

LE DROIT MOU PROFESSIONNEL D'INITIATIVE PRIVEE. QUEL INTERET POUR LES CONSOMMATEURS ?

Nicolas Dupont
A.T.E.R. à l'Université Paris X-Nanterre

1- L'émergence du droit mou est relativement récente en France et disparate d'un point de vue comparé. Les organisations professionnelles ou réseaux d'entreprises mettent en place des systèmes de droit mou, c'est-à-dire adoptent de nombreuses normes censées réguler leur comportement de manière non obligatoire, et ceci pour des raisons relatives à leur compétitivité, leur image de marque ou de manière plus indirecte, l'intérêt des consommateurs.

2- Nous avons proposé une définition du droit mou comme étant non contraignant et dépourvu de sanctions. Cette définition peut être rapprochée de celle de la *soft law* proposée par le European consumer law group¹: *norme représentant un consensus minimal dont le contenu n'est pas obligatoire pour son auteur/destinataire*. D'une manière plus générale, deux conceptions de ce qu'on appelle parfois *soft law*², qui peuvent nous être utiles, ont été dégagées:

- une conception large : « *au sens large, peuvent être qualifiées de normes douces toutes les normes à l'exception des lois, des règlements et des contrats* »³.

- une conception étroite : « *au sens strict, les normes douces, édictées par des professionnels soit de leur propre initiative soit en collaboration avec les consommateurs ou avec l'Etat soit sur le fondement d'une habilitation étatique, sont un ensemble d'instruments d'application consensuelle ; elles n'ont pas, en général, de force légale* »⁴.

Le droit mou a, par ailleurs, été défini comme une norme générale. Appliquée à la matière consumériste, cette définition exclut de notre étude les recommandations interindividuelles, telles que celles émanant des commissions de surendettement ou constituant un mode

¹ « *Le soft law et l'intérêt du consommateur* » par le « European Consumer Law Group », in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2001, p. 113 s.

² Certains travaux de recherche étrangers –canadiens- font état d'une « *privatisation de la régulation* » pour évoquer la dénommée *soft law* et distinguent majoritairement les phénomènes « *d'autorégulation* », de « *réglementation volontaire* » et ceux de « *co-régulation* » ou « *co-réglementation* » :

Système d'autorégulation : droit mou/ norme douce élaboré(e) par et pour l'entreprise, ou pour un groupement, sans négociation.

Système de réglementation volontaire : droit mou/ norme douce d'initiative privé (telle une recommandation) pris(e) après concertation avec les acteurs concernés (privés ou publics)

Système de co-régulation : souvent assimilé à la co-réglementation, on peut aussi l'en distinguer : la co-régulation est le système combinant les normes douces créées par les professionnels et celles reprises par le législateur traditionnel. La seule différence étant le sort réservé aux normes relayées : elles demeurent douces, et leur sanction – à la différence d'un système de co-réglementation -, ne peut être sollicitée devant une juridiction étatique. En d'autres termes, il y aurait relais sans durcissement du droit mou.

Systèmes de co-réglementation : concilie droit mou et droit dur. Les normes douces sont –généralement- approuvées par un organisme public puis appuyées par une réglementation traditionnelle donc « intégrées au droit positif » et leur sanction peut être portée devant une juridiction étatique.

Voir les travaux canadiens de Margot Priest, *The privatization of the regulation, five models of self regulation*, *Ottawa Law Review*, 1998. 321

³ *Lexfori International, Soft Law, synthèse*, n°I.1.1, disponible sur http://www.lexfori.net/soft_law_fr.htm.

⁴ *Lexfori International, Soft Law, synthèse*, n°I.1.1, préc.

alternatif de règlement des litiges. D'une manière générale, ne nous concernent pas les cas dans lesquels l'effet de la norme est cantonné à une partie nominativement désignée.

3- En affinant la définition du droit mou, on peut distinguer le droit mou selon que son origine est publique ou privée. Une fois ce critère transposé en matière consumériste, il semble que l'on puisse distinguer le droit mou d'initiative privée, édicté par l'entreprise ou négocié par plusieurs groupements professionnels et le droit mou émanant d'autorités administratives indépendantes, telles la Commission de sécurité des consommateurs.

Cette distinction se concilie avec celles proposées par la doctrine française. Par exemple, Mme Thibierge distingue droit déclaratoire (que nous rattachons à l'initiative privée) et droit recommandatoire (que l'on peut assimiler aux recommandations d'entités administratives⁵). MM. Calais-Auloy et Steinmetz, quant à eux, adoptent implicitement la même distinction et relèvent à titre d'exemple l'existence des « *codes d'autodiscipline ainsi que les recommandations de la Commission des clauses abusives* »⁶.

La tentative de classification du droit mou selon son auteur est en apparence claire. Elle est en réalité très imparfaite : le droit mou d'initiative privée peut être un droit purement recommandatoire. Tel est par exemple le cas, nous y reviendrons, des recommandations faites par une organisation professionnelle à ses membres. Par conséquent, il paraît opportun de combiner les deux critères tenant à l'auteur (opérateur privé/ entité ou autorité publique) et au contenu (déclaration ou recommandation) du droit mou.

Etudier la manière dont se concilie, avec l'intérêt des consommateurs, le droit mou recommandatoire émanant d'autorités administratives est largement insuffisant. Cette forme de droit mou est, en effet, expressément motivée par l'intérêt des consommateurs. A l'inverse, *il semble légitime de s'intéresser aux raisons d'être du droit mou professionnel* quand il émane de *groupements privés*.

Par conséquent, le droit mou ici traité à titre principal s'entend comme celui résultant d'une *initiative privée professionnelle*, quelle que soit la représentativité de son auteur. Le droit mou recommandatoire émanant d'autorités administratives indépendantes ne fera donc pas l'objet de développements à part entière, mais constituera un précieux matériel de comparaison, mettant en lumière les limites de ce droit mou dit d'initiative privée. De plus, la seule étude du droit interne sur le sujet n'est pas suffisante : une analyse comparative, même sommaire et partielle est donc non seulement autorisée, mais surtout nécessaire⁷.

4- Le travail a donc pour objet d'étudier les interférences entre le comportement des professionnels et l'intérêt des consommateurs. Cette conciliation du droit mou professionnel d'initiative privée avec l'intérêt des consommateurs est problématique. En cette matière, *le droit mou professionnel souffre de sa concurrence avec le droit de la consommation*, lequel décourage, par sa nature impérative, l'initiative des professionnels en faveur des consommateurs.

Quand ils restent libres d'agir, les professionnels adoptent-ils spontanément un comportement pour servir des intérêts qui leur sont, du moins en apparence, extérieurs ? Comment la protection des intérêts des consommateurs peut-elle être assurée par le droit mou d'initiative privée ? Inversement, l'intérêt des consommateurs s'oppose-t-il au durcissement du droit mou d'initiative professionnelle ?

⁵ C. Thibierge, *Le droit souple*, RTD civ. 2003, p. 599, spéc. p. 613.

⁶ *Droit de la consommation*, n° 24, note n° 1, p. 21, Dalloz, Coll. Précis, 6^{ème} éd, 2003.

⁷ A l'inverse, une étude du droit communautaire ne sera pas envisagée.

5- Autant de questions auxquelles on cherchera une réponse. Pour ce faire, il convient de mettre en lumière la réalité et l'essor récent du droit mou professionnel d'initiative privée en matière consumériste (I), puis d'apprécier ce dernier au regard de l'intérêt des consommateurs afin de mettre en valeur les problèmes qu'il pose à cet égard et proposer des solutions (II).

I. LA REALITE DU DROIT MOU PROFESSIONNEL D'INITIATIVE PRIVEE EN MATIERE CONSUMERISTE.

6- Malgré son caractère marginal, dans une matière souvent impérative protégeant l'intérêt des consommateurs, l'émergence du droit mou professionnel d'initiative privée (A) obéit à des motivations variées largement mercantiles (B).

A. L'émergence

7- La place accordée par le droit de la consommation aux règles non contraignantes est théoriquement résiduelle. L'émergence d'un droit mou d'initiative privée est par conséquent discutable (1) mais n'en demeure pas moins incontestable actuellement (2).

1. Une émergence théoriquement discutable.

8- Les intérêts des consommateurs doivent recevoir une protection minimale que la législation traditionnelle est seule supposée leur assurer (a). C'est pourquoi le droit mou n'a pas une place privilégiée en notre matière (b).

a) l'impératif de protection des intérêts du consommateur.

