

De la “ confiance ” du consommateur ou du basculement d’un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché

Judith Rochfeld

► **To cite this version:**

Judith Rochfeld. De la “ confiance ” du consommateur ou du basculement d’un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché. Conférences du CEJEC, Approche critique du vocabulaire du droit européen : la confiance, Oct 2008, France. pp. 7-11, 2009. <hal-00424954>

HAL Id: hal-00424954

<https://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/hal-00424954>

Submitted on 19 Oct 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CHRONIQUE DE DROIT EUROPÉEN & COMPARÉ N° 21

Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC – Université Paris Ouest – Nanterre La Défense)

«APPROCHE CRITIQUE DU VOCABULAIRE JURIDIQUE EUROPÉEN : LA CONFIANCE»

Chapeau :

Pour l'année 2008/2009¹, le *Centre d'études juridiques européennes et comparées* de l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense (www.u-paris10.fr/cejec) propose de consacrer ses travaux à une « approche critique du vocabulaire juridique européen ». Sous de multiples aspects, la question est discutée de la terminologie juridique retenue par les différents acteurs de la construction européenne.

Quatre premiers regards critiques ont été portés sur « l'égalité en droit social européen »², « le pouvoir des juges »³, « la transposition »⁴ et « la distinction – national – étranger – européen »⁵. Dans ce 21^{ème} numéro⁶, Judith Rochfeld et Sophie Robin-Olivier se prononcent sur la signification du mot « confiance » tel qu'il est utilisé dans le contexte de la réglementation de l'Union européenne en droit de la consommation.

Jean-Sylvestre Bergé et Ismaël Omarjee, Coordinateurs de la Chronique n° 21

Sommaire :

De la « confiance » du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché, *par Judith ROCHFELD*

Confiance, construction du marché intérieur et harmonisation du droit de la consommation *par Sophie ROBIN-OLIVIER*

¹ En 2007, le CEJEC a consacré ses chroniques à la question de « la création du droit européen ».

²; F. Baron et I. Omarjee, LPA 2008, n° 140-141.

³ P. Brunet et O. Dubos, LPA 2008, 164-165.

⁴ P. Daillier et C. Zolynski, LPA 2008, n° 205.

⁵ E. Pataut et J.-S. Bergé, LPA 2008, n° 221.

⁶ Voir pour les 19 numéros précédents : Variations sur l'harmonisation communautaire des droits nationaux, LPA 2002, n°43 ; Questionnement sur la place des normes internationales et européennes au sein de l'ordre juridique communautaire, LPA 2002, n°149 et 150 ; Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres, LPA, 2003, n°99 à 101 ; Le droit communautaire et les divisions du droit, LPA 2004, n°168 à 172 ; Les frontières du droit communautaire, LPA 2005, n° 220 à 224 ; L'avenir du droit européen : Introduction, LPA 2006, n°61 ; L'avenir du droit européen : la politique économique et monétaire et le droit économique, LPA, 2006, n°106 ; L'avenir du droit européen : le droit pénal et le droit de l'environnement, LPA, 2006, n°142 ; L'avenir du droit européen : le droit de la famille, LPA 2006, n° 221 ; l'avenir du droit européen et le droit social, LPA 2006, n° 257 ; Le droit européen et la création du droit : introduire le droit européen en droit & Le rôle des partenaires sociaux dans la création du droit européen, LPA 2007, n° 76 ; Le droit européen et la création du droit : faut-il oublier l'idée d'un code civil européen & la création d'un droit européen des contrats, LPA, 2007 n°112 ; Le droit européen et la création du droit : La contribution de la doctrine française à l'élaboration du droit européen des contrats & L'analyse d'impact et la création du droit communautaire, LPA 2007, n° 166 ; Le droit européen et la création du droit : L'Union européenne et la création du droit pénal & Vers la création d'un régime matrimonial européen ?, LPA, 2007, n° 241 ; Le droit européen et la création du droit : à propos de la méthode ouverte de coordination, LPA, 2007, 261 ; LPA, 2007, n° 241 ; Le droit européen et la création du droit : Approches comparées OHADA & Autorités et juridictions spécialisées en droit de la concurrence, LPA 2008, n° 20 ; Approche critique du vocabulaire juridique européen : l'égalité en droit social européen, LPA 2008, n° 140-141 ; Approche critique du vocabulaire juridique européen : le pouvoir des juges, LPA, 2008, n° 164-165 ; Approche critique du vocabulaire juridique européen : la transposition, LPA, 2008, n° 205 ; . Approche critique du vocabulaire juridique européen : la distinction national – étranger – européen, LPA 2008, n° 221.

