignité de la personne. Cet ordre public se voit dans les textes par les lois bioéthiques aux articles 16 et suivants du Code civil qui imposent le respect du corps humain et interdisent la commercialisation de ses éléments. Il est aussi étoffé par la jurisprudence qui, se fondant sur la dignité de la personne, découvre des

¹⁴⁵ Cons. Const. 29 juillet 1994, se fondant sur l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

¹⁴⁶ CJCE, 14 juillet 1998, *Goerres* et 12 septembre 2000, *Y. Geffroy et Casino France SNC*

¹⁴⁷ B. Fauvarque-Cosson, *L'ordre public dans 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Université Paris II, Dalloz.

¹⁴⁸ *Droit civil, Les obligations*, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Précis Dalloz, 11^e édition, P. 429

¹⁴⁹ D. Fenouillet, *Les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique*, Mélanges P. Catala, Litec, 2001, p487

¹⁵⁰ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ 2004

principes comme l'interdiction du lancer de nain¹⁵¹ ou celle des laserdromes : ces jeux où deux équipes s'affrontent sur un terrain avec des pistolets lasers¹⁵².

Critiqué car limitant la liberté des individus pour protéger l'Humanité toute entière et moralisant les relations commerciales, cet ordre public ne cesse de croître. Mustapha Mekki et Bénédicte Fauvarque-Cosson proposent de lier ces normes à l'ordre public politique (protection des personnes) tandis que Dominique Fenouillet en fait une catégorie autonome qui aurait supplanté les bonnes mœurs.

C. L'ordre public de protection collective

En sus de l'ordre public économique de protection, Gérard Farjat proposait de créer un ordre spécifique : celui de protection collective¹⁵³. Selon lui et prenant appui sur les travaux de René Japiot, il existe des textes qui ne protègent l'intérêt que d'un individu mais permettent à tout un groupe de s'unir pour le défendre et demander la nullité d'un acte le heurtant. Ces nullités sont appelées « *nullités solidaristes* » et manifeste l'idée qu' « *à la protection d'un seul peut s'attacher un intérêt social* », l'intérêt de la classe économique à laquelle appartient l'individu dont les droits ont été lésés. Il s'agirait alors de défendre un intérêt collectif distinct de l'intérêt individuel lésé et distinct encore de l'intérêt général du groupe qui prime les intérêts collectifs. C'est ainsi que l'on pourrait voir des nullités qui seraient susceptibles d'être soulevées par d'autres que le protégé direct et qui ne pourraient pas faire l'objet de confirmation par l'individu lésé (qui ne pourrait d'ailleurs pas renoncer à sa protection).

¹⁵¹ CE, Assemblée du contentieux, 27 octobre 1995, Morsang-sur-Orge ; pourvoi N° 136727

¹⁵² L'Allemagne avait interdit à un commerçant d'exploiter ce genre d'activité car la reproduction de la guerre banalisait la violence et heurtait la dignité des joueurs. Saisie pour entrave à la liberté du commerce, la Cour de Justice des Communautés Européennes a affirmé ne pas s'opposer à l'interdiction de l'exploitation commerciale de jeux de simulation d'actes d'homicides car la protection de l'ordre public consécutive à l'atteinte portée à la dignité humaine par cette activité justifie une restriction de la libre prestation de services : CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*

¹⁵³ G. Farjat, thèse *L'ordre public économique*, Dijon, 1963, P. 123 et suivantes

D. L'ordre public social

Gérard Couturier¹⁵⁴ part d'un constat : l'ordre public économique de protection est en expansion et, à partir de ce mouvement, il propose d'autonomiser la notion d'ordre public social qui regrouperait les règles relatives au droit du travail protectrices des salariés. Il est rejoint sur ce point par Michèle Bonnechère qui affirme que ces règles ne peuvent être assimilées à l'ordre public classique puisque contrairement à lui qui s'impose tel quel, elles ne font que fixer un plancher de protection : il est impossible de construire en-dessous mais il est possible de bâtir une protection au-dessus d'elles, meilleure pour les salariés. Toutefois, pour Gérard Couturier, cette notion n'est pas un véritable ordre public puisque ne pose pas de règles fixes.

E. L'ordre public fondamental

L'expression ordre public fondamental renvoie aux droits et libertés fondamentaux, c'est-à-dire, selon le *Vocabulaire juridique* de Cornu, aux « *droits proclamés comme tels par diverses sources juridiques comme la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». Il s'agirait donc d'un ensemble de règles qui, dans le contrat, aurait pour but de protéger les droits et libertés fondamentaux des parties. On pourrait alors discuter de la pertinence d'y inclure l'ordre public philanthropique qui protège la dignité de l'Homme mais il est possible de rejeter cette intégration en affirmant qu'il a pour but de protéger l'homme contre ses propres actions qui porteraient atteinte à sa dignité et, à travers lui, à l'humanité ; l'ordre public fondamental au contraire sert à protéger les droits fondamentaux d'un individu contre les actions d'autres personnes.

Déjà Farjat avait exploré cette voie dans sa thèse, définissant l'ordre public fondamental comme un ordre public que le juge n'inventerait pas de toute pièce mais qui préexisterait à son intervention. L'auteur précise alors qu'il contiendrait tous les principes fondamentaux mais il choisit de ne traiter le sujet que sous l'angle économique évoquant le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il critique ensuite son développement : selon lui, les règles dirigistes se contredisent, se font au cas par cas pour régler des problèmes distincts et

¹⁵⁴ G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, Mélanges J. Flour, Rép. Defrénois 1979. 95

sont changeantes en fonction des attentes et des idées sociales ; les grands principes exigent à l'inverse durée, précision et cohérence ce qui rend impossible la coordination de règles d'ordre public avec des principes de valeur fondamentale.

Malgré les critiques faites, l'ordre public fondamental se développe à tel point que des auteurs ont parlé de « *fondamentalisation du droit des contrats* »¹⁵⁵. Les droits fondamentaux se multiplient ce qui conduit les cours supranationales et nationales à vérifier leur respect y compris dans le contrat. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne participent au développement de cet ordre public. Ce mouvement se manifeste dans deux directions : tout d'abord un contrôle vertical, c'est-à-dire la vérification que le droit des contrats étatique ne heurte pas les droits et libertés fondamentaux des contractants¹⁵⁶ et les protège par des mécanismes suffisants¹⁵⁷ ; ensuite un contrôle horizontal, cette fois c'est le contenu-même du contrat, ses clauses, qui est contrôlé à la lumière des droits fondamentaux pour sanctionner toute atteinte aux droits d'un contractant (effet élusif des libertés fondamentales)¹⁵⁸ ou au contraire pour ajouter des obligations non prévues dans le contrat pour garantir ces droits (effet additif)¹⁵⁹.

L'avant-projet de réforme du droit des obligations consacre l'existence d'un ordre public fondamental horizontal à l'article 1102 alinéa 2 : « *la liberté contractuelle ne permet pas [...] de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées* ».

¹⁵⁵ Par exemple : Ch. Jamin, *Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux*, dans *Repenser le contrat, Méthodes du droit*, sous la direction de Grégory Lewkowicz et Mikhaïl Xifaras, Dalloz 2009, p. 173 à 217

¹⁵⁶ Le Conseil constitutionnel a ainsi sanctionné des lois qui allaient contre les principes de prohibition des engagements perpétuels (9 novembre 1999), de liberté contractuelle (19 décembre 2000) ou de propriété des créances (10 juin 2010)

¹⁵⁷ C'est la théorie des obligations positives qu'a développée la Cour Européenne des Droits de l'Homme et qui prend de l'ampleur depuis la création de la procédure des arrêts pilotes (arrêt *Broniowski contre Pologne*, Grande Chambre, 22 juin 2004 et repris à l'article 61 du règlement intérieur de la Cour) : la Cour peut proposer des mesures à un Etat pour remédier à un dysfonctionnement systémique qui conduit à la violation des droits fondamentaux des personnes.

¹⁵⁸ Peuvent être annulées des clauses de célibat ou de viduité sauf si elles sont inspirées par un sentiment louable car vont contre le principe de respect de la vie privée ; ou encore des clauses de résidence sauf intérêt légitime et limite temporelle ; ou encore des clauses d'un contrat de bail qui privent le preneur de la possibilité d'héberger ses proches : Cass. 3^e civ, 6 mars 1996, n° 93-11113 et 22 mars 2006, n° 04-19349

¹⁵⁹ Bien que cet effet additif soit limité : par exemple la Cour Cassation a refusé que le propriétaire d'un immeuble soit obligé d'ajouter une entrée non électronique pour des locataires de confession juive : Cass. 3^e Civ. 18 décembre 2002

Paragraphe 2 : Le rattachement à l'ordre public fondamental

L'étiquetage énergétique est imposé en vertu d'un ordre public. Cette notion est mouvante et a plusieurs composantes ce qui permet de rattacher l'ordre public de sensibilisation à l'ordre public fondamental, lien qui peut se faire par le biais de l'ordre public écologique encore que cela soit peut-être trop réducteur.

A. Le développement d'un ordre public environnemental fondamental

L'ordre public écologique est une notion jeune encore peu connue des juristes : nulle trace dans la huitième édition du *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant ni dans la onzième édition du manuel de *Droit des obligations* des professeurs François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette ; une demi-page dans les ouvrages *Droit de l'environnement* de Raphaël Romi¹⁶⁰ et de Agathe Van Lang¹⁶¹ étudié sous l'angle publiciste des troubles à l'environnement, prisme publiciste repris par le manuel de *Droit de l'environnement* de Michel Prieur qui lui consacre deux pages¹⁶². Pourtant, même en droit privé, les normes obligatoires en matière environnementale se multiplient, nous l'avons illustré dans notre titre 1 à travers les normes classiques, incitatives, informatives ou sensibilisatrices. Ce développement permet de définir l'ordre public écologique en matière contractuelle comme « *un ensemble de principes élaborés dans l'intérêt général de l'humanité et fondés sur la justice environnementale qui permet de sauvegarder les ressources naturelles et leurs équilibres entre elles et par rapport aux humains, ainsi que d'assurer l'accès équitable à ces ressources à toute personne et à toute autre espèce vivante* »¹⁶³ ou, plus simplement, comme « *un système de normes appropriées, fondé sur l'adaptation harmonieuse de la loi juridique à la loi écologique, qui vise la sauvegarde de la biodiversité dans la durée et de manière équitable* »¹⁶⁴. Ce système impose des obligations dans le contrat (par exemple l'obligation pour le vendeur d'un terrain d'informer l'acquéreur de l'exploitation d'installations classées sur ce terrain et des risques qui en émanent : article L. 514-20 du Code de l'environnement) et

¹⁶⁰ 8^e édition, Domat droit public, LGDJ

¹⁶¹ 3^e édition, Puf

¹⁶² 6^e édition, Précis Dalloz

¹⁶³ A. Kiss, *L'ordre public écologique*, cité par M. Boutonnet et J.-C. Fritz, Bruylant, 2005, p. 167

¹⁶⁴ M. Boutonnet, précité.

permet d'annuler des clauses qui le heurtent (par exemple une clause déchargeant le vendeur de son obligation de transmettre les informations nécessaires).

L'ordre public écologique découle directement de l'ordre public fondamental puisqu'il a pour but de protéger l'environnement or le droit à l'environnement est devenu un droit fondamental pour tout homme. L'article 1^{er} de la Charte de l'environnement à valeur constitutionnelle consacre le droit de tout homme à un environnement sain, article emprunté à la déclaration de Rio de juin 1992 dont le premier principe dispose : « *les êtres humains [...] ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature* ». Les constitutions étrangères reconnaissent ce même droit : il est présent à l'article 66 de la Constitution portugaise de 1976, à l'article 225 de la Constitution brésilienne de 1988 ou encore à l'article 56 de la Constitution turque. Des conventions internationales le proclament encore : principe 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée à Nairobi en 1981 ou encore le protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme, adopté à San Salvador en 1988.

B. Le lien entre ordre public environnemental et ordre public de sensibilisation

L'ordre public écologique dans les contrats permet de mettre en œuvre le droit de chaque homme à un environnement sain. D'un point de vue publiciste, il permet d'imposer des devoirs à l'Etat pour sauvegarder l'environnement et accordent des droits à l'information environnementale et à la participation environnementale aux citoyens contre l'Etat : ils peuvent invoquer ces textes pour obtenir des renseignements et participer à la prise de décision en matière écologique. Ces derniers points nous intéressent et il faut étudier leur mutation sémantique qui a conduit à une mutation économique : en recouvrant une nouvelle réalité, ces droits ont conduit à transformer les agents économiques en citoyens et c'est dans cette transformation que se trouve la sensibilisation.

A l'origine, le droit de tout individu à l'information environnementale s'appliquait dans les relations Etats-citoyens et était garanti par de nombreux textes : principes 4 et 19 de la déclaration de Stockholm de 1972, point 5 du chapitre de l'économie, de la science et de la technique de l'acte final de la Conférence d'Helsinki de 1975, principe 10 de la Conférence de Rio de 1992, Convention d'Aarhus de 1998, article 7 de la Charte de l'environnement de 2004, directive européenne 2003/4 du 28 janvier 2003 qui remplace la directive 90/313 du 7

juin 1990 et L. 110-1 II 4° et 5° du Code de l'environnement. Toute personne pouvait demander à l'Etat des informations environnementales détenues par les autorités publiques, y compris les projets de décisions publiques en matière d'écologie afin de fournir des observations qui devaient être prises en compte. Ces droits individuels en relation verticale permettaient de mettre en œuvre ce que l'on a appelé la démocratie environnementale, c'est-à-dire que chaque citoyen avait un mot à dire dans la politique environnementale et pour cela il pouvait obtenir les informations nécessaires à la prise de position.

Ce concept de démocratie environnementale a subi une mutation pour ne plus s'appliquer uniquement dans les rapports verticaux Etat-citoyens mais aussi dans les rapports horizontaux : entre personnes privées. L'idée est que la protection de l'environnement passe aussi par un changement des mentalités et doit se faire sur tous les fronts, y compris lorsque les personnes privées effectuent des achats. Chaque personne doit, y compris dans ses rapports purement privés, être capable de participer à la défense de l'environnement et pour cela elle doit bénéficier des meilleures informations.

L'ordre public écologique s'est adapté à cette nouvelle vision de la démocratie environnementale et c'est de cette transformation de la participation citoyenne à l'écologie qu'est né l'ordre public de sensibilisation : les vendeurs sont tenus d'afficher l'information environnementale pour permettre à tout acquéreur de participer à la défense de l'environnement et d'être conscient de la portée de ses actes. L'étiquetage énergétique des produits émerge ici mais il conduit à dénaturer le sens de la démocratie : celle-ci ne concerne plus uniquement la personne en tant que citoyen dans sa vie publique mais aussi le consommateur dans sa vie strictement privée. L'étiquetage énergétique conduit à étendre la démocratie au consommateur, brouillant les frontières entre vie publique et vie privée pour créer le concept de consommation-citoyenne ou de consommateur-citoyen.