9- Le droit français, comme d'autres législations européennes continentales (allemande), considère que les intérêts du consommateur méritent une protection minimale certaine que seule la législation traditionnelle, obligatoire et contraignante, peut assurer⁸.

Le caractère impératif du droit de la consommation constitue une protection plancher uniforme. Par ailleurs, la solidité de la protection offerte ne peut exister sans une sanction sévère contre le professionnel. Bien souvent, le caractère impératif des règles du droit de la consommation se traduit par l'existence d'une sanction civile, voire pénale.

Par exemple, l'obligation d'information prévue, en matière de vente, par l'article L. 111-1 du code de la consommation et concernant les caractéristiques des biens et services, est assortie de sanctions civiles (nullité du contrat par recours au vice du consentement), et pénale (mise en place du délit de tromperie par application de l'article L. 213-1 C. conso.).

La liberté contractuelle du professionnel est ainsi strictement encadrée par un droit dirigiste.

⁸ Par exemple, en Belgique, le Conseil de la Consommation estime qu'afin de compléter la législation traditionnelle de manière efficace et parfaire ainsi la protection des consommateurs, les accords collectifs de la consommation, (négociés par les représentants de consommateurs et de professionnels) doivent être rendus obligatoires et doivent, par extension, s'imposer à l'ensemble du secteur professionnel représenté ; Voir l'avis CC n° 253 du 20 décembre 2001 sur :

http://mineco.fgov.be/protection_consumer/coucils/consumption/pdf_avis2001/253.pdf.

b) conséquences : le caractère résiduel du droit mou professionnel d'initiative privée intéressant les consommateurs.

10- Non seulement le droit de la consommation interne regroupe des textes résultant d'une législation traditionnelle, mais surtout, cette législation est largement composée de normes d'ordre public, dites de « *hard law* »⁹.

11- En France, le contrôle des règles et les sanctions prononcées contre ceux qui les enfreignent sont rigoureux. Par exemple, l'article L. 221-1 C. conso fait de « *la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* » une obligation essentielle du professionnel. Malgré l'imprécision de cet article, le système mis en place pour sanctionner le manquement à cette obligation de sécurité résulte de nombreux textes disséminés entre le Code de la consommation (articles L. 213-1 s., décrets pris sur la base de l'article L. 221-3, R. 223-2), le Code pénal (articles L. 223-, ou 221-1 s.) et le Code civil (articles 1386-1 et s.). Pour la doctrine, l'article L. 221-1 c. conso formulé en termes très généraux décompose l'obligation de sécurité en triptyque : « *prévention, répression et responsabilité* »¹⁰. L'autorégulation a ici peu de place. En réalité, la seule forme de droit mou autorisée concerne exclusivement le premier volet, préventif, dont elle constitue le moteur. C'est un droit mou de co-réglementation : législateur et gouvernement interviennent souvent sur avis d'une autorité administrative indépendante, à savoir la Commission de sécurité des consommateurs.

Cette commission est un organisme indépendant créé par la loi du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs. Elle a pour mission de recenser les accidents et les risques de la vie courante menaçant le consommateur personne physique. D'une manière générale, elle émet des avis sous forme de propositions à destination des pouvoirs publics : au titre de l'article L 224-2, al. 1, c. conso, elle est chargée d'émettre des avis et de proposer toute mesure de nature à améliorer la prévention des risques en matière de sécurité des produits ou des services. Il s'agit d'un organe dont les avis ont un effet de fait normalisateur¹¹ et défendent l'intérêt des consommateurs. Son travail est une étape préalable à l'élaboration du droit dur dans un domaine hautement technique¹².

⁹ J. Calais -Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 24, p. 21, 6^{ème} éd., Dalloz, Coll. Précis, 2003

¹⁰ J. Calais- Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. préc., n° 258, p.293.

¹¹ Les avis de la Commission de la sécurité des consommateurs ne contiennent aucune règle juridique sanctionnable. Malgré l'importance et la valeur de fait des avis qu'elle publie, la Commission n'est qu'une autorité administrative et non un juge administratif. C'est un arbitre paritaire représentatif et mixte, sans fonction juridictionnelle. Elle ne rend pas de décision susceptible de recours. Il en résulte qu'un avis de la Commission, même rendu public en vue d'interdire un produit ne peut être déférée au juge de l'excès de pouvoir. Ses compétences intéressent aussi le juge judiciaire. L'article L 224-3 du Code de la consommation précise que « *les autorités judiciaires compétentes peuvent, en tout état de la procédure, demander l'avis de la Commission de la sécurité des consommateurs. Cet avis ne peut être rendu public qu'après qu'une décision de non- lieu a été prise ou que le jugement sur le fond a été rendu* ». Là encore, l'avis qui ne lie pas le juge est utile notamment en matière pénale pour certaines infractions (mise en danger de la vie d'autrui).

¹² L'expérience prouve qu'avant la création de la Commission en 1983, le gouvernement était peu actif en matière de prévention des risques menaçant les consommateurs (Voir en ce sens J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. préc., p. 296, n° 260). Désormais, l'action du gouvernement en matière de sécurité des consommateurs repose en partie sur les avis de la commission : l'article L 221-3 c. conso. précise que des décrets en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission prévue à l'article L 224-1 fixent, en tant que besoin, les conditions dans lesquelles la distribution de produits ou catégories de produits est interdite ou réglementée. Ainsi, des produits ou services considérés par la Commission comme dangereux ou menaçants peuvent être retirés du marché par le gouvernement. Le Conseil d'Etat évoque lui même cette idée de collaboration active, donc de co-régulation. Il considère que la « *Commission de la sécurité des consommateurs*

12- Les législations nationales des Etats-membres de l'Union Européenne vont, généralement, dans le même sens. Certaines sphères du droit de la consommation sont exclusivement abandonnées à la législation traditionnelle. L'expérience montre que la santé et la sécurité des consommateurs ne sont pas jamais laissées aux seules sources d'initiative privée. Quand ces dernières existent en cette matière, elles n'apportent qu'une faible valeur ajoutée à la réglementation impérative, dense et exigeante. Qui plus est, elles sont souvent illusoires (catalogues de bonnes intentions).

Le Groupe Européen de droit de la consommation (*European Consumer Law Group*) relève qu'en certaines matières, « *la législation traditionnelle est préférée en tant que meilleure garantie d'effectivité. Bien entendu, cela peut ne pas être le cas. Quoiqu'il en soit, dans certains domaines, la plupart des organisations n'accepteraient pas la pure autorégulation comme mode de régulation, bien qu'une approche combinant soft law et hard law (c'est-à-dire co-régulation) puisse être acceptable. Ces domaines sont la fraude, le risque encouru pour la vie et/ou la santé des consommateurs, les cas où un avantage injuste est tiré d'une personne vulnérable pour une série de raisons,...* »¹³.

2. Une émergence récente.

13- L'émergence du droit mou professionnel intéressant le consommateur est incontestable (a). Ce phénomène inspire une certaine méfiance au législateur, lequel, sous l'influence européenne, associe désormais des organes parapublics à la lutte contre le droit mou professionnel d'initiative privée préjudiciable aux consommateurs (b).

a) le constat de l'émergence

14- Il est proposé de présenter, pour la France, les déclarations d'entreprises ou d'organisations professionnelles (droit mou déclaratoire), ainsi que les recommandations d'organisations professionnelles (droit mou recommandatoire).

i) le droit mou déclaratoire professionnel

15- Des organisations professionnelles (corporations, associations et syndicats), des entreprises ou des réseaux de distribution mettent en place des normes professionnelles dans le cadre desquelles elles déclarent et révèlent les engagements pris par leurs membres. Cette forme de droit mou se présente comme *obligatoire* pour les affiliés professionnels (à la différence du droit recommandatoire).

Néanmoins, le contrôle du respect de ces normes n'est pas toujours efficace, et cet aspect contribue à les rendre molles. En réalité, il convient de nuancer le propos en distinguant les

est associée à l'exercice du pouvoir que le gouvernement tient (en matière de sécurité des consommateurs, de l'article L 221-3 c. conso). (Voir l'Avis du Conseil d'Etat, 24 juin 1986, section des finances., n° 339 M, disponible sur www.securiteconso.org). Les avis de la Commission, qui ne lient pas le gouvernement sont néanmoins très fréquemment suivis [J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op. préc., p. 297, n° 261 ; au moins 38 Décrets ont été pris sur le fondement de l'article 221-3 c. conso. : www.legifrance.org]. Il faut dire que la loi elle-même incite le gouvernement à collaborer : l'article R 224-12 c. conso, créé par le décret du 27 mars 1997, précise *in fine* qu'un rapport élaboré par le commissaire du Gouvernement est adressé annuellement à la Commission à propos des suites données aux avis de cette dernière. Ce suivi implique qu'à un moment ou à un autre, le gouvernement doit, en pleine connaissance de cause, prendre ses responsabilités.

