

Propos introductifs

Nicolas MATHEY

Il ne suffit pas qu'une règle soit énoncée pour que le juriste soit comblé. Le théoricien du droit ne peut se désintéresser de la mise en œuvre du droit : il doit souvent mesurer l'écart existant entre l'énoncé de la règle et sa réalisation dans la réalité sociale. Il est difficile de concevoir la science du droit comme une pure science de normes sans égard pour l'inscription du droit dans l'ordre des activités humaines¹. Le normativisme de Kelsen a été sérieusement mis à l'épreuve par cette difficulté². Quant au praticien, il ne peut se désintéresser de la mise en œuvre concrète, de la réalisation du droit : c'est même une large part de son travail, qu'il soit magistrat, avocat ou agent de l'administration.

Le législateur a pu longtemps paraître moins conscient de cette nécessaire distinction entre l'énoncé formel de la règle et la réalité sociale tant il est imbu de son pouvoir sur les mots³. Il a toutefois dû réviser son jugement et prendre conscience de ce que l'art législatif ne relève pas de la magie ; la loi n'est pas une formule magique et le pouvoir des mots a ses limites. L'impuissance des lois n'est pas un phénomène nouveau : de l'Ancien régime au dernier numéro du *Journal officiel*, le droit semble parfois être un vaste cimetière de lois oubliées. À la réflexion, peut-être n'est-ce pas toujours un mal : cette mortalité législative peut être un remède au trop-plein de lois qui guette les sociétés un peu évoluées⁴.

Cependant, les textes récents adoptés en droit de la consommation sont marqués par le souci de ne pas laisser l'œuvre législative sans effet. La loi relative à la consommation du 17 mars 2014 trouve l'essentiel de sa cohérence dans la recherche d'une plus grande effectivité du droit de la consommation et une plus grande efficacité de l'action régulatrice ; cohérence bien faible sur le fond, soit dit en passant, tant

1. HAYEK F. A., *Droit, législation et liberté*, préf. de NEMO P., Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2007.

2. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ/Bruylant, 1999 [1962], spéc. p. 19 et suiv. et p. 54 et suiv. BRUNET P., *La normativité en droit*, préf. de PICARD E., postface de SUPLOT A., Paris, Mare et Martin, 2012, spéc. p. 210 et suiv., sur le rapport entre effectivité et normativité.

3. HEUSCHLING L., « Effectivité, efficacité et qualité d'une norme », in COLLECTIF, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité*, Paris, Larcier, 2012, p. 27, spéc. p. 32 sur la question de l'effectivité invitation à la modestie. Comp. avec LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011/3, p. 715.

4. CARBONNIER J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique*, 1958, p. 3, repris dans *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1998, 10^e éd., p. 140. LASCOURNES P. et SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986/2, p. 127.

les questions abordées sont variées et les modes d'intervention diversifiés. L'étude d'impact accompagnant le projet de loi présentait ainsi le projet de loi comme ayant « pour but une amélioration et une adaptation du droit de la consommation, notamment aux nouvelles règles et à la jurisprudence communautaires, mais aussi de garantir l'effectivité de la règle de droit et l'efficacité de l'action régulatrice de l'autorité administrative chargée de la protection des consommateurs ». L'exposé des motifs comme les travaux préparatoires abondent également en référence à ces deux notions d'effectivité et d'efficacité. Les deux termes ne doivent pas être confondus et le programme de la journée fait nettement apparaître la nécessaire distinction des notions tout en dirigeant notre attention sur la question des moyens imaginés par le législateur pour que son œuvre ne reste pas lettre morte.

L'objet d'un propos introductif n'étant pas de compliquer à plaisir les choses mais de définir les termes du sujet et d'esquisser une problématique générale, je m'arrêterai successivement sur ces deux notions qui structurent la réflexion menée dans le cadre de ce colloque.

L'effectivité du droit de la consommation

S'interroger sur l'effectivité du droit implique de mesurer l'écart qui existe entre la norme et la pratique sociale. Établissant un lien entre le droit et la réalité sociale, la notion d'effectivité relève principalement de la sociologie du droit⁵. C'est d'ailleurs surtout J. Carbonnier qui l'a popularisée, en France, il y a une cinquantaine d'années dans ses écrits de sociologie juridique⁶. Mesurer l'effectivité du droit de la consommation implique de poser la question générale de la réception de ce droit dans les comportements mais aussi la question plus particulière mais tout aussi essentielle de la connaissance du droit : c'est la question de l'accessibilité du droit de la consommation qui s'impose alors.

