



Université d'Evry-Val-d'Essonne

***ESSAI CRITIQUE SUR LA PROTECTION DU CONSENTEMENT
DE LA PARTIE FAIBLE EN MATIERE CONTRACTUELLE***

THESE

*pour l'obtention du grade de Docteur en droit
présentée et soutenue publiquement le 1^{er} juillet 2015
par*

FLORIAN MAUME

JURY

Directeur de recherches

Monsieur Dimitri Houtcieff

Professeur à l'Université d'Evry-Val-d'Essonne

Rapporteurs

Madame Carole Aubert de Vincelles

Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

Monsieur Thomas Genicon

Professeur à l'Université de Rennes I

Suffragants

Monsieur Denis Mazeaud

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Monsieur Philippe Stoffel-Munck

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur de l'ouvrage.

REMERCIEMENTS :

*A Monsieur Dimitri Houtcieff, pour avoir accepté de diriger ces recherches,
pour ses conseils et sa confiance.*

A ma mère, pour tout.

A Cindy, pour son soutien et son aide inestimables.

*A tous mes proches et amis, pour leur bienveillance,
leur intérêt, et leurs relectures assidues.*

SOMMAIRE

(une table des matières détaillée se trouve à la fin de l'ouvrage)

INTRODUCTION

PARTIE I

LES DYSFONCTIONNEMENTS DES CONDITIONS DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

TITRE I – L'INJUSTICE DE L'ABSTRACTION CONSUMERISTE

Chapitre I – La précarisation illégitime de certains contractants

Chapitre II – La surprotection illégitime de certains contractants

TITRE II – LA DESAGREGATION D'UN DROIT COMMUN OBSOLETE

Chapitre I – Une justice contractuelle dérégulée

Chapitre II – Des fondements juridiques transgressés

PARTIE II

POUR UN DROIT COMMUN DE LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE CODE CIVIL

TITRE I – LA CREATION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE CODE CIVIL

Chapitre I – Justification d'un droit commun de la partie faible dans le Code civil

Chapitre II – La conceptualisation de la partie faible

TITRE II – LE SYSTEME DE PROTECTION DU CONSENTEMENT DE LA PARTIE FAIBLE

Chapitre I – Les conditions d'un système de protection satisfaisant

Chapitre II – Les mécanismes de protection de la partie faible

CONCLUSION GENERALE

PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>Adde</i>	Ajouter, voir aussi
Al.	Alinéa
<i>Arch. phil. dr.</i>	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CA	Cour d'appel
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Contrats, concurrence et consommation
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Concl.	Conclusion
CPC	Code de procédure civile
<i>Contra.</i>	En sens contraire
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DA	Dalloz analytique
DH	Dalloz hebdomadaire
Dir.	Directive, ou dirigé par
DP	Dalloz périodique
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Ed.	Edition
Et s.	Et suivants
Ex.	Exemple
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>I.e.</i>	<i>Id est</i> , c'est-à-dire
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
JCP E	Jurisclasseur périodique (la semaine juridique), édition Entreprises
JCP G	Jurisclasseur périodique (la semaine juridique), édition Générale

JCP N	Jurisclasseur périodique (la semaine juridique), édition Notariale
L.	Loi
<i>Loc. cit.</i>	A l'endroit cité précédemment
LPA	Les Petites Affiches
M.	Monsieur
Mme	Madame
N°	Numéro
Nbp	Note de bas de page
Not.	Notamment
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	Dans l'ouvrage cité précédemment
Ord.	Ordonnance
P.	Page
<i>Passim.</i>	A divers endroits dans l'ouvrage
<i>Préc.</i>	Précité
Rapp.	Rapport
<i>Rappr.</i>	Rapprocher de
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue de droit des contrats
Rééd.	Rédition
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com. Dalloz	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. min.	Réponse ministérielle
RGDA	Revue générale de droit des assurances
RRJ	Revue de la recherche juridique
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
<i>Spéc.</i>	Spécialement, particulièrement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
Trad.	Traduction
V.	Voir, se référer à
Vol.	Volume

INTRODUCTION

« Dans le flot trouble et changeant que la vie roule devant ses yeux, le juriste – homme qui sait distinguer – trace des catégories, sépare, classe ; il porte son ordre au sein des choses et, habile à définir, il assigne à chacune, avec son nom, sa place. Quand donc il se soucie du sens des mots, mieux qu'un pur langage, c'est une certaine image du monde qu'il poursuit ».

G. Rouhette¹

1. – L'omniprésence de la partie faible (en tant que commodité). Le questionnement naît d'un paradoxe. La partie faible est omniprésente. Le terme nous est donc familier, tant il est commun en doctrine. Ceci semble attester de l'existence d'un véritable concept. Il n'en est rien. Comment peut-on l'expliquer ? Somme toute, assez simplement : la notion de partie faible n'existe que pour désigner certains contractants présumés faibles, qui se sont vus accorder une protection particulière². Celle-ci ne découle donc pas de l'identification d'une situation concrète de faiblesse³. Il est pourtant curieux de dissocier ainsi la faiblesse de ses causes. En outre, la partie faible ne correspond en rien à la simple somme de ces contractants, au reste considérés à tort comme invariablement faibles. Cette schizophrénie semble alors indiquer que la manière d'appréhender la partie faible relève de nos jours du paralogisme, si ce n'est du sophisme. Dès lors peut-on reprendre la formule d'un auteur et l'appliquer à la partie faible, dont il semble effectivement que *la physique a été construite avant sa métaphysique*⁴. « La

¹ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, p. 1 (*incipit* de sa célèbre étude). *Rappr.* J. Rivero, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », D. 1951, spéc. p. 102, et la magnifique formule : « *L'évolution sociale est un complexe de faits, privé en lui-même de toute signification. C'est l'esprit qui en dégage les divers sens possibles ; et, par là, ses constructions sont lourdes d'avenir* ») ; *Rappr.* aussi de R. Savatier, « Le droit et l'accélération de l'histoire », D. 1951, p. 29 et s.

² J. Rochfeld introduit très bien cette réalité : « *L'idée sous-jacente à l'ensemble de ces développements [protections spéciales et personnalistes] s'est cristallisée autour de celle de « protection de la partie faible »* » (« Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 836, n° 1).

³ C'est ainsi que le terme *partie faible* est omniprésent, parfois même au cœur d'études magistrales. Mais jamais cette notion n'est dégagée pour ce qu'elle est véritablement, elle n'est invoquée que pour désigner les seules *parties faibles* que le droit positif a reconnu expressément. V. not., probablement l'ex. le plus significatif, l'ouvrage coll. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996 (où il est question de consommateurs, de salariés, de locataires, d'assurés, d'usagers... ; à l'exception du brillant rapport de synthèse de M. Fontaine, qui sera largement mentionné) ; V. aussi Y. Strickler, « La protection de la partie faible en droit civil », LPA 25 oct. 2004, p. 6 et s. ; *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000 ; V. déjà L. Jossierand, « La protection des faibles par le droit », in *Evolution et Actualités. Conférences de droit civil*, Libr. du Recueil Sirey, 1936, p. 159 et s. ; G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, spéc. nos 68 et s., p. 131 et s. (Ripert consacre un chapitre entier à « *La protection des faibles* » (certes l'identification même *des parties faibles* débutait à peine) ; A. Racllet, « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », LPA 6 août 2001, p. 17 et s. ; d'autres fois, dans la majorité des cas, le terme *partie faible* est usité comme un synonyme de consommateur. La démarche est malheureusement légitime, car pragmatique : la politique suivie a été celle, peu ou prou, de confondre partie faible et consommateur (V. *infra* nos 23 et s.). Les exemples sont cette fois bien trop nombreux, car répandus comme on vient de le dire, pour être inventoriés. V. par ex. Ph. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et quasi-contrat*, Litec, 5^{ème} éd., 2010 (et not., à l'égard de la théorie des vices du consentement : « *La jurisprudence a dû élargir son champ d'application – spécialement pour protéger les contractants considérés comme faibles, i. e. les consommateurs* ») ; V. aussi J. Rochfeld, art préc., spéc. p. 837, n° 2 (où l'auteur affirme qu'il ne sera pas propos de « *s'attacher à la définition de la partie faible* », en visant en note des références uniquement consacrées à la définition du consommateur).

⁴ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I, PUAM, 2001, n° 18, p. 30 (formule exacte : « *La physique du principe de cohérence a été construite avant sa métaphysique* »).

métaphysique est inévitable »⁵, pourtant.

2. – L'inexistence de la partie faible (en tant qu'entité). Le terme *partie faible* est donc comme suspendu dans l'atmosphère juridique ambiante. Suggérée en permanence, mais sans identité, la partie faible, qui ne peut donc être une entité, n'est guère davantage qu'une commodité. Certes, une doctrine éminente s'est déjà attelée à son identification, mais sans s'émanciper des solutions du droit positif⁶. Seuls de rares auteurs ont tenté de remettre en question la méthode suivie par le législateur, pour tenter de dégager une notion de partie faible conceptuelle, fondamentale⁷. Quoi qu'il en soit, cette

⁵ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Ed. Arthur Rousseau, 1912, p. 10

⁶ V. not. Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004 (qui relève d'ailleurs d'emblée, à l'égard de l'identification de la faiblesse par rapport à ces catégories de contractants, « qu'il ne peut s'agir que d'un examen partiel et indirect de la faiblesse sans une réelle volonté de la comprendre pour mieux la traiter » (ibid., n° 7, p. 21)); V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, t. I-II, PUAM, 2000 (qui s'attache aussi à identifier les différentes hypothèses de déséquilibres dans le contrat); M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 615 et s.; **ceci étant dit**, et malgré le fait que ces études ont le mérite de vouloir dégager les contours de la partie faible abstraitement des qualifications personalistes, l'esquisse qui en accouche chaque fois s'établit malgré tout à partir des analyses synthétisées, autrement dit à partir des propres droits spéciaux qui entendent constituer le droit de la protection du faible aujourd'hui. Or, à référentiel biaisé, analyse nécessairement orientée.... Les études préc. font ainsi état de ce que le droit positif désigne comme partie faible, et des protections qui lui sont dévolues, ce qui est diamétralement différent d'un dépassement complet du droit positif. V. par ex. la th. préc. de V. Lasbordes, et plus spéc. la seconde partie de l'étude, intitulée « Le traitement des contrats déséquilibrés », reflet de l'intégralité des mesures existantes pour encadrer les déséquilibres, sans les mettre profondément en question). L'étude d'O. Litty (*Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999) est aussi un exemple particulièrement éloquent de cette démarche. D'abord, l'étude est expressément consacrée au bail d'habitation, au contrat de travail, au contrat d'assurance et au prêt de consommation; autrement dit, le paroxysme de la faiblesse interprétée (puisque la thèse porte sur l'inégalité) à l'aune de la personnalisation de la protection de la partie faible. Ensuite, l'étude est limitée au thème de la durée du contrat (conjuguée avec les effets de l'inégalité sur elle. Enfin, la thèse n'est pas du tout portée sur l'analyse des sources et des manifestations de ces inégalités, mais, comme on vient de le dire, sur ses effets sur la durée du contrat. L'évolution de la faiblesse dans le contrat est brièvement retracée en introduction, et la faiblesse, en tant que telle, dans un court passage de celle-ci (ibid., spéc. n° 4, p. 4-5, renvoyant au surplus aux travaux préc. *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*). D'autres études se sont intéressées au problème de la faiblesse, mais, comme on va le voir plus loin, elles se sont essentiellement concentrées sur la particulière vulnérabilité (not. incapacités) et, au moins autant, sur la faiblesse exclusivement économique ou la contrainte en général, laissant donc curieusement de côté le pan informationnel de la faiblesse (V. sur ces points *infra* nos 33 et s.).

⁷ Nous dépasserons ainsi la question suivante: « Sur quels critères un législateur, un juge estime-t-il qu'un contractant est en état d'infériorité devant son partenaire? » (M. Fontaine, art. préc., p. 615); pour atteindre celle-ci: *quelle devrait être la protection du faible et qui devrait-elle englober?* Et c'est d'ailleurs la direction prise par une thèse dédiée à la partie faible, soutenue il y a quelques années (A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008). L'auteur souligne en effet not. que le « législateur s'est beaucoup interrogé sur le point de savoir comment protéger, mais il a négligé de se demander qui protéger ». (...). Par conséquent, en privilégiant l'objet au sujet, la protection au contractant lui-même, on a fait de la partie faible une notion qui répond à la définition de notions fonctionnelles » (ibid., n° 23, p. 32). Ainsi l'auteur dégage deux parties, l'une consacrée à l'« insuffisance de l'approche purement fonctionnelle de la notion de partie faible », l'autre dédiée aux « atouts d'une approche conceptuelle de la notion de partie faible ». Outre la similarité d'approche entre cette étude et la nôtre (critique de la protection fonctionnelle, recherche d'une partie faible conceptuelle, protection par le droit commun), le cheminement, le champ d'étude ainsi que les conclusions diffèrent diamétralement. Peut-être certes parce que le champ de l'étude est plus large, l'auteur ne fait qu'envisager, dans sa première partie, les lacunes de la démarche fonctionnelle (objet, pourtant, de cette partie). Un titre I tente de la mettre en lumière par l'analyse des lacunes des protections préventives et curatives (ce qui est curieux, car le lien ne va pas de soi entre les deux axes), tandis que le titre II, plus à propos, revient sur la démarche fonctionnelle de protection du faible par les droits spéciaux, en tant que telle. Mais l'on y trouve davantage un panorama qu'un examen critique précis et technique de l'injustice engendrée par un tel système. Dans la seconde partie, dont l'annonce laisse supposer l'identification d'une partie faible conceptuelle, est d'abord (titre I) mise en lumière la nette distinction entre faiblesse inhérente (incapacités) et relative (moderne, fonction des circonstances). Or celle-ci avait déjà été dégagée par Josserand, et n'est donc qu'une confirmation de l'identification de la partie faible moderne (faiblesse relative). Enfin, le titre II retient le « besoin » comme critère de la partie faible, dès lors très partiellement conçu (contrairement à ce que l'amplitude de la faiblesse relative retenue pouvait laisser songer). En effet, le besoin renvoie, dans les développements de l'auteur, d'abord à la dépendance juridique (sur le seul modèle, d'ailleurs, du travailleur), ensuite à la dépendance économique (dont on verra l'insuffisance: V. *infra* nos 38 et s.), et enfin à la contrainte, soit par violence soit par état de nécessité. A notre sens, l'étude qui s'approche le plus d'une mise en lumière du phénomène de la faiblesse informationnelle, sans pour autant paradoxalement traiter directement de la faiblesse, est celle de M. Fabre-Magnan (dans sa thèse consacrée à l'obligation d'information, que nous aurons bien des occasions de mentionner (*L'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2014 (rééd. 1992))).

problématique est donc d'une actualité saisissante, d'autant qu'elle commence même à intégrer certains ouvrages de droit des contrats⁸. Néanmoins, la fiction décrite, cette forme de bulle juridique, subsiste⁹. La partie faible, comme la vulnérabilité, est « *maintenue dans le non-droit* »¹⁰. Or, « *Le thème de la protection de la partie faible dans les rapports contractuels est immense* »¹¹ : où est donc notre interstice ? Voyons ce qui est manquant. Si les contours de la partie faible ont été esquissés, et si son invocation est courante, l'essentiel est encore à construire : une entité juridique autonome au sein du droit commun, abstraite des références spéciales formant l'artificialité de la partie faible telle que conçue aujourd'hui, munie d'un régime adapté à la généralité. Ainsi apparaissent modestement notre but et notre contribution, à l'heure d'une réforme imminente de notre droit des contrats, imprégnée d'idéal de protection de la partie faible¹². Nous démontrerons qu'il convient de donner enfin ce genre de substance à la notion de partie faible en matière contractuelle. Avant d'expliquer pourquoi et comment la partie faible existe au-delà des artifices qui précèdent, et d'énoncer la manière avec laquelle elle devrait émerger en droit positif, il convient de poser quelques bases essentielles, à la fois postulats et éléments de contexte. Rétrospective d'un avènement manqué.

*
* *

3. – Atemporalité des réflexions sur la faiblesse informationnelle en matière contractuelle. La faiblesse n'a pas d'âge¹³. Parce qu'elle s'attache aux hommes¹⁴, elle est atemporelle et changeante. Aussi les réflexions sur ce thème ont-elles toujours existé, surtout, bien sûr, en philosophie. Le prisme conceptuel le plus classique est alors celui de la justice, teintée d'une acception classique de la morale¹⁵.

⁸ L'on songe ici particulièrement au célèbre ouvrage de J. Ghestin, mis à jour récemment (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, spéc. nos 367 et s., p. 275 et s., développements consacrés spécifiquement à « *L'inégalité des parties contractantes* », et reprenant les travaux essentiels sur ce thème).

⁹ Rappr. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 231 et s., à propos de ce que l'auteur nomme les « *non-sujets de droit* » (spéc. p. 242 : « *La revendication serait de plein droit dans le statut du non-sujet de droit. Ce qu'exprimeraient, sur des registres différents, le pamphlet de Sieyès et le refrain de l'Internationale : ceux qui ne sont aspirent à être tout. Le prétendu non-sujet de droit aurait tout de même un droit, et irréductible, le droit de devenir sujet de droit. Un droit qu'il fera valoir contre le droit objectif, contre les institutions juridiques qui lui ont imposé sa condition* »).

¹⁰ F. Fiechter-Boulevard, « Rapport de synthèse », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 327 : « *Les différentes manifestations de la vulnérabilité dans le droit n'aboutissent pas à sa conceptualisation. La vérification de l'existence d'un concept autonome se solde par un échec ; la vulnérabilité est une notion qui est maintenue dans le non-droit* ».

¹¹ M. Fontaine, art. préc., p. 649, n° 51

¹² V. sur ce point et sur les lacunes des dispositions prévues, d'où l'utilité persistante de mener cette étude, *infra* nos 567 et s.

¹³ V. not. J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, 2008 (dont l'objet de l'œuvre relève précisément de cette forme d'atemporalité, même s'il serait inexact de dire que Rousseau ne statue pas sur le moment de l'apparition du sentiment de faiblesse et de supériorité, jugé inexistant dans l'état de nature, puisque sans rapports sociaux, aucune comparaison ne naît. Surtout, l'oppression du fort est malaisée, car le faible n'a aucun besoin de lui. Partant, « *Un bruit imprévu lui fait-il détourner la tête ? Je fais vingt pas dans la forêt, mes fers sont brisés, et il ne me revoit de sa vie* » (ibid., spéc. p. 104-105). Ce n'est qu'en traitant de temps reculés mais où l'Homme progressa tout autant que les rapports sociaux, que Rousseau affirme que « *Cette application répétée des êtres divers à lui-même, et des uns aux autres, dut naturellement engendrer dans l'esprit de l'homme les perceptions de certains rapports. Ces relations que nous exprimons par les mots de grand, de petit, de fort, de faible, de vite, de lent, de peureux, de hardi, et d'autres idées pareilles, comparées au besoin, et presque sans y songer, produisirent enfin chez lui quelque sorte de réflexion, ou plutôt une prudence machinale qui lui indiquait les précautions les plus nécessaires à sa sûreté* » (ibid., p. 111).

¹⁴ V. not. F. Fiechter-Boulevard, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 13 et s. ; mais La Fontaine l'illustre merveilleusement par le prisme des animaux (V. not. *Fables*, Le Livre de Poche, 2002, p. 67 (« *La Génisse, la Chèvre et la Brebis, en société avec le Lion* ») et, surtout, p. 72-73 (« *Le Loup et l'Agneau* »)).

¹⁵ A savoir, faire à autrui ce que ce nous souhaiterions qu'il fasse pour nous-même. Chez Cicéron, cela se retrouve comme « *le fondement de toute justice, qui est d'abord de ne nuire à personne (...)* » (*Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le

Le monde contractuel n'a jamais dérogé à ces réflexions, bien au contraire. Le questionnement est aussi ancien, qui cherche si l'on doit protéger le faible lorsque son ignorance risque de lui faire souscrire un contrat injuste, ne répondant pas à ce qu'il désirait ou à ce qu'il aurait désiré en sachant¹⁶. Basculer ainsi dans le domaine contractuel laisse tout à coup songer à l'irruption d'une certaine modernité dans le propos. En vérité, il n'en est rien. Aristote n'en est-il pas, peut-être, l'exemple le plus significatif et le plus classique ? Ne traitait-il pas, déjà, avec une prodigieuse précognition, de toute la complexité de la question qui nous intéresse aujourd'hui¹⁷ ? Toujours deux millénaires dans le passé, Cicéron, aussi, n'éclairait-il pas déjà les esprits sur celle-ci, lorsqu'il évoque le cas du marchand de Rhodes¹⁸ ? Cette présentation schématique n'a pour seul dessein qu'esquisser l'idée à partir de laquelle nous voulions débiter notre étude : la protection des faibles a toujours occupé les esprits¹⁹.

4. – Faiblesse et variations sémantiques. A l'atemporalité de la faiblesse, se mêle une autre réalité, consubstantielle : puisqu'elle n'a pas d'âge, elle est donc un questionnement perpétuel, au gré du temps, qu'il faut continuellement prolonger pour en saisir les nouvelles subtilités. Le vaste champ couvert par sa sémantique permet en outre d'innombrables déclinaisons²⁰. Si le sens de la faiblesse a toujours été *objectif* au cours de l'histoire²¹, ce n'est pas le cas de certaines déclinaisons du terme. C'est particulièrement le cas de l'*ignorance*²², cœur de notre étude²³, qui a signifié, notamment à la fin du XIV^e

Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), p. 35, *passim.*, spéc. p. 203 et s.).

¹⁶ V. not. Cicéron, op. cit., spéc. p. 36 : « *Quant aux promesses arrachées par la crainte ou surprises par la fraude, qui ne sent qu'on n'est pas obligé de les tenir ?* » ; V. aussi *ibid.*, p. 216 : « *L'homme qui dépouille l'homme, et qui cherche son avantage au préjudice d'autrui, fait une chose qui est plus contraire à la nature que la mort, que la pauvreté, que la douleur, que tous les autres maux corporels et extérieurs* »).

¹⁷ Par ex., l'analyse des actes volontaires/involontaires d'Aristote est pénétrante. Il affirmait not., déjà, qu'un acte est involontaire « *quand il est fait sous la contrainte, ou par ignorance* » (Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997, Livre III, p. 119), détaillant l'acceptation de ces notions par la suite (*ibid.*, p. 119 et s.). Le parallèle n'est guère malaisé à établir avec les vices du consentement, et même avec la protection moderne du faible, qui a tout à voir avec le rétablissement d'une véritable volonté, libre et éclairée.

¹⁸ Cicéron, op. cit., p. 238 et s. : un marchand de blé vient d'Alexandrie à Rhodes. Les habitants souffrent de la famine, il y a « *disette* », nous dit Cicéron. Ce marchand sait que bien d'autres commerçants sont sur le point d'arriver. Il en a vu certains à Alexandrie préparer leur départ pour Rhodes, et d'autres en chemin. Cicéron pose la question suivante : « *Doit-il dire aux Rhodiens ce qu'il a vu, ou bien se taire absolument pour mieux vendre son blé ?* ». Cicéron va habilement répondre, au terme d'une conversation entre deux philosophes (Diogène de Babylone, célèbre stoïcien, et Antipater, son disciple), dont les points de vue s'opposent. Selon le premier, le vendeur n'a à s'exprimer que sur la qualité de son produit, guère sur le reste, car c'est l'essence de son ouvrage que de « *vendre le mieux qu'il peut* ». Au contraire, le second pense que le vendeur ne doit absolument rien cacher. Cicéron relève avec justesse que l'on ne dit pas alors que l'on assumera une vente utile mais honteuse, mais qu'on prétend qu'elle ne l'est guère. L'on ne peut s'attarder davantage sur ces écrits passionnants. L'important est que l'on y distingue déjà, nous semble-t-il, absolument toute la complexité du problème posé par la protection de la partie faible. Et celle-ci est, au plan fondamental, duale : 1° Doit-on informer son partenaire contractuel de tout ? 2° (et cumulativement) Doit-on, le cas échéant, n'informer que le nécessaire, le faible ? Car, en effet, le fait de souligner que les Rhodiens souffraient de famine n'est absolument pas négligeable : c'est probablement même le centre d'impulsion de la difficulté du questionnement sur l'existence d'un devoir, ou non, d'informer les acheteurs Rhodiens. Lire aussi pour un autre ex., qui suit immédiatement celui-ci dans l'œuvre, l'hypothèse du vendeur d'une maison, seul connaisseur de son insalubrité (*ibid.*, p. 240 et s.) ; V. aussi la figure de la maison de plaisance de Syracuse (*ibid.*, p. 243 et s.), et *ibid.*, p. 262 et s.

¹⁹ Et l'on mettra distinctement en lumière, encore deux millénaires plus tard et plus que jamais, que « *le développement des obligations d'information dans les contrats s'inscrit dans cette évolution tendant à la protection croissante du contractant le plus faible* » (M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (rééd. 1992), n° 54, p. 45).

²⁰ Le faible (ou la faiblesse) renvoie à une situation objective, celle d'un manque de force, de vigueur, de talent, de capacité, de caractère. Un manque objectif, donc (*Le nouveau Littré*, 2004, « Faible », « Faiblesse », p. 546). Le sens du terme, datant apparemment du début du XI^e siècle, fut d'abord (on le comprend aisément) celui du manque de force (*Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), t. I, 4^e éd., Le Robert, 2012, p. 1308). De cette base objective ont découlé toutes les autres significations, au reste fort proches, simples déclinaisons à tous les caractères de la personne.

²¹ Outre la déf. préc. ci-dessus, il semble en effet que le sens du terme, datant apparemment du début du XI^e siècle, fut d'abord (on le comprend aisément) celui du *manque de force* (*Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), t. I, 4^e éd., Le Robert, 2012, p. 1308). De cette base objective ont découlé toutes les autres significations, au reste fort proches, simples déclinaisons du sens premier à tous les caractères de la personne.

²² Mais pas uniquement. Il faut aussi mentionner la compétence (et, *a contrario*, l'incompétence) (qui sera également au cœur de

siècle, « être négligent »²⁴. Qu'en est-il en droit de nos jours ? La faiblesse est-elle reconnue ? Dans l'affirmative, quelle en est notre conception actuelle en matière contractuelle ? Pour le découvrir, progressons dans le temps pour parvenir directement à l'avènement du Code civil.

5. – Contexte à l'avènement du Code civil. 1804. L'avènement du Code civil²⁵, point d'orgue de l'unité civile²⁶, tournant historique²⁷ dont l'aura sera peu ou prou inédite²⁸. La France, affamée de liberté, connaît alors la puissance de l'individualisme, rompant grâce à la Révolution avec une société de privilèges, avec le monarchisme absolu²⁹. Une forme de « revanche »³⁰. Le volontarisme est donc plutôt à la mode³¹, en nette rupture avec le droit romain où la volonté seule était incapable de générer un contrat en dehors des cas prévus³². Le contrat est naturellement vénéré, émanation symptomatique de cette

notre étude). Ce terme connaît d'abord une signification objective, relative aux matières qui appartiennent à tel ou tel tribunal (XV^e-XVI^e siècles). Puis, à partir du XVII^e siècle, le sens du mot renvoie également à la qualité de celui qui est « capable par ses connaissances et son expérience » (*Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), t. I, 4^e éd., Le Robert, 2012, p. 784)).

²³ L'on développera ci-après ce point en détails.

²⁴ A la fin de ce siècle, plus précisément. Le terme a néanmoins toujours eu une signification objective, à laquelle s'est adjoint le sens subjectif mentionné. En outre, l'ignorance a une part de connotation négative (subjectivement blâmable, donc), selon les domaines, au moins jusqu'au XVII^e siècle, renvoyant encore, au tout début de ce siècle, à une « faute qui indique le manque de connaissances ». A partir de là, le sens du terme s'est de plus en plus rangé vers la seule signification objective, le « manque d'instruction, de savoir » (*Dictionnaire historique de la langue française*, préc., p. 1677-1678), même s'il renvoie parfois, encore aujourd'hui, à une considération péjorative.

²⁵ Par une loi du 21 mars 1804 (30 ventôse an XII).

²⁶ V. déjà J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. XXI et s. ; V. not., de nos jours, J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2^{ème} éd., 2012, nos 4 et s., p. 7 et s.

²⁷ V. not. J. Carbonnier, « Le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, spéc. p. 20 (« C'est par l'histoire que le Code civil est entré dans notre mémoire. Non pas par l'épaisseur historique, l'accumulation des ans. Il n'est pas devenu, à l'ancienneté, un monument historique (...). Il a été historique dès sa naissance, parce qu'il a été mis au monde par un personnage qui déjà était acclamé comme faisant partie de l'histoire, comme faisant de l'histoire »). V. aussi, parmi une littérature trop abondante pour être intégralement citée, F. Terré, « Inestimable Code civil », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 899 et s. ; J. Carbonnier, « Le Code civil des français dans la mémoire collective », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1045 et s. ; V. aussi, sous d'autres angles rafraîchissants, X. Martin, « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ.* 2003 p. 247 et s. (contexte précédent l'élaboration) ; et aussi J.-L. Halpérin, « L'histoire de la fabrication du Code. Le Code : Napoléon ? », *Rev. Pouvoirs* 2003, n° 107, p. 11 et s. (axe de l'influence personnelle de Napoléon sur le contenu du Code).

²⁸ Il faut voir l'ampleur de la célébration du bicentenaire du Code civil, ayant d'ailleurs largement dépassé nos frontières (la lecture des deux principaux ouvrages collectifs dédiés à cette célébration suffit amplement à se convaincre de la puissance de la réputation actuelle du Code civil : *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004 ; *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004). D'ailleurs, cette célébration a semble-t-il été bien plus éloquente que la célébration du centenaire, ce qui est également probant (V. not. Y. Lequette, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 9 et s.). V. sur l'ensemble de la question, la pénétrante étude de M. Grimaldi, « L'exportation du Code civil ? », *Rev. Pouvoirs* 2003, n° 107, p. 80 et s.

²⁹ Pour une vue fouillée de l'impact des changements idéologiques de ce temps sur la chute des composantes de l'Ancien Régime, V. not. A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2003, nos 1235 et s., p. 419 et s.

³⁰ V. not. M. de Juglart, *Cours de droit civil*, t. I, 2^{ème} vol., *Biens – Obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 1982, n° 459, p. 139-140

³¹ V. sur ce contexte E. Chevreau, Y. Mausen et C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2011, n° 157, p. 235

³² Le contrat est perçu, en droit romain ancien, comme une procédure de laquelle naît un droit, une action. Le seul consentement est considéré comme un « acte abstrait, invisible et donc difficile à prouver » (J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Montchrestien, 1998, p. 94). Partant, seules des formes spécifiques mènent à donner à l'acte juridique, en l'occurrence le contrat, des effets de droit (D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 114 et s.). Ainsi distingue-t-on au sein des classiques contrats formels, ceux qui se cristallisent par le jeu de solennités précises (*litteris*, si ce sont des paroles, *verbis*, si ce sont des mentions écrites), et ceux qui se forment par la remise d'une chose (fiducie, dépôt, commodat, gage, *mutuum* (prêt de consommation)) (V. not. J. Bart, op. cit., p. 94 et s. ; J.-F. Brégi, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006, p. 115 et s.). Ce n'est qu'à partir de la fin de la Rome ancienne (vers le III^e ou II^e siècle av. J.-C. (E. Chevreau, Y. Mausen et C. Bouglé, op. cit., n° 39, p. 71)) que l'idée que le seul échange des consentements peut former le contrat apparaît. Mais elle n'aura, comme on le sait, qu'une portée limitée (D. Deroussin, op. cit., p. 118 et s. ; J.-F. Brégi, op. cit., p. 159 et s. ; l'on ne trouve en effet que quatre contrats ainsi consensuels (ne se formant que par la volonté), à savoir la société, le mandat, la vente et le louage. Ils résultent de la bonne foi qui émane de l'engagement, et non plus des formes, ce qui explique qu'on les nomme souvent contrats de bonne foi, surtout pour ce qui est des deux premiers). Bien sûr faut-il toutefois, déjà, le *vouloir* pour qu'un engagement soit envisageable, ce qui explique les développements déjà importants des

liberté neuve et cultivée. Le Code civil naît dans ce contexte³³. C'est alors que le dogme de l'autonomie de la volonté est censé connaître son âge d'or, même si l'on verra qu'il n'en a jamais été ainsi³⁴. En perspective, il faut dire que le modèle contractuel qui règne est celui dit du contrat de *gré à gré*. Le libre jeu des volontés trouve donc sagement à s'appliquer, entre protagonistes, en théorie, de même rang juridique et de puissance très semblable³⁵. Le présupposé de leur rationalité est par là même acquis³⁶. C'est que la société est essentiellement rurale, agraire, et que les contrats sont principalement de faible importance, et, rétrospectivement, peu nombreux³⁷. Les conséquences attachées à ces postulats ne correspondent bien évidemment qu'approximativement aux réalités sociales, dès cette époque.

6. – Le contrat et la partie faible à l'avènement du Code civil. Le Code civil ne connaît alors que le contractant, au sens générique du terme. Pas la partie faible. Celui-ci est alors considéré non pas en vertu de ce qu'il est, mais de ce « *qu'il doit être* »³⁸. La liberté est pensée comme « *le remède à tous les maux* »³⁹, et il n'est guère question de l'atténuer, tandis qu'elle vient d'être fraîchement conquise. Les parties sont donc supposées s'être nécessairement engagées dans un contrat juste, du simple fait qu'elles l'ont voulu : « *qui dit contractuel dit juste* »⁴⁰. Le contrat existe, et se justifie, parce qu'il est un simple

vices du consentement en droit romain. Puis, par une certaine reconnaissance des contrats *innomés* et des *pactes*, les prétoires favoriseront la montée du consensualisme (E. Chevreau, Y. Mausen et C. Bouglé, op. cit., n^{os} 47 et s., p. 86 et s.). En terme de principe, le consensualisme ne pointerait qu'à partir de la fin du bas Moyen-Âge, et s'installerait à la Renaissance et au Grand Siècle (XVI^e et XVII^e siècles) (V. not. J. Bart, op. cit., spéc. p. 401 et s.).

³³ V. par ex. L. Jossierand, « Le Code civil français et ses destinées », in *Évolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 20 (« *Sans doute, ils ont maintenu les principes de la Révolution, tels que la Constituante les avait sertis dans la fameuse Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : liberté individuelle, égalité de tous devant la loi* »).

³⁴ Dès le milieu du XIX^e siècle, sous l'influence de Larombière ou de penseurs allemands comme Savigny. Et de manière décisive à la fin de ce siècle, avec l'œuvre de Weiss. Plus tard, des juristes comme Saleille et Gény, mais aussi des penseurs comme Fouillée, feront passer définitivement l'autonomie de son relatif isolément à la notoriété (V. sur ces points E. Chevreau, Y. Mausen et C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2011, n^o 159 et s., p. 236 et s.). Il n'est donc guère probable que ce dogme ait, avant même d'être conceptualisé, influencé les règles du Code civil. V. sur la naissance, le concept, et l'influence de l'autonomie de la volonté, *infra* n^{os} 757 et s.

³⁵ V. not., déjà, E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Ed. Arthur Rousseau, 1912, p. 13 et s. : (et not., p. 13 : « *Le commerce juridique n'est plus aujourd'hui ce qu'il était à l'époque de Gaius et de Paul, ni même à celle des rédacteurs du Code civil. Quand les uns et les autres parlaient de contrats, l'opération type dont la réalité leur offrait le modèle et à laquelle ils pensaient sans cesse, c'était le vieux contrat traditionnel, où deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale exposent et discutent en un libre débat leurs prétentions opposées, font des concessions réciproques et finissent par conclure un accord dont ils ont pesé tous les termes et qui est bien véritablement l'expression de leur commune volonté* »). Adde F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, spéc. n^o 34, p. 38-39

³⁶ V. not. (les études sont innombrables) sur ces présupposés de l'époque, essentiellement l'égalité et la rationalité des contractants : J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, n^{os} 2 et s., p. 428 et s.

³⁷ V. par ex. R. Cabrillac, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), Soc. de législ. comp., 2008, p. 75 et s., spéc. p. 77 (et not. : « *Le droit des contrats inscrit dans le Code de 1804 était parfaitement adapté aux schémas contractuels d'une France rurale, dominé par les « petites contrats », souvent conçus comme des services amicaux ou familiaux* »).

³⁸ Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, n^o 3, p. 16

³⁹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n^o 9, p. 11

⁴⁰ En réalité, l'invocation de cette formule pour traduire cette idée de corrélation volonté/justice est un contresens, car elle a précisément, pour son auteur, le sens inverse. V. not. sur ce point l'étude de J.-F. Spitz, « « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », RTD civ. 2007, p. 281 et s. (et not., pour synthétiser l'idée, *ibid.*, p. 282 : « *les relations entre les contractants ne sont pas équitables parce qu'elles sont volontaires, mais qu'elles sont volontaires - ou libres, ou consenties - donc justes, parce qu'elles sont équitables : c'est parce que les partenaires étaient placés dans un contexte équitable que l'on est en droit de considérer que les accords qu'ils ont passés sont d'authentiques contrats, qu'ils sont authentiquement voulus et qu'ils préservent leur liberté (...). A la fin du 19^e siècle, Alfred Fouillée avait clairement perçu cette idée que la justice du contexte est la condition du caractère authentiquement contractuel des accords qui y sont passés (...)* ». Voilà comment comprendre cette si fameuse formule, une fois explicitée et replacée dans son contexte originel : « *En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste* » (A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Libr. Hachette, 2^{ème} éd., 1885, p. 410). Notons qu'il s'agit alors, ni plus ni moins, de l'idéologie qui imprègne l'intégralité de notre étude. V. not. sur l'acception du contrat que nous retiendrons (volontarisme social) : *infra* n^{os} 778 et s.

accord de volontés⁴¹. L'on ne tire alors d'un principe d'égalité que des « *discriminations justifiées* », loin de toute idée de « *discrimination égalisatrice* »⁴². Le faible peut être exploité en toute sécurité : liberté oblige⁴³.

7. – Protections existantes mais marginales. Faiblesse inhérente. Dire que la partie faible n'existe pas à cette époque n'est qu'imparfaitement exact. Convenons alors qu'elle n'existe pas, telle qu'on la conçoit communément de nos jours. Mais certains contractants sont déjà protégés. Il s'agit alors des causes de faiblesse les plus rudimentaires. Préside une conception très classique de la vulnérabilité, c'est-à-dire « *inhérente à la personne* », « *permanente et continue* »⁴⁴. Voilà comment expliquer la législation protectrice des incapables, des mineurs, entre autres contractants faibles d'alors⁴⁵ : ceux qui ne peuvent pas contracter, presque au sens propre. L'on ne trouve en outre qu'un formalisme très réduit⁴⁶, dont la fonction de protection est d'ailleurs des plus douteuses⁴⁷. Quant aux vices du consentement tels qu'entendus à l'époque, ils ne tendent guère qu'à une même sorte de protection marginale du consentement⁴⁸. Ce qui fera dire à Ripert que le « *Code civil n'avait trouvé d'autre remède à la faiblesse des contractants que la théorie un peu brutale des incapacités ou le remède hasardeux des vices du consentement* »⁴⁹.

⁴¹ V. not. certaines études classiques sur la notion de contrat et le rôle de la volonté : R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1901 ; E. Meynial, « La déclaration de volonté », RTD civ. 1902, p. 545 et s. ; J. Chabas, *La déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1961 ; J. Boulanger, « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Liber amicorum Baron L. Frédéricq*, Ed. de la Faculté des sciences juridiques de Gand, 1965, p. 199 et s. ; *Adde* plus récemment : J. Ghestin, « La notion de contrat », D. 1990, p. 147 et s. ; V. not. sur cette distinction l'étude désormais classique de M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573 et s. ; *Adde* plus récemment sous un axe différent : M. Mekki, « Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire », RDC 2006, p. 297 et s.

⁴² V. sur ces notions et en ce sens D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriou, LGDJ, 1999, respectivement nos 114 et s., p. 61 et s. ; et nos 223 et s., p. 126 et s.

⁴³ Une formule de Gounot, il y a plus d'un siècle, doit en ce sens être reproduite : « *laisser par suite les égoïsmes humains face à face, sans frein ni loi pour amortir leurs chocs et discipliner leur action, c'est consacrer juridiquement le triomphe de la force, de la ruse ou de toute autre supériorité de fait (...). (... les forts et les habiles vivant aux dépens des faibles et des simples ; les riches toujours plus riches, les indigents toujours plus indigents ; serait-ce là l'idéal de vie d'une société ?* » (E. Gounot, th. préc., p. 371).

⁴⁴ V. sur ce point L. Jossierand, « La protection des faibles par le droit », art. préc., p. 167

⁴⁵ A l'époque du Code civil, en effet, « *les incapables de contracter sont les mineurs, les interdits, les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi, et généralement tous ceux auxquels la loi a interdit certains contrats* » (P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Libr. Videcoq, 1856, p. 369). V. en ce qu'il s'agit là de « *la manifestation première de la faiblesse dans le Code civil* », A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, nos 273 et s., p. 253 et s. (n° 282, p. 261 (formule)).

⁴⁶ Il n'y avait que quelques contrats solennels, comme le mariage ou l'hypothèque. Et leur effet protecteur n'est guère avéré : il s'agissait essentiellement, à l'époque, d'un formalisme procédural. V. not. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, n° 57, p. 45 ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, nos 364 et s., p. 330 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, nos 536 et s., p. 267 et s. ; et sur la métamorphose des fonctions du formalisme contemporain : V. *infra* nos 902-903

⁴⁷ En effet, il s'agirait là bien plutôt de sa fonction moderne. X. Lagarde le démontre d'ailleurs tout ceci dans son étude : le formalisme du Code civil est tout à la fois marginal et incertainement lié à la protection, bien davantage « *instituant plutôt que protecteur* », contrairement au formalisme moderne (bien moins, tout au contraire, instituant que protecteur) (X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G 1999, I, 170 (spéc. n°14, pour la formule)). V. aussi G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 58, p. 45-46

⁴⁸ Entendus en effet dans un sens bien plus strict qu'aujourd'hui, d'inspiration romaine à savoir l'erreur, le dol et la violence, ne viciant le consentement qu'en de très graves circonstances (V. not. sur ce point J.-F. Brégi, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006, p. 230 et s.). Et sans, donc, les extensions contemporaines remarquables de la notion de violence économique ou encore du dol avec l'importante admission de la réticence dolosive. L'on reviendra bien sûr sur ces questions.

⁴⁹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 55, p. 100-101 ; V. *contra*, ne considérant pas que les vices du consentement indiquent une protection des faibles de l'époque, A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n° 6, p. 15-16

8. – Mutation profonde de la société au XIX^e siècle. Ce paradigme, qui faisait de la liberté un corollaire de la justice⁵⁰, allait laisser place à une tout autre réalité, en décalage avec celle à partir de laquelle le Code civil avait été confectionné⁵¹. Dès la seconde moitié du XIX^e siècle, les changements sont en effet profonds⁵². Les banques se développent, les grandes compagnies se constituent et s'épanouissent, les routes fleurissent, le machinisme gagne un incroyable terrain, sans parler de l'évolution des transports. La société agraire et artisanale mutait profondément en une société industrielle et commerciale : c'est la révolution industrielle. A l'aube du XX^e siècle, l'expansion du commerce, de la concentration économique, de l'industrialisation, de l'urbanisation, du progrès technique est impressionnante⁵³. L'ère du capitalisme sonne, et avec elle l'accumulation massive des capitaux par certaines entreprises. « *La vie humaine, aménagée en série, s'est collectivisée* » conclut Jossierand en 1937⁵⁴. Il y a une « *structure nouvelle de la production des richesses* »⁵⁵.

9. – D'une mutation sociétale à une mutation de l'atmosphère contractuelle. L'atmosphère contractuelle allait naturellement suivre ces profonds changements sociétaux, au moins de deux façons. D'une part, les contrats se multiplièrent et se diversifièrent⁵⁶ : il y eut « *pullulation et diversification des contrats* », ainsi qu'un « *accroissement du dynamisme contractuel* »⁵⁷. Rien d'anormal puisque l'on sait que la pratique contractuelle est calquée sur les évolutions des rapports entre les hommes⁵⁸. Portalis, déjà, le posait comme un lieu commun⁵⁹. D'autre part, ici se trouve le vrai nœud de l'évolution, apparent de nouvelles sortes de contrats, au sens conjoncturel. Ce n'était plus une affaire de diversité des objets donnant matière aux conventions, mais une évolution, dans de nombreux cas, de la conception même que l'on pouvait se faire du contrat⁶⁰. C'est ce que développe le doyen Savatier dans ses célèbres *métamorphoses*, traitant de « *l'éclatement de la notion traditionnelle de contrat* »⁶¹. Au vrai, il aura fallu

⁵⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 9, p. 11

⁵¹ V. not. R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, spéc. n° 26, p. 33 ; V. aussi F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n° 83, p. 72

⁵² V. not. pour une rétrospective de la mutation sociétale après le Code civil : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., nos 33 et s., p. 38 et s.

⁵³ V. not. J.-P. Chazal, « La protection de la partie faible chez Jossierand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », 2014 (non publié. Présenté à l'Université de Lyon les 21 et 22 mars 2014, lors d'une conférence sur le thème « Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Jossierand ». Disponible sur http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_jossierand.pdf), spéc. p. 1

⁵⁴ L. Jossierand, « Un ordre juridique nouveau », DH 1937, p. 42

⁵⁵ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, n° 25, p. 31 (outre la formule, : « *Là où, lors du Code civil, l'artisan fabriquait, à lui seul, avec le propre travail de ses mains, des meubles, des charrues, des vêtements, qu'un client pouvait isolément lui commander ou lui acheter, il y a, aujourd'hui, une usine, avec son personnel collectif, avec sa clientèle collective* »).

⁵⁶ En détails sur ces profonds (et très divers) changements et leurs incidences sur le contrat, V. not. E. Chevreau, Y. Mausen et C. Bouglé, op. cit., nos 157 et s., p. 235 et s.

⁵⁷ L. Jossierand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, p. 5, n° 4 (et, respectivement sur ces phénomènes, ibid., p. 6 et s. ; ibid., p. 12 et s.).

⁵⁸ L. Jossierand, art. préc., p. 1 et s. (spéc. p. 4, n° 3 : « *les phénomènes économiques avaient déterminé chez eux une véritable transfiguration qui devait fatalement retentir sur la structure des contrats ; à d'autres contractants il fallait d'autres contrats ; comme toujours, l'économie a réagi sur le juridique (...)* »). Il est naturel que des bouleversements sociétaux et économiques engendrent des bouleversements de la matière contractuelle, principal vecteur des échanges entre les hommes.

⁵⁹ V. not. J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX », préc., p. XLIX (et not. : « *En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles* »).

⁶⁰ V. par ex. sur cette mutation L. Jossierand (art. préc., spéc. p. 3 et s. (et not. p. 3, n° 2 : « *Cette évolution était d'ailleurs commandée économiquement par l'accumulation des capitaux et la concentration des entreprises, grâce auxquelles ce sont les parties contractantes elles-mêmes qui ont changé de figure et de personnalité ; (...)* »).

⁶¹ R. Savatier, op. cit., nos 16 et s., p. 21 et s.

attendre de tels bouleversements pour qu'enfin l'on puisse « reconsidérer l'idée d'égalité abstraite des contractants », alors même que ce postulat était déjà erroné depuis toujours⁶². Mais les disparités n'avaient probablement pas semblé suffisamment choquantes pour que soit remis en cause les acquis de la Révolution en matière de liberté. Dès lors que les inégalités de fait devenaient massives, collectives, le point de rupture était atteint. « Vouloir prolonger cette liberté dans un contexte où elle ne joue plus également pour les deux parties contractantes est une illusion, un sophisme ou une utopie »⁶³. Ripert l'avait déjà brillamment souligné⁶⁴. Voyons quelles sortes de nouvelles inégalités naquirent de ces évolutions.

10. – La disproportion de puissance économique et la standardisation des contrats. Les différences de puissance économique, qui ont toujours existé, revêtirent un degré incroyablement plus élevé qu'auparavant⁶⁵. Les changements sociétaux créaient alors un large fossé, entre certains contractants et les sociétés avec qui ils allaient être amenés à contracter⁶⁶. Elles purent alors commencer à dicter une autre pratique contractuelle : dans ces cas, « Entre les contractants, l'égalité n'existe plus »⁶⁷. Le contrat passa du sur-mesure⁶⁸ au prêt à porter⁶⁹. Pour d'autres, il devint moins qu'un contrat⁷⁰, un « *diktat* »⁷¹, se retournant en temps voulu contre celui qui n'avait pas d'autres options que celle de le subir⁷². L'ère de la standardisation du contrat apparaissait⁷³. Alors qu'il était

⁶² J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, n° 7, p. 438

⁶³ G. Trudel, « Des frontières de la liberté contractuelle », in *Mélanges L. Baudouin*, Presses de l'Univ. de Montréal, 1974, p. 221

⁶⁴ V. not. G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, spéc. n° 92, p. 178 : « Mais c'est pure imagination, et, dans la réalité, le jeu du contrat est bien différent. L'égalité qui y règne est purement théorique. C'est une égalité civile, c'est-à-dire de condition juridique, mais non une égalité de forces ».

⁶⁵ Une doctrine éminente relevait même, dans la première moitié du XX^e siècle, que « dans les contrats qui interviennent entre deux parties seulement, il y en a presque toujours une qui se trouve dans une condition économique plus forte que celle de l'autre, et qui fait la loi du contrat » (A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Libr. Dalloz, 7^{ème} éd., 1932, spéc. n° 9, p. 10).

⁶⁶ L'évolution technologique a ses travers : là où la cheminée ne suffit plus, il faut contracter pour se chauffer ; là où chacun ne possède plus de champ, il faut contracter pour se nourrir ; là où la communication devient distante, il faut contracter pour s'équiper...

⁶⁷ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Ed. Arthur Rousseau, 1912, p. 15 (et d'ajouter : « si l'un d'eux est toujours un simple particulier quelconque, l'autre est une formidable puissance économique (...) »).

⁶⁸ V. déjà pour cette expression L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », art. préc., spéc. p. 8, n° 7

⁶⁹ Pour la formule complète, V. déjà M. Armand-Prévost et D. Richard, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », JCP G 1979, I, 2952, n° 1

⁷⁰ Les contrats d'adhésion furent dénoncés comme de faux contrats. V. not. R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1901, spéc. p. 229 (qui disait qu'ils n'avaient « de contrat que le nom », puisqu'une seule une partie usait utilement de sa volonté pour en dicter les conditions). En effet, où se trouve la commune volonté des parties, alors que le consentement du faible, le souscripteur, est donné dans de telles circonstances ? Cette opinion est également celle d'illustres publicistes, comme L. Duguit et M. Hauriou (V. sur ce point G. Dereux, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », RTD civ. 1910, p. 505-506, et les réf. citées), ainsi que des premiers auteurs à consacrer leur thèse au sujet. Mais l'opinion disparut assez vite. Par ex., déjà, chez Josserand, pour qui il y inévitablement contrat, car l'égalité dans la négociation n'est pas une condition de validité (L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Sirey, 3^{ème} éd., 1939, n° 400, p. 222 : « le législateur n'exige nulle part une égalité dans la collaboration des parties à un contrat ») ; tout en reconnaissant, pour autant, la nécessité « que le droit vienne au secours de tant de faiblesse » (L. Josserand, « La protection des faibles par le droit », art. préc., p. 169). *Adde* J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, spéc. p. 6-7, nos 8-9 (expliquant très bien que « la négociation n'est pas le critère du contrat ») ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 240, p. 213) ; F. Chénéde, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^e partie) », RDC 2012, spéc. p. 1019-1020, n° 4 (et les réf. citées).

⁷¹ La formule est de L. Josserand (« La « publicisation » du contrat »), in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Sirey-LGDJ, 1938, § 145, n° 5, p. 145 (Il s'agit là, autrement dit, d'un « *diktat* » (ibid.)).

⁷² E. Gounot avait, c'est le moins qu'on puisse dire, le sens de la formule pertinente : « Vainement l'ouvrier objectera qu'il ignorait à peu près tout du règlement d'atelier, n'ayant pas eu la possibilité matérielle ou la liberté morale de le lire lors de la formation du contrat ; on ne lui en appliquera pas moins toutes les clauses, et on aura même l'ironie de lui dire qu'il aurait mauvaise grâce à s'en plaindre, puisque, en le reconnaissant débiteur de telle amende exorbitante prévue par le règlement, c'est à sa propre volonté que l'on donne effet, c'est à son droit

conçu comme individuel, tant par son mode d'élaboration, ses objets ou par les personnes qui le concluaient, il devint souvent un contrat standard conclu massivement⁷⁴. Une doctrine abondante, à partir de l'œuvre de Saleilles⁷⁵, a pu qualifier ce type d'acte de « *contrat d'adhésion* »⁷⁶ ou, semble-t-il plus rigoureusement, « *par adhésion* »⁷⁷. La notion « *fit rapidement fortune* »⁷⁸. Il y avait donc lieu d'établir une distinction entre les contrats dits de « *gré à gré* » et ceux dits « *d'adhésion* », bien qu'elle n'apparaisse nulle part dans le Code civil⁷⁹. Le monopole du schéma dans lequel les cocontractants négocient ensemble le contenu de leur convention, arrêtent ensemble sa version définitive puis concluent⁸⁰, était révolu⁸¹. Dans bien des cas, il ne restait plus à certains contractants que le choix de « *souscrire ou de déguerpir, mais pas de gémir* »⁸², exposés à un sommaire « *c'est à prendre ou à laisser* »⁸³.

11. – La faiblesse informationnelle. Le libéralisme hérité de l'époque napoléonienne et de la Révolution allait servir d'une autre manière « *l'écrasement des plus faibles par les plus forts* »⁸⁴. De manière liminaire, disons encore que, bien sûr, des contrats mettant en scène des contractants mal informés ont toujours existé. Mais, à l'instar de la faiblesse précitée, c'est la mesure du phénomène qui a changé en profondeur. En effet, tandis que le phénomène contractuel se densifiait, se développait et se

de se commander à lui-même que l'on accorde consécration » (E. Gounot, op. cit., p. 17). La profondeur des propos est pénétrante.

⁷³ V. not. L. Jossierand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, spéc. p. 8 et s.

⁷⁴ On cite fréquemment les exemples très significatifs des contrats d'assurance ou des contrats de transport : l'on y souscrit plus que l'on ne contracte.

⁷⁵ R. Saleilles, op. cit., spéc. p. 229-230 (passage classiquement cité). V. déjà, plus tôt, et bien moins cités, certains passages tout aussi nets à notre point de vue dans *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1890, spéc. n° 337, p. 402 (et not. (traitant de l'ouvrier) : « *N'est-il pas plus vrai de dire que l'ouvrier accepte de devenir membre d'un organisme compliqué, qu'il entre dans une société et qu'il adhère à ses statuts ? Il ne les débat pas, il ne les discute pas ; la réglementation du travail et de tout l'organisme lui échappe (...). Il accepte une loi qu'on lui propose, il ne discute pas les conditions d'un contrat ; il y a là un phénomène juridique qui tend à devenir aujourd'hui bien habituel, et en vertu duquel le parallélisme des volontés se trouve remplacé par l'adhésion de la volonté à une loi que l'on propose (...)* »).

⁷⁶ V. not. les premières thèses et études sur le sujet : J. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, th. Paris, 1905 ; V. Pichon, *Des contrats d'adhésion. Leur interprétation et leur nature*, th. Lyon, 1909 ; G. Fortier, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, th. Dijon, 1909 ; G. Dereux, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », RTD civ. 1910, p. 503 et s. ; M. Domergue, *Les contrats d'adhésion*, th. Toulouse, 1936. Et de manière plus contemporaine : G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, th. Paris II, 1973 ; V. aussi, encore plus récemment, fortement imprégné de la protection du consommateur : E. Agostini, « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice », D. 1994, p. 235 et s.

⁷⁷ La question n'est certes guère fondamentale. Mais tout de même renverra-t-on à la remarque centenaire de G. Dereux (« De la nature juridique des contrats d'adhésion », RTD civ. 1910, spéc. p. 504) que « *peut-être vaudrait-il mieux dire : « contrats par adhésion »* ».

⁷⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 39, p. 92 ; pour l'expression, V. déjà G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 55, p. 101

⁷⁹ Quoi de plus logique, puisque le seul modèle de l'époque était celui du contrat de *gré à gré* (V. not. en ce sens H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 30, p. 30 (et not. : « *Les rédacteurs du Code civil n'avaient envisagé que le contrat né d'une libre discussion, conclu de gré à gré par deux contractants, placés à égalité* »)). La distinction pourrait pour autant faire son entrée dans le Code civil, lors de la réforme prochaine du droit des contrats. En effet, l'article 1108 al. 1^{er} du projet Chancellerie IV (2015) prévoit que « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties* », tandis que l'al. 2 énonce que « *Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties* ». Cette consécration textuelle de la distinction, qui existe *de facto* bel et bien, serait, à notre sens, heureuse. D'une part, la loi s'alignerait sur les faits, ce qui est toujours de bonne augure ; d'autre part, cela permettrait, via le Code civil, l'identification clarifiée de ces contrats.

⁸⁰ Jossierand les évoque ainsi : « *Dans la conception classique et traditionnelle, la conclusion du contrat est précédée d'une phase préliminaire au cours de laquelle s'institue, entre les parties, la discussion de ses clauses et conditions : avant le marché, le marchandage ; avant le traité, les tractations, destinées à dégager la formule contractuelle, cherchée et réalisée sous le signe du « fair play », du libre jeu des volontés qui s'affrontent avant de se lier. Ce genre de contrats, à préparation libre de part et d'autre, ou contrats « de gré à gré »* » (L. Jossierand, « La « publicisation » du contrat », art. préc., § 145, n° 4, p. 144-145).

⁸¹ Le modèle du *gré à gré* n'a pas disparu, nous enseigne déjà Gounot : il « *domine encore parmi ceux qui, aujourd'hui comme autrefois, contractent rarement : les habitants des campagnes* », ou encore les petits commerçants. « *Mais ce contrat classique n'est plus seul désormais à occuper la scène du droit* » (E. Gounot, op. cit., p. 14).

⁸² D.-R. Martin, « Le mystère de la chambre forte », D. 2002, p. 641

⁸³ E. Gounot, op. cit., p. 16

⁸⁴ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 30, p. 30

complexifiait, les règles suivaient le même cheminement, pour encadrer ces nouveautés. Et l'artifice de l'adage *nul n'est censé ignorer la loi*⁸⁵ s'amplifiait inexorablement⁸⁶. L'idée qui ressort de cet adage a toujours été de bon sens⁸⁷. Il n'en reste pas moins que le droit, comme jamais auparavant, devenait proprement impossible à être globalement connu et surtout compris du plus grand nombre. La faiblesse informationnelle massive jaillit de cette union entre complexification sociétale et complexification contractuelle. L'on est alors à un tout autre plan que celui d'une disproportion simplement économique : il s'agit bien davantage ici d'une « *vulnérabilité cognitive* »⁸⁸, provoquée par une myriade de faits sociaux. Seuls les spécialistes, et Ripert l'avait pressenti avec une remarquable clairvoyance⁸⁹, devenaient aptes à se saisir des subtilités du droit⁹⁰.

12. – Emergence de contractants faibles. Mutation de la nature de la faiblesse. Faiblesse relative. C'était là, sans doute, que la partie faible naquit véritablement. Ces phénomènes existaient auparavant, mais plus marginalement que majoritairement, et d'une nature assez différente. Comme l'a si bien dit Ripert, « *On a posé comme règle que le contrat est la discussion entre égaux. Pendant longtemps on s'est contenté de l'égalité théorique et abstraite, révélée par l'échange des consentements. Puis l'idée égalitaire s'est plus fortement réalisée et, sous l'égalité juridique, on a vu l'inégalité de fait* »⁹¹. Désormais, devant l'ampleur de ces faiblesses nouvelles, l'atmosphère contractuelle d'antan était irrémédiablement défigurée⁹². Et la doctrine le perçut⁹³. Elle constatait qu'il s'agissait de faiblesses importantes mais aussi nouvelles, « *up to date* »⁹⁴. La faiblesse était désormais « *intermittente et discontinue* », d'un « *ordre économique ou social* »⁹⁵. Elle n'était plus structurelle, inhérente, mais conjoncturelle⁹⁶, relative⁹⁷. En effet, elle trouvait sa source dans les conséquences des mutations sociétales qui plaçaient ces nouveaux faibles dans des positions

⁸⁵ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 291, p. 579 et s.