DE LA « CONFIANCE » DU CONSOMMATEUR OU DU BASCULEMENT D'UN DROIT DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE A UN DROIT DE REGULATION DU MARCHE⁷

1. L'interrogation relative à l'utilisation du terme « confiance » dans le vocabulaire du droit européen prend sa source dans un constat simple : la multiplication des recours à ce vocable dans le droit communautaire de la consommation et, par transposition ou non, dans les lois internes récentes.

À l'égard du droit communautaire, en effet, on ne compte plus les appels à la construction de la confiance du consommateur envers tel ou tel commerce (notamment le commerce électronique qui composera notre exemple principal). La résolution du Conseil du 19 janvier 1999 relative aux « aspects de la société de l'information concernant les consommateurs »⁸ énonçait, par exemple, dans son 5^e considérant, que « l'instauration de la confiance des consommateurs est une condition préalable pour que ces derniers acceptent la société de l'information et y participent ». Dans le même ordre d'idées, plus récemment, le Livre Vert du 8 février 2007 de la Commission européenne, sur la révision de l'Acquis communautaire en matière de protection du consommateur, se donnait pour thème le renforcement de « la confiance des consommateurs dans le marché intérieur (...) par la garantie d'un haut niveau de protection dans toute l'Union européenne »⁹.

À l'égard des lois internes, ensuite, il suffit souvent de lire leur titre pour comprendre qu'elles se donnent pour finalité la poursuite de la confiance du consommateur. En témoignent la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la « confiance dans l'économie numérique » (transposition de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique¹⁰), la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur » ou encore la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour « la confiance et la modernisation de l'économie ».

2. Or, ces appels à la confiance démontreraient un changement profond de perspective, induit par le droit communautaire. Son approche du droit de la consommation comme un droit permettant de garantir la « confiance » du consommateur dans les mécanismes du marché aurait, en effet, modifié la nature et les finalités de ce droit. On se propose ainsi de démontrer que l'utilisation du terme « confiance » intervient comme le marqueur de la transformation d'un droit de protection de la partie faible en un droit de régulation du marché et que cette transformation entraîne des changements importants. Alors que dans la première approche, la protection du consommateur, en tant que partie faible, constituait la finalité première de la réglementation, dans la seconde, elle est instrumentalisée à une autre finalité, la protection du libre jeu du marché. Le régime des règles applicables s'en trouve réorienté, basculant d'un ordre public de protection à un ordre public de direction. Pour tenter de démontrer cette évolution, on s'attachera, dans un premier temps, à saisir la signification générale de ces appels à la « confiance » (I), avant d'en préciser les implications spécifiques en droit communautaire de la consommation (II).

I. Appels à la « confiance » : signification générale

3. Si l'on recherche, dans un premier temps, la signification générale de la notion de confiance pour tenter de comprendre les appels actuels qui y sont faits, on constatera qu'il faut remonter à son sens commun, le terme ne recevant pas de signification spécifique en droit. On y trouve bien la définition de certains de ses contraires : l'abus de confiance en droit pénal ; la perte de confiance en droit du travail¹¹. Mais il n'y a pas

⁷ Le style oral a été conservé.

⁸ JOCE, 28/01/1999, p. 0001 – 0003.

⁹ § 2.1, Commission européenne, *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, COM(2006) 744 final.

¹⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

¹¹ Sur ces exemples, E. A. Caprioli, P. Agosti, « La confiance dans l'économie numérique », *LPA* 3 juin 2005, n° 110, p. 4.

trace d'une définition positive. Même si l'on se réfère au vocabulaire Capitant, on trouvera la confiance définie par opposition ou par référence à d'autres notions connues : on y relie confiance et croyance en la bonne foi, la loyauté, la sincérité et la fidélité d'autrui (un tiers, un cocontractant) ; en ses capacités, compétence et qualification professionnelle (ex. : la confiance en un professionnel du droit ou de la médecine). De façon plus générale, la confiance tiendrait en l'action de se fier à autrui. Or, cette capacité de se fier à autrui repose sur des soubassements particuliers, qui en appellent à deux niveaux de compréhension.