C. Le lien trop étroit entre ordre public environnemental et ordre public de sensibilisation

L'ordre public de sensibilisation que nous illustrons par l'étiquetage énergétique permet à chaque consommateur de se comporter en citoyen dans ses rapports privés. Si l'extension de la démocratie aux rapports horizontaux n'est pour le moment imposée qu'en matière écologique, on peut penser qu'elle puisse se servir d'autres domaines comme terreau pour croître. Les consommateurs-citoyens pourraient s'exprimer sur bon nombre de points qui ont

trait aux droits de l'homme et pas uniquement au droit à un environnement sain. Il y aurait alors un étiquetage des produits qui prendrait en compte d'autres idéaux que la protection de l'environnement et il faudrait donc repenser le rattachement entre ordre public de sensibilisation et ordre public fondamental. La sensibilisation imposée ne découlerait pas de l'intermédiaire écologique mais directement de l'ordre public fondamental, elle en serait une composante directe ce qui laisserait la place à une sensibilisation du consommateur sur tous les autres droits de l'homme, extension qui sera étudiée plus tard dans notre raisonnement. Si la sensibilisation est née dans l'écologie, elle s'en est séparée et cette autonomie pourrait favoriser un développement certain.

Ainsi, plutôt que de voir dans l'ordre public de sensibilisation une excroissance de l'ordre public écologique, nous proposons d'inverser le modèle : au sein de l'ordre public fondamental se trouve celui de sensibilisation dont une composante est l'écologie mais ne serait pas exclusive d'autres domaines d'application. Nous confirmerons cette modélisation de l'ordre public de sensibilisation lors de l'étude de la notion de patrimoine commun en nous contentant pour le moment de le placer au cœur de l'ordre public fondamental.

Le rattachement de l'ordre public de sensibilisation à un ensemble plus vaste nous permet désormais de nous concentrer sur les sanctions adéquates en cas de violation.

Section 3 : La conception d'un régime de sanctions appropriées

L'étiquetage énergétique manifeste la volonté de sensibiliser le consommateur sur l'application des droits fondamentaux de l'homme. Reste désormais à se pencher sur l'influence d'une telle origine sur les sanctions concevables en cas d'étiquettes erronées ou de clauses déchargeant le professionnel de sa responsabilité de transmettre l'information.

L'étiquetage énergétique permet de sensibiliser les parties à un contrat de vente ou de location en leur indiquant quel produit choisir pour avoir un impact environnemental moindre. Les professionnels pourraient dès lors profiter d'un éventuel engouement du public pour les produits qui consomment peu d'énergie pour présenter de fausses étiquettes afin d'attirer l'acheteur ou le locataire. On peut aussi penser à la simple erreur dans l'étiquette : des

informations erronées sans mauvaise intention du vendeur ou bailleur. Il convient de s'interroger sur les sanctions envisageables à ces complications.

Selon les directives et règlements européens qui respectent le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats, il revient à chaque Etat de contrôler la réalité des chiffres portés sur les étiquettes et déterminer les sanctions applicables en cas d'étiquette erronée. Pour ce qui est du contrôle des résultats, une agence, l'ADEME : Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, a été créée et ses agents sont chargés de cette mission. Quant aux sanctions, nous nous intéresserons aux sanctions civiles et non pas pénales ou administratives.

Nous verrons qu'il y a des cas d'étiquettes erronées dont les sanctions ne laissent que peu de place au doute : c'est le cas d'une pure erreur sur l'affiche ou d'un mensonge du vendeur. Plus délicats seront les cas où les tests ont été réalisés dans des conditions idéalistes, irréalisables en pratique mais tout en restant dans le cadre de la légalité.

Paragraphe 1 : Le cas certain : l'étiquette fausse

L'hypothèse est simple : une étiquette affiche une consommation d'énergie ou un taux de rejet de dioxyde de carbone qui n'est pas celle du bien.

L'hypothèse est simple, certes, mais la preuve d'une étiquette fausse est complexe : les textes en la matière sont clairs et précis : la consommation en énergie ou le taux de rejets de dioxyde de carbone affichés ne sont donnés qu'à titre indicatif. L'étiquette pose un référentiel, elle ne donne pas exactement l'information sur ce que le bien va consommer en énergie ou rejeter en dioxyde de carbone effectivement lors de son utilisation puisque ces valeurs dépendent de l'utilisation réelle du bien. Elle pose donc un chiffre théorique, déterminé dans des conditions d'utilisation standard afin de comparer les produits dans des conditions similaires. En conséquence, il se peut que la valeur donnée par l'affiche ne soit pas celle retrouvée en pratique lors de l'utilisation du bien sans que cette différence résulte d'une erreur d'étiquetage.

Par erreur d'étiquetage, il faut comprendre que la consommation en énergie ou les rejets en dioxyde de carbone pour une utilisation standard du bien ne sont pas ceux affichés. A ce stade, on se heurte frontalement au problème de la preuve : comment savoir si la classe

énergétique affichée sur le bien est exacte alors même que chaque personne a une utilisation différente du bien donc aura une consommation d'énergie sans égale ? La preuve d'une erreur d'étiquetage par un particulier semble illusoire.

Cependant, il est possible qu'un organisme réalise ces tests dans des conditions standards et informe le public d'une erreur d'étiquetage, ce qui a déjà été fait¹⁶⁵. Les acquéreurs des biens visés pourraient alors vouloir agir en résolution du contrat en se fondant sur cette information. Il faut donc déterminer les sanctions qui peuvent s'appliquer à ce cas et l'on peut penser à différents types : les vices du consentement, le manquement à l'obligation d'information, l'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés. De plus, des distinctions doivent être effectuées entre les différentes étiquettes puisque celle des bâtiments suit un régime exceptionnel.

A. Le cas particulier : le Diagnostic de performance énergétique

Dans le cas du diagnostic de performance énergétique pour les bâtiments proposés à la vente ou à la location, les textes sont clairs : il n'a que valeur informative, l'acquéreur ou le locataire ne peuvent s'en prévaloir à l'encontre du propriétaire¹⁶⁶. Il est curieux de noter que le législateur impose une obligation d'information énergétique sans concevoir de sanction en cas de mauvaise information mais la jurisprudence, qui avait pu combler le silence législatif en cas d'absence d'étiquette, n'a pas osé moduler le régime d'inopposabilité en cas d'erreur d'étiquetage. C'est ainsi qu'on retrouve des arrêts¹⁶⁷ réaffirmant ce principe d'inopposabilité des mentions de l'étiquette au vendeur : dans l'arrêt de 2013, le diagnostic de performance énergétique mentionnait une habitation construite en blocs de béton, des parpaings, alors que le bien était en murs préfabriqués. La Cour d'appel comme la Cour de cassation n'ont pas insisté sur cette anomalie, tout au plus les juges du fond ont retenu que la résistance thermique d'un mur en blocs de béton et celle d'un panneau préfabriqué sont similaires. Les acquéreurs qui désiraient une habitation en parpaings n'étaient dès lors pas fondés à agir en défaut de

¹⁶⁵ L'association ATLETE a fait plusieurs tests : 21% des réfrigérateurs n'étaient pas conformes à la valeur indiquée et 8% des lave-linge n'étaient pas conformes à leur classe énergétique. Il faut aussi retenir qu'une marge d'erreur de 15% est tolérée dans les étiquettes.

¹⁶⁶ Article 3-1 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 et repris par l'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation

¹⁶⁷ Cass. 3è Civ. 28 mai 2013. N° 12-20105

conformité du produit ni en vice caché, d'autant plus qu'ils avaient pu visiter la maison avant l'achat donc vérifier sa structure. Ainsi, peu importe ce qui est inscrit sur l'étiquette, elle n'a que valeur informative et ne peut pas être invoquée par un acquéreur ou un locataire.

Toutefois, il est possible de penser que la responsabilité de l'expert qui a mal fait les tests énergétique puisse être engagée puisque cet expert doit être assuré¹⁶⁸ et l'inopposabilité ne joue pas en sa faveur. Cette solution a été retenue par la Cour de cassation¹⁶⁹ qui a cassé un arrêt d'appel condamnant le diagnostiqueur et le notaire à la réparation intégrale du dommage subi par les acquéreurs d'un bien dont le coût annuel de chauffage avait été gravement sous-estimé mais dispose qu'il aurait fallu se placer sur le terrain de la perte de chance en matière de réparation du dommage : *« les conséquences d'un manquement à un devoir d'information et de conseil ne peuvent s'analyser qu'en une perte de chance dès lors qu'il n'est pas certain que mieux informé, le créancier de l'obligation d'information se serait trouvé dans une situation différente et plus avantageuse »*

B. Les autres étiquettes

Il faut garder à l'esprit la définition de l'erreur d'étiquetage évoquée plus haut : la consommation dépend de l'utilisation du bien et le chiffre donné n'est que théorique, à des fins de comparaison de biens pour une utilisation standard. Il ne faut donc pas crier à l'erreur d'étiquetage pour une différence entre la consommation estimée et la consommation réelle.

En cas de réelle erreur sur l'étiquette, il est possible de penser à plusieurs solutions civiles : manquement à l'obligation d'information, erreur, dol, défaut de conformité ou vice caché. Cependant, parce que l'étiquette découle d'un ordre public de sensibilisation donc n'a pas en vue la protection d'une partie faible, de l'Etat voire de l'Humanité, il nous semble que les sanctions civiles soient peu pertinentes.

On précisera enfin que, selon l'article L. 141-4 du Code de la consommation, le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du même Code (on pense alors à l'étiquetage énergétique des produits électroménagers) dans les litiges nés de son application.

¹⁶⁸ Articles L. 271-6 et R. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation

¹⁶⁹ Cass. 1ere Civ, 20 mars 2013, n° 12-14711 12-14712

1. Le manquement à l'obligation d'information

L'étiquetage énergétique est avant tout une obligation d'information, une mauvaise étiquette s'analyse donc comme un manquement à ce devoir.

Dans sa thèse¹⁷⁰, Muriel Fabre-Magnan note qu'aucun caractère de gravité au manquement à l'obligation d'information n'est nécessaire¹⁷¹. Ainsi peu importe la valeur de l'information énergétique du bien, l'acquéreur peut invoquer contre le vendeur le défaut de transmission du renseignement pour obtenir réparation. Quelle peut être cette réparation ?

Il reste difficile de déterminer la sanction d'une violation de l'obligation d'information puisqu'il n'existe aucun régime général mais des solutions parcellaires réglant au cas par cas le problème, retenant tour à tour la nullité en cas de vice du consentement, la résolution, la réduction du prix de vente, la remise en état du bien vendu¹⁷², des dommages-intérêts¹⁷³ voire l'inopposabilité d'un délai¹⁷⁴ ou l'impossibilité de demander à la caution les intérêts de la dette en cas de défaut d'obligation annuelle par l'établissement de crédit, parfois même aucune sanction n'est prévue comme nous l'avons vu pour le diagnostic de performance énergétique. En outre, il y a parfois sanction alors même que le créancier de l'obligation d'information connaissait l'information : dans un arrêt rendu par la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 12 janvier 2005¹⁷⁵ en matière d'information sur l'exploitation d'une installation soumise à autorisation sur un terrain, il était établi que la commune qui acquérait le terrain avait eu connaissance de l'information mais par d'autres voies que celles prévues par les textes. Les vendeurs sont sanctionnés et la vente résolue. Il ne s'agit alors plus d'une information de l'acheteur mais d'une sanction du vendeur. Il faut donc déterminer un mécanisme qui pourrait convenir pour la violation de l'information environnementale.

¹⁷⁰ Thèse M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – essai d'une théorie*. LGDJ, 1992

¹⁷¹ Cass. 3^e Civ. 3 janvier 1979 et 1^e Civ, 7 février 1979

¹⁷² Par exemple en matière d'information environnementale : l'article L. 514-20 du Code de l'environnement dispose qu'à défaut de transmission de certaines informations par le vendeur de l'acquéreur d'un terrain, les sanctions peuvent être la résolution de la vente, la restitution d'une partie du prix du terrain ou la remise en état du terrain pollué aux frais du vendeur

¹⁷³ Par exemple pour le défaut d'information du bailleur sur l'état réel du bien offert par correspondance à une location saisonnière : Cass. 3^e Civ. 23 avril 1971, n° 70-10.209

¹⁷⁴ Par exemple : l'article L. 114-1 du Code des assurances dispose que le délai de prescription des actions dérivant d'un contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance sauf en cas de réticence ou déclaration fautive sur le risque encouru

¹⁷⁵ N° 03-18055

Sur la nullité du contrat : l'absence d'information est une violation de l'ordre public mais cette violation ne doit pas entraîner la nullité de l'acte : la nullité relative est peu adaptée car c'est l'humanité qui est protégée à travers l'environnement et on ne saurait laisser le sort des hommes à un seul contractant mais dans le même temps, parce que l'étiquetage énergétique ne procède pas d'un ordre public de direction ou de protection mais ne sert qu'à la sensibilisation et à la promotion des idéaux, il est évident qu'une nullité absolue ne convient pas non plus. Nul ne peut penser qu'une vente avec une mauvaise classe énergétique puisse entraîner la nullité du contrat sur demande d'une association. Tout au plus peut-on penser qu'une clause déchargeant le débiteur de l'exécution de son obligation d'information puisse être réputée non-écrite mais sans entraîner la nullité du contrat dans son ensemble.

Sur les dommages-intérêts : ils semblent assez irréalistes puisqu'ils ne doivent servir qu'à réparer un dommage ou la perte de chance de conclure un meilleur contrat. Sachant que d'après nos calculs faits précédemment, le coût en énergie pour un réfrigérateur entre la classe la plus écologique et la moins écologique sur le marché est de l'ordre de 24 euros et 34 centimes par an, on ne voit pas quel peut-être le dommage réparable ni la chance perdue, si l'on s'attache au dommage pécuniaire. La réparation du dommage moral d'avoir pollué l'environnement contre son gré n'est pas plus convaincant : il faudrait apporter la preuve que le consommateur porte l'écologie dans son cœur aussi fort que ses amis proches ou sa famille. Après tout, le réfrigérateur fonctionne correctement et remplit l'usage qui lui est donné.

2. L'erreur

En cas de mauvaise information fournie, une des sanctions qui vient directement à l'esprit est la nullité pour erreur en cas de vice du consentement. La nullité pour vice du consentement exige une erreur sur une qualité substantielle du bien, c'est-à-dire une qualité qui a déterminé le consentement du contractant et sans laquelle il n'aurait pas conclu le contrat. Il est vrai que la qualité substantielle s'apprécie in concreto mais on voit mal comment une personne pourrait prouver que la classe écologique du bien était déterminante de son consentement. De plus, la qualité substantielle doit être entrée dans le champ contractuel, c'est-à-dire que les parties au contrat savaient qu'elle était importante : dans notre cas, l'étiquetage est certes un élément obligatoire de la phase précontractuelle mais on doute que le vendeur lui attribue une grande valeur et puisse penser qu'un consommateur va acheter un produit pour sa classe énergétique.