⁸⁶ V. déjà très tôt G. Dereux, « Etude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » », RTD civ. 1907, p. 513 et s.

⁸⁷ Comment et pourquoi établir la norme si chacun peut se soustraire à son application, en arguant de son ignorance ? Comment garantir la paix sociale et l'Etat de droit en l'absence de cette maxime ?

⁸⁸ J.-P. Chazal, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 243 et s., p. 248-249

⁸⁹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998 (rééd. 1955), spéc. n° 143, p. 350 (« *On peut se demander comment dans quelques années un juriste arrivera à reconnaître la disposition qu'il y a lieu d'appliquer. Pour chaque branche du droit un spécialiste est seul à même de donner le renseignement utile* »).

⁹⁰ V. déjà la belle synthèse de R. Decottignies, « L'erreur de droit », RTD civ. 1951, p. 309 (et not. : « *Les mieux avertis s'égarer dans le maquis des textes, incapables de dire si telle règle a été modifiée, abrogée, annulée ou validée* »).

⁹¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n°57, p. 104

⁹² V. not. Ch. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 7 et s.

⁹³ Et les propos qui suivent sont aisément transposables à cette époque là : « *L'inégalité des parties n'est pas nouvelles, mais elle présente aujourd'hui des aspects nouveaux* » (J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 64, p. 45).

⁹⁴ L. Josserand, « La protection des faibles par le droit », art. préc., p. 167

⁹⁵ L. Josserand, loc. cit. (la faiblesse est « *fonction d'une situation déterminée ; elle ne se manifeste que dans les moments où le patient se trouve pris dans l'engrenage d'un ordre économique ou social déterminé et pour lui oppressif* »).

⁹⁶ V. not. sur ce point A. Racllet, « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », LPA 06 août 2001, p. 18-19, n° 5

⁹⁷ Nous nous éloignons ainsi de la distinction dégagée par M. Fontaine (art. préc., p. 616, n° 2) entre faiblesses inhérente et relative. En effet, l'auteur inclut dans la faiblesse inhérente à la fois l'incapacité et la simple ignorance contractuelle conjoncturelle, et insère dans la faiblesse relative ce qui échappe *stricto sensu* au contractant, comme la domination économique ou la nécessité de contracter. Or, à notre sens, ce qui est inhérent, c'est la minorité ou bien l'état qui mène à l'incapacité. L'ignorance (outre celle qui découle des cas préc.) à un contrat donné est pleinement conjoncturelle et, partant, relative, tout autant que la domination économique. V. pour une reprise en ce sens de la distinction entre faiblesses inhérente/relative : L. Bruneau, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. Toulouse, 2005 ; V. aussi A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n°s 335 et s., p. 304 et s. (la vulnérabilité intrinsèque engendrant une faiblesse absolue, la vulnérabilité extrinsèque, une faiblesse relative ; la première correspond globalement aux incapacités, la seconde, à la partie faible conceptuelle, telle qu'englobant potentiellement tout un chacun).

inédites. L'on sortait ainsi d'une dialectique du consentement et du pouvoir⁹⁸, des *humiliores* et des *potentes* romains⁹⁹. Non. Le constat était désormais pragmatique, tenant compte de l'absence d'égalité naturelle entre les Hommes, et donc entre les contractants¹⁰⁰. L'humanisme allait remettre en cause les postulats individualistes et libéraux¹⁰¹, dont les excès éclairaient en pleine lumière, pour permettre la protection du faible¹⁰².

13. – De la mutation de l'atmosphère contractuelle à la mutation du contrat. La liberté contractuelle devenait chimérique, et le contrat allait donc changer¹⁰³. En effet, ce qu'elle garantissait en théorie, elle le reprenait en pratique à tous ces contractants. L'autonomie de la volonté était plus que jamais contestable, à une époque où ses « *présupposés (...) manquent en fait* »¹⁰⁴. Comme pour les vices du consentement, la « *volonté de seconde zone* » ne devint plus tolérable¹⁰⁵. L'on était encore loin du phénomène de consommation de masse et, déjà, se profilait, après une mutation de l'atmosphère contractuelle, une mutation du contrat¹⁰⁶. « *L'intervention de l'Etat apparut nécessaire pour réagir contre les excès du libéralisme* »¹⁰⁷, et pour manifester ce « *souci d'égalité dans la formation du contrat* »¹⁰⁸. « *Force n'est pas droit* », disait Loysel, essentiellement à l'égard de la force physique dominatrice¹⁰⁹. Il était temps de le transposer aux nouvelles réalités, plus subtiles : « *Il n'y a rien d'immuable en droit. Le droit, c'est la vie sociale réglementée ; les deux évolutions sont corrélatives* »¹¹⁰. La formule de Lacordaire est ainsi restée célèbre¹¹¹. « *Il n'est pas bon d'être trop libre* », enseignait déjà Pascal¹¹².

⁹⁸ V. not. sur ce thème, la magistrale étude de G. Pignarre (« Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie » (partie 1), RDC 2011, p. 611 et s.).

⁹⁹ A Rome, respectivement les démunis, les pauvres d'une part ; et ceux, d'autre part, qui ont un grand pouvoir, de l'influence.

¹⁰⁰ V. très clairement sur cette idée C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, spéc. p. 378, n° 28 (et not. : « *il concerne les contractants, voire les précontractants et trouve son fondement dans l'absence d'égalité naturelle, abstraite et automatique entre les parties, reflet d'une aspiration à une égalité dans les faits, non pas postulée et absolue, mais concrète et relative au contrat conclu* »).

¹⁰¹ V. not. J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », art. préc., p. 839, n° 5 : « *Quand à cette valeur, elle tient en des préoccupations humanistes : une personne placée en situation de vulnérabilité, sociale, économique ou psychologique (...) ne doit pas être laissée à la merci et sous la contrainte d'un partenaire* »).

¹⁰² Apparaît alors « *la lutte des forts contre les faibles dans les contrats* » (Juglart (M. de), *Cours de droit civil*, t. I, 2^{ème} vol., *Biens – Obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 1982, n° 490, p. 176).

¹⁰³ Ceci a été magistralement retracé par Jossierand (L. Jossierand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », art. préc.), notamment lorsqu'il affirme qu'« *Entre de tels contractants, les uns colossaux, les autres infimes, l'autonomie de la volonté cessait d'avoir un sens ; la liberté contractuelle devenait une réalité unilatérale, ne fonctionnant qu'au profit du plus fort, réalisant à coup sûr l'écrasement du faible. A l'égalité théorique, désormais rompue dans les faits, il fallait substituer l'égalité effective en instituant une politique de réglementation et d'interventionnisme (...)* » (ibid., p. 4, n° 3).

¹⁰⁴ G. Rouhette, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 256

¹⁰⁵ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 157, p. 156

¹⁰⁶ V. not. L. Jossierand, art. préc., spéc. p. 4, n° 3 (et not. : « *ainsi devenait inéluctable un changement dans la configuration des contrats ; n'étant plus les mêmes personnes qu'autrefois, les contractants ne pouvaient plus traiter dans les mêmes conditions que jadis* »). L'on entend ainsi par mutation du contrat, l'incidence du changement d'atmosphère sur l'acceptation que l'on a du contrat, et le changement des règles qui l'encadrent.

¹⁰⁷ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 30, p. 30

¹⁰⁸ J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 47

¹⁰⁹ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 143, p. 268 et s.

¹¹⁰ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004 (rééd. 1937), p. 10 (à l'égard du droit des obligations)

¹¹¹ « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit* » (cité, par ex. (la formule est omniprésente dans les études et ouvrages), par M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 61).

¹¹² B. Pascal, *Pensées*, Le Livre de Poche, 2000, p. 79

14. – Mutation du contrat. Emergence des premières protections de la partie faible. Une nouvelle fois, le « *mythe* »¹¹³ de l'universalisme se vérifiait, comme Montesquieu l'avait magistralement montré, il y a déjà longtemps¹¹⁴. Certaines protections virent alors le jour. Les premières de ce genre, des protections « *compensatoires* »¹¹⁵. Elles étaient législatives ou prétoriennes¹¹⁶. Elles demeuraient élémentaires, mais marquaient le commencement de ce que l'on tentera de parachever dans cette étude : la protection de la partie faible. Le droit sortait de l'abstrait théorique pour s'inspirer des réalités sociétales. L'individualisme montrait ses limites¹¹⁷, et le rôle de l'Etat évoluait¹¹⁸. Le droit des contrats se socialisait¹¹⁹, ce qui fera dire plus tard au doyen Carbonnier que le « *principe social* » est l'un des deux traits essentiels du droit du XX^e siècle¹²⁰. Même ! Le contrat se publicisait, selon d'aucuns¹²¹. Insidieusement, dans le même temps, la personnalisation de la protection du faible débutait¹²². Les

¹¹³ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n^{os} 33 et s., p. 19 et s. ; V. aussi J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, n^{os} 62-64, p. 42-44 ; Adde D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, spéc. (pour une formulation explicite) p. 2-3

¹¹⁴ Il avait en effet démontré mieux que personne, que l'esprit des lois variait indubitablement au cours des temps. C'est même, au fond, l'idée centrale de toute cette œuvre classique de Montesquieu : mettre en lumière les *rappports* des lois avec les facteurs sociétaux, comme le *gouvernement*, les *mœurs*, bien sûr, mais aussi la *religion*, et même le *climat* ou la *nature du terrain* ; V. aussi L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Génay*, t. II, Libr. E. Duchemin, 1977, p. 333 et s.

¹¹⁵ V. not. C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. n^o 24, p. 17-18 ; Adde G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, spéc. n^{os} 68 et s., p. 131 et s. (chapitre consacré à la protection des faibles, sous un jour pour le moins critique).

¹¹⁶ L. Josserand, « La protection des faibles par le droit », art. préc., p. 171 et s. (not. nullité de certaines clauses dans les contrats, justement, de transport et d'assurance, caractère apparent de certains contenus contractuels en fonction de leur gravité, utilisation de l'abus de droit, ou encore, au-delà du strict propos contractuel, l'objectivation de la responsabilité ; V. les exemples et les réf. cités par l'auteur).

¹¹⁷ Cet « *affaiblissement du point de vue individuel* » et « *la mise en valeur du point de vue social* » sont même pour Josserand, au début du XX^e siècle, parmi les causes profondes de la « *transformation qui s'opère dans le domaine contractuel (...)* » (art. préc., spéc. p. 3, n^o 3).

¹¹⁸ V. not. sur cette question J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n^{os} 127 et s., p. 108 et s.

¹¹⁹ L'idée de considérer le contrat comme un fait social est omniprésente chez Demogue : le contrat n'est pas seulement la chose des parties, encore faut-il qu'elle serve les intérêts de la société, tout au moins qu'elle ne s'y oppose pas (V. par ex. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, Libr. A. Rousseau, Paris, 1923, spéc. p. 27 (et not. : « *Ces définitions mettent toujours en première ligne le rôle de la volonté. Le but social du droit n'y apparaît pas assez, surtout à une époque comme la nôtre, où l'autonomie de la volonté, le respect de la volonté pour elle-même ne sont plus les idées dominantes. (...) Il faut donc définir l'acte juridique : celui où le but social poursuivi concorde avec une volonté individuelle* ») ; V. aussi la passionnante étude de Ch. Jamin consacrée à Demogue, dans ce contexte (Ch. Jamin, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », RIEJ 2006, n^o 56, p. 5 et s.), spéc. p. 7

¹²⁰ J. Carbonnier, « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisque éd., 1999, p. 7

¹²¹ L. Josserand, « La « publicisation » du contrat », art. préc., p. 143 et s., spéc. n^o 2 p. 143, sous un sens finalement dualiste : « *tels rapports juridiques, que le code de 1804, respectueux d'une longue tradition, d'abord romaine, puis devenue française, avait abandonnés, ou presque, aux volontés privées, subissent, du fait de l'immixtion du droit administratif, de l'ingérence des pouvoirs publics, une transformation profonde dans le sens d'une socialisation, d'une « publicisation » toujours plus poussée, et se trouvent, de ce chef, projetés sur un plan différent de l'ancien, moins individuel et plus social, moins libéral et plus réglementaire, moins purement civiliste et davantage publiciste* ». V. aussi not., tant les propos sont riches, *ibid.*, n^o 2 p. 144 : « *le contrat a cessé d'être véritablement et en tout état de cause un negotium, au sens traditionnel du mot, une affaire purement privée, pour devenir en quelque mesure et sur bien des points, une affaire publique et presque une « affaire d'Etat » : les volontés privées ont à compter avec la volonté publique qui les fait reculer ; de plus en plus, le contrat est réglementé, contrôlé, dirigé, donc « publicisé »* ». Il semble qu'il faille reconnaître, avec not. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n^o 30, p. 26, que cette idéologie est critiquable : « *la répartition des matières entre le droit privé et public ne dépend pas de la réglementation à laquelle elles se trouvent soumises, mais de leur objet : le droit privé régit les rapports entre les particuliers, le droit public les rapports des particuliers avec les collectivités publiques* ». Il faut lire aussi sur ce point l'analyse crit. de G. Ripert (*Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, spéc. n^o 13, p. 42-43), qui conteste l'analyse de H. Mazeaud (selon laquelle, on vient de le voir en partie, « *Si la loi interdit la création d'un rapport juridique, les intéressés ne pourront sans doute rien faire de valable, mais l'Etat n'entrera pas pour autant dans le domaine des activités privées* », *ibid.*), affirmant not. que « *Ce n'est pas parce que la loi porte une interdiction que le droit privé sera modifié dans sa technique ; mais c'est par là que, chaque jour, son domaine se rétrécit comme la peau de chagrin* », *ibid.*).

¹²² Josserand la remarque en effet assez tôt, en ciblant les protections qui émergent et qui se fondent globalement sur la qualité des contractants (« *Sur la reconstitution d'un droit de classe* », DH 1937, p. 1 et s. (et not. : « *la condition juridique de l'homme est fixée, non plus abstraitement, mais en fonction de sa position sociale, de sa profession, des services qu'il rend ou qu'il est considéré comme devant rendre à la société ; c'est seulement ès qualités que chacun de nous peut désormais prétendre à la protection de la loi et des pouvoirs publics* »). Adde plus récemment D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295 et s., spéc. n^o 4 ; M.

contractants commençaient à être protégés en raison de leur fonction, de leur qualité. En un mot, pour ce qu'ils sont aux yeux de la société, et non en tant qu'hommes. On semblait distinguer chez ces contractants, avec l'invariance de la certitude, une situation de faiblesse¹²³. Ceci commanda chaque fois l'émancipation de leur protection¹²⁴, amenuisant d'autant l'empire du droit commun. Le contrat n'était déjà plus le terrain de la liberté la plus exacerbée, l'Etat s'en emparant pour la réguler¹²⁵. Le contrat devenait dirigé¹²⁶, voire forcé¹²⁷. C'est en effet que, sans égalité concrète, la liberté est chimérique¹²⁸.

15. – L'apport doctrinal à cette prise de conscience. Avec « conviction ou fatalisme », qu'une importante doctrine du début du XX^e siècle plaidait en faveur d'une telle direction¹²⁹. L'on étudiait activement cette tendance à « la protection des faibles par le Droit »¹³⁰. Et pour cause : dans les années 1930, les tensions sociétales sont importantes¹³¹. L'on comprend alors, rétrospectivement, qu'il put s'agir là d'une nécessité, bien plus que d'une conviction idéologique¹³². C'est ainsi que Ripert traitait du faible¹³³ par « nécessité pratique », Josserand par « conviction humaniste »¹³⁴, et Demogue par « militantisme social »¹³⁵. Ce qui mena Ripert, notamment, à émettre à de virulentes critiques, surtout à l'endroit de

Borysewicz, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. I, PUAM, 1979, spéc. p. 91 ; J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, spéc. p. 835, n° 1

¹²³ L'on songe essentiellement, aujourd'hui, aux travailleurs, locataires, assurés, et bien sûr aux consommateurs.

¹²⁴ V. par ex. pour le droit du travail, P. Durand, « Le particularisme du droit du travail », *Dr. soc.* 1945, p. 298 et s. ; G.-H. Camerlynck, « L'autonomie du droit du travail », *D.* 1956, p. 23 et s. ; G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », *RTD civ.* 1974, p. 229 et s. ;

¹²⁵ Le dirigisme est déjà, au-delà du domaine contractuel, assez vigoureusement souligné par G. Ripert dans « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique » (*D.* 1950, p. 1 et s., spéc. p. 4, parlant d'un « problème angoissant », à l'égard de l'acceptation de « l'intervention de l'Etat législateur et administrateur dans l'espérance d'un ordre meilleure et d'une justice plus grande »).

¹²⁶ L. Josserand, « Le contrat dirigé », *DH* 1933, p. 89 et s. (très critique) ; *Adde*, également par Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », art. préc., spéc. p. 2, n° 2 (où Josserand affirme que « S'il fallait cependant ramener à un standard commun l'orientation de notre droit contractuel français d'aujourd'hui, c'est, pensons-nous, au grand phénomène de « dirigisme » qu'il conviendrait de se référer »). V. aussi S. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, nos 120 et s., p. 96 et s.

¹²⁷ V. not. L. Josserand, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », *DH* 1940, p. 5 et s. ; *Adde* P. Durand, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.* 1944, p. 73 et s. ; R. Morel, « Le contrat imposé », in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 116 et s.

¹²⁸ V. not. la formule de J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 108, p. 89 (et not. : « Dans de telles situations, que reste-t-il du premier postulat libéral ? Là où l'égalité nominale entre les contractants ne fait plus que dissimuler une profonde inégalité réelle, la liberté contractuelle devient pouvoir, pour l'un, d'imposer à l'autre ses conditions. Il n'y a pas de liberté vraie où il n'y a pas égalité »).

¹²⁹ J.-P. Chazal, « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », art. préc., spéc. p. 1-2

¹³⁰ Titre de la conférence préc. de Josserand.

¹³¹ Ch. Jamin, art. préc., spéc. p. 7-8 (l'idée est de renouer avec la paix sociale par le prisme de cette forme de stimulation de la solidarité, de « restaurer une harmonie sociale perdue ». L'idée de justice n'est alors que secondaire, il s'agit avant tout de garantir l'intégrité du corps social).

¹³² V. par ex. en ce sens la manière de présenter le problème de L. Josserand (« Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », art. préc., spéc. p. 3, n° 3, et p. 30, n° 25, où le pragmatisme presque pessimiste ressort particulièrement).

¹³³ Il y réserve not. un chapitre entier dans *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (LGDJ, 1936, nos 68 et s., p. 131 et s.). A la lumière des propos contenus dans le reste de l'ouvrage, l'on perçoit nettement la logique suivie. V. not., pour des passages significatifs, *ibid.*, n° 68, p. 131-132 : « La démocratie moderne assure la protection des faibles avec d'autant plus de complaisance que les faibles sont en fait les plus nombreux. La puissance n'appartient qu'à quelques-uns ; les richesses sont accumulées dans quelques mains (...). En face de ces privilégiés, les plus nombreux détiennent par le bulletin de vote le pouvoir politique ; ils sont, par leurs représentants, les maîtres de voter la loi. Il n'est pas étonnant, dès lors, qu'ils essaient de se protéger par les lois contre les abus de la puissance économique » ; ou encore *ibid.*, n° 81, p. 158 : « Les petits sont plus nombreux que les gros. Les satisfaire, c'est s'assurer l'appui d'une majorité. Le législateur est, par suite, toujours favorable aux petits, et il le serait bien plus encore si les gros ne possédaient des moyens d'influence pour compenser les bulletins de vote ! ».

¹³⁴ J.-P. Chazal, art. préc., p. 2 (affirmant notamment que « Josserand, quant à lui, ne défend pas les faibles par dépit ou par nécessité tactique, mais par conviction humaniste ; il tient à mettre le social au cœur du droit civil, alors que Ripert tente de juguler le social en se servant du droit civil comme rempart, même s'il consent à l'adapter à la marge »). V. ci-dessus, pour plus de détails sur l'idéologie de Ripert.

¹³⁵ J.-P. Chazal, art. préc., p. 4

Josserand, dont il rapprocha la pensée du socialisme soviétique dont on connaît alors la réputation en France¹³⁶. C'est qu'être d'accord pour protéger le faible ne suffit pas : la justification de fond, diamétralement opposée (humanisme/pragmatisme, autrement dit protéger pour ne pas déchaîner les foules¹³⁷), était fondamentale. Quoi qu'il en soit, l'on constatait qu'en tous pays, des mesures étaient « *prises pour venir au secours des nouveaux faibles, de ceux qui subissent l'oppression des forces économiques et sociales du monde contemporain* »¹³⁸. Il faut croire que, déjà, l'on avait compris que la liberté et la protection des faibles n'étaient pas nécessairement indissociables¹³⁹.

16. – De l'obsolescence du curatif à l'effervescence du préventif. Mutation de la nature des protections. Josserand avait déjà synthétisé la distinction, plus actuelle que jamais, entre les protections préventives et curatives¹⁴⁰. C'est que la protection elle-même a dû changer de nature pour être efficace. L'on passe d'une certaine obsolescence du curatif, à une effervescence du préventif. Comme la faiblesse est désormais circonscrite et répandue, et non plus inhérente et quantitativement marginale, il s'agit bien davantage de tenter de la traiter en amont bien plutôt qu'en aval¹⁴¹. Pour ce faire, l'on a également déplacé le siège de la protection, de la personne protégée vers la personne contre qui l'on protège, se trouvant chargée d'obligations nouvelles¹⁴². Le but n'est plus de soigner la blessure, mais de se prémunir contre les risques¹⁴³. Cette obsolescence n'a rien de malade, en tant que telle : « *les codes n'échappent pas aux effets du temps qui passe et la sécurité juridique qu'ils apportent s'érode inévitablement au fil des ans* »¹⁴⁴. Il en va tout différemment, si le législateur ne prend pas le parti d'un renouvellement, suffisamment tôt. Déjà aurait-on pu songer à mettre à jour le droit commun du Code civil. Il n'en fut rien. La réforme du droit des contrats, près d'un siècle après la mise en lumière de ces nécessités, est seulement aujourd'hui sur le point d'aboutir¹⁴⁵.

¹³⁶ J.-P. Chazal, art. préc., spéc. p. 10-11. Ceci peut, dans une certaine mesure, sembler paradoxal à la lecture de certains passages de l'œuvre de Ripert, bien moins, évidemment dans ses autres ouvrages que dans la règle morale. Surprend-on ainsi un genre de propos qui, à la lecture de telles critiques adressées à Josserand, n'auraient jamais semblées pouvoir être rattachées à Ripert. V. not. *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 70, p. 126 : « *Si on arrive alors en dernière analyse à se demander dans quelle mesure il est interdit à un contractant de se servir de l'avantage naturel que lui donne sa situation pour conclure une affaire avantageuse, il est impossible de trouver d'autre réponse que celle-ci : il est contraire à la morale qui enseigne de traiter les hommes en frères, de se livrer à l'odieuse exploitation du prochain* » (nuançant certes, juste après, mais, au ton employé, semble-t-il à regrets, par la confrontation « *aux nécessités du commerce juridique* » (ibid., n° 71, p. 127)).

¹³⁷ Déjà Tocqueville avait mis en garde contre « *l'omnipotence de la majorité* », tirée de son expérience américaine célèbre (*De la démocratie en Amérique*, GF Flammarion, 2010, p. 89 et s.). Les propos de Ripert sont donc à appréhender sous un angle similaire, et non pas à interpréter comme une pure critique de la protection des faibles.

¹³⁸ L. Josserand, « La protection des faibles par le droit », préc., p. 177

¹³⁹ Sur cette question, V. *infra* nos 801 et s.

¹⁴⁰ Josserand qualifiait d'ailleurs la seconde de ces expressions légèrement différemment, évoquant le « *droit sanctionneur* » (art. préc., p. 172).

¹⁴¹ V. aussi sur ce thème la profonde étude de C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002 ; V. aussi, sous un autre prisme mais dans le même sens : Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 669 et s.

¹⁴² V. not. sur ce point, déjà : L. Josserand, « La protection des faibles par le droit », préc., p. 171 (et not. : « *ce n'est pas la personne du protégé qui devient le siège de mesures protectrices qui ont une incidence tout autre ; c'est la partie adverse que l'on atteint et dont on paralyse, dont on conditionne l'activité ; c'est le plus fort que l'on maîtrise afin qu'il n'exploite pas injustement le faible ; le handicap est pour lui, non pour sa victime désignée* ») ; M. de Juglart, « L'obligation de renseignements dans les contrats », RTD civ. 1945, spéc. p. 3, n° 5 (qui souligne cette inversion de démarche, l'on se place désormais du côté de la partie forte).

¹⁴³ L'on s'est inspiré ici de l'expression de J.-P. Chazal, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 244 (« *l'être vulnérable n'est pas tant l'être blessé, que celui qui peut l'être en raison de sa faiblesse* » ; et doit être protégé parce « *qu'il n'est pas bien armé pour faire face à son partenaire-adversaire* »).

¹⁴⁴ R. Cabrillac, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), Soc. de légis. comp., 2008, p. 75

¹⁴⁵ V. sur ce point *infra* nos 567 et s.

17. – Accentuation profonde des mutations sociétales dès la seconde moitié du XX^e siècle.

Apparition de la consommation de masse. La seconde moitié du XX^e siècle est marquée par deux phénomènes : l'accentuation sensible des changements sociétaux qui ont débuté plus tôt, et leur aggravation par l'adjonction d'une nouvelle composante. Et non des moindres : il s'agit de l'apparition du phénomène de consommation de masse. Les rapports contractuels sont plus que jamais transformés¹⁴⁶, professionnalisés¹⁴⁷. La révolution technologique est à l'œuvre, et nul ne peut désormais, sans être spécialiste, connaître les tenants et aboutissants du contrat qu'il envisage. Le savoir passe dès lors du lieu commun à un enjeu cardinal élitiste¹⁴⁸. Le contrat devient collectif et de plus en plus répandu. Il consiste désormais bien davantage en une activité régulière, bras armé de l'impersonnel, de la consommation, de l'économie¹⁴⁹. Les contrats d'adhésion allaient connaître leur apogée. En perspective, la société contemporaine continuait invariablement de se développer, de se complexifier. Le droit devenait encore plus inaccessible, et encore moins intelligible pour le commun des contractants. Le dirigisme était d'une actualité inédite, tant l'idéologie « *idyllique* » de contractants égaux était définitivement révolue¹⁵⁰.

18. – Complexification et densification exponentielles du droit. Probablement initiée au premier quart du XX^e siècle¹⁵¹, une formidable et exponentielle¹⁵² « *inflation législative* »¹⁵³, tournant même à une « *frénésie législative* »¹⁵⁴, était constatée à la seconde moitié de ce siècle¹⁵⁵. Montesquieu nous avait mis en

¹⁴⁶ V. not. B. Berlioz-Houin, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 et s.

¹⁴⁷ P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008, n° 9, p. 7

¹⁴⁸ V. not. Th. Ivainier, « De l'ordre technique à l'ordre public technologique », JCP G 1972, 2495

¹⁴⁹ R. Savatier a d'ailleurs établi très tôt, si l'on prend l'apparition de la consommation de masse comme point de repère, le lien entre l'« *avènement de la législation économique* » et l'inflation législative (« L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977, spéc. p. 45-46 (et not. : « *Cela est récent. Le bien commun poursuivi par le « Droit », et qui avait « la loi » pour instrument, était conçu comme de nature morale et sociale. Il le reste, sans doute, en son sommet. Mais le développement éclatant des sciences et techniques économiques a fait apparaître la nécessité, pour l'atteindre, d'équiper le pays – suivant les leçons des économistes, – des ressources nécessaires* » ; or cet « *ordre public économique a une mission plus spéciale, celle de faire face, à tout moment, à la conjoncture (...)* »).

¹⁵⁰ V. not. M. Armand-Prévost et D. Richard, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », JCP G 1979, I, 2952

¹⁵¹ Ripert mentionne d'ailleurs cette « *grande production législative* », disant d'elle qu'elle a succédé à la première guerre mondiale, et qu'elle est même « *assurément un caractère essentiel du demi-siècle écoulé* » (G. Ripert, « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique », D. 1950, p. 2 ; mais le phénomène n'est pas comparable à celui que nous connaissons aujourd'hui : la floraison des lois que relate Ripert avait, pour une grande partie, été due au fait que l'Etat avait pris des mesures dans l'urgence pour se charger des missions que la guerre l'avait obligé à assumer).

¹⁵² Au début des années 1990, le Conseil d'Etat sonnait l'alarme dans un retentissant rapport (Rapport public du Conseil d'Etat, 1991, « De la sécurité juridique » (disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>)), dénonçant avec vigueur les effets de la « *prolifération des textes* », « *l'instabilité des règles* » et « *la dégradation de la norme* ». Quinze ans plus tard, le Conseil d'Etat émettait un nouveau rapport, percutant, sur le même thème (Rapport public du Conseil d'Etat, 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit » (disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>)). Il a quelques années, l'on a pu recenser environ 10 500 lois et 127 000 décrets en vigueur en France, ce à quoi il faut ajouter 7 400 traités et 17 000 textes communautaires (Ph. Sassier et D. Lansoy, *Ubu loi. Trop de lois tue la loi !*, Fayard, 2008, de manière symptomatique dès le premier paragraphe de l'introduction de l'ouvrage ; et le reste de l'ouvrage pour un constat assez accablant). L'inflation législative excessive est dès lors une réalité « *tangible et mesurable* » (G. Hispalis, « Pourquoi tant de lois ? », Rev. Pouvoirs 2005, n° 114, p. 101, débutant par l'évocation des chiffres transcrivant, en poids, le niveau de prolifération des lois).

¹⁵³ L'expression semble être initialement due à R. Savatier dans son célèbre article « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977, p. 43 et s. ; V. aussi, depuis : J.-C. Zarka, « A propos de l'inflation législative », D. 2005, p. 660 et s. ; Y. Benhamou, « Réflexions sur l'inflation législative », D. 2010, p. 2303 et s. ; l'on trouve aussi l'idée de « *surproduction normative* » (expression utilisée par le Conseil d'Etat (Rapport public 1991, préc.). V. encore, l'étude crit. de H. Moysan, « A propos de l'inflation des chiffres mesurant l'inflation des lois », D. 2007, p. 3029 et s.

¹⁵⁴ « Le Parlement surmené dénonce la frénésie de lois », Le Monde, 27 janv. 2010

¹⁵⁵ Et, en ce début de XXI^e siècle, un nouveau phénomène bien plus large encore se voit identifié, la « *densification normative* » (C. Thibierge, « La densification normative. Découverte d'un processus », D. 2014, p. 834 et s.).

garde : « *Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires* »¹⁵⁶. Malheureusement, « *l'accélération de l'histoire* »¹⁵⁷ allait faire jouer au droit une partition disharmonique. Cette « *saturation juridique* »¹⁵⁸ produisit tous ses effets. La loi était dévaluée¹⁵⁹, désacralisée¹⁶⁰. Elle devenait une résultante trop dense¹⁶¹ et complexe de la vie des hommes, empressée¹⁶², esclaves des circonstances¹⁶³ et de l'accélération sociétale. C'est la célèbre *passion du droit*, et ses dérives, qu'évoquait Carbonnier¹⁶⁴. Où est la « *sage lenteur* » indissociable du « *bon législateur* »¹⁶⁵ ? « *Tout comme il faut consommer avec modération les boissons alcooliques, il faudrait savoir user avec modération de la législation* »¹⁶⁶. Celle-ci est en outre trop souvent, subséquemment et paradoxalement, d'application très tardive¹⁶⁷. L'on sait pourtant que sans

¹⁵⁶ Montesquieu (Ch.-L. de Secondat), *De l'esprit des lois*, vol. II, GF Flammarion, 1999, livre XXIX, chap. XVI, p. 305

¹⁵⁷ R. Savatier, « Le droit et l'accélération de l'histoire », D. 1951, p. 29 et s. ; *Adde* du même auteur et sur ce thème *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, n^{os} 1 et s., p. 1 et s.

¹⁵⁸ J. Carbonnier, « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasser éd., 1999, p. 6

¹⁵⁹ Leur qualité baisse, et leur utilité est de moins en moins avérée (V. sur ce point G. Carcassonne, « Penser la loi », Rev. Pouvoirs 2005, n^o 114, p. 39 et s. ; *Adde* Th. Le Bars, « La méthode législative et l'histoire de la colonisation », D. 2005, p. 788 et s.). La loi « *bavarde* » aussi parfois : or, « *lorsque le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite* » (Rapport public 1991, préc.). L'on se souvient sur ce point de l'expression de J. Foyer « *neutron législatif* » (visant les textes « *dont la charge juridique est nulle* ») (formule employée semble-t-il pour la première fois lors d'une séance du 21 juin 1982 : JOAN, p. 3667). La qualification de « *droit à l'état gazeux* » avait également pu être évoquée plus récemment (Rapport public 1991, préc.).

¹⁶⁰ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, p. 353, n^o 426 ; *Adde* M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, spéc. n^{os} 118 et s., p. 93 et s.

¹⁶¹ L'évolution ne semble pas démontrer d'une recrudescence de lois votées, le nombre ayant semblé stagner (Rapport public 2006, préc.). L'état incontestable de la prolifération des lois n'est donc pas aggravé par la frénésie du rythme, mais par d'autres facteurs insidieusement masqué par le seul recours au volume des lois adoptées par le seul Parlement (G. Hispalis, art. préc., p. 107). L'on trouve ainsi l'importante hausse de la longueur des textes (le Recueil des lois de l'Assemblée nationale est passé de 433 pages en 1973 à 1 274 pages en 1993, soit une augmentation d'environ le triple en 20 ans. Environ 10 ans plus tard, en 2004, ce chiffre était de 3 721 pages (Rapport public 2006, préc.)). Ce genre d'indice porte à croire que tout ceci ne constitue pas une évolution normale et saine des lois, sans parler de l'aggravation de ce phénomène dues à des raisons procédurales, comme la pratique actuelle des amendements devenue presque irrationnelle. L'on trouve également les excès du recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Conçues comme un mécanisme exceptionnel, force est de constater, notamment depuis la loi du 16 décembre 1999 autorisant le Gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de neuf codes par voie d'ordonnance (L. n^o 99-1071 du 16 déc. 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes), qu'elles sont devenues plus ordinaires qu'exceptionnelles (M. Guillaume, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », Rev. Pouvoirs 2005, n^o 114, p. 117 et s., où l'auteur évoque même une « *systématisation récente du cours aux ordonnances* ». Ainsi, de 1960 à 1990, 158 ordonnances ont vues le jour. En revanche, en seulement 5 ans, de 2000 à 2005, 130 ont été publiées, soit un nombre équivalent en un temps 6 fois moins long.) Si l'on a pu considérer que notre droit en sortait au total renforcé, grâce à cette nouvelle alliée que constitue la technique des ordonnances¹⁶¹, nous ne sommes pas de cet avis. Que les ordonnances soient actuellement un « *nécessaire complément* » de la loi ne nous évoque rien d'autre qu'une profonde détresse du processus créatif du droit, et des conséquences désastreuses qui en découlent. Les réformes importantes ainsi intervenues plus rapidement ne sont que le mirage d'un équilibre retrouvé : en effet, « *le remède n'est-il pas devenu pire que le mal* » ? (Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, 3 janv. 2005, CCC, n^o 18 (juillet 2005)). Au-delà, il est vrai que le débat semble devoir être axé moins sur la séparation des pouvoirs que sur la bien plus fondamentale question de la qualité de loi (V. sur ce point B. Mathieu, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », Rev. Pouvoirs 2005, n^o 114, p. 73 et s.).

¹⁶² R. Savatier le disait déjà : « *Une des insécurités dont souffre l'usager de la loi consiste dans les repentirs du législateur, constatant, après coup, ses oublis ou ses malfaçons. Il les répare alors en faisant ce qu'il appelle « la toilette » de sa loi. Et il est bien certain que cette toilette est parfois nécessaire. Mais le législateur ne devrait-il pas plutôt s'imposer de ne sortir sa loi qu'après l'avoir déjà débarbouillée ?* » (R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977, p. 48).

¹⁶³ Au culte grandissant de l'électoratisme relayé par les médias, répond le « *culte de l'impermanence* » (F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n^o 420, p. 348). Sous une pression médiatique devenue démesurée, les politiques se sentent forcés de réagir vite dès lors qu'un problème quelconque se présente (G. Carcassonne, art. préc., p. 40, parle de « *boulimie* » du législateur), si tant est que celui-ci soit digne d'être médiatisé (F. Terré, loc. cit. : « *la colère des victimes, les clameurs de la rue, les dérives médiatiques contribuent constamment à favoriser le vent des réformes* »). Il en découle une « *dépréciation ininterrompue* » (ibid.) des lois puisque, sans réflexion préalable, le principal est dans le titre (N. Molfessis, « Le titre des lois », in *Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 47 et s.).

¹⁶⁴ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996

¹⁶⁵ « *Les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse de justice et de raison* » (J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX », préc., p. XXIII). V. not. sur cette question J.-L. Souriaux, « Le bon législateur selon Portalis », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 515 et s.

¹⁶⁶ M. Vivant, « L'égiférer avec modération », D. 2015, p. 561

¹⁶⁷ Le problème des décrets d'application est bien connu : l'on parle d'un délai d'environ 10 mois pour que les décrets appropriés soient publiés, sans lesquels, bien souvent encore, la loi ne trouve aucune application (Rapport public 2006, préc.).

recul, l'inefficience (au mieux) et le danger (au pire) planent¹⁶⁸. La spécialisation contemporaine du droit en témoigne, et avec elle le « *pullulement des codes* »¹⁶⁹. Il s'agit là, à l'évidence, de la manifestation d'une dégradation¹⁷⁰, d'un grand « *désordre juridique français* »¹⁷¹. Le droit a ainsi fort naturellement, dans l'opinion commune, la réputation d'être « *aride, complexe, propice aux arguties et aux chicanes, voire empreint de mystère* »¹⁷². S'en suivent naturellement une « *indigestion du corps social* »¹⁷³ et une « *réaction de rejet et de désobéissance* »¹⁷⁴ chez les sujets de droit¹⁷⁵. L'« *image de la justice* » suit le mouvement¹⁷⁶. Entre autres pour ces raisons¹⁷⁷, la sécurité juridique¹⁷⁸, si elle est une préoccupation cardinale depuis toujours¹⁷⁹, est de nos jours une obsession¹⁸⁰. L'« *art de légiférer* » est difficile¹⁸¹, et ses virtuoses sont devenus rares. Alors que les propositions doctrinales d'apporter leur concours demeuraient vaines il y a un siècle¹⁸², elles sont aujourd'hui de plus en plus décisives. La matière contractuelle ne saurait en constituer un meilleur exemple. En définitive, et ce constat de Ripert a plus d'un demi-siècle, « *On a déjà*

Sans parler bien sûr du pouvoir plus ou moins arbitraire ainsi conféré au pouvoir réglementaire, autrement dit, aux politiques...

¹⁶⁸ Josserand disait déjà, justement en matière de protection des faibles, que « *le dirigisme doit être un facteur d'ordre et non pas une école d'anarchie juridique et sociale ; une méthode scientifique appliquée avec un esprit de suite, et non pas une expérience fantaisiste faite de réactions brusques et de dangereux soubresauts* » (L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », art. préc., p. 20-21, n° 18).

¹⁶⁹ V. sur ce point la fameuse étude de N. Molfessis (« Le Code civil et le pullulement des Codes », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 et s.). Ainsi, dans une période écoulée d'environ vingt ans, une vingtaine de codes a vu le jour. Leur contenu semble d'ailleurs bien plus préoccupant que leur existence même. Le problème est donc une spécialisation de contenus plutôt que de contenant. Quoi qu'il en soit, environ soixante dix codes étaient en vigueur en droit français début 2012 (<http://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do>). V. déjà sur cette « *contamination des codifications* » : R. Savatier, art. préc., p. 47

¹⁷⁰ V. not. G. Pignarre, « L'effet pervers des lois », RRJ 1994, p. 1097 et s. ; V. déjà R. Decottignies, « L'erreur de droit », RTD civ. 1951, p. 309 (et not. : « *Le législateur détruit avec autant d'ardeur qu'il crée, frappant de caducité l'œuvre législative de ses prédécesseurs, quitte à la reprendre bientôt pour son propre compte* »).

¹⁷¹ V. not. R. Libchaber, « Réflexions sur le « *désordre juridique français* » », in *Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, 2004, p. 405 et s. (l'expression est de A. Decocq, dans un art. paru aux mélanges Foyer).

¹⁷² F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n° 1, p. 1

¹⁷³ R. Savatier, art. préc., p. 43 et s.

¹⁷⁴ J. Carbonnier, « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisque éd., 1999, p. 6

¹⁷⁵ V. d'ailleurs sur ce rejet, qui se retourne parfois contre les juristes, en tant que derniers à détenir les moyens de s'y retrouver, tant bien que mal selon les cas, dans cet amas de règles que constitue le droit : Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009, spéc. n° 275, p. 528 ; V. sur la question du septicisme à l'égard du droit engendré chez les sujets de droit, *infra* n°s 18, 532 et s.

¹⁷⁶ V. not. F. Terré, « Sur l'image de la justice », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 121 et s. (et les nombreuses réf. not. celles renvoyant à des résultats de sondages menés sur ce thème, et leur analyse).

¹⁷⁷ Th. Piazzon les met en lumière de manière très fouillée et immensément plus complète (op. cit., spéc. nos 83 et s., p. 127 et s.).

¹⁷⁸ V. not. la belle étude consacrée par Th. Piazzon, op. cit. (la lecture de l'introduction suffit à s'imprégner de cette actualité, mise en perspective, not., avec la crise législative que nous traversons ; mais aussi des enjeux de la sécurité juridique, très tôt mis en exergue (spéc. n° 3, p. 6 : « *On rattache généralement à la sécurité juridique trois sous-exigences : accessibilité, prévisibilité et stabilité du droit et des droits. Les sujets de droit doivent d'abord être en mesure de connaître et comprendre le droit applicable pour pouvoir agir avec certitude ; le droit doit ensuite être respectueux des prévisions juridiques des sujets de droit qu'il ne doit pas déjouer ; enfin, un droit instable risque de ruiner les attentes des sujets de droit et leur confiance même dans le droit* ») ; et sur ce « *triptyque classique* », bien plus en détails, *ibid.*, nos 11 et s., p. 17 et s.). *Adde* sur ces questions N. Molfessis, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2006, préc., p. 391 et s.

¹⁷⁹ V. not. Th. Piazzon, qui analyse en profondeur « *L'universalité de la sécurité juridique comme valeur du droit* », « *aussi bien dans le temps que dans l'espace* » (op. cit., nos 69 et s., p. 93 et s. (et les nombreuses réf. citées)). L'exigence daterait, au moins, du droit romain, son aspect très formaliste constituant le premier des arguments (*ibid.*, n° 70, p. 96).

¹⁸⁰ Th. Piazzon développe aussi beaucoup la question de « *L'engouement actuel pour la sécurité juridique* » (*ibid.*, nos 78 et s., p. 112 et s. ; ainsi que les nombreuses réf. citées, concernant not. l'engouement contemporain pour la sécurité juridique, not. doctrinal, mais également celui, plus démocratisé, d'acteurs de la vie politique comme les parlementaires). L'auteur émet donc, plus tard dans l'œuvre, un certain nombre de prescriptions pour tenter de promouvoir l'impératif de sécurité juridique, au nombre desquelles figurent not. « *la désinflation législative* » mais surtout « *ses alternatives* », comme s'assurer avec plus de pertinence de la nécessité de chaque loi *a priori* (études d'impact, not.) (V. sur ces points *ibid.*, nos 253 et s., p. 484 et s.). L'on trouve aussi, cette fois dans un dessein davantage axé sur l'accessibilité intellectuelle, le fameux thème de la simplification du droit (*ibid.*, nos 260 et s., p. 496 et s.).

¹⁸¹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998 (rééd. 1955), spéc. n° 142, p. 346

¹⁸² G. Ripert, op. cit., n° 142, p. 347 (citant not. les mains projets de la société d'études législatives, créée par Saleilles en 1904, restés ignorés).

connu dans l'histoire du droit la difficulté de connaître la loi applicable au temps où elle n'était pas écrite. Nous connaissons une difficulté opposée, celle de la connaître au milieu de tant de textes »¹⁸³. Cet ensemble (inflation, impermanence, déficit qualitatif, insécurité juridique) forme le cœur de l'une des œuvres majeures de cet auteur, dont les propos apparaissent jour après jour comme des présages visionnaires¹⁸⁴.

19. – Mêmes phénomènes en droit des contrats. Le phénomène s'est sans surprise décliné au droit des contrats. Sans surprise puisque, comme on l'a vu, l'évolution du contrat est l'écho des évolutions de la vie entre les hommes, cet instrument organisant un certain nombre de leurs relations. Il est même, en matière économique, le principal vecteur de celles-ci¹⁸⁵. Or, le contrat a redoublé de vigueur, en changeant. D'aucuns, comme Marty et Raynaud, l'avait brillamment prophétisé¹⁸⁶. Devant la « vitalité de l'activité humaine »¹⁸⁷, à l'heure de la mondialisation¹⁸⁸, de la machine¹⁸⁹ puis du numérique, le contrat est en effet plus que jamais un « univers en expansion »¹⁹⁰. Plus encore qu'hier vit-on « de plus en plus contractuellement »¹⁹¹. La pratique, notamment des affaires¹⁹², imagine sans cesse de nouveaux modèles de contrats répondant soit à de nouveaux besoins, soit à des besoins préexistants d'une manière optimisée¹⁹³. La question de « l'innovation contractuelle » se pose alors ardemment¹⁹⁴.

¹⁸³ G. Ripert, op. cit., n° 144, p. 351

¹⁸⁴ G. Ripert, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949 (spéc. chap. III, IV, V et VI)

¹⁸⁵ C'est un lieu commun (V. par ex. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 400, p. 181 ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008, n° 1, p. 1 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n° 3, p. 2 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 16, p. 29).

¹⁸⁶ « On pourrait être tenté de croire qu'après jout d'une grande faveur et joué un grand rôle, le contrat est sur le point de disparaître du monde juridique. Une telle conclusion serait excessive. Le déclin du contrat ne doit pas être exagéré. Certains auteurs l'ont même contesté en s'efforçant de démontrer que le contrat se transforme plus qu'il ne perd du terrain, ses transformations obéissant à une loi sociologique d'adaptation des institutions aux conditions nouvelles de la vie, que la méthode expérimentale permettrait de démontrer. (...) Il est donc probable que, quelque soit l'avenir de nos institutions politiques et sociales, le contrat survivra, quitte à se transformer pour s'adapter » (G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, n° 53, p. 42-43). Le doyen Savatier avait aussi soutenu cette idée (R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, nos 34 et s., p. 41 et s.). Ce qui s'est vérifié : J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 44 : « le contrat a magnifiquement surmonté les risques de dislocation, de dissolution ».

¹⁸⁷ P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008, n° 7, p. 7

¹⁸⁸ *Rappr.*, au-delà de la faiblesse contractuelle, A. Euzéby, « La mondialisation de l'économie, source de vulnérabilité », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 47 et s.

¹⁸⁹ V. déjà C.-A. Colliard, « La machine et le droit privé français contemporain », in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 115 et s.

¹⁹⁰ Ph. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 134

¹⁹¹ La formule n'est pourtant pas d'aujourd'hui : L. Jossierand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », art. préc., p. 7, n° 5 (« La gamme des contrats s'avère donc de plus en plus étendue, de plus en plus riche : nous vivons de plus en plus contractuellement ») ; *Adde*, du même auteur, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, Libr. E. Duchemin, 1977, p. 333 et s. ; et, plus récemment, B. Berlioz-Houin, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 et s.

¹⁹² Le droit commercial puise en effet profondément dans la pratique, reflet de ce qu'elle tend à s'orienter naturellement vers la sécurité et la rapidité des transactions (V. not. D. Houtcieff, *Droit commercial*, Sirey, 3^{ème} éd., 2011, spéc. n° 36, p. 17).

¹⁹³ V. not. J.-M. Leloup, « La création de contrats par la pratique commerciale », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, PUF, 1986, p. 167 et s. ; M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s. (spéc., not., p. 236, n° 3, l'auteur relevant que « Certains des contrats récents sont de véritables « produits nouveaux » dont le contenu (...) n'emprunte pas à des moules préexistants ») ; déjà avait-on pu dire, bien plus tôt, que « Ce ne sont pas les philosophes avec leurs théories, ni les juristes avec leurs formules, mais les ingénieurs avec leurs inventions qui font le droit et le progrès du droit » (A. de Lapradelle, cité par C.-A. Colliard, « La machine et le droit privé français contemporain », in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 115).

¹⁹⁴ D. Lamèthe, « L'innovation contractuelle », D. 2008, p. 1152, affirmant not. en ce sens que les « entreprises se trouvent confrontées à la nécessité de développer des innovations contractuelles pour améliorer leurs actions, activités, interventions en diminuant les risques, ou apparaître sur des marchés nouveaux ».

20. – Sur-spécialisation contractuelle. Ce phénomène « *ne se traduit pas seulement par des créations ex nihilo* »¹⁹⁵. Les contrats spéciaux sont eux-mêmes devenus encore plus spéciaux¹⁹⁶. De nouvelles sous-divisions fleurissent, dans une démesure qui ne participe guère du « *bon droit* »¹⁹⁷. La doctrine a même parlé de « *sur-spécialisation* »¹⁹⁸, formée de « *contrats très spéciaux* » qui « *chassent les contrats spéciaux* »¹⁹⁹. L'on cède ainsi à la « *tentation du « tout nommé »* »²⁰⁰. Et, contrairement à certaines confusions, c'est bien eu égard à ces phénomènes, et non en contradiction avec eux, que le problème d'une « *crise du contrat* » a été posé²⁰¹. Il y a là une « *tendance régressive du droit* »²⁰². La justification tenant à un accompagnement de la croissance économique n'est pas suffisante, tant la pratique sait bien davantage se passer de droit que s'accommoder d'une fresque obscure et inintelligible²⁰³. Un temps s'effondre, alimentant l'avènement d'un autre. « *Elle était si belle et si simple, la notion de contrat dans le Code civil !* »²⁰⁴. Désormais, c'est « *l'éclatement du droit civil hors le Code civil* » qui préside²⁰⁵.

¹⁹⁵ P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008, n° 7, p. 7

¹⁹⁶ V. not. sur la spécialisation en matière contractuelle : Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, n° 10, p. 15 et s.

¹⁹⁷ Ph. Malinvaud, « La protection des consommateurs », D. 1981, spéc. p. 62 (et not. : « *Pêchant peut-être par pessimisme, nous aurions tendance à penser que la multiplication des réglementations n'est pas le signe du bon droit (...)* »).

¹⁹⁸ Ph. Rémy, « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 110 (et l'ensemble de l'étude, au-delà de la formule, pour une rétrospective magistralement précise et complète de cette évolution). V. aussi sur ce point Ph. Le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349 et s., spéc. p. 351, n° 4 ; Ph. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 117 et s. ; G. Lardeux, « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », LPA 14 sept. 2005, p. 3 et s.

¹⁹⁹ Ph. Rémy, loc. cit.

²⁰⁰ A. Bénabent, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 247 (à l'égard de laquelle l'auteur prône la méfiance, dans la perspective d'une recodification des contrats spéciaux).

²⁰¹ H. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », in *Arch. phil. dr. 1968*, t. XIII « Sur les notions de contrat », p. 13 et s. (Batiffol n'envisage pas une crise de l'accord de volonté comme instrument d'échanges entre les hommes, d'une vitalité incontestable et incontestée, surtout dans les années 1960. Il s'agit de mettre l'accent sur les dangers pesant sur l'intégrité du contrat, en tant que concept régis par une théorie générale, jusqu'ici identifiée à l'autonomie de la volonté. Autrement dit, l'étude visait déjà à dénoncer la dislocation du socle commun de règles applicables à tous les contrats par la multiplication des régimes spéciaux enfraignant les principes de la théorie générale, non à prétendre que le contrat en tant que tel allait disparaître. La crise ainsi entendue ne résidait ainsi plus dans celle qui était devenue banale de lire dans le premier quart du XX^e siècle (déclin du contrat), mais, cette fois, dans une mutation profonde de l'acception classique du contrat, individualiste et libérale. V. not. sur un tel contexte Ch. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 7 et s.). Adde Ph. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 135 (selon lequel, à force de cette sur-spécialisation, « *si nous n'y prenons garde, cette théorie générale [du contrat] risque un jour de tourner à vide tandis que de leur côté les contrats spéciaux relèveraient, chacun pour ce qui le concerne, d'une sorte de technologie primaire* »). V. déjà G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, p. 9 et s. (et not., p. 9 : « *Une crise de la notion existe bien mais qui n'est point celle que l'on s'est imaginé décrire. Elle réside en ce que, rapprochant certains phénomènes d'une définition donnée, on a parfois procédé, de façon quasi honteuse, sans s'y appliquer franchement ni s'en expliquer clairement, sinon à une véritable révision, du moins à une altération de la notion de contrat ; progressivement, on a concédé telle ou telle des exigences jugées naguère essentielles au contrat (...)* »).

²⁰² V. not. B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 et s., spéc. p. 320-321, pour ce qui est de l'éclatement du droit commun et de cette sur-spécialisation. Et l'auteur d'alimenter ainsi sa démonstration (régression du droit) en soulignant que le système du Code civil avait entendu rompre avec le système de droit romain, caractérisé par ses seuls contrats nommés. Et d'établir le lien avec la sur-spécialisation actuelle, qui tend à revenir, en régressant bien au-delà du seul phénomène cyclique du droit, vers une telle sorte de logique.

²⁰³ Ph. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, spéc. p. 118 (et not. : « *La première réponse qui vient à l'esprit est que le législateur a voulu accompagner la croissance économique, laquelle augmente la consommation juridique et crée le besoin de formules nouvelles. Or, ce n'est que très partiellement vrai : dans certains domaines (...), la pratique a su s'organiser d'une façon qui rend l'intervention législative à peu près superflue* »).

²⁰⁴ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, n° 16, p. 21 (la formule ouvre, de manière symptomatique, les propos sur « *l'éclatement de la notion traditionnelle de contrat* »).

²⁰⁵ La formule fait évidemment référence à l'étude de J.-L. Aubert (« La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 123 et s. ; l'auteur souligne d'ailleurs (ibid., p. 127) que c'est en droit des obligations que le phénomène est le plus important).

21. – Postulat correct : nécessité de renouvellement. Tout le monde devenait potentiellement une partie faible en matière contractuelle : plus personne n'était économiquement de taille face à cette nouvelle façon de contracter, et, surtout, plus personne n'était apte à appréhender le droit applicable sans être spécialiste. Un « *protectorat des faibles* »²⁰⁶ plus vaste et plus abouti devait voir le jour. Comme les hypothèses dépassaient alors le cadre d'exceptions ponctuelles, le renouvellement aurait dû passer naturellement par le Code civil. Ainsi aurait-on mis à jour le droit commun de cette problématique omniprésente en pratique. Le changement s'est produit. Mais la démarche qui se déclencha fut bien différente de celle que l'on aurait pu espérer. Le « *nouvel ordre contractuel* »²⁰⁷, le « *nouveau monde contractuel* »²⁰⁸ n'allait pas passer par le socle de notre droit des contrats.

22. – Solution erronée : délaissement du Code civil. Comme on l'a précisé, les protections curatives du consentement en droit commun étaient devenues obsolètes pour ce qui est du traitement de ces nouvelles situations de faiblesse²⁰⁹. En effet, nul ne pouvait envisager d'employer les mécanismes classiques. Les incapacités²¹⁰ et l'insanité d'esprit²¹¹, ainsi que la forme authentique²¹² sont en effet trop éloignées du but à atteindre : rehausser préventivement le consentement de ces nouveaux contractants faibles, et non point annuler le contrat à la marge en cas de vice grave. C'est d'ailleurs en ce sens que les vices du consentement²¹³ sont devenus tout aussi obsolètes en la matière²¹⁴. Leur champ d'application

²⁰⁶ L'expression est intéressante. On la trouve, notamment, chez Josserand (V. par ex. L. Josserand, « La protection des faibles par le droit », art. préc., spéc. p. 171).

²⁰⁷ D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295 et s. ; *Adde* le bel article de J.-P. Chazal, « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 325 et s.

²⁰⁸ D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », LPA 7 mai 2004, p. 47 et s.

²⁰⁹ V. en ce sens J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, spéc. n° 138, p. 117-118

²¹⁰ Dont le socle juridique est fixé aux art. 1123 et 1124 C. civ. : le premier de ces articles fixe comme principe que toute personne peut contracter, tandis que le second y apporte les exceptions, concernant les mineurs non émancipés et les majeurs protégés, au sens de l'article 488 du même code. L'on relèvera que les règles qui sont attachées à la capacité ont pour vocation de protéger le consentement de personnes identifiées par le biais de formalités et procédures spécifiques pour accomplir divers actes juridiques, au nombre desquels figure en l'occurrence inévitablement le contrat. Le but n'est toutefois qu'en partie de protéger le consentement de l'incapable, la protection visant en réalité la personne même du protégé et son patrimoine plus que son consentement en lui-même (V. not. I. Maria, « De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits », JCP G 2009, I, 149). L'on distingue déjà ici le gouffre qui sépare la protection du consentement de la partie faible telle qu'entendue dans la présente étude et les mécanismes d'incapacité : V. *infra* nos 358, 585, 677, 848

²¹¹ Qui est très proche des incapacités (V. not. A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd., 2014, n° 44, p. 64, qui parle de « *majeurs incapables de fait* »). Il s'agit d'une protection trop marginale et extérieure aux problématiques qui nous intéressent ici, impliquant la preuve d'un trouble mental (art. 414-1 et 414-2 C. civ.), dont le contrat n'est par ailleurs qu'une facette du terrain d'élection. Son assise est elle-même trop extrême pour imaginer étendre le mécanisme à la partie faible, supposant une absence de lucidité importante (V. not. J. Klein, « Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental », *Deffrénois* 2006, p. 695 et s. ; O. Simon, « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.* 1974, p. 707 et s.). Par exemple, l'hypothèse la plus voisine de la faiblesse informationnelle serait celle de l'altération momentanée des facultés mentales (c'est-à-dire une altération de type *psychique*, et non *physiologique* comme l'âge ou la maladie (O. Simon, art. préc., p. 710), car la règle ne distingue pas selon l'origine du trouble mental) avec notamment l'effet de produits stupéfiants, de drogue en général ou encore de l'alcool (O. Simon, loc. cit., et les nombreuses réf. citées). Inutile d'en dire plus sur la trop importante différence de destination de la règle pour trouver ici une utilité plus large : la faiblesse informationnelle n'est pas un trouble mental, elle n'est pas fautive, elle ne découle d'aucune déviance de quelque sorte que ce soit. Les propos de Demolombe sont sur ce point, comme souvent, visionnaires, soulignant déjà, à l'époque, l'absence d'une telle disposition propre à préciser l'existence d'un vice du consentement dans ces hypothèses (Ch. Demolombe, *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Libr. A. Durand et L. Hachette, 2^{ème} éd., 1870, spéc. n° 79, p. 81).

²¹² A l'évidence trop lourde, longue et coûteuse pour les contrats dont il est question, notamment fréquents ou n'impliquant pas de dangers inhérents à leur importance.

²¹³ Art. 1109 et s. C. civ. ; distinctement en les analysant comme les principaux mécanismes curatifs, V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, nos 205 et s., p. 218 et s.