¹³ European consumer law group, *The soft law et l'intérêt du consommateur*, préc., Revue Européenne de Droit de la Consommation, 2001, p. 116 et 117.

‘normes déclaratoires’ selon leur généralité et champ d’application. Celles-ci ont des appellations variées qui ne font pas l’unanimité :

- quand elles interviennent dans le cadre d’un réseau d’entreprises (par ex. réseaux de franchise), elles prennent fréquemment l’appellation de codes de bonne conduite ou de chartes qualité ;

- quand elles interviennent dans un cadre plus ouvert et plus collectif, c’est-à-dire professionnel, il s’agit de codes des usages (par ex. en matière de boucherie) ou de codes de déontologie (par ex. en matière médicale).

16- En France comme ailleurs, elles constituent pour le consommateur une valeur ajoutée. Révélant les règles de la profession, elles éclairent celui-ci sur la discipline devant être observée par le professionnel. Une étude¹⁴ fait apparaître que les chartes d’entreprise ou codes de bonne conduite, bien que récents, tendent en France à se multiplier¹⁵. Les codes de bonne conduite d’entreprise sont la meilleure illustration de l’auto-régulation dans le secteur privé, notamment dans celui de l’industrie. Ces codes ne sont pas seulement ‘interindividuels’ : ils sont destinés à tous les employés et collaborateurs de l’entreprise.

ii) le droit mou recommandatoire professionnel

17- Les groupements professionnels évoqués précédemment (associations de professionnels, réseaux d’entreprise, ou syndicats) peuvent recommander à leurs membres l’adoption d’un comportement (en matière d’écologie ou de sous-traitance par exemple). En pratique, les recommandations peuvent aussi concerner :

- des conditions générales de vente et d’achat ou
- l’utilisation d’un contrat type ou un ‘*guide de rédaction*’¹⁶.

18- Ces recommandations n’obligent pas les membres du groupement. Leurs manquements ne sont pas sanctionnés ; il s’agit plus souvent d’une ‘recommandation–conseil’ que d’une ‘recommandation–devoir’.

Ainsi, les associations de professionnels issus de secteurs d’activité *relativement proches*¹⁷ mais dont les intérêts sont *susceptibles de diverger*, peuvent, après concertation, rédiger et ‘agréer’ un contrat type recommandé et non obligatoire, à destination de leurs membres ou à celle des professionnels de la même spécialité¹⁸.

¹⁴ *Ethique et achats, étude des codes de déontologie (II)*, Recherche collective, DESS Management des Fonctions Achat , DESMA, (dir. J.-J. Nilles), Ecole supérieure des Affaires de l’Université de Grenoble, 2003. disponible sur www.esa.upmf-grenoble.fr/documents/pdf. L’étude repose sur un échantillon de 33 codes de bonne conduite appartenant à des grandes entreprises, telles que : AGF, Agilent, Air France, Alcatel, C&A, Carrefour, EDF, Exxon, H-P Compaq, Kodak, La Poste, Philips, Renault, SNCF, Snecma, etc...

¹⁵ Sur l’échantillon de codes dits ‘de déontologie’, appelés dans la moitié des cas par l’entreprise codes de bonne conduite, 55% furent créés entre 1996 et 2001, et 33% depuis 2001 : *Ethiques et achats*, préc. p.17

¹⁶ Ne sont pas évoqués les modèles type de contrat *monnayés* par des sociétés de conseil (comme par exemple les cabinets d’experts ou d’avocats) ; voir pour illustration www.contratexpert.com.

¹⁷ Consensuel, le droit mou suppose que les intérêts économiques se rejoignent.

¹⁸ Parmi tous les contrats types recommandés par des associations, notamment françaises, voir ceux mis en ligne pour faciliter les transactions internationales, sur le site ‘*Juris international*’ : www.jurisint.org. (environ 160 modèles). Illustration : l’Association française du commerce de cacao recommande un contrat qu’elle diffuse sur le net, relatif à la vente de denrées périssables et matières premières. Mais le meilleur exemple n’est pas français mais francophone (suisse). Il s’agit du modèle type de contrat, non obligatoire précise-t-il, mais recommandé par l’association suisse des réalisateurs de films, l’Association suisse de producteurs de films et la société Suissimage pour la gestion des droits d’auteurs d’œuvres individuelles : www.jurisint.org/pub/02/fr/scr/382. La proximité des intérêts en présence (auteurs, producteurs et réalisateurs), ne veut pas dire que les intérêts soient, en tous points, concordants. Cela signifie que les intérêts des uns et des autres peuvent se concilier et sont nécessaires à l’élaboration de la recommandation. (Voir *supra* note 29).

Ce droit mou recommandatoire n'est pas foncièrement favorable aux consommateurs, car il est centré sur des intérêts professionnels. En effet, souvent interprofessionnel, il s'inscrit dans la perspective de défense des intérêts économiques du secteur professionnel représenté.

On constate qu'en France, sans l'aide d'une autorité publique, les professionnels et les consommateurs semblent incapables de s'entendre pour élaborer des modèles-types de contrats.

b) le constat de la méfiance du législateur et l'action des associations de consommateurs.

19- La méfiance du législateur à l'égard des recommandations d'organisations professionnelles s'est progressivement et récemment manifestée en matière de lutte contre les clauses abusives.

Initialement, cette lutte reposait sur un système de co-régulation c'est-à-dire de collaboration entre le gouvernement et la Commission des clauses abusives. Les résultats furent jugés insuffisants. C'est ainsi que se posa la question de la valorisation de l'action des associations de consommateurs.

Pour leur permettre -entre autres- de 'dénicher' le droit mou d'initiative privée nuisible aux consommateurs, il fallait leur reconnaître une action en suppression de clauses abusives contenues dans les modèles-types de contrats recommandés.

Une loi du 5 janvier 1988 admit sans ambiguïté et indépendamment de toute infraction pénale une action¹⁹ en « *suppression des clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs* »²⁰.

Les conditions du système mis en place par cette loi furent progressivement élargies sous l'impulsion d'une Europe réaliste en la matière.

20- L'amélioration de l'action préventive en suppression des clauses abusives est liée à l'assouplissement de ses conditions, à l'élargissement de ses cibles et résulte de la directive communautaire du 5 avril 1993²¹.

Son article 7.3 dispose que dans le respect de la législation nationale²², les recours - notamment des associations de consommateurs- « *peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles ou générales, ou des clauses similaires* ». En conséquence, l'article 4 de la loi 95-96 de transposition en date du 1^{er} février 1995 a étendu « *l'action en suppression de clauses abusives aux modèles de contrats destinés à être souscrits par des consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres* » et a modifié pour ce faire l'article L. 421-6 C. conso.

¹⁹ Par voie de demande initiale.

²⁰ Art. 6 L 5 janvier 1988. Voir, pour plus de détails, G. Paisant, *Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives*, D.1988, chron. p. 253, spéc. p. 258.

²¹ Directive 93/13/CEE, JOCEE L 095 du 21 avril 1993, p. 29-34.

²² Et dans le respect du principe d'autonomie procédurale.

21- Une nouvelle rédaction, encore plus compréhensive, de cet article²³ autorise la doctrine à penser que l'action de l'association peut être dirigée contre tout professionnel utilisant dans ses rapports contractuels avec les consommateurs une clause considérée comme abusive. Mais plus encore que, l'action peut être dirigée contre « *les modèles de conventions à partir desquels seront élaborés des contrats* »²⁴. Préventive, l'action ne suppose pas, pour la jurisprudence européenne²⁵, une utilisation effective du modèle mais seulement son utilisation **potentielle**.

La lettre de la directive du 5 avril 1993 et l'esprit de l'article L 421-6 laissent penser que ces modèles de conventions peuvent s'entendre *lato sensu*, comme: 1) des modèles monnayés par des sociétés d'édition, de conseil ou de veille juridique²⁶; 2) des modèles de contrat ou conditions générales imposés par les réseaux de distribution²⁷; 3) et surtout, des contrats-types ou conditions générales recommandées par des organisations professionnelles (associations, syndicats) à destination de leurs membres²⁸.