La réception du droit de la consommation dans les comportements

La réception du droit de la consommation dans les comportements est naturellement l'objectif principal. En effet, l'effectivité de la règle de droit suppose d'abord que les comportements des acteurs du droit (consommateurs, entreprises, administrations...) soient en conformité avec la règle. L'ineffectivité surgit lorsque l'écart entre la norme et les comportements est trop grand. L'ineffectivité n'est toutefois que rarement totale; elle est le plus souvent partielle. On parle de degrés d'effectivité ou d'ineffectivité. En pratique, le système juridique et la société s'accommodent parfaitement d'une certaine ineffectivité mais elle ne peut être trop importante sous peine de saper l'autorité du droit.

De manière assez logique, la loi du 17 mars 2014 cherche naturellement à susciter l'obéissance. Les moyens mis en œuvre sont variés et passent notamment par un

5. HEUSCHLING L., art. cit., spéc. p. 30.

6. CARBONNIER J., art. cit.

renforcement des sanctions⁷. L'importance quantitative de certains types de contentieux du droit de la consommation illustre de ce point de vue une forme particulière d'ineffectivité partielle. La règle de conduite est en partie ineffective même si la règle de sanction est, quant à elle, globalement effective.

Dans sa quête d'effectivité, le législateur a récemment poursuivi plusieurs réformes déjà engagées mais restées peu appliquées. L'assurance-emprunteur fournit un exemple topique de cette réforme permanente qui fait de l'art législatif une sorte d'expérimentation offrant une succession d'essais-erreurs⁸. Dans le même ordre d'idées, on pourrait citer également les nouvelles contraintes pesant sur le crédit renouvelable. La recherche d'une plus grande effectivité est également au cœur des dispositions récentes sur le relevé d'office ou sur les clauses abusives.

Tout cela est fort important mais n'est pas le plus original dans la démarche récente du législateur que les organisateurs du colloque ont souhaité mettre davantage en lumière.

La réception du droit de la consommation par la connaissance

La réception du droit de la consommation par la connaissance semble mériter une attention toute particulière. La connaissance du droit est certainement un facteur important d'effectivité du droit ; inversement l'ignorance est un facteur d'ineffectivité. L'enjeu est alors d'assurer une meilleure accessibilité du droit de la consommation afin de permettre aux acteurs d'adapter leur comportement.

Accessibilité du droit de la consommation. Naturellement, cette question concerne au premier chef les professionnels dont on espère qu'ayant une meilleure connaissance des règles s'imposant à eux, ils soient davantage portés à les respecter⁹. Mais la question de l'accessibilité concerne également le consommateur. En effet, rien ne sert d'édicter des règles protectrices du consommateur et d'organiser des procédures efficaces¹⁰ si le bénéficiaire de la protection ne les connaît pas¹¹.

De manière générale, il ne faut pas oublier que la question de l'accessibilité est liée également à celle de la qualité de la norme et en particulier à la qualité de la formulation de la norme : clarté et intelligibilité sont des qualités essentielles d'une règle accessible et effective.

Depuis vingt ans maintenant, nous disposons d'un Code de la consommation dont la pertinence n'est plus aussi évidente. Pertinence que la réflexion comparative nous aide à mettre en question¹². Cet éclairage comparatiste enrichira certainement la réflexion relative à la refonte prévue du Code de la consommation¹³.

Toutes ces réflexions sont nécessaires mais les organisateurs de ce colloque ont justement perçu qu'elles ne sont pas suffisantes pour avoir une vue complète du

7. Voir *infra* « L'ambiguïté de la recherche d'efficacité ».

8. Rapport AN, n° 1156, par HAMMADI R. et Le FLOCH A., p. 17.

9. Voir la contribution de L. Arcelin-Lécuyer dans cet ouvrage.

10. Voir *infra* « L'ambiguïté de la recherche d'efficacité ».

11. Voir la contribution de N. Sauphanor-Brouillaud dans cet ouvrage.

12. Voir la contribution de A. Puttemans dans cet ouvrage.

13. Voir la contribution de P. Stoffel-Munck dans cet ouvrage.

sujet ; elles doivent être complétées par une réflexion relative à l'efficacité du droit de la consommation.