²¹⁴ V. not. sur ce point C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, spéc. nos 160 et s., p. 139 et s. (qui traite de cette « *inadaptation du droit commun* », surtout à l'endroit des vices du consentement, et not. : « *Aujourd'hui, les sources de l'altération du consentement se sont modifiées : elles proviennent de la situation d'infériorité dans laquelle se trouve l'un des contractants par rapport à l'autre* » (ibid., n° 161, p. 139)) ; *Adde* Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n° 215, p. 165 : l'on est plus « *en présence d'un vice du consentement au*

était désormais trop restreint²¹⁵, et leur mécanisme inadapté²¹⁶. Après tout, ils datent *in fine* du droit romain²¹⁷ ! Le Code civil n'apparut donc d'aucun secours²¹⁸. Le droit des contrats s'est largement renouvelé au cours du XX^e siècle, notamment en Europe²¹⁹. Pas la lettre de notre Code civil, restant désespérément et quasiment²²⁰ inerte pendant tout ce temps²²¹. C'est la jurisprudence qui a généré, comme on le sait, l'évolution du droit des contrats²²². Ripert disait en 1950 qu'à l'instar « *de certains vieillards* », le Code civil « *ne porte pas son âge* »²²³. C'est tout l'inverse aujourd'hui. L'immensité de l'œuvre prétorienne est d'une ampleur insuffisante, et suit souvent une méthode erronée, pour protéger la partie faible. Le Code civil est curieusement « *loué pour ce qu'il fut en même temps que délaissé pour ce qu'il est* »²²⁴. La réforme est donc nécessaire²²⁵, et d'ailleurs d'actualité²²⁶. Mais qu'importe, le mal est fait : la voie de la spécialisation et de la personnalisation a pris le relais. Peut-être l'intensité des changements sociétaux ainsi que la « *mondialisation du droit* »²²⁷ ont découragé le législateur de relever encore, à notre époque, le défi des *établissements durables*²²⁸. En outre, la place de la responsabilisation, au cœur de la logique civiliste, n'a probablement pas convenu à la logique économique de protection, abstraite de toute considération de diligence²²⁹. Nous tenterons ainsi de contribuer à redonner au Code civil sa place légitime en matière contractuelle.

23. – Solution erronée. Voie globale de la spécialisation, de la *personnalisation* du contrat.

Partie faible et réification. D'aucuns ont pu affirmer qu'une nouvelle crise du contrat existerait, en ce qu'il y aurait une « *remise en cause plus ou moins violente de la théorie sociale du contrat née au début du XX^e siècle* »²³⁰. Nous ne sommes guère de cet avis. Il n'y a qu'à se référer aux innumérables contributions

sens classique du terme ».

²¹⁵ Et ce malgré d'importantes évolutions et extensions, comme celle, fondamentale, de la réticence dolosive (dès 1958, et non pas seulement à partir du fameux arrêt du 15 janv. 1971 : V. sur tout ceci l'analyse de J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, nos 565 et s., p. 534 ; V. aussi, sous le prisme de la subsistance de l'inadaptation même malgré ces adaptations : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, op. cit., spéc. nos 163-164, p. 140-143).

²¹⁶ V. not. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n° 240, p. 190 (relevant que certes « *la matière des vices du consentement est moins vivante que jadis* » mais qu'elle « *conserve des applications notables* »). En effet, le constat de l'inefficacité des protections classiques du consentement pour encadrer la partie faible est avéré. Mais cela ne revient pas à dire qu'elles sont, au-delà de cette matière, totalement obsolètes, voire désuètes.

²¹⁷ V. not. sur ce point J.-F. Brégi, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006, p. 230 et s.

²¹⁸ V. aussi par ex. sur cette obsolescence, souvent dénoncée de nos jours : G. Paisant, « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », JCP G 2003, I, 121, spéc. n° 5

²¹⁹ Il faut voir sur ce point les différentes contributions comparatistes contenues dans l'ouvrage collectif *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), Soc. de légis. comp., 2008

²²⁰ V. not. sur les quelques retouches contractuelles dont il a fait l'objet : P. Rémy-Corlay, « Le droit civil hors le Code civil », LPA 7 sept. 2005, spéc. p. 4 ; *Adde* (plus généralement) G. Cornu, « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 157 et s.

²²¹ La stabilité des textes, du Code civil en droit des contrats relève aujourd'hui du truisme (V. par ex. l'ouverture (dédiée à la question) d'une étude importante de Ph. Le Tourneau (« Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349 et s.).

²²² Ceci est désormais fort connu. V. par ex. globalement (abstraction de la question spécifique de la protection du faible) sur ce point Ph. Le Tourneau, « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349 et s.).

²²³ G. Ripert, « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique », D. 1950, p. 1

²²⁴ Th. Revet, « La recodification, entre tentation et illusions », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 470, n° 27

²²⁵ V. par ex. l'enthousiasme de J. Mestre, « Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ? », RDC 2004, p. 1167 et s.

²²⁶ V. *infra* nos 567 et s.

²²⁷ C. Kessedjian, « La mondialisation du droit : défi pour la codification », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 917 et s.

²²⁸ *Rappr.* (outre l'expression tirée du discours de Portalis) J. Commaille, « Code civil et nouveaux codes sociaux », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 59 et s.

²²⁹ *Rappr.* G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, n° 387, p. 376

²³⁰ Ch. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch.

doctrinales s'attachant de nos jours à mettre en lumière des principes nouveaux, tous destinés à souligner les excès du libéralisme²³¹. Si l'on devait se prononcer sur une actuelle crise du contrat, nous dirions bien davantage que cette théorie sociale non pas s'efface, mais s'est égarée, en manifestant une justice contractuelle curieuse, protégeant par catégories plutôt que par besoin²³². En effet, la démarche s'est caractérisée par un choix que Josserand²³³ craignait profondément en son temps : celui, quasiment²³⁴, du retour d'un « *droit de classe* »²³⁵, reflet de cette « *tentation innée de l'être humain que le clanisme* »²³⁶. En effet, après l'égalité promue dans le droit civil des contrats²³⁷, la qualité du contractant devenait le « *critère légal de protection* »²³⁸. L'on tressait la couronne des « *statuts des personnes* », qui se multiplièrent²³⁹. La voie de la « *parcellisation des normes, selon les catégories de sujets* » était adoptée²⁴⁰. Certes, s'agit-il là de classes différentes de celles que l'on disloqua naguère dans la souffrance. Mais des classes tout de même, similaires sur le fond au phénomène de l'époque où l'on distinguait « *plusieurs sociétés au sein de la société* »²⁴¹, où l'« *ordre politique traitait les hommes* »²⁴². Ainsi fut appréhendé le problème de la partie faible. Présidait la personnalisation²⁴³, une « *justice contractuelle de masse* »²⁴⁴ aux

Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, spéc. p. 21

²³¹ Excès, abus, proportionnalité, équilibre contractuel... V. sur ce point *infra* n° 44

²³² *Rappr.* du reproche, déjà, d'E. S. de La Marnière (« Les législations de « protection » », D. 1950, p. 93) : « *Le législateur s'est d'ailleurs souvent abusé dans l'emploi de ces qualificatifs. Le résultat obtenu a, d'autre part, été souvent fort éloigné de ce qu'il souhaitait. A cela rien de surprenant : à des déséquilibres circonstanciels doivent correspondre des réglementations circonstancielles ; à des déséquilibres occasionnels, des mesures individuelles. C'est là l'une des notions les plus élémentaires de la technique juridique. Elle est évidemment ignorée du législateur* »).

²³³ L. Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », DH 1937, p. 1 et s.

²³⁴ La nuance doit en effet être, en toute rigueur, soulevée « *car les consommateurs ne constituent pas, à proprement parler, une classe sociale, mais une catégorie juridique fluide dans laquelle entre toute personne, quelle que soit sa profession, contractant en vue de la satisfaction directe de ses besoins personnels ou familiaux. Sans instaurer de rigidité dans les structures sociales, le binôme professionnel/consommateur défini de façon fonctionnelle constitue la colonne vertébrale de la législation relative à la lutte contre les clauses abusives et en fixe le domaine* » (J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « Clauses abusives », sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 40). Certes, mais le phénomène est suffisamment proche, sur le fond, pour que l'analogie puisse intellectuellement subsister à cette argumentation. L'on peut not. considérer qu'il s'agit là d'un nouveau droit de classe, retranscrivant les conflits modernes.

²³⁵ V. déjà en ce sens G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, spéc. nos 198 et s., p. 397 et s. (chapitre consacré à « *La législation de classe* »). V. plus récemment H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 32-2, p. 28 (et not. : « *Et c'est alors que nous rencontrons le défaut majeur de cette législation. Sous prétexte de rétablir une égalité, elle ressucite un droit de classes en ne favorisant, à cet effet, qu'une catégorie de citoyens* ») ; M. de Juglart, *Cours de droit civil*, t. I, 2^{ème} vol., *Biens – Obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 1982, n° 477, p. 164 (« *Il se crée ainsi une sorte de droit de classe (...)* ») ; Adde D. Mazeaud, « Le Droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? », RLC 2006, n° 9, p. 136 et s., spéc. p. 138, n° 10 (« *le consommateur peut se prévaloir de ses règles protectrices, moins parce qu'il est en situation de faiblesse qu'en raison de son seul statut, indépendamment du point de savoir si il mérite d'en bénéficier. Et la tentation est grande alors d'affubler le droit de la consommation du label peu prestigieux de droit catégoriel, de droit de classe (...)* ») ; F. Terré, « Synthèse », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), Economica, 2002, p. 187 (affirmant, à l'égard du droit de la consommation : « *Il s'est, en ce sens, créé un courant, non plus individualiste, mais protecteur d'un groupe, d'une catégorie sociale, sinon d'une classe* ») ; Adde J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 12 (et not. : « *Dans sa genèse, le droit de la consommation est un droit d'opposition, un droit militant, qui s'est formé en marge et contre un certain ordre établi* »).

²³⁶ H. Temple, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1069, n° 5 ; Adde, s'interrogeant not. sur la pertinence d'un tel système, B. Berlioz-Houin, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 et s.

²³⁷ V. not. D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Sourieux, LGDJ, 1999, spéc. nos 107 et s., p. 57 et s. (sur la « *non discrimination des parties contractantes* » dans le droit commun des contrats promu par le Code civil).

²³⁸ V. sur ce thème l'étude consacrée par C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002 ; Adde G. Ripert, op. cit., spéc. n° 104, p. 204 : « *L'inégalité des contractants a été alors présumée d'après leur situation juridique et leur condition sociale. La loi abstraite est faite pour l'ouvrier, pour le voyageur, pour l'assuré, pour le locataire (...)* ».

²³⁹ Th. Ivainier, « Le contrat moderne face à la prolifération des « statuts des personnes » », JCP G 1977, 2876 ; V. déjà, mettant en garde contre une désagrégation de la théorie générale par la « *limitation progressive du contrat par le statut* », G. Morin, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », in *Arch. phil. dr.* 1940, t. X, p. 32

²⁴⁰ Th. Ivainier, art. préc., n° 44

²⁴¹ Ph. Bénétou, *Introduction à la politique*, PUF, 1997, p. 286

²⁴² Ph. Bénétou, loc. cit.

²⁴³ Ch. Bourrier, dans sa thèse consacrée à la faiblesse (*La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004), parle plus volontiers

contractants identifiés, une collectivisation de la protection contractuelle. Pourtant, les parties faibles procédaient, comme on l'a vu, de phénomènes universels, omniprésents, transcendant la qualité des contractants. L'on a protégé par catégories, par fonctions²⁴⁵, sous l'autorité du postulat que « *les règles protectrices ne peuvent (...) qu'être faites secteur par secteur* »²⁴⁶. Les travailleurs, les transportés, les locataires, les assurés furent ainsi dotés, les uns après les autres, d'une construction légale importante destinée à les protéger. Le consommateur compléta plus tardivement la liste²⁴⁷. Cette démarche personnaliste, catégorielle, opérerait alors par fonction²⁴⁸, non plus par besoin mais par qualité, non plus « *envisagée au sens commun d'un élément permettant de caractériser une personne dans un domaine intellectuel et moral, mais dans une acception juridique* »²⁴⁹. Aujourd'hui, l'essentiel de la protection de la partie faible – c'est l'objet de cette étude critique – court-circuite ni plus ni moins le préalable indispensable à toute protection : une faiblesse avérée, et non artificiellement présumée²⁵⁰. L'on constatera tout au long de cette étude les conséquences d'une telle démarche. Or, pour y remédier, il faudra nécessairement « *accepter de renouveler l'appréhension que l'on a de la partie faible, de la penser différemment (...)* »²⁵¹, en rappelant, comme l'enseignait il y a plus d'un demi-siècle E. S. de La Marnierre, qu'il « *est plus difficile que ne le pense un législateur un peu simpliste de distinguer le « gros » du « petit »* »²⁵². La question de la partie faible subissait de plein fouet un processus de réification²⁵³.

24. – Critique liminaire globale. Ce mouvement est immédiatement critiquable, avant tout examen au fond. Gény avait déjà merveilleusement mis en évidence les limites et les artifices de l'abstraction²⁵⁴. En effet, et appliqué à notre sujet, l'on perçoit déjà tout à la fois des exclus et des abus, travers qu'une démarche de protection indifférente aux faiblesses concrètes des contractants ne peut éviter. « *Pour que le droit soit humain, il doit ressembler à l'humanité qui est composée de forts et de faibles, d'intelligents et de*

de « *faiblesse d'une partie inhérente à sa position dans le contrat* » ; V. aussi A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n° 13, p. 21 (et not. : « *Cette surenchère perpétuelle des textes constitue en fait la seule réponse apportée au problème de la faiblesse dans les contrats. Une réponse qui est ponctuelle et spécifique à une réalité qui est régulière et générale* »).

²⁴⁴ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 251, p. 232

²⁴⁵ Et donc, au sens précité, quelque part, par « *classe* ».

²⁴⁶ J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 254 ; *Adde*, sur le constat d'un tel système, H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. Montero, Larcier, 2010, spéc. nos 21 et s., p. 51 et s.

²⁴⁷ L'apparente vulnérabilité du consommateur a donc entraîné de manière subséquente une nécessité de le protéger de manière tout à fait particulière, ceci étant admis aujourd'hui de manière unanime, en France et à l'étranger (J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 77, p. 55).

²⁴⁸ V. not. N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, nos 86 et s., p. 87 et s. (qui qualifie de « *fonctionnel* » le critère d'identification des parties aux contrats de consommation).

²⁴⁹ N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 91, p. 91

²⁵⁰ *Rappr.* N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 92, p. 92 (« *Dès lors, il apparaît difficile d'opérer une distinction entre la qualité et la partie puisque si le consommateur est protégé, c'est en sa qualité de partie faible* »).

²⁵¹ A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n° 502, p. 450 (sur les vastes divergences avec notre étude, V. *supra* n° 2 (nbp n° 7)).

²⁵² La Marnierre (E. S. de), « Les législations de « protection » », D. 1950, p. 96

²⁵³ *Rappr.* A. Jollien, *Eloge de la faiblesse*, Marabout, 1999, spéc. p. 36-37

²⁵⁴ V. not. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Sirey, 1914, p. 130 et s. (spéc. p. 132 : « *l'abstraction consistant essentiellement à détacher une seule partie d'un ensemble complexe, doit, en raison de la limite imposée par la nature aux efforts intellectuels, aboutir à exagérer cette partie aux dépens du tout, qui constitue la seule réalité vraie, et que la généralisation, qui la complète, ne peut elle-même réussir qu'à la condition de passer outre à la complexité, à la variété, à la fluidité et, pour tout dire, à l'individualité du réel. Plus on regarde un seul point, en le fixant et en y concentrant toute son attention, plus on oublie l'ensemble dont il fait partie (...)* »). La parfaite transposabilité de ces préceptes à notre étude est impressionnante.

profanes »²⁵⁵. Nous voyons d'ailleurs un lien évident entre cette façon de procéder et la crise législative profonde que nous avons évoquée²⁵⁶. L'œuvre de Ripert paraît alors d'une pertinence extraordinaire²⁵⁷. Procéder par exceptions successives pour traiter un problème général dûment identifié ne présente guère les attraits d'une démarche sagement réfléchie. L'on distingue bien davantage les charmes de la simplicité²⁵⁸, en dépit même de l'égalité paradoxalement poursuivie pour le mouvement²⁵⁹. Il est vrai que la solution idoine demandait beaucoup de temps et un recul considérable. Pour autant, l'évolution était déjà décrite au début du XX^e siècle : jusqu'à nos jours, le temps n'a donc, semble-t-il, guère manqué²⁶⁰. Peut-être, comme disait Ripert, que ce même temps apparaît plus court aux juristes²⁶¹. Quoi qu'il en soit, au « *monument* » succédait la « *banlieue* »²⁶². Par delà ces considérations, le droit des contrats pourrait-il y avoir gagné²⁶³ ? L'on verra que non. Soit sous une apparence trompeuse, soit pas du tout²⁶⁴. Il deviendra presque rituel de dire que la protection de la partie faible est « *souvent mal réfléchie par le législateur* »²⁶⁵. « *Or un véritable progrès du droit des contrats ne peut résulter que d'une révision des règles obsolètes du Code civil plutôt que de la multiplication de règles dérogatoires au droit commun* »²⁶⁶.

²⁵⁵ Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, n° 4, p. 16

²⁵⁶ La crise est donc aussi politique (V. sur l'influence des « *lobbies* » : Ch. Debbasch et J.-M. Pontier, *Introduction à la politique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, nos 384 et s., p. 423 et s.). Le problème n'est pas que la loi soit « *l'instrument d'une politique* » pouvant servir « *la rupture ou l'évolution de l'ordre établi* » (M. Couderc, « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *Rev. Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 32), ce qui est bien normal, mais qu'elle revête désormais une nature plus politique que juridique, plus formelle qu'intellectuelle...

²⁵⁷ L'on ne la rappellera qu'en quelques mots, les siens d'ailleurs, tant elle est connue, dédiée, dans l'ensemble, à mettre en lumière, dans toute sa complexité et sa profondeur, la création du droit, toujours résultant d'une « *lutte de forces rivales* » (V. not. *Les forces créatrices du droit*, op. cit., p. VI (préf.)). Ripert retrace de manière pénétrante, dans cette préface, l'œuvre de sa vie : « *J'ai tenté d'étudier, dans des ouvrages successivement publiés, la naissance des lois en examinant quelle influence exercent, pour la création du droit, les préceptes de la morale chrétienne, la force du nombre dans une démocratie, la défense des intérêts dans une société capitaliste, et aussi quel danger naît du trop facile abandon des principes traditionnels* » (ibid.). Ce qui donne la fresque suivante : *La règle morale dans les obligations civiles ; Le régime démocratique et le droit civil moderne ; Aspects juridiques du capitalisme moderne* et enfin *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*. Le tout couronné de la vision plus globale, moins axée, de l'ouvrage que l'on vient de citer.

²⁵⁸ M. Cabrillac le dit d'ailleurs très bien : « *Réclamer une intervention législative qui régleme une convention née de la pratique afin d'assurer l'équilibre entre les contractants est sans doute la solution la plus simple, du moins dans l'immédiat (...)* » (« Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 244).

²⁵⁹ V. not. D. Berthiau, op. cit., spéc. n° 265, p. 152 (et not. : « *Le droit en multipliant ses faveurs dans la direction d'une catégorie de contractants, ne risque-t-il pas d'instaurer une discrimination trop importante (...), non justifiée au regard même du principe d'égalité ?* »).

²⁶⁰ D'autant que la doctrine a fourni d'importantes pistes en ce sens. V. not. l'œuvre collective *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), Economica, 2002 (et spéc., au sein de cet ouvrage, la contribution de D. Mazeaud intitulée « La formation du contrat », p. 87 et s., où l'auteur explique que le droit commun aurait pu être largement usité en lieu et place de nombre de protections consuméristes (information, clauses abusives...), dès lors incertainement justifiées).

²⁶¹ G. Ripert, « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique », *D.* 1950, p. 2 (et not. : « *La vérité est que les physiciens et les juristes n'ont pas la même mesure du temps. Un demi-siècle c'est un long temps pour des savants (...). Mais pour les juristes, quel court espace de temps qu'un demi-siècle !* »).

²⁶² F. Grua, « Le Code civil, code résiduel ? », *RTD civ.* 2005, p. 253 (et not. : « *dès qu'on ouvre un Code civil Dalloz, on voit que sous de nombreux articles l'éditeur a rajouté des textes épars en petits caractères* », et il y a dès lors « *le droit privé en gros caractères, constitué par le Code civil proprement dit, et le droit privé en petits caractères, fait d'une multitude de textes extérieurs* » ; et d'ajouter qu'« *en réalité, on est en présence de deux constructions parallèles du droit privé, qui a chacune son inspiration, ses objectifs et sa manière de faire. Le Code civil s'est voulu une construction du droit privé en un seul bloc, unitaire, complète, ordonnée, cohérente et globale. Par opposition, le droit privé en petits caractères est morcelé, sans vision d'ensemble, sans architecture. A propos du Code civil on parle souvent de monument. Par comparaison, l'autre droit privé fait plutôt penser à une banlieue* »).

²⁶³ Sur cette interrogation, V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 13, p. 18

²⁶⁴ V. sur ces questions le titre II de la première partie de notre étude, *infra* nos 295 et s.

²⁶⁵ M. Fontaine, art. préc., p. 652, n° 57

²⁶⁶ B. Berlioz-Houin, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 33 (et de poursuivre, on ne peut plus salutairement : « *Seul cet effort de rénovation serait susceptible de rendre au droit la clarté et la prévisibilité sans lesquels il n'est utile ni aux citoyens ni aux praticiens. L'idéal du Code civil, être compris de tous et s'appliquer à chacun, doit survivre à l'évolution économique* »).

25. – Solution erronée. Voie particulière d'un quasi-exclusivisme consumériste. Le consumérisme allait tout surpasser, tout balayer, et tout justifier²⁶⁷. Le droit de la consommation ne s'institua qu'au premier abord dans la démarche déjà classique de personnalisation. Il y avait désormais « *une préoccupation constante* »²⁶⁸, tendant à régir, contrairement aux autres droits spéciaux personnalistes, l'intégralité du problème du faible, et non seulement de contractants particuliers²⁶⁹. L'essentiel des techniques de protection modernes du consentement réside ainsi aujourd'hui dans le Code de la consommation : information, réflexion, rétractation, formalisme informatif, clauses abusives²⁷⁰... Pourtant, la protection du consommateur n'est « *qu'un aspect – spectaculaire, certes, mais pas unique – d'un problème infiniment plus vaste, celui du déséquilibre des contrats conclus entre des parties dont la puissance respective est disproportionnée* »²⁷¹. Et le législateur, dont c'est le rôle d'écouter et de réagir²⁷², d'ainsi manquer de faire écho aux phénomènes que nous avons décrits, à cet « *appel à une transformation plus profonde* »²⁷³. Encore une fois, et plus que jamais, la bonne intention des législateurs allait s'avérer néfaste, en l'absence de « *recul nécessaire pour apprécier comment leurs textes s'intégreront dans l'ensemble juridique régissant le pays* »²⁷⁴.

26. – Autostimulation. La possession de toutes les protections mène à un phénomène d'attraction consumériste²⁷⁵. Par précipitation angoissée ou par facilité méthodique prolongée, d'autres dispositions intégrées par le droit de la consommation illustrent particulièrement bien l'idée que nous développons ici (quasi-exclusivisme consumériste en matière de protection du faible). Ces règles semblaient effectivement et distinctement devoir revenir au Code civil, comme c'est le cas de l'ensemble des protections modernes précitées. Ainsi peut-on citer la garantie de conformité²⁷⁶, la

²⁶⁷ Il faut lire sur ce phénomène l'ouvrage de P. Bruckner (*La tentation de l'innocence*, Grasset, 1995), qui décrit extrêmement bien toute la puissance et la complexité des sentiments et des phénomènes nés de l'explosion du consumériste, et la transformation de la société qui a permis son accueil.

²⁶⁸ G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, n° 1, p. 1

²⁶⁹ Pour une genèse du droit de la consommation, V. not. G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, nos 6 et s., p. 6 et s.

²⁷⁰ V. sur cet avènement, reprenant d'ailleurs ce que nous avons dit de l'obsolescence du curatif au profit du préventif, et détaillant ces nouvelles protections, la fameuse chronique de J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239 et s. ; Adde M. Fontaine, art. préc., spéc. p. 625 et s., nos 15 et s.

²⁷¹ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n° 215, p. 166

²⁷² V. déjà J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX », préc., p. XXIX (« *Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence : il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger (...)* »). V. aussi O. Tournafond, affirmant ceci : « *Cette technique de la « provocation aux lois » est fort ancienne ; sous l'Ancien Régime le parlement de Paris rendait exactement de la même façon des arrêts de règlement destinés à inciter le pouvoir royal à réformer la législation ou à entériner une position jurisprudentielle* » (« *Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement* », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 565, n° 17 ; et même, plus loin : « *Ainsi la Cour de cassation dans ses arrêts de règlement crée des règles de droit dont elle estime qu'elles auraient mérité d'être adoptées par le législateur et ce dernier est trop heureux de pouvoir se reposer sur un organe juridictionnel efficace et compétent qui le seconde (...)* »).

²⁷³ C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 372 n° 19 (formule exacte : « *Nous atteignons un point tournant de l'évolution où le changement par exception de la théorie générale du contrat, tout sécurisant qu'il soit longtemps apparu, ne suffit plus. C'est un appel à une transformation plus profonde qui est lancé* »).

²⁷⁴ M. Armand-Prévost et D. Richard, « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », JCP G 1979, I, 2952, n° 35

²⁷⁵ V. sur ce thème D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », préc., p. 95 et s. (et not. p. 97, n° 6, pour une synthèse de l'idée ici développée, l'auteur affirmant que la doctrine, et en amont la matière même consumériste, « *fait preuve, en premier lieu, d'un esprit de rejet lorsqu'il s'agit de déterminer les personnes qui peuvent se prévaloir des règles bienfaitrices, car protectrices, du droit de la consommation. En revanche, et en second lieu, elle se montre beaucoup plus accueillante lorsqu'il s'agit de ranger sous la bannière du droit de la consommation des règles et des concepts qui relèvent, à n'en pas douter, du droit commun des obligations, par exemple la théorie des vices du consentement ou les règles qui gouvernent la compétence territoriale* »).

²⁷⁶ Rien ne forçait en effet le législateur à procéder, en ce qui concerne la garantie de conformité, par le tout-consumérisme. Pour rappel, l'ordonnance n° 2005-136 du 17 févr. 2005, transposant une directive communautaire du 25 mai 1999, a introduit dans le Code de la consommation (Art. L. 211-1 et s.), et non dans le Code civil, cette nouvelle garantie, sans retoucher les

protection des consommateurs-vendeurs²⁷⁷... et, même, la protection de la caution²⁷⁸. Ce qui rend l'ouverture de l'ouvrage de M. Piedelièvre sensiblement juste : « *Le droit de la consommation est une auberge espagnole. On y trouve ce que l'on veut y mettre* »²⁷⁹.

27. – Le droit de la consommation clairement cultivé comme droit protecteur au-delà des relations de consommation. Disposant d'un quasi-monopole des protections²⁸⁰, attirant même certains pans qui lui sont normalement étrangers, le droit de la consommation ne devrait au moins trouver à s'appliquer qu'aux seuls contrat de consommation, c'est-à-dire entre consommateurs et professionnels. Ce n'est pas du tout le cas. Il s'étend en effet parfois à bien d'autres contractants que le consommateur ou, inversement, que le professionnel. L'on peut ainsi citer les nombreuses dispositions consuméristes s'appliquant à toute personne physique, et non aux seuls consommateurs²⁸¹. Tout aussi pertinent, l'exemple de l'extension constituée par l'instauration de la notion de non-professionnel est important²⁸². L'Europe donne par ailleurs ses lettres de noblesse à l'impérialisme du droit de la consommation²⁸³, ce qui aggrave d'autant l'intensité de la méprise qui imprègne cette démarche personnaliste par excellence. Or, la protection de tous les faibles par le droit de la consommation est une réductrice vue de l'esprit. A l'égard des professionnels, l'on trouve un même type de mouvement, notamment lorsque les critères qui le définissent sortent de leur orthodoxie pour en ériger une conception excessivement

dispositions de ce dernier code, not. sur la garantie des vices cachés. V. not. sur cette transposition controversée : A. Ghozi, « La conformité », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), *Economica*, 2002, p. 103 et s. ; J. Calais-Auloy, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », *RTD civ.* 2005, p. 701 et s. ; P. Rémy-Corlay, « La transposition de la directive 99/44 CE dans le Code de la consommation », *RTD civ.* 2005, p. 345 et s. ; B. Fages, « Un nouveau droit applicable à la vente de biens de consommation », *RLDC* mai 2005, p. 5 et s. ; O. Tournafond, « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *D.* 2000, p. 159 et s. ; et du même auteur, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil », *D.* 2002, p. 2883 et s. ; G. Viney, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2002, p. 3162 et s.

²⁷⁷ V. sur ce point le développement consacré, *infra* nos 168 et s.

²⁷⁸ Essentiellement suite à la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 (V. not. D. Fenouillet, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution », *RDC* 2004, p. 304 et s.). Il est vrai qu'à la suite du mouvement jurisprudentiel par lequel la Cour de cassation avait instrumentalisé l'art. 1326 C. civ. pour faire de son formalisme probatoire un formalisme *ad solemnitatem* (V. sur ce point : *infra* nos 483 et s.), tout portait à croire que cette « *provocation à quelques réformes* » (D. Mazeaud, « Droit commun du contrat et droit de la consommation », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 717) impliquerait le droit commun. C'est, comme il vient d'être dit, une voie bien différente qui a été choisie. Le cautionnement est pourtant bien l'un des contrats emblématiques du Code civil, si bien que la doctrine s'évertuait à dénoncer le déplacement du siège principal du cautionnement dans le Code de la consommation (V. not. D. Fenouillet, art. préc. (et not. : « *Le souci manifesté par le législateur contemporain de protéger la caution est donc louable. Mais s'est-il donné les moyens de son ambition ? L'analyse du cautionnement aurait, semble-t-il, dû conduire à modifier le Code civil lui-même. Les dangers mis en exergue sont en effet intrinsèques au contrat et ne dépendent pas de la personnalité des parties* »)). En outre, du côté consumériste, l'on constate que ces dispositions « *ont une portée qui dépasse largement le champ d'application traditionnel du droit de la consommation ; elles trouvent notamment à s'appliquer aux commerçants personnes physiques* » (Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n° 6, p. 4). La réforme du cautionnement reste donc à faire (lire not. en ce sens la percutante étude de D. Legeais, « La réforme des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Etudes offertes au doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 367 et s.), puisque le droit commun semble, en la matière, être devenu consumériste (D. Legeais, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003, 1433).

²⁷⁹ S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, *Economica*, 2^{ème} éd., 2014, n° 1, p. 1 (et de poursuivre : « *Il est difficile pour ne pas dire impossible de définir avec précision, ce qu'il recouvre exactement* »).

²⁸⁰ En vérité, l'on peut même parler d'exclusivité totale dans la mesure où les mécanismes similaires prévus ailleurs ne sont souvent que des applications des mécanismes consuméristes.

²⁸¹ V. *infra* nos 278 et s.

²⁸² V. sur ce point *infra* n° 127

²⁸³ V. not. la dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, cons. 13 : « *Il y a lieu que l'application des dispositions de la présente directive à des domaines qui ne relèvent pas de son champ d'application reste de la compétence des États membres, conformément au droit de l'Union. Les États membres peuvent, par conséquent, conserver ou introduire des dispositions nationales qui correspondent aux dispositions de la présente directive, ou à certaines de ses dispositions, pour des contrats qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive. Les États membres peuvent, par exemple, décider d'étendre l'application des règles de la présente directive à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des « consommateurs » au sens de la présente directive (...)* ».

large²⁸⁴.

28. – La portée du champ d'application consumériste. Un *quasi-droit commun* de la protection du consentement de la partie faible. Mieux ! Les propres critères d'attribution normale (non déformée, dans les cas qui viennent d'être mentionnés) de la protection procurent au droit de la consommation le rôle d'un quasi-droit commun²⁸⁵. Pour ne prendre qu'un exemple²⁸⁶, la législation sur les clauses abusives, uniquement contenue dans le Code de la consommation, fonde les recours de professionnels²⁸⁷, d'assurés²⁸⁸. Elle s'applique même parfois, poussant la logique de l'exclusivisme consumériste encore plus loin, à certains usagers de services publics²⁸⁹. Or, ce rôle de droit commun de la protection du faible est étranger au droit de la consommation, droit du marché²⁹⁰. L'on a dû croire, semble-t-il, que, le consommateur étant omniprésent, le fait de conférer au droit de la consommation tous les outils de protection deviendrait synonyme de protection de tous les faibles. Demogue revient alors immédiatement à l'esprit²⁹¹. C'est par la nature structurelle transversale, « *pluridisciplinaire* »²⁹², du droit de la consommation que s'explique cette démarche exclusiviste²⁹³. En effet, celui-ci relève « *moins de l'organisation d'une technique juridique ajustée à une activité économique déterminée que de la mise en place de mécanismes particuliers – de protection, en l'occurrence – édictés au profit d'une partie – le consommateur – considérée dans le cadre de diverses activités économiques* »²⁹⁴. Mais où est passée, dès lors, l'idée de contre-pouvoir ? Peut-être (probablement) que les excès combattus en ont généré de nouveaux, une fois que le législateur s'est emparé de la question. C'est que l'absence de modération, dans tout processus de protection, est toujours regrettable²⁹⁵. L'on s'est inquiété, interrogé : et si « *la branche ne s'était pas faite plus grosse que le tronc* »²⁹⁶ ? Dans l'absolu, peu importe. Ce sont les faits, les conséquences, qui susciteront la véritable critique.

²⁸⁴ V. sur ce point V. *infra* n^{os} 285 et s.

²⁸⁵ *Rappr.* D. Houtcieff, *Droit commercial*, Sirey, 3^{ème} éd., 2011, n^o 852, p. 356 (les problèmes de frontière, partiellement résorbés aujourd'hui depuis la réforme de 2014, font qu'il « *n'existe donc pas, pour l'heure, de théorie générale du droit de la consommation. Le droit de la consommation est cependant à l'origine de quelques règles quasi-générales du droit des contrats* »).

²⁸⁶ N. Molfessis parle explicitement de « *droit commun de l'obligation générale d'information* » à l'endroit du droit de la consommation, pour citer un autre ex. (N. Molfessis, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 929).

²⁸⁷ V. not. sur ce point les innombrables recours des professionnels-consommateurs, *infra* n^{os} 61 et s.

²⁸⁸ Alors qu'il s'agit d'un droit spécial à vocation également protectrice. Mais l'application du droit de la consommation n'y fait plus aujourd'hui (et depuis un certain temps) l'objet de doutes quelconques (V. not. sur ce point la démonstration critique et lumineuse de J. Kullmann, « *Clauses abusives et contrat d'assurance* », *RGDA* 1996, p. 11 et s. ; *Adde* récemment : M. Bruschi, « *La protection des consommateurs contre les clauses abusives dans le contrat d'assurance* », *RGDA* 2014, p. 364 et s.). Tout aussi symptomatique est la solution en matière de démarchage, où la législation consumériste n'est applicable qu'en l'absence de texte particulier : un vrai droit commun ! (V. not. Cass. 2^e civ., 17 janv. 2013 (12-10.108)).

²⁸⁹ V. not. *infra* n^{os} 215 et s.

²⁹⁰ V. *infra* n^{os} 132 et s.

²⁹¹ Et not. : « *Le raisonnement a d'autant plus de prise sur l'intelligence qu'il est simple et ainsi notre esprit tend à fausser la réalité, à lui donner une uniformité qu'elle n'a pas, comme un rayon de lumière coloré prête faussement une teinte identique aux objets qu'il vient frapper* » (R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911, p. 42).

²⁹² C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *Droit du marché*, PUF, 2002, spéc. p. 86 et s.

²⁹³ Sauf à considérer, avec un certain cynisme, que c'est tout simplement parce que les consommateurs ont formé un *lobby* suffisamment puissant. Mais comme le relèvent J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n^o 20, p. 20, cette raison est indubitablement insuffisante, même à en considérer l'évidente part de véracité.

²⁹⁴ J.-L. Aubert, « *La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil* », art. préc., p. 133, n^o 22 ; *Adde* sur ce point G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n^o 57, p. 36

²⁹⁵ V. sur toute la signification de cette exigence cartésienne, et notre utilisation de celle-ci, *infra* n^{os} 844 et s.

²⁹⁶ Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n^o 7, p. 5

29. – Gravité du glissement du droit commun (renvoi). La dislocation progressive du droit commun n'est en rien une simple « *éclipse* » passagère²⁹⁷. Que penser d'un système où un droit spécial, le droit de la consommation, détient les moyens techniques d'un droit commun des contrats en une matière donnée, en l'occurrence la protection de la partie faible ? Cela renvoie à la question de l'utilité fondamentale du droit commun des contrats, et celle subséquente de la gravité d'un tel glissement²⁹⁸. Nous verrons ainsi dans quelle mesure contribuer à réhabiliter l'intégrité du droit commun du Code civil participera corrélativement d'une restauration de la cohérence tout entière du droit des contrats²⁹⁹.

*
* *

30. – Définition générale de la partie faible. Imaginer encadrer la partie faible en droit commun suscite une première question : qu'est-ce que la faiblesse d'un contractant au moment de conclure ? Cette acception générale de la partie faible peut être ainsi précisée : il s'agit d'un *contractant ne pouvant exercer pleinement son libre arbitre, à cause d'une situation particulière d'inégalité entre celui-ci et son cocontractant*. Ceci n'est évidemment guère suffisant.

31. – La faiblesse en particulier. Typologie des faiblesses. *Injustice du renard et injustice du lion*. Une seconde question se pose immédiatement : quelle sorte de faiblesse mérite aujourd'hui une vaste réflexion ? Quelle est celle qui souffre le plus de cette situation législative et prétorienne désorientée, dérégulée ? Pour le savoir, il faut commencer par mentionner les différentes hypothèses de vulnérabilité des contractants au moment de conclure. Elles sont certes diverses³⁰⁰, mais guère, en définitive, aussi nombreuses que le suggère l'effroyable quantité d'appellations qui existe pour les désigner. Il convient donc d'en apporter une vision claire. Il y a dès cet instant à dire que, bien qu'on les présente souvent de manière conjointe, ces différents types de faiblesses ne sont au fond nullement assimilables³⁰¹. Aristote, déjà, distinguait, dans les actes involontaires, entre ceux issus de la contrainte et ceux procédant de l'ignorance³⁰². Cicéron, de manière similaire, distinguait entre *l'injustice du renard et l'injustice du lion*³⁰³. A peu de choses près, pourrait-on reprendre ces préceptes, quoi que la réalité du

²⁹⁷ V. pour l'expression Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, n° 10, p. 18 (et bien évidemment, tout au long de son étude, en faveur d'une telle réhabilitation et contre l'hypothèse qu'impliquerait la métaphore employée). Ajoutons que cette dislocation est bien plus profonde que la description que nous en faisons, cantonnée au champ de notre analyse. En effet, encore au-delà des effets du droit de la consommation et des droits spéciaux en général (ibid., nos 70 et s., p. 105 et s.), la concurrence des sources supralégislatives (droit communautaire/droits et libertés fondamentaux) est également considérable (ibid., nos 16 et s., p. 25 et s.).

²⁹⁸ *Rappr.* C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, op. cit., spéc. p. 95-96 (constatant que le droit de la consommation, au moins au niveau de l'application quantitative, est probablement davantage un droit commun que celui du Code civil).

²⁹⁹ V. sur ces questions *infra* nos 576 et s.

³⁰⁰ V. not. sur ces questions H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. Montero, Larcier, 2010, spéc. nos 29 et s., p. 64 et s.

³⁰¹ L'analyse ne converge, en effet, pas nécessairement avec les typologies retenues par les auteurs préc. (par ex., d'aucuns placent l'asymétrie informationnelle abstraite de toute incapacité avec les faiblesses inhérentes aux parties (H. Jacquemin, op. cit., spéc. n° 31, p. 65)). Mais d'autres fois, si : V. par ex. J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, spéc. p. 839, n° 5 (qui parle de « *situation de vulnérabilité, sociale, économique ou psychologique* »).

³⁰² Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997, Livre III, p. 119 et s.

³⁰³ Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), p. 44 : « *L'injustice se commettant de deux façons, ou par la violence, ou par la fraude, celle-ci semble être l'injustice du renard, et l'autre celle du lion* »).

droit positif, et l'analyse restrictive d'Aristote sur le champ de ces facteurs³⁰⁴, nous oblige à procéder un peu autrement. Retenons ainsi trois sources de faiblesse : la domination, l'infériorité informationnelle³⁰⁵, et une troisième, plus à part car plus ancienne, la particulière vulnérabilité³⁰⁶. Nous nous rapprochons ainsi nettement de la *summa divisio* des inégalités de Rousseau³⁰⁷.

32. – Explicitation des différentes sortes de faiblesse. La domination s'apparente à une idée de contrainte, essentiellement exercée, de nos jours, par la force pécuniaire. Il y a alors soumission³⁰⁸. Bien différemment, la faiblesse informationnelle se rapproche d'une logique d'ignorance temporaire justifiée par les réalités sociales modernes que nous avons étudiées, comme la complexification du droit³⁰⁹. L'on voit dès lors à quel point ces deux rapports de force sont éloignés : l'un tend à une forme de violence, tandis que l'autre converge bien plus vers l'idée d'erreur ou de dol, « *vices de l'intellect* »³¹⁰. La faiblesse informationnelle ne trouve pas sa source première dans une forme de puissance du cocontractant : elle est un symptôme conjoncturel, et n'est en ce sens due à aucune forme d'altération des facultés³¹¹. La troisième sorte de faiblesse inclut des situations qui ont été mentionnées. La particulière vulnérabilité rassemble les situations, largement entendues, où un contractant souffre d'une faiblesse inhérente, souvent permanente. Elle englobe ainsi les incapacités, le trouble mental, et d'autres situations, se situant ainsi peu ou prou à mi chemin, caractérisées par une particulière crédulité, voire une position de

³⁰⁴ Aristote, op. cit., spéc. p. 120 (pour la contrainte) et p. 124-125 (pour l'ignorance). En un mot, ne sont conçues comme involontaires qu'une partie de ce que nous considérons, en droit aujourd'hui, comme procédant d'une contrainte ou d'une ignorance.

³⁰⁵ La dichotomie la plus répandue, semble-t-il, lorsque l'on évoque une partie faible en doctrine. V. not. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 32-2, p. 28 (et not. : « *En un mot, il s'agirait de prévenir et de guérir les abus, notamment lorsqu'ils se produisent à l'occasion d'un contrat d'adhésion, le puissant (et non pas le seul professionnel), de sa prééminence sur le plan du savoir (technique ou juridique) ou de l'économie (monopoles, ententes, supériorité financière)* »).

³⁰⁶ L'on retrouve également ces trois sortes de faiblesse dans l'étude de Ch. Bourrier (*La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004), *in fine* (car appréhendées différemment, sous la dichotomie faiblesse inhérente à la situation personnelle dans le contrat / faiblesse inhérente à la position dans le contrat). L'on n'en distingue essentiellement que deux dans la thèse de C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002 (« *la vulnérabilité inhérente à la victime* » (nos 450 et s., p. 349 et s. ; « *l'infériorité économique* » (nos 452 et s., p. 351 et s.) ; « *La vulnérabilité due à des circonstances extérieures* » est aussi traitée (nos 442, p. 347 et s.), mais ne recouvre que la contrainte au plan large, pas le volet informationnel).

³⁰⁷ « *Je conçois dans l'Espèce humaine deux sortes d'inégalité ; l'une que j'appelle naturelle ou Physique, parce qu'elle est établie par la Nature, et qui consiste dans la différence des âges, de la santé, des forces du Corps, et des qualités de l'Esprit, ou de l'Âme ; L'autre qu'on peut appeler inégalité morale, ou politique, parce qu'elle dépend d'une sorte de convention, et qu'elle est établie, ou du moins autorisée par le consentement des Hommes. Celle-ci consiste dans les différents Privilèges, dont quelques-uns jouissent, au préjudice des autres, comme d'être plus riches, plus honorés, plus Puissants qu'eux, ou même de s'en faire obéir* » (J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, 2008, p. 63-64). Ainsi les faiblesses qui donnent lieu à une mesure d'incapacité peuvent-elles être ramenées aux inégalités naturelles, tandis que les faiblesses informationnelle et économique correspondent au contraire à ces inégalités morales.

³⁰⁸ Cette forme de rapport de force est moderne, avec l'asymétrie informationnelle, et a occupé l'essentiel du débat, jusqu'à aujourd'hui, sur la partie faible. En effet, l'idée que la faiblesse est essentiellement et d'abord issue d'un rapport de force économique est omniprésente en doctrine (V. not., pour un magistral exemple : J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996). Et cette vision majoritaire a au moins un siècle : Demogue plaide ainsi déjà pour une évolution de la lésion (révélateur, en tant que tel) afin de protéger la partie faible (et not. : « *la théorie de la rescision pourrait peut-être un jour revêtir un aspect social pour protéger le pauvre contre les possédants ; aujourd'hui l'ouvrier contre le patron, peut-être demain le modeste locataire contre son bailleur* » (R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, Libr. A. Rousseau, Paris, 1923, n° 3959, p. 614). Précisons que la pensée de Demogue, connue pour son humanisme, ne peut être résumée à cela : il s'agit simplement d'illustrer l'assimilation qui pouvait déjà exister à l'époque entre partie faible et partie économiquement faible.

³⁰⁹ L'on adhère donc pleinement au propos de Josserand lorsqu'il affirme que les nouveaux faibles sont « *de ceux qui subissent l'oppression des forces économiques et sociales du monde contemporain* » (souligné par nous) (L. Josserand, « La protection des faibles par le droit », art. préc., p. 177).

³¹⁰ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd., 2014, n° 23, p. 41

³¹¹ V. not. très justement sur ce point J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 379, p. 285 (not. : « *Une personne adulte et en pleine possession de ses facultés intellectuelles n'en est pas moins en situation d'infériorité lorsqu'elle ignore des éléments déterminants de l'échange auquel elle désire procéder* »).

détresse³¹². Ces éléments alimenteront d'ailleurs parfois la caractérisation de la faiblesse informationnelle. C'est en ce sens que les différentes formes de faiblesse peuvent parfois se recouper³¹³.

33. – Pourquoi faut-il uniquement s'attacher à la faiblesse informationnelle ? La présente étude sera consacrée au seul volet informationnel de la faiblesse en matière contractuelle au moment de conclure. Pourquoi ? Parce que son exploitation constitue, avant toute chose, la fraude la plus « odieuse »³¹⁴. Plus concrètement, parce que la faiblesse informationnelle, telle que nous venons de l'analyser, est la seule des faiblesses précitées qui nous semble mal encadrée par le droit positif. Et parce qu'elle-seule correspond, en outre, aux objectifs profonds de notre droit des contrats. Voyons ainsi plus en détails pourquoi il sera bien davantage question d'ignorance que de particulière vulnérabilité ou de domination.

34. – 1° Parce que le traitement de la particulière de vulnérabilité est suffisant en droit positif. Le traitement de cette grande sorte de faiblesse nous semble suffisant en droit positif (ceci n'induisant en rien l'inexistence de vastes problèmes ou de carences plus ou moins profondes). Observons.

35. – En droit commun. Incapacités et trouble mental. Les classiques mesures d'incapacité en droit civil³¹⁵ sont les plus éclatantes protections de la particulière vulnérabilité. Mais rappelons, malgré une certaine méconnaissance de celles-ci, que d'autres règles encadrent la particulière vulnérabilité en droit commun. Celles-ci prévoient qu'un trouble mental exclue la validité du consentement³¹⁶. Globalement, il n'y aura donc guère de difficulté si le contractant faible est « *analphabète, gravement handicapé moteur (aveugle ou inapte à écrire) ou susceptible d'être sous un régime de protection judiciaire* » du Code civil³¹⁷. Dans les autres cas, il faudra démontrer que ces circonstances particulières révèlent une particulière vulnérabilité ayant exclu une appréciation claire de la portée des engagements souscrits³¹⁸. Cet ensemble paraît, encore une fois, relativement complet pour traiter ce genre de vulnérabilité.

³¹² Age, niveau d'instruction très faible, maladie, etc... L'on en retrouvera de nombreuses illustrations. Rapp. du sens de cette expression en droit pénal. V. not. sur ce point F. Fiechter-Boulvard, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, spéc. p. 25 (et les réf. citées) ; X. Pin, « La vulnérabilité en matière pénale », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 119 et s.

³¹³ L'on soulignera certains de ces liens en étudiant la caractérisation de la partie faible, et not. les présomptions de faiblesse (V. *infra* nos 717 et s.).

³¹⁴ Cicéron, op. cit., p. 44-45 (à la suite de la distinction préc. entre *l'injustice du renard et l'injustice du lion*) : « *Toutes les deux sont indignes de l'homme ; mais la fraude est plus odieuse. La plus criminelle de toutes les injustices est celle de ces hommes qui, à l'instant même où ils trompent, se font passer pour gens de bien* »).

³¹⁵ V. not. sur ces questions, parmi une très abondante littérature (essentiellement liées aux causes d'incapacité, et aux manières les plus appropriées de les traiter) : *Les personnes vulnérables*, 102^{ème} congrès des Notaires de France (Strasbourg – 21/24 mai 2006), spéc. p. 255 et s. ; et les contributions majeures de J. Hauser, not. « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », RDSS 1992, p. 467 et s. ; « Des incapables aux personnes vulnérables », Dr. fam. 2007, n° 14 ; « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », RLDC juin 2011, p. 69 et s.

³¹⁶ Art. 414-1 C. civ. : « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte* ». La règle est d'ailleurs reprise, sans doute pour davantage de visibilité et de lisibilité en matière contractuelle, par l'art. 1128 du projet Chancellerie IV (2015) (« *Pour consentir valablement, il faut être sain d'esprit* » ; exacte reprise de l'art. 36 du projet Chancellerie III (2013)). Et l'on rattache en effet ce traitement des troubles mentaux à la question de l'incapacité (V. not. O. Simon, « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », RTD civ. 1974, p. 707 et s.).

³¹⁷ F. Ruellan, note préc.

³¹⁸ V. par ex. CA Aix-en-Provence, 18 janv. 2000 (n° JurisData : 2000-113165) : CCC 2001, n° 49, obs. G. Raymond

36. – En droit de la consommation. Rares, mais réelles, manifestations. La matière consumériste n'est curieusement pas muette sur cette question³¹⁹. L'on songe notamment aux dispositions relatives à l'abus de faiblesse³²⁰. Tout est dans le texte : lien entre faiblesse et ignorance, lien entre faiblesse et contrainte, et, surtout, la vision de la faiblesse concernée. Le fait, visé par l'article, de ne pas être en mesure d'apprécier la portée de ses engagements renvoie à l'exigence d'une particulière vulnérabilité, objectivement entendue³²¹. En l'occurrence, une faiblesse générée par un état de santé physique³²² ou psychologique³²³ déficient, même de manière passagère³²⁴. L'on peut aussi en distinguer une illustration notamment dans les dispositions relatives aux pratiques commerciales agressives³²⁵.

37. – En droit prospectif. Abus de faiblesse à la civiliste (extension du vice de violence). L'on finira ici en mentionnant l'extension possible de la violence en droit prospectif : « *il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse* »³²⁶. Cet abus de faiblesse à la civiliste, qui fait écho à certaines opinions doctrinales³²⁷, s'émancipe nettement de la violence économique prétorienne qui lui a servi, semble-t-il, de source. En effet, les circonstances qui pourraient alors donner lieu à ce vice du consentement dépassent désormais largement l'hypothèse d'une domination économique. Elles englobent toute situation de nécessité ou de dépendance. La disposition recoupe ainsi tout à la fois la contrainte (domination économique) et la faiblesse inhérente (particulière vulnérabilité).

³¹⁹ Curieusement, parce que l'on verra que l'abstraction presque parfaite du droit de la consommation se justifie par sa logique (désormais parachevée) de droit du marché (V. *infra* nos 132 et s.). Et qu'ainsi, nulle considération concrète n'est censée intervenir dans ce processus aveugle de détermination de ses sujets (certaines notions tendant à contredire cela seront donc critiquées : V. not., sur le consommateur vulnérable, *infra* nos 138-139).

³²⁰ Art. L. 122-8 et s. C. consom. : « *Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte* ».

³²¹ V. not. Cass. crim., 18 mai 1999 (97-85.979) : Gaz. Pal. 19-21 sept. 1999, p. 126, par J.-P. Doucet

³²² V. par ex. « *la solitude et l'affaiblissement des facultés* » de la victime (Cass. crim., 26 oct. 1999 (98-86.014) : Bull. crim., n° 232 ; CCC 1999, n° 102, obs. G. Raymond). L'âge et la maladie entrent aussi en ligne de compte (V. not. CA Riom, 11 juin 2003 (n° JurisData : 2003-220299) : CCC 2004, n° 48, obs. G. Raymond (personne âgée et atteinte de la maladie d'Alzheimer)).

³²³ V. par ex. Cass. crim., 16 oct. 2007 (06-88.897) (une cour d'appel avait retenu qu'une contractante « *se trouvait en état de particulière vulnérabilité, manifesté notamment par de la confusion mentale* », et que son cocontractant avait connaissance de cet état, tout en concluant que celle-ci n'avait « *pas été conduite à un acte qui lui soit gravement préjudiciable, dès lors qu'elle a remis le chèque sans y être contrainte* ». Et la Haute Cour de trancher qu'« *en se déterminant ainsi, la cour d'appel, qui ne pouvait, sans se contredire, constater la particulière vulnérabilité de la victime, tout en énonçant qu'elle avait agi de son plein gré, n'a pas justifié sa décision* ». V. aussi dans le même sens, les juges ayant souligné le très bas niveau d'instruction pour fonder l'abus de faiblesse : CA Lyon, 19 sept. 1990 (n° JurisData : 1990-603624) : D. 1991, p. 250, note F. Ruellan.

³²⁴ V. par ex. pour une « *personne âgée de 85 ans et présentant une pathologie somatique lourde* » (CA Paris, 15 juin 1999 (n° JurisData : 1999-024331)).

³²⁵ Art. L. 122-11 et s. C. consom., énonçant notamment qu'« *une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale et compte tenu des circonstances qui l'entourent* » (souligné par nous) ; et, not., l'art. L. 122-11 II. 2° et 3°, précisant qu'« *Afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée, les éléments suivants sont pris en considération* » « 2° *Le recours à la menace physique ou verbale* » « 3° *L'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur (...)* ».

³²⁶ Art. 1142 du projet Chancellerie IV (2015) (exacte reprise de l'art. 50 du projet Chancellerie III (2013), intitulé « *abus de faiblesse* »).

³²⁷ *Rappr.* not., en effet, de C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, op. cit. (et la proposition de créer un vice de faiblesse, suffisamment large pour être apparenté à ce dont nous traitons ici. V. sur l'idée de cette thèse, *infra* n° 45 (nbp n° 376)) ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. II, *L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, spéc. nos 444 et s., p. 337 et s. (préférant à l'admission de la lésion qualifiée, l'admission d'un nouveau vice du consentement basé sur l'exploitation déloyale, ou l'élargissement des vices actuels en y introduisant la dimension de domination/exploitation).

38. – 2° Parce que le traitement de la contrainte (essentiellement, de la domination économique) est suffisant en droit positif (et encore davantage en doctrine). Il semble que le droit positif offre un panel de protections suffisant (outre, encore une fois, les lacunes techniques ponctuelles de celles-ci). Ainsi, la part du problème de la partie faible consacrée à la contrainte, essentiellement à la domination économique, nous semble correctement encadrée, tant par le droit positif que par la doctrine³²⁸.

39. – En droit de la consommation. Il est traditionnel de considérer que le droit protecteur de la consommation se justifie par l'idée (à laquelle nous ne croyons pas, ou plus) que les professionnels se situent dans une position globale de supériorité, surtout économique, et ont tendance à en abuser. L'on protège donc les consommateurs, afin que cette domination ne les mène, voire ne les contraigne, à contracter de manière préjudiciable. Mais, toute protectrice qu'elle soit, la norme consumériste ne trouve de fondement que dans l'objectif (d'impulsion européenne) de stimulation du marché, et non pas dans l'idéologie civiliste de protection du faible³²⁹. C'est en ce sens que le droit de la consommation n'est qu'un vecteur incident de la protection contre l'asymétrie économique³³⁰, bien que certaines de ses dispositions soient plus évocatrices que d'autres³³¹.

40. – Les clauses abusives entre professionnels (droit de la concurrence). Le droit de la concurrence est parfaitement lié à la question du traitement des situations de contrainte économique.

³²⁸ C'est ainsi not. que les *contrats de dépendance économique* seront naturellement exclus de cette étude. V. not. sur ce thème l'étude consacrée par G. J. Virassamy, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986. V. aussi A.-S. Choné, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. Teyssié, Economica, 2010, qui analyse plus largement le traitement en droit positif des situations de domination économique, en proposant une règle générale et une nouvelle répartition assainie entre ceux qui atteignent le marché (devant dès lors appartenir au droit de la concurrence), et ceux qui n'atteignent que le contractant et l'équilibre du contrat (devant appartenir au droit commun). Est ainsi proposée une nouvelle notion, l'« abus dans le contrat », insérée dans le droit commun (ibid., nos 500 et s., p. 327 et s.), conditionnée par deux éléments, une situation de domination, et un abus ; J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, dont la démarche est de mettre en lumière la défaillance du traitement de la partie économiquement faible, en prônant ainsi une reconnaissance claire, et l'admission, comme protection, de la lésion qualifiée ; et, plus largement, sur la contrainte, M. Cartier, *La volonté juridique forcée*, th. Versailles Saint-Quentin, 2009, mettant en lumière l'incohérence de l'éparpillement, dans divers instruments et même dans diverses matières, des multiples textes sanctionnant la contrainte au sens large d'une partie sur une autre, et proposant donc, au vu de cette similitude, d'utilement les rassembler pour apporter un concept unitaire de la volonté juridique forcée : la contrainte illégitime, avec un régime spécifique uniforme. Soulignons toutefois, afin d'être clairs, que ces études ont évidemment contribué à mettre en lumière toute l'ampleur du phénomène de faiblesse en droit des contrats, à tel point que nous devons aujourd'hui l'aborder par angle spécifique. En l'occurrence, comme le souligne J. Ghestin dans la préface de la première th. préc., il est salutaire d'ainsi montrer que « l'inégalité qui caractérise particulièrement aujourd'hui les relations contractuelles (...) ne se limite pas aux relations entre consommateurs ou profanes et professionnels, ni même aux rapports entre employeurs et salariés (...) mais qu'elle se rencontre tout aussi souvent entre partenaire professionnels » (op. cit., p. 3 ; G. J. Virassamy le souligne d'ailleurs extrêmement tôt, dès l'introduction, spéc. n° 2, p. 9 : « les rapports entre professionnels ont été (et restent encore dans une large mesure) longtemps ignorés comme si cette qualité était un gage d'indépendance, d'égalité... et devait se conjuguer avec le mot liberté »). En ce sens les œuvres qui seront exclues de la nôtre sont-elles, néanmoins, tout aussi fondamentales pour notre réflexion, de laquelle elles sont des présupposés nécessaires nous permettant à notre tour de fournir une contribution à l'étude de la partie faible (en ce sens que l'on n'en réfute en rien les positions : bien au contraire, elles seront le plus souvent d'heureux appuis).

³²⁹ V. sur ce point *infra* nos 132 et s.

³³⁰ Par ex., les clauses abusives du droit de la consommation (art. L. 132-1 C. consom.) font effet sans que soit nécessaire la démonstration d'un état de dépendance économique, condition disparue (V. sur la question de l'évolution des critères de cette législation, *infra* nos 886 et s.). Il est percutant de constater avec quelle régularité l'on peut encore lire que ce mécanisme consumériste est destiné à sanctionner une forme d'abus d'un contractant dominant (V. par ex. F. Buy, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », LPA 17 déc. 2008, spéc. p. 3-4), alors qu'il est aujourd'hui avéré qu'il s'agit d'une technique de régulation des relations de consommation, abstraite des considérations concrètes de domination.

³³¹ Par ex. les dispositions relatives aux pratiques commerciales agressives (art. L. 122-11 et s. C. consom. ; le premier de ceux-ci prévoyant not., de manière assez nette, qu'« une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et instantanées ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale (...) »).

Les professionnels³³² ne sont ainsi pas en reste, ils sont même au cœur de ces réflexions. Aussi, au-delà des pratiques anticoncurrentielles en tant que telles³³³, certaines dispositions importantes ont été érigées pour traiter certains états de soumission contractuelle³³⁴. Le plus lumineuse d'entre elles est relativement récente, et interdit « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »³³⁵. Cet important dispositif de lutte contre les clauses abusives au sein du droit commercial est nous semble-t-il mû par deux objectifs : sauvegarder la concurrence³³⁶, et traiter une situation de domination économique de laquelle accoucherait un contrat contraint. L'idée de soumission expressément évoquée par le législateur nous semble extrêmement significative³³⁷. Raison pour laquelle, d'ailleurs, nous sommes d'avis que le mécanisme est bien distinct des clauses abusives du droit de la consommation³³⁸. Bien sûr les rapports entre droit de la concurrence, droit de la consommation et même droit commun sont réels³³⁹, et bien sûr ces clauses abusives du droit commercial semblent se situer entre plusieurs mondes³⁴⁰. Evidemment, aussi, la formule convoque-t-elle à l'esprit, au premier abord, les prescriptions consuméristes. Mais rapprocher comme deux frères ces « *faux jumeaux* »³⁴¹ semble erroné³⁴². Le terrain d'élection³⁴³ et la sanction de ces règles sont d'ailleurs d'ultimes arguments³⁴⁴. Il y a bien ici un « *faux*

³³² Les commerçants, plus précisément « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » (art. L. 442-6 I C. com.).