Dans la dernière hypothèse, expressément visée par les textes européens, l'action a bien pour cible une forme de droit mou: une recommandation émanant d'une organisation professionnelle à objet précis (un modèle de clause) et dont l'utilisation peut, potentiellement, se généraliser.

Il résulte de l'assouplissement des conditions de l'action que celle-ci est *recevable* dès lors que l'utilisation de la clause litigieuse peut se généraliser. En effet, si l'association agréée de consommateurs a indubitablement qualité pour agir en vertu de l'article L 421-6 c. conso., son intérêt²⁹ à agir, au sens de l'article 31 NCPC, ne peut être séparé de l'effectivité du droit mou d'initiative privée: l'association a intérêt à agir car, justement, la recommandation est en pratique suivie -presque spontanément- par les membres professionnels du groupement.

Finalement, l'assouplissement des conditions de cette action particulière repose sur la prise de conscience progressive, par le législateur, européen en premier lieu, de l'effectivité du droit

²³ Voir la nouvelle rédaction de l'article L. 421-6 telle qu'elle résulte de l'ordonnance du 23 août 2001 transposant la directive 98/27 du 19 mai 1998 sur les actions en cessation. Pour la doctrine, l'action en suppression au sens de la loi du 1^{er} février 1995 n'a pas disparu. Voir en ce sens J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. préc., n°188, p. 212 et n° 557 p. 599.

²⁴ L. Leveneur, CCC, 1999, n° 124.

²⁵ CJCE, 24 janvier 2002, D. 2002, jurisprudence, p. 1065, obs. E. Chevrier.

²⁶ Voir néanmoins la jurisprudence restrictive de la première Chambre civile de la Cour de cassation selon laquelle l'action en suppression visée par l'article L 421-6 c. conso ne peut être dirigée contre l'éditeur professionnel de modèles monnayés, destinés à son client professionnel et destiné au consommateur: Cass. Civ.1ère, 4 mai 1999, n° 97-14.187, n° 187 P; D. 2000, Somm. p. 48, J.-P. Pizzio; C.C.C. 1999, n° 134, note de G. Raymond, et n° 124, note de L. Leveneur. Cette jurisprudence est contraire à l'esprit des textes de droit interne et communautaire, ainsi qu'à la jurisprudence communautaire précitée: nul besoin d'orienter uniquement l'action contre le professionnel utilisateur effectif de la clause donc contractant du consommateur.

²⁷ Avec une nuance: un réseau de distribution n'est pas à proprement parler une organisation professionnelle. Néanmoins si, comme le laisse penser l'esprit des textes en la matière, l'action en suppression de clauses abusives repose sur la généralisation potentielle de leur utilisation, le réseau de franchise devient 'organisation professionnelle' au sens de la législation en vigueur. *A fortiori* quand les membres du réseau ont 'l'obligation' de fait d'utiliser la clause: dans ce cas, l'exigence d'effectivité est remplie car la menace pour les consommateurs semble certaine.

²⁸ Voir en ce sens J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 188, p.213; CJCE, décision précitée, 24 janvier 2002, § n°23; Eric Chevrier, obs. préc., p. 1067, *in limine*.

²⁹ La qualité pour agir est une condition de recevabilité de l'action en justice. Elle est attribuée par le législateur, lequel habilite le sujet de droit à défendre des intérêts particuliers. Une personne qui a qualité pour agir est ainsi présumée y avoir un intérêt. Pour plus de précisions, Voir P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2003, n° 76 et s., p. 37.

mou professionnel d'initiative privée et de la menace potentielle qu'il fait peser sur les intérêts du consommateur.

B. Les raisons de l'essor.

22- Le droit de la consommation interne repose sur le postulat selon lequel les professionnels sont en mesure d'imposer aux consommateurs des exigences et obligations contractuelles malmenant leurs intérêts. Par conséquent, rien n'obligerait les professionnels à consentir en s'auto-disciplinant, soit individuellement soit collectivement, des faveurs aux consommateurs.

Quelques raisons sont néanmoins avancées pour justifier l'essor du droit mou.

23 *La première est la perspective d'une réglementation traditionnelle et contraignante.* Le droit mou d'initiative privée (code de bonne conduite) peut être mis en place par des opérateurs professionnels privés en réaction à la menace d'une législation traditionnelle. Les rapports parlementaires concluant à la nécessité d'une législation peuvent être vecteurs de droit mou³⁰. L'Etat- c'est-à-dire en fait le législateur-, est un partenaire essentiel au développement du droit mou d'origine privée.

Par ailleurs, dans certains cas, le droit mou 'd'origine publique' est vecteur de droit mou professionnel d'initiative privée : parce que les avis de la Commission de sécurité des consommateurs annoncent fréquemment l'intervention du gouvernement, donc une législation traditionnelle contraignante, les communiqués de presse ou publications de la Commission peuvent inciter les opérateurs professionnels et commerciaux à changer ou améliorer leur comportement³¹. Les avis ont de fait un effet correctif.

24 *–La deuxième raison est la volonté de conserver ou restaurer une image de marque sur un marché largement mature et concurrentiel*³². L'expérience anglo-saxonne (australienne et canadienne) démontre que les normes douces sont utilisées par préférence dans les secteurs ayant une mauvaise image de marque auprès des consommateurs³³ : les différents codes sont perçus par les consommateurs comme des garanties supplémentaires, des gages de qualité. Ces différents codes permettent à des réseaux de professionnels ou à des entreprises³⁴ de se distinguer des concurrents. En France, les codes de déontologie fleurissent, parfois avec le relais du gouvernement, pour des professions jugées essentielles par le consommateur (professions de la santé et de la sécurité)³⁵.

³⁰ Voir par exemple « *Le soft law et l'intérêt du consommateur* » par le « European Consumer Law Group », in Revue européenne de droit de la consommation, 2001, p. 113 s, spéc. P 121 : « *Les systèmes de soft law voient souvent le jour sous la menace d'une législation. Au Royaume-Uni, le Code de bonne pratique bancaire a été développé par le monde bancaire après le rapport de Mr Jack sur les affaires bancaires disant qu'une législation était nécessaire mais qu'en premier lieu les banques étaient autorisées à s'auto-réglementer.* » Cette expérience anglaise s'est néanmoins soldée par un échec : l'effort consenti par le monde bancaire étant jugé insuffisant, on recourut à une directive.

³¹ Voir en ce sens J. Calais Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, op. cit., p. 260 ; et www.securiteconso.org.

³² Ou d'instaurer une telle image de marque sur un marché récent et inconnu soit des consommateurs soit des pouvoirs publics.

³³ Par exemple, la vente par correspondance, *Lex Fori Lawyers International, Soft Law*, Synthèse, n°I.2, disponible sur le net : www.lexfori.net/soft_law.htm.

³⁴ *Ethique et achats, étude des codes de déontologie (II)*, Recherche collective, DESS Management des Fonctions Achat, DESMA, (dir. J.J. Nilles), Ecole supérieure des Affaires de l'Université de Grenoble, 2003, préc., p. 29 on peut douter de l'ordre du classement quant à l'importance de l'image de l'entreprise.

³⁵ www.legifrance.org, rubrique 'codes'.

25- Enfin, la mondialisation serait une troisième cause de l'essor du droit mou d'initiative privée. Les codes d'autodiscipline ou les chartes de qualité ont désormais une envergure internationale car ils permettent aux multinationales d'imposer aux filiales ou membres une ligne de conduite uniforme malgré des écarts de législations nationales.

26- En résumé, on peut concevoir du droit mou d'initiative privée quand l'exigence de compétitivité oblige les opérateurs à s'autoréguler pour se démarquer des concurrents. Le droit mou peut présenter au final un intérêt commercial pour les professionnels et le marché fournit aux consommateurs des services essentiels³⁶.

Dans le cas où la seule concurrence est insuffisante à inviter les fournisseurs ou autres professionnels à s'autoréguler, c'est-à-dire dans la plus ou moins grande majorité des cas selon le degré de libéralisme du marché, l'Etat doit encourager le droit mou d'initiative privée. Il peut le faire soit en menaçant d'une réglementation traditionnelle, soit en coordonnant l'effort d'autorégulation. A ce titre, l'Etat peut créer des organes de concertation ou de négociation qui ont pour but de favoriser le droit mou d'initiative privé³⁷.