Cependant, si dans des cas exceptionnels tous ces éléments sont réunis et prouvés par le consommateur très soucieux de son comportement écologique, rien n'empêche d'appliquer la nullité pour erreur.

3. Le dol :

L'hypothèse est la suivante : le fabricant du produit a truqué l'étiquette à dessein pour vendre plus facilement le bien, il l'a remise au distributeur qui a vendu le bien au consommateur. L'anomalie de l'étiquette provient donc du premier maillon de l'opération économique et se répercute sur le dernier. Or le dol ne doit pas provenir d'un tiers au contrat vicié mais du cocontractant ce qui n'est pas le cas dans notre hypothèse. Il faut donc considérer que l'acquéreur ne pourra pas invoquer la nullité du contrat pour dol de la part du fabricant.

En revanche, si l'on se détache des sanctions civiles, ce type de dol pourrait constituer une pratique commerciale trompeuse au sens des articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation, voire le délit de tromperie de l'article L. 213-1. Nous n'étudierons pas ces sanctions car nous nous concentrons sur le volet civil de la sanction, nous les mentionnons car ces pratiques jugées trompeuses peuvent donner lieu à un affichage à destination du public qui sera ainsi informé et pourra vouloir agir au civil selon l'article L. 121-4 du même Code, de plus, elles pourraient permettre de sanctionner les publicités que nous avons évoqué comme celle de SIEMENS affirmant sur son site internet « *Bien qu'un peu plus cher à l'achat, les appareils de classe A++ ou A+++ , sont très vite rentabilisés grâce aux économies faites sur les factures* » ce qui est totalement faux d'après nos calculs.

4. Le défaut de conformité

Si l'étiquetage mentionne une classe énergétique que le bien ne respecte pas, nous pouvons penser à appliquer le régime du défaut de délivrance conforme prévu pour la vente de droit commun aux articles 1604 et suivants du Code civil.

Il y a effectivement non-conformité qualitative : le bien n'est pas conforme aux prévisions contractuelles car l'étiquette est une information précontractuelle obligatoire donc rentre dans le champ de ces prévisions. Ce défaut peut être sanctionné de diverses manières : tout d'abord par l'exception d'inexécution : l'acheteur refuse de payer le prix : dans notre cas cela est impossible car le paiement se fait à l'achat du produit, avant son utilisation. Deuxième hypothèse : celle de demander au distributeur de livrer un bien conforme aux stipulations contractuelles : là-encore cela est impossible puisqu'aucun bien ne correspond à l'étiquette

erronée. Troisième sanction : la demande de résolution du contrat : elle semble elle-aussi peu réaliste car le juge ne l'accorde que si le manquement à l'obligation de délivrance conforme est suffisamment grave pour justifier la sanction. Selon nous, l'erreur d'étiquetage n'est pas grave : le bien fonctionne parfaitement donc il semble peu concevable d'aller dans le sens d'une telle sanction. Ainsi il a été jugé qu'une mention erronée quant à la puissance administrative d'un véhicule sur les documents de vente est sans incidence sur l'utilisation du véhicule et n'expose pas la vente à la résolution¹⁷⁶, les juges se montrent particulièrement exigeants dans l'appréciation de la gravité ce qui va dans le sens de notre propos. En outre, nous avons montré que les dommages-intérêts n'étaient pas non plus une voie utile puisqu'aucun dommage pécuniaire n'est certain. Enfin, l'acquéreur pourrait probablement agir en réduction du prix mais il faudrait alors savoir quelle est sa réelle valeur : il serait possible de se référer aux prix des autres produits de classes identiques mais la difficulté naît si le bien présente des caractéristiques propres qui le distinguent des autres modèles.

En droit de la consommation, la garantie de conformité est prévue par les articles L. 211-1 à L. 211-14 du Code de la consommation et, selon l'article L. 211-5 1°) le bien doit être conforme aux différentes étiquettes. Les sanctions possibles sont le remplacement du bien, sa réparation, la résolution du contrat, l'octroi de dommages-intérêts ou la réduction du prix. Les deux premières sanctions sont impossibles car c'est l'étiquette qui est erronée et non le produit qui a un défaut, quant à la troisième elle suppose un défaut grave du bien selon l'article L. 211-10 in fine ce qui n'est pas non plus le cas le produit fonctionnant parfaitement, les dommages-intérêts ne sont pas plus pertinents et pour ce qui est de la réduction du prix nous sommes là-encore confrontés à la difficulté d'estimation du prix juste du produit.

5. Le vice caché

Si le différentiel entre la consommation calculée par les tests et celle affichée par l'étiquette est due à un vice caché du produit, on pourrait penser appliquer le régime de la garantie des vices cachés de l'article 1641 du Code civil. Pourtant cette idée doit être rejetée car selon les textes, le vice doit priver la chose de son usage ou le réduire ce que la jurisprudence interprète comme un vice grave compromettant l'usage de la chose et la rendant impropre à sa destination. Dans notre cas, le bien fonctionne parfaitement et remplit tout à fait son rôle, en consommant peut-être plus d'énergie que prévue. Nous ne sommes donc pas dans le champ d'application de la garantie des vices cachés.

¹⁷⁶ Cass. 1^{er} Civ. 20 février 1996

6. La sanction administrative comme seule possibilité.

Si les sanctions civiles sont inefficaces, il est possible d'appliquer les sanctions prévues en droit de la consommation en étendant, comme le proposait le Club des juristes, le champ d'application de l'article L. 111-1 du Code aux étiquettes énergétiques. Il serait alors possible d'appliquer une sanction réellement dissuasive et efficace prévue à l'article L. 111-6 du même Code : « *Tout manquement aux articles L. 111-1 à L. 111-3 et à l'article L. 111-5 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale* ». Cela ne serait pas la première fois que la sanction de la violation d'une obligation d'information passe uniquement par des sanctions pénales ou administratives : déjà la Loi Doubin du 31 décembre 1989 qui imposait une obligation précontractuelle d'information sur le contenu du contrat ¹⁷⁷ ne prévoyait que des sanctions pénales en cas de violation.

¹⁷⁷ Son article 1 dispose « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* » Ces informations doivent porter notamment sur « *l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat, ainsi que le champ des exclusivités* ». Elles doivent être présentées dans une notice d'information, à laquelle sera joint un projet du contrat envisagé.

Paragraphe 2 : Les cas incertains : les expertises arrangées

Une ONG « Transport and Environment » s'est intéressée à l'étiquette énergétique des voitures et a mis en lumière dans un rapport disponible sur internet¹⁷⁸ des décalages entre les mentions de l'étiquette et la réalité. Ces différences ne résultent pas d'un dol comme l'entend le sens civil mais d'expertises faites dans des conditions arrangées tout en respectant les prescriptions légales : l'alternateur de la voiture est débranché ce qui empêche de recharger la batterie donc évite de consommer de l'énergie à cette fin, la voiture est allégée, une huile de meilleure qualité et des produits lubrifiants sont utilisés sur les pièces mécaniques pour réduire les frottements donc les pertes d'énergie, des roues spéciales sont installées et la route utilisée pour le test est lisse ce qui réduit la force de frottement qui pourrait ralentir la voiture et consommer plus de carburant, la conduite se fait à des rapports de vitesse plus élevés pour consommer moins, enfin, les tests peuvent être faits à des températures élevées ce qui permet à la voiture de consommer moins de carburant donc de produire moins de dioxyde de carbone¹⁷⁹.

Les tests sont donc effectués avec une voiture spécialement conçue à cet effet mais inadaptée à la conduite de tous les jours et dans des conditions de route totalement fantaisistes.

Toutefois, les constructeurs respectent ici les exigences européennes en allant aux extrêmes de la légalité. De plus, l'étiquetage sert surtout à comparer les performances des véhicules afin de choisir le produit le plus écologique, si tous les constructeurs procèdent de la même manière, le but est préservé car il sera possible de comparer des véhicules testés dans des conditions semblables. Il semble donc impossible de sanctionner ces comportements, tant au civil qu'au pénal ou administratif. Le seul moyen possible pour éviter ces arrangements serait de renforcer le cadre légal et d'être plus exigeant.

¹⁷⁸ http://www.transportenvironment.org/sites/te/files/publications/CarTest_general.3.pdf

¹⁷⁹ Ils sont faits entre 20 et 30°C ce qui n'est absolument pas représentatif de la température moyenne européenne plus proche des 10°C

CONCLUSION DE PARTIE : SENSIBILISATION DES CONTRACTANTS, OBLIGATION PRECONTRACTUELLE D'INFORMATION ET ROLE DU CONTRAT

L'ordre public de sensibilisation utilise le contrat pour véhiculer des idéaux et demander aux consommateurs de les suivre. Il conduit à brouiller la ligne qui séparerait le consommateur du citoyen en exacerbant le concept de consommateur-citoyen ce qui, en plus de renouveler la notion d'ordre public, métamorphose le rôle du contrat et renforce un mouvement de transformation de l'obligation d'information déjà amorcé par des lois précédentes et cela par deux biais : il complète les obligations de renseignement sans but de protection dans le contrat et utilise un mécanisme de sensibilisation des citoyens qui fait appel à la vie du marché.

Chapitre 1 : Une information non pertinente sans but de protection

« *L'obligation de renseignement est à la mode* »¹⁸⁰.

Elle se propage « *comme des broussailles épaisses et entremêlées, foisonnement de mauvaises herbes et d'orties. C'est armé d'une serpe qu'il faut s'y aventurer* »¹⁸¹.

La mutation de l'obligation précontractuelle d'information a longuement été étudiée. Alors que Jacques Ghestin affirmait avec force « *L'obligation précontractuelle de renseignement n'a de sens que si l'information était susceptible d'exercer une incidence sur le consentement de l'autre partie, de telle sorte qu'elle n'aurait pas conclu le contrat, ou ne l'aurait conclu qu'à des conditions plus favorables, si elle en avait eu connaissance* »¹⁸² et Muriel Fabre-Magnan défendait dans sa thèse¹⁸³ que les critères d'une information à transmettre étaient son inaccessibilité pour son créancier et sa pertinence à travers son fameux exemple du marchand de blé de Rhodes¹⁸⁴ c'est-à-dire l'influence du renseignement sur le consentement au contrat projeté du contractant ; des informations sans lien avec un fait impossible à connaître par une

¹⁸⁰ Ph. Jourdain, *Le devoir de se renseigner*, D. 1983, chr. 139

¹⁸¹ N. Molfessis, *De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant*, Mélanges Hauser, 2012

¹⁸² J. Ghestin, *Traité de droit civil*, tome 2, le contrat, la formation

¹⁸³ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – essai d'une théorie*, LGDJ, 1992

¹⁸⁴ Tiré de Cicéron, *De officiis*, Livre III, XII, n°50 et s. dans *Les devoirs*, Livres II et III

partie et qui ne l'intéressent pas forcément se développent. Clause d'éducation juridique du contractant pour Nicolas Molfessis¹⁸⁵ ou renseignement-dissuasif, l'information prend de nouvelles formes avec toujours pour toile de fond un but de protection d'une partie présumée faible. L'information-sensibilisation constitue un nouveau pan dans lequel s'effectue la métamorphose du renseignement en oubliant complètement l'objectif de protection.

Section 1 : Les nouvelles informations protectrices de leur créancier

Première manifestation de la métamorphose de l'obligation d'information, la clause d'éducation juridique du contractant est une clause qui ne sert qu'à transmettre un renseignement juridique : elle vient reprendre un texte de loi ou de règlement pour instruire le contractant sur le droit applicable à sa situation. Selon l'auteur, il s'agit d'une « *éducation en dehors des bancs universitaires* ». Des exemples récents accréditent cette thèse et la plus révélatrice pourrait être la mention obligatoire sur toutes les publicités pour le crédit depuis le 1^{er} septembre 2010 « *Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager* »¹⁸⁶. Cette information précontractuelle rappelle à l'emprunteur le droit de gage général des créanciers posé par le droit français sans que celui-ci n'ait besoin de connaître les lois. La contractualisation de la loi permet d'éduquer le contractant en favorisant l'accès au droit puisque c'est la règle qui va au contractant et non plus l'inverse. Nicolas Molfessis regrette ce mouvement qui conduit à vulgariser et parcelliser la loi : d'une part elle est dénaturée pour être transmise en une formule courte et simple à comprendre et d'autre part elle décourage les citoyens de se renseigner sur le droit : chaque groupe social ne va connaître que le droit qui lui est proposé sous forme de courte mention sans vision d'ensemble. C'est, selon lui, la transformation de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi ». De plus, même si l'information transmise est importante pour son créancier, elle n'a rien d'inaccessible puisque tout manuel, même pour profane, peut rappeler cette règle élémentaire du droit.

¹⁸⁵ N. Molfessis, *De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant*, Mélanges Hauser, 2012

¹⁸⁶ Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010.

Il est possible de donner une autre explication à cette information juridique et de voir apparaître une deuxième manifestation du changement de l'obligation d'information : au lieu de rappeler le droit existant, elle pourrait permettre de faire peur : elle protège son créancier en le rebutant, en le mettant en garde contre les dangers du contrat qu'il veut signer. Lui rappeler que le crédit risque de le ruiner, comme lui rappeler que les cigarettes sont nocives pour la santé avec la mention « fumer tue », c'est le dissuader pour son bien de conclure le contrat. L'obligation d'information sert ici non pas à informer son créancier pour protéger son consentement mais à le détourner de la conclusion d'un contrat dangereux pour lui.

Il y a toujours derrière ces mentions un objectif de protection du créancier. L'ordre public de sensibilisation en revanche oublie ce but ce qui exalte la transformation de l'information.

Section 2 : l'information-sensibilisation

Nous avons vu que l'étiquetage énergétique ne permet pas de protéger le créancier de l'information. L'ordre public de sensibilisation ne sert qu'à véhiculer des idéaux ce qui change d'autant plus le paradigme de l'obligation d'information : au lieu de protéger son créancier, l'obligation d'information vient au secours d'un idéal, ici l'environnement.

De plus, s'il est vrai qu'elle fournit un renseignement inaccessible pour son destinataire, le coût des expertises étant plus supportables pour l'entreprise qui pourra le répercuter sur l'ensemble des produits que pour une seule personne, cette information n'est pas forcément pertinente pour le consommateur c'est-à-dire qu'elle n'a probablement aucune conséquence sur le consentement de son créancier. Le législateur vient présumer l'intérêt porté à l'écologie des acheteurs sans prendre en compte la réalité des affaires qui ferait passer au second plan les questions environnementales, l'important se trouvant dans le prix et les qualités techniques qui influent sur l'utilisation du produit.

C'est ici une double métamorphose que cause la sensibilisation : une information qui ne protège pas son destinataire et un renseignement inutile pour la plupart des contractants.

Chapitre 2 : Une sensibilisation par le contrat

L'ordre public de sensibilisation utilise le contrat pour véhiculer ses idéaux. Il s'agit là d'un nouveau rôle confié au contrat qui ne sert plus uniquement à la vie des affaires mais valorise le concept de consommation-citoyenne. On connaissait d'autres moyens utilisés par le législateur pour sensibiliser mais c'est la première fois qu'il se sert des contrats pour changer les mentalités.