³³³ Not. les ententes et abus de position dominante (art. L. 420-1 et s. C. com.) et les concentrations (art. L. 430-1 C. com.).

³³⁴ V. not. l'interdiction « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente* » (art. L. 442-6 I. 4°) ; ou « *de soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L. 441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6* » (art. L. 442-6 I. 7°) ; et même, moins directement, « *de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* » (art. L. 442-6 I. 5°).

³³⁵ Art. L. 442-6 I. 2° C. com.

³³⁶ S'inscrivant dans un chapitre intitulé « *pratiques restrictives de concurrence* ».

³³⁷ Et c'est en ce sens que l'on approuve les propos soulignant que le texte dégage « *un mot extrêmement fort : « soumettre »* » (D. Mazeaud et Th. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », RDC 2012, p. 283).

³³⁸ Et pour cause : les deux servent le marché, l'un par la consommation, l'autre par le libre jeu de la concurrence ! L'on comprend alors que les voies employées ne peuvent tout bonnement s'assimiler, tout en se ressemblant certes sur le principe. V., pour une analyse fouillée de ce mécanisme croisant ces questions, E. Gicquiaud, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD com. 2014, p. 267 et s.

³³⁹ V. not. M. Chagny, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », RDC 2004, p. 861 et s. ; M. Malaurie-Vignal, « Droit de la concurrence et droit des contrats », D. 1995, p. 51 et s. ; F. Dreifuss-Neiter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTD com. 1990, p. 369 et s.

³⁴⁰ V. not. M. Chagny, « L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », D. 2011, p. 392 et s.

³⁴¹ P. Catala, « Des contrats déséquilibrés », in *Etudes à la mémoire de F. Ch. Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 84, n° 11

³⁴² V. par ex. sur ce que la finalité de cette règle, restrictive de concurrence, est d'abord la protection des agents (« *finalité contractuelle* »), avant la protection du marché (« *finalité concurrentielle* »), qui est la priorité des seules règles dédiées aux pratiques anticoncurrentielles (A.-S. Choné, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. Teyssié, Economica, 2010, spéc. n°s 72-73, p. 52-54). Certes il peut y avoir convergence sur le moyen, c'est-à-dire sur la notion de déséquilibre significatif. C'est en ce sens d'ailleurs que le Conseil constitutionnel a pu statuer, juste après l'adoption de la loi : « *pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties qui figure à l'art. L. 132-1 C. consom., qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire, de telle sorte qu'en égard à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits* » (CC, 13 janv. 2011 (2010-85-QPC), « Établissements Darty et Fils » : D. 2011, p. 415, note Y. Picod ; *ibid.*, p. 392, chron. M. Chagny ; RTD civ. 2011, p. 121, obs. B. Fages ; JCP E 2011, 1136, note D. Mainguy).

³⁴³ Comme on le sait, en effet, l'art. L. 132-1 al. 7 C. consom. précise que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert (...)* ». Néanmoins, comme le relève exactement D. Mainguy (note sous CC, 13 janv. 2011, préc.), « *précisément, les clauses exagérées de l'article L. 442-6, I, 2° sont les clauses qui portent sur l'objet ou sur le prix, comme le démontrent*

ami du droit de la consommation »³⁴⁵, et l'assimilation établie par le Conseil constitutionnel « *est soit le fruit d'une erreur, soit une approximation, soit la révélation d'une ignorance crasse de ces règles* »³⁴⁶.

41. – Abus de dépendance économique en droit de la concurrence. Le panel s'élargit encore lorsque l'on a à l'esprit la dépendance économique entre professionnels³⁴⁷. Songeons, notamment³⁴⁸, aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce, luttant contre les pratiques anticoncurrentielles. Il est prévu qu'« *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* »³⁴⁹. Ainsi, le contractant devra-t-il « *démontrer qu'il a été exploité économiquement par son partenaire qui l'a contraint à accepter des conditions déséquilibrées, en un mot, qu'il a été victime d'un abus* »³⁵⁰. A lire ces prescriptions, l'on songe bien sûr immédiatement à ces situations de faiblesse omniprésentes dans les rapports entre fournisseurs et

d'ailleurs les décisions du fond rendues jusqu'à présent et le complément de ce texte qu'est l'article L. 442-6, I, 1°. C'est une différence capitale » (cette disposition précisant en effet qu'« *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (...)* ». Et c'est effectivement le même sentiment qui semble présider, au terme de l'analyse de la jurisprudence. Citons ainsi, pour s'en convaincre, un arrêt CA Paris, 23 mai 2013 (cité par M. Chagny, « *L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?* », RTD com. 2013, p. 503) selon lequel ce déséquilibre significatif à la commerciale constituait « *le fait pour un opérateur économique d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que celui-ci ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce qu'il donne* ». Adde en ce sens P. Catala, « *Des contrats déséquilibrés* », in *Etudes à la mémoire de F. Ch. Jeantet*, LexisNexis, 2010, spéc. p. 84 et s., nos 11 et s. (outre les arguments préc. qui sont repris et approuvés, l'auteur ajoute aussi un argument méthodologique : il est vrai que là où le droit de la consommation désigne ses titulaires, le droit de la concurrence ne vise personne en particulier). V. aussi en ce sens, à l'appui de décisions rendues, N. Sauphanor-Brouillaud, Rép. com. Dalloz, « *Clauses abusives* », juin 2014 (m.a.j. 2015), spéc. n° 103

³⁴⁴ Il est vrai que d'autres sanctions sont prévues : V. art. L. 442-6 III C. com. ; la différence de sanction est, par ailleurs, à nuancer dans une certaine mesure, l'art. L. 442-6 II C. com. prévoyant la nullité de certains contrats ou clauses énumérés. Mais la différence de sanction de principe, qui subsiste, démontre encore une fois, par ailleurs, la différence avec le mécanisme consumériste : l'on éradique des clauses, l'on régule d'une part ; l'on indemnise, d'autre part, une pratique fautive en tant qu'ayant faussé le jeu de la concurrence (V. not. en ce sens D. Mainguy, note sous CC, 13 janv. 2011, préc., qui le relève très clairement : « *À pousser plus loin le regard cependant, les différences sont essentielles. En premier, l'article L. 132-1 du Code de la consommation identifie une sanction particulière : la clause abusive est « réputée non écrite », tandis que la sanction « normale » des clauses exagérées de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est une dette de réparation* ». Les juges, en pratique, ont d'ailleurs infirmé les prescriptions du Conseil constitutionnel (outre les réf. préc., qui marquent la divergence avec la démarche en matière consumériste, V. not. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 105).

³⁴⁵ L'expression vient de la très pertinente analyse, que nous approuvons, de R. Saint-Esteben, « *L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation* », RDC 2009, p. 1275 et s., spéc. p. 1278 et s., nos 10 et s., reprenant not., comme argument, l'idée de soumission ressortant expressément du texte, en le développant not. à l'aune des travaux préparatoires de la loi, convergeant clairement en ce sens. Et de rejoindre ainsi la perspective concurrentielle, indubitable. Il nous semble ainsi plus qu'incertain que cette protection vienne véritablement supplanter celle initiée par les juges dans l'affaire Chronopost : celle-ci se rapprochait davantage du mécanisme consumériste, en sanctionnant une clause intolérable (V. sur ce point *infra* n° 392) ; bien différemment de ce qu'institue ce mécanisme protecteur de la concurrence. V. aussi en ce sens, parlant de « *différence de nature* », N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., nos 102 et s.

³⁴⁶ D. Mainguy, note sous CC, 13 janv. 2011, préc. ; en effet, il nous semble que la pratique a révélé d'assez larges divergences, à ce jour, avec celle du déséquilibre significatif en droit de la consommation (V. not. l'étude complète de M. Chagny, art. préc., p. 500 et s.).

³⁴⁷ V. sur ce point la thèse de G. J. Virassamy, op. cit., spéc. nos 183 et s., p. 131 et s. (sur la notion de dépendance économique, se définissant pour l'auteur par trois critères : l'existence d'une relation contractuelle, l'importance des liens contractuels pour l'existence ou la survie de l'assujetti, et enfin la permanence ou la régularité des liens contractuels. Cette dépendance économique s'adjoint, à un plan plus général, à une situation de subordination (ibid., nos 212 et s., p. 151 et s.) pour former le concept de contrat de dépendance économique).

³⁴⁸ Car, comme on l'a précisé, la liste ne se veut ici en rien exhaustive, s'agissant simplement de montrer que le panel est large (pour une vision détaillée de la prise en compte de la domination économique en droit de la concurrence, V. not. A.-S. Choné, op. cit., spéc. nos 20 et s., p. 23 et s.).

³⁴⁹ Art. L. 420-2 al. 2 C. com.

³⁵⁰ I. Beyneix, « *L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé* », LPA 25 août 2006, p. 5, n° 6

distributeurs, mais pas uniquement³⁵¹.

42. – Violence économique en droit commun. La violence est classiquement caractérisée « lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent »³⁵². Mais elle a connu de très importants développements. En effet, la violence physique archaïque devait laisser place à des sortes de contraintes modernes, autrement dit économiques. C'est ainsi que la violence économique a trouvé à s'épanouir en droit positif³⁵³. L'on songe notamment à la solution remarquable qui a souligné que « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement »³⁵⁴. Ceci complète le panorama des protections existant pour encadrer les situations d'asymétries économiques et de domination³⁵⁵. Relevons néanmoins que celle-ci n'est nullement le « spectre de la lésion qualifiée », au profit de laquelle elle ne devrait en rien être délaissée³⁵⁶.

43. – 3° Parce que la proportionnalité ne correspond pas à l'esprit du droit des contrats. Le droit français des contrats n'a pas pour vocation d'établir un principe de proportionnalité des obligations des parties. La preuve : l'admission de la lésion n'est, depuis 1804, que marginale³⁵⁷. Il s'attache à

³⁵¹ V. not. G. J. Virassamy, op. cit., qui en distingue un grand nombre, comme les contrats d'intégration en agriculture (n^{os} 7 et s., p. 19 et s. ; contrat par lequel un industriel aide un producteur agricole pour lui permettre « de démarrer un élevage ou de lancer une culture. En contrepartie, ce dernier doit accepter de nombreuses obligations notamment une exclusivité de fourniture ou d'approvisionnement. L'intérêt du producteur dans une telle combinaison est double : d'abord il acquiert ainsi l'assurance de pouvoir écouler sa production, et dans le même temps, il reçoit la garantie d'un revenu minimum assuré par son cocontractant, l'industriel. Malheureusement, cette aide financière va le mettre dans une situation de dépendance et de subordination (...) »). Beaucoup d'autres sont développés : les contrats de sous-traitance, les contrats d'agence commerciale ou de représentation commerciale ; même, au sein des contrats du secteur de la distribution, peut-on distinguer les contrats de concession commerciale, d'assistance et de fourniture...

³⁵² Art. 1112 C. civ.

³⁵³ V. not. sur ce thème : B. Edelman, « De la liberté et de la violence économique », D. 2001, p. 2315 et s. ; Ph. Stoffel-Munck, « Autour du consentement et de la violence économique », RDC 2006, p. 45 et s. ; C. Nourissat, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », D. 2000, p. 369 et s. ; M. Boizard, « La réception de la notion de violence économique en droit », LPA 16 juin 2004, p. 5 et s. ; G. Loiseau, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », Dr. et patr. sept. 2002, p. 26 et s. ; et l'intéressante perspective pluridisciplinaire de I. Beyneix, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », LPA 25 août 2006, p. 3 et s.

³⁵⁴ V. not. Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002 (00-12.932) : Bull. civ. I, n^o 108 ; D. 2002, p. 1860, note H. Gridel et note J.-P. Chazal ; ibid., p. 2844, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2002, I, 184, obs. V. Virassamy ; JCP E 2003, 278, obs. F. Chérigny ; Defrénois 2002, p. 1246, obs. E. Savaux ; Gaz. Pal. 2003, p. 444, note J. Rovinski ; CCC 2002, n^o 121, note L. Leveneur ; ibid., n^o 80, obs. Ch. Caron ; ibid., n^o 89, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2002, p. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; V. déjà, un arrêt indissociable : Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000 (98-15.242) : Bull. civ. I, n^o 169 ; D. 2000, p. 879, note J.-P. Chazal ; D. 2001, p. 1140, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2001, II, 10461, note G. Loiseau ; JCP E 2001, 571, note R. Secnazi ; Defrénois 2000, p. 1124, obs. Ph. Delebecque ; CCC 2000, n^o 142, note L. Leveneur ; RTD civ. 2000, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages

³⁵⁵ Sans être parfait. Sans exhaustivité, l'on pense notamment à la preuve de la contrainte, dont la charge pèse sur la victime. Dès lors, l'un des commentateurs de la décision affirmait avec justesse que « la nullité pour violence économique ne sera pas fréquemment proposée en raison des difficultés de preuve auxquelles se heurtera la victime d'une telle contrainte. En l'espèce, par exemple, on souhaite bien du plaisir à la victime pour démontrer que son employeur, pour lui imposer un contrat injuste, l'avait menacée de licenciement » (D. Mazeaud, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, préc.). L'efficacité du mécanisme n'est toutefois pas à remettre en cause frontalement : la violence s'appréciant, comme on le sait, *in concreto* (V. not. Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1986 (85-11.666) : Bull. civ. I, n^o 98), nul doute que les circonstances aideront bien souvent à établir une telle preuve.

³⁵⁶ C'est not. le point de vue adopté par une étude récente : A. Maymont, « La violence économique : une réalité consacrée ? », RLDC nov. 2014, p. 8 et s. (pour la formule et cette idée spéc., V. ibid., n^{os} 9 et s.). En effet, les deux notions se distinguent nettement. V. sur la lésion qualifiée *infra* n^{os} 45-46.

³⁵⁷ D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, 1999, n^o 320, p. 176, d'ailleurs contre cette position, que l'auteur ne faisait ici que décrire sans l'approuver sur le fond. V. not. ibid., n^{os} 378 et s., p. 207 et s., où est décortiquée l'idée qui lie inexorablement la marginalité de la lésion de l'art. 1118 C. civ. à celle du refus de reconnaître l'existence d'un principe d'équivalence ; tandis que la rétrospective fouillée des travaux préparatoires au Code civil montre, selon lui, que les débats sur la lésion portaient précisément sur l'équivalence de l'art. 1104 C. civ., et qu'ainsi, le lien fondamental avec le vice du consentement n'était guère qu'un « argument superficiel de convenance » (ibid., n^o 400, p. 217) ; de

garantir la responsabilité de chacun par sa liberté réelle, en imposant l'exigence d'un consentement intègre. Ceci s'oppose frontalement à la prise en charge de l'opportunité des affaires des contractants³⁵⁸. Un principe de proportionnalité ne semblerait, au reste, guère souhaitable³⁵⁹ pour l'avenir. Mais ce, bien sûr, sous la réserve fondamentale de garantir la volonté éclairée de chacun³⁶⁰. Et c'est ainsi qu'il faut lire Ripert, lorsqu'il pose que, sauf les cas où il résulte d'une « *exploitation abusive* » de l'une des parties par l'autre, le déséquilibre est « *l'aléa du contrat* »³⁶¹. Autrement, ce serait considérer qu'un contractant, même éclairé, est irresponsable.

44. – L'intérêt suscité est dès lors paradoxal. Pourtant³⁶², ces questions ont énormément fait couler d'encre. De remarquables études s'y sont consacrées³⁶³, engendrant « *la promotion de principes nouveaux* »³⁶⁴. Que l'on songe alors à ce que seraient les principes « *d'équilibre contractuel* »³⁶⁵, d'« *excès* »³⁶⁶, d'« *économie du contrat* »³⁶⁷, d'« *abus* »³⁶⁸ ou d'« *égalité* »³⁶⁹ dans le contrat, voire, expressément, de « *proportionnalité* »³⁷⁰. Même ! Des études intégralement consacrées, de manière

telle sorte qu'un principe d'équivalence peut être découvert, de la manière suivante : l'art. 1104 fixe, par souci de sécurité, une présomption d'équivalence des obligations, laquelle est, selon l'auteur, réfragable, ce dont l'art. 1118 C. civ. serait d'ailleurs une preuve. V. aussi, nous semble-t-il dans la même direction, réfutant que l'on puisse confondre équivalence et proportionnalité : D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », LPA 30 sept. 1998, p. 12, n° 3 (et not. : « *D'ailleurs, même les plus ardents partisans d'un principe de proportionnalité ne souhaitent pas, du moins faut-il l'espérer, que la simple absence d'équivalence économique entre les prestations des cocontractants puisse entraîner la remise en cause du contrat. Affirmer que la proportionnalité est l'âme des contrats ne signifie pas, pour ceux qui mènent cette nouvelle croisade contractuelle, que la lésion doit être promue au rang des causes générales d'anéantissement du contrat* »).

³⁵⁸ V. sur la question de l'esprit du droit des contrats, et sa vocation à exiger un consentement éclairé, *infra* nos 542 et s.

³⁵⁹ V. not. D. Mazeaud, art. préc., p. 13, n° 6 (et not. : « *L'intégration dans notre droit des contrats d'un principe de proportionnalité, non seulement ne semble pas une absolue nécessité dans une perspective de justice contractuelle, mais encore paraît d'un maniement plus que délicat au regard de l'impératif de sécurité juridique* »).

³⁶⁰ Ce qui est l'objet tout entier de cette étude.

³⁶¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 85, p. 156. Jusqu'à un certain stade, en effet, qui constitue d'ailleurs pour D. Mazeaud le point de rupture entre équivalence et proportionnalité : « *S'il ne saurait être question de lutter systématiquement contre tous les déséquilibres en vue d'assurer une équivalence arithmétique dans le contrat, on ne peut non plus se résigner à admettre, sur l'autel de la liberté contractuelle, les injustices les plus criantes, autrement dit les déséquilibres contractuels excessifs ou significatifs* » (D. Mazeaud, art. préc., p. 12, n° 4). Pour notre part, ces derniers seront pris en compte non pas au titre d'un encadrement de la proportionnalité, mais au titre de la protection du consentement de la partie faible. V. sur ce point *infra* nos 886 et s.

³⁶² V. not., soulignant cet apparent paradoxe durant son étude : N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », LPA 30 sept. 1998, p. 21 et s.

³⁶³ D'ailleurs, bien souvent, même lorsque l'étude semble s'orienter correctement sur la faiblesse informative, elle a finalement pour objet dans l'esprit des auteurs de permettre « *directement ou indirectement d'aboutir à un certain rééquilibrage du contenu obligationnel* » (A. Raclot, « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », LPA 6 août 2001, p. 17, n° 1), dans la mesure où il ne s'agirait pas seulement de garantir une volonté éclairée mais tout autant un équilibre du contenu contractuel (*ibid.*, spéc. n° 6). *Adde*, sur l'évolution de ce qui serait un « *principe d'équilibre contractuel* » : C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, spéc. p. 379 et s., nos 29 et s.

³⁶⁴ D. Mazeaud, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, spéc. p. 712 et s., nos 19 et s.

³⁶⁵ V. not. L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002 ; V. aussi V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, t. I-II, PUAM, 2000 ; D. Mazeaud, « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 135 et s.

³⁶⁶ V. not. D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005

³⁶⁷ V. not. S. Pimont, *L'économie du contrat*, préf. J. Beauchard, PUAM, 2004 ; *Adde* J. Moury, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, p. 382 et s.

³⁶⁸ V. not. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000 ; V. aussi A.-S. Choné, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. Teyssié, Economica, 2010

³⁶⁹ V. not. D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Sourieux, LGDJ, 1999

³⁷⁰ S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2000 ; F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », JCP G 2009, n° 25, p. 52 ; *Adde* « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Travaux du colloque du 20 mars 1998 de la Faculté de droit de Paris V, LPA 30 sept. 1998 ; *Rappr.* de ces thèmes l'étude de L. Grynbaum, *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, LGDJ, 2004 (le juge refusant traditionnellement d'adapter le contrat déséquilibré, le législateur a ouvert des voies pour le lui permettre. Le contrat « *contingent* » qui en résulte fait l'objet de l'analyse. Le déséquilibre tel que conçu dans l'œuvre (*ibid.*, nos 26 et s., p. 26 et s.)

apparemment générique, aux « *contrats déséquilibrés* » semblent ne s'intéresser qu'à l'aspect économique de l'inégalité, comme si celle-ci était l'alpha et l'oméga de la faiblesse en matière contractuelle³⁷¹. Bien sûr ces œuvres ont-elles pour irrécusable mérite de faire jaillir vigoureusement la problématique de la faiblesse en matière contractuelle. Il n'en subsiste pas moins une sorte de paradoxe qui fonde en partie, comme les arguments précités, l'axe que nous avons choisi. En effet, les règles imposant la proportionnalité sont éparpillées, circonstanciées, manifestement exceptionnelles de telle sorte que « *l'affirmation d'un principe de proportionnalité nous semble inexacte, inutile et inopportune* », et qu'il est donc bien plus exact, mais aussi souhaitable³⁷², de parler « *d'exception de disproportion* »³⁷³. C'est, en définitive, pour cette raison que l'article 1104 du Code civil « *n'exige pas une équivalence des prestations, mais « regarde » celles-ci comme équivalentes* »³⁷⁴. Pourquoi cet engouement pour l'équilibre, pour la proportionnalité ? Ses tenants reconnaissent même, d'ailleurs, que la question intéresse directement (et, franchement, d'une manière véritablement lourde de conséquences) la phase d'exécution du contrat³⁷⁵, alors même que le traitement de l'information en matière (pré)contractuelle est loin d'être optimal.

relève du domaine économique, et non informationnel. L'étude a donc traité, aussi, à ces questions de proportionnalité du contrat, d'équilibre économique du contrat, au sens large).

³⁷¹ L'on pense par ex. à l'étude de V. Lasbordes (*Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, t. I-II, PUAM, 2000). En effet, l'analyse des contrats déséquilibrés tourne chez l'auteur autour de deux axes : les contrats déséquilibrés en valeur, et en pouvoirs. Si cette position a pour mérite de mettre en lumière la certaine diversité de la faiblesse, elle a pour indéniable limite de ne persister à la considérer que d'une manière extrêmement parcellaire. En effet, ces deux axes mènent indéniablement à la seule facette économique de la faiblesse. Pour ce qui est du déséquilibre en valeur, la considération se passe de commentaire : il est évident que le déséquilibre renvoie ici à une idée d'inéquivalence économique. Pour ce qui est du déséquilibre en pouvoirs, l'on constate que l'auteur n'en distingue que deux (ibid., t. I, n^{os} 202 et s., p. 205 et s.) : d'abord, nettement, le pouvoir économique ; ensuite, le pouvoir juridique (dont on voit qu'il consiste essentiellement, dans l'analyse, à une idée de domination économique, avec par ex. le pouvoir de l'employeur dans le contrat de travail, ou encore et surtout les pouvoirs de certaines sociétés, en matière de distribution commerciale, par ex. sur ce qui est de la fixation du prix). D'ailleurs, la suite de l'analyse, à l'endroit des ces deux derniers déséquilibres, est éloquent : il est partout question d'« *absence de réciprocité* » (ibid., t. I, n^{os} 333 et s., p. 306 et s.), de « *disproportion* » (ibid., t. I, n^{os} 347 et s., p. 317 et s.), de « *déséquilibre révélé par un prix excessif* » (ibid., t. I, n^{os} 256 et s., p. 323 et s.). Ceci est étonnant lorsqu'on lit, en introduction de la thèse, que « *C'est en adoptant une démarche analytique, et dénuée de tout a priori, qu'il convient de partir à la recherche de ces contrats déséquilibrés et de les identifier* » et, surtout, que les contrats déséquilibrés en pouvoirs sont présentés comme ceux « *dont l'existence est la conséquence directe de l'inégalité intellectuelle, technique, économique ou juridique des parties au moment de la conclusion (...)* » (ibid., t. I, n^o 14, p. 37). Même ! L'inaptitude à la négociation ou l'incompétence du consommateur (et de certains professionnels) sont traitées dans une section relative... au pouvoir économique ! (ibid., t. I, n^{os} 211 et s., p. 214 et s.). En définitive, voici encore un exemple percutant de l'optique quasi unidirectionnelle de l'appréhension de la partie faible aujourd'hui : des causes économiques, pour des conséquences économiques.

³⁷² Si l'on aura l'occasion de souligner à quel point nous ne sommes guère de ceux qui éprouvent une quelconque crainte du juge (V. *infra* n^{os} 610 et s.), il est vrai que l'admission d'un tel principe « *ouvrirait sur une révision générale et permanente des contrats, paroxysme de l'instabilité* » (N. Molfessis, art. préc., p. 29, n^o 24).

³⁷³ D. Mazeaud, art. préc., p. 18, n^o 18

³⁷⁴ D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, 1999, n^o 320, p. 176 (V. d'ailleurs contre cette idée, que l'auteur ne faisait ici que décrire sans l'approuver sur le fond, ibid., n^{os} 378 et s., p. 207 et s.).

³⁷⁵ S. Le Gac-Pech (op. cit., spéc. p. 7-8) le reconnaît immédiatement, dans l'introduction : en un mot, la phase de formation, assimilée au volontarisme, n'est guère plus digne d'intérêt, puisque celui-ci est apparemment en déclin (« *On pourrait tout aussi bien imaginer une application du concept au stade de la formation, en érigeant la proportionnalité au rang des conditions de validité. En réalité, ce parti révèle une position : « suivant la conception, spiritualiste ou matérialiste, que l'on se fait du contrat, on placera son centre de gravité soit dans la manifestation de volontés, soit dans l'accomplissement des prestations, et, partant, son moment décisif soit à l'instant de sa formation, soit à celui de ses effets (de son exécution ou inexécution)* » [citant Carbonnier]. *Partant du démenti du postulat volontariste, nous sommes amenés tout naturellement à attacher plus d'importance à l'exécution du contrat qu'à sa formation* »). Ceci nous interpelle : voilà que le déclin de l'autonomie de la volonté serait assimilable au déclin du volontarisme ! Voilà, même, que ce déclin marquerait aussi la légitimité d'un désintéressement pour la phase de formation du contrat, alors pourtant que s'y joue tout l'enjeu de l'humanité dans l'homme, le libre arbitre. Et d'ajouter, en conclusion : « *Il n'est pas question d'imposer artificiellement une égalité juridique entre les parties, en favorisant le faible contre le fort pour rétablir un rapport de force par essence inégalitaire. Cette entreprise, rattachée à la philosophie des lumières, n'aurait d'autre finalité que de contrer le principe de l'autonomie de la volonté. Or, il n'est guère besoin de contredire un principe qui vole en éclat. Par ailleurs, les risques d'arbitraire et de subjectivité d'une telle démarche profondément utopiste ont été suffisamment démontrés. L'égalité n'existe ni en fait, ni en droit. Le mérite du principe de proportionnalité est justement de se détacher de ce rapport volontariste ou comportementaliste* » (ibid., p. 493-494). C'est ce que nous pensons pouvoir nous imaginer de plus éloigné des positions que nous défendons. Outre la divergence idéologique, ces affirmations sont extrêmement lourdes de sens : le contractant n'est plus un humain, mais l'objet d'un rapport économique dont il convient, peu importe sa volonté, d'apprécier la proportionnalité, l'efficacité... Demain, l'opportunité ?

45. – Le cas de la lésion qualifiée. L'immense attrait pour la proportionnalité est très étroitement lié à la question de l'admission d'un mécanisme encadrant plus largement la lésion. Une doctrine autorisée plaide ainsi avec ferveur pour la lésion qualifiée³⁷⁶. Celle-ci vise globalement à sanctionner, par adaptation judiciaire ou nullité, un avantage manifestement abusif, acquis par l'exploitation d'une situation de domination. Nul ne pourrait évidemment contester l'intérêt et l'efficacité potentiels d'une telle règle, à laquelle l'adhésion est ancienne³⁷⁷ et dépasse d'ailleurs nos frontières³⁷⁸. Mais ce ne sont pas là les seules conditions d'une règle souhaitable.

46. – Paradoxe similaire. L'on s'étonnera encore qu'un travail immense soit mené sur ce terrain. Voilà qu'il s'agirait davantage de guérir que de prévenir, de sanctionner les émanations néfastes d'une liberté contractuelle devenue chimérique, plutôt que de tenter de la garantir à nouveau en la régulant d'une nouvelle façon. L'on notera, en outre, que les facteurs retenus pour caractériser la lésion qualifiée tendent à être liés à la domination (surtout économique), ou à une situation de particulière vulnérabilité, ou aux deux³⁷⁹. L'on y distingue guère l'infériorité informationnelle, du moins en France³⁸⁰. Au-delà, la

³⁷⁶ V. not. (l'opinion est aujourd'hui très répandue, et la liste est donc loin de l'exhaustivité) pour de percutantes études : J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, spéc. nos 718 et s. ; V. aussi, la démarche plus singulière de G. Chantepie, *La lésion*, préf. G. Viney, LGDJ, 2006 (la remise en question de la place très limitée de la lésion est au cœur de l'étude, à partir d'observations jurisprudentielles, d'une manière comparable à certains passages de la th. préc. de J.-P. Chazal, attestant selon l'auteur d'une prise en compte voilée de la lésion. La démonstration de l'atteinte par les cas de lésion non sanctionnés à la justice corrective est aussi menée. Mais la conception de l'auteur ne rejoint pas la lésion qualifiée, il considère que la lésion n'a guère à voir avec ses causes (ce qui est déjà, à notre sens rédhibitoire), ne constituant plus strictement (plus classiquement, au vrai) que la différence de valeur des prestations réciproques ; et, partant, l'auteur de prôner la généralité de la sanction d'une telle lésion, conçue dans l'étude en adéquation avec la justice distributive (ibid., spéc. nos 374 et s., p. 256 et s.)). V. aussi, pour une proposition s'approchant du même thème C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002 (affirmant d'ailleurs explicitement son adhésion à l'admission de la lésion qualifiée, V. not. ibid., nos 439-440, p. 344-345), sous un prisme différent, et demeurant d'une créativité remarquable, visant à introduire un « vice de faiblesse ». L'idée est alors de substituer au classique triptyque des vices du consentement un diptyque (ibid., nos 408 et s., p. 319 et s.). L'erreur, d'une part, (spontanée (erreur telle que nous la connaissons), et provoquée (dol)), le vice de faiblesse, d'autre part (qui inclurait not. le vice de violence que nous connaissons, mais aussi et bien plus largement les situations dans lesquelles on constate un « déséquilibre contractuel » en défaveur de celui qui aurait souscrit sous l'empire d'une faiblesse). Nous opposerions, toutefois, que la faiblesse n'y est conçue, à notre sens, que d'une manière incomplète. Elle recouvre en effet, dans la proposition, des situations de vulnérabilité (inhérente à la personne, issue de violence, de procédés contractuels agressifs ou d'une situation d'urgence ou de nécessité) ou d'infériorité économique.

³⁷⁷ Les nombreuses faveurs datent, au moins (car l'on pourrait remonter à Cicéron, Aristote ou Thomas d'Aquin, au fond) de la première moitié du XX^e siècle. D'ailleurs, une proposition de loi avait vu le jour en 1910 (introduite par les députés Guibal et Dupin), afin de modifier l'art. 1118 de la manière suivante : « *La lésion est une cause de rescision des conventions si la disproportion des obligations qui en résulte est énorme et a été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté et de l'inexpérience du lésé* » (citée par G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 66, p. 119-120, et soulignant la réception globalement chaleureuse de telles prescriptions, bien que n'ayant pas vues le jour en droit positif). Il est indéniable que participent de ces faveurs une doctrine parmi la plus éminente du XX^e siècle. Au premier plan, Ripert (ibid., spéc. nos 69 et s., p. 124 et s., qui critique précisément l'idée de simple équivalence (n° 69, p. 124 : « *On ne saurait en effet réduire sans danger l'idée de lésion à la disproportion des obligations avec ou sans limite de calcul, car, pour donner une forme juridique à la règle, on la dépouille alors de son caractère moral, ruinant son fondement sans pour cela arriver à la précision technique que l'on vise* »), préférant bien davantage la lésion qui résulte d'une « exploitation du contractant » (n° 70, p. 126, soit, not., que celui-ci « s'est trouvé dans la nécessité de contracter ou bien il s'est trompé sur la valeur de la chose et l'autre partie a abusé de cette situation pour lui extorquer une promesse »). Par où l'on comprend l'importance de l'idée morale dans l'admission d'un tel mécanisme : « *La lésion change alors de caractère. Elle apparaît comme l'injustice commise par l'abus du contrat. Le résultat montre la déloyauté de la lutte entre les contractants. L'inégalité des prestations n'est pas la cause de la nullité du contrat, mais la preuve qu'il existe une autre cause de nullité : l'exploitation de l'un des contractants par l'autre* » (ibid., n° 70, p. 126)). Ripert n'était pas seul à soutenir ce genre de positions, loin s'en faut. Jossierand est à cet égard proprement immanquable (V. not. « La protection des faibles par le droit », art. préc., p. 159 et s.).

³⁷⁸ V. déjà le « succès » grandissant à l'époque (« La protection des faibles par le droit », art. préc., p. 173). V., de nos jours, not. le §138 du BGB Allemand ; l'art. 21 du Code des obligations suisse ; l'art. 1448 du Code civil italien ; l'art. 1406 al. 1 du Code civil québécois (*Adde* l'art. 8 de la loi québécoise sur la protection du consommateur).

³⁷⁹ V. ainsi not. la notion de lésion qualifiée telle que conçue par le projet Terré (« *Toutefois, lorsqu'un contractant, en exploitant l'état de nécessité ou de dépendance de l'autre partie ou sa situation de vulnérabilité caractérisée, retire du contrat un avantage manifestement excessif, la victime peut demander au juge de rétablir l'équilibre contractuel. Si ce rétablissement s'avère impossible, le juge prononce la nullité du contrat. Le juge tient compte de l'ensemble des circonstances, et notamment de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique* » (art. 66 al. 1^{er})). V. déjà, aussi, l'art. 1114-3 al. 2 de l'avant-projet Catala (qui dispose,

critique est fondamentalement pragmatique. L'analyse du droit prospectif démontre clairement que la réticence du droit positif à étendre la lésion a vocation à perdurer³⁸¹. Elle s'illustre même parfois, ponctuellement et indirectement³⁸². Il ne faut y voir aucune « *vulgate libérale* »³⁸³. Nous sommes simplement d'avis que là n'est guère le rôle d'un droit commun des contrats, et que c'est d'ailleurs pour cette raison que la lésion n'a été admise que marginalement. Tandis que, à l'opposé, l'exigence cardinale du contrat valable est celle d'un consentement intègre, basé sur une volonté éclairée³⁸⁴. Oui, donc, tout contrat passé sans contrainte et avec lucidité nous apparaît nécessairement juste. Encore faut-il s'assurer de la réalité de cette lucidité, pour tous les contractants. C'est là tout l'enjeu de la protection

après avoir défini un mécanisme extrêmement similaire à la lésion qualifiée, que « *La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique* »).

³⁸⁰ Il est vrai que certains indices abondent en sens inverse au-delà de nos frontières : c'est ainsi que le §138 du BGB allemand préc. évoque certes l'état de nécessité, la faiblesse de jugement ou la grande faiblesse de caractère, mais également l'inexpérience, comme critères de faiblesse pouvant donner lieu à lésion qualifiée (« *Est notamment nul tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre personne, en contre partie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec sa propre prestation, et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, de la faiblesse de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui* ») ; c'est également le cas de l'art. 21 du Code des obligations suisse (« *En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience* »).

³⁸¹ Les projets de réforme du droit des contrats les plus récents, contrairement à l'avant-projet Catala et au projet Terré, confirment nettement cette direction. L'art. 1170 du projet Chancellerie IV (2015) le pose même en principe : on peut lire que « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Il s'agit là de la reprise de l'art. 78 du projet Chancellerie III (2013) (qui avait pour propre intitulé « *rejet de la lésion qualifiée* »). Ceci rappelle la formule de l'art. 1122-1 de l'avant-projet Catala, qui prévoyait que « *le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif n'est pas une cause de nullité, hormis les cas où la loi admet la rescision du contrat pour cause de lésion* ». Au-delà de la position nette que suggère les dispositions de droit prospectif préc., deux arguments, nous semble-t-il, contribuent à parfaire la démonstration de ce rejet persistant. D'une part, le rattachement au vice du violence induit une nullité sans recours à une adaptation judiciaire du contrat ; d'autre part, l'abus est ici trompeur car c'est l'engagement même qui est obtenu grâce à la faiblesse d'une partie, et non avantage particulier. Dès lors, affirmer que la lésion qualifiée ferait ainsi son entrée en droit français serait une vue de l'esprit. S'il pourrait être concevable que la lésion qualifiée englobe la violence économique, l'affirmation inverse n'est guère vraie (V. not. D. Mazeaud, art. préc., spéc. n° 12, affirmant notamment : « *Quant à l'« Avant-projet Terré », il ne comporte aucune règle relative à la violence économique. Ce qui ne saurait étonner puisque, comme on l'a déjà expliqué, il intègre la lésion qualifiée dans le droit français des contrats. Or, la lésion qualifiée chasse fatalement la violence économique...* »). C'est donc une forme d'erreur que d'avoir procédé ainsi dans l'avant-projet Catala, en énonçant qu'« *Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif* » (art. 1114-3 al. 1^{er}). L'on constate d'ailleurs que cette direction n'a pas perduré, et ce bien avant le dernier projet préc. (V. déjà l'art. 63 du projet Chancellerie I (2008) : « *Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de la situation de faiblesse de l'autre pour lui faire prendre, sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, un engagement qu'elle n'aurait pas contracté en l'absence de cette contrainte* », repris à l'identique par le projet Chancellerie II (2009), art. 58). D'autant que la jurisprudence, en consacrant la violence économique, a distinctement écarté la lésion (V. not. Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000 préc. : « *la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion* »). La messe est dite.

³⁸² L'on sait par exemple que la CJUE a pu affirmer que rien ne s'oppose à ce qu'une réglementation nationale autorise un contrôle juridictionnel du caractère abusif des clauses contractuelles portant sur la définition de l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, ou sur les services ou les biens à fournir en contrepartie (CJUE 3 juin 2010 (C-484/08), « *Ausbanc* » : D. 2011, p. 978, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD eur. 2010, p. 714, obs. C. Aubert de Vincelles ; JCP G 2011, 61, note G. Paisant et L.-P. San Miguel Pradera ; RDC 2010, p. 1299, note C. Aubert de Vincelles). Pour autant, le choix du législateur français fut et continue d'être (à la suite de la très récente réforme issue de la L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation) celui d'un contrôle moins large et désintéressé de ces prescriptions à tendance proportionnalistes (l'art. L. 132-1 al. 7 prescrit toujours que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* »). C'est ce même choix, d'ailleurs, qui est fait dans les différents projets de réforme du droit des contrats (V. not. l'art. 1169 du projet Chancellerie IV (2015), l'art. 77 al. 2 du projet Chancellerie III (2013), et, déjà l'art. 79 al. 2 du projet Chancellerie II (2009), contenant les exactes mêmes prescriptions).

³⁸³ J.-P. Chazal, « *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain* », art. préc., p. 12 (et not. : « *très peu d'auteurs soutiennent la nécessaire généralisation de la lésion. La vulgate libérale est dominante, de sorte que la sanction de la lésion est perçue comme une source d'insécurité, et la protection des faibles comme incompatible avec l'idée même de contrat, laquelle postule la capacité de chacun à défendre ses propres intérêts sur un marché libre, le juge n'étant là que pour veiller à l'application rigoureuse des stipulations* »).

³⁸⁴ V. sur l'ensemble de cette question, *infra* nos 545-546

du consentement de la partie faible.

47. – 4° Parce que la faiblesse informationnelle déborde largement les hypothèses de contrainte (essentiellement économique) (renvoi). Sans hiérarchiser les faiblesses, il convient malgré tout de souligner que les hypothèses de faiblesse informationnelle englobent celles de contrainte. Il y a véritablement là un contenant et un contenu, pas l'inverse. Il faut comprendre que la prise en compte de la faiblesse en matière contractuelle par le seul axe de la contrainte (essentiellement économique) est incomplète. Elle laisse de nombreux contractants sans protection, notamment certaines parties faibles au seul point de vue informationnel. Il faut donc placer le curseur sur la faiblesse informationnelle.

48. – 5° Parce que la faiblesse informationnelle se distingue nettement des hypothèses de particulière vulnérabilité. Il n'y a pas de lacunes informationnelles uniquement parce qu'il y a particulière crédulité ou vulnérabilité. Comme pour la faiblesse économique, la particulière vulnérabilité laisse de nombreuses situations de faiblesse en dehors de son champ d'application. Il faut donc s'en évincer. Bien sûr pourra-t-elle participer des facteurs de la faiblesse informationnelle, à l'instar d'autres indices utiles mais point décisifs. Si leur nombre et leur diversité seront mis en lumière au fil de la présente étude, l'on peut ici envisager une hypothèse simple en rapport direct avec les limites de la faiblesse-particulière vulnérabilité. Ainsi, la protection échappera-t-elle, sur ce fondement, à une personne âgée présentant d'ailleurs des difficultés de santé, en l'absence de preuve que ses capacités intellectuelles furent diminuées³⁸⁵. La question laisse, on le voit bien, en suspend celle plus large de savoir si ce contractant n'était pas pour autant une partie faible au point de vue informationnel³⁸⁶.

49. – 6° Parce que protéger la volonté humaine elle-même est fondamental. Ce n'est que par la connaissance que s'exerce la vraie liberté. C'est d'ailleurs pour cela que ce type de faiblesse est au cœur des préoccupations (sans pour autant être correctement traité), que « *maintenant, l'inégalité que l'on a en vue, c'est davantage une inégalité psychologique, l'inégalité dans l'information* »³⁸⁷. Or, ce n'est que par le droit que l'égalité passe de l'idéal au concret, que le véritable sens de la plus célèbre formule de Fouillée se révèle³⁸⁸. Et ce n'est qu'ainsi que l'homme est homme. Voici toute la philosophie de cette étude : après tout, ne sont-ce pas là de simples émanations du contrat social ? En matière contractuelle, « *Accorder son consentement est une manifestation cardinale de l'autonomie* »³⁸⁹. Or celui-ci n'est jamais que l'expression de la volonté de l'homme³⁹⁰, qui elle-même « *ne se détermine qu'à la suite d'un processus psychique où*

³⁸⁵ CA Rennes, 17 oct. 2003 (n° JurisData : 2003-229012) : CCC 2004, n° 85, obs. G. Raymond. V. dans le même sens, en ce que la surdi-mutité n'apporte pas la preuve que ce « *handicap était susceptible de la placer dans un état de faiblesse ou d'ignorance* » particulier suffisant (CA Douai, 7 nov. 2002 (n° JurisData : 2002-204200) : CCC 2003, n° 117, obs. G. Raymond).

³⁸⁶ Question autrement plus vaste que celle qu'implique la particulière vulnérabilité, c'est-à-dire de savoir si les facultés intellectives sont altérées. La faiblesse informationnelle implique bien davantage celle de savoir s'il y avait, de manière bien plus générique, une infériorité informationnelle, abstraite d'une quelconque anormalité, d'une quelconque pathologie.

³⁸⁷ J. Carbonnier, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 36

³⁸⁸ V. sur ce point *infra* n° 781 (nbp n° 2804).

³⁸⁹ G. Pignarre, « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie » (partie 2), RDC 2011, p. 989, n° 16 (et l'ensemble de l'étude, ainsi que ses nombreuses réf., sur la question de l'autonomie en perspective du consentement).

³⁹⁰ V. not. sur cette distinction, l'étude désormais classique de M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573 et s. (spéc. n° 2, pour une formulation synthétique : « *Il faut ainsi rappeler et tirer tout profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un*

l'intelligence a sa part»³⁹¹. Il ne faut donc pas seulement éviter une distorsion entre la volonté réelle et la volonté déclarée : encore faut-il que la première soit convenablement éveillée. Il n'y a ainsi lucidité du consentement que s'il y a volonté éclairée, celle-ci se forgeant par un processus bien identifié trouvant sa source dans les informations connues³⁹². Ainsi, protéger le consentement des contractants faibles, c'est avant tout protéger la volonté, et, partant, la dignité humaine de chacun³⁹³. C'est en outre prendre conscience que cette volonté est une « *matrice* » des consentements, en tant qu'elle donnera matière à une infinité d'autres contrats³⁹⁴.

50. – 7° Enfin, parce que le traitement des hypothèses d'asymétrie d'information fait défaut (transition). La faiblesse informationnelle concerne tout le monde. Elle est, comme on l'a vu, l'élément commun de toutes les parties faibles, englobant les autres formes de faiblesses. La raison décisive de l'axe choisi est donc dès lors celle-ci : l'observation d'une étude insuffisante³⁹⁵ et d'un traitement inapproprié³⁹⁶ du problème posé par la partie faible au point de vue informationnel.

*
* *

51. – Terminologie utilisée : partie faible (au point de vue informationnel). Le fond de la notion de faiblesse informationnelle ayant été examiné, il reste quelques mots à dire sur la terminologie utilisée. Plusieurs appellations, en effet, eussent été possibles : *petit*³⁹⁷, (partie) vulnérable, inapte³⁹⁸, inférieure, victime, chétive, débile, ratée, fragile, frêle, simple, déficiente³⁹⁹, affaiblie, désarmée, légère, impuissante, délicate, précaire... *imbecillitas*⁴⁰⁰. Pour autant, le choix s'est porté sur le terme « *partie faible* », dont la précision « *au point de vue informationnel au moment de la conclusion du contrat* » sera sous-

objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté »). La volonté est « *un projet jusqu'alors dépourvu d'effets de droit* », qui se distingue alors nettement du consentement, « *un mot apposé sur un papier, et tout est irrévocable* » (J. Carbone, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 32, p. 80).

³⁹¹ J. Carbone, op. cit., n° 32, p. 80

³⁹² « *Conception, délibération, décision* », nous relaye J. Carbone de la pensée doctrinale psychologue (J. Carbone, op. cit., n° 36, p. 87). D'autres facteurs interviennent, certes, dans l'élaboration de la volonté : facteurs sociaux, éléments affectifs (envies, désirs) (ibid.). Mais l'on ne peut en tenir compte ici : s'ils expliquent une part de la construction de la volonté, ils ne peuvent justifier l'invocation ultérieure d'un vice qui entacherait le consentement donné, puisqu'il y a là un comportement irrationnel, qui doit nécessairement et par bon sens être réfréné dès lors que l'on s'engage envers autrui par le prisme du Droit.

³⁹³ V. sur ce point *infra* nos 809 et s.

³⁹⁴ M.-A. Frison-Roche, art. préc. (et not. n° 10 : « *On peut alors soutenir que la volonté est une matrice de consentements qu'elle débite (...) le consentement est toujours un objet né de la volonté : il y a un lien de génération entre la volonté et le consentement, le consentement est fils de la volonté et ce lien ne doit être brisé, faute de quoi un vice du consentement est constitué. Le contrat résulte alors de cette dialectique entre le subjectif de la volonté et l'objectif du consentement. Le consentement est un objet que l'on donne et qui circule tandis qu'on conserve toujours et par principe sa volonté, ne serait-ce que pour qu'elle produise d'autres consentements* »).

³⁹⁵ Cela résulte des propos qui précèdent.

³⁹⁶ C'est l'objet de toute notre première partie.

³⁹⁷ Ripert en traitait ainsi (V. not. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, spéc. nos 81 et s., p. 157 et s.).

³⁹⁸ Terminologie que certains adoptent pour traiter de cette faiblesse moderne (V. not. A. Raclet, « *L'incapacité contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle* », LPA 6 août 2001, spéc. p. 17, n° 1 (et not. : « *L'incapacité contractuelle n'est pas une notion juridique mais une situation de fait qui résulte de l'inégalité des parties au contrat. Elle fait présumer un déséquilibre contractuel au profit de la partie forte* »); et ibid., p. 18, n° 5 (et not. : « *Ainsi, l'incapacité contractuelle peut être définie comme une asymétrie entre les parties au contrat qui empêche l'une d'elles, la partie faible, de défendre efficacement ses intérêts, c'est-à-dire d'influer concrètement sur le contenu obligationnel* »)).

³⁹⁹ Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, spéc. n° 14, p. 29 (et not. : « *Un faible est nécessairement une personne dont les facultés physiques ou intellectuelles sont déficientes* »).

⁴⁰⁰ G. Rouhette, « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 256, n° 10 (formule exacte : « *les textes contemporains paraissent au contraire fondés sur la présomption que le contractant non professionnel n'est que faiblesse, imbecillitas* »).

entendue tout au long de cette étude, sauf autre précision qui lui serait adjointe.

52. – Cette terminologie n'est en rien condescendante. Une question philosophique subsiste : la protection de certains est-elle nécessairement condescendante ? L'interrogation peut aisément se décliner autrement : désigner ces contractants comme des *parties faibles* est-il condescendant ? Non. D'abord, constatons que ce qualificatif est autrement plus respectueux, en sa forme, que les autres termes synonymes qui viennent d'être énoncés. Ensuite, sur le fond, il nous semble que cette terminologie n'est condescendante que si la protection qu'elle véhicule l'est elle-même. Il y en effet là une distinction fondamentale et nécessaire, entre la protection du faible par respect pour la condition humaine et l'égalité, et la protection du faible par démagogie, utilité, ou charité antipathique. Il y a une distinction tout autant fondamentale entre la protection du faible en tant que victime collatérale de changements sociétaux et contractuels, et la protection du faible en tant que contractant déficient. On l'aura compris, cette étude suit une logique de protection de la partie faible respectueuse de l'humain qu'elle est avant tout. La terminologie retenue n'est donc nullement condescendante. Quelle preuve plus convaincante, d'ailleurs, que le fait que la partie faible désigne potentiellement tout un chacun ? En outre, temporaire et circonstanciée, cette faiblesse ne peut porter aucun jugement de valeur décisif sur la personne, ni sur son intelligence.

*
* *

53. – Plan. Nous essaierons de montrer en quoi il est aujourd'hui nécessaire d'ériger une protection du consentement de la partie faible au point de vue informationnel en droit commun des contrats. L'on précisera donc les raisons pour lesquelles cette proposition nous semble tout à la fois légitime, utile, et possible : en quoi elle participe, en définitive, de cette indispensable « *médiation entre le juste et le sage* »⁴⁰¹. Une vision critique permettra, dans un premier temps, de mettre en lumière les vastes déficiences des réponses apportées à la problématique de la partie faible en droit positif. L'on verra, avec le recul, les effets néfastes de la démarche personnaliste accentuée à l'extrême par le droit de la consommation (**Partie I**). La difficulté est alors la même que pour Josserand il y a un siècle. Celle « *rencontrée par tout républicain sensible à la question sociale : comment maintenir l'égalité des citoyens héritée de la Révolution, et donc l'égalité en droit des contractants, tout en tenant compte des inégalités de fait révélées par l'étude de la réalité économique et sociale ? Comment protéger les faibles, sans recréer un droit de classes qui met en péril l'unité de la république ?* »⁴⁰². La réponse est celle-ci : « *l'efficacité de la protection dépend d'une réflexion d'ensemble sur les causes de la faiblesse, sur les raisons de protéger, sur le choix des techniques les plus appropriées* »⁴⁰³. L'on considérera ainsi la partie faible pour ce qu'elle est, et non pour la fonction à laquelle elle correspond.

⁴⁰¹ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n° 49, p. 46 ; entre « *l'aspiration vers un idéal* » et la « *constatation d'une réalité* » (Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5^{ème} éd., 2006, nos 55 et s., p. 29 et s.).

⁴⁰² J.-P. Chazal, « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », préc., p. 12

⁴⁰³ M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 650, n° 54

Rendons hommage⁴⁰⁴ à cette doctrine du début du XX^e siècle, le plus souvent contrainte à l'orthodoxie par crainte de l'insécurité⁴⁰⁵, et sous la pression de l'air du temps, ou parfois d'autres points de vue⁴⁰⁶. Nous prouverons que, de nos jours⁴⁰⁷, l'on peut protéger la partie faible en réfutant le droit de classe, en garantissant la sécurité juridique et la justice. En un mot, que l'on peut la protéger en lui garantissant le plein exercice de son libre arbitre, et non en lui ôtant (**Partie II**).

⁴⁰⁴ L'on pense ainsi, entre autres, à Demogue, dont on sait que la pensée humaniste et solidariste n'a percé le temps de manière nous semble-t-il insuffisante, alors même qu'elle était à l'aube de ce dont on traite aujourd'hui (Ch. Jamin attribue cela, en effet, au fait d'avoir défendu, peut-être trop tôt et peut-être trop frontalement, « *en droit des obligations, des idées de solidarité et de coopération, dont beaucoup ne conservent plus aujourd'hui que le souvenir d'une philosophie paternaliste* », tout en reconnaissant d'ailleurs, avec justesse, qu'« *elles connaissent un certain regain d'intérêt...* » (« Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », RIEJ 2006, n° 56, p. 19)).

⁴⁰⁵ L'on évoque ici encore Josserand, dont on sait que la pensée a dû tendre vers le conservatisme dans les années 1930, pour les raisons qui précèdent. J.-P. Chazal relève même, à cet égard, qu'« *il lui fallait donner des gages d'orthodoxie et de conservatisme pour ne pas effrayer. Il a donc appuyé, dans ses brèves mais percutantes chroniques au Dalloz, sur les accents les plus conservateurs de sa pensée* » (« La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », préc., p. 11). Et il est vrai que certaines des formules sont percutantes, à tel point qu'en n'ayant lu qu'elles, l'on aurait classé immédiatement Josserand dans la catégorie des détracteurs les plus farouches d'une quelconque protection de la partie faible (V. not. L. Josserand, « Le contrat dirigé », DH 1933, p. 89 et s. (et not. : « *on était libre de donner ou non sa parole et à telles ou telles conditions, mais qui l'avait donnée devait la tenir : le législateur veillait à ce qu'elle fut observée, non à ce qu'elle fut violée* » (ibid., p. 89) ; ou encore dans « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », DH 1940, p. 5 et s. (et par ex. : « *par un paradoxe singulier, le contrat devient de moins en moins contractuel* », et parlant d'un « *affaiblissement contractuel* » dû au dirigisme (ibid., p. 5)). Ceci explique, entre autres, la contradiction perceptible dans son œuvre, entre fervent défenseur des faibles et combattant des interventions législatives en ce sens (V. sur ce point l'ensemble de l'étude préc.). A tel point que « *la protection nécessaire de ces derniers ne sera donc pas politiquement ni théoriquement assumée, mais seulement techniquement obtenue* » (J.-P. Chazal, art. préc., p. 2).

⁴⁰⁶ L'on sait la critique vigoureuse du doyen Ripert, libérale et conservatrice, à l'égard d'un progrès redouté ou réfuté qu'implique la pensée d'une certaine doctrine progressiste de cette fameuse époque des années 1920-1930.

⁴⁰⁷ Comment, en effet, ne pas être un « *rénovateur inquiet* » (J.-P. Chazal, loc. cit., citant J.-L. Halpérin à propos de Josserand) dans le contexte incertain des années 1930 ? (« *A l'image de beaucoup de juristes des années 1930, angoissés par les troubles sociaux et la montée des extrêmes de tous bords, Josserand tente de maintenir le compromis républicain consistant à préserver les principes individualistes de la Révolution, sans rien renier de sa sensibilité sociale ni de ses idéaux humanistes* » (ibid.)).

PARTIE I

LES DYSFONCTIONNEMENTS DES CONDITIONS DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

« Mais cette fierté d'âme qu'on fait paraître dans les périls et les travaux, si elle n'est accompagnée de la justice ; si au lieu d'avoir pour but le salut public, on ne la fait servir qu'à ses intérêts particuliers, elle vient alors d'une source empoisonnée ».

Cicéron⁴⁰⁸

54. – Une logique abstraite, ou la prévisibilité d'effets néfastes. En conférant au droit de la consommation les moyens de protéger le consentement du consommateur sans mettre à jour le droit commun, le législateur a commis une erreur dont les effets néfastes étaient pourtant largement prévisibles. En effet, il a par là même attribué à la matière consumériste le pouvoir de déterminer, *in fine*, qui serait une partie faible digne de protection. Or, naturellement, cette matière n'a pas, ne serait-ce qu'en tant que droit spécial, vocation à régir l'ensemble des rapports contractuels.

55. – Plan. Il était donc prévisible que cette démarche reviendrait à précariser un grand nombre de contractants qui n'entreraient pas dans la définition finaliste des rapports de consommation (**Titre I**). Il était tout autant prévisible que le droit commun, obsolète sur cette nouvelle question pourtant omniprésente, ferait néanmoins l'objet d'interprétations créatives par les juges pour organiser la résistance. C'est ainsi que les ressources du Code civil, souvent deux fois centenaires, ont pu servir à protéger certaines parties considérées comme faibles. Les conséquences de ce mouvement, que d'aucuns décrivent comme salutaire, sont pour autant plus catastrophiques que bénéfiques (**Titre II**).

⁴⁰⁸ Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), p. 59

TITRE I

L'INJUSTICE DE L'ABSTRACTION CONSUMERISTE

*« Qu'il ne faut point régler, par les principes du droit politique,
les choses qui dépendent des principes du droit civil ».*

Montesquieu⁴⁰⁹

56. – Le droit de la consommation est un droit protecteur abstrait. Un droit protecteur personnaliste repose sur une logique simple. La condition à remplir pour en être bénéficiaire est d'être le genre de contractant visé par les dispositions de ce droit, pas de faire état de faiblesses concrètes. Un tel droit n'est pas nécessairement injuste : il est bien naturel que le droit du travail ne s'applique qu'aux travailleurs, le droit des assurances qu'aux assurés, le droit de la consommation qu'aux consommateurs... Mais son cas est particulier, comme on l'a vu, puisqu'il détient en substance un quasi-droit commun de la protection du faible. L'injustice va dès lors dépendre de la manière dont sont tracées les frontières de ces bénéficiaires. « *Le monde du droit est le monde de la finalité* », enseignait Gounot⁴¹⁰.

57. – Plan. Or, celles-ci vont s'avérer exclusionnistes. Partant, de multiples contractants seront évincés de la protection consumériste, alors même qu'ils ont toutes les raisons d'en bénéficier, sauf celle décisive qu'exige l'abstraction (**Chapitre I**). A l'inverse, de nombreux autres contractants se verront pleinement protégés, alors même qu'ils ne se trouvent guère dans un état de faiblesse informationnelle justifiant cette bienveillance (**Chapitre II**). Ceci, en filigrane, justifiera d'évoquer chaque fois l'utilité d'un système de protection de la partie faible de droit commun.

⁴⁰⁹ Montesquieu (Ch.-L. de Secondat), *De l'esprit des lois*, vol. II, GF Flammarion, 1999, livre XXVI, chap. XV, p. 193

⁴¹⁰ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Ed. Arthur Rousseau, 1912, p. 339

CHAPITRE I

LA PRECARISATION ILLEGITIME DE CERTAINS CONTRACTANTS

« Ce qu'il y a de plus cruel encore, c'est que tous les progrès de l'Espèce humaine l'éloignant sans cesse de son état primitif, plus nous accumulons de nouvelles connaissances, et plus nous nous ôtons les moyens d'acquérir la plus importante de toutes, et que c'est en un sens à force d'étudier l'homme que nous nous sommes mis hors d'état de le connaître ».

J.-J. Rousseau⁴¹¹

58. – Exclusivisme et exclusionnisme, quand la présomption vire au paradigme. L'exclusivisme est une chose, l'exclusionnisme une autre. Autrement dit, il était prévisible qu'un droit spécial ne puisse par essence protéger tous les faibles et s'avère donc précarisant pour certains. Mais, en nuanciant le propos, l'on aurait légitimement pu attendre d'un droit auquel on a conféré tous les moyens de protections du faible qu'il tende à s'assouplir au maximum pour tenter d'accueillir au mieux les différents contractants faibles. Cette tendance s'est vérifiée, mais peu de temps, et de manière guère répandue. Elle est aujourd'hui largement révolue.

59. – Plan. En vérité, l'abstraction précarise de deux manières : d'une part, eu égard aux limites consuméristes tenant aux contractants protégés (**Section I**) ; d'autre part, eu égard aux limites consuméristes tenant aux rapports contractuels encadrés (**Section II**).