27- Le droit mou d'initiative privée ne peut donc être par définition que résiduel en France. D'une part car il nécessite l'encouragement du législateur rétif à son égard, en considération de l'intérêt du consommateur. D'autre part, parce que conjointement à une politique de déréglementation, le droit mou est un droit concerté qui suppose l'existence de contrepouvoirs puissants (syndicats, associations, organisations professionnelles) et d'une concertation sociale qui ne sont pas vraiment une caractéristique française. Cela explique en revanche l'importance du droit mou dans les pays anglo-saxons tels le Royaume-Uni et les Etats-Unis³⁸.

28- Cet effort d'autorégulation ou de régulation volontaire initié par les professionnels pose de multiples problèmes à l'égard des intérêts du consommateur.

II. L'APPRECIATION DU DROIT MOU PROFESSIONNEL D'INITIATIVE PRIVEE EN MATIERE CONSUMERISTE.

29- Le droit mou d'initiative privée est globalement supplanté par la législation traditionnelle dans les pays de droit romain en raison des problèmes que posent sa création, sa valeur juridique, son inutilité voire sa dangerosité à l'égard des consommateurs (A). Il apparaît cependant que ces problèmes peuvent être atténués à condition de valoriser l'intérêt du consommateur lors de l'élaboration et de la diffusion de ce droit mou professionnel (B).

A. La diversité des problèmes posés.

30- D'une manière générale, les problèmes concernent la concurrence que les normes molles font à la réglementation dite traditionnelle, c'est-à-dire créée par un législateur habilité et représentatif. On peut distinguer deux catégories de problèmes : ceux relatifs à la création des normes molles (1) et ceux relatifs à leur efficacité (2).

³⁶ *Le soft law et l'intérêt du consommateur*, préc., p. 117.

³⁷ voir l'exemple de l'*ombusman*, infra, n° 56.

³⁸ *Lex Fori Lawyers International, Soft Law*, Synthèse, n° I.2.1

1) Les problèmes liés à l'élaboration du droit mou professionnel d'initiative privée.

31- La recherche transversale menée dans certains pays fait apparaître plusieurs problèmes relatifs à l'élaboration et à la diffusion du droit mou.

La première difficulté tient à l'absence de légitimité de l'auteur du droit mou.

32- Par principe, c'est au législateur qu'il appartient de prendre en charge la protection des consommateurs. Investi d'une légitimité démocratique toute particulière, c'est à lui seul qu'incombe de définir le seuil de garanties minimales offertes à cette catégorie réputée faible. Par conséquent, lorsque les intérêts du consommateur sont en cause, le droit mou d'initiative privée ne peut que représenter une valeur ajoutée par rapport à la réglementation traditionnelle.

Encore faut-il contrôler l'existence de cette valeur ajoutée.

On comprend le risque et la crainte qu'inspire aux consommateurs –voire au législateur- le système d'auto-discipline (auto-régulation) non contrôlé³⁹, mis en place sur un marché nouveau, inaccessible à un organe étatique de contrôle (ex : nouvelles technologies de l'information et des communications?)⁴⁰ et 'dépassant' la connaissance des pouvoirs publics. On peut néanmoins objecter à cela qu'une régulation privée incomplète et perfectible est préférable à une absence de régulation. Cette remarque s'impose *a fortiori* quand le système de régulation peut être, à terme, relayé par le législateur.

33- L'absence de légitimité du droit mou d'initiative privée contraste avec la légitimité du droit mou émanant d'autorités administratives. L'autorité de ce droit mou semble résulter de la composition soignée -par le législateur- des dites autorités. Tel est le cas de la Commission de sécurité des consommateurs⁴¹. Le chapitre IV du Code de la consommation, relatif à cette Commission commence d'emblée par présenter sa composition : l'article L. 224-1 dispose en effet que son président est nommé par décret en Conseil des ministres. Cette désignation sous tutelle de l'Etat fait du président de la Commission un *membre symbolique*, accompagné de membres de juridictions et surtout de *membres fonctionnels et représentatifs* (experts, représentants de professionnels et consommateurs). Organiquement, l'élaboration des avis n'est pas laissée à l'abandon de membres sans expérience, le gouvernement y intervient indirectement ('par voie de nomination').

La deuxième difficulté tient à l'opacité et à l'inaccessibilité du droit mou :

34- Le droit mou d'initiative privée suit souvent un processus de création opaque interne à l'opérateur qui le prend en charge (réseau, organisation professionnelle,...). Il en résulte que les règles ou codes d'autodiscipline, pourtant utiles aux consommateurs, ne sont pas transparents⁴². Les codes de bonne conduite ne sont pas correctement diffusés. Par ailleurs, les chartes qualité sont -souvent- inintelligibles pour le consommateur. Ainsi, les logos, labels,

³⁹ European consumer law group, *Le soft law et l'intérêt du consommateur*, préc. p. 118 : « Plus le risque de nuire aux consommateurs (si le comportement reste incontrôlé) est important, plus les systèmes de soft law doivent obtenir une légitimité d'une manière ou d'une autre ».

⁴⁰ Voir l'exemple du *webtrader scheme* en matière d'e-commerce.

⁴¹ Il faut d'ailleurs noter que la composition (Art. L 224-1 C. conso) de la Commission est traitée par la loi avant son rôle et sa mission (art. L 224-2).

⁴² Voir les références fournies par le *European consumer law Group*, préc., ; notamment p.120 (B. Stauder, *La protection du consommateur assurée par le soft law*, JCP 1994, p. 231 s. -252).

marques n'ont que peu ou pas de signification pour le consommateur non initié⁴³. Le consommateur moyen méconnaît le droit mou professionnel d'initiative privée. Le manque d'information du consommateur inspire non seulement méfiance à l'égard du droit mou mais fait, de surcroît, douter de son efficacité même : comment une norme méconnue peut-elle être effective, efficace ou efficiente?

35- A l'inverse, le droit mou émanant d'autorités administratives fait quant à lui l'objet de procédures particulières de diffusion. Par exemple, la Commission de sécurité des consommateurs tient informés les consommateurs : d'une part, elle peut, en vertu de l'article L. 224-2 al. 3, porter à la connaissance du public toutes les informations qu'elle estime nécessaires ; d'autre part, les avis de la Commission sont annexés au rapport annuel publié au Journal Officiel (art. L. 224-5 c. conso.).

La troisième difficulté tient au caractère consensuel du droit mou professionnel d'initiative privée :

36- Le troisième reproche adressé au droit mou professionnel concerne son éventuelle inutilité quand il est négocié. Le European Consumer Law Group considère la soft law « *comme le consensus sur l'action jugée la meilleure* »⁴⁴. Ce caractère consensuel peut paradoxalement être à l'origine de difficultés. L'expérience démontre en effet que la négociation engagée par les acteurs économiques (consommateurs/professionnels ou professionnels/professionnels) en vue d'une auto-réglementation échoue si leurs intérêts respectifs sont défendus avec la même âpreté de part et d'autre. L'antagonisme d'intérêts divergents trop bien défendus grippe la création de droit mou : les négociations interminables peuvent ne pas aboutir à la création d'un code ou d'une recommandation que le consensus (l'ensemble des acteurs qui négocient) considère comme étant le meilleur⁴⁵.

Conclusion : pour que les opérateurs privés, représentants de professionnels et/ou consommateurs, s'entendent sur un droit mou d'autorégulation plus ou moins favorable aux consommateurs, (ex : code de bonne conduite négocié), ils doivent inscrire les négociations dans un déséquilibre de force et d'orientation⁴⁶.

37- Le droit mou émanant d'autorités administratives indépendantes, ou commissions, ne se heurte pas à cet écueil : malgré la rectitude de la procédure, la loi n'accorde pas assez d'importance à la contradiction pour griffer l'élaboration des recommandations. Par exemple, l'élaboration des recommandations relatives aux clauses abusives suit une procédure particulière dont certaines étapes semblent laissées à la discrétion de la Commission du même nom. Cette dernière *peut* entendre toute personne susceptible d'apporter des informations sur les affaires dont elle a la charge (R. 132-5, al. 3, c. conso) et *peut* se faire communiquer tout document nécessaire à l'accomplissement de sa mission. Néanmoins, si la procédure est

⁴³ European Consumer Law Group, préc., p. 120

⁴⁴ Le *soft law* et l'intérêt du consommateur, préc., 116.