Traditionnellement, les médias constituent le moyen privilégié par le législateur pour diffuser ses messages. Deux outils sont utilisés : tout d'abord le statut « *Grande cause nationale* », qui permet aux associations autorisées de diffuser des messages de sensibilisation gratuitement dans les médias¹⁸⁷. L'environnement a obtenu ce statut¹⁸⁸ il était donc possible de n'utiliser que le vecteur médiatique qui s'adresse directement aux citoyens. Le second outil est l'édition d'un cahier des charges pour les chaînes publiques qui imposent la diffusion de diverses émissions. Ce dernier vecteur de la politique publique est fréquemment utilisé et pour des sujets variés si l'on étudie les décrets d'approbation des cahiers des charges de Radio France et France Télévisions¹⁸⁹ : message de sensibilisation à la sécurité routière, émissions destinées à l'information du consommateur, émissions qui promeuvent le développement durable, le sentiment européen (article 16 pour France Télévisions) ou la citoyenneté (article 53). C'est ainsi que nous pouvons retrouver à la radio comme à la télévision des messages de prévention de sécurité routière, de don d'organe, de lutte contre le tabagisme ou l'alcoolisme ou encore contre l'obésité avec le fameux « *Ne mangez pas trop gras, trop sucré, trop salé* ».

Par ailleurs, l'Etat, par l'intermédiaire de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, a développé des sites internet gouvernementaux s'adressant aux citoyens pour les sensibiliser au respect de l'environnement¹⁹⁰. En outre, il peut utiliser l'école pour inculquer aux jeunes citoyens différentes valeurs : c'est ainsi que la loi Grenelle 1 en son article 55 projette de mettre en avant l'écologie dans les programmes scolaires.

¹⁸⁷ Circulaire du 20 septembre 2010 relative aux concours des sociétés du secteur public de la communication audiovisuelle aux campagnes d'intérêt général faisant appel à la générosité publique

¹⁸⁸ Manuel Valls, Conférence environnementale de Paris, 27 novembre 2014

¹⁸⁹ Décret du 13 novembre 1987 portant approbation du cahier des missions et des charges de la société Radio France

Et décret du 23 juin 2009 fixant le cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions

¹⁹⁰ On peut citer par exemple le site internet <http://www.toutsurlenvironnement.fr>

Le législateur disposait d'une myriade de possibilités pour toucher au plus près le citoyen mais il a choisi d'accompagner leur utilisation par une sensibilisation à destination du consommateur ; faisant volontairement du contrat un acteur de la citoyenneté, faisant disparaître à dessein la frontière entre le consommateur et le citoyen.

On ne peut que penser, par cette décision, que le contrat est investi d'un nouveau rôle : celui de promouvoir des idéaux et de faire appel au sens citoyen des acteurs du marché pour mettre en œuvre des politiques publiques. Il faut alors se demander si la nouvelle mission confiée au contrat est compatible avec sa destination première qui fait sa nature : faire des affaires.

PARTIE 2 : LA SENSIBILISATION DES CONTRACTANTS **ET LE RENOUVEAU DU ROLE DU CONTRAT**

L'étiquetage énergétique est un mécanisme par lequel les parties à un contrat sont invitées par l'Etat à prendre en compte l'environnement lors de la conclusion de leur opération économique. La protection de l'environnement est traditionnellement une politique publique qui passe par l'édiction de normes autoritaires dictées par l'Etat qui imposent un comportement. Une sensibilisation par le contrat laisse alors penser que l'instrument économique et la volonté des parties peuvent servir à remplacer l'action autoritaire de l'Etat ou au contraire à la compléter. Cependant il n'en est rien : le contrat n'est pas un moyen utilisé par l'Etat pour mettre en œuvre ses politiques publiques : il s'intègre à l'ordre social donc doit respecter l'intérêt général, y compris l'écologie. Il n'y a donc pas transformation des fondements du contrat.

Ce qui est plus curieux c'est que le contrat est utilisé par l'Etat comme outil de collaboration avec le contractant pour préserver l'environnement ce qui brouille la distinction contractant-citoyen.

TITRE 1 : LE CONTRAT, EMANATION INCONCEVABLE DE L'ETAT

Il est possible de voir dans l'étiquetage énergétique une demande adressée aux contractants de prendre soin de l'environnement donc de mettre en œuvre une politique qui devrait revenir à l'Etat. Cette vision pourrait revêtir deux significations opposées. La première voudrait que l'Etat ne remplisse plus son rôle dans la préservation de l'intérêt général et abandonnerait au contrat le soin de le remplacer, le contrat serait chargé de combler l'espace vide laissé par un Etat mourant faute de légitimité – il y aurait alors renforcement de la contractualisation de la société. La seconde au contraire dote l'Etat d'une force qui lui permet de s'immiscer dans le contrat et de se servir indifféremment des normes autoritaires ou de l'instrument économique pour mettre en place ses politiques.

Ces possibilités ne sont pas satisfaisantes, le contrat demeure l'instrument de la vie des affaires et ne sert ni à remplacer l'Etat ni à compléter son action. Ses fondements, l'autonomie de la volonté et le normativisme, ne peuvent être remis en cause par ce mécanisme.

Chapitre 1 : Le refus de remplacer l'Etat par le contrat

L'étiquetage énergétique est un moyen pour l'Etat de mettre en œuvre sa politique environnementale en passant par l'instrument contractuel plutôt que par les moyens de contrainte ou de sensibilisation traditionnels. On pourrait penser que cette utilisation de la volonté des agents économiques est la manifestation d'un Etat en crise de légitimité qui tente d'obtenir l'adhésion du corps social à ses valeurs plutôt que de le soumettre à des normes autoritaires qui risquent de ne pas être acceptées. La réalité nous démontre que cette thèse est erronée et qu'il ne faut pas pleurer cette prétendue crise de l'Etat.

Section 1 : La crise de l'Etat et la contractualisation de la société

L'étiquetage énergétique repose sur un mécanisme de sensibilisation du consommateur aux problèmes environnementaux et lui propose une voie dans l'accomplissement de la politique écologique. L'utilisation du contrat et de la volonté des parties en matière de préservation de l'environnement est encore plus visible avec l'annexe environnementale : ce contrat en matière de bail immobilier dans lequel le bailleur et le locataire font état de la quantité d'énergie nécessaire au logement et aux appareils destinés à être utilisés et prennent des engagements de manière à diminuer leur consommation d'électricité et leur impact environnemental en général. Dans ce cas-présent, le législateur demande aux parties au contrat de bail de se créer leur propre loi environnementale sur le fondement de leur volonté. La force de la volonté semble dès lors primer sur les dispositions législatives impératives qui imposent le respect de l'environnement : le nouveau droit de l'environnement passe désormais par la recherche de l'adhésion de chaque individu à la politique écologique¹⁹¹.

Il est possible de mettre en lien ce déclin de la loi contraignante traditionnelle face à la force de la volonté avec ce que Judith Rochfeld a qualifié de « *contrat pédagogique* »¹⁹² qu'elle définit comme des contrats qui reprennent des obligations légales ou réglementaires qui pèsent d'ores et déjà sur leur débiteur ; le contrat ne fait que rappeler ces obligations parfois en leur ajoutant une sanction nouvelle. Selon l'auteur, ces actes ne peuvent être réellement qualifiés de contrats car aucun effet de droit n'est créé par l'échange de volonté toutefois ils illustrent parfaitement le mouvement de contractualisation de la société et le déclin de l'ordre juridique législatif face à l'ordre contractuel¹⁹³ puisque des devoirs légaux sont transformés en contrepartie de droits individuels.

La problématique est la même qu'en matière d'étiquetage énergétique : la règle semble plus légitime si elle est contractualisée car elle est plus proche du peuple et est issue directement de la volonté de ceux sur lesquels elle s'applique. L'Etat serait faible et la loi serait perçue

¹⁹¹ S. Maljean-Dubeois : « *l'idée selon laquelle l'objectif de la protection de l'environnement et, plus largement, d'un développement soutenable ne pourra être atteint sans une diversification des modes d'intervention et des instruments des politiques publiques, est de plus en plus répandue.[...] L'approche classique des questions d'environnement, approche administrative et réglementaire dite command and control, est ainsi peu à peu complétée par une approche plus économique, reposant sur divers outils plus incitatifs* », Quel droit pour l'environnement ?, Hachette, 2008, P.37

¹⁹² J. Rochfeld, *La contractualisation des obligations légales, la figure du contrat pédagogique*, dans *Repenser le contrat, Méthodes du droit*, sous la direction de G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz 2009, P. 259 à 272

¹⁹³ Théorie du pluralisme des ordres juridiques

comme l'émanation de la volonté des seuls représentants du peuple et non pas de celui-ci directement ; la reprise contractuelle de la règle serait alors l'unique moyen de la faire accepter. Judith Rochfeld voit dans ce mouvement un retournement de la pyramide des normes plaçant le contrat au-dessus de la loi ou le transformant en un nécessaire relais de la loi. Cette transposition conventionnelle de la norme peut être analysée comme la « *marque de la supériorité – du moins psychologique – de la force obligatoire qui s'attache [au contrat] sur le respect dû à la loi* ».

Le fait de se placer dans une logique de contrepartie en intégrant les devoirs légaux dans la convention exalte l'individualisme de la société, sa « *féodalisation* », et aboutit à la réécriture du contrat social : l'individu n'a plus de devoir envers la collectivité, il n'a plus à connaître la loi et ne tolère que ce qui procède d'une philosophie de l'échange et de contrepartie entre individus. L'individu est son seul maître et seul lui peut s'imposer des devoirs : il décidera s'il veut ou non avoir un comportement écologique et, dans l'affirmative, détaillera le contenu de ses obligations dans ce but ; la loi ne lui imposera pas de manière de vivre mais ne fera que lui offrir les moyens de choisir. Dans ce monde individualiste, le contrat sert à suppléer les carences de l'Etat donc il ne plus être qu'un simple moyen de faire des affaires et peut tenter de sensibiliser les consommateurs et faire changer leur mentalité en créant des consommateurs-citoyens.

Cependant, cette vision de l'Etat en manque de légitimité n'est pas réaliste en notre domaine et nous refusons de pleurer la crise de l'Etat.

Section 2 : Une crise inexistante

L'étiquette énergétique laisse le soin au consommateur de décider s'il veut adopter un comportement écologique ou non, elle lui laisse donc le soin de mettre en œuvre ou non la politique environnementale prônée par l'Etat. Toutefois il ne faut pas voir en elle un signe de faiblesse de l'Etat qui abandonnerait la préservation de l'environnement aux lois contractuelles puisqu'il existe encore en la matière une kyrielle de dispositions impératives que nous avons pu étudier au titre 1 de notre première partie. L'étiquetage énergétique n'est qu'un vecteur de la politique environnementale parmi d'autres obligations environnementales subjectives (qui protègent indirectement l'environnement par le biais d'une protection des droits des individus, comme la plupart des obligations d'information ou les obligations de ne pas émettre de substances polluantes ou de traiter les déchets) ou objectives (qui protègent

directement l'environnement en lui-même comme les responsabilités civiles et pénales en matière de pollution pour préjudice écologique pur ou terrorisme écologique ou encore l'obligation de remise en état imposée aux exploitants d'installations classées pour la protection de l'environnement) selon la distinction de Mathilde Boutonnet et Laurent Neyret¹⁹⁴. Les interdictions de vente des biens trop polluants ou l'attribution de quotas d'émissions de gaz à effet de serre sont des témoins de la vigueur de la force étatique en matière environnementale.

Si l'Etat fait appel aux consommateurs pour poursuivre sa politique, c'est pour multiplier ses moyens d'action et être plus efficace. On peut alors craindre que l'étiquetage énergétique soit un moyen pour l'Etat de s'immiscer dans les relations contractuelles et pour faire du contrat un simple instrument au service de sa politique.

Chapitre 2 : Le refus de compléter l'Etat par le contrat

L'Etat dispose de multiples moyens pour mettre en œuvre sa politique environnementale et sensibiliser le citoyen, par les médias notamment. Pourtant il apparaît que l'étiquetage énergétique le conduit à utiliser le contrat comme s'il s'agissait de n'importe quelle autre voie d'action législative ou gouvernementale. On peut alors se demander si le contrat n'est pas devenu la nouvelle main de l'Etat en matière de politique publique.

Josserand s'était déjà posé cette question en étudiant « *ce phénomène capital de la pénétration du droit civil par les disciplines et par l'esprit du droit public* » dans *La publicisation du contrat* en 1938 et avait remarqué que le contrat n'était plus une affaire purement privée mais « *une affaire publique et presque une "affaire d'Etat"* »¹⁹⁵. Nous nous demanderons alors si l'ordre public de sensibilisation accentue ce mouvement de publicisation du contrat mais nous rejeterons la thèse maintes fois étudiée de la « Crise du contrat ». Selon nous, le contrat n'est pas le bras armé de l'Etat puisque cela impliquerait qu'il ait un fondement différent de l'autonomie de la volonté ou du normativisme ce que nous refusons.

¹⁹⁴ M. Boutonnet et L. Neyret, *La consécration du concept d'obligation environnementale*, D. 2014. P. 1335

¹⁹⁵ Selon lui, la cause de cette métamorphose du contrat provient des articles 1135 et 1160 du Code civil qui intègrent dans le contrat l'usage et l'équité ce qui permet aux juges de faire du contrat « *une organisation juridique dont le fonctionnement échappe en partie [aux contractants]* ». Ce mouvement le conduit à avoir des mots forts, parlant de « *crépuscule de l'autonomie contractuelle* », de « *manifestation, capitale sans doute et décisive pour l'avenir de la civilisation, du mouvement d'idées qui nous conduit d'une conception individualiste des droits et des situations juridiques, à un aménagement plus social* »

Section 1 : Le rejet du changement des fondements du contrat

L'ordre public de sensibilisation pourrait provoquer une mutation des fondements du contrat, impliquant une part de morale, de juste et d'utile, d'un solidarisme exacerbé imposé par le législateur ou d'une réclamation par l'Etat de sa créance sociale. Sans nous appesantir sur ces propos, nous verrons pourquoi ils sont erronés.

Paragraphe 1 : La résurgence de la morale

Polluer inutilement l'environnement n'est pas correct, est immoral. Partant de cette proposition incontestable, l'étiquetage énergétique pourrait jouer sur la morale des parties au contrat en apportant une information pour conclure un contrat écologique, moral. Ce fondement moral pourrait même transformer la simple obligation d'information en obligation de conseil : le vendeur devrait alors conseiller l'acheteur sur le produit le moins polluant compte tenu de ses besoins voire même refuser de conclure un contrat immoral si le bien choisi est trop polluant.