⁴¹¹ J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, 2008, p. 52

60. – Plan. Il y a semble-t-il deux importantes hypothèses dans lesquelles de nombreux contractants potentiellement faibles se trouvent pour autant évincés de la protection consumériste. Et ce à cause de l'abstraction consumériste qui affecte les contours des contractants protégés par le droit de la consommation. La première de ces hypothèses concerne ceux qu'il y a lieu d'appeler les professionnels-consommateurs (§I). La seconde concerne les personnes morales (§II).

§I – Une protection refusée : les professionnels-consommateurs⁴¹²

61. – Plan. Dans quelle mesure les professionnels peuvent-ils bénéficier d'une protection par le droit de la consommation ? Nous pensons, avec d'autres⁴¹³, qu'ils devraient pouvoir parfois être protégés, car beaucoup d'entre eux présentent tous les traits d'une partie faible. En effet, conclure pour faciliter, développer ou promouvoir une activité professionnelle, c'est savoir pourquoi l'on contracte, mais pas nécessairement savoir à quoi l'on s'engage. L'on ne peut tout de même confondre cause et savoir. Un nombre important de professionnels-consommateurs a ainsi tenté de s'immiscer dans le champ protecteur du droit de la consommation. L'on constate que certains ont obtenu la protection recherchée devant les juges du fond. Mais il existe un désordre important et une insécurité juridique élevée, dans la mesure où le consommateur n'a jamais été clairement défini (§I). Cette situation a très récemment connu une évolution semble-t-il décisive, conduisant à l'exclusion probablement catégorique de ces professionnels parfois recueillis dans le passé (§II).

A – Une définition indéterminée : une protection divisée

62. – Plan. Le critère du rapport direct fut mis en place pour déterminer les contractants à même de bénéficier du droit de la consommation. Mais celui-ci, trop incertain (1), a engendré des solutions diverses, tantôt pour, tantôt contre l'admission des professionnels-consommateurs. Une typologie critique sera donc instructive (2).

1 – L'indécélable critère du rapport direct

63. – Plan. Il faut nécessairement retracer brièvement l'avènement du critère du rapport direct (a), avant de constater l'illisibilité préoccupante que ce dernier a généré en jurisprudence (b).

⁴¹² L'expression n'est pas inédite, et semble appropriée, d'où sa reprise. V. not. G. Paisant, note sous Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1993 (90-20.733), D. 1993, p. 237 (qui, évoquant le « *professionnel-consommateur* », le caractérise notamment par « *une infériorité technique du fait qu'il agit en dehors de sa spécialité* »). V. aussi A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », JCP G 1994, I, 3804, spéc. n° 14. V. aussi, essayant de systématiser cette notion, J. Amar, *De l'utilisateur au consommateur de service public*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2001, nos 201 et s., p. 154 et s.

⁴¹³ V. not., argumentant dans le sens d'une nécessité de protection lorsque le professionnel est un profane dans le domaine concerné : Rép. min. n° 24529 (JOAN 13 oct. 2003, p. 7873). Des années plus tard, la question se posait à nouveau, preuve de l'inquiétude légitime que suscite ce thème, à propos des petits commerçants démarchés par de grosses sociétés pour conclure des contrats ayant un rapport avec leur activité professionnelle et donc devant les exclure *in fine* de toute protection : Rép. min. n° 30590 (JOAN 28 oct. 2008, p. 9294).

64. – Vingt et un ans d'absence de définition légale. Le législateur du Code de la consommation, ayant déjà fêté son vingtième anniversaire⁴¹⁴, a fait l'économie de définir les bénéficiaires des si nombreuses dispositions protectrices de la matière consumériste, codification à droit constant oblige⁴¹⁵. Et ce depuis le « *coup de maître* »⁴¹⁶ de sa création en 1993⁴¹⁷ jusqu'en 2014, soit... vingt et un ans. Et encore, l'on ne prend que l'adoption du code comme point de départ. Autrement, il y a plus de « *Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur* »⁴¹⁸. L'on comprend mieux, entre autres pour cette raison, que l'objectif de clarification annoncé ait été dès l'origine perçu avec beaucoup de scepticisme, si ce n'est de déception⁴¹⁹.

65. – L'œuvre était certes malaisée. Polymorphisme. Au-delà de l'indignation que l'absence de définition présupposait⁴²⁰, il faut bien reconnaître qu'une définition du consommateur (et, *a contrario*, du professionnel) était malaisée. En effet, est-ce une personne physique uniquement, ou englobe-t-il aussi les personnes morales ? S'agit-il d'un contractant ignorant, ou seulement de celui qui agit pour ses besoins domestiques ? Les questions étaient nombreuses et complexes⁴²¹. « *Insaisissable en fait* », le consommateur était naturellement « *insaisissable en droit* »⁴²². Cette difficulté était d'autant plus grave à mesure que le temps et les réformes passaient, et à mesure que les termes les plus divers étaient employés par le Code de la consommation pour désigner ses protégés⁴²³. En vérité, l'absence de définition découlait pour une bonne part du désordre qui régnait dans la matière, et du polymorphisme subséquent de ses sujets⁴²⁴. Rien de bien étonnant, lorsque l'on a à l'esprit combien la construction de ce

⁴¹⁴ V. not. sur ce point G. Paisant, « À propos des vingt ans du Code de la consommation », JCP G 2013, I, 621 ; V. aussi le colloque de la DGCCRF, « Les 20 ans du Code de la consommation », 27 mai 2013 (<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/colloque-dgccrf-20-ans-code-consommation>).

⁴¹⁵ V. not. les propos crit. de cette méthode Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, nos 12-13, p. 8-10

⁴¹⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 6, p. 23 (car il se constituait ainsi « *en corps autonome de droit* »).

⁴¹⁷ L. n° 93-949 du 26 juill. 1993 relative au code de la consommation

⁴¹⁸ Selon le titre de l'étude de V. Vigneau, « Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur », *Gaz. Pal.* 3 sept. 2002, p. 3 et s.

⁴¹⁹ V. not. sur ce point et en ce sens le commentaire de D. Bureau, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », *D.* 1994, p. 291 et s. ; Adde J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 9 et s.

⁴²⁰ V. not., posant le paradoxe assez nettement J. Beauchard, art. préc., spéc. p. 15-16 : c'est en effet que « *la conception même de ce droit repose donc sur la notion de consommateur* » et que cette réalité commandait « *de le définir précisément* ». Or, pourtant, à l'époque, « *Le Code de la consommation ne définit pas le consommateur* ».

⁴²¹ V. not. la brillante étude de J.-P. Chazal (« Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 243 et s., pour une rétrospective, mêlée du prisme de la vulnérabilité du consommateur).

⁴²² Ces formules reviennent ici à C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. nos 439 et s., p. 222 et s. (qui montre d'ailleurs pertinemment que l'activité de consommation est « *clandestine* », parce que contrairement à un commerçant, le consommateur n'est guère immatriculé, et « *fugace* », et que l'on est consommateur sans habitude, tandis que le commerçant ne l'est précisément qu'en vertu de cette habitude).

⁴²³ Parmi lesquels on trouve « *l'emprunteur* » (art. L. 311-1 C. consom.), « *le débiteur* » et « *la personne physique* » (art. L. 330-1), « *l'acheteur* » (art. L. 211-3), l'« *acquéreur* » (art. L. 312-1)... sans malheureusement ici prétendre à l'exhaustivité. Les diverses lois protectrices rendent alors le travail de théorisation du consommateur d'autant plus difficile qu'elles semblent en avoir elles-mêmes plusieurs visions (V. not. sur ce point : J. Mestre, « Des notions de consommateur », *RTD civ.* 1989, p. 62 et s.).

⁴²⁴ « *Le garde des sceaux, ministre de la justice, fait connaître à l'honorable parlementaire qu'aucune définition du consommateur n'a été insérée au sein du Code de la consommation en raison de la nature de la codification qui en est à l'origine. En effet le Code de la consommation, adopté en 1993, réunit des textes dont les objectifs sont très différents et dont les champs d'application diffèrent sensiblement* » (Réponse du Garde des Sceaux (JOAN le 19 avr. 2005, p. 4085) à une question du député G. Weber (JOAN, 21 déc. 2004, p. 10172, à propos de « *l'inexistence en droit français de définition générale du consommateur. Cette situation est la source de*

code fut laborieuse⁴²⁵. Même ! D'aucuns considéraient que la notion de consommateur connaissait des problèmes de frontières normaux⁴²⁶, ou encore que l'absence d'une définition légale était utile, notamment pour permettre aux tribunaux une certaine souplesse dans l'application du droit⁴²⁷. L'on verra bientôt à quel point cet argument est contestable.

66. – Jurisprudence et doctrine ont œuvré à l'élaboration d'une définition. Mais l'œuvre restait nécessairement floue. L'« indétermination de la notion de consommateur »⁴²⁸ présidait ainsi. Pour cette raison, la jurisprudence et la doctrine ont dû entreprendre ce délicat travail de définition⁴²⁹. Bien sûr, cette charge n'aurait pas dû leur revenir, dans l'utopie d'un travail législatif sage et sain. Quoi qu'il en fut, le consommateur est resté une notion obscure et imprécise en droit positif, ce qui engendra, on va le voir, de très graves dysfonctionnements, dont on ne peut à l'évidence se féliciter. L'on pense notamment à la cristallisation d'une extrême illisibilité du droit, d'autant plus regrettable qu'elle frappe la partie qui précisément a le plus besoin de clarté⁴³⁰. La notion de consommateur a globalement oscillé, ce que l'on retrouve en doctrine, entre une conception stricte et extensive.

67. – D'abord, une conception stricte. Il semble que la définition première du consommateur ait été « stricte »⁴³¹. Autrement dit, celle selon laquelle le consommateur est « la personne qui, pour ses besoins personnels, non professionnels, devient partie à un contrat de fournitures de biens ou de services »⁴³². C'était calquer la définition juridique sur la définition économique⁴³³, au terme de laquelle le consommateur est nécessairement celui qui agit pour ses besoins domestiques, puisqu'achevant le circuit économique⁴³⁴.

nombreuses difficultés », et affirmant que « *Le juriste praticien ne peut pas déterminer le champ d'application de nombreuses dispositions consoméristes. Il souhaite donc savoir s'il envisage d'introduire dans un article préliminaire du Code de la consommation une définition claire et précise du consommateur* »).

⁴²⁵ V. not. G. Paisant, « À propos des vingt ans du Code de la consommation », art. préc., spéc. n° 2

⁴²⁶ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 6, p. 7 (nbp n° 6).

⁴²⁷ Réponse du Garde des Sceaux, préc. : l'absence de définition est « conforme à la tradition juridique française, ne constitue pas une véritable difficulté mais plutôt un élément de souplesse car elle permet à la jurisprudence d'appliquer avec discernement les règles du droit de la consommation au contexte de chaque espèce »

⁴²⁸ G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, nos 8 et s., p. 9 et s.

⁴²⁹ Une doctrine pour le moins abondante. V. not. G. Berlioz, « Droit de la consommation et droit des contrats », JCP G 1979, II, 2954 ; Ph. Malinvaud, « La protection des consommateurs », D. 1981, p. 49 et s. ; J.-P. Pizzio, « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », D. 1982, p. 91 et s. ; Y. Picod, « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », CCC 2008, n° 12 ; A. Oillic-Lepetit, « La notion de consommateur », CCC 1988, n° 44 ; J. Mestre, « Des notions de consommateur », préc. ; G. Paisant, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », JCP G 1993, I, 3655 ; H. Causse, « De la notion de consommateur », in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, J. Calais-Auloy et H. Causse (dir.), Litec, 1995, p. 21 et s. ; J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997, p. 260 et s. ; A. Cathelineau, « De la notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive... », CCC 1999, n° 13 ; M. Luby, « Sommes-nous tous des consommateurs ? », Dr. et patr. oct. 2002, p. 44 et s. ; *Adde*, du même auteur, « La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance... », CCC 2000, n° 1 ; J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 9 et s. ; et, pour ce qui est des ouvrages d'avant réforme poursuivant donc toujours le même but, not. l'analyse de C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. nos 428 et s., p. 218 et s. ; ainsi que N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, nos 101 et s., p. 102 et s.

⁴³⁰ V. not. sur ce point J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », art. préc. (affirmant not. (ibid., p. 260, n° 1), à propos de la notion de consommateur, qu'« *alors même qu'elle a été érigée en critère fondamental de protection, cette notion se révèle très imprécise et trop abstraite au plan juridique* »). *Adde* H. Davo, « Le Code de la consommation, 20 ans et après ? », in *Le Code de la consommation : 20 ans et après ?*, Colloque INC du 15 mars 2013

⁴³¹ V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, nos 7 et s., p. 8 et s.

⁴³² J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 77, p. 54

⁴³³ V. globalement sur cette provenance : J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 6, p. 7

⁴³⁴ V. sur ce point le riche développement consacré par J.-P. Chazal (« Vulnérabilité et droit de la consommation », préc., spéc. p. 244-245, et les réf. citées)

C'était aussi, certes, s'aligner sur la signification étymologique du terme consommateur, d'inspiration latine (*consumere, consummare*), signifiant achever, épuiser, détruire⁴³⁵. Cette direction fut ainsi prise par les tribunaux jusqu'aux années 1980⁴³⁶. C'est sous cet aspect qu'est présentée, avec approbation, la notion de consommateur chez une doctrine largement majoritaire⁴³⁷.

68. – Ensuite, une conception extensive. Critère de la compétence professionnelle. La phase suivante fut celle d'une certaine prise de conscience, par une mouvance cherchant l'extension de la notion de consommateur. Une « *tendance très louable* », de l'avis, à l'époque, d'une éminente doctrine⁴³⁸. En effet, une définition stricte évinçait nécessairement certains contractants. La jurisprudence a donc pu manifester une certaine intention d'ouvrir la notion dans le but de protéger certains professionnels⁴³⁹. C'est que ceux-ci étaient placés dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur, agissant en dehors de leur champ de compétence⁴⁴⁰. Cette solution fut d'abord rendue dans le domaine du démarchage à domicile⁴⁴¹ avant de gagner, après quelques soubresauts de l'ancienne position⁴⁴², celui des clauses abusives⁴⁴³. Il s'agissait d'un critère basé sur la compétence professionnelle, de laquelle on déduisait, le cas échéant, un besoin de protection. « *L'incompétence et l'ignorance sont donc sources de protection !* », nous serions-nous exclamé à l'époque, avec M. Mazeaud⁴⁴⁴. Sans doute la solution satisfaisait-elle « *les exigences de l'équité* », aurions-nous aussi relevé, avec J.-L. Aubert⁴⁴⁵. Que de bon sens, pour une direction tout à fait adéquate et légitime : la destination du contrat est étrangère au besoin de protection lors de la conclusion du contrat⁴⁴⁶. Ainsi, « *si un professionnel se trouve, à l'occasion*

⁴³⁵ Ceci est régulièrement rappelé par les auteurs. V. not. J.-P. Chazal, art. préc., p. 244

⁴³⁶ V. en ce sens Ch. Giaume, « Le non-professionnel est-il un consommateur ? », LPA 23 juil. 1990, spéc. p. 26 ; V. not. Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1986 (84-15.801) : Bull. civ. I, n° 90 ; Defrénois 1986, p. 787, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1987, p. 86, obs. J. Mestre

⁴³⁷ Outre les deux auteurs qui précèdent, V. not. : G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, spéc. n° 50, p. 33 ; N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., *passim*, spéc. n° 204, p. 185 ; V. aussi du même auteur, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000, spéc. n° 398, p. 250 ; V. pour un point de vue médiant, distribuant à chaque thèse ses mérites : Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n° 37, p. 27

⁴³⁸ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 32-3, p. 30

⁴³⁹ V. not., parmi une doctrine abondante, sur cette évolution : D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 95 et s., spéc. p. 99 et s., n^{os} 10 et s.

⁴⁴⁰ Sur ce mouvement, V. not. N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n^{os} 122 et s., p. 119 et s.

⁴⁴¹ V. ainsi not. Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1982 (80-14.757) : Bull. civ. I, n° 133 ; D. 1984, p. 439, note J.-P. Pizzio (agriculteur démarché par une société d'expertise, le contrat « *échappait à la compétence professionnelle* » du premier) ; Cass. 1^{re} civ., 3 mai 1988 (85-18.466) : Bull. civ. I, n° 125 ; D. 1990, p. 61, note J. Karila de Van ; D. 1988, p. 407, obs. J.-L. Aubert (prêtre démarché par une société pour l'acquisition d'un photocopieur, mais avec pour seule justification le fait que les besoins de la paroisse ne doivent pas être considérés comme des besoins professionnels) ; Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992 (89-15.860) : Bull. civ. I, n° 162 ; D. 1992, p. 401, obs. J. Kullmann ; D. 1993, p. 87, note G. Nicolau (commerçante démarchée par une société de sécurité pour l'installation d'un système d'alarme, protection de celle-ci car elle avait contracté dans le « *même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* ») ; Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1993 (90-20.726) : Bull. civ. I, n° 4 ; RTD com. 1993, p. 706, obs. B. Bouloc ; *Adde*, le même jour, les 11 autres arrêts : pourvois n^{os} 90-20.727, 90-20.728, 90-20.729, 90-20.730, 90-20.731, 90-20.732, 90-20.733 (D. 1993, p. 237, obs. G. Paisant), 90-20.734, 90-20.735, 90-20.736, 90-20.737 (protection d'agriculteurs suite à un démarchage pour l'acquisition de matériel anti-incendie ; le contrat échappait à leur compétence professionnelle, ceux-ci se situant « *dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* »).

⁴⁴² V. not. Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1986, préc.

⁴⁴³ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 (85-13.674) : Bull. civ. I, n° 134 ; D. 1987, p. 455, obs. J.-L. Aubert et 1988, p. 1, note Ph. Delebecque ; JCP G 1987, II, 20893, note G. Paisant ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. Mestre (note importante : il s'agissait d'une société : « *le contrat conclu entre Abonnement téléphonique et la société Pigranel échappait à la compétence professionnelle de celle-ci, dont l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et qui, relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* »).

⁴⁴⁴ D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 47

⁴⁴⁵ J.-L. Aubert, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987, préc.

⁴⁴⁶ C'est ainsi, certes (mais était-ce vraiment un problème en l'absence de droit commun de la protection du faible ?) rapprocher le consommateur du profane (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 322, p. 337). V. aussi, regrettant que le critère déterminant ne soit pas celui de la compétence, pour moduler les excès de l'abstraction consumériste :

d'un contrat conclu dans le contexte de son activité professionnelle, accablé des mêmes défauts et menacé des mêmes dangers, on voit mal pourquoi toute protection devrait lui être refusée »⁴⁴⁷. Un professionnel n'est pas toujours un « technicien »⁴⁴⁸, selon le contrat passé. Toutefois, de manière cohérente avec l'opinion largement majoritaire, plaidant en faveur d'une conception stricte, la solution n'a pas été épargnée par la critique⁴⁴⁹. Le critère de la compétence, malheureusement, allait vite être abandonné.

69. – Puis, une conception d'apparence médiane. Critère du rapport direct. La jurisprudence s'est dirigée, à partir de 1995⁴⁵⁰ et de manière répétée depuis 1996⁴⁵¹, vers un autre critère de définition du consommateur. Elle affirmait alors qu'il s'agissait « de toute personne qui contracte dans un domaine sans rapport direct avec son activité »⁴⁵². L'on a pu espérer que ce critère « constitue un intéressant compromis »⁴⁵³. L'avenir en décida autrement, puisque la Cour de cassation ne l'a pas défini⁴⁵⁴, jusqu'à une époque très récente⁴⁵⁵. Le droit de la consommation n'était plus, en tout cas, un droit de protection du faible, mais seulement du consommateur, en tant qu'agent économique⁴⁵⁶. Le consommateur n'était plus cette « personne qui conclut un contrat dans un domaine dont elle ignore les données techniques alors que celles-ci sont connues de l'autre partie qui, par profession, est censée tout connaître dans ce qui est son domaine de compétence »⁴⁵⁷.

70. – Critère flou par essence. La formule est floue. L'on peut discuter longuement de ce qu'est un rapport, sans parler d'un rapport direct⁴⁵⁸... Concrètement, au moins deux grandes hypothèses

V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000, spéc. n° 220, p. 221-222

⁴⁴⁷ D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », art. préc., p. 47

⁴⁴⁸ Th. Ivainer dégage en effet cette notion, qui recoupe les conditions de caractérisation du professionnel, mais qui les dépasse aussi, en distinguant selon le « niveau du savoir » notamment (« De l'ordre technique à l'ordre public technologique », JCP G 1972, 2495, spéc. nos 19 et s.).

⁴⁴⁹ V. par ex. S. Vialle, *La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. II, th. Grenoble, 1990, spéc. p. 352 (« certains d'entre eux [professionnels] devront donc être assimilés « à la catégorie réputée naïve de la population » lorsqu'ils n'agissent pas « dans le cadre des compétences générales nécessaires à la conduite » de leur entreprise mais « dans un domaine de technicité pointue » et sauf lorsqu'ils cherchent à compléter leur activité. Cette solution paraît bien compliquée à mettre en œuvre. Il nous semble qu'à partir du moment où le professionnel agit pour les besoins de son activité, les règles protectrices du consommateur n'ont pas à s'appliquer. C'est à lui de défendre ses intérêts (...) »). Au vrai, ces complications relèvent du fantasme : il faut voir par ex., la pertinence de la plupart des solutions rendues sur ce fondement (V. *infra* nos 585 et s.), ainsi que celle des solutions rendues sur la base de la spécialité (V. *infra* nos 655 et s.).

⁴⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995 (92-18.227) : Bull. civ. I, n° 54 ; CCC 1995, n° 84, note L. Leveneur ; D. 1995, p. 327, note G. Paisant ; D. 1995, p. 229, obs. Ph. Delebecque et p. 310, obs. J.-P. Pizzio

⁴⁵¹ V. not. Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996 (93-19.322) : Bull. civ. I, n° 9 ; D. 1996, p. 228, note G. Paisant ; JCP G 1996, II, 22654, note L. Leveneur ; RTD civ. 1996, p. 609, obs. J. Mestre ; Defrénois 1996, p. 766, obs. D. Mazeaud ; Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1996 (93-18.684) : Bull. civ. I, n° 55 ; D. 1996, p. 228, note G. Paisant ; Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 1999 (96-21.744) : Bull. civ. I, n° 59 ; Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2002 (00-18.202) : Bull. civ. I, n° 78 ; D. 2002, AJ 2052 ; JCP 2002, II, 10123, note G. Paisant ; CCC 2002, n° 118, note L. Leveneur ; RTD civ. 2002, p. 291, obs. J. Mestre et B. Fages

⁴⁵² L'art. 35 de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 (actuel art. L. 132-1 C. consom.) ne s'applique donc pas aux contrats qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle du contractant professionnel. Cette exigence transpose ainsi aux clauses abusives le critère existant en matière de démarchage à domicile (art. L. 121-22 4°, C. consom.).

⁴⁵³ D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 100-101, n° 12, vision presque immédiatement réfutée à l'aune de l'empirisme (suite de l'art.).

⁴⁵⁴ V. not. sur ce point les différents arrêts cités plus bas (instaurant l'appréciation souveraine des juges du fond). Et sur la question : X. Henry, « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », D. 2003, p. 2557 et s., spéc. p. 2560, n° 23 (et not. : « Dans les dix-huit arrêts (au minimum) où elle a exercé son contrôle, la Cour n'a jamais totalement expliqué ce qu'il fallait entendre par « activité » et « rapport direct ». Ses décisions sont la plupart du temps construites de la façon suivante : la protection du consommateur en matière de clauses abusives ou de démarchage est exclue lorsque le contrat a un rapport direct avec l'activité professionnelle, tel contrat a un rapport direct »).

⁴⁵⁵ V. *infra* nos 63 et s.

⁴⁵⁶ Sur la rigidification de la logique de marché du droit de la consommation : *infra* nos 132 et s.

⁴⁵⁷ Pour cette formule : G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n° 41, p. 28

⁴⁵⁸ V. not. déjà sur ce point, au lendemain de cet avènement L. Leveneur, « Contrats entre professionnels et législation des

pouvaient être proposées à ce stade. D'une part, envisager, dans une vision stricte du critère, que le seul fait de contracter dans l'exercice de ses fonctions engendre un rapport direct avec l'activité. Il est vrai que la piste est séduisante⁴⁵⁹. D'autre part, l'on peut considérer que le rapport n'est direct que si le contrat concerne l'exercice même de l'activité professionnelle, c'est-à-dire s'il a été passé dans le champ de la spécialité du professionnel. Cela prolongerait les solutions du critère de la compétence professionnelle⁴⁶⁰.

71. – Un critère, en outre, laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il a été décidé que la caractérisation du rapport direct relèverait de l'appréciation souveraine des juges du fond⁴⁶¹. La solution est d'importance, car elle leur confère un rôle décisif, dont l'enjeu est la protection ou non des contractants via l'appréciation du rapport direct qui sera retenue⁴⁶². Ceci, on va le voir, va provoquer une illisibilité du droit considérable⁴⁶³. Cette dernière est hautement due à l'inertie de la Haute Cour, pendant la période couverte.

72. – Injustice d'une méthode de protection abstraite des considérations de faiblesse. Au-delà de ce flou, dont on verra quelle traduction de la notion de consommateur il sert le plus, c'est la méthode de protection consumériste qui est condamnable. En effet, elle « *pèche incontestablement par excès d'abstraction et de simplisme* »⁴⁶⁴. Le droit de la consommation protège selon la finalité du contrat souscrit. Mais cela n'a pas de lien avec un état de faiblesse établi, seulement présumé. L'on a tiré d'une certaine récurrence une vérité absolue : « *Le postulat de ce droit, pour ne pas dire le dogme, est que le consommateur est*

clauses abusives », CCC 1996, n° 4, spéc. p. 2

⁴⁵⁹ En effet, « *comment un contrat conclu par un professionnel, en vue de satisfaire ses besoins professionnels, n'aurait-il pas de rapport direct avec sa profession ?* » (L. Leveneur, note sous Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, préc.).

⁴⁶⁰ Cela rejoint en définitive le manque de précision sur le rapport direct : V. not. G. Paisant, « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », JCP G 2003, I, 121, spéc. n° 1 (« *Convient-il de se livrer à une appréciation in concreto ou in abstracto ? Si l'on retient la première formule, le seul fait que le contrat ait été conclu par un professionnel lors de l'exercice de son activité suffira, dans tous les cas, à caractériser l'existence de ce rapport direct et donc à fermer la porte du Code de la consommation à tous les professionnels. Au contraire, dans la seconde proposition, on devrait se poser la question de savoir si tout autre professionnel de la même spécialité est conduit, dans l'exercice normal de son activité, à conclure des contrats du même type ; ce qui risque de provoquer bien des divergences d'appréciation. Dans tous les cas, où passe la frontière entre le rapport direct et celui qui ne l'est plus ?* »).

⁴⁶¹ V. not. Cass. 1^{re} civ., 17 juil. 1996 (94-14.662) : Bull. civ. I, n° 331 ; JCP G 1996, II, 22747, note G. Paisant ; Defrénois 1997, p. 346, obs. J.-L. Aubert ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998 (96-13.924) : Bull. civ. I, n° 339 ; D. 2000, p. 39, obs. J.-P. Pizzio ; Cass. crim., 29 juin 1999 (98-81.174) : Bull. crim., n° 159 ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} fév. 2000 (97-22.157) ; Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996 (94-18.667) : Bull. civ. I, n° 377 ; D. Aff. 1997, p. 20 ; CCC 1997, n° 23, obs. L. Leveneur, et n° 12, obs. G. Raymond ; Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2001 (99-12.512) : Bull. civ. I, n° 209 ; Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002 (99-16.574) : Bull. civ. I, n° 143 ; *Adde*, implicitement : Cass. 1^{re} civ., 18 fév. 1997 (95-12.962) ; Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 1999 (96-21.744)

⁴⁶² La position de la chambre commerciale a pu susciter des doutes : Cass. com. 1^{er} juin 1999 (96-20.962), qui a pu retenir « *qu'en statuant ainsi, alors que les contrats qui portaient sur la location d'un appareil de mammographie et d'un matériel de radiologie avaient un rapport direct avec l'activité de radiologue exercée par M. Y..., la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Pour autant, la chambre commerciale s'est ultérieurement prononcée de la plus limpide des manières dans le sens d'une appréciation souveraine des juges du fond. V. not. Cass. com., 27 nov. 2001 (99-13.469) (« *attendu, en second lieu, que la cour d'appel a souverainement estimé que l'acquisition du matériel litigieux était en relation directe avec l'activité commerciale des époux Y...* »). V. aussi, Cass. com., 1^{er} oct. 2002 (00-16.005).

⁴⁶³ V. not. sur cette question, croisée avec celle du pouvoir souverain des juges du fond en la matière : X. Henry, art. préc., spéc. p. 2558 et s., nos 6 et s. ; et p. 2560 et s., nos 21 et s.

⁴⁶⁴ D. Mazeaud, « Les clauses abusives sont valables et ont force obligatoire à l'égard des contractants professionnels », D. 1995, p. 89 (parlant de « *postulat manichéen* » et de « *caractère désincarné* », ce qui « *accrédite, en effet, l'idée selon laquelle le consommateur doit être présumé irréfragablement incompetent, ignorant et inexpérimenté, tandis qu'au contraire tout professionnel doit être irréfragablement considéré comme suffisamment compétent, savant et expérimenté pour déjouer les pièges que son contractant peut lui tendre lors de la conclusion du contrat. Or, un tel postulat pêche incontestablement par excès d'abstraction et de simplisme* »). *Adde* not., du même auteur, « Le Droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? », RLC 2006, n° 9, spéc. p. 138, n° 10

présupposé irréfragablement faible, face au professionnel présupposé irréfragablement puissant (...)»⁴⁶⁵. Or ceci est à l'évidence erroné. Il existe des parties faibles hors du consommateur, et il existe des parties informées...au sein des consommateurs ! L'on ne saurait mieux le dire, ainsi, que la brillante formule qui suit : « on ne voit pas pourquoi une catégorie de citoyens bénéficierait seule des règles de protection exorbitantes du droit commun par le fait qu'elle se situe au « bout de la chaîne de distribution ». Dès lors, celui qu'il faut protéger, ce n'est pas le non-professionnel ou consommateur en tant que tel, c'est le « non sachant », celui que ses connaissances juridiques, économiques, techniques mettent en position d'infériorité par rapport au spécialiste ou au puissant »⁴⁶⁶. Comprenons-nous bien : il est vrai que le consommateur est souvent en situation de faiblesse informationnelle face au professionnel. En revanche, il est faux de considérer qu'il l'est toujours, et ce du simple fait qu'il contracte pour ses besoins personnels. Voyons quel désordre s'est concrètement cristallisé en jurisprudence, à cause de l'incertitude du critère du rapport direct⁴⁶⁷.

b – Les effets : une illisibilité jurisprudentielle

73. – Généralités. L'adoption du critère du rapport direct en l'absence de toute définition par la Cour de cassation allait donner lieu à un désordre jurisprudentiel, et à une insécurité juridique profonde. Parfois prête-t-on ces graves conséquences au critère de la compétence⁴⁶⁸ : ceci est inexact et résulte d'une confusion. En effet, la pratique d'un tel critère n'a pas été longue : de 1987 à 1995, schématiquement. Or, à l'analyse de la jurisprudence, toute (ou presque) l'insécurité juridique s'est cristallisée... après 1995 ! Autrement dit, à la suite de l'avènement du rapport direct. Et cela va de soi, puisque le critère de la compétence apportait bien au contraire des solutions justes et prévisibles, car tout simplement de bon sens en se fondant sur le besoin concret de protection. En revanche, le flou du rapport direct devait nécessairement engendrer l'imprévisibilité la plus sensible. Observons.

74. – Les contrats liés à la surveillance des locaux ou marchandises professionnels. La première grande hypothèse illustrant l'illisibilité jurisprudentielle est celle qui englobe les multiples contrats liés à la surveillance et à la protection des locaux et/ou des marchandises professionnels.

⁴⁶⁵ J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 149 ; ce postulat « *présuppose l'infériorité de l'un des contractants* » (J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 2, p. 16).

⁴⁶⁶ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 32-3, p. 31 (le propos est d'ailleurs brillamment introduit et mis en perspective comme suit : « *S'il importe de lutter contre les excès des contrats d'adhésion lorsqu'ils rompent l'égalité entre les contractants, s'il est nécessaire de sanctionner les abus de position dominante ou l'exploitation abusive de la dépendance économique du client, si celui dont le consentement a été vicié doit sans conteste pouvoir demander la nullité du contrat, on ne voit pas pourquoi (...)* »).

⁴⁶⁷ D'aucuns ont pu envisager ce désordre de plusieurs façons. V. not. la très intéressante démarche chronologique de X. Henry (début de l'activité, pendant l'activité et fin de l'activité, suivie d'un examen critique (art. préc., p. 2558 et s., n°s 6 et s.). Pour notre part, le choix de l'analyse thématique (par contrat) sera fait pour souligner l'état de la jurisprudence. Notre propre examen critique sera établi ensuite.

⁴⁶⁸ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 125, p. 121 (portant une appréciation critique du critère de la compétence, l'auteur affirme not. que « *L'extension du régime du contrat de consommation à un contrat conclu entre deux professionnels ainsi opérée par le biais d'un critère subjectif, la compétence, dont l'appréciation souveraine variait au gré des juridictions, fut une source d'insécurité juridique pour les professionnels proposant des biens ou des services. Il est donc appréciable que ce critère ait été abandonné (...)* »).

75. – Panorama. Protection parfois accordée. Toutes sortes de professionnels ont trouvé une protection. Ainsi, un fleuriste⁴⁶⁹, l'exploitant d'un pressing⁴⁷⁰, un médecin⁴⁷¹, un commerçant en restauration rapide⁴⁷², l'exploitant d'une pompe à essence⁴⁷³, l'exploitant d'un centre de bronzage⁴⁷⁴, un restaurateur⁴⁷⁵, un artisan boucher⁴⁷⁶, une coiffeuse⁴⁷⁷, un carrossier-peintre⁴⁷⁸, un exploitant agricole⁴⁷⁹, l'exploitant d'un bar-restaurant⁴⁸⁰, un photographe⁴⁸¹ ont été accueillis dans le champ protecteur du droit de la consommation.

76. – Panorama. Protection d'autres fois refusée. Une même diversité de professionnels s'est vue curieusement refuser la protection. Voilà notamment qu'un kinésithérapeute⁴⁸², un boulanger⁴⁸³, l'exploitant d'un bar-tabac⁴⁸⁴, l'exploitante d'une blanchisserie⁴⁸⁵, un loueur de matériel de sports d'hiver⁴⁸⁶, l'exploitante d'un fonds de commerce de soins de beauté⁴⁸⁷, un restaurateur⁴⁸⁸, un agent général d'assurances⁴⁸⁹, un pharmacien⁴⁹⁰, l'exploitante d'un fonds de commerce de sonorisation et d'animation de spectacle amateur⁴⁹¹, un médecin⁴⁹², la gérante d'un commerce d'alimentation générale⁴⁹³, un débitant de boissons⁴⁹⁴ se sont vus exclure du cénacle consommériste.

77. – Les contrats d'équipement ou de service entourant une⁴⁹⁵ activité professionnelle. L'autre grande hypothèse qui traduit la même incertitude est celle, aussi vaste, qui englobe les contrats d'équipement ou de service dédiés à une activité professionnelle.

⁴⁶⁹ CA Agen, 9 oct. 1995 (n° JurisData : 1995-046797)

⁴⁷⁰ CA Chambéry, 24 sept. 2002 (n° JurisData : 2002-199714)

⁴⁷¹ CA Grenoble, 27 sept. 1999 (n° JurisData : 1999-102501)

⁴⁷² CA Metz, 13 avr. 2000 (n° JurisData : 2000-158133)

⁴⁷³ CA Paris, 30 oct. 1996 (n° JurisData : 1996-024269)

⁴⁷⁴ CA Rouen, 7 juin 2007 (n° JurisData : 2007-338123)

⁴⁷⁵ CA Toulouse, 17 nov. 1999 (n° JurisData : 1999-101862)

⁴⁷⁶ CA Toulouse, 6 fév. 2001 (n° JurisData : 2001-135142)

⁴⁷⁷ CA Amiens, 6 avr. 2006 (n° JurisData : 2006-301483)

⁴⁷⁸ CA Aix-En-Provence, 17 janv. 2008 (n° JurisData : 2008-365787)

⁴⁷⁹ CA Dijon, 23 mars 2000 (n° JurisData : 2000-154845)

⁴⁸⁰ CA Dijon, 3 déc. 2002 (n° JurisData : 2002-199517)

⁴⁸¹ CA Paris, 25 oct. 2007 (n° JurisData : 2002-2007-344958)

⁴⁸² CA Aix-en-Provence, 20 juin 2001 (n° JurisData : 2001-148710)

⁴⁸³ CA Lyon, 9 nov. 2001 (n° JurisData : 2001-180145)

⁴⁸⁴ CA Paris, 9 oct. 2012 (n° JurisData : 2012-022952). La formule retenue est d'ailleurs évocatrice : « *ce matériel était destiné à assurer la sécurité de l'établissement et à prévenir d'éventuelles infractions ; dès lors, il est en lien direct avec l'activité professionnelle et les dispositions du Code de la consommation ne sauraient s'appliquer* ». Dans le même sens, pour l'exploitant d'un fonds de commerce de tabac : CA Nancy, 6 fév. 2007 (n° JurisData : 2007-339772).

⁴⁸⁵ CA Pau, 6 déc. 2001 (n° JurisData : 2001-169076) : « *la notion de rapport se confond, pour son appréciation avec le lien direct qui peut exister entre le bien, la prestation proposée et l'activité commerciale. L'appelante, qui exploite une blanchisserie, a fait installer un système d'alarme, dans le cadre d'un contrat de télésurveillance, en vue de protéger son commerce contre le vol. Cette protection s'applique directement à l'activité commerciale à laquelle elle se livre. Les dispositions du Code de la consommation ne sont donc pas applicables en l'espèce* ».

⁴⁸⁶ CA Lyon, 18 sept. 1998 (RG n° 97/01293) (inédit)

⁴⁸⁷ CA Lyon, 11 avr. 2013 (RG n° 12/00546), « SA KBC LEASE France » (inédit)

⁴⁸⁸ CA Rennes, 16 mars 2007 (n° JurisData : 2007-335882) ; CA Colmar, 7 mai 2012 (n° JurisData : 2012-018611)

⁴⁸⁹ CA Montpellier, 16 oct. 2007 (n° JurisData : 2007-357389)

⁴⁹⁰ CA Paris, 17 sept. 1999 (n° JurisData : 1999-024863)

⁴⁹¹ CA Reims, ch. civ. 1, 7 mai 2007 (n° JurisData : 2007-337511)

⁴⁹² CA Rennes, 18 janv. 2002 (n° JurisData : 2002-170867)

⁴⁹³ CA Agen, 30 avr. 2012 (n° JurisData : 2012-017748)

⁴⁹⁴ CA Toulouse, 19 juin 2007 (n° JurisData : 2007-338506)

⁴⁹⁵ Le terme peut paraître curieux. Il est au contraire justifié par le fait que les contrats qui vont être concernés n'ont pas seulement trait à l'activité principale du professionnel, mais également, parfois, à l'une de ses extensions et donc une autre activité.

78. – Panorama. Protection parfois accordée. Le constat est similaire. Ainsi, la protection a été accordée à une coiffeuse⁴⁹⁶ ou un loueur de matériel de loisir⁴⁹⁷ concernant la location d'un lecteur de chèques, ou à un fleuriste pour la maintenance d'un tel appareil⁴⁹⁸, à un exploitant agricole pour l'acquisition d'un standard analogique⁴⁹⁹, à un commerçant (construction de maisons individuelles) pour un contrat destiné à l'évaluation de son entreprise dans le but de sa cession⁵⁰⁰, à un curé pour l'achat d'un photocopieur⁵⁰¹, à un fleuriste quant à la location de matériel informatique⁵⁰² ou l'achat d'espace publicitaire⁵⁰³, à l'exploitant d'un bar-restaurant pour un contrat de publicité pour la vente d'un fonds de commerce⁵⁰⁴, à un aviculteur pour un contrat de fourniture de propane⁵⁰⁵.

79. – Panorama. Protection d'autres fois refusée. Au contraire, la protection fut refusée à un masseur-kinésithérapeute pour un contrat de location de matériel de téléphonie⁵⁰⁶ ou de matériel informatique⁵⁰⁷, à un commerçant ambulant (vente de pizza)⁵⁰⁸, un antiquaire⁵⁰⁹ et l'exploitant d'un fonds de commerce lié aux loisirs pour la location d'une machine à café, à un pharmacien pour la location de matériel de téléphonie⁵¹⁰, à un agriculteur⁵¹¹ ou un artisan couturier⁵¹² pour un contrat de création et d'exploitation de site Internet, à un artisan pour l'achat d'un encart publicitaire⁵¹³, à une infirmière pour l'acquisition de matériel de diététique esthétique⁵¹⁴, à l'exploitant d'un salon de coiffure⁵¹⁵ ou à un gérant de centre équestre⁵¹⁶ pour la location d'un distributeur de boissons, à un boulanger quant à la location et l'entretien d'articles textiles⁵¹⁷, à un boucher pour l'acquisition d'un distributeur d'hamburgers⁵¹⁸, à un commerçant de presse papeterie librairie pour l'acquisition d'une machine à crèmes glacées⁵¹⁹, à l'exploitant d'un commerce en alimentation papeterie journaux⁵²⁰ quant à location-vente d'un photocopieur, à un agriculteur pour la location d'une camionnette⁵²¹, à un boucher-charcutier-traiteur-volailler⁵²², un pâtissier⁵²³ ou un commerçant en fruits et légumes⁵²⁴ pour l'achat d'un appareil destiné à la torréfaction du café, à un boulanger-pâtissier pour l'acquisition d'un matériel

⁴⁹⁶ CA Aix-en-Provence, 16 mars 2005 (n° JurisData : 2005-277661)

⁴⁹⁷ CA Besançon, 2 avr. 2002 (n° JurisData : 2002-178219)

⁴⁹⁸ CA Chambéry, 26 sept. 2001 (n° JurisData : 2001-173689)

⁴⁹⁹ CA Lyon, 20 sept. 2007 (n° JurisData : 2007-342946)

⁵⁰⁰ CA Pau, 30 juin 2008 (RG n° 07/01093), « S.A.R.L. Gannetier » (inédit)

⁵⁰¹ CA Aix-en-Provence, 23 mai 2001 (n° JurisData : 2001-151551)

⁵⁰² CA Reims, 19 nov. 2007 (n° JurisData : 2007-349656)

⁵⁰³ CA Paris, 2 nov. 2011 (n° JurisData : 2011-024261)

⁵⁰⁴ CA Toulouse, 12 mai 1999 (n° JurisData : 1999-042731)

⁵⁰⁵ CA Rennes, 11 sept. 1998 (n° JurisData : 1998-047858)

⁵⁰⁶ CA Aix-en-Provence, 10 avr. 2003 (n° JurisData : 2003-216398)

⁵⁰⁷ CA Colmar, 7 nov. 2012 (RG n° 11/03099), « SAS Locam » (inédit)

⁵⁰⁸ CA Aix-En-Provence, 23 fév. 2012 (RG n° 10/14414), « Pierrot Pizza » (inédit)

⁵⁰⁹ CA Colmar, 11 avr. 2006 (n° JurisData : 2006-301431)

⁵¹⁰ CA Douai, 12 avr. 2007 (RG n° 06/01110), « Société Grenke Location » (inédit)

⁵¹¹ CA Bordeaux, 15 avr. 2008 (n° JurisData : 2008-361360)

⁵¹² CA Bordeaux, 10 oct. 2011 (RG n° 09/02614), « SA Cortix » (inédit)

⁵¹³ CA Paris, 12 avr. 2002 (n° JurisData : 2002-181021)

⁵¹⁴ CA Poitiers, 20 mai 1997 (n° JurisData : 1997-056128)

⁵¹⁵ CA Nîmes, 25 oct. 2007 (n° JurisData : 2007-360214)

⁵¹⁶ CA Lyon, 25 janv. 2007 (RG n° 05/04264), « Societe PARFIP France » (inédit)

⁵¹⁷ CA Bordeaux, 28 nov. 2011 (RG n° 09/02164), « SA Initial BTB » (inédit)

⁵¹⁸ CA Montpellier, 14 mai 1998 (n° JurisData : 1998-034781)

⁵¹⁹ CA Paris, 4 juil. 1997 (n° JurisData : 1997-021751)

⁵²⁰ CA Paris, 10 oct. 1997 (n° JurisData : 1997-024525)

⁵²¹ CA Nîmes, 20 oct. 2009 (RG n° 07/03579), « S.A.S. Boyer Parc Autos – BPA » (inédit)

⁵²² CA Toulouse, 14 sept. 2000 (n° JurisData : 2000-128049)

⁵²³ CA Toulouse, 8 juil. 1999 (n° JurisData : 1999-101591)

⁵²⁴ CA Toulouse, 25 janv. 1999 (n° JurisData : 1999-040083)

de brochetterie⁵²⁵, à un gérant de station-service⁵²⁶ ou un fleuriste⁵²⁷ pour la location d'un appareil lecteur de chèques, à un boulanger-pâtissier⁵²⁸ ou un charcutier⁵²⁹ quant à l'achat d'une machine à fabriquer des pâtes fraîches.

80. – Appréciation d'ensemble. Jurisprudence confuse et contradictoire. L'on comprend mal cette jurisprudence⁵³⁰. En effet, comment savoir ce qui distingue, pour un même contrat, un boulanger d'un boucher, l'exploitant d'un bar-tabac de l'exploitant... d'un bar restaurant, ou encore un pharmacien d'une coiffeuse ? Pourquoi un curé est-il protégé pour l'achat d'un photocopieur tandis qu'un antiquaire désirent développer sa visibilité sur Internet est abandonné ? En quoi un commerçant de presse papeterie librairie contractant pour l'acquisition d'une machine à crèmes glacées ne mériterait-il pas de protection, tandis qu'une coiffeuse pour la location d'un lecteur de chèque la mériterait ? D'ailleurs, en quoi un tel appareil aurait-il un rapport direct avec l'activité de fleuriste ou avec la gérance d'une station-service, mais n'en aurait pas avec celle de coiffeuse ou de loueur de matériel de loisirs ? L'un d'eux a-t-il véritablement une supériorité sur l'autre pour apprécier les subtilités contractuelles d'un contrat lié à la surveillance et à la sécurité ? Plus encore, l'un d'eux a-t-il une quelconque capacité particulière, tout court, en ces domaines ? L'on en doute profondément⁵³¹. Au surplus, l'on note que l'acquisition dudit appareil par un fleuriste aurait un rapport direct avec son activité, mais que la maintenance du même appareil n'en aurait pas, ce qui justifierait alors une protection.

81. – Hypothèse (fantasme) d'une prise en compte implicite des connaissances ? L'on pourrait songer quelques instants à ce que les juges aient, sans jamais le dire, analysé profondément et concrètement les capacités de chacun de ces contractants pour déterminer s'ils méritaient véritablement le bénéfice de la protection consommériste. L'hypothèse s'exclue pourtant immédiatement, car il ressort de ces espèces la plus grande similarité, sans que des circonstances particulières tenant à l'existence plus ou moins avérée de compétences ou connaissances, ne soient ni révélées, ni relevées, dans les dossiers. Or pour qu'une prise en compte implicite ait pu avoir lieu, encore eut-il fallu que des éléments pertinents aient été mentionnés.

82. – D'ailleurs, le rapport direct s'étend même à des profanes aspirant à une activité professionnelle (professionnel par anticipation vaut souvent professionnel). Dans certaines décisions, les solutions démontrent à quel point le critère du rapport direct incarne une protection

⁵²⁵ CA Toulouse, 28 fév. 2002 (n° JurisData : 2002-176392)

⁵²⁶ CA Toulouse, 28 juin 1999 (n° JurisData : 1999-042420)

⁵²⁷ CA Montpellier, 20 mars 2001 (n° JurisData : 2001-156174)

⁵²⁸ CA Toulouse, 30 oct. 1995 (n° JurisData : 1995-050978)

⁵²⁹ CA Toulouse, 16 nov. 1994 (n° JurisData : 1994-047500)

⁵³⁰ Il faut lire les différentes analyses de cette jurisprudence (essentiellement, celles de G. Paisant, « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », art. préc. ; X. Henry, « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », art. préc. ; D. Pombieilh, « Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur », Dr. et patr. oct. 2002, p. 52 et s.). D'aucuns, tout en soulignant ces incohérences, concluaient pourtant (en 2002 !) de manière nous semble-t-il excessivement enthousiaste que « *Sous l'impulsion de la Cour de cassation, les divergences entre les juridictions régionales s'estompent de manière significative. Ces dernières contribuent à faire émerger une notion fiable de consommateur. Reste à savoir désormais si le professionnel pourra encore, dans des cas extrêmement limités, bénéficier des dispositions protectrices du droit de la consommation* » (D. Pombieilh, art. préc., p. 58). Ce n'est, à notre sens, qu'à partir de 2013 qu'un tel constat peut être dressé : V. sur ce point *infra* n°s 63 et s.

⁵³¹ V. sur le même genre d'interrogations à l'égard de cette jurisprudence fort peu lisible : X. Henry, art. préc., spéc. n° 33

déshumanisée, désintéressée des compétences et connaissances du contractant. C'est ainsi que, souvent (presque toujours), les juges ont pu considérer que la protection devait être refusée tout aussi bien au professionnel qui agit pour exploiter, protéger ou étendre son activité⁵³², qu'à celui qui agit en vue de créer son activité professionnelle. Même ! Les juges ne se réfèrent pas (on aurait pu l'imaginer) aux compétences acquises dans ce domaine, le cas échéant, lors d'activités professionnelles passées. Non, la protection est évincée au nom de cette activité professionnelle là, qui, pourtant, n'existe pas encore. Ce fut ainsi sensiblement le cas pour une personne qui avait acquis du matériel à dessein de développer une activité d'imprimerie⁵³³, ou encore d'une autre pour un contrat de prestation publicitaire en vue de promouvoir une activité de chambre d'hôte encore inexistante à l'époque⁵³⁴. En outre, dans les deux cas, à l'époque du contrat, ces contractants étaient au chômage. Dans la seconde de ces affaires, dont on sait pourtant la conclusion, il était explicitement relevé que « *Mme Audrerie n'avait pas d'autre activité et elle était à l'époque allocataire de Pôle Emploi Limousin* », et qu'elle « *n'avait pas encore commencé son activité mais qu'elle n'en était qu'au stade des démarches préalables* ». Il est rétorqué sèchement qu'« *outré le fait que cela n'est pas non plus déterminant car le contrat était bien conclu en lien avec une activité professionnelle qui se mettait en place, il peut être observé de toute façon, nonobstant une lettre d'un responsable des Gîtes de France, que les chambres d'hôtes de Mme Audrerie apparaissent dans les nouveautés 2008 au niveau du site des Gîtes de France au 6 mai 2008* ». Cela suffit donc⁵³⁵. M. Henry a pu relever que cette « *solution est rigoureuse et elle peut laisser sans défense un professionnel débutant et inexpérimenté* », mais en nuancant aussitôt, qu'il « *semble difficile d'en décider autrement, à moins d'accepter de soumettre tous les contrats initiaux de distribution, concession, franchise, au crible de l'article L. 132-1...* »⁵³⁶. Des obstacles de praticabilité devraient-elles empêcher la justice de régner, et la partie faible, même dans ce genre de contrats, d'être protégée ? Nous ne le croyons pas. C'est ainsi que d'autres décisions, rares mais salutaires, ont pris le contrepied de telles considérations⁵³⁷.

⁵³² Hypothèses de la jurisprudence préc.

⁵³³ Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2001 (99-12.512) : Bull. civ. I, n° 209 ; D. 2001, p. 2828, obs. C. Rondey ; *ibid.*, p. 932, obs. O. Tournafond ; JCP G 2002, I, 148, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2001, p. 873, obs. J. Mestre et B. Fages (la Haute Cour cède, sans originalité, à l'appréciation souveraine des juges du fond, en l'occurrence CA Rennes, 18 déc. 1997 (n° JurisData : 1997-055282), qui avaient retenu que « *Bien que la commande d'un matériel d'imprimerie ait été passée au domicile de l'acheteur, la vente n'est pas soumise aux dispositions de la loi du 22 décembre 1972, dans la mesure où il est établi que le contrat a été conclu pour les besoins de l'activité professionnelle de l'acheteur. En effet, un particulier qui a conclu un contrat en vue de l'exercice d'une activité professionnelle, même future, ne peut être considéré comme un simple consommateur. Il apparaît en l'espèce que le matériel commandé, eu égard à sa haute technicité et à son coût élevé, ne pouvait s'adresser qu'à un professionnel. De plus, dans le dossier de financement, il était fait référence à une entreprise d'imprimerie en cours de création* »). Et la Haute Cour d'ainsi trancher : « *Attendu que la cour d'appel, appréciant l'ensemble des éléments de fait dans le débat et après avoir constaté que la technicité et le coût du matériel en cause ne s'adressaient qu'à un professionnel, a souverainement estimé que cette acquisition avait un rapport direct avec l'activité professionnelle, même future, de l'acheteur, dont elle n'avait pas à vérifier les compétences professionnelles qu'il avait lui-même déclarées* ».

⁵³⁴ CA Limoges, 21 janv. 2010 (n° JurisData : 2010-003731)

⁵³⁵ V. déjà, dans le même sens, Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996 (94-13.098) : Bull. civ. I, n° 197 ; CCC 1996, n° 117, obs. G. Raymond ; Defrénois 1996, p. 1375, obs. J.-L. Aubert (certes, s'agissait-il là d'une activité complémentaire (ce qui ne démontre en rien davantage, que l'hypothèse d'une toute nouvelle activité induit la compétence de celui qui l'entreprend) : « *Mais attendu que, selon l'article précité, ne sont pas soumises aux articles L. 121-23 et suivants du même Code les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession ; qu'un tel contrat, conclu par un commerçant pour lui permettre d'exercer une activité commerciale, fut-elle complémentaire, relève de cette exclusion ; que la cour d'appel, qui a retenu que M. X... avait conclu le contrat de location pour transmettre les cassettes à l'usager final en tirant bénéfice de cette opération d'intermédiaire et que ce contrat devait lui permettre d'exercer une activité complémentaire d'exploitation commerciale, en a déduit, à bon droit, que ce contrat n'était pas soumis aux dispositions des articles L. 121-23 à L. 121-28 du Code de la consommation* »).

⁵³⁶ X. Henry, « *Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité* », art. préc., p. 9, n° 11

⁵³⁷ V. par ex. CA Orléans, 19 sept. 1995 (n° JurisData : 1995-048932) (et la salutaire motivation suivante : « *la vente à domicile d'un matériel de remise en forme effectuée pour les besoins d'une activité professionnelle puisque ce matériel est à usage professionnel, dès lors qu'il n'est pas établi que l'acquéreur ait eu, en la matière, des compétences particulières pour avoir exercé antérieurement dans le domaine de*

83. – Hypothèse d'une hiérarchisation des professions ? L'on pourrait imaginer, aussi, que les juges aient en réalité, toujours sans le dire, produit une forme de hiérarchisation entre les professions : certaines auraient alors été dignes de protection, d'autres non. Or, l'hypothèse n'est guère crédible. Elle est d'abord éminemment et illégitimement discriminatoire. Ensuite, ce n'est pas ce qui ressort des contradictions entre les juridictions du fond, qui concernent bien souvent une même profession. Ainsi, un médecin a-t-il pu être protégé à Grenoble, mais pas à Rennes⁵³⁸. Même ! L'on a pu distinguer une instabilité au sein d'une même juridiction⁵³⁹.

84. – Bilan préliminaire. 1° Certains professionnels ont pu être protégés par le droit de la consommation. En définitive, l'on constate tout d'abord que le professionnel a bien des fois pu être protégé par le droit de la consommation, ce qui n'était pas forcément acquis avant cette démonstration⁵⁴⁰. Force est de constater, par ailleurs, que la plus créative des tendances jurisprudentielles (protectrice/déprotectrice) – et la plus rigoureuse⁵⁴¹ – fut celle qui a manifesté sa bienveillance à l'égard de ces professionnels⁵⁴². L'on note également que, quel que soit le sous-critère utilisé, la jurisprudence protectrice tourne autour de l'axe de l'infériorité informationnelle⁵⁴³ : l'on voit bien que l'épicentre de la protection se trouve situé sur le plan de la connaissance et qu'un nombre important de juges a bien perçu cette faiblesse qui accable de nombreux professionnels. Quoi qu'il en soit, la protection partiellement obtenue n'est guère satisfaisante, car elle répond d'une démarche aussi incertaine qu'irrégulière.

85. – Bilan préliminaire. 2° Désordre et insécurité juridique. L'on conclura par ailleurs, avec M. Paisant, qu'un grand désordre plane alors⁵⁴⁴ sur la matière⁵⁴⁵. En effet, « *quel praticien du droit est aujourd'hui en mesure de donner une information précise à son client sur le point de savoir si la protection du Code de la consommation lui est ou non accessible ?* »⁵⁴⁶. Peut-être la Haute Cour aurait-elle dû conserver son

la remise en forme, le matériel ayant, en effet, été acquis, non pour une extension d'activité, mais pour la création d'une activité par une personne encore profane en la matière, qui avait donc, à l'égard du vendeur, la qualité de consommateur »).

⁵³⁸ CA Grenoble, 27 sept. 1999 (n° JurisData : 1999-102501) ; V. *contra* CA Rennes, 18 janv. 2002 (n° JurisData : 2002-170867)

⁵³⁹ V. not. sur l'instabilité de la cour paloise : D. Pombieilh, art. préc., spéc. p. 57

⁵⁴⁰ Contrairement au besoin de protection, qui n'est pas nouveau (V. not. J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », art. préc., spéc. p. 263, n° 13, où l'auteur relève qu'il est courant que « *des professionnels se trouvent, au cours de l'exercice de leur activité, dans un état de vulnérabilité comparable, voire supérieur* ». V. aussi G. Paisant, art. préc., spéc. n° 7 (et not. : « *la pratique montre pourtant que des contrats inégalitaires sont également conclus entre professionnels* »).

⁵⁴¹ En effet, l'on constate à l'analyse que les décisions les mieux motivées, et de loin, sont celles accordant la protection à un professionnel-consommateur partie faible (V. par ex. de manière très démonstrative : CA Aix-en-Provence, 16 mars 2005, préc. ; CA Aix-en-Provence, 23 mai 2001, préc.).

⁵⁴² Et on peut le constater, même au-delà des critères déjà étudiés. Par ex., des juges du fond ont pu décider, pour accorder la protection à l'exploitante d'un centre de bronzage ayant conclu un contrat de télésurveillance, que le fait que le contrat reproduisait les dispositions des articles L. 121-23 à L. 121-26 du Code de la consommation (dispositions sur le démarchage et la vente à domicile), traduisait la volonté des parties de se soumettre aux prescriptions qu'il prévoit (CA Rouen, 7 juin 2007, préc.). La Cour de cassation semble valider cette position (V. not. pour une formulation claire : Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2008 (04-18.724) : « *qu'ayant constaté que le contrat de vente mentionnait expressément certaines dispositions sur le démarchage à domicile issues de la loi du 22 décembre 1972 modifiée, la cour d'appel en a souverainement déduit que les parties avaient entendu se soumettre à ce texte, dès lors applicable en toutes ses dispositions, devenues les articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation* »). Pour autant, la solution reste contingente, inévitablement et heureusement : « *la circonstance que le contrat reproduise les articles L. 121-23 à L. 121-26 du Code de la consommation ne suffit pas à rapporter la preuve de l'intention des parties de se soumettre volontairement à l'ensemble des dispositions légales applicables lorsque le contractant est un simple consommateur* » (en l'occurrence l'art. L. 132-1 sur les clauses abusives) (CA Rennes, 18 janv. 2002 (n° JurisData : 2002-170867)).

⁵⁴³ Sans avoir à se préoccuper d'une disproportion autre telle qu'économique.

⁵⁴⁴ Il est probable que la nouvelle définition ait changé, en la radicalisant, cette solution. V. *infra* nos 63 et s., 102 et s.

⁵⁴⁵ V. aussi X. Henry, art. préc., spéc. p. 2560 et s., nos 21 et s.