4. À un premier niveau, on suivra A. Giddens pour constater que la confiance est un état psychologique, qui se conquiert avec le temps et la connaissance¹². On ajoutera, suivant notamment N. Luhmann¹³, que l'invocation de la confiance est liée à un risque : elle présuppose une conscience de ce dernier et un positionnement à son égard. Il s'agirait donc de l'invoquer quand il existe un état de méfiance qu'il est nécessaire de contrer et de s'en remettre pour cela au temps et à l'expérience.

Appliqués au droit, ces postulats signifient que la confiance y sera invoquée quand il s'avère nécessaire de contrer un risque par une législation adaptée et de mettre en place des mécanismes propres à asseoir une expérience durable et rassurante. Si l'on s'en réfère à l'exemple du commerce électronique et de l'économie numérique, on notera ainsi que les utilisateurs ressentent une méfiance intrinsèque liée à la technique : paiements non sécurisés ; perte d'identification de l'interlocuteur ou du cocontractant ; perte de matérialité des biens et des services offerts ; absence d'emprise sur les actes d'exécution du prestataire, etc. Il « suffirait » de contrer chacun de ces aspects par un mécanisme adapté. À ce premier niveau donc, l'augmentation des appels à la confiance se trouverait liée à l'augmentation des risques ressentis.

5. À un second niveau, on peut approfondir cette idée de risque et se rendre compte que ceux encourus actuellement peuvent être ressentis comme plus profonds et plus bouleversants. À cet égard, on se référera, plus qu'utilement, à la grille de lecture proposée par Jeremy Rifkin.

Pour cet auteur, la confiance se construisait traditionnellement sur le fondement d'un lien social et de pratiques fortes, propres à asseoir un certain commerce, partant l'échange marchand. On rejoignait là la définition précitée de A. Giddens, d'une confiance conçue comme un sentiment qui se conquiert avec le temps et la connaissance¹⁴. Or, la grande thèse de Jeremy Rifkin, qui étudie précisément les rapports entre liens sociaux et liens marchands dans son ouvrage « L'âge de l'accès »¹⁵, tient en ce que l'on vivrait aujourd'hui un bouleversement fondamental des relations humaines : la sphère culturelle serait absorbée par la sphère marchande au sens où le lien social entourant certaines pratiques ne serait pas suffisamment ancien ou fort pour donner confiance et asseoir des échanges marchands. Il faudrait en conséquence construire cette confiance de l'extérieur.

« Depuis l'aube de la civilisation », affirme l'auteur, « la culture a toujours eu la priorité sur le marché. Les hommes fondent des communautés, élaborent des codes de comportement social sophistiqués, reproduisent des valeurs et des significations partagées et construisent du lien social. C'est seulement quand le lien social fondé sur la confiance et l'échange réciproque est suffisamment développé que ces communautés s'engagent dans des relations de type marchand. La sphère marchande a toujours été seconde et dépendante par rapport à la sphère culturelle, cette dernière étant la matrice des normes comportementales acceptées par la société. Le respect de ces normes garantit un climat social de confiance qui permet le développement des relations d'échange marchand ».

À l'inverse, démontre Jeremy Rifkin, en l'absence de ce climat, il est nécessaire de faire intervenir d'autres mécanismes, externes. L'invocation du terme de confiance serait ainsi le signe d'une inversion des rôles, entre lien social et échange marchand : alors que le premier précédait traditionnellement le second – il fallait que le lien social existe et soit solide pour asseoir la confiance nécessaire au commerce — la législation actuelle

¹² A. Giddens, *Les conséquences de la modernité*, Paris, éd. L'Harmattan, 1994, p. 40.

¹³ N. Luhmann, cité par A. Giddens, *Les conséquences de la modernité*, *op. cit.*

¹⁴ A. Giddens, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵ J. Rifkin, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, trad. M. Saint-Upéry, La découverte, 2000, p. 20.

sauterait cette étape et tenterait de pallier l'insuffisante construction du lien social par une confiance créée *ab initio*.

L'exemple du commerce électronique est, à cet égard, particulièrement parlant : face à un risque ressenti par les utilisateurs d'une technique non encore assise sur des pratiques sociales et culturelles sûres, l'instauration d'une sphère marchande a réclamé une construction de la confiance. C'est ce à quoi s'est appliqué le droit, communautaire notamment, avec des conséquences non négligeables sur la nature et le régime des règles façonnées.