L'ambiguïté de la recherche d'efficacité

Efficace signifie « qui produit l'effet attendu », « qui réussit¹⁴ ». L'efficacité doit par conséquent être distinguée de l'effectivité même si cette distinction n'est pas toujours faite de manière rigoureuse. La distinction apparaît pourtant évidente lorsqu'on constate qu'une règle peut très bien être effective sans pour autant être efficace : mise en application, elle n'atteint pas son objectif, voire produit des effets pervers. Cependant, de quel effet parle-t-on ici ? Quelle réussite escompte-t-on ? La question mérite d'être posée dans la mesure où, dans les travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de la loi du 17 mars 2014, la notion d'efficacité est utilisée de manière ambiguë. À strictement parler, son objet immédiat est l'action régulatrice et non pas la règle du droit de la consommation. Le respect du droit de la consommation est l'effet second attendu d'une plus grande efficacité de l'administration et de la justice.

Il ne faudrait pas oublier cependant de s'interroger sur l'efficacité du droit de la consommation, proprement dit. Il faut dire que cela peut paraître singulièrement plus compliqué dans la mesure où il faudra réfléchir (mais nous sommes là pour ça) sur les finalités du droit de la consommation. Autrement dit, une réflexion sur les buts poursuivis doit nécessairement sous-tendre la recherche d'efficacité des moyens mis au service du but.

L'efficacité de l'action régulatrice

L'efficacité de l'action régulatrice est l'objet visible de la loi récente. *Action régulatrice* est l'expression commode trouvée pour couvrir l'action judiciaire comme administrative ainsi que la recherche de sanction efficace, y compris sur un mode très répressif et assez peu *régulateur*.

L'efficacité de l'action judiciaire. L'efficacité de l'action judiciaire est un des objectifs de la loi du 17 mars 2014 poursuivi en particulier par la création de la fameuse action de groupe. On peut voir dans cette innovation la recherche d'une efficacité procédurale et donc d'une efficacité accrue de la justice en matière de consommation.

On peut également l'analyser comme la poursuite d'une plus grande effectivité individuelle du droit du consommateur. Certains diraient une plus grande efficacité du droit subjectif des consommateurs. L'action de groupe n'ajoute rien à la loi mais rend possible l'action en justice là où la résignation était la règle¹⁵.

L'efficacité des sanctions conditionne en partie l'effectivité de la règle de conduite. L'effectivité d'une règle de conduite dépend en effet de la manière dont le droit réagit face à la transgression. L'efficacité des sanctions étant donc un facteur d'effectivité

14. HEUSCHLING L., art. cit., p. 49.

15. Voir la contribution de O. M. Boudou dans cet ouvrage.

du droit, il n'est donc guère surprenant de voir le législateur tenter de renforcer les sanctions pour réduire l'écart entre la règle et son application. Toutefois, les questions soulevées par la loi du 17 mars 2014 sont parfois bien embarrassantes. Le renforcement de la répression comme l'accroissement des pouvoirs de l'administration laissent une impression très mitigée¹⁶.

Il reste que ces mesures ne pourront pas rester sans conséquence. Si la simple existence d'une sanction pénale était déjà un élément très important dans l'évaluation du risque réglementaire pour les établissements, il faut bien avoir conscience que l'augmentation considérable du montant des peines d'amende impliquera une réévaluation de la prise de risque. Autrement dit, si à strictement parler, la loi ne crée pas d'obligation nouvelle, elle donne une vigueur nouvelle à des dispositions existantes, renforçant leur effectivité.

Quant au choix de développer la répression administrative, c'est une des innovations remarquables de la loi nouvelle. Elle n'est pas sans soulever de graves questions liées tant à sa légitimité qu'à l'ambiguïté de la sanction administrative de manière générale. En pratique, cette politique doit également inciter à une réévaluation des risques liés à l'activité au regard non seulement des sanctions nouvelles mais aussi de la volonté affichée d'une sanction plus rapide et plus systématique des manquements au droit de la consommation.

La question de l'efficacité du droit de la consommation

J'ai rappelé, un peu plus haut, que l'efficacité se distinguait fondamentalement de l'effectivité. L'efficacité est la capacité de produire les effets attendus, d'atteindre le but de la règle alors que l'effectivité vise uniquement l'application de la règle sans référence au but visé.