⁵⁴⁶ G. Paisant, art. préc., n° 12

pouvoir de régulation unificateur⁵⁴⁷. Si la confusion règne, c'est parce qu'un certains nombre de critères différents ont été développés par les juridictions du fond pour apprécier le critère du rapport direct, lui-même critère de la caractérisation du consommateur... lui-même critère du bénéfice de la protection ! Ces critères dépendent, *in fine*, de ce que « *le magistrat est plus ou moins sensible aux arguments de contractant « profane* » »⁵⁴⁸. Mais c'est déjà traiter d'une typologie critique de ces conceptions du rapport direct⁵⁴⁹.

2 – Typologie critique des conceptions du rapport direct

86. – Plan. En jurisprudence, l'on va constater qu'un courant tendant vers une conception stricte du consommateur (1) s'oppose à un autre, qui se préoccupe de la vulnérabilité informationnelle, souvent avérée, de certains professionnels (2). Chacune de ces tendances s'est matérialisée par des décisions qui ont imaginé des sous-critères pour construire une notion de rapport direct conforme avec le but qu'elles entendaient poursuivre⁵⁵⁰.

a – Sous-critères défavorables aux professionnels-consommateurs

87. – Les besoins de l'activité professionnelle. Cette tendance jurisprudentielle est associée, pour l'essentiel, aux contrats passés pour l'entretien de l'activité exercée, c'est-à-dire principalement en matière de surveillance et de sécurité. Un certain nombre de décisions a ainsi pu écarter toute protection au bénéfice du professionnel-consommateur, du fait que le contrat concerné avait été passé pour les besoins de l'activité professionnelle, ou d'une activité professionnelle qui lui était liée. En d'autres termes, le rapport est considéré comme direct, dès lors que les juges constatent que le contrat sert d'une manière ou d'une autre l'activité, ce qui laisse peu de chance au professionnel.

88. – Jurisprudence. Parfois, le critère du rapport direct fut qualifié de la sorte, sans autre argumentation⁵⁵¹, ou même sans aucune référence au critère⁵⁵². D'autres fois, c'est le simple fait que le

⁵⁴⁷ V. not. en ce sens V. Vigneau, art. préc., concluant son propos en affirmant qu'« *Il aurait très certainement fallu, à tout le moins, que la haute juridiction n'abandonne pas son pouvoir d'appréciation de la qualité de consommateur et conserve sur ce point en particulier, son rôle unificateur* »).

⁵⁴⁸ C. Rondey, « Clause abusive, rapport direct et contrat accessoire », D. 2004, p. 1018

⁵⁴⁹ Car il y a bien là l'épicentre de toute la question : « *Il dépend essentiellement du contenu du critère adopté. Si le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle est nettement détaché de toute idée de compétence du professionnel et pris dans le sens large déjà préconisé de contrats ayant pour finalité de permettre, financer, développer ou protéger l'activité, les hypothèses de rapport indirect seront rares, ce qui est au fond secondaire, et surtout, les situations de rapport direct seront facilement inventoriées* » (X. Henry, art. préc., spéc. p. 2563, n° 37). Adde P. Cramier, « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (1^{re} partie) », LPA 12 juin 2000, p. 4 et s.

⁵⁵⁰ L'œuvre était prévisible puisque la Cour de cassation, « *ici comme ailleurs, s'est essentiellement contentée de poser un critère principal, le rapport direct, sans tenter de le préciser par des sous-critères, ce qui constitue plus une pratique législative que judiciaire* » (X. Henry, art. préc., spéc. p. 2560, n° 23). Les juges du fond s'en sont donc chargés, avec l'harmonie que l'on pouvait en attendre.

⁵⁵¹ V. not. CA Paris, 7 juin 2013 (n° JurisData : 2013-012615) ; CA Lyon, 11 avr. 2013 (RG n° 12/00546), « SA KBC LEASE France » (inédit) ; CA Aix-en-Provence, 23 fév. 2012, préc. ; CA Bordeaux, 28 nov. 2011, préc. ; V. aussi, *in fine*, CA Paris, 12 avr. 2002, préc. ; CA Paris, 22 fév. 2007, préc. ; CA Aix-en-Provence, 20 juin 2001, préc.

⁵⁵² V. not. CA Colmar, 7 mai 2012, préc. (la motivation de l'arrêt est d'ailleurs très intéressante, d'abord parce que le sous-critère des besoins de l'activité est distinctement décisif, mais également parce que l'indifférence faite aux compétences est explicite : « *Il ne saurait donc revendiquer la qualité de consommateur et l'application des dispositions légales relatives aux clauses abusives. Il importe peu de savoir si le locataire disposait de compétences particulières dans le domaine de la télésurveillance, dès lors que le contrat avait pour objet de protéger son fonds de commerce de bar-restaurant. Ce seul lien suffit à exclure l'application du Code de la*

contrat ait été passé dans⁵⁵³ ou pour⁵⁵⁴ l'exercice de l'activité professionnelle qui suffit à caractériser le rapport direct. Même ! L'on a pu retenir le coût important du matériel protégé par un système de télésurveillance (stock de tabac) pour trancher en ce sens, à l'encontre de l'exploitant d'un bar-tabac⁵⁵⁵.

89. – Critère insatisfaisant, car abstrait du savoir concret. Bien sûr, ces décisions ne satisfont-elles pas à l'exigence d'une protection convenable de la partie faible, dans la mesure où elles ne tiennent aucunement compte de la véritable situation dans laquelle est placé le professionnel. L'on pourrait ajouter qu'elles ne caractérisent que très approximativement l'existence d'un quelconque rapport direct. Il s'agit là, au total, d'une jurisprudence assimilable à la doctrine favorable à une conception stricte du consommateur, dans laquelle le professionnel n'a en réalité aucun espoir d'obtenir les faveurs consommateurs, qu'il soit concrètement en situation de faiblesse ou non au moment de conclure.

90. – Le développement économique de l'activité professionnelle. Ce critère a, pour l'essentiel, été utilisé pour les contrats passés par des professionnels visant, soit au parachèvement⁵⁵⁶ ou à la promotion⁵⁵⁷ de leur activité professionnelle, soit à l'extension de celle-ci par le développement d'une nouvelle branche⁵⁵⁸. En définitive, celui-ci est principalement⁵⁵⁹ utilisé par la jurisprudence statuant sur les contrats passés par des professionnels portant sur du matériel ou des services. Sa substance est relativement simple : dans la mesure où un contrat augmente ou perfectionne l'activité, soit en elle-même, soit en l'étendant de manière à en attendre une quelconque rentabilité supplémentaire⁵⁵⁹, le rapport direct doit être retenu⁵⁶⁰. Parfois, de manière rarissime, ce critère a pu conduire les juges à établir un lien, enfin, avec l'aspect profane du professionnel concerné... pour mieux le contester, à la lumière d'une motivation peu rigoureuse⁵⁶¹.

consommation »). V. aussi CA Aix-en-Provence, 10 avr. 2003, préc. ; CA Lyon, ch. 3, 9 nov. 2001, préc.

⁵⁵³ V. not. CA Paris, 10 oct. 1997, préc.

⁵⁵⁴ V. not. CA Nîmes, 20 oct. 2009, préc. ; CA Toulouse, 28 juin 1999, préc. ; CA Toulouse, 30 oct. 1995, préc. ; CA Agen, 30 avr. 2012, préc. ; CA Colmar, 18 juin 2007, préc. ; CA Montpellier, 16 oct. 2007, préc. ; CA Rennes, 16 mars 2007, préc.

⁵⁵⁵ V. not. CA Nancy, 6 fév. 2007, préc.

⁵⁵⁶ V. not. CA Lyon, 25 janv. 2007, préc. ; CA Montpellier, 20 mars 2001, préc. ; CA Toulouse, 14 sept. 2000, préc.

⁵⁵⁷ V. not. CA Colmar, 11 avr. 2006, préc. ; CA Paris, 3 oct. 2007, préc. ; CA Paris, 12 avr. 2002, préc.

⁵⁵⁸ V. not. CA Montpellier, 14 mai 1988, préc. ; CA Montpellier, 14 mai 1998, préc. ; CA Toulouse, 25 janv. 1999, préc. ; CA Toulouse, 28 fév. 2002, préc.

⁵⁵⁹ En effet, le bénéfice et la rentabilité transparaissent parfois assez distinctement comme étant au cœur du refus de la protection, par le prisme du critère du développement de l'activité économique. Par ex. : « le matériel loué destiné au salon de coiffure avait pour but d'améliorer le confort et le bien être de sa clientèle, laquelle est souvent contrainte de demeurer un long moment dans le salon de coiffure selon les soins qui lui sont prodigués (coloration, etc.). Même si la clientèle ne réglait pas sa consommation, ce qui aurait constitué une augmentation du bénéfice, la boisson offerte était de nature à la fidéliser, donc à l'augmenter » (CA Nîmes, 25 oct. 2007, préc.). V. également pour l'augmentation de la clientèle : « le matériel de distribution de crèmes glacées permettant à la société locataire de cet équipement d'étendre son activité à des prestations accessoires, dont le lien avec l'activité principale n'était pas négligeable puisqu'il lui permettait de toucher une clientèle plus vaste et plus jeune, ayant vocation à accroître la clientèle de l'activité principale de presse papeterie et librairie » (CA Paris, 4 juil. 1997, préc.). V. aussi CA Toulouse, 8 juil. 1999, préc.

⁵⁶⁰ Certains juges du fond s'essayèrent ainsi à quelques motivations. Par ex. : « le contrat de location d'un lecteur de chèques présente un rapport direct avec l'activité professionnelle commerciale d'un fleuriste et échappe au champ d'application de la législation sur le démarchage, dans la mesure où, d'une part, l'appareil loué s'insère dans le processus de distribution et de vente qui est inhérent à l'activité commerciale, ce dernier ayant pour vocation de simplifier l'acte de paiement par chèque de la clientèle et d'améliorer la rentabilité de l'entreprise en rémunérant le commerçant des risques d'impayés » (CA Montpellier, 20 mars 2001, préc.). L'on tire ainsi d'une utilité pour l'activité du commerce un rapport direct avec celle-ci, ce qui est déjà une vision contestable du critère. Ensuite, considérer qu'un tel rapport direct démontre d'une absence de nécessité de protection du professionnel l'est encore davantage.

⁵⁶¹ CA Toulouse, 16 nov. 1994, préc. (« ce commerçant qui a contracté dans le but d'ajouter un élément supplémentaire à son activité professionnelle et qui a été démarché dans le cadre de sa profession, et non comme un simple consommateur inexpérimenté, ne peut se prévaloir de la protection (...) »). Ainsi, l'on établit ici le lien entre la faiblesse informationnelle et le caractère professionnel par le prisme d'une prétendue expérimentation, qui serait admise du simple fait que ledit contractant a été démarché « dans le cadre de sa profession », motivation qui laisse dubitatif.

91. – Critère tout aussi insatisfaisant, car abstrait des connaissances concrètes. Une fois encore, le critère ne semble pas devoir emporter l'adhésion. Le fait qu'un contrat passé par un professionnel lui permette de rentabiliser davantage son activité n'induit pas, du même coup, qu'il ne se trouvait pas placé dans une situation d'infériorité informationnelle face à son cocontractant. En outre, ce critère peut même être rattaché au précédent : un contrat passé pour des besoins professionnels renvoie toujours, peu ou prou, au développement de l'activité professionnelle et donc, en définitive, à sa rentabilité.

92. – Critique commune aux deux sous-critères. Manque de rigueur sur l'appréciation de l'aspect *direct* du rapport. Dans le cas des deux sous-critères qui précèdent, l'on constate que les décisions (qui refusent la protection) semblent confondre rapport *direct* et rapport *tout court*. Démontrer que le contrat est passé pour des besoins professionnels ou pour développer l'activité professionnelle est plus une lapalissade qu'une motivation rigoureuse tenant à caractériser un rapport *direct*. A cet égard, un critère tenant à l'indispensabilité du contrat pour l'exercice de l'activité semblerait plus rigoureux. Mais c'est déjà parler des sous-critères favorables aux professionnels-consommateurs.

b – Sous-critères favorables aux professionnels-consommateurs

93. – L'indispensabilité du contrat pour l'exercice de l'activité professionnelle. Un critère assez rare, mais non moins intéressant, peut être relevé en jurisprudence : celui de l'indispensabilité du contrat passé pour l'exercice de l'activité professionnelle. Celui-ci a pu servir à exclure le rapport direct, et donc à accorder la protection, pour des contrats qui sont d'une utilité commune à toute activité, sans pour autant être indispensables pour leur fonctionnement. Ce mouvement prend ainsi l'exact contrepied des raisonnements poursuivis par les décisions précédentes⁵⁶². Ceci constitue ce que certains juges ont explicitement qualifié de nécessité de lien indispensable entre l'objet du contrat et l'activité concernée⁵⁶³. Et pour cause : ce qui facilite l'activité n'est pas pour autant indispensable à son exercice, et n'est donc pas en rapport direct avec celle-ci⁵⁶⁴.

⁵⁶² C'est ainsi, par ex., qu'« *il est indispensable de considérer la finalité de l'opération, ce qui conduit à rechercher en l'espèce si le lecteur de chèques pouvait permettre à la coiffeuse de développer son activité professionnelle et de réaliser ainsi des bénéfices supplémentaires. Or, si l'appareil en cause permettait un traitement facilité des chèques, il n'était pas susceptible à lui seul d'entraîner un accroissement de la clientèle de la coiffeuse voire une amélioration de la qualité des prestations fournies par elle* » (CA Aix-en-Provence, 16 mars 2005, préc.). En outre, des juges ont considéré que même à admettre la qualité de professionnel à un prêtre, « *il ne saurait être soutenu que la location d'un photocopieur a un rapport direct avec ladite activité, alors qu'un prêtre peut manifestement exercer son sacerdoce et répondre à l'attente de ses paroissiens sans disposer d'un photocopieur* » (CA Aix-en-Provence, 23 mai 2001, préc.). V. aussi CA Amiens, 6 avr. 2006, préc.

⁵⁶³ V. not. CA Reims, 19 nov. 2007, préc., retenant que le rapport direct « *suppose que soit caractérisé le caractère indispensable de l'objet du contrat pour l'activité commerciale. Tel n'est pas le cas d'un outil informatique, utile au fleuriste cocontractant comme il peut l'être à tout commerçant, sans pour autant présenter un lien direct par nature, avec cette activité précise* ». Ce lien a, au demeurant, pu être précisé (V. not. CA Toulouse, 17 nov. 1999, préc. : « *la prestation de télésurveillance, mettant en preuve un système sophistiqué d'alarmes couplées au réseau téléphonique, n'est pas en rapport direct, au sens de l'article susvisé, avec les activités d'hôtellerie et de restaurant exercée par le client. Ce rapport direct n'existe pas avec l'objet de l'activité, qui ne comporte pas la garde de valeurs ou de secret et ne requiert pas en soi, par nature ou par nécessité certaine, l'usage d'un système de protection contre le vol* ». V. plus récemment et en ce sens, CA Versailles, 9 sept. 2010 (n° JurisData : 2010-021181) : « (...) *l'installation d'un système de télésurveillance est sans rapport direct avec son activité professionnelle de généalogiste, l'installation n'étant d'aucune utilité intrinsèque à celle-ci, de sorte que c'est à bon droit que le locataire se prévaut des dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* »).

⁵⁶⁴ Le terme « *faciliter* » a d'ailleurs pu être employé (V. par ex. CA Grenoble, 27 sept. 1999, préc. : « *l'acquisition et l'installation d'un équipement de télésurveillance et d'une protection contre l'incendie est sans rapport direct avec l'activité médicale et n'est susceptible que de faciliter indirectement cette activité en évitant la commission de vols* »).

94. – Oui sur les effets, non sur le fond. Si l'on saluera le critère en ce qu'il a permis la plupart du temps à protéger le professionnel en situation de faiblesse informationnelle, l'on ne peut l'approuver sur le fond. Il peut au premier abord sembler pertinent. Ainsi, si le contrat est essentiel à l'activité professionnelle elle-même, c'est que son objet n'échappe pas au professionnel, qui ne nécessite donc théoriquement pas de protection⁵⁶⁵. En revanche, si ce contrat n'est pas indispensable, c'est que ledit professionnel contracte en dehors de son champ de compétence, comme un consommateur. Dès lors, peu importe que le contrat soit destiné à une pratique professionnelle ou une utilisation domestique, ceci ne changeant rien à la vulnérabilité potentielle d'un tel contractant. Au vrai, ce critère ne résiste pas à l'analyse. En effet, il ne permet pas davantage que les autres critères précités, de tenir compte de la faiblesse concrète du contractant professionnel pour apprécier la nécessité de lui accorder ou non une protection : il ne permet que de l'imaginer. Un professionnel n'est pas plus ou moins en situation de faiblesse, qu'il contracte de manière à développer son activité économique ou qu'il le fasse pour simplement la faciliter. En réalité, ces critères ne semblent avoir aucun rapport avec le postulat même sur lequel devrait se fonder le bénéfice de la protection : l'état de faiblesse informationnelle. Un dernier critère laisse pourtant planer l'espoir, bien qu'il ne puisse pour d'autres raisons satisfaire pleinement.

95. – La subsistance du critère de la compétence professionnelle et des connaissances subséquentes. Officiellement, l'on a vu que le critère de la compétence professionnelle avait malheureusement été abandonné lors de l'adoption définitive du rapport direct, à partir de 1995, et fermement depuis 1996⁵⁶⁶. Pour autant, l'on recense un grand nombre de décisions se fondant toujours sur ce critère, pour conclure bien sûr le plus souvent – voire toujours – à la nécessité de protection du professionnel concerné⁵⁶⁷. C'est que l'on « *peut être un professionnel et ne pas être compétent dans le domaine précis de l'objet proposé à l'achat* »⁵⁶⁸ ! La plupart du temps, l'accent est placé sur la différence de « *spécialités* » entre les deux professionnels impliqués⁵⁶⁹, c'est-à-dire, concrètement, sur l'état d'ignorance qui découle de l'absence de compétence professionnelle dans le domaine où le contrat est passé, souvent, il est vrai, sans guère de lien manifeste avec l'activité⁵⁷⁰. Le terme de profane est même

⁵⁶⁵ Et l'idée de ce sous-critère rejoint d'ailleurs ce que l'on avait pu espérer du critère même du rapport direct, qui avait pu sembler « *un intéressant compromis* », à l'origine d'une « *distinction entre les contrats qui sont nécessaires et inhérents à l'exercice de l'activité professionnelle du contractant et ceux qui sont, certes, conclus à l'occasion de l'activité professionnelle du contractant, mais qui sont extérieurs à l'objet spécifique de cette activité à tel point que n'importe quel autre professionnel pourrait les conclure pour l'exercice de sa propre profession* » (D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 101, n° 12).

⁵⁶⁶ V. *infra* n°s 64 et s.

⁵⁶⁷ La solution est même parfois motivée explicitement de la même manière que la jurisprudence révolue. V. par ex. CA Besançon, 12 nov. 2002 (n° JurisData : 2002-194153), qui affirme que la partie demanderesse était tout aussi « *"ignorante" qu'un simple consommateur* ». V. déjà CA Paris, 30 oct. 1996, préc. ; V. aussi CA Pau, 28 mai 2001, préc.

⁵⁶⁸ B. Boulloc, note sous Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1993, préc. ; V. aussi la formule d'un arrêt, selon laquelle, si le contrat avait bien été passé dans le cadre de l'activité professionnelle, « *son objet n'en est pas moins totalement étranger à l'activité professionnelle du centre qu'il n'a pour objet ni de faciliter ni d'étendre ou de développer* » (CA Rouen, 7 juin 2007, préc.).

⁵⁶⁹ CA Paris, 25 oct. 2007, préc. (« *Considérant que la location d'un matériel de télésurveillance est sans rapport avec l'activité de photographe professionnelle exercée* » par le photographe, « *s'agissant de deux spécialités techniques différentes* », celui-ci étant dès lors « *bien fondé à se prévaloir des dispositions de l'article L.132-1 du Code de la consommation relatives aux clauses abusives* »).

⁵⁷⁰ Ainsi, un prêtre, même à le considérer professionnel, n'a « *aucune compétence objective lui permettant d'apprécier, mieux qu'un particulier, la portée tant technique que commerciale* » d'un contrat de location d'un photocopieur (CA Aix-en-Provence, 23 mai 2001, préc.). V. aussi, de manière aussi nette : CA Besançon, 2 avr. 2002, préc. (« *si l'appareil devait faciliter le paiement par chèques et par cartes, l'intéressé, qui exerce une activité liée aux loisirs et saisonnière, n'avait pas la compétence pour apprécier l'intérêt de l'acquisition et le bénéfice pour son exploitation commerciale* ») ; CA Chambéry, 26 sept. 2001, préc. (« *les dispositions de l'article L. 121-22 du Code de la consommation sont applicables au contrat de maintenance d'un lecteur de chèques passé par une fleuriste : l'appréciation des capacités et des performances de cet appareil exige en effet des connaissances en bureautique et en informatique qui dépassent celles d'une fleuriste* ») ; CA Rennes, 11 sept. 1998, préc. (« *mais en dépit même de son caractère nécessaire, la fourniture de*

parfois explicitement évoqué⁵⁷¹.

96. – Oui (évidemment) sur les effets et sur la démarche, non sur le moyen. L'on saluera la pertinence de ces solutions et même, souvent, la qualité des motivations retenues. D'une part sur le fond, parce que la protection est accordée ; d'autre part sur la forme, parce que le moyen employé est satisfaisant, tenant compte de l'ignorance effective et concrète du professionnel au moment de conclure, en se basant sur son activité et les caractéristiques du contrat concerné⁵⁷². Au-delà, le critère ne peut malheureusement être préconisé. En effet, y faire référence pour protéger des parties faibles n'évite pas que celui-ci ait cédé sa place au critère du rapport direct, et que l'on ne puisse le transformer en *critère du critère* pour qualifier son propre successeur. Marquant ainsi les limites de l'appréciation souveraine des juges du fond⁵⁷³, et ouvrant la voie à la cassation⁵⁷⁴, ce critère est inapte, d'autant plus qu'il est extrêmement indécis en jurisprudence, à remplir la mission de protection des professionnels-parties faibles.

97. – Bilan. Au-delà des apparences, l'esprit est à l'exclusion. L'apparente controverse qui a ainsi existé entre les juridictions ne doit pas masquer l'essentiel : il nous semble largement acquis, avec M. Bakouche, que « *sous couvert d'une formulation habile laissant illusoirement penser que toutes les portes ne sont pas définitivement closes* », le critère du rapport direct a cristallisé dès le début, pour la Cour de cassation, la volonté « *d'exclure les professionnels* »⁵⁷⁵. C'est cette volonté, par hypothèse masquée jusqu'ici, qui s'est pleinement dévoilée récemment.

B – Une définition clarifiée : une protection évincée

98. – Plan. La confusion jurisprudentielle et par là même le peu de protection obtenue par les professionnels-consommateurs, tendent à disparaître définitivement. En effet, la définition du consommateur a récemment été nettement clarifiée dans le sens de la radicalisation (1). La précarisation des professionnels-consommateurs n'en reste pas moins illégitime. La clarification du champ d'application *ratione personae* du droit de la consommation est néanmoins salutaire (2) : ces contractants

gaz n'est qu'un accessoire par rapport à l'exploitation avicole proprement dite et pour apprécier les modalités de la vente conclue avec le fournisseur, l'aviculteur ne bénéficiait pas de la technicité d'un professionnel »). V. aussi dans le même sens et tout aussi clairement : CA Agen, 9 oct. 1995, préc. ; CA Dijon, 3 déc. 2002, préc.

⁵⁷¹ V. par ex. CA Colmar, 7 nov. 2012, préc. ; V. aussi CA Toulouse, 12 mai 1999, préc. ; CA Pau, 19 juin 2002, (n° JurisData : 2002-184458).

⁵⁷² V. not. D. Mazeaud, « Les clauses abusives sont valables et ont force obligatoire à l'égard des contractants professionnels », D. 1995, spéc. p. 89, s'interrogeant très justement : pourquoi refuser la protection à des professionnels, « *lorsque ceux-ci peuvent démontrer qu'ils étaient, au regard du contrat conclu pour les besoins de leur profession, accablés des mêmes vices et des mêmes défauts que ceux dont les consommateurs sont présumés souffrir* » ?

⁵⁷³ V. not. X. Henry, art. préc., spéc. p. 2558, n° 7 (affirmant not. que « *l'appréciation souveraine des juges du fond n'est pas sans limites : elle n'échappe à la censure que si elle s'inscrit dans le cadre conceptuel préalablement fixé par la Cour de cassation, en l'occurrence la recherche d'un rapport direct entre le contrat et l'activité professionnelle, et si elle respecte les exigences du contrôle de motivation (...). Leur censure pour défaut de base légale demeure parfaitement compatible avec le maintien de l'appréciation souveraine des juges du fond, que la Cour a postérieurement réaffirmée* »).

⁵⁷⁴ C'est ainsi que la Cour de cassation n'hésite pas à censurer (sans surprise) des juges du fond ayant accordé la protection sur le démarchage à domicile à une coiffeuse ayant souscrit un contrat de location d'un terminal de paiement, du fait que la mise en place de ce terminal ne relevait « *pas de sa compétence professionnelle* » (Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013 (11-27.698) : JCP G 2013, 958, note G. Paisant ; CCC 2013, n° 225, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2013, p. 3299, obs. S. Piedelièvre).

⁵⁷⁵ D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005, n° 194, p. 185

n'ont pas à être protégés par le droit de la consommation, mais par un système de droit commun.

1 – *La radicalisation du critère de définition du consommateur*

99. – Plan. A l'analyse, la radicalisation du critère de définition des sujets protégeables par le droit de la consommation était prévisible. La jurisprudence l'avait semble-t-il suggérée, en concluant le plus souvent à l'exclusion de la protection du professionnel-consommateur. Mais la Haute Cour a récemment tranché bien plus clairement en ce sens (a), juste avant que le législateur ne vienne semble-t-il entériner cette position (b).

a – *Par la jurisprudence*

100. – Fin du silence de la Cour de cassation. L'on a vu que la forme de gouvernance de la matière par les juges du fond était due à une absence de prise de position nette par la Cour de cassation, quant à la manière d'appréhender le fameux critère du rapport direct⁵⁷⁶. Cette tendance doublement décennale est récemment, semble-t-il, parvenue à son terme.

101. – Fin de l'espoir des professionnels-consommateurs. *Les besoins professionnels.* C'est ainsi qu'un récent arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 juin 2013⁵⁷⁷, est venu préciser ce que l'on devait entendre par rapport direct. L'espèce était des plus classiques en ce qui concerne la question de la protection des professionnels-consommateurs : l'exploitant d'un salon de coiffure avait souscrit auprès d'une société un contrat de location d'un terminal de paiement, et demandait à bénéficier de la faculté de rétractation contenue dans les dispositions protectrices en matière de démarchage. Les juges du fond avaient fait droit à cette demande, arguant, dans l'exacte mouvance de la subsistance du critère de la compétence professionnelle⁵⁷⁸, que cette personne était « *coiffeuse et que la prestation proposée à elle par la société, à savoir la mise en place d'un terminal de paiement électronique, ne relève donc pas de sa compétence professionnelle* ». Courageuse et salutaire était la démarche, tout autant que condamnée d'avance⁵⁷⁹. La Haute Cour, en contrôlant l'application de la solution en

⁵⁷⁶ V. spéc. *infra* nos 73 et s.

⁵⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, préc.

⁵⁷⁸ V. *infra* n° 95

⁵⁷⁹ En tant que refusant ouvertement d'appliquer le nouveau critère du rapport direct (V. *infra* nos 95-96). Une autre décision récente des juges d'Aix-en-Provence nous semble tout aussi salutaire que condamnée à la cassation, du moins selon toute vraisemblance. En effet, l'audace des juges y est encore plus sensible, quoique plus originale que la simple démarche tenant à souligner l'absence de compétence professionnelle. En l'espèce, un avocat sollicite, pour un besoin familial personnel, les conseils d'un enseignant-chercheur, qui lui remet ultérieurement sa consultation. Le refus par l'avocat de payer la facture de cette recherche donne lieu au contentieux, portant not. sur l'application du droit de la consommation. Dans une décision remarquée (CA Aix-en-Provence, 28 oct. 2014 (n° JurisData : 2014-027765) : RTD civ. 2015, p. 157, note. P.-Y. Gautier), les juges du fond retiennent d'abord que « *la cour ignore tout de l'importance de l'activité du professeur de droit en la matière, et a fortiori de son caractère habituel, pas plus que des modalités techniques de son activité* », et qu'il ne peut donc être considéré comme un professionnel au sens de l'art. L. 121-16 C. consom. Certes, cette disposition exige que le contrat à distance intervienne dans « *le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance* », ce qui justifie l'invocation du caractère habituel par les juges du fond. En revanche, celle des modalités techniques de son activité est beaucoup plus curieuse : que viennent faire ces considérations de compétence ici, non exigées, cette fois, par l'art. préc. ? Les juges vont plus loin, à un double point de vue, en poursuivant que « *Par ailleurs, le professeur n'est pas un professionnel prestataire de services au sens de l'article L. 111-1 du code de la consommation, sachant, en toute hypothèse, que cet article relatif à l'obligation générale d'information du prestataire de services, sur les caractéristiques essentielles du service, n'a pas été violé, l'avocat n'ayant pu de par sa formation et sa profession ignorer les caractéristiques essentielles de la consultation sollicitée* ». D'abord, donc, les juges appliquent la même logique de la compétence (habitude,

vigueur (i.e. le rapport direct), casse la décision des juges de Valenciennes. Mais c'est ici que la solution marque un tournant assez décisif. La Cour de cassation prend en effet distinctement parti pour une conception du rapport direct. Ainsi, elle tranche que celui-ci existait... dans la mesure où le contrat litigieux avait été conclu « *pour les besoins de l'activité professionnelle* » de la coiffeuse⁵⁸⁰. Il s'agit là d'une consécration manifeste de la conception stricte du consommateur, exclusive d'un bon nombre de contractants qui méritaient pourtant probablement une protection⁵⁸¹ et, au premier plan, les professionnels-consommateurs. Tout contrat a un rapport direct avec l'activité professionnelle dès lors qu'il a été conclu pour les besoins de celle-ci : autant dire que le rapport direct est réduit à un simple rapport. Cette clarification ne semble pas due au hasard : elle anticipait en vérité de moins d'un an l'entrée en vigueur de la réforme du droit de la consommation⁵⁸².

b – Par la loi

102. – Consécration d'une définition légale du consommateur. La loi sur la consommation est en effet venue apporter une définition du consommateur dans le Code de la consommation. Celui-ci est désormais défini comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »⁵⁸³. Enfin se souvient-on des préceptes les plus classiques, selon lesquels toute démarche méthodique s'associe inéluctablement à l'effort de définition⁵⁸⁴. Et pour cause : certaines dissidences dans l'interprétation d'une disposition existante valent bien mieux que des divergences, en l'absence de disposition, concernant la conception même d'une notion⁵⁸⁵. Outre que la « *méthode de l'énumération est rarement convaincante* »⁵⁸⁶, relevons à titre liminaire que cette formulation consacre le critère classique de l'acte de consommation : contracter à des fins

technicité) à la notion de professionnel de l'art. L. 111-1 C. consom., excluant ainsi le professeur de ce cadre, alors que ces éléments sont classiquement indifférents (on l'a vu, en détails, en ce qui concerne les professionnels-consommateurs, concluant le plus souvent, voire toujours, des contrats ponctuels et annexes à leur activité). Ensuite, se plaçant cette fois de l'autre côté de la relation contractuelle, ils considèrent de manière pour le moins troublante, au fond, que l'ignorance de l'avocat était... illégitime, inexcusable, en vertu de ses compétences ! Si la solution, bien sûr, dans sa démarche et son idéologie, nous semble salutaire au premier abord, elle ne doit guère être approuvée dans un second temps, d'une part parce qu'elle a vocation à être censurée par la Haute cour, d'autre part parce qu'elle s'oppose à la logique de marché du droit de la consommation (étudiée ci-après). Une telle décision doit trouver son fondement sur des dispositions de droit commun.

⁵⁸⁰ V. déjà en ce sens mais sans l'allure de principe : Cass. 2^e civ., 18 mars 2004 (03-10.327) : Bull. civ. II, n^o 136 ; D. 2004, p. 1018, obs. C. Rondey ; JCP G 2004, II, 10106, note D. Bakouche ; ibid., I, 173, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; CCC 2004, n^o 76, note L. Leveneur (« (...) il résultait de ses constatations que le contrat d'assurance était accessoire à des prêts professionnels souscrits par Simone X... pour les besoins de l'exploitation d'un fonds de commerce, ce dont il s'évinçait qu'ils ne relevaient pas de la législation sur les clauses abusives applicable aux consommateurs (...) »). Il est vrai que « le critère du rapport direct a en définitive une signification très proche de celui des besoins professionnels » (L. Leveneur, note préc.). De là à les assimiler...

⁵⁸¹ V. en ce sens C. Rondey, obs. sous Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, préc.

⁵⁸² V. not. C. Aubert de Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », D. 2014, p. 879 et s.

⁵⁸³ Art. préL. C. consom.

⁵⁸⁴ L'on songe ici à Cicéron (*Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), spéc. p. 18) : « *Dans tout corps de doctrine présenté avec méthode, c'est par la définition qu'il faut commencer, afin qu'on saisisse bien l'objet mis en discussion* »).

⁵⁸⁵ L'on se permettra, en outre, de rappeler à cet égard les prescriptions du Conseil constitutionnel, considérant que la sécurité juridique implique également pour le législateur de « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (CC, 27 juillet 2006 (2006-540 DC), « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », cons. n^o 9). L'on sait bien que « *tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre* » (J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. XXIV). Mais il faut opposer que « *lorsque le texte est clair, il n'y a pas lieu de l'interpréter* » (Y. Picod, « Le juge au secours du législateur, comment la Cour de cassation réécrit l'article L. 341-3 du Code de la consommation », D. 2011, p. 1193, n^o 1) !

⁵⁸⁶ S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2^{ème} éd., 2014, n^o 27, p. 22

personnelles⁵⁸⁷. L'« *impression courante* (...) que le droit a constamment été en retard »⁵⁸⁸ se vérifie à nouveau. Et quel injustifiable retard que celui qui a provoqué l'immense insécurité juridique et le gaspillage de moyens juridiques que l'on a soulignés⁵⁸⁹, lorsque l'on sait que cette définition légale finalement adoptée n'est autre, en substance, que celle de la directive du 20 décembre 1985⁵⁹⁰ ou de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives⁵⁹¹ ! Même ! C'est finalement la définition, moins complète, de la directive du 25 octobre 2011 qui a été adoptée⁵⁹², après vingt ans d'adhésion jurisprudentielle contestable à un critère non pas issu de ces directives pourtant fondamentales mais d'un texte spécial du droit de la consommation (démarchage) retenant le rapport direct⁵⁹³. Par où l'on constate que les *impressions courantes* n'ont parfois rien à envier aux démonstrations fouillées.

103. – Nouveau critère ? A l'évidence, le rapport direct est évincé au profit du critère, quant à lui négatif, du cadre de l'activité. Les mots changent donc manifestement. Mais qu'en est-il de l'esprit ? Tout semble indiquer que cette nouvelle définition, au-delà des mots, n'est que le nouveau bras armé de la radicalisation de la définition du consommateur entamée par la jurisprudence, et n'est donc guère plus claire que ce qui lui préexistait⁵⁹⁴. Observons.

104. – Simple alignement sur les prescriptions européennes. Les mots n'ont pas changé pour introduire un bouleversement de la notion de consommateur, du simple fait que le législateur français a simplement recopié les prescriptions européennes⁵⁹⁵. Et pour preuve : dans le très maigre (inexistant ?) débat parlementaire sur cette question⁵⁹⁶, les propositions d'élargir la définition en l'améliorant, notamment en y incluant les activités agricoles⁵⁹⁷, se sont vues opposer une sèche fin de non-recevoir. Dans l'esprit du législateur, il s'agissait de transposer scrupuleusement la directive de 2011 en droit français, si bien qu'une transposition différente aurait prétendument placée la France en situation de non-conformité avec le droit européen⁵⁹⁸ ! L'on voit mal comment ou même pourquoi, puisque les

⁵⁸⁷ V. not. sur celui-ci S. Piedelièvre, op. cit., n° 22, p. 17

⁵⁸⁸ J. Carbonnier, « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasser éd., 1999, p. 6

⁵⁸⁹ Sur les innombrables décisions du fond contradictoires en matière de définition du consommateur, V. *infra* n°s 73 et s.

⁵⁹⁰ Dir. n° 85/577/CEE du 20 déc. 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, art. 2 (« *Aux fins de la présente directive, on entend par:- «consommateur», toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par la présente directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle (...)* »).

⁵⁹¹ Dir. n° 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, art. 2 b) (désignant par consommateur « *toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* »).

⁵⁹² Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, cons. n° 17 (« *La définition de consommateur devrait englober les personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »).

⁵⁹³ Le rapport direct a en effet été généralisé, à partir de l'ancien (avant 2014) art. L. 121-22 4°, qui retenait comme étant exclues des dispositions protectrices sur le démarchage « *Les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession* ».

⁵⁹⁴ V. not. G. Raymond, « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », CCC 2014, n° 3, spéc. n°s 10 et s.

⁵⁹⁵ Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, spéc. cons. n° 17

⁵⁹⁶ V. not. en ce sens G. Raymond, art. préc., spéc. n° 2 ; S. Piedelièvre, op. cit., spéc. n° 27, p. 22

⁵⁹⁷ L'on sait que la définition légale ne mentionne nullement les professions agricoles, alors qu'on voit mal ce qui les distingue des autres activités visées. La doctrine l'a évidemment unanimement remarqué (V. par ex. J. Julien, « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », CCC 2014, n° 2, spéc. n° 2 (et not. : « *Il ne s'agit ni plus ni moins que de la reprise de la définition contenue dans la directive (...)* ») ; S. Piedelièvre, op. cit., n° 27, p. 22 (s'interrogeant : « *Est-ce à dire que l'agriculteur personne physique, devra toujours être considéré comme un consommateur ?* »)).

⁵⁹⁸ G. Raymond, art. préc., loc. cit.

prescriptions de la directive auraient bel et bien été transposées, quoi que l'on y eut adjoint la profession agricole. Il n'y avait guère d'empêchement⁵⁹⁹. Difficile de croire, dès lors, qu'il n'aurait pas pu en aller autrement si de profonds débats avaient eu lieu. Mieux ! Voilà que cette omission n'en serait pas une. C'est du moins ce qu'a clairement affirmé le rapporteur de la commission des affaires économiques au Sénat, dans la séance du 11 septembre 2013⁶⁰⁰. L'on émet des doutes sur la qualité de la coordination existante entre les différents promoteurs de la loi... Et l'on s'interroge déjà à nouveau, au lendemain de la loi : « *Est-ce à dire que l'agriculteur, personne physique, devra toujours être considéré comme un consommateur* »⁶⁰¹ ? Une décision récente de la Haute Cour, la première rendue après la promulgation de réforme du 17 mars 2014, semble énoncer assez distinctement, volontairement ou non, la réponse négative à cette question⁶⁰². Le gain de cohérence serait salutaire. Une doctrine spécialiste démontrait aussi, par ailleurs et sans moins déplorer cette lacune, que l'activité agricole telle que définie par le Code rural pourrait finalement englober tant l'agriculture traditionnelle qu'industrielle, de telle sorte que le rattachement de l'activité agricole à l'activité industrielle (quant à elle visée par la loi) pourrait s'établir⁶⁰³.

105. – La conception stricte fait consensus en droit comparé. L'on a valablement relevé que la conception stricte du consommateur, appréhendé comme le seul acquéreur final d'un bien ou service, était homogène en droit comparé, ce qui plaide encore dans le même sens⁶⁰⁴ : la défintion n'apporte rien de véritablement nouveau.

106. – L' esprit de la loi nouvelle est indubitablement d'établir clairement une acception stricte de la notion de consommateur. Certes, « *Tout dépend donc de la conception et, par conséquent, de l'interprétation, plus ou moins large, que l'on retient des expressions « besoins de la profession » ou « cadre de l'activité professionnelle »* »⁶⁰⁵. Mais il semble bien que la formulation de cette définition semble plaider, contrairement au flou du critère du rapport direct, pour une acception stricte du consommateur⁶⁰⁶. Par exemple, le professionnel-consommateur qui agit en dehors de sa sphère de compétence agit incertainement en rapport direct avec son activité ; mais probablement, bel et bien, dans le cadre de son activité professionnelle... La définition légale semble ainsi plus large que ce qu'induisait littéralement le rapport direct. Seulement littéralement, en effet, puisque l'on a constaté que le rapport direct

⁵⁹⁹ V. en ce sens les arguments de G. Raymond, loc. cit.

⁶⁰⁰ Cité par G. Raymond, art. préc., n° 14

⁶⁰¹ S. Piedelièvre, « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », JCP E 2014, 1176, spéc. n° 8

⁶⁰² Cass. 1^{re} civ., 2 juil. 2014 (13-16.312) : CCC 2014, n° 256, obs. G. Raymond (dans cette affaire, un agriculteur, qui avait conclu un contrat de prestation de service, s'était vu attribuer la protection consommériste de l'art. L. 136-1 C. consom. par une juridiction de proximité, qui avait conclu à sa qualité de consommateur. La Haute Cour, après avoir rappelé dans un chapeau que ledit texte ne s'appliquait « *pas aux professionnels ayant conclu un contrat de prestation de services en rapport direct avec leurs activités* », affirme « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que M. L. était agriculteur et que le contrat litigieux avait pour objet la comptabilité et la gestion de son entreprise, la juridiction de proximité a violé, par fausse application, le texte susvisé* ». Certes le contrat a été passé bien avant la promulgation de la loi nouvelle, mais « *Cet arrêt pourrait être considéré comme une première interprétation de l'article préliminaire* » (G. Raymond, obs. préc.).

⁶⁰³ N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 162, p. 151

⁶⁰⁴ Et d'ailleurs, nombre de législations consuméristes étrangères s'ouvrent par une telle définition (V. not. sur ce point G. Paisant, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », JCP G 2013, 589, spéc. p. 1032).

⁶⁰⁵ G. Paisant, note sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, préc.

⁶⁰⁶ *Rappr.* S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2^{ème} éd., 2014, n° 27, p. 22 (parlant de définition « *unitaire et relativement stricte de la notion de consommateur* »).

renvoyait désormais aux besoins de l'activité professionnelle, autrement dit au simple rapport avec l'activité (puisqu'un tout contrat conclu par un professionnel est nécessairement causé par des besoins de son activité, sinon quelle utilité ?), c'est-à-dire, au fond, au cadre de l'activité. Il apparaît en effet relativement clair que ce qui concerne les besoins de l'activité entre dans le cadre de l'activité, et, corrélativement, que ce qui entre dans le cadre de l'activité procède nécessairement d'un besoin de l'activité.

107. – L'application de la définition s'alignera sur la solution de la Cour de cassation. La confrontation littérale de la nouvelle définition légale du consommateur et de son acception prétorienne ne doit pas éluder une réalité fort simple : la Cour de cassation, étant donnée la possibilité, comme il vient d'être dit, d'assimiler sa solution à la définition légale, prolongera probablement sa propre conception stricte du consommateur au moyen de ce nouvel article préliminaire du Code de la consommation⁶⁰⁷. Avec M. Paisant, l'on conclura donc que l'« *on peut se risquer à penser que la Cour de cassation la reprendra à son compte ; ce qui laissera intacte sa liberté de l'interpréter à sa guise et de lui donner le contenu qui lui paraît le plus opportun. Il faudra donc que la loi change pour que tout continue comme avant..., sous réserve de lignes directrices plus précises en provenance de la Cour de Luxembourg* »⁶⁰⁸. C'est d'ailleurs cette impression que la jurisprudence la plus récente laisse peu ou prou transparaître⁶⁰⁹.

108. – Les professionnels-consommateurs évincés. Dire que la définition du consommateur est désormais sans doute réduite à son acception la plus stricte appelle une conclusion claire pour ce qui concerne la protection des professionnels-consommateurs : l'éviction nette⁶¹⁰. Ceci a le mérite d'assainir la situation, dans laquelle nombre de juges du fond se battaient encore pour accorder une protection consumériste⁶¹¹.

109. – La profonde confirmation d'un système de protection abstrait. Les mots de la nouvelle définition du consommateur sont clairs. Ils traduisent ni plus ni moins la volonté d'entériner solidement

⁶⁰⁷ V. en ce sens G. Paisant, note sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, préc. (et not. « *on peut se risquer à penser que la Cour de cassation la reprendra à son compte ; ce qui laissera intacte sa liberté de l'interpréter à sa guise et de lui donner le contenu qui lui paraît le plus opportun* »). Nul doute que ce sens le plus opportun sera la conception la plus stricte du consommateur agent économique et acquéreur final.

⁶⁰⁸ G. Paisant, note préc.

⁶⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 2 juil. 2014, préc., où la Haute Cour semble nettement se situer dans le même courant que l'arrêt du 19 juin 2013, préc., autrement dit en faveur de la caractérisation du rapport direct par le prisme des besoins professionnels, certes sans évoquer clairement l'expression, mais en en manifestant distinctement l'idée (le contrat avait « *pour objet la comptabilité et la gestion de son entreprise* »). Cette fois, la solution est postérieure à l'introduction de la définition légale du consommateur, ce qui en dit long, malgré que celle-ci ne soit pas encore expressément visée (parce que le contrat avait en l'espèce été conclu bien avant), sur la stabilisation de la conception prétorienne du rapport direct par le prisme des besoins de l'activité professionnelle.

⁶¹⁰ Il faut relativiser ce constat, et accentuer d'autant l'aspect salutaire de la réforme. En effet, désormais, l'art. L. 121-16-1 III. C. consom. prévoit désormais que certains professionnels peuvent bénéficier des dispositions qui intéressent les contrats conclus *hors établissement* (nouvelle terminologie, englobant le démarchage, dont on sait qu'il s'agissait du principal terrain d'élection, avec les clauses abusives, du contentieux concernant les professionnels-consommateurs), « *dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq* ». La démarche n'est qu'à moitié satisfaisante : elle tente, de manière salutaire, d'identifier le professionnel partie faible, d'une part ; elle s'essaie, de manière regrettable, à le faire par des critères objectifs tenant au caractère principal de l'activité (critère acceptable, tant on a vu que les professionnels-consommateurs étaient souvent en situation de faiblesse lors de contrats annexes à leur activité), mais aussi au nombre de salariés, ce qui n'a proprement rien à voir avec la faiblesse potentielle d'un professionnel, surtout en ces termes : voilà qu'un professionnel qui emploie six salariés ne mérite plus protection..., tandis qu'on voit mal ce qui le distingue si profondément de celui qui n'en emploie que quatre.

⁶¹¹ Bien que les considérations de compétence par les juges du fond ne semblent pas encore avoir dit leur dernier mot (V. not. CA Aix-en-Provence, 28 oct. 2014, dont l'analyse figure ci-avant en note).

une conception abstraite de la protection offerte par le droit de la consommation, en évinçant la prise en compte des faiblesses concrètes⁶¹². Cela a pour très grave conséquence de livrer à eux-mêmes ces nombreux contractants, et bien d'autres⁶¹³, en l'absence de protection efficace en droit commun. Thème sur lequel la réflexion doit donc être plus que jamais portée⁶¹⁴. Dans un temps liminaire, une question se pose : cette exclusion est-elle véritablement injustifiée⁶¹⁵ ?

2 – Une exclusion du champ consumériste injustifiée ?

110. – Constat peu enthousiasmant. Tout semble indiquer que l'on ne change pas de « *paradigme* », et qu'il faudra plus que jamais se « *satisfaire d'une protection sélective et discriminatoire* »⁶¹⁶. Ceci apparaît d'autant plus choquant qu'une véritable quête de la protection du faible semblait globalement initiée en droit des contrats, tandis qu'elle semble cruellement épargner de sa vertu l'univers des professionnels en droit de la consommation⁶¹⁷. En effet, l'exclusion des professionnels-consommateurs de la protection consumériste est d'autant plus précarisante pour ces contractants, que le droit contemporain ne s'est guère préoccupé d'eux, notamment sous l'influence consumériste⁶¹⁸. L'on remarque que l'idée générale selon laquelle des professionnels sont de potentielles parties faibles au point de vue informationnel, peine véritablement à percer en doctrine⁶¹⁹, même dans les plus magistrales études⁶²⁰.

111. – Plan. Cette exclusion du champ consumériste semble donc d'abord extrêmement injustifiée, dans la mesure où les arguments censés la justifier intellectuellement sont aisément réfutables, et tant il

⁶¹² Ce dont s'indigne une doctrine autorisée avec raison (V. not. G. Paisant, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », JCP G 2013, 589, spéc. p. 1033 : « *Enfin, quitte à nous répéter, comment ne pas remarquer l'aspect pour le moins intrigant de cette définition finaliste qui ne fait pas expressément référence à la situation de faiblesse ou d'infériorité du consommateur dans sa relation avec le professionnel (...)* ») ; Adde la vision crit. de la définition avant même sa promulgation de G. Raymond, « Définir le consommateur », CCC 2013, n° 9

⁶¹³ Dont l'analyse va suivre.

⁶¹⁴ V. not. X. Henry, art. préc., spéc. p. 2564, n° 41 (et not. : « *Cette évolution ne peut qu'entraîner mécaniquement un regain de réflexion sur les techniques de droit commun permettant de contrôler les stipulations abusives imposées à certains professionnels. Au vu des clauses contenues dans certains contrats, ce contrôle n'est pas superflu, mais il ne peut prendre l'ampleur de celui dont bénéficient les consommateurs. Autant prendre acte de cette dissociation désormais irréversible et de l'impérieuse nécessité de doter, dans une perspective européenne, le droit français de mécanismes intégrés au droit commun permettant de réguler les déséquilibres contractuels les plus graves* »). C'est ce que nous ferons en érigeant un tel système protecteur à l'endroit de la partie faible dans le Code civil : V. *infra* nos 1036 et s.

⁶¹⁵ Comme le souligne D. Mazeaud, en lien avec ce qui a été dit de l'attraction du droit de la consommation plus haut (V. *supra* n° 26), « *On nous concédera, en effet, qu'il est curieux d'annexer au droit de la consommation des règles du droit commun parce qu'elles ont vocation à assurer la protection des consommateurs et de refluer du domaine du droit de la consommation des contractants dont le besoin de protection est avéré* » (« L'attraction du droit de la consommation », préc., spéc. p. 98, n° 7 (nbp n° 10)).

⁶¹⁶ Dénoncé par D. Mazeaud (« Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 710, n° 17).

⁶¹⁷ V. déjà, avec amertume, D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, p. 33 et s.

⁶¹⁸ V. not. P. Cramier, « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (1^{re} partie) », LPA 12 juin 2000, p. 4 et s.

⁶¹⁹ Heureusement des études ont été menées pour mettre en lumière l'impérieuse nécessité de protéger correctement certains professionnels (V. not. *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998). D'ailleurs, les petits professionnels (professionnels-consommateurs) semblent au centre de ces réflexions. J. Ghestin précise, en effet, dès le rapport introductif, que le professionnel phare visé par l'étude est « *celui qui pourrait avoir besoin de protection contre les clauses abusives et non celui qui insère de telles clauses dans les contrats* » (ibid., p. 4).

⁶²⁰ La plupart des manuels s'en tient à énoncer que le professionnel est a priori supérieur puisqu'exerçant une activité. Au-delà, de vastes traités, comme celui (spécifiquement attaché à la formation du contrat) de J. Ghestin, dégagent des développements explicitement consacrés à « *l'inégalité entre professionnels* », ce qui est salutaire (J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, nos 65 et s., p. 45 et s.). Mais l'on voit immédiatement qu'elle n'est tournée qu'autour de deux axes : salariés et professionnels d'une part, producteurs et distributeurs, d'autre part. Aucune considération n'est consacrée à la faiblesse, au plan général, qui peut affecter les professionnels.

semble vrai que « le professionnel en une autre technique que celle de son vendeur n'est pas mieux armé que le non-professionnel (...) »⁶²¹, et « qu'en pareil cas la présomption de mauvaise foi dont on charge le professionnel perd toute vraisemblance et toute justice »⁶²² (a). L'on semble, en outre, parvenir à la même conclusion d'injustice lorsque l'on constate que la notion de non-professionnel aurait paradoxalement pu servir à accueillir ces contractants. L'on s'aperçoit pourtant que celle-ci, pas davantage que la notion de consommateur, n'est adéquate pour permettre leur protection (b). L'exclusion des professionnels-consommateurs du champ consumériste, si elle est choquante⁶²³, est néanmoins justifiée : ils sont bien davantage des professionnels-parties faibles que des professionnels-consommateurs. La logique de marché que poursuit le droit de la consommation explique et justifie donc leur exclusion de cette matière (c). Leur besoin de protection ne justifie pas leur rattachement artificiel à un droit qui ne les concerne pas. Par où la nécessité de créer une protection de la partie faible en droit commun se comprend aisément.

a – Les arguments excluant le professionnel sont contestables

112. – Les professionnels n'auraient pas besoin de protection, car disposeraient tous de la faculté de fournir un consentement éclairé (renvoi). « L'esprit d'entreprise ne rime pas nécessairement que l'on sache avec la compétence juridique ! »⁶²⁴. Un professionnel n'est pas toujours un « technicien »⁶²⁵, selon le contrat passé. La logique du droit de la consommation est de considérer tous les consommateurs comme des faibles, et tous les professionnels comme des forts⁶²⁶. L'insécurité qui vient d'être examinée résulte directement de cette idéologie « caricaturale »⁶²⁷, que certains juges combattent encore parfois. D'aucuns, au contraire, la relaient volontiers⁶²⁸. Or, nous espérons démontrer qu'il n'existe aucune différence de nature au sein de la faiblesse informationnelle, quel qu'en soit le sujet

⁶²¹ R. Martin, « Le consommateur abusif », D. 1987, p. 151, n° 6 ; Adde J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 18 (et not. : « Il n'était pas très juste que le spécialiste des contrats, le haut fonctionnaire, le juge soit protégé contre les clauses abusives ou le démarchage à domicile tandis que le petit commerçant ou l'artisan ne l'est pas dès lors qu'il est démarché pour les besoins de son commerce »).

⁶²² M. Bandrac, « Cautionnement. La réticence dolosive à l'égard de la caution suppose l'intention de la tromper afin de déterminer son consentement », RTD civ. 1996, p. 430

⁶²³ Citons encore quelques formules vigoureuses pour le dénoncer (V. not. J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 18, qui parle de « cloisonnement artificiel » et de « discrimination discutable ») ; G. Berlioz, « Droit de la consommation et droit des contrats », JCP G 1979, II, 2954, n° 9 (et not. : « il est fallacieux de dire que celui qui achète pour un usage professionnel est plus initié, moins profane que celui qui achète pour un usage personnel, si l'achat n'est pas fait dans son domaine de spécialisation (...) »).

⁶²⁴ D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 103, n° 15

⁶²⁵ Th. Ivainer dégage en effet cette notion, qui recoupe les conditions de caractérisation du professionnel, mais qui les dépasse aussi, en distinguant selon le « niveau du savoir » notamment (« De l'ordre technique à l'ordre public technologique », JCP G 1972, 2495, spéc. nos 19 et s.).

⁶²⁶ En ce sens que « le professionnel sait, ou est censé savoir, de sorte que son engagement ne mérite pas une information renforcée lors de la phase précontractuelle » (J. Mestre, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249). Même : « les textes contemporains paraissent au contraire fondés sur la présomption que le contractant non professionnel n'est que faiblesse, imbecillitas » (G. Rouhette, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Études offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 256, n° 10).

⁶²⁷ J. Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2001 (critique de l'exclusion de fait des professionnels : *ibid.*, nos 187 et s., p. 144 et s. ; formule précise : *ibid.*, n° 192, p. 148 : « Cette insécurité ne fait que refléter l'incompatibilité flagrante d'une structuration du droit de la consommation sur l'opposition binaire et caricaturale entre les consommateurs naturellement incompétents et les professionnels naturellement compétents »).

⁶²⁸ V. par ex. P. d'Hautefœuille (intervention table ronde), in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, p. 146 et s. (le professionnel est assimilé au modèle du vendeur formé et compétent, économiquement puissant, structuré ; contrairement au consommateur ignorant, isolé, ignorant).

frappé. Les espèces précitées⁶²⁹ ont démontré, si besoin était⁶³⁰, que les professionnels sont nombreux à se situer dans une situation d'infériorité informationnelle identique à celle que l'on présume chez les consommateurs⁶³¹. L'artifice découlant de l'abstraction qui imprègne la matière fait l'économie, *in fine*, de distinguer entre les professionnels, alors que la présomption de compétence dont ils sont affublés⁶³² doit raisonnablement être réfutée si l'ignorance concrète est détectée⁶³³. Soulignons-le : « *La notion de partie faible n'est pas propre aux relations entre professionnels et non-professionnels entendus au sens large, c'est-à-dire qui n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle. Nombre de relations professionnelles se caractérisent par une inégalité entre les parties. De plus, en pratique, la partie faible n'est pas toujours celle qu'on qualifie de telle par principe. Il peut arriver que le professionnel soit moins expérimenté que son contractant n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle* »⁶³⁴. Les professionnels sont très divers, et il existe donc naturellement dans cette diversité de nombreux contractants potentiellement faibles⁶³⁵. La liste est même longue, puisque les professionnels-consommateurs, petits commerçants, ne sont pas les seuls potentiellement concernés. Si le contentieux les concerne effectivement, il faut aussi songer aux auto-entrepreneurs dont le statut est récent et attractif⁶³⁶, ou encore aux EURL ou aux SASU⁶³⁷.

⁶²⁹ V. *infra* nos 61 et s.

⁶³⁰ V. déjà D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, p. 34, n° 3 (soulignant l'évidence des disparités existant, aussi, entre professionnels).

⁶³¹ Ainsi, au fait que « *Leur qualité leur impose en effet de prendre l'initiative de se renseigner sans attendre de recevoir de leur partenaire des informations obtenues* », doit nécessairement s'ajouter qu' « *Il reste que cette solution ne peut et ne doit pas être généralisée ou affirmée sans nuances suffisantes* » (G. Virassamy, « Les relations entre professionnels en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 487, nos 21-22).

⁶³² « *Pourquoi le professionnel est-il lourdement chargé d'une obligation d'information ou de conseil ? A raison de sa compétence, de sa compétence technique, au sens large ; il est un connaisseur face à un ignorant* », relevait Ph. Le Tourneau avant de critiquer cette vision absolutiste, « *caricaturale* », de nos jours (« De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, p. 101 et s. (p. 101 pour les formules)). V. sur le professionnel et le lien connaissance/compétence, *infra* nos 284 et s.

⁶³³ Et la démarche n'est plus que consumériste. Il semble qu'elle contamine parfois le droit commun (V. not. *infra* nos 304 et s.), ainsi que certains domaines particuliers. Pensons notamment à l'exemple des clauses compromissaires. L'art. 2061 C. civ. précise que « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». C'est donc également la voie de l'abstraction qui préside, étant entendu que la condition tenant à l'activité professionnelle est bilatérale, c'est-à-dire devant être constatée chez les deux parties (V. not. Cass. 1^{re} civ., 29 févr. 2012 (11-12.782) : Bull. civ. I, n° 40 ; D. 2012, p. 689, obs. X. Delpech ; *ibid.*, p. 1312, note A.-C. Rouaud ; LPA 6 juillet 2012, p. 7, note A.-S. Courdier-Cuisinier ; JCP G 2012, 405, note F. Monéger). Les regrets liés à l'abstraction se constatent donc tout autant ici. Dans cette affaire, par ex., le moyen soulignait bien que des commerçants à la retraite ont une expérience qui empêchent normalement de voir en eux des parties faibles, dont la protection est l'essence de l'article 2061 du Code civil (V. not. sur ce point Ch. Séragliani, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », Gaz. Pal. 15 déc. 2007, p. 5 et s. ; M.-C. Rivier, « La réforme de la clause compromissoire », LPA 2 oct. 2003, p. 26 et s.). Mais la solution « *revient alors en définitive à poser la présomption irréfragable qu'un contractant agissant dans l'exercice de sa profession n'est pas une partie faible* » (A.-S. Courdier-Cuisinier, note préc.).