On sait que l'introduction de la morale dans le droit ne suscite guère l'adhésion et est combattue par une doctrine quasi-unanime : par Kant : « *le droit est hétéronome* (nul ne peut être à la fois juge et partie) *alors que la morale est autonome* (chacun y est son premier et propre juge) »¹⁹⁶ ou par le doyen Ripert : « *Ce qui est vrai, c'est que, dans la plupart des contrats, il y a opposition d'intérêts entre les contractants. Chacun est le gardien de ses propres intérêts et doit par conséquent se renseigner lui-même* »¹⁹⁷ pour les plus emblématiques auteurs. Droit et morale sont si opposés que cette théorie ne peut servir à fonder un étiquetage de tous les produits, visant tous les consommateurs qui peuvent avoir des conceptions morales différentes. De plus, ce n'est pas parce que le consommateur ne suit pas la voie écologique que le contrat sera annulé pour immoralité.

¹⁹⁶ Cité par J. Carbonnier, *Droit civil I, Introduction – les personnes*, PUF 1942 p. 617

¹⁹⁷ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd. 1949, n° 48

Paragraphe 2 : La théorie du juste et de l'utile

Selon la théorie de l'utile et du juste telle que développée notamment par Jacques Ghestin, un contrat n'est obligatoire que s'il est juste (justice contractuelle) et utile (socialement et économiquement). L'étiquetage énergétique permettrait de conclure le contrat le plus utile socialement car il protégerait l'intérêt général. Cette vision n'est pas sérieuse car les partisans de cette théorie eux-mêmes ont reconnu que la volonté restait l'élément déterminant dans le contrat bien qu'elle doive obéir à des normes légales. On ne saurait croire que le contrat de vente d'un bien non écologique n'aurait aucune force obligatoire car il existerait des produits meilleurs pour l'environnement donc des contrats plus utiles.

Paragraphe 3 : Le solidarisme exacerbé imposé

La théorie d'un solidarisme exacerbé imposé par les pouvoirs publics a été introduite par Mathilde Boutonnet dans l'une de ses nombreuses études sur l'influence du contrat en droit de l'environnement. Selon elle « *ce comportement solidaire des parties à l'égard de l'environnement pourrait être porteur d'une nouvelle vision du solidarisme contractuel* »¹⁹⁸. Cette idée est séduisante mais erronée : pour définir le solidarisme, on pourrait reprendre la célèbre phrase de René Demogue : « *Les contractants forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale* »¹⁹⁹. En matière d'étiquetage énergétique, il ne s'agit pas de la somme des buts des cocontractants mais de l'intérêt de la société dans son ensemble : les contractants sont invités par un étiquetage impératif à prendre en compte l'intérêt de l'humanité ce qui justifie l'adjectif exacerbé. Cette idée doit être réfutée sur deux plans : tout d'abord nous rejetons le solidarisme comme fondement du contrat, puis nous refusons même de voir dans la sensibilisation du consommateur une manifestation de solidarisme. Nous ne reviendrons pas sur l'exclusion du solidarisme comme fondement du contrat, d'autres articles²⁰⁰ pointent les

¹⁹⁸ M. Boutonnet, *Le contrat et le droit de l'environnement*, RTD Civ. 2008 p. 1 ; ou encore *Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats*, D. 2012. P. 377

¹⁹⁹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, tome VI, n°3

²⁰⁰ Y. Lequette, *Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique*, Mélanges Hauser, 2012 ou encore *Bilan des solidarismes culturels*, Mélanges Paul Didier, Economica, 2008

problèmes que posent cette théorie entre incertitude juridique et dénaturation du contrat qui « *ne doit pas être œuvre de charité ... [et] repose avant tout sur un antagonisme d'intérêts* »²⁰¹.

Il faut encore prouver que l'étiquetage énergétique n'a rien d'un retour du solidarisme et ne partage avec cette notion que l'esprit de solidarité : les buts sont différents (l'un protège les contractants, l'autre la planète voire les hommes en général, nés et à naître), les conséquences sont différentes (le solidarisme s'intéresse davantage à la phase de l'exécution du contrat pendant laquelle les parties sont invitées à prendre soin de leur cocontractant²⁰² alors que l'étiquetage énergétique est une information précontractuelle donc avant la conclusion du contrat), l'étiquetage énergétique ne subit pas les mêmes critiques que le solidarisme (on ne peut lui reprocher l'atteinte à la liberté contractuelle qui est faite au solidarisme à cause de l'interventionnisme du juge puisqu'en matière environnementale le consommateur garde le choix dans ses achats) enfin les moyens employés sont encore différents (le solidarisme utilise une collaboration des contractants alors que l'étiquetage ne sensibilise que le consommateur ; le solidarisme emploie aussi un devoir d'ingérence dans les affaires de son cocontractant alors que dans notre sujet le vendeur n'a pas à se renseigner sur les besoins du consommateur pour le conseiller).

En conséquence, hormis l'idée d'avoir des égards à un événement extérieur au monde des affaires et la volonté d'incorporer de la solidarité dans le contrat, solidarisme et sensibilisation par le contrat sont étrangers l'un à l'autre. Dans la devise du solidarisme développée par Denis Mazeaud « *Loyauté, solidarité, fraternité* »²⁰³ l'élément premier de la loyauté ne s'impose pas aux étiquettes, par ailleurs selon l'esprit de cette théorie développé par Yves Lequette : « *je contracte avec toi donc tu dois m'aimer comme un frère* »²⁰⁴ il faudrait pour nous inverser la logique de la proposition et passer du « *donc* » au « *parce que* » : on achète écologique parce qu'on aime la société. La sensibilisation est donc un nouveau concept qui ne doit pas être confondu avec le solidarisme.

²⁰¹ J. Carbonnier cité par D. Cohen, *La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance dans 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*.

On pourrait reprendre encore « *contracter, ce n'est pas rentrer en religion, ni même communiquer dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de faire des affaires* », *Droit civil, Les obligations*, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Précis Dalloz, 10^e édition

²⁰² R. Demogue : « *une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* », cité par D. Mazeaud, « *Loyauté, solidarité, fraternité, La nouvelle devise contractuelle ?* », *Mélanges F. Terré, Dalloz-PUF-Juris-Classeur*, 1999, p. 603

²⁰³ Article précité

²⁰⁴ *Bilan des solidarismes culturels*, Mélanges Paul Didier, Economica, 2008

Paragraphe 4 : La théorie de la dette sociale

Par l'étiquetage énergétique, on pourrait croire que l'Etat impose une solidarité sociale par le contrat et réclamerait sa créance sociale selon la théorie conceptualisée par Léon Bourgeois et Emile Durkheim²⁰⁵. Selon cette théorie, l'individu est inscrit dans la société et bénéficie de ses bienfaits, il doit donc accepter les obligations, comme des quasi-contrats, qu'implique cette intégration et c'est pourquoi l'Etat aurait une créance contre lui. Tout individu aurait un devoir social de solidarité qui s'impose y compris dans les relations contractuelles qu'il noue dans la poursuite de ses intérêts propres. Par cela, l'homme ne serait pas un être solitaire mais un être solidaire.

Cette vision utopique d'un contrat humaniste n'a jamais percé dans le monde juridique et ne semble pas plus permettre d'expliquer l'ordre public de sensibilisation puisque le concept de quasi-contrat envers la société impliquerait qu'il y ait sanction en cas de violation. Or la sensibilisation ne fait justement que sensibiliser, sans imposer à l'inverse d'un bonus-malus, donc un consommateur restera libre de son choix.

Ainsi, l'ordre public de sensibilisation ne bouleverse pas les fondements du contrat qui restent inscrits dans la théorie de l'autonomie de la volonté.

Section 2 : Le maintien de la théorie du normativisme

L'ordre public de sensibilisation ne remet pas en cause la volonté comme fondement du contrat et ne provoque pas une « *crise du contrat* »²⁰⁶ en mettant un mécanisme de solidarité au cœur de l'instrument de la vie des affaires. Selon le doyen Batiffol qui a fait une communication marquée sur la « *crise du contrat* », il ne faut pas entendre la liberté contractuelle comme la liberté de consentir au contrat et d'en déterminer le contenu mais plutôt comme « *l'adhésion volontaire à un système organisé plus ou moins complètement en dehors de la volonté de celui qui y adhère* ». L'organisation par la loi du cadre contractuel permet une action raisonnable des contractants ce qui leur permet d'exprimer une liberté entendue comme la faculté d'agir selon la raison, sans heurter l'intérêt général protégé par les

²⁰⁵ Théorie citée par M. Plouviez, *Le contrat comme institution sociale, La notion de solidarité chez Emile Durkheim*, dans *Repenser le contrat, Méthodes du droit*, sous la direction de G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz 2009

²⁰⁶ H. Batiffol, *La « crise du contrat » et sa portée*, Archives de Philosophie du Droit, 1968

textes. Parce que le contrat s'intègre à la société, selon l'expression employée par Mustapha Mekki²⁰⁷, il est nécessairement subordonné à la loi.

Ainsi, si le législateur introduit un mécanisme impératif de sensibilisation au cœur du contrat, c'est parce que cet instrument s'intègre dans l'ordre étatique qui veut protéger l'environnement. Il n'y a donc pas métamorphose des fondements du contrat ni même immixtion injustifiée de l'Etat dans la vie des affaires. L'Etat n'utilise pas le contrat comme n'importe quel autre moyen de mise en œuvre des politiques publiques, il s'assure juste que celui-ci respecte l'intérêt général et cela passe par la transmission d'un message écologique ; le contrat n'est pas la nouvelle main de l'Etat.

Ce qui est plus curieux, c'est qu'au nom de l'appartenance du contrat à la société, l'Etat demande aux destinataires du message de collaborer avec lui pour réaliser les politiques publiques.

Le contrat est devenu par l'ordre public de sensibilisation un outil de collaboration entre l'Etat et le contractant ; provoquant une brèche dans la distinction tracée entre le contractant et le citoyen.

²⁰⁷ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ 2004

TITRE 2 : LE CONTRAT, OUTIL D'UNE COLLABORATION ENTRE L'ÉTAT ET LE CONTRACTANT-CITOYEN

Par l'étiquetage énergétique, l'Etat demande aux contractants de collaborer avec lui dans la réalisation de ses politiques publiques. Il utilise un mécanisme fondé sur des pictogrammes de couleur qui favorise la transmission d'une information claire et se comporte comme une organisation privée qui permettrait aux entreprises d'utiliser ses logos écologiques en guise de publicité. Ce mimétisme des sociétés privées pour exercer sa politique est caractéristique d'un Etat post-moderne qui préfère collaborer avec ses sujets de droit plutôt que de leur imposer ses vues.

La naissance d'un contrat-collaboration entre l'Etat et le consommateur devenu consommateur-citoyen tend à accréditer l'existence d'un patrimoine commun, notion pourtant contestée car elle pourrait dénaturer le contrat en lui conférant un rôle qui n'est pas le sien.

Chapitre 1 : Une collaboration permise par l'étiquetage

« La mise sur pied d'un langage des signes est plus facile que celle d'un quelconque esperanto à vocation mondialiste »²⁰⁸

L'étiquetage énergétique est un mécanisme de sensibilisation des contractants par lequel l'Etat leur demande de prendre en compte la donnée environnementale lors de leurs achats. Cette collaboration entre la vie des affaires et la vie citoyenne est permise par le recours à une étiquette simple qui permet de transmettre rapidement une information-sensibilisation. Sans cet outil qui véhicule facilement le message, il est presque évident que les contractants n'auraient aucun égard pour l'écologie car il leur faudrait faire une démarche pour se renseigner sur des éléments extérieurs au contrat. L'étiquette est donc au cœur de l'ordre public de sensibilisation, le signe est investi d'une importance capitale dans la naissance de cette notion.

Jean-Pierre Gridel est l'un des seuls à s'être attaché à l'étude du signe dans le monde juridique²⁰⁹. Dans la préface de sa thèse, Jean Carbonnier notait qu'il n'est « rien de plus

²⁰⁸ J.-P. Gridel, thèse *Les signes et le droit. Les bornes – les uniformes – la signalisation routière et autres*, Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979 ; p. 297

moderniste qu'un tel droit [la législation par signes et panneaux], rien de plus futuriste » et pourtant aujourd'hui cet outil est de plus en plus utilisé pour les avantages qu'il comporte. L'étiquetage permet d'une part de contourner la barrière de la langue et évite les éventuelles difficultés auxquelles la France a dû faire face lorsqu'elle a imposé l'usage du français pour la transmission des informations précontractuelles²¹⁰. D'autre part le droit par symbole, ou droit « *sémiologique* » selon l'auteur qui l'oppose au droit « *linguistique* », véhicule une information immédiatement, sans démarche ni réflexion particulière ce qui est prouvé par le recours aux panneaux de signalisation en matière de sécurité routière : comme le temps consacré à la vision de la signalisation par un conducteur varie entre 0,22 et 0,67 seconde²¹¹, une phrase serait impossible à déchiffrer. Le signe est donc un gage de « *l'efficacité formelle* » de la norme selon l'expression de Ihering : elle est facilement accessible et compréhensible.

Par ailleurs, Gridel et Carbonnier se sont intéressés à ce qui fait un bon signe : selon le doyen « *encore faut-il, quand le signe est nouveau, qu'il soit en harmonie avec le code social où il doit s'insérer. Si le rouge a été reçu avec tant d'aisance comme couleur de l'interdiction, c'est apparemment que cette signification – du moins en Occident ; en Chine, raconte-t-on, elle était inverse – venait du fond des âges (bien avant que l'on étiquetât les poisons en pharmacie). A défaut d'une telle harmonie, il se produit un rejet des signes juridiques trop insolites, comme des textes étrangers : la Croix-Rouge a dû se muer en Croissant-Rouge pour pénétrer en terre d'Islam* ».

L'étiquetage énergétique utilise tous ces codes : d'abord un code couleur ancien, constant, socialement accepté et entré dans les mœurs : le vert représente ce qui est bon et la voie qu'il faudrait suivre alors que le rouge est le mal ; puis des pictogrammes avec des notes (A+++ pour le bon, D ou G pour le mauvais), des symboles pour le bruit et la contenance et des écritures en gras et en majuscules lorsqu'elles sont essentielles. On a donc de la part du législateur un effort de sensibilisation et d'éducation par un mécanisme ludique qui évite toute recherche : il n'est même pas utile de comprendre les données transmises, la couleur et la lettre indiqueront au contractant quelle est la portée de son acte. Cela révèle aussi une conception particulière de la société, très pressée et qui n'a plus le temps de s'attarder sur les détails mais aussi en perte du goût de la connaissance puisque peu importe les informations

²⁰⁹ Thèse précitée

²¹⁰ Étudiées avec l'ordre public culturel.

²¹¹ Étude américaine Drivers'eye movement and visual workload. Highway Research Record n°292.1969, p. 1 à 10

délivrées, la couleur va marquer l'esprit en premier et guider l'acte d'achat : par exemple en matière de logo sur la nourriture pour le sel ou les produits gras ou sucrés, il n'est plus besoin de regarder les ingrédients ou les informations nutritionnelles et de connaître les propriétés de chaque ingrédient, la couleur suffira à savoir s'il faut acheter ou non. La transmission est facilitée certes, mais la nature de l'information est modifiée et cela est aussi visible sur l'étiquetage énergétique : par exemple l'étiquette des voitures peut mettre en lumière une voiture qui émet peu de dioxyde de carbone mais ce n'est pas pour autant qu'elle est vertueuse car l'étiquette ne donne aucun renseignement sur les dégagements de particules fines pourtant nocives. Déjà dans la première moitié du XIXe siècle Joseph Pierre Chassan avait compris cette dénaturation de l'information par les signes qui était simplifiée pour être comprise par les moins instruits : « *Pour être compris et retenu par les rudes intelligences des hommes grossiers des temps primitifs, le droit a besoin d'images sensibles, de représentations figurées et de signes physiques qui parlent aux yeux et à l'imagination* »²¹².