⁴⁵ European Consumer Law Group, *Le soft law et l'intérêt du consommateur*, préc., p. 121-122 : « *on dit souvent du soft law qu'il est plus facile à développer et plus flexible, mais si tous les intérêts sont correctement représentés pour participer à l'élaboration des règles, il peut s'agir d'une méthode aussi lente que le hard law pour se mettre d'accord sur un texte approprié. Et le danger existe qu'un compromis émerge (souvent quand les parties sont lassées de la procédure) qui ne soit pas la meilleure solution* ».

⁴⁶ Ceci explique l'inutilité du contenu des accords collectifs de la consommation, malgré les encouragements législatifs ; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 33, p. 38.

apparemment contradictoire (« *les parties intéressées peuvent demander à être entendues sauf lorsque est examinée une saisine judiciaire* »), les textes ne garantissent pas qu'elle le soit⁴⁷.

38- Les problèmes tenant à l'élaboration du droit mou professionnel privent ce dernier d'une *effectivité* conforme à la satisfaction des intérêts du consommateur.

2) Les problèmes spécifiques liés à l'effectivité limitée du droit mou professionnel déclaratoire.

39- La principale cause de méfiance des consommateurs et des législateurs nationaux vient de ce que l'effectivité concrète de ce droit mou dépend de la bonne volonté des opérateurs professionnels (codes de bonne conduite). Les sanctions (exclusion, pénalités) prises par une organisation professionnelle à l'encontre de ses membres sont – souvent- *de facto* inefficaces⁴⁸.

Bien souvent, les preuves mêmes de la sanction sont inaccessibles au consommateur. A l'étranger (Royaume-Uni par exemple), les plaintes de consommateurs qui reposent sur la violation d'un code de bonne conduite ou de recommandations professionnelles, qui sont réceptionnées par un organe prévu à cet effet, sont rarement entendues. Bien souvent la plainte n'aboutit pas⁴⁹ car le contrôle du manquement au droit mou déclaratoire est illusoire.

40- Par ailleurs, le contrôle des systèmes d'autorégulation est souvent lacunaire. Ce peut être le cas parce qu'il est effectué par un organe de contrôle non étatique créé à cet effet qui – généralement- ne s'investit pas assez pour apprécier la réalité du manquement (manque de moyens, présomption de confiance). Ce peut être aussi le cas parce que le juge étatique estime qu'il n'a pas le pouvoir de contrôler le manquement à une telle règle. Considéré comme non juridique, le droit mou d'initiative privée ne crée pas d'obligation légale⁵⁰ dont le manquement par le professionnel peut être directement sanctionné et apprécié par une juridiction interne.

⁴⁷ Concernant la Commission de sécurité des consommateurs, l'article L 224-4 c. conso. précise que celle –ci « *entend les personnes concernées sauf cas d'urgence* ». Malgré l'interprétation littérale du texte qui nous invite à penser que la Commission en a l'obligation et non la simple faculté, le Conseil d'Etat précise que cette exigence de contradiction ne se décline qu'au cas où la Commission est saisie, pour avis, par le juge judiciaire : Avis CE 24 juin 1986, section des finances, n° 339, disponible sur le site : www.securiteconso.org.

⁴⁸ Ceci pour des raisons psychologiques (difficultés à juger ses pairs), politiques (l'exclusion d'un membre par le groupement est souvent cause de conflits ou tensions) ou économiques (l'exclusion se solde par une baisse de cotisations).

⁴⁹ La Law Society, -association de juristes- gère le bureau de contrôle des Solicitors et connaît un arriéré- bien gardé !- important de plaintes aujourd'hui ; voir le « *Consumer Complaint Service* » de la Law Society sur www.lawsoc.org.uk. Malgré tout, le site affiche :

Le « *Consumer Law Service* » intervient en cas de... manquement professionnel. Il existe des règles qui gouvernent la pratique des solicitors et leur comportement professionnel. D'une manière générale, ces règles concernent le comportement standard du solicitor. Si nous recevons une plainte relative au comportement d'un solicitor, nous pouvons faire des investigations. Dans le cas où nous prouvons le manquement professionnel, nous ne pouvons allouer aucune compensation financière mais nous pouvons prendre d'autres mesures dans l'intérêt général [des consommateurs]... Nous pouvons : réprimander ou blâmer le solicitor. Ces sanctions sont enregistrées sur le dossier du solicitor ». Le solicitor peut même être « *condamné à une amende ou suspendu pendant un certain temps* »... par le « *tribunal disciplinaire des solicitors* ».

⁵⁰ Le European Consumer Law Group rapporte qu'en France, par exemple, la Cour de cassation a considéré que le contenu du code de bonne conduite relatif aux plats cuisinés ne crée pas d'obligation légale dont le manquement est susceptible d'être sanctionné devant une juridiction interne. Rev. Europ. Droit. consomm ; 2001 p 121. La référence mentionnée (« *Crim 28 mai 1986* ») n'a cependant pas été retrouvée.

41- Un exemple synthétique des problèmes généralement posés par le droit mou d'initiative privée au regard des intérêts du consommateur est fourni par les codes de bonne conduite. Leur effectivité limitée semble être la conséquence de leur élaboration unilatérale, de leur diffusion limitée et de leur contrôle douteux.

Premièrement, les consommateurs ne prennent pas part directement ou activement à leur élaboration. Certes, de grandes entreprises élaborent ou améliorent leur code de bonne conduite par le biais ce que la pratique nomme « retour d'expérience »⁵¹. Les observations, émanant des services de l'entreprise⁵² en contact avec le consommateur, sont ainsi transmises aux organes établissant les codes ou les chartes. L'intérêt du consommateur est censé être pris en compte lors de l'élaboration de ces derniers⁵³. Néanmoins, si l'intérêt du consommateur est une préoccupation de l'entreprise, il n'est pas véritablement leur motivation première. En effet, les raisons invoquées par les entreprises au soutien des codes de bonne conduite sont la morale, le professionnalisme et... l'image de l'entreprise⁵⁴.

La pratique trahit les motivations réelles de l'entreprise et donne un sens à la sous-représentation des consommateurs lors de l'élaboration des codes. En effet, la pratique détermine le signataire du code pour asseoir sa légitimité et sa portée, en fonction de ses destinataires et de ses buts. Or, les codes, dans la plupart des cas, sont signés par un « *signataire hiérarchique* », organe de direction⁵⁵. Ceux-ci sont donc destinés aux employés et aux collaborateurs⁵⁶. Les consommateurs participent peu à l'élaboration des codes car, pour l'entreprise, ils ne sont pas les destinataires naturels du droit mou déclaratoire.

Deuxièmement, la diffusion externe des codes de bonne conduite semble lacunaire⁵⁷, et les consommateurs mal informés : « *la charte représente un idéal vers lequel l'entreprise veut converger tout en gardant à l'esprit que cet idéal ne peut pas être atteint en externe car la réalité est toute autre* » ; par conséquent « *l'entreprise préfère limiter sa diffusion pour se laisser une marge de manœuvre* »⁵⁸.

Troisièmement, les entreprises doutent elles-mêmes de la réalité de leurs sanctions⁵⁹ donc de leur valeur⁶⁰. Les codes de bonne conduite sont souvent muets, en France, tant sur l'existence d'un contrôle (du comportement des destinataires) que sur la mise en place de sanctions : l'analyse de ces codes fait ressortir que les rubriques relatives aux sanctions et au contrôle de leur respect sont dérisoires⁶¹.

⁵¹ La SNCF utilise les REX (retours d'expérience) pour confectionner son code de 'déontologie' dont un nouvel opuscule vient d'être remis aux cheminots.

⁵² Services « clientèle », « accueil », ou « consommateurs ».

⁵³ *Ethique et achats*, préc., p. 25 : la 'rubrique' relative aux avantages personnels de l'acheteur est celle qui ressort le plus de l'analyse des chartes... de la même manière que les relations avec les fournisseurs.

⁵⁴ *Ethique et achats*, préc., p. 29 on peut douter de l'ordre du classement quant à l'importance de l'image de l'entreprise.

⁵⁵ *Ethique et achats*, préc., p. 21-22 : dans la moitié des cas, le Président de la société signe le code de bonne conduite. Si les consommateurs étaient destinataires du code, la pratique désignerait probablement comme signataire un organe fonctionnel de l'entreprise, plus proche ou représentatif des consommateurs (tel le directeur des achats ou des ventes).

⁵⁶ Préc., p. 31 : l'analyse grammaticale et sémantique des codes fait ressortir que les codes ne sont pas destinés aux acheteurs.