⁶³⁴ A.-S. Courdier-Cuisinier, note préc. (et de poursuivre, pour l'espèce, particulièrement justement que « *Quoi qu'il en soit, en l'espèce, il est certain que le couple de vendeur, bien qu'à la retraite, était expérimenté, l'objet des contrats étant lié à son ancienne activité professionnelle. On peut même se demander s'il ne l'était pas plus que leur cocontractante, agissant pourtant, elle, dans le cadre de son activité professionnelle. Celui qui acquiert un fonds de commerce débute nécessairement une activité, voire une première activité ; il n'a dès lors pas l'expérience de celui qui le lui cède* ») ; V. déjà G. J. Virassamy (*Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986), qui souligne cette idée tout au long de sa thèse, d'ailleurs extrêmement tôt, dès l'introduction (spéc. n° 2, p. 9 : « *les rapports entre professionnels ont été (et restent encore dans une large mesure) longtemps ignorés comme si cette qualité était un gage d'indépendance, d'égalité... et devait se conjuguer avec le mot liberté* »).

⁶³⁵ Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, p. 705, nos 17-18 (spéc. n° 18 : « *il y a d'humbles consommateurs ; il y a aussi des « petits commerçants » (exploitants individuels, petites sociétés). Leur nombre n'est pas négligeable dans le « commerce » de détail, surtout si on y inclut l'artisanat et les professions libérales* ») ; Rappr. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (réed. 1992), n° 260, p. 203 (« *Mais le professionnel n'est pas tenu de connaître toutes les informations et il peut donc parfaitement être créancier d'une obligation d'information. En tout état de cause, pour rejeter l'action, les juges ne peuvent se borner à constater la qualification professionnelle du demandeur : ils doivent montrer que, de par cette qualification, le professionnel connaissait ou devait connaître l'information* »).

⁶³⁶ Et concerne par hypothèse tout type de personne, y compris (et surtout) de petits entrepreneurs non-expérimentés. V. pourtant sur sa situation parmi les autres professionnels, sans distinction, N. Sauphanor-Brouillaud, Rép. com. Dalloz,

113. – Même ! Parfois, le lien avec l'activité professionnelle dépasse la circonstance même que le contractant est un professionnel. L'on dépasse parfois même l'abstraction précédente. En effet, les juges ont pu refuser d'accorder la protection à des contractants pour des contrats qui n'avaient pour but que de préparer le lancement d'une activité professionnelle. La Haute Cour a notamment validé ce raisonnement dans une affaire où non seulement un tel contractant n'avait pas encore débuté cette activité (et n'était donc pas un professionnel), mais avait en plus, finalement, renoncé à ce projet⁶³⁸ ! Par où l'on voit que le lien avec l'activité professionnelle est extrême et tourne à l'obsession : « *Autrement dit, l'inexistence passée et future de toute activité professionnelle d'un contractant n'a pas constitué un obstacle à la reconnaissance d'un rapport direct entre l'objet de son contrat et de son... activité professionnelle ! Anticipation et fiction sont donc les deux mamelles d'une décision qui fleure bon l'abstraction et le dogmatisme* »⁶³⁹. Le refus systématique de protection du professionnel n'apparaît donc pas même fondé sur la puissance qu'il est présumé retirer de l'activité exercée...

114. – L'élargissement favoriserait l'insécurité juridique (renvoi). Pour une doctrine autorisée, la conception stricte du consommateur est préférable, car son élargissement rendrait « *imprécises les frontières du droit de la consommation* »⁶⁴⁰. Cet argument de l'insécurité juridique prédomine⁶⁴¹. A notre sens, le manque de précision vient actuellement non pas de l'extension de la protection à d'autres contractants que le consommateur, mais d'un traitement médiocre du problème de la définition, par la jurisprudence, des sujets du droit de la consommation, par l'invention de critères flous qui, quant à eux, mettent en danger la sécurité juridique. La jurisprudence, livrée à elle-même, est souvent à la fois l'organe d'interprétation du critère et la propre source de celui-ci. Tout dépend donc, pour ce qui est de notre proposition, de la manière dont on se proposera de donner vie à la partie faible dans le Code civil. Sans entrer dans le débat plus global que l'argument de l'insécurité implique⁶⁴², soulignons tout de même brièvement qu'il semble être invoqué de manière inconstante, de telle sorte à penser que l'idéologie poursuivie est curieuse. Trouve-t-on ainsi désormais de si virulentes critiques à l'égard de la solution jurisprudentielle qui vise à découvrir, depuis 1991⁶⁴³, des clauses abusives en l'absence de décret⁶⁴⁴ ? Ou à l'égard de celles qui attribuent, de manière parfois assez divinatoire, la protection

« Clauses abusives », juin 2014 (m.a.j. 2015), spéc. n° 12

⁶³⁷ Mais la question appartient ici davantage aux développements consacrés aux personnes morales : V. *infra* nos 162 et s.

⁶³⁸ Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2001 (99-12.512) : Bull. civ. I, n° 209 ; D. 2001, p. 2828, obs. C. Rondey ; *ibid.*, p. 932, obs. O. Tournafond ; JCP G 2002, I, 148, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2001, p. 873, obs. J. Mestre et B. Fages

⁶³⁹ D. Mazeaud, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 709, n° 15

⁶⁴⁰ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 13, p. 13. V. dans le même sens A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », JCP G 1994, I, 3804, spéc. n° 15 ; V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000, spéc. n° 217, p. 219 (et not. : « *Retenir une définition étroite du consommateur est une garantie de sécurité juridique. En effet, étendre le champ d'application du droit spécial de la consommation risquerait de perturber la théorie générale tant les règles consuméristes dérogent au droit commun des contrats* »).

⁶⁴¹ V. sur ce point, sous un jour critique : D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 103 et s., nos 15 et s. ; et du même auteur « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, spéc. p. 709-710, nos 16-17

⁶⁴² Cette critique dépassant en effet le seul cadre des professionnels-consommateurs, son étude sera ultérieure (V. *infra* nos 610 et s.).

⁶⁴³ Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991 (89-20.999) : Bull. civ. I, n° 153 ; D. 1991, p. 449, note J. Ghestin ; D. 1991, p. 320, obs. J.-L. Aubert ; JCP G 1991, II, 21763, note G. Paisant ; RTD civ. 1991, p. 526, obs. J. Mestre

⁶⁴⁴ Et alors même qu'il est indéniable que cette solution implique, tout autant que l'extension de la protection consumériste à certains professionnels, une part d'insécurité juridique, tant les contours de cet arsenal conquis sont flous (D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 23 et s., spéc. p. 27 (« *En définitive, il apparaît que face aux clauses abusives, le juge dispose de pouvoirs dont l'incertitude de la portée n'a d'égale que l'importance du domaine* »).

consomériste en cas de contrats mixtes⁶⁴⁵ ? Ou encore, au contraire, sur celles qui ferment *de facto* la porte de la notion de non-professionnel aux personnes morales, alors même que cette création leur était initialement partiellement destinée⁶⁴⁶ ?

115. – Plus on élargirait le champ de la protection, moins elle serait efficace (renvoi).

L'argument a pu être avancé qu'un élargissement trop grand du champ d'application *ratione personae* de la protection consomériste lui retirait corrélativement de son efficacité. Nous contesterons ceci fermement : ce prétendu lien ne nous semble guère irréfutable⁶⁴⁷.

116. – Le professionnel porterait un plus grand intérêt à ses affaires.

Le professionnel, même placé dans une certaine ignorance, ne démontrerait pas de la même vulnérabilité qu'un consommateur. Il semblerait ainsi, pour d'aucuns, « *que, de façon générale, celui qui agit pour les besoins de sa profession porte à ses actes une attention plus grande que celui qui agit dans un but privé* »⁶⁴⁸. L'argument est prolongé par d'autres considérations, comme celle selon laquelle « *le consommateur contracte le plus souvent pour satisfaire des besoins secondaires* »⁶⁴⁹. L'on adhère mal à ces prescriptions, car il s'agit là d'une généralisation infondée. Les professionnels passent également un nombre immense de contrats secondaires, et les exemples précités sont légions : extincteur, lecteur de carte bancaire, distributeur d'eau... Au surplus, l'on comprend mal en quoi un contractant attacherait plus d'importance à des dépenses faites avec les deniers professionnels, qu'à celles faites au moyen de deniers propres.

117. – Le professionnel serait particulièrement sensibilisé à l'art de la négociation contractuelle.

Le consommateur ne serait pas, contrairement au professionnel, sensibilisé à l'art de la négociation contractuelle⁶⁵⁰. Cet argument doit être triplement réfuté.

D'ailleurs, la voie décrétales avait été préférée précisément en raison de ces craintes (V. not. J. Mestre, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasser éd., 1999, spéc. p. 679). Bref, curieusement, tout ceci n'est guère critiqué au nom de la sécurité juridique. Y aurait-il phobie sélective ? Ou bien la légitimité importante de la solution suffirait-elle à couvrir le risque d'insécurité juridique ? Or, si le jeu en vaut la chandelle, alors renvoyons aux raisons de considérer l'élaboration d'une protection de la partie faible en droit commun comme légitime, utile et possible (titre premier de la seconde partie de notre étude), V. *infra* n^{os} 494 et s.

⁶⁴⁵ Dès lors que l'insécurité juridique générée est également considérable. V. sur ce point *infra* n^{os} 265 et s.

⁶⁴⁶ Dès lors que l'insécurité juridique générée est également tout autant considérable. V. sur ce point *infra* n^{os} 145 et s.

⁶⁴⁷ V. *infra* n^{os} 633 et s.

⁶⁴⁸ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n^o 13, p. 13 ; *Adde* dans le même sens, au-delà même du giron consomériste : « *A l'image de ce que l'on admet en droit de la consommation* », dès lors que le contractant « *agit pour les besoins de son activité professionnelle il est censé faire preuve d'une plus grande vigilance, qui justifie que la loi lui accorde une protection moindre au regard de celle qu'il accorde à l'acquéreur qui agit hors de toute sphère professionnelle* » (F. Cohet-Cordey, « Les dispositions de l'article L. 271-1 du CCH ne concernent pas la vente d'un immeuble à usage mixte », AJDI 2008, p. 964).

⁶⁴⁹ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », préc., spéc. p. 263, n^o 13

⁶⁵⁰ V. not. J. Mestre, « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », préc., p. 249 (et not. : « *Par ailleurs, le professionnel peut, ou est censé pouvoir, se défendre, de sorte que son consentement n'a pas à être particulièrement protégé contre des stipulations que son partenaire aurait fait insérer dans l'accord et qui pourraient paraître à certains égards abusives* ») ; V. aussi A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », loc. cit. (et not. « *Le professionnel qui agit en dehors de sa compétence n'est sans doute pas aussi désarmé que le simple consommateur. Son aptitude à la négociation contractuelle est plus grande et le besoin de protection est moins aigu* »). V. aussi J.-L. Aubert, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 (85-13.674), D. 1987, p. 455 ; S. Vialle, *La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. II, th. Grenoble, 1990, spéc. p. 347 ; V. Lasbordes, op. cit., spéc. n^{os} 214 et s., p. 216 et s. (le lien est d'ailleurs établi avec l'incompétence, le paragraphe abritant ces développements s'intitulant « *L'inaptitude à la négociation pour cause d'incompétence* »).

118. – Critique. Vision simpliste du professionnel. D’abord, elle traduit une vision simpliste⁶⁵¹ du professionnel⁶⁵², écho de l’abstraction consumériste. La diversité des professionnels est aujourd’hui telle que l’on ne peut à l’évidence confondre de la sorte tous les professionnels, et conclure que « *Qui dit professionnel, dit fort* »⁶⁵³. Une multinationale et un boulanger ont-ils quoi que ce soit de commun dans les faits ? Un négociant habitué aux fusions-acquisitions serait-il sur un pied d’égalité avec un artisan, en ce qui concerne l’aptitude à la négociation ? Les professionnels sont ainsi « *figés en une population dont il faut se méfier, stigmatisés comme étant sans scrupule* »⁶⁵⁴, tandis que le constat de leur diversité est pourtant évident. Il en existe « *des puissants et des humbles, des sachants et des ignorants, des indépendants et des dépendants* »⁶⁵⁵. Néanmoins, à l’instar des commerçants⁶⁵⁶, ils sont traités uniformément. En outre, le scepticisme se confirme lorsque l’on constate, à l’aune des arrêts précités, que les demandeurs professionnels-consommateurs sont le plus souvent (quasi exclusivement) proches de cet artisan profane. Considérer comme un professionnel un contractant qui n’en démontre pas les caractéristiques essentielles revient à le stigmatiser injustement⁶⁵⁷.

119. – Critique. Quelle importance lorsqu’il y a contrat d’adhésion ? Ensuite, il s’agit bien souvent de contrats d’adhésion, dans lesquels on sait à quel degré de fiction est réduite la faculté de négociation contractuelle. Les professionnels-consommateurs sont ainsi soumis aux mêmes genres de contraintes que n’importe quel profane face à de tels contrats. Ceci réduit donc d’autant la portée de l’argument selon lequel tous les professionnels seraient aptes à la négociation.

120. – Critique. Même à l’admettre, la négociation n’empêche pas la faiblesse informationnelle. Enfin, l’argument n’est guère décisif, en tant que tel. Un brillant négociateur serait-il pour autant à égalité avec son cocontractant, du seul fait de cet aptitude ? Rien n’est moins sûr. En effet, si le professionnel manque de connaissances, sur quoi peut précisément porter la négociation ? En quoi peut-elle alors l’affranchir de sa condition de vulnérabilité ? L’argument ne tient pas : la faiblesse informationnelle ne connaît pas de différences de nature entre celui qui sait négocier ou pas. Du coiffeur qui acquiert un distributeur d’eau, au consommateur qui le ferait, il n’y a qu’une différence : le premier la destine à d’autres que lui, ce qui n’a pas le moindre rapport avec son état d’ignorance au moment de

⁶⁵¹ V. not. la captivante étude de Ph. Le Tourneau, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, p. 21 et s. (et not., débutant son propos par l’accroche suivante, non sans ironie (puisqu’elle conclut ainsi : « *S’il faut redire notre ritournelle, au risque de lasser, oui, les professionnels ont un cœur !* ») : « *Quelle question saugrenue ! La réponse négative ne s’impose-t-elle pas avec l’apparence de la vérité ? Ou si elle est positive, c’est qu’un malentendu règne sur sa signification* » ; et de mentionner de manière évocatrice un certain nombre de qualificatifs (ibid., p. 23-25) dont ne seraient pas, n’en déplaisent à leurs détracteurs, si parfaitement dépourvus les professionnels, comme la courtoisie, la patience, l’honneur, la politesse...).

⁶⁵² Sur la notion, V. *infra* nos 284 et s.

⁶⁵³ D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, p. 33, n° 1

⁶⁵⁴ C. Manara, « L’abus par le consommateur de son droit », LPA 18 mai 1998, p. 4 ; V. aussi J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 149 (et not., à l’égard du droit de la consommation, que « *Le postulat va encore plus loin puisqu’il faut présumer les professionnels égaux entre eux* »).

⁶⁵⁵ J. Mestre, art. préc., p. 252 ; *Adde* en ce sens M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, spéc. p. 620-621, n° 8

⁶⁵⁶ V. not. sur ce constat G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 1, LGDJ, 18^{ème} éd., 2001, n° 99, p. 93 ; il y a une « *égalité juridique des commerçants* », comme des professionnels, malgré leurs profondes disparités (ibid., n° 205, p. 167).

⁶⁵⁷ V. not. J.-P. Chazal, th. préc., n° 556 (et not. « *L’intérêt de la distinction est immédiatement perceptible : il s’agit de prendre en compte le déséquilibre de puissance informationnelle entre le professionnel, compétent et qualifié dans sa sphère d’activité, et le profane, contractant sur un terrain dont il ignore les caractéristiques et les spécificités essentielles* »).

conclure⁶⁵⁸.

121. – L'incidence de la faiblesse informationnelle serait moins grave pour le professionnel.

Critique. Il semble qu'il faille souligner l'artifice d'une autre distinction : la prétendue différence de gravité des conséquences de la faiblesse pour le professionnel. Sans tomber dans le simplisme à notre tour, il semble manifeste que les conséquences d'un contrat pour un consommateur sont au contraire, au moins de manière globale, de moindre importance que pour un professionnel. En effet, « *la survie d'une entreprise est parfois conditionnée à la conclusion ou au maintien d'un contrat de situation* »⁶⁵⁹. Or, si l'on fait notamment exception des crédits ou des sûretés, un consommateur victime d'un défaut de livraison d'électricité, du dysfonctionnement d'un appareil acquis, ou d'une mauvaise exécution de la prestation de service d'une société, sera bien moins lésé qu'un professionnel qui, dans la plupart de ces hypothèses, subirait potentiellement de graves pertes économiques. L'on songe par exemple à une boucherie sans électricité ou encore un salon de coiffure dont le matériel acquis et installé ne fonctionnerait pas. A l'extrême, selon l'importance du contrat souscrit, c'est en effet la survie de l'activité qui peut être en question.

122. – Ouverture préliminaire : des pistes existent pour distinguer entre les professionnels. Les critiques qui précèdent emportent encore moins la conviction, si l'on s'interroge sur l'existence de pistes judicieuses pour surpasser l'abstraction qui caractérise le professionnel. En effet, celles-ci existent : il y a donc d'autant moins lieu de défendre une position radicale que des solutions tout à la fois claires et praticables se profilent pour s'en émanciper. Nous en citerons deux, qui constitueront une forme d'ouverture préliminaire à l'étude des critiques précitées.

123. – Hypothèse du recours à la distinction entre les contrats de « situation » et « d'occasion » (analyse de M. Cabrillac). De manière étroitement liée avec les propos qui viennent d'être énoncés, il faut dire que le contentieux concernant les professionnels-consommateurs couvre intégralement, ou presque, des contrats purement accessoires à l'exercice de leur profession. Et ceux-ci échappent, par là même, tout aussi souvent au champ de la compétence qu'ils puisent dans leur activité professionnelle⁶⁶⁰. La distinction dégagée par M. Cabrillac entre les contrats de situation et d'occasion⁶⁶¹ ne pourrait-elle

⁶⁵⁸ V. sur le phénomène inverse des consommateurs-abusifs, *infra* nos 258 et s.

⁶⁵⁹ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », préc., spéc. p. 263, n° 13 ; Adde J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 18 (et not. : « *A tout prendre, s'il fallait choisir, il serait même peut-être préférable qu'il [le professionnel] fut assisté dans le domaine professionnel plus grave de conséquences plutôt que dans celui de sa vie privée* »).

⁶⁶⁰ V. sur ce point *infra* nos 284

⁶⁶¹ M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, spéc. p. 238, n° 8 (« *Contrats de situation en ce sens que, par leur objet, ils sont déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité (...). Les contrats d'occasion, qui correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence de l'entreprise (...)* »). Ceci est, à vrai dire, proche d'un autre courant, basé sur l'analyse des contrats dits « relationnels » (V. not. sur ce thème C. Boismain, *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2005 : l'idée est celle-ci. D'inspiration américaine, la notion de contrat *relationnel* impliquerait une relation personnelle, générant un lien entre les parties. Au contraire, les contrats *impersonnels* (*discrets*, dans la théorie américaine) correspondraient aux contrats ponctuels, similaires aux contrats d'occasion que nous venons de mentionner. Différemment de la théorie américaine fondatrice, l'auteur propose de substituer aux multiples critères, un critère unique pour caractériser un contrat relationnel : la difficulté à trouver, pour au moins l'un des contractants, un partenaire équivalent. Le régime s'en suivrait, destiné, globalement, à stimuler la pérennité d'une telle relation contractuelle). Ces distinctions sont presque sociologiques, contrairement à d'autres, qui identifient la finalité du contrat (V. not. F. Chénéde, *Les commutations en*

pas, dès lors, trouver une application intéressante ici ? La situation de ces professionnels-consommateurs, en tout cas, y fait nettement écho : *de facto* se trouvent-ils en effet évincés de toute protection, en ce qui concerne ces contrats d'occasion, accessoires et non indispensables à l'activité professionnelle. L'on pourrait pourtant considérer que, pour ce genre de contrats, leur compétence professionnelle ne leur est plus d'aucune aide puisque, ponctuels et annexes à leur activité, ils en ignorent potentiellement tout autant les subtilités que n'importe quel autre contractant.

124. – Hypothèse du recours à la distinction entre les actes « à finalité professionnelle » et « acte de la profession » (analyse de J.-L. Aubert). La distinction ici ne fut pas véritablement une proposition aussi nette que la précédente. Au vrai la distingue-t-on au détour d'une critique, du moins de l'émission de doutes, quand à la solution du 28 avril 1987, qui acceptait d'accorder la protection consumériste à un professionnel dans la mesure où celui-ci était tout aussi incompetent en cette matière (contrat d'installation d'un système d'alarme) que n'importe quel autre consommateur. Reproduisons certains des propos adéquats : « *Malgré la prudence – selon notre interprétation – de l'extension ainsi admise par la Haute juridiction, il est permis de se demander si la solution (...) n'est pas de nature à donner à la protection (...) un champ d'application excessif (...). S'il suffit que le juge constate, souverainement, qu'un professionnel a contracté « dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur » pour que la loi devienne applicable aux actes à finalité professionnelle conclus par celui-ci pourvu qu'ils soient étrangers à sa technique propre, il est à craindre que, de proche en proche, tout ce qui n'est pas rigoureusement acte de la profession pénètre dans le champ d'application de la loi de 1978* »⁶⁶². Outre ces craintes⁶⁶³, nous retiendrons l'idée : d'un côté, les actes de la profession constituent tout ce que fait le professionnel ; de l'autre, les actes à finalité professionnelle sont moins nombreux, concernant bien la profession, mais d'une manière plus indirecte, en ce sens qu'ils ne sont pas le reflet précis de l'activité exercée⁶⁶⁴. Alors pourrait-on recourir à une telle distinction pour accorder ou non la protection aux professionnels-consommateurs : les premiers l'évinceraient, tandis que les seconds, contrats accessoires dont on a vu l'importance en jurisprudence⁶⁶⁵, seraient susceptibles de l'impliquer.

droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations, préf. A. Ghozi, Economica, 2008), et nuancent, plus que ne contestent, à notre sens, l'idée d'inébranlable antagonisme dans le processus contractuel (V. sur ce point *infra* n° 771). En effet, même lorsque l'on coopère dans un contrat de situation (ou relationnel), ce n'est jamais là qu'un moyen pour parvenir à une fin (son propre intérêt), nullement une fin en soi (la coopération). Il n'y a donc qu'une divergence de degré entre la puissance de l'antagonisme dans le contrat d'occasion et de situation (ou relationnel), pas de nature. L'antagonisme dans le contrat représente bien la source du phénomène contractuel : la motivation du contrat est toujours, au point de vue objectif, celle de créer des effets juridiques, et au point de vue subjectif, de poursuivre son propre intérêt. Des préceptes élémentaires de psychophilosophie impliquent en effet tout naturellement que l'on n'agisse jamais sans dessein, sous peine d'avoir perdu la raison, qui fonde notre humanité. Il est donc bien plus sain que maladif d'agir inexorablement dans un tel but déterminé.

⁶⁶² J.-L. Aubert, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 (85-13.674), D. 1987, p. 455

⁶⁶³ Nous renvoyons à nos développements sur l'appréciation *in concreto* (V. *infra* n°s 587 et s.), et sur la phobie des juges (V. *infra* n°s 610 et s.) pour se convaincre de leur caractère non décisif.

⁶⁶⁴ J.-L. Aubert reprendra en la précisant cette idée dans ses obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 mai 1988 (85-18.466), D. 1988, p. 407 (rappelons la solution : « *Le seul fait que l'achat d'un « photocopieur » par un ecclésiastique a été fait pour les besoins de la paroisse est insuffisant pour considérer qu'il a été conclu « pour les besoins d'une activité professionnelle »* » au sens de la loi sur le démarchage de 1972. J.-L. Aubert affirme ainsi not. cela : « *seuls échapperaient à cette protection les actes de la profession, c'est-à-dire ceux qui caractérisent – qui constituent – l'activité professionnelle considérée ; au contraire, les actes simplement relatifs à l'activité professionnelle, c'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas des actes de l'activité professionnelle elle-même, mais seulement des actes destinés à permettre ou favoriser celle-ci, demeureraient soumis au régime de la protection des consommateurs* »).

⁶⁶⁵ V. *supra* n°s 61 et s.

125. – Ouverture décisive : pourquoi chercher un consommateur-professionnel-faible lorsqu'on peut dégager un concept de partie faible ? Des propos de M. Genicon ont retenu notre attention, et concluront d'une certaine manière ces développements : « *Parce que si l'on arrive assez bien à définir le consommateur aujourd'hui (personne physique agissant pour ses besoins domestiques), je ne crois pas qu'on puisse parvenir à trouver une définition technique équivalente pour les professionnels « faibles ». Ce qu'on arrive au mieux à identifier, ce n'est pas une personne mais une situation (un rapport de force déséquilibré)* »⁶⁶⁶. Ceci est intéressant, car l'on y détecte toute la prise de conscience que suscite la problématique de la partie faible aujourd'hui. Il faut s'extirper d'une logique personnaliste pour, enfin, dégager la source de la faiblesse, qui est une situation et non une appellation. Car il est tout aussi vrai qu' « *il est difficile d'admettre que, sous prétexte de promouvoir une valeur de justice, le juge se trouve investi du droit de dénaturer le champ d'application d'un droit spécial* »⁶⁶⁷. D'autant que, franchement, la notion de professionnel-consommateur apparaît comme un « *non-sens* »⁶⁶⁸. Rappelons ceci : « *Il existe une frontière entre une lacune véritable, qui consiste dans l'absence de norme, et une « fausse » lacune qui consiste dans l'existence d'une norme jugée insatisfaisante* »⁶⁶⁹. Raison pour laquelle la protection des professionnels-consommateurs par le droit de la consommation n'apparaîtra, au terme de l'analyse, qu'injustifiée en apparence⁶⁷⁰, mais justifiée en profondeur⁶⁷¹.

b – La notion de non-professionnel est inefficace

126. – Généralités. S'il est vrai que la protection des professionnels se heurte à une forme d'antinomie avec la notion de consommateur, elle peut être envisagée sous les auspices de la notion distincte de non-professionnel. Pas davantage, pour autant, ne pourra-t-on constater l'accueil des professionnels-consommateurs. L'exclusion des professionnels-consommateurs de la protection consumériste semble donc choquante à cet autre égard.

⁶⁶⁶ D. Mazeaud et Th. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », RDC 2012, p. 282

⁶⁶⁷ Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, n° 236, p. 258 ; Adde A. Cathelineau, « De la notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive... », CCC 1999, n° 13, spéc. p. 5 (et not. : « *la notion de consommateur ne saurait être utilisée à tous vents pour parvenir à un résultat, aussi légitime soit-il. La fin ne justifie pas forcément les moyens (...)* »).

⁶⁶⁸ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997, p. 261, n° 3

⁶⁶⁹ N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000, n° 395, p. 247

⁶⁷⁰ C'est un propos tout similaire qui est proposé par D. Bakouche dans sa thèse (à l'endroit, aussi, de cette apparente injustice concernant l'exclusion des professionnels-consommateurs) : « *Sans doute est-il légitime et conforme à la règle de justice de ne pas se désintéresser des professionnels placés dans la même situation d'infériorité que les consommateurs et victimes, eux aussi, de graves déséquilibres contractuels. Cependant, il semble que leur protection doit être autrement assurée que par le truchement du droit de la consommation, sauf à complètement dénaturer le champ d'application du droit spécial en l'appliquant, en fait, à n'importe quel type de rapport contractuel. (...) si l'on tient à protéger les professionnels (...), il faudrait consacrer en droit commun un système de sanction de ces clauses* » (*L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005, n° 199, p. 189). C'est ici que notre proposition diverge, puisque nous ne proposons pas, à cet effet, d'instaurer un mécanisme général sanctionnant l'excès en droit commun, mais l'instauration d'une notion de partie faible ainsi que de son régime protection, en droit commun. Adde, sur cette apparente injustice, qui nécessite la nuance qui précède : S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2^{ème} éd., 2014, n° 23, p. 19 (« *Mais le droit de la consommation n'a pas pour vocation de s'appliquer à toute partie faible ; il n'a pas une vocation universaliste. La protection doit être assurée par d'autres matières, notamment par le droit civil et le droit commercial* ») ; G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, spéc. p. 31-32, n° 30

⁶⁷¹ V. sur ce que le droit de la consommation est un droit du marché et, partant, exclusif d'une véritable protection du faible, *infra* nos 132 et s.

127. – La notion distincte de non-professionnel avait pour vocation de protéger les professionnels-consommateurs. Les prolégomènes sont connus, mais recèlent certains paradoxes que nous aurons donc l'occasion de mentionner dans ces propos liminaires. Cette curieuse notion a fait son entrée la plus remarquée en matière de clauses abusives⁶⁷². Elle existe aujourd'hui⁶⁷³ dans d'autres dispositions⁶⁷⁴. La question de son autonomie ou au contraire de sa synonymie à l'égard de la notion de consommateur s'est posée⁶⁷⁵. Il est vrai que l'adjonction des deux termes résulte à l'origine d'une inconciliable opposition entre l'Assemblée nationale et le Sénat lors de l'élaboration de la loi de 1978 sur les clauses abusives⁶⁷⁶. Et si la première défendait la notion de non-professionnel, c'était semble-t-il pour que le droit de la consommation s'applique plus largement⁶⁷⁷, notamment aux professionnels-consommateurs⁶⁷⁸. Le sens de l'expression n'était ainsi pas tranché, comme le compromis avait impliqué de retenir l'expression, mais que ses tenants avaient dû renoncer à la consécration explicite de toutes ses incidences. L'élaboration de la loi de 1995, à cet égard, est essentielle. Alors qu'un sénateur proposait justement d'en finir avec ce compromis et cette notion ambiguë, le ministre de l'économie rétorquait, en substance, qu'elle devait au contraire perdurer, car la protection de certains professionnels contractant hors de leur spécialité en dépendait⁶⁷⁹. Le rapport de M. Charié fait au nom de la commission de la production entérinait cette position⁶⁸⁰. Si bien qu'aujourd'hui, il ne semble plus

⁶⁷² Art. L. 132-1 al. 1^{er} C. consom. : « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (en matière de clauses abusives, cette notion existe depuis le début : art. 35 de la L. n°78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services). V. sur ces questions G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », art. préc., p. 17 et s.

⁶⁷³ V. not. sur l'avènement du non-professionnel A. Karimi, « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », JCP G 1996, I, 3918, spéc. nos 25 et s.

⁶⁷⁴ Art. L. 136-1 al. 1 et 4 C. consom., prévoyant not. que « Le professionnel prestataire de services informe le consommateur par écrit, par lettre nominative ou courrier électronique dédiés, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite. Cette information, délivrée dans des termes clairs et compréhensibles, mentionne, dans un encadré apparent, la date limite de résiliation » (...), et ensuite que « Les trois alinéas précédents ne sont pas applicables (...) aux consommateurs et aux non-professionnels » (en matière d'information et de reconduction tacite. Sur cette disposition, V. not. Ph. Stoffel-Munck, « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel. L. n° 2005-67, 28 janv. 2005 », JCP G 2005, I, 129 : la notion de non-professionnel est ici récente, découlant de l'art. 33 de la L. n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs). V. égal. l'art L. 121-85 C. consom. (contrats de services de communications électroniques); l'art. L. 133-1 et -2 C. consom. (interprétation et forme des contrats).

⁶⁷⁵ V. not. Ch. Giaume, « Le non-professionnel est-il un consommateur ? », LPA 23 juil. 1990, spéc. spéc. p. 25 (l'interrogation portait de la rédaction de la loi : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs (...) » : le « ou » désignait-il une synonymie ou bien une dualité de notions ?

⁶⁷⁶ V. sur ce point N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 114, p. 113

⁶⁷⁷ L'on relève ainsi que la notion aurait été introduite, dans la loi de 1978, « par suite d'intervention auprès de l'intergroupe parlementaire soulignant que les consommateurs n'étaient pas seuls en état d'infériorité dans les contrats » (G. Berlioz, « Droit de la consommation et droit des contrats », JCP G 1979, II, 2954, n° 10).

⁶⁷⁸ V. not. sur ce point Ch. Giaume, « Le non-professionnel est-il un consommateur ? », LPA 23 juil. 1990, spéc. p. 26-27

⁶⁷⁹ Travaux cités par N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 115, p. 114 (« Lors de la discussion sur la modification de l'article L. 132-1, une discussion s'est engagée au Sénat sur le sens à donner à l'expression « non-professionnel » figurant dans ce texte. L'un des sénateurs, M. Lambert, souhaitait supprimer cette expression « ambiguë », n'apportant rien à la notion de consommateur, au sens de la directive, d'autant plus que le « non-professionnel » était une catégorie inconnue du droit européen. C'est à cette occasion que M. Alphandéry, ministre de l'Économie, avait indiqué que « les contrats peuvent être conclus par des professionnels avec des consommateurs, mais aussi éventuellement, par un artisan ou une personne dont l'activité professionnelle n'est pas spécifiquement concernée par ledit contrat. Si nous ne visions pas les « non-professionnels », ces contrats pourraient apparaître comme exclus du champ d'application de la loi ». Il s'agissait donc, dans l'esprit du législateur d'étendre l'éradication des clauses abusives ainsi que les règles sur la rédaction et l'interprétation des clauses des contrats au professionnel, personne physique, qui n'est pas de même spécialité que l'autre partie »).

⁶⁸⁰ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives », JCP 1995, I, 3854, spéc. n° 4 à l'appui de travaux parlementaires soulignant cette vocation (Rapport de M. J.-P. Charié, fait au nom de la commission de la production, déposé le 7 décembre 1994 (doc. AN 1994-1995, n° 1755, p. 12)), qui résultait d'une prise en compte de la jurisprudence d'alors, tenue pour acquise, qui considérait, on l'a vu, comme protégeable un professionnel qui agissait en dehors de son domaine de compétence, en dehors de sa spécialité (V. sur ce point, *supra* n° 68).

guère contestable que la notion de non-professionnel est bien distincte de la notion de consommateur⁶⁸¹. Il n'est pas davantage douteux que la notion a été créée pour poursuivre le but d'une protection consumériste dépassant les seuls consommateurs⁶⁸². Saluons donc cette démarche : elle « *paraît traduire une orientation plus favorable à une réforme plus large du droit du contrat de préférence à l'instauration d'un droit spécial de protection des consommateurs (...)* »⁶⁸³. Ceci est conforme, particulièrement depuis la directive de 2011, aux prescriptions européennes⁶⁸⁴. Pour autant, l'adoption de cette terminologie dans la loi du 1^{er} février 1995 a croisé l'adoption, en jurisprudence, du critère du rapport direct. Autrement dit, la portée de la notion était d'emblée incertaine. Ceci explique sans doute implicitement, pour une bonne part, le rendement inexistant de la notion de non-professionnel en matière de protection des professionnels-consommateurs.

128. – Protection des professionnels-consommateurs par le prisme de la notion de non-professionnel : rendement nul. L'on aurait pu penser que la notion de non-professionnel allait jouer tout son rôle à l'égard des professionnels-consommateurs, devant le constat de l'insécurité qui régnait devant les juridictions du fond, et la tendance à l'hostilité envers ces contractants. Pas du tout. Le constat est même accablant : le rendement est nul. Pourtant, les juges ne manquent pas d'occasion pour utiliser la notion de non-professionnel. D'abord, pour la considération assez triviale qu'il est chaque fois souligné par les juges, surtout en matière de clauses abusives, que la protection s'applique *aux consommateurs et aux non-professionnels*. C'est à ce stade que les décisions sont frappantes : l'on en détecte aucune qui s'attarde sur la notion de non-professionnel. Celle-ci se trouve strictement confondue par les juges avec celle de consommateur. De ce fait, les professionnels-consommateurs sont invariablement exclus de la protection, puisque c'est en réalité la seule question du rapport direct avec l'activité, critère de définition du consommateur, qui est examinée, selon la logique stricte que l'on connaît désormais. Les juges excluent donc de la sorte la notion de non-professionnel, sans jamais, au reste, le mentionner

⁶⁸¹ V. déjà G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986, spéc. n° 8, p. 10 (affirmant not. que « *le législateur a lui-même conscience de la nécessité d'accorder la même protection au consommateur proprement dit et au professionnel non spécialiste. Il en est ainsi lorsque, en matière de clauses abusives, il déclare la loi applicable aux « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs* ». (...) nous pensons que l'article 35 (...) [de la loi de 1978] appelle « non-professionnel » celui qui, bien que contractant dans l'exercice de sa profession, n'est pas de la même spécialité que l'autre partie »). V. plus récemment G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », D. 1995, spéc. p. 101, n° 17, qui excluait d'emblée l'hypothèse de la redondance (de la notion de consommateur) à partir de la rédaction même de la loi. D'ailleurs, la L. n° 2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (loi Chatel II) a modifié l'art. L. 136-1 C. consom. pour ajouter à son quatrième alinéa (qui ne contenait aucune précision concernant cette question, il y a donc création davantage que modification) que les dispositions qui précèdent (dans l'art.) sont « *applicables aux consommateurs et aux non-professionnels* ». Le « *et* » est significatif de la dualité des notions (curieusement, l'art. L. 132-1 C. consom. n'a jamais été modifié de la sorte).

⁶⁸² Pouvant ainsi s'étendre à « *celui qui passe un contrat dans un but professionnel, mais qui n'est pas un professionnel de la même spécialité que son cocontractant, et la particulière technicité du contrat le ramène de façon exceptionnelle au niveau d'incompétence du consommateur le plus profane* » (Ch. Giaume, « Le non-professionnel est-il un consommateur ? », LPA 23 juil. 1990, spéc. p. 29).

⁶⁸³ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 20, n° 19

⁶⁸⁴ Surtout depuis qu'il est expressément autorisé que les États membres étendent l'application de la directive de 2011 sur les droits des consommateurs « *à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des consommateurs* » (dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, cons. n° 13 : « *Il y a lieu que l'application des dispositions de la présente directive à des domaines qui ne relèvent pas de son champ d'application reste de la compétence des États membres, conformément au droit de l'Union. Les États membres peuvent, par conséquent, conserver ou introduire des dispositions nationales qui correspondent aux dispositions de la présente directive, ou à certaines de ses dispositions, pour des contrats qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive. Les États membres peuvent, par exemple, décider d'étendre l'application des règles de la présente directive à des personnes morales ou physiques qui ne sont pas des « consommateurs » au sens de la présente directive* (...) »).

distinctement⁶⁸⁵. Ceci est assez frappant, car la protection de ces contractants constituait pourtant l'une des raisons d'être de la notion de non-professionnel. Plusieurs raisons peuvent néanmoins participer d'une tentative d'explication.

129. – Piste d'explication : contentieux centré *de facto* sur le consommateur. Comme on vient de le suggérer, c'est probablement à l'avènement concomitant du rapport direct que l'on doit l'inefficacité de la notion de non-professionnel. Devant l'abondance de ce contentieux, centré *de facto* sur la notion de consommateur, il est possible que les plaideurs n'aient guère tenté d'invoquer la protection des professionnels-consommateurs par le prisme de la notion de non-professionnel. Ils ont peut-être cherché à obtenir cette protection, qu'ils savaient parfois accordée par les juges du fond. Par ailleurs, il semble que le contentieux relatif au non-professionnel ait été captivé par les personnes morales⁶⁸⁶.

130. – Piste d'explication : notion de non-professionnel insatisfaisante. C'est peut-être essentiellement l'inadaptation originelle de la notion qui a constitué sa propre limite à protéger les professionnels-consommateurs. En effet, à l'inverse du cas des personnes morales où la question peut souvent se poser, les professionnels-consommateurs sont bel et bien toujours... des professionnels ! Aussi sait-on que la définition du professionnel consiste notamment dans les caractères habituel et organisé de l'activité⁶⁸⁷. Dès lors, comment pourrait-on considérer ces professionnels-consommateurs comme des non-professionnels, alors même qu'ils répondent précisément à ces critères⁶⁸⁸ ? Force est de reconnaître qu'il est un peu difficile d'admettre que la notion désigne, « *comme son nom ne l'indique pas, le (...) professionnel qui contracte dans l'exercice de sa profession, en dehors de sa sphère de compétence* »⁶⁸⁹. L'artifice semble en effet suffisamment gênant pour empêcher qu'un contentieux, fondé sur cette démonstration malaisée, ne naisse sensiblement⁶⁹⁰.

⁶⁸⁵ C'est ce qui ressort d'un large examen de la jurisprudence en la matière. V. par ex. de manière symptomatique : CA Agen, 30 avr. 2012 (n° JurisData : 2012-017748) (affaire dans laquelle une commerçante (alimentation générale) avait passé un contrat de télésurveillance avec une société, et clamait la protection contre les clauses abusives. Les juges du fond tranchent de la manière suivante : « *La cliente soutient que le contrat contient des clauses abusives, notamment la durée abusive du contrat qui ont pour conséquence d'instaurer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et doivent au regard des dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation être considérées comme abusives et non écrites. Cependant ces dispositions visent le consommateur et le non professionnel et ne peuvent trouver application dans le cas de l'espèce. En effet la cliente a, pour le besoin du fonctionnement de son commerce d'alimentation, souscrit un contrat de télésurveillance qui a un rapport direct avec son activité, de sorte que les dispositions de cet article ne sont pas applicables* ») ; CA Colmar, 30 sept. 2013 (n° JurisData : 2013-021323) (un commerçant (achat, vente et réparation automobiles) se voit de la même manière refuser la protection : « *Attendu cependant que les dispositions de l'article L 132-1 du Code de la consommation relatives aux clauses abusives ne s'appliquent qu'aux contrats conclus entre 'professionnels et non professionnels ou consommateurs'* ; que M. Perel exerçant sous l'enseigne Jm Autos Pièces est commerçant, exerce une activité 'd'achat -vente -réparations' et a souscrit le contrat de location dans le cadre de son activité professionnelle et pour les besoins de son activité, de sorte qu'il ne peut bénéficier des dispositions de l'article L 132-1 du Code de la consommation et plus généralement des dispositions propres aux consommateurs »).

⁶⁸⁶ V. *infra* n°s 145 et s.

⁶⁸⁷ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 3, p. 4

⁶⁸⁸ Ce qui fait dire à J. Beauchard (« Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 19) que protéger des professionnels par le droit de la consommation, « *ce serait trahir la vérité sociologique, introduire la confusion et une polysémie regrettable (...)* ».

⁶⁸⁹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 322, p. 337 ; Adde G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », loc. cit. (et not. : « *Comme son nom ne l'indique pas, le « non-professionnel » protégé est un professionnel !* »).

⁶⁹⁰ Force est en effet de reconnaître qu'il « *serait tout de même un peu fort que des professionnels, ayant agi à des fins professionnelles, arrivent à se faire passer pour des non-professionnels* » (L. Leveneur, note sous Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, CCC 1995, n° 84). Cela serait donc d'autant moins aisé à plaider.

131. – Bilan préliminaire. Tout semble indiquer que le rejet de ces professionnels est injustifié. Or il n'en est rien (transition). Au terme de ce développement, l'on voit bien qu'aucune raison ne semble valablement justifier le rejet de ces professionnels de la sphère consumériste protectrice. Pour autant, sans être légitime parce que des faibles sont laissés pour compte, cette exclusion est parfaitement justifiée : « *le droit contractuel de la consommation, qui cherche à rééquilibrer les rapports entre professionnels et consommateurs, n'est-il pas étranger aux relations entre professionnels, ces dernières, comme celles entre consommateurs, restant régies par le droit commun ?* »⁶⁹¹. Le droit commun doit légitimement prendre le relai, au moyen d'un régime général de protection de la partie faible, car le droit de la consommation n'a simplement pas vocation à protéger ces parties faibles⁶⁹². Ces professionnels devraient ainsi bien davantage, au terme de ce développement, être requalifiés de professionnels-parties faibles, n'étant guère des professionnels-consommateurs, notion antinomique : les professionnels sont ceux qui insèrent des valeurs sur le marché, le consommateur celui qui les en retire⁶⁹³.

c – L'explication : le droit de la consommation poursuit une logique de marché

132. – Le droit de la consommation suit une logique de marché. La raison est, en substance, simple : le droit de la consommation s'institue, à l'instar du droit de la concurrence mais aussi au sens large du droit commercial⁶⁹⁴, dans « *l'idéologie du marché* », qui « *se diffuse de façon croissante et tend à tout absorber* »⁶⁹⁵. Il est un droit spécial⁶⁹⁶, qui ne suit pas une fin générale comme ses apparences de droit commun le laissent penser, mais une fin particulière, en l'occurrence une logique de marché. Or, celle-ci est bien sûr incompatible avec l'idée de protection concrète du faible⁶⁹⁷, et avec elle celle de justice distributive⁶⁹⁸. C'est ainsi qu'à l'humanisme, qui a pu sous-tendre l'idée originelle de protection du faible⁶⁹⁹, s'est substituée, par le prisme du droit de la consommation et de son ampleur, une tout autre

⁶⁹¹ G. Paisant, « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », JCP G 2003, I, 121, n° 7

⁶⁹² En effet, « *comment peut-on appeler consommateur ou non-professionnel une personne qui agit dans le cadre de sa profession, que cette action soit directe ou indirecte ?* » (J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997, p. 262, n° 10). En vérité, il faut rejoindre les réticences d'une certaine doctrine, selon lesquelles « *l'extension à des professionnels agissant en dehors de leur sphère de compétence ne doit pas se faire sans nuances [pas du tout, même, à notre sens], le Code de la consommation n'ayant pas vocation à se substituer au Code civil* » (Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n° 38, p. 28).

⁶⁹³ V. sur cette définition d'origine économique, *infra* n° 284

⁶⁹⁴ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 1, LGDJ, 18^{ème} éd., 2001, spéc. n° 97, p. 91

⁶⁹⁵ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghustin, LGDJ, 2004, n° 30, p. 25

⁶⁹⁶ V. not. la formule de J. Beauchard, art. préc., spéc. p. 12 : « *Le droit de la consommation est né spécial. Il l'est d'ailleurs doublement, dans sa conception même, et dans sa structure* ».

⁶⁹⁷ Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, p. 705 et s. ; Adde G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, spéc. n° 59, p. 39 (et not. : « *Cette finalité de protection, qui ne peut être niée, n'est que la conséquence de la fonction économique du droit de la consommation. Le marché de la consommation est l'un des plus importants au plan économique et, pour développer la croissance, c'est le plus souvent vers le développement de la consommation que se tournent les pouvoirs publics* »).

⁶⁹⁸ V. not. en ce sens C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. n° 458, p. 232 (et not. : « *Le besoin de protection compensatoire du contractant en qualité de consommateur n'est pas contesté. Ce qui est critiquable, c'est seulement la méthode qui est mise en œuvre pour atteindre cet objectif. En effet, cette méthode est perfide en ce qu'elle tend à masquer le véritable fondement de cette protection. (...). Bien que reposant sur une double prise en compte de la qualité des parties (...), la finalité du dispositif applicable aux relations entre professionnels et consommateurs ne paraît pas pouvoir être rattachée à la justice distributive* »).

⁶⁹⁹ *Rappr.* D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 697 et s. (considérant qu'il y a, au contraire, une « *parenté d'esprit* » entre le droit commun et le droit de la consommation, qui justifie d'ailleurs leurs interactions, en termes de complémentarité notamment). En vérité, cette apparente opposition d'opinions n'en est pas une : il est vrai qu'« *Historiquement et*

idéologie⁷⁰⁰. Dès lors, d'aucuns ont pu affirmer, avec justesse, que le droit de la consommation « envisage le rapport entre le consommateur et le professionnel comme une relation anonyme de marché »⁷⁰¹. Cette appartenance, qui explique tout⁷⁰², ne fait plus aujourd'hui de véritables doutes, la doctrine spécialiste posant clairement la solution⁷⁰³. D'ailleurs, il ne pourrait en aller autrement, lorsque l'on voit la densité de l'intervention européenne en matière de droit de la consommation. Or, la compétence des institutions de l'Union n'est-elle pas contingentée aux affaires relatives au fonctionnement optimal du marché⁷⁰⁴ ? Au-delà, la logique de marché du droit de la consommation s'observe à au moins trois égards.

133. – Le droit de la consommation est bien, à l'endroit des consommateurs, un droit protecteur abstrait, mais certainement pas (plus ?) un droit protecteur du faible. Un temps, le droit de la consommation a pu passer, au moins pour partie⁷⁰⁵, pour un droit de protection du faible, en tant que tel⁷⁰⁶. Ce fut notamment le cas pendant le court laps de temps dans lequel la jurisprudence a instrumentalisé, à juste titre, les dispositions protectrices du droit de la consommation pour protéger certains contractants, en se basant sur le besoin concret tiré des compétences⁷⁰⁷. Dès que le droit de la consommation trouva largement à s'étendre, le droit européen fit ses premières grandes apparitions⁷⁰⁸. C'était la fin d'une protection du faible d'obédience humaniste⁷⁰⁹. Bien sûr le consommateur reste-t-il

traditionnellement, le droit de la consommation a été conçu et est pensé comme un droit animé par un esprit social, qui s'inscrit dans un rapport de forces et se traduit par l'impératif de protection du contractant faible qui lui est assigné » (D. Mazeaud, « Le Droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? », RLC 2006, n° 9, p. 137, n° 8).

⁷⁰⁰ V. not. J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, spéc. p. 843 et s., nos 7 et s.

⁷⁰¹ Ph. Stoffel-Munck, art. préc., p. 710, n° 19 ; *Adde* J. Rochfeld, art. préc., spéc. P. 844, n° 7

⁷⁰² Cela va de soi : dès lors que les règles consuméristes protègent des contractants en vertu d'une fonction, alors le régime de celles-ci s'en trouve modifié par rapport à ce que l'on aurait pu attendre d'une protection humaniste, concrète, individuelle d'obédience civiliste (V. not. J. Rochfeld, art. préc., spéc. p. 848 et s., nos 12 et s.).

⁷⁰³ V. not. C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *Droit du marché*, PUF, 2002, spéc. p. 108 et s. (le droit du marché est, notamment (il transcende aujourd'hui la seule addition qui suit), « l'addition des droits de la concurrence et de la consommation ». V. déjà Y. Picod, « Rapport introductif », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com. 1998, p. 1 (et not. : « Il s'agit bien sûr du droit de la concurrence et du droit de la consommation regroupés ici sous un même nom qui identifie leur nature économique : le droit du marché ») ; J.-P. Pizzio, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD com. 1998, spéc. p. 64-65, n° 18 ; V., depuis : A. Ghazi, « La conformité », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), *Economica*, 2002, spéc. p. 104 (où la formule est remarquable de clarté : « Aussi le consommateur n'est pas tant protégé pour lui-même qu'en raison de sa fonction dans les échanges. Par ses achats il alimente le marché, d'où la nécessité de le protéger. Confiant dans le marché, il stimule les échanges. Le consommateur constitue un agent économique ») ; J. Rochfeld, art. préc., p. 835 et s. ; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, *Economica*, 2^{ème} éd., 2014, spéc. n° 34, p. 26

⁷⁰⁴ Surtout depuis que le traité de Maastricht a fixé dans la politique communautaire la protection des consommateurs (V. not. sur cette évolution J. Calais-Auloy, « La communauté européenne et les consommateurs », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 119 et s., spéc. p. 119-120).

⁷⁰⁵ V. not. J.-P. Pizzio, « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », D. 1982, p. 91 et s. (distinguant déjà une dualité au sein du droit de la consommation : entre la « conception objective du droit de la consommation ou le droit des actes de consommation » (fonction économique), et la « conception subjective du droit de la consommation ou la protection sociale des consommateurs non-professionnels » (fonction civiliste)).

⁷⁰⁶ V. not. en ce sens, mais avec des avertissements, l'opinion de Ph. Malaurie en 1999 : « L'idéologie qui fonde actuellement la protection du consommateur est profondément humaniste : protéger le faible contre le fort, le profane contre le professionnel. (...) Pour demeurer humaniste, le droit de la consommation devrait prendre en compte les valeurs morales essentielles, à peine de devenir mortel » (Ph. Malaurie, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^{ème} siècle », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 202).

⁷⁰⁷ V. sur le critère de la compétence, *supra* n° 68

⁷⁰⁸ V. en détails sur cette évolution N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 2, p. 3-5

⁷⁰⁹ V. not. sur ce point Ph. Stoffel-Munck, art. préc., spéc. p. 710, n° 17 (et not. : « il faut constater qu'à l'inverse du droit civil, le droit de la consommation ne détermine pas ses faveurs sur la considération concrète du besoin de protection du contractant ») ; et *ibid.*, n° 18 (et not. : « c'est ainsi que le droit de la consommation devint un droit de protection détaché de toute appréciation concrète du besoin de protection en la personne du contractant »). V. aussi, dans le même sens, de l'avis que la protection consumériste était à l'origine un droit de protection du faible d'obédience civiliste, avant de devenir un moyen de stimulation du marché : N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n° 2, p. 3

protégé : mais il ne l'est plus en raison de sa prétendue faiblesse⁷¹⁰, mais parce qu'il est un agent dont la confiance doit être stimulée, pour faire fonctionner l'économie⁷¹¹. C'est en ce sens que l'aspect protecteur du droit de la consommation n'est plus que « *médiat et indirect* »⁷¹². Nous irions volontiers jusqu'à dire qu'il n'a même jamais été un véritable droit protecteur du faible : n'est-il pas né de l'expansion du phénomène économique de masse lui-même ? L'on peine à croire que l'on aurait conçu une protection d'obédience civiliste (individuelle) pour encadrer un phénomène éminemment économique (collectif). Avouée ou non, consciente ou pas, la finalité nous semble avoir été, dès l'origine, de stimuler le marché par la protection du consommateur.

134. – Auto-proclamation du but économique des dispositions consuméristes. La masse normative européenne visant à protéger les consommateurs, influençant notre droit interne, et les 56% du PIB de l'Union européenne que représente la consommation selon la Commission européenne, permettent de conclure qu'il est « *bien clair que l'évolution de notre Code de la consommation est directement liée aux directives ou règlements européens adoptés en vue de la réalisation du marché unique* »⁷¹³. Les exemples ne manquent pas pour le démontrer. D'ailleurs, les normes consuméristes affirment souvent distinctement leur but : la confiance⁷¹⁴ dans le marché⁷¹⁵. Au plan européen, l'enjeu du fonctionnement

⁷¹⁰ Comme on aimerait à le penser, au fond, avec une doctrine autorisée. V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 20, p. 22 (affirmant not. que le droit de la consommation serait fondé sur le constat que les « *consommateurs sont naturellement en position de faiblesse vis-à-vis des professionnels* » et que « *la loi a pour fonction de protéger le faible contre le fort* ») ; G. Paisant, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », JCP G 2013, 589, spéc. p. 1033 (et not. : « *Enfin, quitte à nous répéter, comment ne pas remarquer l'aspect pour le moins intrigant de cette définition finaliste qui ne fait pas expressément référence à la situation de faiblesse ou d'infériorité du consommateur dans sa relation avec le professionnel alors que c'est précisément cette situation qui fonde l'existence même du droit de la consommation ?* ») ; Adde J. Julien, « Les contrats du droit de la consommation », LPA 28 nov. 2012, spéc. p. 28 (et not. : « *À cet égard, le Code civil se veut le code du créancier, de la partie forte. À l'inverse, le Code de la consommation ne s'intéresse pas principalement à la validité de la convention, mais plutôt à son équilibre. Puisque la relation est par nature même déséquilibrée, la législation consumériste a pour vocation d'y remédier, et donc de rééquilibrer le contrat. À cet égard, le Code de la consommation est le code de la partie faible* »).

⁷¹¹ V. not., l'expliquant très bien : C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, op. cit., spéc. p. 86-87 (et not. : « *Protéger le consommateur parce qu'il est faible, certainement. C'est même le rôle du droit que de protéger le faible contre le fort. Mais dans quel but ? Pour le rendre moins faible ? (...) (...) la protection du consommateur n'est plus définie comme un but en soi, autosuffisant, mais existe aussi par et pour la protection du bon fonctionnement du marché (...)* »). Et il n'est donc guère rigoureux de tenter encore d'en démontrer la faiblesse concrète... par l'abstraction ! (V. not. la formule de CA Bourges, 5 oct. 1998 (n° JurisData : 1998-043611) : « *le consommateur moyen, au regard notamment du Code de la consommation, ne peut plus être considéré comme l'homme actif, instruit, diligent, avisé qu'était le bon père de famille, dans le code Napoléon, mais comme un être plus vulnérable auquel doivent être présentés de façon claire tous les termes du marché et tous les risques auxquels il s'expose* »).

⁷¹² J. Rochfeld, art. préc., p. 844, n° 7

⁷¹³ G. Paisant, « À propos des vingt ans du Code de la consommation », JCP G 2013, 621, p. 1063, n° 4 (V. aussi ibid., p. 1066, n° 19 : « *en raisonnant sur le cas de la France, il est bien clair, en effet, qu'une majorité de dispositions aujourd'hui contenues dans notre Code de la consommation, trouvent leur cause dans une norme européenne* »). V. aussi sur l'importance de ces sources européennes S. Piedelièvre, op. cit., nos 15 et s., p. 10 et s.

⁷¹⁴ V. not. sur ce point et en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, « La confiance dans les contrats de consommation », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, spéc. p. 53, n° 6 et p. 56-57, nos 14-15

⁷¹⁵ C'est notamment, en droit interne, le cas on ne peut plus éloquent de la loi du 21 juin 2004 destinée selon ses propres termes à garantir la confiance dans l'économie numérique (L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 « *pour la confiance dans l'économie numérique* », dont les travaux préparatoires révèlent l'omniprésence du lien entre protection accrue du consommateur et croissance économique, stimulation du marché. V. not. par ex. « *ce texte sera un bon outil pour atteindre l'objectif fondamental de la loi : renforcer la confiance dans l'économie numérique et particulièrement dans le commerce en ligne dont on sait qu'il sera un des moteurs décisifs de la croissance française dans les années à venir* » (http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2003-2004/20040211.asp#P70_3198). Citons encore, par ex., la L. n° 2005-67 du 28 janvier 2005 « tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur ». V. également, au cours des discussions, nombre d'éléments en ce sens : « *le consommateur doit bénéficier d'un cadre lui assurant une bonne information et une bonne protection, susceptibles de le mettre en confiance. C'est ainsi qu'il sera tenté de déclencher l'acte d'achat. C'est donc l'intérêt des entreprises de créer ce rapport de confiance, qui les place dans une logique « gagnant-gagnant* » » (<http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2004-2005/20050119.asp>). Même des textes moins « tout-consuméristes » sous-entendent bien souvent la même idée : c'est ainsi que la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie de la même année est présentée, notamment, comme un soutien à la consommation, « *et donc à la croissance* » (L. n° 2005-842 du 26 juillet 2005 « pour la confiance et la modernisation de l'économie » (<http://www.senat.fr/dossier->

du marché est d'autant plus assumé et clair qu'il s'agit là, au fond, de la raison d'être originelle et toujours essentielle de l'Union⁷¹⁶. En ce sens, « *Si le droit de la consommation doit un jour rompre définitivement ses attaches avec le droit commun des obligations, il y a fort à parier que le responsable de cette rupture sera le droit européen* »⁷¹⁷.

135. – La substance du droit de la consommation révèle sa nature de droit du marché. L'on a vu que le droit de la consommation contient une part importante de dispositions d'obédience « *civiliste* »⁷¹⁸. Il n'en reste pas moins que la majorité de ce droit reste constitué par des dispositions de pur droit de régulation du marché. L'on voit ainsi ce qui sépare des mesures telles que l'information, la réflexion, la formalisation, de considérations tout à fait différentes : qualité des produits et services (de l'étiquetage et présentation des denrées alimentaires et des aliments pour animaux⁷¹⁹, au contrôle des températures dans les moyens de transport et les locaux d'entreposage et de stockage des denrées alimentaires surgelées⁷²⁰), diverses dispositions relatives à l'étiquetage⁷²¹, la fraude et les falsifications⁷²², la régulation des pratiques commerciales pour garantir au maximum un marché sain et favoriser la consommation⁷²³, les autorités qualifiées et leurs pouvoirs⁷²⁴, l'agrément et les actions des associations de consommateurs⁷²⁵, les appellations d'origine contrôlée et autres signes d'identification de l'origine et de la qualité⁷²⁶, l'encadrement de la conformité du label rouge⁷²⁷ ou de l'agriculture biologique⁷²⁸... C'est ainsi que « *le sentiment d'être dans un autre registre que celui du Code civil commence alors à s'installer car même si la France est le pays des fromages, leur étiquetage ne participe pas de cette « constitution civile des Français » qui, pour reprendre le mot de Carbone, est le propre du Code civil* »⁷²⁹. Le constat est d'une actualité frappante : le nouveau mécanisme d'action de groupe, qui a rejoint le socle consumériste⁷³⁰, prévoit non seulement qu'il s'appliquera dans le cadre de contrats de consommation, mais également lorsque les préjudices en cause résulteront « *de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV*

[legislatif/pjl04-433.html#timeline-10](http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?sessionId=4851D1EC7671F65F6B23BEFD8196A04F&tpdjo16v_2?idDocument=JORFDOLE000027383756&type=general&typeLoi=&legislature=)). C'est à plus forte raison encore les motifs exprimés dans les travaux préparatoires de la récente loi sur la consommation (et au premier plan, par ses promoteurs : « *la consommation joue un rôle essentiel dans l'économie, tout particulièrement en France. Une organisation efficace de la consommation, en suscitant une concurrence saine et l'innovation, fait du consommateur un vecteur de l'amélioration des performances économiques. Les mécanismes de marché ne peuvent assurer seuls l'efficacité de notre organisation ; le renforcement de la protection des consommateurs contre les pratiques déloyales et l'amélioration de leur information participent très largement de son efficacité* » (V. l'exposé des motifs, http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?sessionId=4851D1EC7671F65F6B23BEFD8196A04F&tpdjo16v_2?idDocument=JORFDOLE000027383756&type=general&typeLoi=&legislature=)).