II. Appels à la « confiance » : signification communautaire

6. Le droit communautaire apparaît comme le droit par excellence du renversement des deux sphères. Se donnant comme but originare la construction d'un marché intérieur et assignant cette finalité à nombre de législations, il a opéré renversement des priorités. L'appel à la construction de la « confiance » des agents y intervient incessamment et y opère comme le marqueur de ce retournement.

7. On peut s'en rendre compte à la lecture des textes entourant la construction du commerce électronique, ainsi qu'à l'étude des dispositifs mis en place pour asseoir l'économie numérique. On se souviendra au préalable que le domaine est marqué par la méfiance des utilisateurs : la technique électronique est relativement nouvelle et ils n'en ont pas l'expérience ni la pleine maîtrise technique ; le commerce qui s'y développe est transfrontière, mettant en contact des acteurs de pays différents, aux langues et aux pratiques sociales diverses ; le partenaire de la relation est physiquement absent, il ne peut être visualisé, et est, parfois, mal identifié... Le domaine ne peut donc se réclamer d'une confiance sociale « spontanée »¹⁶, née d'une pratique ancienne et assise. Or, le commerce qui l'entoure, naturellement transfrontière et dynamique, a été promu fer de lance d'une consommation véritablement européenne. D'où l'on constate que tous les facteurs concourraient à cette inversion du rapport entre lien social et échange marchand, avec priorité à la promotion de sphères marchandes.

Les textes confirment d'ailleurs le constat. La Résolution précitée, du Conseil du 19 janvier 1999 relative aux « aspects de la société de l'information concernant les consommateurs »¹⁷, constatait ainsi, en son 3^e considérant, que les risques de méfiance du consommateur européen étaient importants : « les nouvelles technologies de l'information et des communications et l'avènement de la société de l'information qui en découle offrent de nombreux avantages potentiels aux consommateurs, mais créent aussi de nouvelles situations commerciales qu'ils connaissent mal et dans lesquelles leurs intérêts pourraient être mis en danger ». Il s'en suivait alors une proposition de solution tenant en « l'instauration de la confiance des consommateurs », comme « condition préalable pour que ces derniers acceptent la société de l'information et y participent » (cons. n° 5)¹⁸. Dans le même esprit, la loi française du 21 juin 2004, transposant la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, a été conçue pour organiser, certes, la protection du consommateur mais, ce, afin d'instaurer « un climat de confiance », regardé comme l'instrument du « dynamisme actuel de l'économie numérique »¹⁹.

8. Pour autant, l'inversion n'est pas propre aux sphères marchandes nouvelles. L'appel à la confiance et à sa construction touche également des sphères traditionnelles. Il marque ici la priorité donnée à la protection du

¹⁶ Sur l'opposition de la « confiance » spontanée » et de la « confiance imposée » ou « suscitée », cf. N. Reboul-Maupin, *Avant-propos*, in V.-L. Bénabou, M. Chagny (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. IX et N. Sauphanor-Brouillaud, « La confiance dans les contrats de consommation », *ibid.*, p. 51 et s.

¹⁷ *JOCE*, 28/01/1999, p. 0001 – 0003.

¹⁸ *Adde* cons. n° 6 : « l'instauration de cette confiance repose nécessairement sur l'offre, dans le domaine des nouvelles technologies, d'un niveau de protection équivalent à celui qui est assuré dans les transactions traditionnelles conclues par les consommateurs ; que, à cette fin, il faut appliquer aux nouveaux produits et services disponibles dans la société de l'information les principes existants en matière de politique des consommateurs, notamment ».

¹⁹ N. Fontaine, *JOAN* 25 fév. 2003, 2^e séance, p. 1359. A cet égard, il n'est pas anodin de noter que le terme de confiance fut ajouté au dernier moment dans le titre de la loi.

marché. Par exemple, la loi du 28 janvier 2005 dite « Chatel », « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », déclarait poursuivre l'« objectif de redonner confiance (au consommateur), en répondant à certaines de ses insatisfactions », mais ajoutait qu'elle le faisait afin que « pour que demain, sa contribution à la croissance soit encore plus déterminante »²⁰.

Dans le même esprit, le Livre Vert du 8 février 2007 de la Commission européenne, sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur, se donnait pour thème le renforcement de « la confiance des consommateurs dans le marché intérieur (...) par la garantie d'un haut niveau de protection dans toute l'Union européenne », ce pour parfaire la construction du marché intérieur²¹.