Quoiqu'en soit la qualité de l'information transmise, l'étiquetage énergétique permet de véhiculer un message que les destinataires n'auraient jamais recherché ailleurs car celui-ci est accessoire dans la décision d'acheter : la poursuite d'idéaux est extérieur au contrat donc on peut présumer que les contractants ne s'y attachent que parce que le message est immédiat, compréhensible et efficace. L'étiquette est un mécanisme déterminant dans le mouvement de collaboration entre l'Etat et le contractant.

Chapitre 2 : Une collaboration caractéristique de l'Etat post-moderne

L'étiquette énergétique des produits présente par des pictogrammes, symboles et couleurs l'efficacité énergétique des produits afin d'en informer les acheteurs. Ce mécanisme se rapproche inévitablement des logos, labels et chartes écologiques appliqués volontairement par les entreprises puisqu'ils utilisent les mêmes codes. Sur la base du volontariat, une entreprise peut dans un but publicitaire adhérer à une norme technique qui témoigne de son attachement à la question environnementale, comme les normes ISO ou autres indicateurs (ISO 14025, ISO 14001, PAS 2050, label Energy star). Les ISO et PAS sont des référentiels

²¹² J.-P. Chassan, *De la symbolique du droit, Revue de législation et de jurisprudence*, volume 17, 1843, p. 740 ; disponible sur *GoogleBooks*

non obligatoires issus d'une organisation non-gouvernementale : l'Organisation internationale de normalisation alors que le label Energy Star a été créé par un programme américain qui se fonde sur une adhésion volontaire des entreprises. Dans le même but, une entreprise privée peut adopter une charte environnementale ou un engagement écologique²¹³.

Avec l'étiquetage énergétique, le législateur fait sien un mécanisme qui préexistait à son intervention et se conduit comme peut le faire une organisation non gouvernementale puisqu'il crée un label écologique, à la seule différence que les entreprises privées sont obligées d'y souscrire. Ce label n'impose pas le respect de l'environnement mais il informe les consommateurs du fait que les entreprises respectent ou non l'environnement. Les destinataires de l'information pourront ensuite adopter un comportement écologique ou non, sans aucune conséquence émanant de l'Etat. Ils pourront collaborer avec l'Etat dans la réalisation de sa politique environnementale mais sans y être contraints. Ce mimétisme des actions d'organisations non gouvernementales est caractéristique d'un Etat postmoderne qui cherche à masquer son action autoritaire et veut se présenter aux acteurs du marché comme n'importe quel autre organisme de défense de l'environnement sans pouvoir régalién.

La transformation d'un Etat moderne à un Etat postmoderne est un sujet d'étude récent²¹⁴ selon lequel la loi traditionnelle perçue comme la Raison absolue, émanation du peuple et outil du contrat social entre l'Etat et les Hommes est en déclin car ressentie comme trop technocratique, instable, en profusion anarchique et sans suivre le guide de la Raison. Il s'en suit que l'Etat traditionnel qui affirme sa force comme s'il la tenait de Dieu à travers des textes a perdu de sa superbe et de sa mysticité en s'immiscant dans tous les domaines et doit s'adapter à l'exacerbation de l'individualisme que Jacques Chevallier décrit comme une culture du narcissisme ou une « *absolutisation du moi* ». Naît alors l'idée que le droit devrait émaner directement du corps social ce qui provoque une recherche par le législateur d'un compromis fruit de négociations avec le corps social. Le droit devient flexible et, plus que la

²¹³ Par exemple : Charte environnement de l'hôtelier du groupe Accord de 2002 : chaque année, le groupe s'engage à planter au moins un arbre aux abords de ses hôtels.

Ou encore : Engagement Vivendi Universal : « *réduire les émissions de dioxyde de carbone de 10% en cinq ans, réduire la consommation d'eau potable de 5% en cinq ans, réduire la production de déchets de 10% en cinq ans* »

²¹⁴ Pour une étude détaillée de la question, voir la fameuse étude de J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, RDP, 1998, P. 659-690,

Reprise dans la thèse C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, préface de G. Viney, LGDJ, 2004 ou la thèse M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004

Ou encore C. Thieberge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD Civ 1997, p. 357

contrainte, l'Etat prône l'adhésion à la norme et la collaboration. L'auteur parle alors d'horizontalité de la norme : le but ultime de l'Etat postmoderne est l'autorégulation par les corps sociaux qui auront ainsi le sentiment d'être sur un pied d'égalité avec l'Etat. La loi ne tire plus sa force de la Raison qu'elle comporte intrinsèquement mais de l'adhésion des citoyens à son message.

Or, le meilleur moyen de retenir le consensus du peuple à la norme est de passer par le contrat, ce que décrit Michel Vasseur²¹⁵. Selon lui, on assiste à la « *déromanisation du contrat* » : le contrat n'est plus uniquement l'outil d'échange de biens ou de services mais peut servir comme instrument de collaboration entre l'Etat et les acteurs du marché pour réguler l'économie ou, dans notre cas, l'écologie. Cela aboutit à une politique concertée permise par un contrat-organisation entre l'Etat et les particuliers : « *aujourd'hui [...] le contrat prend la place du règlement* »²¹⁶, le droit volontaire succède au droit imposé.

« *Lex imperat* » - La loi commande. L'étiquetage énergétique respecte les codes du droit postmoderne qui met fin à cette vision de la loi puisqu'elle ne fait que sensibiliser le consommateur à l'environnement, lui proposer une voie à suivre sans le contraindre et recherche son adhésion dans la lutte contre l'effet de serre. Ce mécanisme s'inscrit dans la théorie postmoderne résumée par Cécile Pérès : « *privée de la moindre sanction, l'obligation change de nature pour devenir conseil* ». Il pourrait aussi s'expliquer d'une seconde manière, comme pour la règle supplétive selon l'auteur, par une fonction sociologique : en ne faisant que proposer une voie, le législateur se tient au courant des attentes des citoyens pour améliorer sa législation : si la voie écologique est suivie, l'Etat pourra voir que sa politique environnementale suscite l'adhésion du peuple et sera tenté de la poursuivre, à l'inverse il saura qu'il est seul sur cette piste.

²¹⁵ M. Vasseur, *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, RTD Civ 1964, P. 5 à 48

²¹⁶ Article précité, n°8

Chapitre 3 : Une collaboration fondée sur la notion de patrimoine commun

La collaboration environnementale entre l'Etat et le contractant par l'étiquetage énergétique passe par le contrat. Cette contractualisation de la politique écologique conduit à fusionner les concepts de contractant (qui agit dans la vie des affaires pour son intérêt propre) et de citoyen (qui agit dans la vie publique dans un but d'intérêt général) pour donner naissance au modèle de contractant-citoyen. La fusion des modèles semble permise par le développement d'une notion qui transcende la distinction vie des affaires – vie publique : le patrimoine commun dans laquelle figure l'environnement. Le patrimoine commun supprime la barrière entre ces deux mondes présumés inconciliables car tout citoyen est invité à le protéger et, dans le même temps, les éléments de ce patrimoine sont réifiés pour devenir des biens comme les autres dans la vie des affaires ce qui permet à tout contractant de tenir compte de ce nouveau bien du marché.

L'idée d'un patrimoine commun est issue de la déformation de la théorie civiliste du patrimoine pour désigner des *res communis* : des choses qui, compte tenu de leur intérêt général, n'appartiennent à personne ou, au contraire, appartiennent à tout le monde de telle sorte que chacun puisse les utiliser et doive les protéger comme s'il s'agissait de ses propres biens. A sa création dans les années 1980, cette théorie a été développée pour empêcher l'appropriation de certains biens et créer des biens sans patrimonialité (l'eau, l'air, la lumière) de façon à préserver l'usage commun de tous. Peu à peu, le patrimoine commun a été utilisé pour protéger les générations futures en intégrant dans l'esprit de chacun, contractant ou citoyen, la nécessité de transmettre, donc de préserver, ce patrimoine. Il a alors fallu, pour transmettre ces éléments, les patrimonialiser et leur conférer une valeur : par exemple l'environnement est reconnu comme un élément du patrimoine commun (préambule de la Charte de l'environnement²¹⁷, article L. 110-1 du Code de l'environnement et L. 210-1 du même Code pour l'eau) ce qui permet de valoriser et de privatiser ses composantes, c'est ainsi que les articles L. 229-5 à L. 229-19 du Code de l'environnement permettent la création et la cession de quotas d'émissions de gaz à effet de serre depuis 2004 ou que certaines banques américaines soient titulaires d'unités de biodiversité qu'elles vendent aux industriels désireux de porter atteinte à l'environnement par un projet économique.

²¹⁷ Il y est déclaré « *l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains* » et le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle à ce préambule même s'il ne peut pas fonder une question prioritaire de constitutionnalité : 7 mai 2014

Le patrimoine commun est une notion large qui permet la préservation de l'environnement. Elle permet d'imposer des devoirs tant à l'Etat²¹⁸, qu'aux citoyens²¹⁹ mais aussi aux contractants qui peuvent conclure des contrats portant sur cet objet. En outre, l'article L. 110-2 du Code de l'environnement dispose en ses alinéas 2 et 3 : « *Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement. Les personnes publiques et privées doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences* » et cette disposition implique que toute personne soit chargée de la mission de préserver l'environnement, que ce soit le citoyen ou le contractant. L'Etat, pour respecter cette disposition, est donc dans l'obligation de sensibiliser ces publics pour leur permettre d'accomplir leur devoir. On voit apparaître ici la sensibilisation des consommateurs et la collaboration entre l'Etat et le contractant devenu contractant-citoyen.

L'ordre public de sensibilisation qui n'est permis que par la fusion de deux mondes contraires avec la naissance du contractant-citoyen est donc fondé sur la notion de patrimoine commun. C'est cette théorie qui génère la collaboration entre l'Etat et les personnes privées dans la réalisation des politiques publiques ce qui n'est pas sans risque pour la nature du contrat devenu malgré lui vecteur d'idéaux.

²¹⁸ Il suffit pour le prouver de regarder le nombre de conventions internationales qui se fondent sur l'environnement en tant que patrimoine commun pour poser des obligations d'agir à l'Etat même sans risques certains pour l'environnement comme on le voit avec le principe de précaution.

²¹⁹ Le droit pénal de l'environnement s'adresse particulièrement à eux

Chapitre 4 : Le fondement risqué de la collaboration

La collaboration se fonde sur la théorie du patrimoine commun mais cela n'est pas sans risque puisqu'il s'agit d'une notion floue et qui risque de modifier en profondeur le rôle du contrat en développant à l'excès l'ordre public de sensibilisation.

Section 1 : Le patrimoine commun, un concept flou entre déclaration politique et notion juridique

Le patrimoine commun qui sert de fondement à l'ordre public que nous avons développé est une notion floue dont on ne sait pas si elle doit rester au rang de déclaration politique ou devenir un instrument juridique à part entière²²⁰. Cette théorie comporte des problèmes intrinsèques (questions de la titularité de ce patrimoine si l'on considère que tout patrimoine appartient à une personne²²¹, de sa représentation en cas d'action en justice, de son contenu vague et sans patrimonialité certaine et de son utilité puisque d'autres théories plus anciennes permettaient déjà la protection de certains biens comme la théorie de la domanialité publique sous ses deux formes²²²) et peut poser des questions quant aux conséquences juridiques qu'elle implique : déjà la Cour européenne des droits de l'homme permet de recourir à cette notion pour justifier des atteintes à d'autres droits fondamentaux : le 27 novembre 2007, dans l'affaire *Hamer contre Belgique*, les tribunaux belges avaient ordonné la destruction d'une maison construite vingt ans auparavant dans une zone forestière inconstructible et la Haute Cour a jugé que l'Etat belge n'avait pas commis une atteinte aux droits de l'homme : « *La Cour souligne que des impératifs économiques et même certains droits fondamentaux, comme le droit de propriété, ne devraient pas se voir accorder la primauté face à des considérations relatives à la protection de l'environnement* ». On peut alors craindre que les juges déduisent de cette notion des obligations nouvelles comme l'a laissé présager le célèbre arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 26 septembre 2007 qui, sur le fondement de l'exécution loyale des

²²⁰ Sur cette question : I. Savarit, *Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?*, RFDA 1998. P. 305

²²¹ On ne peut donner la personnalité juridique à l'Humanité ni à la planète ; on ne peut pas non plus affirmer que ce patrimoine appartient à une personnalité morale car la personnalité morale suppose la volonté de s'associer dans un but commun or ici tous les individus n'ont pas exprimé la volonté de s'unir pour protéger ces éléments. Enfin, on ne peut admettre qu'il s'agit d'un patrimoine sans personnalité affecté dans un but environnemental selon la théorie de Brinz et Becker puisqu'il est impossible d'identifier celui qui aurait procédé à cette affectation.

²²² La forme plus ancienne de Proudhon et Duguitt permettait de créer un domaine public dont ses composants ne pouvaient pas être appropriés, pas même par l'Etat ; la forme actuelle développée par Hauriou fin XIXe siècle rend ces biens propriétés de l'Etat mais inaliénables et insaisissables.

convention, avait imposé une renégociation d'un contrat de distribution de carbonate déséquilibré en faveur d'une meilleure protection de l'environnement. Certains auteurs se prononcent en faveur d'un rôle accru du juge en matière de protection environnementale²²³ ou souhaitent que les sanctions que nous avons rejetées précédemment puissent s'appliquer si un bien livré ne respecte pas les prévisions environnementales comme la sanction de l'obligation de délivrance conforme²²⁴.

Ainsi, le fondement du patrimoine commun conduit à douter des sanctions civiles applicables en cas d'étiquettes erronées, frauduleuses ou de tests arrangés et risque de causer des dérives judiciaires permettant aux juges d'accroître les obligations d'information environnementale pour accompagner le mouvement législatif faisant du contrat un vecteur d'idéaux.

Section 2 : Une porte ouverte à l'entrée des idéaux dans la vie des affaires

Pour protéger l'environnement, composante du patrimoine commun l'Etat a fait sien le mécanisme du logo environnemental inspiré des entreprises privées. Le patrimoine commun ne se résume cependant pas à l'environnement et est aussi flou que peut l'être l'ordre public ce qui permettrait au législateur de développer la sensibilisation dans tous les autres domaines qui ont inspiré les logos privés comme le travail des enfants et les questions sociales dans les entreprises, prises en compte par le logo volontaire Commerce équitable. On aurait alors un accroissement incontrôlable de l'ordre public de sensibilisation déjà en marche par l'expérimentation qui visait à étiqueter chaque produit pour comparer leur coût carbone tout au long de leur cycle de vie ou par la proposition du club des juristes de faire entrer au cœur de l'article L. 111-1 du Code de la consommation les préoccupations environnementales devenues caractéristiques essentielles du bien ou du service.