⁵⁷ *Ethique et Achats*, préc., p. 18.

⁵⁸ *Ethique et Achats, étude des codes de déontologie*, préc., p. 19, 20.

⁵⁹ Une minorité –seulement !- (45,5%) des entreprises interrogées affirme que des sanctions sont possibles quand les règles déontologiques ne sont pas appliquées : *Ethique et Achat*, art. cit., p. 20.

⁶⁰ Tous les points délicats sont laissés de côté par les codes de déontologie (corruption, conditions de travail chez les sous-traitants), *Ethique et achat*, art. cit., p. 27.

⁶¹ Voir *Ethique et achat*, art. cit., p. 26 et tableau p. 25

42- Les doutes émis par les consommateurs quant à l'effectivité toute relative des déclarations professionnelles se justifient largement dans la plupart des cas. Néanmoins, une importante nuance doit être apportée concernant les *codes* -français notamment- *de déontologie* des professions réglementées, lesquels ne constituent pas, à proprement parler, un exemple de droit mou.

43- En effet, à la différence des codes de bonne conduite, les codes de déontologie *stricto sensu*⁶², présentent un caractère collectif plus prononcé, dépassant par définition le cadre d'une seule entreprise pour concerner tous les professionnels d'une même branche d'activité. Plus généraux et, d'apparence, plus contraignants et très prescriptifs⁶³, ils sont souvent formalisés dans un *instrumentum* plus solennel. Quand il estime la déclaration professionnelle utile pour la morale, la discipline de la profession et finalement utile pour le consommateur, le gouvernement relaie cette norme : il en assume, conjointement avec un ordre professionnel, la paternité.

44- L'autorégulation peut ainsi devenir co-régulation quand le Gouvernement rappelle, précise ou complète un code de déontologie d'origine privée. Dans certains cas, on peut même se demander si l'intervention du gouvernement ne se borne pas à mentionner dans le code une règle légale préexistante pour la rendre plus accessible aux professionnels⁶⁴. Mais d'une manière générale, l'action du gouvernement fixe, solennellement et par décret, les obligations du professionnel.

Il y a relais mais il n'y a pas pour autant total durcissement : certains codes de déontologie portent la marque du gouvernement⁶⁵ mais le juge étatique n'est pas pour autant compétent pour connaître de leur violation⁶⁶. Les infractions aux codes de déontologie ressortissent de la compétence des instances professionnelles⁶⁷ (ordres, instances disciplinaires). L'Etat ne prend pas à sa charge la sanction du manquement professionnel. On ne peut pas évoquer, comme c'est le cas pour les recommandations d'autorités administratives indépendantes, un système

⁶² Nous entendons par là les codes propres aux professions réglementées fixant des normes comportementales, normalement *obligatoires pour le professionnel* et regroupées dans un *instrumentum* collectif et de dimension nationale. Il est possible de discuter et d'admettre leur 'dureté'.

⁶³ V par ex. l'article 1^{er} du code de déontologie des architectes : « *Les dispositions du présent code s'imposent à tout architecte ou société d'architecture ou agréée en architecture. Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'ordre* » .

⁶⁴ L'article 10 bis du code de déontologie des architectes informe ceux-ci de la faculté qu'ils ont de recourir à la publicité en vertu d'une loi du 27 décembre 1973.

⁶⁵ Voir le code de déontologie des sages femmes, *in limine*.

⁶⁶ La Cour de cassation estime que les règles de déontologie dont l'objet est d'encadrer les membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et *a fortiori* n'entraînent pas à elle seules la nullité des contrats conclus en infraction à leur disposition. (Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1991, Bull. civ. I, n° 297). Le propos doit néanmoins être nuancé. En effet, la violation d'un code professionnel peut être invoquée par une partie à l'appui d'une demande en dommages et intérêts. Les actes déclaratoires servent ainsi à apprécier la faute civile du professionnel dans le cadre de sa responsabilité civile (Civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, Bull. civ. I, n° 99 : la méconnaissance des dispositions du code de déontologie médicale peut être invoquée par une partie à l'appui de dommages intérêts. Pour un exemple intéressant, voir Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1996, Bull. Civ. I, n° 321).

Le contrôle du droit mou déclaratoire par une juridiction étatique n'est que résiduel ou exceptionnel parce que le droit mou n'est assorti d'aucune sanction juridique ni particulière ni prédéterminée.

⁶⁷ Par exemple l'article 1^{er} du code de déontologie des sages femmes, tel que modifié et inséré par le décret du 8 août 1991 est particulièrement riche d'enseignements. Il dispose que : « *Les dispositions du présent code s'imposent aux sages inscrites au tableau de l'ordre ainsi qu'à toute sage-femme exécutant un acte professionnel dans les conditions prévues à l'article L 356-1 du code de la santé publique. Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'ordre* » .

de co-réglementation à proprement parler, car il n'y a pas, *in fine*, intégration dans le droit positif.

45- Quant au domaine de ce relais, on constate qu'il est limité aux secteurs considérés comme primordiaux par les consommateurs et les pouvoirs publics, à savoir, pour l'essentiel, ceux de la santé (codes des chirurgiens dentistes, sages femmes,...). Les codes constituent une valeur ajoutée à la réglementation traditionnelle déjà lourdement et densément contraignante à l'égard des professionnels. Pour la protection de l'intérêt et de la santé publique, il ne semble pas exister d'obstacle à la multiplication des normes techniques que seuls les professionnels sont seuls à connaître *a priori*.

Certaines dispositions du code de la santé publique sont des éléments-clefs, pour ne pas dire moteurs, des codes de déontologie de professions médicales. La loi elle-même, dans ces matières, met en place un système de co-régulation. L'article L. 4127-1 du Code de la santé publique en est l'illustration parfaite. Il dispose qu' « *un code de déontologie, propre à chacune des professions de médecins, chirurgiens-dentistes et sages femmes, préparé par le conseil de l'ordre intéressé est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'Etat* ».

Le droit de la consommation n'offre pas d'exemple significatif de durcissement de droit mou d'initiative privée car les préoccupations consuméristes sont fréquemment étrangères à la santé publique.

Face aux problèmes posés par le droit mou professionnel privé, les législations et avant tout les opérateurs privés nationaux ont posé certaines solutions.

B. Les solutions tendant à l'amélioration du droit mou en matière consumériste.

46- On pourrait croire que les problèmes posés par le droit mou à l'égard des intérêts du consommateur peuvent être résolus par le durcissement du droit mou. Or, celui est improbable (1) ainsi qu'en témoignent les solutions adoptées, alternatives au durcissement (2).

1) le durcissement : une solution improbable.

47- Le droit mou d'initiative privée n'est pas, à terme, intégré à la réglementation traditionnelle comme peuvent l'être les recommandations des commissions. Hormis le cas des recommandations professionnelles attaquées en justice par des associations de consommateurs⁶⁸, le droit mou d'initiative privée semble ignoré par le droit de la consommation traditionnelle.

La cause de cette absence de durcissement doit être trouvée. A ce titre, la comparaison des recommandations émanant de commissions et celles d'initiative privée permet d'avancer des explications sur la combinaison des normes dures et molles en droit de la consommation.

48- Ces explications sont cumulatives et non alternatives :

- *l'intégration légale du droit mou professionnel supposerait que la norme puisse se généraliser*. Elle doit potentiellement posséder un champ d'application suffisamment général pour pouvoir rentrer dans la catégorie de règle, norme générale et abstraite. Un faisceau d'indices doit permettre au gouvernement ou au législateur d'apprécier ce potentiel. Les critères tenant à l'auteur de la norme (légitimité, représentativité) permettent déjà d'établir

⁶⁸ Voir supra, I, n° 19 et suivants.

une discrimination entre les déclarations professionnelles et celles d'entreprises. Les secondes sont ignorées par le droit positif, tandis que les premières intègrent dans le meilleur des cas, un système de co-régulation à condition toutefois que la loi se prononce expressément en sa faveur, comme tel est le cas en matière de santé publique.

- *le relais puis le durcissement des recommandations ou déclarations privées suppose que le droit mou se justifie au regard de l'intérêt des consommateurs.* Or, ce n'est pas le cas si le droit mou reste ineffectif et se confond avec une simple déclaration de bonnes intentions, de surcroît inaccessible au consommateur. Là encore, l'utilité de la norme molle au regard de l'intérêt du consommateur ne peut être séparée de son degré de généralité et de son champ d'application potentiel.