On aboutit alors à la conclusion que l'on cherchait à asseoir, à savoir que la protection du consommateur se trouve instrumentalisée à l'instauration d'un climat de confiance propre à permettre le fonctionnement efficace du marché. L'utilisation du terme « confiance » en droits communautaire et interne serait ainsi le marqueur d'un changement d'orientation de la législation.

9. Les conséquences qui découlent de ce changement sont alors importantes. Si l'on peut douter de l'efficacité d'une telle poursuite de la « confiance » tant il paraît difficile de la proclamer²², il n'en demeure pas moins que l'ensemble du régime des règles édictées s'en trouve réorienté.

Ainsi, au titre des premières conséquences, les plus évidentes, se développent dans les lois et les régimes récents des mécanismes propres à instiller de la confiance en stabilisant l'environnement de la relation : information (sur le partenaire, sur la procédure, sur les produits et services) ; implication de tiers rassurants (notaire, certificateur, tiers de confiance) ; mécanismes de réflexion et de repentir, etc.

Le deuxième type de conséquences tient en une réorientation de la législation consumériste : d'un droit de protection de la partie faible, pour ses composantes de vulnérabilité ou de faiblesse, elle se change en un droit de régulation du marché. Dans cet esprit, on ne considère plus prioritairement une partie en position de faiblesse, pour organiser une protection s'attachant à sa qualité de personne. On protège davantage la fonction économique qu'elle incarne²³. La protection du consommateur y intervient alors comme un « sous-produit », un effet médiat et indirect, « collatéral », de la défense d'un autre impératif, comme une protection « en retour »²⁴ de celle du bon fonctionnement du marché.

Le troisième type de conséquences réside en une réorientation subséquente du régime des règles composant cette réglementation. Celles-ci basculent d'un ordre public de protection à un ordre public économique de direction. Elles ne sont plus établies dans un but de protection de l'intérêt individuel de la personne dont la confiance doit être assurée, mais dans celui, collectif et macroéconomique, du bon fonctionnement du marché. Relevant de cette dimension économique collective, elles doivent s'entourer d'un régime conforme. Ces suites en ont été plus précisément démontrées ailleurs, ce qui permettra d'être bref²⁵. On évoquera seulement les changements induits sur le sujet de la protection et les titulaires du droit d'action ; sur le caractère disponible de la règle (elle n'est plus à la disposition de la partie faible puisqu'elle sert un but macroéconomique qui dépasse les intérêts de cette dernière) ; sur les sanctions et leur régime (celles-ci se diversifient et/ou sont à réinterpréter dans la nouvelle perspective, cf. le régime de la nullité, par exemple) ; sur l'étendue de l'office du juge (renforcé dans la seconde version), ou encore sur l'étendue du caractère arbitral de la règle.

²⁰ L.-M. Chatel, préc. ; cf. spéc. son Titre III, intitulé « libérer le crédit gratuit » ; sur ce conflit de logiques, cf. nos obs. *RTD civ.* 2005, p. 478 et s.

²¹ § 2.1, *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, COM(2006) 744 final.

²² Cf. les diverses contributions citées in *La confiance en droit privé des contrats*, op. cit.

²³ Cf. not. T. Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, LGDJ-Story scientia, 1988, n° 1 et s.

²⁴ M. Fontaine, art. préc., p. 624.

²⁵ Ces points ont été développés dans « Du statut du droit contractuel “de protection de la partie faible” : entre droit contractuel, droit du marché et droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. Viney*, LGDJ-Lextenso, 2008, pp. 835-866.

On le constate donc cette intervention du vocabulaire d'une poursuite de la « confiance », du consommateur notamment, révèle, au-delà des mots, une profonde réorientation de la législation qui entoure la protection de cet agent.

Bibliographie : A. Giddens, *Les conséquences de la modernité*, Paris, L'harmattan, 1994 ; J. Rifkin, *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, trad. M. Saint-Upéry, La découverte, 2000, not. p. 20 et s. ; V.-L. Bénabou, M. Chagny (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008. ; W. Capeller, « Un net pas très net », ADP 1999, p. 171 ; E. A. Caprioli et P. Agosti, « La confiance dans l'économie numérique », LPA 3 juin 2005, n° 110, p. 4 ; C. Chassigneux, « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », RDUS, 2007, p. 443.

Judith Rochfeld,
Professeur à l'Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne,
Membre du Groupe « Acquis communautaire »