²²³ proposition de M. Depincé : *D'un droit privé de l'environnement*, RLDC juillet-août 2008, n°51, P.70 et 71 : « devraient en revanche faire l'objet d'une information, les conséquences les plus importantes sur l'environnement des méthodes de fabrication du produit et les actes nécessaires à l'exécution de la prestation de service, du mode d'utilisation du produit ou du service ainsi que des conséquences de l'abandon du produit, à savoir la gestion des déchets » ; cité par M. Boutonnet, dans *L'efficacité du droit de l'environnement*, colloque du 15 octobre 2009 organisé par le centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans sous la direction de O. Boskovic, Dalloz

²²⁴ M. Boutonnet, article précité : sur le fondement des articles 1, 2 et 3 de la Charte constitutionnelle de l'environnement il serait justifié « que l'obligation de conformité des produits (ordonnance 2005-136 du 17 février 2005 ratifiée par la loi 2006-406 du 5 avril 2006) appréciée selon « l'attente légitime du consommateur » ou, selon les termes de l'article L.211-5 Code de la consommation, de « l'usage habituellement attendu d'un bien semblable », puisse l'être au regard de la protection de l'environnement. »

Cette expansion de la sensibilisation impérative changerait totalement le rôle du contrat : la phase précontractuelle deviendrait porteuse d'idéaux et de valeurs de solidarité.

La vision classique du contrat comme instrument pour faire des affaires laisserait la place à des contrats-citoyens avec une information sur le prix et les caractéristiques essentielles d'utilisation du bien ou du service qui côtoierait des informations sociales. Toutefois, il est possible de se demander si la vie des affaires est compatible avec la bonté d'âme et si le concept de contractant-citoyen n'est pas déjà mort-né.

Paragraphe 1 : L'expansion probable de l'ordre public de sensibilisation

Le patrimoine commun a été constitué de manière à protéger l'environnement et tous ses éléments. Certains auteurs proposent, à partir de cette théorie, de donner des droits à ces composants comme le droit à la vie²²⁵ qui pourrait s'étendre aux choses inanimées comme les arbres²²⁶ ce qui n'a pas manqué d'être vivement critiqué par le doyen Carbonnier : « *les écologistes s'avancent et sous leurs pas font éclore l'anthropomorphisme. Ils entendent les gémissements de la forêt que déchire l'autoroute, les plaintes du fleuve menacé d'un barrage. Ils rêvent de faire reconnaître, face aux humains, des droits à la Terre* »²²⁷.

Désormais, le patrimoine commun ne s'étend plus uniquement à l'environnement mais comprend toute sorte de chose comme le patrimoine génétique et, si l'ordre public de sensibilisation a pour fondement la préservation de cet ensemble flou, il pourrait concerner ces éléments et on verrait apparaître des étiquettes obligatoires qui portent d'autres idéaux que l'écologie comme une étiquette *fair-trade* ou *non fair-trade* pour s'intéresser au travail des enfants et à la rémunération des agriculteurs, voir encore des symboles sur les produits permettant de savoir si l'entreprise respecte la parité et l'égalité salariale. Il n'est pas absurde

²²⁵ Rémi Libchaber affirme qu'il est possible de protéger l'environnement en passant par les droits fondamentaux et cite Lévi-Strauss : « *si l'homme possède d'abord des droits au titre d'être vivant, il en résulte immédiatement que ces droits, reconnus à l'humanité en tant qu'espèce, rencontrent leurs limites naturelles dans les droits des autres espèces. Les droits de l'humanité cessent donc au moment précis où leur exercice met en péril l'existence d'une autre espèce* », proposant par là-même de conférer un droit à la vie aux animaux : R. Libchaber, *La souffrance et les droits*, D. 2014 ; Chron. P. 380 ; ce qui va pouvoir devenir réalité par le nouveau statut conféré aux animaux d' « êtres doués de sensibilité ».

²²⁶ Proposition du juriste américain C.-D. Stone, *Should Trees have standing ? Toward legal Rights for natural objects* : Southern California law review, 1972, n°2 : p.9 : « *I am quite seriously proposing that we give legal rights to forest, oceans, rivers and other so-called natural objects in the environnement- indeed, to the natural environnement as a whole* ». L'idée n'a pas convaincu : la convention de Rio du 5 juin 1992 continue de qualifier la biodiversité de « chose à valeur intrinsèque », mais chose quand même.

²²⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e édition, 2001, p.370

de croire au risque d'une expansion de l'ordre public de sensibilisation par étiquetage puisque, nous l'avons vu selon Einstein, les mêmes causes provoquent inévitablement les mêmes effets or tous les signes vont en ce sens ce qui est aisé à démontrer. Tout d'abord, il existe des conventions internationales et des dispositions pénales en matière d'écologie, il en existe tout autant à propos du travail des enfants et des règles internes veulent imposer la parité (dans les Conseils d'administration des entreprises par exemple²²⁸). Ensuite, les étiquettes énergétiques sont inspirées de labels volontaires, or des logos *fair-trade* (concernant le travail des enfants et la rémunération des agriculteurs), commerce équitable, garanti sans huile de palme, voire même des appellations d'origine *produits de montagne, produits de la ferme*, ou le récent logo *Made in France* prôné par l'ancien ministre de l'économie Arnaud Montebourg sont déjà connus. Il y avait de surcroît des chartes de bonne conduite écologique des entreprises, il y en a aussi qui traitent des conditions sociales : les entreprises américaines GAP et Nike imposent des règles de ce genre à ses sous-traitants et la société MacDonald a, en 2000, rompu un contrat qui la liait avec un sous-traitant chinois (*City Toys Ltd*) qui ne respectait pas la législation nationale sur le travail des enfants. Pour la pratique volontaire, on peut encore citer l'initiative du Global Compact²²⁹ lancée en 1999 par l'ancien secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, qui invite les entreprises à respecter et promouvoir dix principes relatifs aux droits de l'homme, droit du travail, environnement, lutte contre la corruption, sans contrainte ni contrôle.

Des textes semblent amorcer ce développement incontrôlable de l'ordre public de sensibilisation : la loi Grenelle 1 dispose en son article 54 alinéa 2 : « *La mention des impacts environnementaux des produits et des offres de prestation de services en complément de l'affichage de leur prix sera progressivement développée, y compris au niveau communautaire, tout comme l'affichage et la mise à disposition, sur les lieux et sites de vente, de leur traçabilité et des conditions sociales de leur production* » ; le Rapport de la mission Lepage rendu en 2008 prône l'information des consommateurs sur la qualité des produits tout en sachant qu'elle y est définie à la page 27 : « *La qualité englobe aujourd'hui les critères de sécurité et de performances mais aussi les critères environnementaux auxquels s'ajoutent les critères éthiques (conditions de travail, respect par les fabricants et leurs sous-traitants des droits de leurs salariés)* » ; le Code de la consommation comporte un chapitre VII intitulé

²²⁸ Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle

²²⁹ Sur cette question : T. Berns et L. Blésin, *Le devenir du « Global Compact »*, dans *Repenser le contrat, Méthodes du droit*, sous la direction de G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz 2009

« *Transparence sur les conditions sociales de fabrication d'un produit* » au sein duquel l'article L. 117-1 permet à un consommateur de demander au producteur ou distributeur d'un bien de lui transmettre les informations sur le respect lors de la fabrication des « *conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux* » qui peut être un début à une information délivrée même sans demande ; enfin, le 28 avril 2015, le conseiller régional écologiste d'Ile-de-France, Julien Bayou, a demandé la publication de la liste des entreprises qui ne respectaient pas l'obligation d'égalité salariale entre les sexes, ce qui est déjà en vigueur au Royaume-Uni avec la politique du « *name and shame* ».

Le mouvement, que l'on parle du droit à un environnement sain ou d'autres droits fondamentaux (égalité des sexes, interdiction du travail des enfants, conditions sociales suffisantes pour les travailleurs) semble être le même et l'on pourrait attendre un étiquetage obligatoire dans ces domaines en étendant la notion de patrimoine commun à ces valeurs²³⁰. Le patrimoine génétique en faisant déjà partie²³¹, pourquoi même ne pas imaginer une sensibilisation du contractant à l'embauche de travailleurs handicapés. Par cela, nous prouvons le lien direct entre ordre public fondamental et ordre public de sensibilisation qui ne dépend plus uniquement de l'écologie.

Plusieurs problèmes pourraient émerger de cette fondamentalisation de la phase précontractuelle : tout d'abord le risque d'une dévaluation des droits fondamentaux causée par leur omniprésence souligné par Daniel Gutmann²³² est renforcé, ensuite ces informations-sensibilisation brouilleraient la notion d'ordre public déjà peu claire car ces probables renseignements (conditions sociales, travail des enfants, égalité des sexes) protègent des catégories faibles donc se rapprochent d'un ordre public de protection que nous avons rejeté en matière écologique et il faudrait alors refondre le régime et créer des sous-catégories multiples d'ordre public. Enfin, le contrat deviendrait un instrument de citoyenneté ce qui bouleverserait son rôle.

²³⁰ Et cela n'est pas impossible : la consultation nationale pour la Charte de l'environnement définit le patrimoine commun comme « *l'ensemble des éléments matériels et immatériels qui concourent à maintenir et développer l'identité et l'autonomie de chacun dans le temps et dans l'espace. Le patrimoine commun n'est donc pas quelque chose de figé et s'adapte au fil du temps* » or l'identité et l'autonomie des Hommes passent par un traitement égal des sexes, par la protection des enfants voire par un ensemble de droits fondamentaux. Si l'on prend la notion d'identité, le patrimoine nationale permettrait même d'y faire entrer la protection de l'économie pour développer un étiquetage obligatoire mentionnant si le produit est ou non fabriqué en France ou en montagne pour soutenir et développer ces marchés.

²³¹ Article 1^{er} de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme

²³² D. Gutmann, *Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ?*, Mélanges François Terré, Dalloz, 1999

Paragraphe 2 : Le contrat face à la conclusion-citoyenne

Le contrat a toujours été conçu comme un acte permettant de faire des affaires : « *le contrat "n'est pas et ne doit pas être œuvre de charité", il " repose avant tout sur un antagonisme d'intérêts" et doit permettre tout simplement de faire de bonnes affaires* »²³³. Une sensibilisation par le contrat est-elle alors seulement compatible avec la vie du marché ? Il se pourrait que le contrat-citoyen tant prôné par les pouvoirs publics ne puisse aboutir car en trop grande contradiction avec la nature du contrat.

Face à la sensibilisation à des idéaux par le contrat, une alternative apparaît : soit le contrat parvient à muter mais alors il perd sa nature d'instrument d'un marché individualiste pour permettre de changer les mentalités des contractants et leur faire comprendre que chacun d'eux peut « *changer le monde* » selon la phrase du rapport Lepage²³⁴, soit il est trop rigide et les contractants n'auront aucun égard pour les informations mentionnées.

Selon nous, même si la sensibilisation par le contrat va se développer, le contrat-citoyen ne peut être réellement un succès et les pouvoirs publics le savent pertinemment : en effet, si le législateur avait eu une parfaite confiance en son système de sensibilisation, pourquoi l'accompagner d'interdiction de vente de produits trop énergivores ? L'étiquette énergétique d'un produit électroménager va de A+++ à D mais les produits autorisés à la vente sont entre A+ et A+++ ! L'Union Européenne qui a créé ce mécanisme original n'a pas confiance en lui et préfère n'offrir qu'un choix restreint aux consommateurs, gardant des normes autoritaires pour mettre en œuvre sa politique.

Les raisons de cet échec probable sont faciles à deviner : tout d'abord, les tests en eux-mêmes se fondent sur l'idée crédule que tout est au mieux dans le meilleur des mondes : que les constructeurs veulent participer à cette sensibilisation donc peuvent faire eux-mêmes les tests. La vérité est tout autre et les industriels savent parfaitement qu'il vaut mieux afficher des résultats écologiques pour avoir une bonne publicité c'est pourquoi nous sommes confrontés à des étiquettes fausses et des tests arrangés face à des contrôles étatiques peu nombreux ; le but de l'entreprise reste de vendre, non pas de faire attention à l'humanité. Du côté des acheteurs/preneurs à bail, le prix reste un élément déterminant, peu importe la consommation d'énergie du bien ou ses rejets en dioxyde de carbone. Les sondages sur l'importance de

²³³ J. Carbonnier, cité par D. Cohen, *La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance dans 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*

²³⁴ Page 27

l'étiquette énergétique pour le consommateur sont nombreux et plutôt en faveur de ce système toutefois ils reposent sur un mensonge puisque l'acheteur croit qu'en achetant écologique il fera des économies sur ses factures d'énergie. Or nous avons vu que cela était faux. Plus utiles sont les sondages à propos des logos commerce équitable pour lesquels les consommateurs savent qu'ils n'en tireront aucun bénéfice et nous pouvons transposer ces résultats au cas des étiquettes énergétiques si les sondés étaient au courant de l'absence de conséquences pécuniaires puisque le mécanisme est le même : un bien plus cher à l'achat pour être bon avec l'humanité. Selon ces sondages²³⁵, moins de 3 français sur 10 (29%) sont des consommateurs réguliers de produits *fair-trade* et ce sont principalement des français urbains et aisés, 20% n'en achètent jamais. Les raisons évoquées par le sondage sont les suivantes : en premier le coût plus élevé des produits respectueux des conditions sociales (pour 48%) et 37% de la population reste à convaincre que cette démarche profite réellement aux petits producteurs, il faudrait donc des mesures qui prouvent l'utilité du logo (nous pouvons penser la même chose de l'étiquette énergétique face aux problèmes environnementaux).

Ce qui reste intéressant, c'est que le prix ne pourra pas être détrôné comme caractéristique première, peu importe la sensibilisation effectuée au cœur du contrat. Ce résultat prouve que dans la vie civile, la sensibilisation des citoyens est possible par des campagnes spécifiques mais que dans la vie des affaires, un contractant reste un contractant et uniquement cela. Une politique d'éducation du consommateur ne peut avoir pour siège un instrument économique : le contrat n'est pas une salle de classe où l'on enseigne les bonnes manières aux parties.

²³⁵ Enquête réalisée par l'Institut de sondage BVA sur un échantillon (1079 résidents en France de 15 ans et plus) recruté par téléphone et interrogé par internet du 4 au 5 avril 2012

CONCLUSION :

A travers l'exemple de l'étiquetage énergétique, nous avons tenté de prouver qu'un mouvement nouveau apparaît au cœur du contrat : la sensibilisation des parties par l'Etat. Celle-ci exacerbe l'émergence d'un contrat-citoyen, forme de contrat-collaboration entre les parties contractantes et l'Etat, afin de mettre en œuvre les politiques publiques et atteindre des idéaux.