- Une troisième explication peut être aussi avancée. Elle tient à la volonté des professionnels, lesquels *dissuadent de procéder au durcissement.* Cette dissuasion est d'autant plus facile que les pouvoirs publics sont conscients du faible intérêt du droit mou négocié⁶⁹ à l'égard des consommateurs.

2) Les solutions alternatives au durcissement.

49- Les solutions théoriques (a) revalorisent l'intérêt du consommateur et trouvent aisément des applications pratiques (b).

a) les solutions théoriques

50- Concernant tout d'abord la légitimité des modes d'élaboration du droit mou, la parade consiste à doter l'organe concurrent du législateur d'une *représentativité* et d'une *indépendance garantes, en apparence, d'objectivité, d'impartialité* et d'*expérience* afin de rassurer l'opinion publique. La légitimité de l'auteur de la norme passe par des critères qualitatifs (personnalité, indépendance, ...) et quantitatifs (mixité, nombre).

Les organes publics qui 'recommandent' sont rattachés à l'administration : les consommateurs les assimilent au médiateur recherchant la meilleure solution pour la défense de leur intérêts⁷⁰. A l'inverse, les opérateurs privés mixtes (professionnels et consommateurs) peuvent négocier le droit mou dans le cadre d'une procédure contradictoire supervisée par un organe étatique ou communautaire⁷¹. La participation des consommateurs à l'élaboration des normes est un facteur de confiance.

Subsiste le problème de l'auto-discipline sans concertation, par les opérateurs purement professionnels (auto-réglementation de et par l'entreprise).

51- Pour remédier ensuite à l'opacité et assurer la transparence du droit mou, des campagnes d'affichage et de publicité peuvent être lancées et financées soit par les pouvoirs publics, soit par les opérateurs privés eux-mêmes⁷².

⁶⁹ Par exemple la commission de refonte du droit de la consommation voulait rendre les accords collectifs de consommation, obligatoires à l'égard des membres professionnels, tout comme les conventions collectives de travail. Ce projet fut abandonné ; Voir pour plus de précisions, J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, op. cit., p. 33, n° 38

⁷⁰ Ex : les Ombudsmen, en Scandinavie, font aux organisations professionnelles, chacun dans un domaine précis, des recommandations, et négocient avec elles le droit mou recommandatoire en projet.

⁷¹ Voir l'exemple fourni par le Européan consumer law group, art. préc., p. 121

⁷² Par exemple, en Amérique du Nord, le *Better Business Bureau* mène régulièrement des campagnes de publicité afin d'informer les consommateurs sur les recommandations ou déclarations d'entreprises ou de

52- L'Etat joue un rôle important concernant la résolution de ces deux problèmes ; en menaçant d'une législation, il peut inciter voire contraindre les opérateurs à s'autoréguler, améliorant et accélérant ainsi l'élaboration du droit mou.

53- Quant aux problèmes posés par l'effectivité du droit mou, ils peuvent être résolus notamment si les opérateurs décident de mettre en place un système (volontaire) de règlement alternatif des litiges, ayant pour objet de renforcer le contrôle des systèmes d'autorégulation (réclamations adressées à un organe *ad hoc*), ou si l'Etat consolide l'effort de régulation en l'intégrant au droit positif.

b) les applications pratiques : les exemples particuliers du droit comparé.

54- Les meilleurs exemples sont les systèmes optant pour la mise sous tutelle du droit mou professionnel : les recommandations et codes de bonne conduite privés sont pris en charge, en ce qui concerne leur diffusion ou leur élaboration, par un opérateur indépendant et autorisé.

55- D'une part, le Royaume Uni n'hésite pas à créer des organes indépendants qui supervisent ou sont impliqués dans l'élaboration du droit mou. *L'Independent Committee for the Supervision of Standards of Telephone Information Services (ICSTIS)*⁷³, considéré comme un « organisme de normalisation industrielle »⁷⁴ aide à l'auto-régulation⁷⁵ en matière de télécommunications. Il réunit pour ce faire neuf membres étrangers à ce domaine et reçoit les plaintes de consommateurs. Le Bureau de la santé et de la sécurité, quant à lui, élabore depuis 1974, des codes de bonne conduite, etc...

56- D'autre part, certains pays du nord de l'Europe ont créé des organes de concertation ou de négociation qui sont source de droit mou recommandatoire et favorisent aussi le droit mou d'initiative privée et l'autorégulation. Par exemple, les pays scandinaves ont recours une sorte d'autorité administrative indépendante : l'*ombudsman de la consommation*.

L'*ombudsman* est initialement un organe de contrôle non juridictionnel⁷⁶ de l'administration, réceptionnant les plaintes d'administrés. Ses fonctions en qualité de « commissaire aux réclamations du public »⁷⁷ n'ont cessé de s'accroître selon les pays et, désormais, il a acquis un pouvoir de conciliation et de médiation entre opérateurs privés, notamment en matière de consommation.

L'*ombudsman* de la consommation est une autorité indépendante, souvent élue par le pouvoir législatif⁷⁸. A l'origine, il fut chargé de résoudre par la conciliation les litiges entre administration et consommateurs puis ceux entre professionnels privés et consommateurs. Il a maintenant le pouvoir de négocier et d'élaborer des codes de bonne conduite avec les opérateurs commerciaux et professionnels (traditionnellement, il négocie les conditions

réseaux. Au Royaume Uni, la Law Society met à la disposition des 'consommateurs' une information lisible, aisément accessible, claire et intelligible (notice d'information téléchargeable en fichier texte).

⁷³ Littéralement : le Comité indépendant de surveillance des normes de Télécommunication.

⁷⁴ Voir la présentation de l'ICSTIS sur le www.icstis.org.uk, spécialement à l'adresse suivante : <http://216.239.39.104/popup.htm>.

⁷⁵ Il offre des conseils aux fournisseurs de services existants et nouveaux.

⁷⁶ Voir A. Legrand, *L'ombudsman scandinave, études comparées sur le contrôle de l'administration*, LGDJ, 1970, p. 237.

⁷⁷ N. M. Kerber, *L'ombudsman israélien*, éd. Pédone, 1975, p. 21.

⁷⁸ A. Legrand, op. préc., p. 285.

générales des contrats passés avec les organisations professionnelles ou les réseaux de distribution).

L'*ombudsman* de la consommation fait des recommandations aux professionnels dans des matières particulières. Cette unique entité est gage d'efficacité car elle répond en partie aux problèmes posés par le droit mou : c'est une personnalité qui jouit d'une bonne image auprès des consommateurs car il est supposé offrir des garanties d'impartialité. Il diffuse en principe annuellement son rapport auprès d'un large public. Enfin, il connaît des réclamations faites par les consommateurs : c'est un organe de contrôle qui doit mettre fin par la conciliation aux différends entre consommateurs et professionnels et peut prononcer des sanctions contre les professionnels⁷⁹.

Il peut aussi avaliser les codes de bonne conduite. L'expérience lui attribue une mission de « *guidance* », comme cela fut le cas en Scandinavie pour la lutte contre les clauses abusives en matière commerciale⁸⁰. Les exemples d'*ombudsman* sont nombreux⁸¹ dans les pays nordiques ou anglo-saxons et jugés comme source de droit mou relativement efficace. Ils se multiplient et se spécialisent progressivement.

57- En matière consumériste, l'amélioration du droit mou d'initiative privée, et à terme son durcissement, ne peuvent donc s'envisager sans reconsidération, lors de son élaboration ou de sa diffusion, de l'intérêt des consommateurs. Le contraste avec l'exemple des recommandations de nos autorités administratives indépendantes ou avec ceux de droit comparé *doit motiver les pouvoirs publics à consolider les normes professionnelles après avoir invité les opérateurs professionnels privés à les négocier - avec des représentants de consommateurs 'accrédités' - puis à les diffuser*, satisfaisant ainsi l'attente légitime des consommateurs.

⁷⁹ Aux Pays Bas par exemple, en matière d'assurance –vie.

⁸⁰ Le soft law et l'intérêt du consommateur, préc., p.122.

⁸¹ Comme nos commissions ou autorités administratives indépendantes, les exemples sont légion : les ombudsmen ont gagné les pays anglo-saxons et les pays du Commonwealth (Australie, Irlande,...) voir : *Lex fori Internationale, Soft Law*, synthèse, n° III.1, disponible sur internet :http://www.lexfori.net/soft_law.htm.