Ceci étant rappelé, la notion reste équivoque et la recherche d'efficacité bien aventureuse même si l'inefficacité peut être parfois sanctionnée comme nous l'a rappelé la censure du conseil constitutionnel relative à la tentative de création d'un fichier positif des crédits¹⁷.

L'identification du but des règles du droit de la consommation est bien plus incertaine qu'on ne veut bien l'avouer. Suffit-il de dire que c'est la protection du consommateur ? Mais alors qui ne voit le manque de réflexion sur ce que signifie « protéger le consommateur ». Quelle est la finalité du droit de la consommation et des règles qui le composent ? En effet, les finalités du droit de la consommation sont multiples et souvent équivoques : elles peuvent être morale, économique ou sociale en particulier.

On constate alors que l'incertitude des fondements du droit de la consommation a parfois permis d'en faire un outil polyvalent au service d'une politique sociale originale. Lorsqu'il a tenté d'encadrer l'activité de consommation, le droit s'est exposé à des influences contradictoires de sorte que sa cohérence reste assez faible.

16. Voir la contribution de C. Laronde-Clérac dans cet ouvrage.

17. Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, loi relative à la consommation.

Des courants contradictoires traversent ainsi le droit de la consommation. Faut-il protéger l'activité de consommation en tant que telle ? Faut-il alors régir l'acte de consommation, ultime étape du cycle économique, au besoin sans avoir spécialement égard à l'existence d'une partie faible ? Le droit de la consommation pourrait être considéré comme une branche du droit du marché¹⁸. Faut-il, au contraire, protéger le consommateur parce qu'il est la partie faible face au professionnel¹⁹ ? Faut-il en faire un instrument limitant les dangers de la société de consommation ? ou bien un facteur de confiance de consommateurs invités à consommer pour relancer une croissance en berne ? Pour le dire autrement, le droit de la consommation est-il un droit du marché ou un droit social ?

Les fondements de la protection du consommateur sont loin d'être clairs, ce qui rend parfois difficile la découverte des techniques qui permettent son effectivité²⁰.

Peut-on même dire qu'une règle à un but et un seul²¹ ? En réalité, il ne semble pas rare qu'une même norme poursuive plusieurs buts, ce qui rend son efficacité nécessairement plus difficile à évaluer. Ces réflexions sont nécessaires à une bonne compréhension du droit de la consommation et peut-être de tout droit.

Linefficacité sanctionnée. L'échec de la création du fichier positif est également source d'enseignement²². La censure de la loi par le Conseil constitutionnel est fondée sur la disproportion existant entre les moyens et le but poursuivi. Autrement dit, l'inefficacité escomptée de l'institution que le législateur prétendait créer. On pourrait également y voir l'illustration d'une recherche d'efficience du droit. La notion d'efficience n'est pas employée dans les travaux récents en droit de la consommation et elle n'a donc légitimement pas retenu l'attention des organisateurs. Elle n'est toutefois pas sans intérêt car elle invite à réfléchir au moyen d'attendre le but recherché dans les meilleures conditions de coût et de temps.

Le droit de la consommation continue de jouer un rôle ambigu de protection du consommateur : il le protège autant pour l'inciter à consommer sans crainte, fut-ce dans l'indifférence à ses besoins réels, que pour le protéger contre la tentation de l'achat impulsif et inutile. En redonnant sa dimension personnelle voire morale à la consommation, le droit assurerait plus efficacement la protection des véritables besoins de la personne. Le consommateur pourrait alors prendre conscience qu'il a une responsabilité sociale qui pourrait être le pendant de la responsabilité sociale de l'entreprise.

Il serait paradoxal de conclure des propos introductifs. Je me contenterai simplement d'une interrogation. Si le droit de la consommation devenait parfaitement effectif et efficace, ne deviendrait-il pas parfaitement insupportable ? Si le législateur se mettait à rédiger des lois pour qu'elles soient appliquées, ne devrait-il pas agir avec plus de prudence, cette grande qualité du juriste ?

18. LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLÉANI G., *Droit du marché*, Paris, PUF, 2002, not. p. 437.

19. CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2010, n° 20-23.

20. Comparer, pour une recherche économique, avec GABAIX X. et al., *La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation*, Rapport CAE, septembre 2012.

21. HEUSCHLING L., art. cit., p. 51.

22. Décision n° 2014-690 DC, *op. cit.*