Le développement d'un tel mécanisme soulève des questions civiles puisqu'il faut alors déterminer un régime de sanctions cohérent qui pourrait s'appliquer aux violations des mesures imposées par l'Etat. Parce que la sensibilisation se distingue des informations délivrées traditionnellement à la phase précontractuelle en ce qu'elle ne protège pas le destinataire, seules les sanctions pénales et administratives semblent opportunes.

Cependant, même s'il est plus que probable que la sensibilisation précontractuelle va s'intensifier à l'avenir par la fusion du monde des affaires avec la vie publique, on peut penser que l'instrument de la vie du marché n'est pas suffisamment souple pour permettre une existence pérenne à ce nouveau système. La « *déromanisation* » du contrat selon l'expression de Michel Vasseur²³⁶ connaît la limite majeure du prix, critère principal dans la détermination de l'acte d'achat.

L'ordre public de sensibilisation pourra croître de manière artificielle car soutenu par l'action législative. Toutefois les sondages en matière de commerce équitable peuvent annoncer le désintérêt des contractants dans la conclusion d'un contrat-citoyen dont les conséquences ne les intéressent pas directement. Si l'hypothèse de Cécile Pérès est juste, selon laquelle une règle supplétive (que l'on peut appliquer à une sensibilisation impérative par la douceur de l'obligation par rapport à une norme autoritaire classique) a avant tout une fonction sociologique en ce qu'elle permet au législateur de se tenir au courant des attentes des citoyens²³⁷, on peut penser qu'une croissance de la sensibilisation dans le contrat non suivie par les parties au contrat sera vouée à un destin funeste. La sensibilisation des parties cèdera au pied de la barrière du prix des échanges.

²³⁶ M. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, RTD Civ 1964, P. 5 à 48 : théorie selon laquelle le contrat n'est plus uniquement un instrument au service des échanges.

²³⁷ C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, préface de G. Viney, LGDJ, 2004

BIBLIOGRAPHIE

- H. Batiffol, *La « crise du contrat » et sa portée*, Archives de Philosophie du Droit, 1968
- M. Boutonnet, *Le contrat et le droit de l'environnement*, RTD Civ. 2008 p. 1 ;
- M. Boutonnet, *De l'obligation d'information sur l'environnement à l'obligation d'information pour l'environnement, entre intérêt des parties et intérêt général*, RDC 1^{er} juillet 2012, n°3, p. 908
- M. Boutonnet, *Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats*, D. 2012. 377 ;
- M. Boutonnet, *Le contrat, un instrument opportun de l'ordre public environnemental*, D. 2013. 2528 ;
- M. Boutonnet, *La consécration du concept d'obligation environnementale*, D. 2014 p. 1335
- M. Boutonnet et L. Neyret, *La consécration du concept d'obligation environnementale*, D. 2014. P. 1335
- J. Carbonnier, *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées R. Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p. 36
- P. Catala, *A propos de l'ordre public*, Mélanges Pierre Drai, 2000, p. 511
- J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, RDP, 1998, P. 659-690
- D. Cohen, *La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance dans 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir.*
- G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, Mélanges J. Flour, Rép. Defrénois 1979. 95
- A. Danis-Fatôme, *Biens publics, choses communes ou biens communs ? Environnement et domanialité*, mélanges E. Fatôme, Dalloz, 2011
- M.-P. Dumont-Lefrand, *L'annexe environnementale : un risque de performance énergétique à géométrie variable*, D. 2012. 1472

- B. Fauvarque-Cosson, *L'ordre public dans 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Université Paris II, Dalloz.
- D. Fenouillet, « *les bonnes mœurs sont mortes, vive l'ordre public philanthropique* », mélanges P. Catala, Litec, 2001, p. 487
- D. Gutmann, *Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ?*, Mélanges François Terré, Dalloz, 1999
- G. Henry, *L'analyse écologique du droit, un nouveau champ de recherche pour les juristes*, RTD Com, 2014, p. 289
- G. Jazottes, *Faire du consommateur un acteur du développement durable*, RLDA 2010/09, n° 52, p. 81.
- L. Josserand, *L'essor moderne du concept contractuel*, Etudes Gény, tome 2, Sirey, 1934, p. 333
- Ph. Jourdain, *Le devoir de se renseigner*, D. 1983, Chron. 139
- M. De Juglard, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, RTD civ 1945, p. 1
- Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges Paul Didier, Economica, 2008, p. 247 et suivants, spécialement p. 286.
- Y. Lequette, *Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique*, Mélanges Hauser, 2012 ou encore *Bilan des solidarismes culturels*, Mélanges Paul Didier, Economica, 2008
- R. Libchaber, *La souffrance et les droits*, D. 2014 ; Chron. 380
- G. Loiseau, « *Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le jusnaturalisme de la Cour de cassation* », JCP G n° 46-47, 10 novembre 2014. 1170
- D. Mazeaud, « *Loyauté, solidarité, fraternité, La nouvelle devise contractuelle ?* », Mélanges F. Terré, Dalloz-PUF-Juris-Classeur, 1999, p. 603
- D. Mazeaud, *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises...*, Mélanges Hauser, 2012

C. Malecki, *Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ?*, D. 2003. 818

N. Molfessis, *De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant*, Mélanges Hauser, 2012

B. Parance, *Comment concilier le droit des contrats avec les obligations environnementales poursuivant la satisfaction de l'intérêt général ?*, D. 2013. 647

I. Savarit, *Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ?*, RFDA 1998. P. 305

C. Thieberge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ 1997, p. 357

F.-G. Trébulle, *Droit de l'environnement*, D. 2011. 2694

M. Vasseur, *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, RTD Civ 1964, P. 5 à 48

THESES :

M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – essai d'une théorie*. LGDJ, 1992

G. Farjat, *L'ordre public économique*, Dijon, 1963

J.-P. Gridel, *Les signes et le droit. Les bornes – les uniformes – la signalisation routière et autres*, Bibliothèque de droit privé, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979

F. Labbarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994

M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004

C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, préface de G. Viney, LGDJ, 2004

MANUELS :

J. Ghestin, *Traité de Droit civil, La formation du contrat, tome 2*, LGDJ, 4^e édition, 2013

Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 2004

E. Naim-Gesbert, *Droit général de l'environnement*, Lexis Nexis

M. Prieur, *Droit de l'environnement*, 6^e édition, Précis Dalloz

R. Romi, *Droit de l'environnement*, 8^e édition, Domat droit public, LGDJ

F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e édition, 2013

A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, 3^e édition, Puf

Vocabulaire Juridique sous la direction de G. Cornu, PUF

Dictionnaire Larousse, Bordas, 1998

CONFERENCES – COLLOQUE :

Conférence du Club des juristes, « *Mieux informer et être informé sur l'environnement* », 22 septembre 2014

L'efficacité du droit de l'environnement, colloque du 15 octobre 2009 organisé par le centre de recherche juridique Pothier de l'Université d'Orléans sous la direction de O. Boskovic, Dalloz :

G. J. Martin, *La responsabilité environnementale*

M. Boutonnet, *l'efficacité environnementale du contrat*

O. Boskovic, *L'efficacité du droit international privé en matière environnementale*

J.-P. Marguénaud, *Les droits fondamentaux liés à l'environnement*

« *Le droit et l'environnement* », colloque du 6 avril 2006 organisé par l'association Henri Capitant :

A. Van Lang, *Les sources traditionnelles en droit de l'environnement*

L. Fontaine, *Les sources nouvelles en droit de l'environnement*

F. G. Trébulle, *Environnement et droit des biens*

C. Gare-Didier, *la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement*

Repenser le contrat, Méthodes du droit, sous la direction de G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz 2009 :

T. Berns et L. Blésin, *Le devenir du « Global Compact »*

L. Hennebel et G. Lewkowicz, *La contractualisation des droits de l'homme, de la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique*

Ch. Jamin, *Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux*

M. Plouviez, *Le contrat comme institution sociale, La notion de solidarité chez Emile Durkheim*

J. Rochfeld, *La contractualisation des obligations légales, la figure du contrat pédagogique*

I. A. Tassopoulos, *La civilité juridique au fondement du contrat ? sur l'articulation entre contrat et sentiments moraux chez Adam Smith*

SITES INTERNET SUR LES ETIQUETTES ENERGETIQUES :

<http://www.consoglobe.com>

<http://www.vedura.fr>

<http://www.toutsurlenvironnement.fr>

<http://www.actu-environnement.com>

<http://www.atlete.eu>

<http://www.quechoisir.org>

<http://www.transportenvironnement.org>

<http://www.developpement-durable.gouv.fr>

<http://www.ffbatiment.fr>

TABLE DES MATIERES :

Sommaire	3
Partie 1 : La sensibilisation des contractants et le renouveau de l'ordre public	16
Titre 1 : La sensibilisation des contractants par l'étiquetage énergétique	16
Chapitre 1 : L'émergence de la sensibilisation des contractants.....	18
Section 1 : La politique environnementale : une conséquence de la crise pétrolière... 18	
Section 2 : La naissance de l'information environnementale.....	19
Section 3 : L'émergence de l'étiquetage énergétique	20
Section 4 : Le chemin vers l'étiquetage énergétique actuel	21
Paragraphe 1 : L'étiquetage des produits électro-ménagers.....	21
Paragraphe 2 : Le développement de l'étiquetage énergétique aux véhicules.....	22
Paragraphe 3 : L'extension de l'étiquetage énergétique aux bâtiments	22
Section 5 : Les lois Grenelles	23
Paragraphe 1 : La loi « Grenelle 1 ».....	23
Paragraphe 2 : La loi « Grenelle 2 ».....	24
Section 6 : Les réformes du mécanisme	25
Chapitre 2 : Les manifestations de la sensibilisation des contractants.....	26
Section 1 : La sensibilisation du consommateur	26
Paragraphe 1 : L'étiquetage énergétique des produits de consommation courante	26
A. Les normes en dehors de toute sensibilisation	26
B. L'information pour l'environnement : l'étiquetage énergétique des produits électroménagers.....	28
Paragraphe 2 : L'étiquetage énergétique des véhicules	32

A.	Les normes en dehors de toute sensibilisation	32
B.	L'information pour l'environnement : l'étiquetage énergétique des véhicules.....	33
	Paragraphe 3 : L'étiquetage énergétique des services de transport.....	35
A.	Domaine d'application.....	35
B.	La date de délivrance de l'information	36
	Section 2 : La sensibilisation du non-consommateur : l'étiquetage énergétique des bâtiments	37
	Paragraphe 1 : Les normes en dehors de toute sensibilisation	37
A.	Les mécanismes autoritaires de protection de l'environnement	37
B.	Les mécanismes informatifs de protection de l'acquéreur/loueur	38
C.	Les mécanismes incitatifs de protection de l'environnement	39
	Paragraphe 2 : L'information pour l'environnement : le diagnostic de performance énergétique	39
A.	Le domaine d'application.....	40
B.	Fonctionnement du mécanisme.....	40
C.	Le développement du DPE : l'annexe environnementale.....	41
	Titre 2 : La sensibilisation des contractants par l'ordre public.....	43
	Chapitre 1 : Une information énergétique d'ordre public	43
	Section 1 : L'affichage impératif de l'étiquette énergétique.....	43
	Paragraphe 1 : L'absence de l'étiquette énergétique des produits électroménagers	44
	Paragraphe 2 : L'absence de l'étiquette énergétique des véhicules	44
	Paragraphe 3 : L'absence de l'étiquette énergétique des bâtiments.....	44
	Section 2 : Un affichage dans un but d'intérêt général	45
	Chapitre 2 : Un ordre public traditionnel insuffisant	47
	Section 1 : Le refus de l'ordre public classique	47
	Section 2 : Le refus de l'ordre public économique	48

Paragraphe 1 : Le refus de l'ordre public de direction	49
Paragraphe 2 : Le refus de l'ordre public de protection	51
Section 1 : Sur le consentement du créancier de l'information.....	51
Section 2 : Sur la santé du créancier de l'information	54
Section 3 : Les bases textuelles	54
Section 4 : Un ordre public de protection large	55
Paragraphe 1 : L'acceptation large des parties au contrat.....	55
Paragraphe 2 : L'acceptation large de la protection	56
Chapitre 3 : Un ordre public à créer : l'ordre public de sensibilisation	58
Section 1 : La justification de la création d'un nouvel ordre public	59
Section 2 : Le rattachement à un ordre public connu	61
Paragraphe 1 : La diversité de l'ordre public	62
A. L'ordre public culturel	62
B. L'ordre public philanthropique	63
C. L'ordre public de protection collective.....	64
D. L'ordre public social	65
E. L'ordre public fondamental	65
Paragraphe 2 : Le rattachement à l'ordre public fondamental	67
A. Le développement d'un ordre public environnemental fondamental	67
B. Le lien entre ordre public environnemental et ordre public de sensibilisation	68
C. Le lien trop étroit entre ordre public environnemental et ordre public de	
sensibilisation	69
Section 3 : La conception d'un régime de sanctions appropriées	70
Paragraphe 1 : Le cas certain : l'étiquette fausse	71
A. Le cas particulier : le Diagnostic de performance énergétique.....	72
B. Les autres étiquettes	73
Paragraphe 2 : Les cas incertains : les expertises arrangées.....	79

Conclusion de partie : Sensibilisation des contractants, obligation précontractuelle d'information et rôle du contrat 80

Chapitre 1 : Une information non pertinente sans but de protection 80

Section 1 : Les nouvelles informations protectrices de leur créancier 81

Section 2 : l'information-sensibilisation 82

Chapitre 2 : Une sensibilisation par le contrat 83

Partie 2 : La sensibilisation des contractants et le renouveau du rôle du contrat..... 85

Titre 1 : Le contrat, émanation inconcevable de l'Etat 86

Chapitre 1 : Le refus de remplacer l'Etat par le contrat 86

Section 1 : La crise de l'Etat et la contractualisation de la société 87

Section 2 : Une crise inexistante 88

Chapitre 2 : Le refus de compléter l'Etat par le contrat 89

Section 1 : Le rejet du changement des fondements du contrat 90

Paragraphe 1 : La résurgence de la morale..... 90

Paragraphe 2 : La théorie du juste et de l'utile..... 91

Paragraphe 3 : Le solidarisme exacerbé imposé 91

Paragraphe 4 : La théorie de la dette sociale 93

Section 2 : Le maintien de la théorie du normativisme 93

Titre 2 : Le contrat, outil d'une collaboration entre l'Etat et le contractant-citoyen.. 95

Chapitre 1 : Une collaboration permise par l'étiquetage..... 95

Chapitre 2 : Une collaboration caractéristique de l'Etat post-moderne 97

Chapitre 3 : Une collaboration fondée sur la notion de patrimoine commun 100

Chapitre 4 : Le fondement risqué de la collaboration 102

Section 1 : Le patrimoine commun, un concept flou entre déclaration politique et notion juridique	102
Section 2 : Une porte ouverte à l'entrée des idéaux dans la vie des affaires.....	103
Paragraphe 1 : L'expansion probable de l'ordre public de sensibilisation.....	104
Paragraphe 2 : Le contrat face à la conclusion-citoyenne	107
Conclusion :.....	109
Bibliographie.....	110