⁷¹⁶ C'est ainsi que, pour ne citer que ces exemples récents, la dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs évoque clairement « *la confiance des consommateurs dans le marché intérieur* » (cons. n° 6) ; tandis qu'une autre directive (Dir. n° 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation) évoque tout aussi nettement qu'« *assurer un accès à des moyens simples, efficaces, rapides et peu onéreux de résoudre les litiges nationaux et transfrontaliers résultant de la vente de marchandises ou de la prestation de services devrait profiter aux consommateurs et donc renforcer leur confiance dans le marché* » (cons. n° 4). En outre, la « *confiance* » est évoquée à pratiquement une dizaine de reprises. Il y est, enfin, relevé qu'il s'agit là d'un des leviers essentiels « *pour stimuler la croissance et renforcer la confiance* ».

⁷¹⁷ J.-P. Pizzio, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD com. 1998, p. 69, n° 25

⁷¹⁸ V. not. la dichotomie préc., mise en valeur par J.-P. Pizzio, art. préc.

⁷¹⁹ Art. R. 214-2 C. consom.

⁷²⁰ Art. R. 214-17 C. consom.

⁷²¹ Art. L. 112-1 et s. C. consom.

⁷²² Art. L. 213-1 et s. C. consom.

⁷²³ Art. L. 120-1 et s. C. consom.

⁷²⁴ V. not. Art. L. 215-1 et s. C. consom.

⁷²⁵ Art. L. 411-1 et s. C. consom.

⁷²⁶ Art. L. 115-1 et s. C. consom.

⁷²⁷ Art. L. 115-19 et L. 115-20 et s. C. consom.

⁷²⁸ Art. L. 115-23 et L. 115-24 et s. C. consom.

⁷²⁹ Ph. Stoffel-Munck, art. préc., p. 707, n° 6

⁷³⁰ Art. L. 423-1 et s. C. consom.

du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »⁷³¹. Difficile de mieux parachever la démonstration de l'appartenance du droit de la consommation au droit du marché, au droit économique, dit-on aussi⁷³².

136. – Schizophrénie consumériste : des règles d'inspiration différentes appliquées selon une logique finaliste unique. Voilà que l'on applique une méthode personnaliste de protection, correspondant à une logique de marché, à l'ensemble des règles contenues dans le Code de la consommation, y compris donc les règles d'obédience civiliste. En d'autres termes, comme ce dernier contient des règles qui sont en réalité étrangères à sa nature, la façon de les mettre en œuvre ne peut suivre une logique différente que celle qui concerne les autres dispositions, de pur droit du marché. Lorsque l'on place ces considérations en perspective de l'attribution quasi exclusive des règles de protection du consentement au Code de la consommation, l'on perçoit l'ampleur du problème posé.

137. – L'hostilité logique à la protection des faibles en dehors du strict consommateur. Ce constat semble impliquer qu'il ne serait guère opportun de s'attarder à tenter de perfectionner la nouvelle définition légale du consommateur, ou de plaider en faveur de l'application qui devrait en être faite⁷³³. Par ailleurs, les développements qui précèdent expliquent sans difficulté, que la protection soit ainsi refusée ou malaisée dans de nombreux cas, et que, de manière subséquente, la conception stricte du consommateur ait été retenue par la récente, et en un sens salutaire, définition légale⁷³⁴ du consommateur⁷³⁵. L'on sait par ailleurs que le critère tenant à contracter dans un but parfaitement étranger à la réalisation de l'activité professionnelle semble universel, imprégnant les législations du monde entier, bien au-delà de l'Europe⁷³⁶. C'est donc la position économique qui compte en droit de la consommation, pas la faiblesse.

138. – Le consommateur vulnérable. L'avènement de la notion de « *consommateur vulnérable* » en droit européen de la consommation a été mis en lumière⁷³⁷. Curieusement, l'on prend alors en compte les

⁷³¹ Art. L. 423-1 2° C. consom. ; et sur les « modalités spécifiques à l'action de groupe intervenant dans le domaine de la concurrence », V. l'art. L. 423-17 et s. C. consom.

⁷³² V. not. Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n^{os} 26 et s., p. 26 et s. (s'y adjoint le droit de la distribution).

⁷³³ L'on ne soulignera ainsi que brièvement qu'il aurait sans doute pu être efficace de considérer le consommateur, à l'instar des suggestions de G. Paisant (« Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », JCP G 2013, 589, spéc. p. 1033), comme tout contractant qui « agit dans un but étranger à l'exercice de son activité professionnelle », ou encore lorsque l'objet du contrat ainsi souscrit n'était pas indispensable à l'exercice de l'activité professionnelle.

⁷³⁴ La Haute Cour semble avoir anticipé l'instauration de la loi nouvelle par une interprétation audacieuse de la notion de consommateur, tandis qu'elle se contentait auparavant de contrôler timidement l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle a en effet tranché, sous des allures de principe, que le rapport direct existait dans la mesure où le contrat litigieux avait été conclu « pour les besoins de l'activité professionnelle » (Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013 (11-27.698) : JCP G 2013, 958, note G. Paisant ; CCC 2013, n^o 225, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2013, p. 3299, obs. S. Piedelièvre).

⁷³⁵ Certes, la définition stricte avait déjà été retenue par la commission de refonte du droit de la consommation : J. Calais-Auloy, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, Doc. fr., 1985 (contenant not. un art. 3 selon lequel « les consommateurs sont des personnes physiques ou morales de droit privé qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel ».). La définition récente du consommateur suit *in fine* cette voie, reprenant mot pour mot la définition de la directive européenne du 25 oct. 2011 relative à la protection des consommateurs : « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (art. prélim. C. consom.).

⁷³⁶ V. sur ce point G. Paisant, art. préc., spéc. p. 1032, citant notamment, pour démontrer que le consommateur est partout, semble-t-il, considéré comme le « consommateur final », le droit brésilien ou péruvien.

⁷³⁷ V. not., sur la notion, les très riches études de M. Friant-Perrot, « Le consommateur vulnérable à la lumière du droit de la consommation de l'Union européenne », RTD eur. 2013, p. 483 et s. et de S. Le Gac-Pech, « Le consommateur vulnérable : la

subjectivisme des consommateurs, tenant à leur vulnérabilité concrète, pourtant normalement indifférents, selon la logique abstraite du droit de la consommation⁷³⁸. C'est en effet qu'une telle notion implique un consommateur moyen, le principe, et un consommateur particulièrement vulnérable, l'exception. Nous nous opposons fermement à cette tendance pour les raisons qui suivent⁷³⁹.

139. – Pas de place pour le *consommateur vulnérable* ! L'on vient de voir en quoi les surprotections et sous-protections engendrées par le droit de la consommation étaient, en définitive, justifiées : parce que la logique de marché, aveugle aux nuances, habitait la matière. Dire que l'on renouerait ainsi « *avec une dimension moins désincarnée du droit de la consommation, plus centrée sur la personne du consommateur* »⁷⁴⁰ apparaît dès lors paradoxale et contestable. Seraient par là même rendus injustifiables les excès et les carences, que l'on a vus⁷⁴¹, dans l'attribution de la protection. Voilà que l'on tiendrait compte des faiblesses de certains consommateurs pour intensifier leur protection, mais qu'on refuserait de le faire pour d'autres contractants, dès lors écartés de toute protection alors même qu'ils démontrent des mêmes faiblesses ! Partant, cette voie nous semble encore servir la démarche d'obédience européenne qui, manquant de recul, vise à conférer au droit de la consommation tous les rôles, sans avoir conscience des graves conséquences engendrées sur la qualité du droit produit⁷⁴². C'est pour cela qu'il faut trancher en faveur de la clarté et de la cohérence : l'abstraction convient au droit de la consommation, car il sert le marché, et la confiance ne peut être stimulée chez les consommateurs que si la protection est invariable. En revanche, des faibles sont évincés. Or leur détection, par des considérations concrètes de puissance informationnelle, ne peut revenir qu'au droit commun des contrats.

nouvelle effigie du droit de la consommation », RLDC déc. 2012, p. 61 et s.

⁷³⁸ V. not. pour une courte synthèse : M. Friant-Perrot, art. préc., spéc. p. 483-484 (et not. : « *la notion de « consommateur vulnérable* » prend de l'ampleur dans les textes consuméristes européens. Cette référence à la part d'humanité du consommateur semble tempérer le changement de finalité du droit de la consommation qui s'attache moins à protéger des individus en situation de faiblesse qu'à privilégier la défense du marché. À l'échelle européenne, la politique consumériste se focalise en effet sur le renforcement de la confiance des consommateurs dans le marché intérieur. Cette approche considère le consommateur comme un agent économique, un homo economicus, dont les intérêts sont essentiellement protégés du fait du bon fonctionnement du marché unique. Si cette approche libérale tend à bénéficier au consommateur moyen, elle risque d'exclure de ses bienfaits le consommateur vulnérable dont les capacités de discernement sont altérées par l'âge, par une infirmité ou par une crédulité trop grande et ne lui permettent pas d'agir comme le modèle abstrait du consommateur moyen »).

⁷³⁹ Et à sa contamination en droit, par là même, et bien que celle-ci soit indubitablement entamée (doit-on rappeler, notamment, les prescriptions des art. L. 122-8 et s. C. consom. (abus de faiblesse), appuyant sur la particulière vulnérabilité des consommateurs visés ; ou encore celles relatives au surendettement, uniquement applicables aux débiteurs de bonne foi (art. L. 330-1 C. consom.) ?). Le mouvement restant, il faut bien le dire, jusqu'à aujourd'hui (et sous réserve donc de l'expansion de cette nouvelle notion de consommateur vulnérable) peu vigoureux (V. en ce sens J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n^o 10-1, p. 10).

⁷⁴⁰ M. Friant-Perrot, art. préc., p. 485

⁷⁴¹ C'est l'objet du présent titre.

⁷⁴² L'on ne saurait ainsi plus vigoureusement saluer la position de S. Le Gac-Pech, not. lorsqu'elle affirme que « *La dimension particulière du contrat de consommation ne peut être gommée, sauf à faire du contractant un consommateur par nature vulnérable. Un tel postulat n'est pas acceptable. Pas plus que l'introduction de cet ersatz juridique désigné sous l'appellation de consommateur vulnérable ne semble justifiée* » (S. Le Gac-Pech, art. préc., p. 66) ; et plus encore lorsqu'on lit que « *Mieux vaut peaufiner la théorie générale et renforcer les techniques de protection des parties faibles que d'inventer des concepts fuyants* » (ibid.) ! Et force est de constater que la vulnérabilité, même après d'éminentes études (et l'on pense not. au Rapport annuel de la Cour de cassation, *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Doc. Fr., 2009), reste une notion passablement indéterminée, du moins suffisamment pour qu'elle ne puisse être ainsi conjuguée à celle de consommateur, pour l'heure tout aussi floue.

§II – Une protection simulée : les personnes morales

140. – Plan. Les personnes morales ont pu sembler incluses dans le champ protecteur du droit de la consommation (A). Pourtant, ce n'est guère ce que la pratique a révélé (B).

A – Le principe de la protection

141. – Plan. Les personnes morales ont été exclues de la notion de consommateur (1). Mais une autre voie, celle de la notion distincte de non-professionnel, s'est profilée pour parvenir, au moins en apparence, à permettre leur protection (2).

1 – L'exclusion de la notion de consommateur

142. – Principe. Exclusion des personnes morales du champ consumériste. Le prologue en la matière est connu : le droit communautaire a souligné, à de nombreuses reprises, sa conception du consommateur⁷⁴³. La jurisprudence communautaire a relayé ces prescriptions, affirmant que le consommateur ne peut être qu'une personne physique⁷⁴⁴. Ceci est d'autant plus vrai aujourd'hui, que la récente loi sur la consommation du 17 mars 2014, sur ordre de l'Europe⁷⁴⁵, a entériné ces positions dans la nouvelle définition du consommateur⁷⁴⁶, notion limitée aux personnes physiques⁷⁴⁷. D'ailleurs, certains pans du droit de la consommation prévoyaient déjà que leurs dispositions s'appliquaient à toute personne physique⁷⁴⁸, posant dès lors d'autres types de problèmes⁷⁴⁹.

143. – Abstraction précarisante injuste. Une fois encore, l'abstraction apporte son lot d'injustice. Certaines personnes physiques qui ne sont pas des parties faibles trouveront à être protégées, alors

⁷⁴³ K. de la Asuncion-Planes, « La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? » : LPA 3 mars 2010, spéc. p. 6-7, n^{os} 12 et 13

⁷⁴⁴ CJCE, 22 nov. 2001 (C-541/99 et C-542/99) : JCP G 2002, II, 10047, note G. Paisant ; D. 2002. p. 90, note C. Rondey et p. 2929, obs. J.-P. Pizzio ; CCC 2002, n^o 18, note G. Raymond ; RTD civ. 2002, p. 291, obs. J. Mestre et B. Fages, et p. 397, obs. J. Raynard ; RTD com. 2002, p. 404, obs. M. Luby (en matière de clauses abusives).

⁷⁴⁵ En effet, et ce dès la proposition de directive sur les droits des consommateurs (Proposition de directive relative aux droits des consommateurs du 8 oct. 2008, COM(2008) 614 final, qui faisait suite au Livre vert du 8 février 2007 sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs (COM (2006) 744), sur lequel V. not. G. Paisant, « La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, à propos du Livre vert du 8 février 2007 », JCP G 2007, I, 152)). Il s'agissait d'un mécanisme d'harmonisation non plus minimale mais maximale, ne permettant plus aux États membres « d'adopter ou de maintenir, dans leur ordre juridique, des dispositions plus favorables aux consommateurs » (G. Paisant, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », JCP G 2009, I, 118, n^o 5). Le même niveau d'harmonisation est repris dans la dir. de 2011 (art. 4, sauf stipulation contraire du même texte).

⁷⁴⁶ V. sur celle-ci *supra* n^{os} 102 et s.

⁷⁴⁷ Art. préL. C. consom. (L. n^o 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation) : « *Au sens du présent code, est considéré comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

⁷⁴⁸ Par exemple, la solution reste la même en matière de démarchage à domicile, où le non-professionnel n'a pas été ajouté à la notion de consommateur (d'ailleurs, au sein de ce texte, visé par toute « *personne physique* ») comme bénéficiaire des dispositions (art. L. 121-21 et s. C. consom.). V. dans le même sens, l'art. L. 330-1 C. consom. (la procédure de surendettement n'est réservée qu'aux personnes physiques) ; l'art L. 311-1 C. consom. (qui vise comme emprunteur bénéficiaire des dispositions « *toute personne physique qui est en relation avec un prêteur (...)* »). Et bien évidemment, les dispositions consuméristes sur le cautionnement, et tout particulièrement les art. L. 313-7 et -8 C. consom., et les art. L. 341-1 et s. du même code (se limitant tout autant aux seules personnes physiques).

⁷⁴⁹ Le fait de viser toute personne physique (et non simplement le consommateur) étend le domaine du droit de la consommation au-delà de ses limites, ce qui engendre bien souvent de larges injustices. V. sur ce point *infra* n^{os} 278 et s.

même que d'autres contractants, pourtant plus vulnérables (comme des sociétés unipersonnelles⁷⁵⁰) seront abandonnés, du simple fait qu'il s'agit de personnes morales. Il va de soi, pourtant, que celles-ci peuvent fréquemment répondre « *du même état d'ignorance qu'un consommateur* »⁷⁵¹, c'est-à-dire ne pas disposer « *de la connaissance et de la compétence nécessaires pour conclure un contrat dans les conditions similaires à celle d'un professionnel* »⁷⁵².

144. – Volonté originelle d'accueillir les personnes morales. En remontant un peu plus loin, l'on s'aperçoit même que les personnes morales semblaient devoir être incluses (du moins pas irréfragablement exclues) dans le champ protecteur du droit de la consommation, par la notion même de consommateur⁷⁵³. Mais il semble qu'avec le temps, l'on ait « *changé d'avis* »⁷⁵⁴. L'on s'offusquera bien sûr de cette démarche abstraite, poussée ici au-delà de la dichotomie consommateur/professionnel, pour atteindre celle encore plus accentuée de personne physique/personne morale. Certes l'assimilation des personnes morales aux consommateurs n'était guère aisée, au-delà de sa faisabilité au moins sur le plan des principes⁷⁵⁵. La voie du consommateur n'était ainsi pas le dernier espoir des personnes morales désirant être protégées.

2 – L'inclusion de principe dans la notion de non-professionnel

145. – Notion de *non-professionnel*. Vocation originelle à protéger les personnes morales. L'avènement de cette notion a été vu⁷⁵⁶. L'on a souligné, également, que celle-ci était en partie destinée à protéger certains professionnels-consommateurs. Son autre vocation était de protéger certaines personnes morales, qui démontreraient des mêmes genres de faiblesses⁷⁵⁷. La notion de consommateur

⁷⁵⁰ V. sur ces questions *infra* nos 145 et s.

⁷⁵¹ Réponse du Garde des Sceaux (n° 54215, JO 19 avr. 2005, p. 4085) à une question du député G. Weber (JO 21 déc. 2004, p. 10172, à propos de « *l'inexistence en droit français de définition générale du consommateur* ») : « le « *non-professionnel* » pouvant être une entreprise dès lors qu'elle est placée en fait dans le même état d'ignorance qu'un consommateur ». V. aussi en ce sens J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 379, p. 285 (« *Une telle infériorité, tenant à une ignorance de fait ou de droit peut s'appliquer aussi bien à une personne physique qu'à une personne morale* »).

⁷⁵² K. de la Asuncion-Planes, art. préc., spéc. p. 10, n° 20 : « *Qui doit être protégé ? D'un point de vue général, toutes les personnes morales ne disposant pas de la connaissance et de la compétence nécessaires pour conclure un contrat dans les conditions similaires à celle d'un professionnel. La protection de nature catégorielle qui exclut les personnes morales aboutit en pratique à des incohérences* »).

⁷⁵³ La commission de refonte du droit de la consommation avait en effet adopté une acception large, sur ce point, du consommateur : J. Calais-Auloy, *Proposition pour un nouveau droit de la consommation*, Doc. fr., 1985 (qui contenait not. les prescriptions suivantes : « *Art. 3 : Les consommateurs sont les personnes physiques ou morales qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel* »).

⁷⁵⁴ G. Raymond (*Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n° 46, p. 31) relève que J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, dans la 7^{ème} éd. de leur ouvrage de droit de la consommation, reconnaissent que « *Dans les précédentes éditions de cet ouvrage, nous admettions que certaines personnes morales pouvaient bénéficier de cette protection. Nous avons changé d'avis (...). Les contractants ont besoin de sécurité juridique : celle-ci suppose que le bénéfice du droit de la consommation soit réservé aux personnes physiques agissant dans un but non-professionnel (...)* » (J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 15, p. 17). Conception des choses est entérinée par les versions ultérieures de l'ouvrage (V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 15-1, p. 17).

⁷⁵⁵ V. not. G. Raymond, op. cit., n° 47, p. 32, assez défavorable à une telle assimilation. L'on perçoit dans les réticences exprimées, une bonne part de crainte de l'insécurité, not. quant à l'idée même de distinguer entre les personnes morales, décrites par l'auteur d'une manière nous semble-t-il assez alignée sur l'abstraction consumériste, puisqu'apparemment « *à même de déjouer les pièges contre lesquels le droit de la consommation veut protéger les personnes physiques* ». Pour distinguer, « *il y aurait là des critères impossibles à établir* ». Nous ne le pensons guère, comme il va sera dit, en ce qui concerne la partie faible en général (V. not. *infra* nos 645 et s.).

⁷⁵⁶ V. *supra* n° 127

⁷⁵⁷ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives », JCP 1995, I, 3854, spéc. n° 4 à l'appui de travaux parlementaires soulignant cette vocation originelle (Rapport de M. J.-P. Charié, fait au nom de la commission de la production, déposé le 7 décembre 1994 (doc. AN 1994-1995, n° 1755, p. 12)).

ne leur étant d'aucun secours, tant il y avait une « *tendance erronée à cantonner la qualité de consommateur à la seule personne physique* »⁷⁵⁸, celle de non-professionnel devait vraisemblablement jouer tout son rôle⁷⁵⁹.

146. – Franchissement du Rubicon par la jurisprudence. Malgré de persistantes réticences⁷⁶⁰, la jurisprudence interne, après la restriction⁷⁶¹, finit par accorder à la notion de non-professionnel la faculté d'accueillir en son sein les personnes morales, dans le but de leur accorder, le cas échéant, une protection consumériste⁷⁶². La Commission des clauses abusives a même, semble-t-il, fait écho à cette inclusion des personnes morales dans la notion de non-professionnel⁷⁶³. Pourtant, force est de constater, avec une dizaine d'années de recul, que cette originalité française n'a pas mené à une protection convenable des personnes morales, à de multiples égards.

B – L'illusion de la protection

147. – Plan. La pratique révèle que les personnes morales sont en vérité quasiment exclues du droit de la consommation. D'abord, au point de vue quantitatif, l'effectivité de la notion de non-professionnel à leur égard en jurisprudence est faible (1). Ensuite, l'on constate que les excès de l'abstraction consumériste se retrouvent dans l'appréciation de la notion de non-professionnel, ce qui ajoute à l'illusion de la protection (2).

⁷⁵⁸ V. sur cette question la démonstration de C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. nos 384 et s., p. 199 et s.

⁷⁵⁹ La porte de la notion de consommateur étant définitivement fermée, il était naturel d'attendre un développement en jurisprudence des applications de la notion de non-professionnel (V. par ex. C. Rondey, note sous CJCE, 22 nov. 2001, préc.).

⁷⁶⁰ V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 15-1, p. 16-17 (et not. : « *Au-delà de l'artifice de langage, la pensée des juges français était d'étendre à certaines personnes morales le bénéfice du droit de la consommation. A quelles personnes morales et en quels cas ? La solution n'est pas évidente et risque de créer un contentieux nuisible à la sécurité des transactions* » (argument de l'insécurité juridique que l'on retrouve donc encore ici, et dont on sait, pourtant, les vastes limites (V. sur ce point *infra* n°s 610 et s.)) ; et l'auteur de poursuivre, en approuvant les récents rejets de certaines personnes morales : « *Nous approuvons cette évolution, qui aligne la jurisprudence française sur le droit communautaire et qui clarifie le domaine du droit de la consommation : le bénéfice de celui-ci est réservé aux personnes physiques agissant dans un but non professionnel* ». Or cette dernière remarque est inexacte : la jurisprudence qui refuse le bénéfice de la protection à certaines personnes morales par le prisme de la notion de non-professionnel n'est, le cas échéant, pas véritablement un alignement de la position communautaire selon laquelle le « consommateur » ne peut être qu'une personne physique. En vérité, seul l'argument de l'insécurité juridique apparaît, si ce n'est avéré, au moins recevable. V. dans un sens réticent similaire, G. Raymond, op. cit., n° 47, p. 32 (et concluant également que le consommateur au sens large ne peut être qu'une personne physique (op. cit., n° 48, p. 33 et n° 50, p. 33)).

⁷⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 1996 (94-16.843) : Bull. civ. I, n° 318 ; CCC 1996, n° 157, obs. G. Raymond (clauses abusives) ; Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009 (08-11.231) : JCP G 2009, 21, note G. Paisant ; CCC 2009, n° 182, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2010, p. 419, obs. S. Piedelièvre ; Dr. et proc. 2010, p. 3, obs. Y. Picod (information sur la reconduction tacite, sur le droit antérieur à l'adjonction du « non-professionnel » au sein de l'art. L. 136-1 C. consom.).

⁷⁶² Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005 (02-13.285) : Bull. civ. I, n° 135 ; D. 2005, p. 1948, note A. Boujeka et p. 887, obs. C. Rondey ; JCP G 2005, II, 10114, note G. Paisant ; JCP E 2005, 769, note D. Bakouche ; Defrénois 2005, p. 2009, obs. E. Savaux ; CCC 2005, n° 100, note G. Raymond ; RDC 2005, p. 740, obs. D. Fenouillet ; Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005 (02-13.935) : Bull. civ. I, n° 347 ; D. 2006, p. 238, note Y. Picod et p. 2670, obs. X. Delpech ; Gaz. Pal. 2005, p. 4097, concl. J. Sainte-Rose ; JCP G 2006, I, 123, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; Defrénois 2005, p. 2003, obs. E. Savaux ; Defrénois 2006, p. 332, note S. Piedelièvre ; CCC 2005, n° 215, note G. Raymond ; CCC 2006, n° 2, note L. Leveur ; V. aussi en ce sens concernant l'art. L. 136-1 C. consom. : Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011 (10-30645) : Bull. civ. I, n° 122 ; D. 2011, p. 2245, note S. Tisseyre ; D. 2012, p. 844, obs. E. Poillot ; RTD com. 2011, p. 627, obs. B. Bouloc ; JCP E 2011, n° 1660, note P. Lemay ; JCP G 2011, 1080, note G. Paisant ; CCC 2011, n° 226, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2011, p. 3549, obs. S. Piedelièvre ; RDC 2011, p. 1246, note N. Sauphanor-Brouillaud

⁷⁶³ En effet, alors qu'elle incluait initialement les syndicats de copropriété dans la notion de consommateur, elle les a rangés, après la décision du 23 juin 2011, de manière significative, dans celle de non-professionnel (sur les réf. utiles et en ce sens, V. not. N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 153, p. 143-144).

148. – Faible rendement. L'on a vu que la notion de non-professionnel n'avait pas produit d'effets protecteurs à l'égard des professionnels-consommateurs. Le terrain d'élection de cette création, au plan de l'application, fut davantage lié aux personnes morales. Mais l'admission de ce principe n'a guère engendré de véritable protection concrète des personnes morales. En effet, cette « *catégorie juridique mystérieuse en raison de ses contours peu définis* »⁷⁶⁴ a tendu vers davantage de précision, dans le sens d'un abaissement de la protection. En effet, les espèces, peu courantes, concluent pour la plupart à l'exclusion.

149. – Illustrations de refus symptomatiques. La protection fut ainsi refusée en raison de l'inévitable « *qualité de professionnel* » (sans autre explication) d'un contractant⁷⁶⁵, d'un rapport direct existant entre l'activité d'une fédération et l'emprunt contesté⁷⁶⁶, ou encore directement via l'exclusion totale des sociétés commerciales des personnes morales potentiellement concernées par la protection⁷⁶⁷. Les juges du fond ont offert des démarches plus variées, comme il sera vu. Mais le spectre de la politique qui semble être suivie par la Cour de cassation empêche de se réjouir des cas où les juridictions du fond protègent et/ou motivent leur décision correctement. Si cette politique servira certes à sanctionner les refus sommaires de protection d'une personne morale⁷⁶⁸, elle sera impuissante à sauver certaines sociétés pour des contrats parfaitement étrangers à l'activité qu'elles exercent⁷⁶⁹, et sera même probablement défavorable à des personnes morales que les juges du fond ont protégé sans motiver leur décision en s'alignant sur la politique de la Haute Cour⁷⁷⁰.

150. – Même les apparences protectrices sont trompeuses. Même les apparences protectrices s'avèrent trompeuses. Ainsi, lorsqu'une décision de la Haute Cour va dans le sens d'une personne

⁷⁶⁴ S. Tisseyre, note sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc.

⁷⁶⁵ Le 15 mars 2005, préc. (le syndicat d'éleveurs ne pouvait bénéficier de la protection offerte par les clauses abusives « *dès lors qu'en l'espèce le contrat litigieux entre la société ECS et le Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne n'avait pu être conclu par ce dernier qu'en qualité de professionnel* »).

⁷⁶⁶ Le 27 sept. 2005, préc. (même conclusion pour la fédération française d'athlétisme, cette fois cependant en raison du rapport direct entre l'activité professionnelle de l'association et l'emprunt contesté).

⁷⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2008 (07-18.128) : JCP E 2009, 12, note G. Raymond ; CCC 2009, n° 69, obs. L. Leveneur (« *ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services conclus entre sociétés commerciales* ») ; Cass. com., 6 sept. 2011 (10-21.583) : Bull. civ. IV, n° 127 ; D. 2011, p. 2198, obs. X. Delpech ; D. 2012, p. 844, obs. E. Poillot ; JCP E 2011, 1716, note E. Bazin ; JCP G 2011, 1203, obs. G. Paisant ; CCC 2011, n° 248, obs. G. Raymond ; RLDC nov. 2011, 11, obs. A. Paulin ; RLDA oct. 2011, 13, note D. Bert ; RDC 2012, p. 498, obs. N. Sauphanor-Brouillaud (même solution concernant l'art. L. 136-1 C. consom.) ; *Adde* le même jour, prononçant le même principe : Cass. com., 6 sept. 2011, (10-21.584), et, encore récemment : Cass. com., 3 déc. 2013 (12-26.416) : JCP G. 2014, 115, note N. Sauphanor-Brouillaud ; CCC 2014, n° 60, obs. L. Leveneur

⁷⁶⁸ CA Orléans, 16 juin 2008 (n° JurisData : 2008-370828) : « *Attendu que le comité d'entreprise est une personne morale qui ne saurait se prévaloir, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, des dispositions du Code de la consommation relatives aux clauses abusives* ».

⁷⁶⁹ Refus de la protection à une société de broserie pour la location d'un distributeur de boissons chaudes et de fontaines à eau et un contrat de maintenance et de fourniture de consommables : CA Paris, 25 janv. 2007 (n° JurisData : 2007-326138) ; à une société pour la location d'une machine à café : CA Paris, 22 fév. 2007 (n° JurisData : 2007-334127) ; à une société de chauffage et ventilation pour un contrat de télésurveillance fondée sur le rapport direct entre l'activité et le contrat : CA Colmar, 18 juin 2007 (n° JurisData : 2007-342064).

⁷⁷⁰ V. not. CA Lyon, 15 nov. 2012 (n° JurisData : 2012-031937), énonçant que « *Le comité d'entreprise n'est pas un consommateur, mais, il est un non-professionnel au sens des dispositions de l'article L. 136-1 du Code de la consommation, s'agissant d'une personne morale dépourvue d'activité lucrative* ». Il y a fort à parier que ce genre de décisions a peu de chances d'être validée par la Cour de cassation, qui applique les règles strictes du rapport direct tout autant en cette matière, comme il va être vu. Ainsi, le caractère non-lucratif lui apparaîtra probablement indifférent.

morale (en l'occurrence, un syndicat de copropriétaires), c'est parce que les juges du fond se sont bornés à l'exclure par principe de toute protection, en tant que personne morale⁷⁷¹. Dès lors, « *les hypothèses dans lesquelles les personnes morales seront admises à la protection semblent marginales* »⁷⁷², et l'on doute que les cas de protection soient nombreux⁷⁷³. L'on semble distinguer, dès ce stade, « *les limites de cette jurisprudence* » feignant l'ouverture, mais dont la démarche « *aboutit cependant presque toujours à fermer la porte de la protection au professionnel* »⁷⁷⁴. C'est dans ce contexte que l'on a parlé de « *cause perdue* »⁷⁷⁵.

151. – La protection par la notion de non-professionnel est-elle seulement vraisemblable ? Au-delà du principe, la protection des personnes morales par la notion de non-professionnel est-elle même vraisemblable⁷⁷⁶ ? En effet, la définition du professionnel, même à exclure le caractère lucratif, consiste dans les caractères habituel et organisé de l'activité⁷⁷⁷. Or, comment pourrait-on, en toute cohérence, considérer ces personnes morales comme des non-professionnels au sens consumériste, alors même qu'elles exercent précisément une activité habituelle et organisée ? En vérité, elles n'appartiennent ni aux professionnels, ni aux consommateurs : elles sont une manifestation tangible des limites du système abstrait du droit de la consommation, système qui implique une différence de traitement entre des contractants qui démontrent pourtant de la même faiblesse⁷⁷⁸. Ceci est un signe supplémentaire de la nécessité de dépasser la voie consumériste, en adoptant un régime de protection du cosentement de la partie faible en droit commun.

⁷⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc., où la juridiction de proximité s'était « *bornée à énoncer que le SDC, qui est une personne morale, ne pouvait se prévaloir de l'article L. 136-1 du Code de la consommation qui « vise exclusivement les personnes physiques* » ». Et la Haute Cour de trancher, assez logiquement, « *que les personnes morales ne sont pas exclues de la catégorie des non-professionnels bénéficiant des dispositions susvisées* » (sur l'applicabilité concrète de la protection, la Haute n'est d'aucun secours car la juridiction de proximité n'a pas fourni suffisamment d'éléments, not. la durée du préavis).

⁷⁷² S. Tisseyre, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc. ; l'exclusion de fait des professionnels de la protection consumériste semble en effet assez nette (*Adde* not. sur ce point D. Mazeaud, « *Droit commun du contrat et droit de la consommation* », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, spéc. p. 707 et s., n^{os} 17 et s.).

⁷⁷³ Peut-être pourrait-on distinguer un interstice efficace, lorsque les juges du fond établissent le lien entre l'incompétence et l'absence de rapport direct. V. not. en ce sens CA Chambéry, 24 sept. 2002 (n^o JurisData : 2002-199537), espèce dans laquelle les juges affirment que « *L'association à but non lucratif, qui a pour objet l'éducation des enfants, hors temps scolaire, dans un environnement anglophone, est un non professionnel au regard de l'objet des contrats, à savoir la télésurveillance, objet qui n'a aucun rapport direct avec l'activité de l'association* ». V. aussi récemment, pour un cas stimulant, bien que curieux, de protection d'un syndicat de copropriétaires sur le fondement de l'art. L. 136-1 C. consom. : CA Paris, 15 janv. 2014 (n^o JurisData : 2014-002213) : CCC 2014, n^o 172, obs. G. Raymond (« *dans la même position qu'un consommateur dans ses rapports avec le prestataire de services, peu important qu'il soit représenté par un syndic professionnel qui n'est qu'un exécutant et non un décideur relativement aux contrats conclus avec les fournisseurs, d'où il suit que le syndicat des copropriétaires était en droit de résilier unilatéralement le contrat de nettoyage avant la fin de la période de reconduction, faute pour cette société de lui avoir délivré l'information visée au premier alinéa de l'article précité du Code de la consommation* »). Curieusement, donc, les juges ne relient pas cette solution à la notion de non-professionnel, mais la motivent comme s'ils se fondaient encore sur le critère de la compétence professionnelle (V. sur ce point *supra* n^o 68). En ce sens, l'arrêt devrait être cassé. Sauf à considérer que cette formule malheureuse constitue un renvoi à la notion de non-professionnel (puisque l'on sait qu'elle englobe en théorie les personnes morales, et a même spécifiquement servi à protéger un syndicat (Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc.), ce qui pourrait expliquer cette prise de liberté dans les motifs).

⁷⁷⁴ Y. Picod, note sous Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005, préc., n^o 3

⁷⁷⁵ J. Amar, « *Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?* », CCC 2003, n^o 4, p. 7 et s.

⁷⁷⁶ V. sur cette même question à l'égard des professionnels-consommateurs, *supra* n^{os} 126 et s.

⁷⁷⁷ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n^o 3, p. 4 ; V. sur la définition du professionnel, *infra* n^{os} 284 et s.

⁷⁷⁸ K. de la Asuncion-Planes, « *La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ?* », préc., spéc. p. 11, n^o 23 : « *Il semble donc difficile d'intégrer la personne morale dans l'une des catégories du droit de la consommation — professionnel, consommateur (...)* », et l'auteur de poser que « *La protection fondée sur l'assimilation conceptuelle consommateur-personne physique trouve ici sa limite. Car même si la personnalité morale n'est qu'une pure technique juridique, elle empêche l'application du droit de la consommation aux sociétés unipersonnelles qui se trouvent dans la même situation que la personne physique. Le critère de la qualité de la personne pour l'application du droit de la consommation devient ici absurde face à l'identité de situation* ».

152. – Bilan préliminaire. Autant trancher pour un cadre strict. En définitive, la protection des personnes morales par le droit de la consommation apparaît, au pan quantitatif, comme une vue de l'esprit. La notion spécifique de non-professionnel semble alors obsolète. Pourtant, « *une personne morale n'est pas forcément un professionnel compétent* »⁷⁷⁹ ! Partant, autant se ranger auprès de ceux qui prônent la plus stricte application du droit de la consommation, aux seuls consommateurs personnes physiques. Le « *résultat ne serait au demeurant guère différent, mais on sortirait de l'hypocrisie actuelle consistant à faire semblant d'appliquer au professionnel une règle de protection avec un critère qui conduit en réalité à son exclusion* »⁷⁸⁰. Le droit de la consommation retrouverait sa pleine cohérence. En parallèle, il faudrait nécessairement protéger ces contractants, mais d'une autre manière, en droit commun⁷⁸¹.

2 – L'aspect qualitatif : l'exclusionnisme de l'abstraction

153. – Phénomène naturel ou manifestation de l'exclusionnisme ? Cette nette tendance à l'exclusion (au plan quantitatif) ne semble guère procéder d'un quelconque phénomène naturel. On peut d'abord le penser tant, parfois, la protection n'avait pas véritablement vocation à s'appliquer⁷⁸². Pour autant, une analyse plus globale rend compte d'une nouvelle manifestation de l'exclusionnisme consumériste. La raison est simple : l'on applique ici, tout autant qu'à l'égard des professionnels-consommateurs qui tentaient d'être qualifiés de consommateurs⁷⁸³, toujours le même critère finaliste et aveugle, le rapport direct avec l'activité⁷⁸⁴. Plus encore, on l'applique avec la même logique et la même amplitude⁷⁸⁵, en l'étendant non seulement « *aux contrats entrant dans l'objet même de l'activité (...) mais aussi des contrats nécessaires à cette activité* »⁷⁸⁶. L'exclusion est donc également perceptible au plan qualitatif.

154. – Plan. Pourtant, il existait une volonté de certains juges de se fonder sur la faiblesse concrète pour accorder la protection à des personnes morales⁷⁸⁷. Celle-ci a, comme en matière de professionnels-

⁷⁷⁹ J. Amar, art. préc., n° 4, spéc. p. 9 (et not. : « *Une personne morale est un outil à la disposition des personnes physiques qui leur permet de dissocier une partie de leur patrimoine de leur patrimoine personnel ou de s'associer pour réaliser un objectif commun. Qui dit personne morale dit existence d'une activité organisée. (...) Cela ne constitue cependant pas une raison suffisante pour exclure les personnes morales du champ d'application du droit de la consommation. L'assimilation des personnes morales à des professionnels repose sur une présomption irréfragable de compétence de ces personnes sous prétexte que leur consommation ne peut s'apparenter à un acte de consommation semblable à celui des personnes physiques car il a pour finalité la réalisation de l'objet social pour lesquelles elles ont été créées. (...) La personne morale reste d'abord et avant tout un vêtement dont se pare la forme sociale choisie par ses créateurs. Ce vêtement habille bien évidemment des personnes physiques qui se trouvent derrière la personne morale* »).

⁷⁸⁰ Y. Picod, *ibid.*

⁷⁸¹ Cette intuition est d'ailleurs courante en doctrine. V. not. S. Tisseyre, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc., n° 23 (et not. : « *si la protection de certains contractants en situation de faiblesse doit être assurée, seuls le droit civil ou le droit commercial devraient trouver application dans les hypothèses qui outrepassent le réel domaine du droit de la consommation* ») ; Adde K. de la Asuncion-Planes, art. préc., p. 11, n° 25 : « *En effet, lorsque la protection consumériste est insuffisante, le Code civil vient combler les lacunes du droit de la consommation. (...) Il faut en effet rappeler que le droit de la consommation s'insère dans le champ plus large du droit des contrats et que le droit commun garde une vocation naturelle à combler les insuffisances du droit de la consommation* ») ; G. Raymond, op. cit., n° 47, p. 32 (certes, certaines personnes morales ont, tout autant que des personnes physiques consommateurs, « *besoin de protection, pourtant elles ne doivent pas chercher cette protection dans le droit de la consommation, mais dans le droit commun des contrats* »).

⁷⁸² Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 27 sept. 2005, préc. il est vrai que la clause n'était probablement pas abusive (V. sur ce point Y. Picod, note sous Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005, préc., n° 3).

⁷⁸³ V. sur ce point *supra* nos 61 et s.

⁷⁸⁴ V. not. K. de la Asuncion-Planes, art. préc.

⁷⁸⁵ V. not. CA Colmar, 18 juin 2007 (n° JurisData : 2007-342064) (contrat de surveillance conclu par une société de chauffage et de ventilation).

⁷⁸⁶ Y. Picod, note préc.

⁷⁸⁷ V. not. CA Paris, 3 juillet 1998 (n° JurisData : 1998-021922) : D. 1998, p. 1525, obs. J.-P. Chazal ; CCC 1998, n° 131, obs. M.

consommateurs⁷⁸⁸, été balayée. Cela s'observe à l'égard des différentes personnes morales concernées, qu'elles soient non-commerciales (a), ou, au contraire, commerciales (b).

a – Les personnes morales non-commerciales

155. – Motivations révélatrices d'une démarche exclusionniste. C'est ce genre de scepticisme que l'on peut percevoir dans les motivations qui ont inspiré les décisions rendues, même lorsqu'elles sont lapidaires. C'est ainsi qu'un syndicat agricole ayant conclu un contrat de location avec option d'achat de matériel informatique auprès d'une société spécialisée, ne pouvait agir « *qu'en qualité de professionnel* »⁷⁸⁹. Par ailleurs, une fédération sportive ayant contracté un emprunt destiné à l'acquisition et l'aménagement de nouveaux locaux avait nécessairement, également, contracté en rapport direct avec son « *activité professionnelle* »⁷⁹⁰. Même sentence pour une association qui avait passé un contrat de location de matériel de sécurisation de ses locaux⁷⁹¹, ou pour des comités d'entreprise concernant des contrats de location de distributeurs de boissons et de fontaines à eau⁷⁹². A lire ces décisions, l'on s'interroge même sur l'existence réelle ou rêvée de la notion de non-professionnel, apparemment transparente.

156. – Rattachement artificiel à une activité professionnelle. Ne serait-ce qu'au premier abord, le rattachement même à une activité professionnelle dérange, pour ce type de personnes morales. Le recours à cette notion devrait non pas les exclure de la protection, mais au contraire les y inclure, dans la mesure où elles ne répondent pas à sa définition⁷⁹³. L'on a l'impression, en effet, que le rattachement avec l'activité professionnelle, pour exclure la protection, est artificiel⁷⁹⁴. Il semble dû à la nature même de ce contractant personne morale, bien davantage qu'à la quelconque identification d'une activité

Malaurie-Vignal (le consommateur est « *la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce but le produit ou le service acquis* »).

⁷⁸⁸ V. not. sur l'avènement du critère du rapport direct, *supra* nos 64 et s.

⁷⁸⁹ Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005, préc.

⁷⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005, préc.

⁷⁹¹ CA Paris, 15 avr. 2010 (n° JurisData : 2010-007616). Dans cette affaire, une association ayant pour objet la réinsertion sociale et la recherche d'emploi, avait conclu un contrat d'abonnement de maintenance avec option de location de matériel concernant un système de sécurité pour ses locaux (biométrique avec empreinte digitale). La protection contre les clauses abusives lui est sèchement refusée : le contrat avait nécessairement un rapport direct avec son « *activité professionnelle* » puisque ledit matériel allait être utilisé pour la protection des locaux de l'association.

⁷⁹² V. not. CA Rennes, 13 févr. 2009 (RG n° 08/02912), « Comité d'entreprise SAPRENA ENVIRONNEMENT » (inédit) (« *Considérant que le comité d'entreprise SAPRENA ENVIRONNEMENT invoque, à l'encontre de cette stipulation d'indemnité de résiliation et de celle faisant renoncer le locataire à toute suspension ou réduction de loyer motivée par un litige avec le fournisseur, l'application de l'article L 132-1 du Code de la Consommation relatif aux clauses abusives ; qu'il apparaît toutefois que la location du matériel litigieux est intervenue dans un cadre exclusivement professionnel et pour satisfaire les besoins de ses membres ; que, dès lors, le comité d'entreprise ne saurait être admis à revendiquer le bénéfice de dispositions prises dans l'intérêt des consommateurs* ») ; CA Paris, 17 janv. 2007 (n° JurisData : 2007-338240) (alors que le comité d'entreprise invoque « *l'application des articles L 132-1 et R 132-1 du Code de la Consommation relatifs aux clauses abusives, il ressort des pièces du dossier que la location du matériel litigieux est intervenue dans un cadre exclusivement professionnel et pour satisfaire les besoins de ses membres ; que, dès lors, le CE CITAIIX ne saurait revendiquer le bénéfice de dispositions prises dans l'intérêt des seuls consommateurs* ») ; *Adde, in fine*, CA Orléans, 16 juin 2008 (n° JurisData : 2008-370828).

⁷⁹³ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, obs. sous Cass. com., 6 sept. 2011, préc. : « *Soit elles assurent une mission en tant qu'associations dépourvues d'activité professionnelle, en tant que syndicats de copropriétaires, fondations, comités d'entreprise, et auquel cas elles ont vocation à être protégées en qualité de « non-professionnels* ».

⁷⁹⁴ Certaines fois, la motivation des décisions tend même à l'absurdité, ne pouvant alors pas mieux plaider en faveur de la thèse défendue ici. Pour la location d'un photocopieur, l'on refuse ainsi la protection à une association « *en raison du rapport direct avec l'activité professionnelle de l'Association, qui a pour objet la pratique de la boxe et des sports de combat, ainsi que l'élaboration, l'organisation de compétitions et la gestion de tous locaux mis à sa disposition* » (CA Aix-En-Provence, 19 juin 2008 (RG n° 06/12913), « Association Punch Club Toulonnais » (inédit)).

professionnelle justifiant une compétence propre à écarter le besoin de protection⁷⁹⁵.

157. – Quid du caractère lucratif. Certes, pour une doctrine autorisée, le caractère lucratif n'est pas une composante décisive de la notion de professionnel⁷⁹⁶. Ceci mènerait à admettre que des personnes morales puissent exercer, au moins au sens du droit de la consommation, une activité professionnelle par la seule référence à l'habitude et l'organisation, qui ne fondent pourtant qu'une partie du socle de la définition du professionnel⁷⁹⁷. Exemples typiques : associations, syndicats, fondations, comités d'entreprise... Encore faut-il s'entendre sur le sens du but lucratif : la satisfaction ou non d'une clientèle⁷⁹⁸ ? Ou, au-delà du « but » lucratif en tant que tel, l'absence de bénéfices peu importe le « caractère » lucratif, à savoir le « *but réellement désintéressé* »⁷⁹⁹ ? Il y a en effet de subtiles distinctions envisageables, excessivement complexes, probablement⁸⁰⁰. On le voit, cette fois, c'est la notion de professionnel (en tant que celui qui exerce, au sens du droit de la consommation, une activité professionnelle) qui montre ses limites. Voilà que les incertitudes et imprécisions dans la définition de cette notion jouent, comme dans le cas des professionnels-consommateurs, manifestement en défaveur de contractants potentiellement faibles. M. Picod relevait précédemment qu' « *on ne voit pas pourquoi une association agissant à titre purement bénévole ne mériterait pas d'être protégée* »⁸⁰¹ : l'on ne voit pas pourquoi, bien au-delà, une personne morale, peu importe son activité et notamment son caractère lucratif, ne devrait pas être protégée si elle constitue une partie faible. En outre, en l'absence de l'exercice véritable d'une activité professionnelle au sens consumériste, certaines personnes morales ne devraient jamais

⁷⁹⁵ Ce malaise se ressent d'ailleurs à l'aune de la diversité des motivations utilisées par les juges pour exclure certaines personnes morales, ressemblant parfois à s'y méprendre à des prétextes. C'est ainsi que l'on a pu retenir le coût important du matériel acquis pour établir, curieusement, le rapport direct avec l'activité d'un syndicat (CA Pau, 25 sept. 2012 (n° JurisData : 2012-025905) : le syndicat « *s'est équipé d'un duplicopieur coûteux parce que son activité de défense de sa profession l'obligeait à diffuser en grande quantité les documents rédigés dans le cadre de ses actions de défense de sa profession. Ce duplicopieur est bien en lien direct avec l'activité de défense de la profession représentée par le syndicat, lequel, eu égard à la nécessité pour lui de se procurer un matériel performant et coûteux, doit être considéré comme un professionnel au sens de l'article L. 121-22 4ème du Code de la consommation. Les dispositions protectrices du Code de la consommation n'ont pas à s'appliquer à l'espèce et la demande de nullité du contrat doit être rejetée* »). Mieux ! Des juges du fond ont refusé la protection à un comité d'entreprise, dans la mesure où « *les contrats qu'il a souscrits, de location de distributeurs de café et de boissons fraîches l'ont été pour satisfaire aux obligations des articles R. 232-3 et R. 232-3-1 du Code du travail, et sont donc en rapport direct avec son activité professionnelle* » (CA Orléans, 16 juin 2008 (n° JurisData : 2008-370828)).

⁷⁹⁶ V. en ce sens J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n^{os} 3 et 4, p. 4-5

⁷⁹⁷ V. sur ce point *infra* n^{os} 284 et s.

⁷⁹⁸ Ou passer par un autre type de critère, comme celui de la satisfaction ou non d'une clientèle : celle-ci désignerait une activité professionnelle, par opposition à une « *activité patrimoniale* » qui « *consiste certes à se procurer les ressources nécessaires à son existence, généralement en intervenant sur le marché, mais ne tend pas à satisfaire les besoins d'une clientèle* » (N. Sauphanor-Brouillaud, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc., citant D. Bert).

⁷⁹⁹ K. de la Asuncion-Planes, art. préc., spéc. p. 10, n^o 21 : « *Il existe en revanche d'autres sortes de personnes morales, celles qui ont un but réellement désintéressé, les personnes morales sans but lucratif, comme certaines associations, les syndicats de copropriétaires et les fondations qui n'exercent pas d'activité professionnelle* ».

⁸⁰⁰ Exemples : une association indépendante d'aide aux sans-abris ne fait aucun bénéfice. Elle dispense ses services, gratuitement. Au contraire, une association d'aide à la promotion culturelle peut très bien faire des bénéfices, par le prisme, par ex., des artistes qu'elle encadre. Simplement lui est-il interdit de les distribuer, mais elle peut parfaitement les réinvestir pour améliorer sa propre structure ou infrastructure, ou la situation des artistes précités. Il y a donc des acceptions différentes de la notion de « non-lucratif », des degrés, non clarifiés à ce jour. D'où notre proposition sur ce point. S. Vialle, dans sa thèse, souligne d'ailleurs très bien ceci : « *En réalité, par leur activité elles peuvent réaliser des bénéfices, la seule limite pour garder leur caractère d'association étant de ne pas les distribuer. Elles peuvent donc fort bien avoir une activité ayant pour finalité économique (...). Reste que les associations n'ont pas toutes une activité économique. Bon nombre d'entre elles ont pour domaine d'action le secteur non-productif : tel est le cas notamment de toutes celles qui défendent un idéal religieux, politique, social... ou qui ont une activité d'entraide* » (*La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. I, th. Grenoble, 1990, p. 35). Or la profession, et nous adhérons en cela à la conception de l'auteur selon laquelle la profession a nécessairement un caractère lucratif, « *exclut l'entraide* » (comme c'est l'objet de développements qui suivent le passage préc. : *ibid.*, p. 36 et s. ; mais traitant non pas des activités associatives d'entraide, mais des « *activités fournies par amitié, solidarité ou en raison de liens familiaux* » : *ibid.*, p. 36).

⁸⁰¹ Y. Picod, note sous Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005, préc.

pouvoir être exclues du bénéfice du droit de la consommation⁸⁰².

158. – Proposition : admission claire dans la notion de professionnel de l'aspect lucratif.

Système en résultant. Il n'est guère certain que le but lucratif de l'activité doive être si indifférent pour la définition du professionnel en droit de la consommation, car il accentue le risque d'asservissement du fort par le faible. Tout au contraire, à l'égard de personnes morales à l'activité non-lucrative, le mobile d'une potentielle exploitation de l'ignorance du faible est plus difficile à trouver. Au vrai, le caractère lucratif doit être définitivement imposé comme caractéristique du professionnel au sens du droit de la consommation. Ainsi n'y aura-t-il, d'abord, plus à s'interroger sur les limites de ce que peut constituer le *non-lucratif*, dont on a vu brièvement les subtiles distinctions possibles. Au-delà, voici le système obtenu. Les contractants dont l'activité semble s'apparenter (par la seule production, habitude ou organisation) à une activité professionnelle ne pourront être qualifiés de professionnels, qu'ils ne sont pas. En outre, ils ne pourront pas non plus, vraisemblablement, obtenir de protection en tant que consommateurs, qu'ils ne sont pas non plus (personnes morales, et non physique comme l'impose la nouvelle définition légale). Pas davantage, d'ailleurs, qu'en tant que non-professionnel, car l'on préconise d'éradiquer cette notion, ni utile ni souhaitable⁸⁰³. Il reviendra donc naturellement au régime de protection de la partie faible en droit commun, que nous proposerons⁸⁰⁴, d'accueillir les demandes de ces contractants, et de déterminer, par ailleurs, s'ils démontrent, au cas par cas, d'une faiblesse informationnelle. Si bien que le droit de la consommation n'encadrera plus, dès lors, ces situations qui en réalité lui échappent, tandis que le droit commun prendra le relais, tout au contraire, pour les régir sagement et clairement.

159. – Indifférence à la faiblesse concrète. Par ailleurs, l'abstraction joue encore tout son rôle, dans l'indifférence marquée à l'endroit de la faiblesse informationnelle concrète. En effet, les contrats passés sont, dans ces exemples, bien éloignés des activités habituellement exercées par ces personnes morales (l'expertise d'animaux pour l'une, promouvoir l'athlétisme en France pour l'autre). L'incompétence dans les domaines de la location de matériel informatique ou du crédit immobilier est donc manifeste. Cela est indifférent, au regard des critères du droit de la consommation.

160. – Précision. Pas de généralités. Certes, faudra-t-il se méfier des généralités : certaines de ces personnes morales pourront très bien démontrer des compétences suffisantes⁸⁰⁵, et ne nécessiter aucune

⁸⁰² V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, nos 197-199, p. 180-182 (prônant d'ailleurs l'extension de la protection à l'endroit de toutes ces personnes morales, pour cette raison).

⁸⁰³ V. sur ce point *infra* n° 510

⁸⁰⁴ Seconde partie de notre étude.

⁸⁰⁵ C'est par exemple le cas d'une SCI, dans le domaine de la construction et de l'habitation et du fameux art. L. 271-1 CCH, qui prévoit un délai de rétractation au profit de l'acquéreur non-professionnel. L'on saluera en effet une décision qui s'est semble-t-il fondée sur les compétences de la SCI : « attendu qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que l'objet social de la société Foncière du Trého était l'acquisition, l'administration et la gestion par location ou autrement de tous immeubles et biens immobiliers meublés et aménagés et relevé que l'acte avait un rapport direct avec cet objet social, la cour d'appel, qui, sans être tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, en a déduit à bon droit que la société Foncière du Trého n'étant pas un acquéreur non-professionnel ne pouvait bénéficier des dispositions de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation, a légalement justifié sa décision » (Cass. 3^e civ., 24 oct. 2012 (11-18.774) : RTD com. 2013, p. 106, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; D. 2012, p. 2597, obs. S. Colmant ; AJDI 2013, p. 374, obs. F. Cohet-Cordey ; JCP G 2012, 1041, obs. L. Leveneur).

protection⁸⁰⁶, notamment parce qu'étant « dotées d'organes et d'une capacité structurelle leur permettant de s'informer et de se défendre face à un professionnel »⁸⁰⁷. C'est d'ailleurs, en ce sens, que certaines juridictions du fond se sont parfois prononcées, par une motivation satisfaisante pour exclure une personne morale de la protection consommériste. Ainsi les juges soulignèrent alors l'incompétence de la personne morale dans la matière en cause pour la protéger⁸⁰⁸, ou, au contraire, son aptitude structurelle à s'informer, pour lui refuser la protection⁸⁰⁹. Mais ces considérations restent souvent indifférentes, même lorsqu'elles semblent pourtant probantes⁸¹⁰. Au-delà, maintenons que le caractère non-lucratif ne doit pas être un critère décisif⁸¹¹. C'est ainsi que les associations, syndicats, comités d'entreprise ou encore les fondations sembleraient devoir, sous les réserves qui précèdent, être efficacement protégés⁸¹².

161. – Cas de certaines sociétés civiles. Distinctions. La question se pose à l'égard de certaines sociétés civiles. Pour ce qui est des SCP⁸¹³, l'on ne trouve guère de difficultés à distinguer l'activité professionnelle, au sens du droit de la consommation, ce qui devra nécessairement, *a priori*, engendrer leur exclusion⁸¹⁴. Il en va ainsi, également, de la plupart des SCI, même si cela est critiquable car l'activité correspond mal aux critères du droit de la consommation⁸¹⁵. Pourtant, certaines d'entre elles méritent une réflexion, et notamment les sociétés civiles de gestion de patrimoine⁸¹⁶. Celles-ci sont constituées entre particuliers, et parfois, souvent, entre membres d'une même famille, pour gérer au mieux de leur intérêt, un ou des biens immobiliers. La réalité semble cette fois véritablement trop éloignée des critères du contrat de consommation, et « la qualité de professionnel est donc exclue »⁸¹⁷. Probablement pour ces raisons, certaines SCI ont ainsi pu bénéficier du régime protecteur du droit de la consommation⁸¹⁸. Elles pourraient constituer, si leur protection était véritablement certaine et pérenne,

⁸⁰⁶ L'on pouvait penser que c'était le cas du syndicat de copropriétaires dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc. ; C'est ainsi que l'on rejoint les prescriptions énonçant qu'« indifféremment du but pour lequel la personne contracte, sa qualité dépend de sa prétendue incompétence dans le domaine » (S. Tisseyre, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc.).

⁸⁰⁷ K. de la Asuncion-Planes, art. préc., spéc. p. 6, n° 10

⁸⁰⁸ V. not. CA Paris, 7 mars 2013 (n° JurisData : 2013-012051), où les juges énoncent qu'il « ne saurait être soutenu, que le CFPNP serait un professionnel dans les relations avec l'appelante, entreprise spécialisée dans le nettoyage, dès lors que l'activité du centre de formation professionnelle de notaires n'intervient pas dans le domaine de compétence et dans la spécialité de la société GESTI PRO' » (en l'espèce, la prestation de service de nettoyage).

⁸⁰⁹ V. not. CA Amiens, 8 janv. 2014 (n° JurisData : 2014-000484), où les juges affirment qu'« elle ne peut utilement se prévaloir des dispositions du Code de la consommation, à défaut pour la ville de CALAIS, qui dispose d'un service technique en matière immobilière, de pouvoir prétendre à la qualité de « non professionnel ». Il ne peut donc être retenu que l'indemnité forfaitaire de révocation prévue au contrat serait abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ». L'on voit bien que le refus de protection est directement lié à la constatation de compétences, tirées en l'occurrence de la détection « d'un service technique en matière immobilière ».

⁸¹⁰ V. par ex. CA Douais, 16 oct. 2013 (n° JurisData : 2013-024756). Dans cette affaire, une SCI avait conclu un contrat de fourniture de béton avec une société. Alors même que les juges soulignent que l'objet social de la SCI était « l'acquisition, la transformation ou la réhabilitation de tout bien immobilier », ils attribuent pourtant la protection à cette dernière, en prétendant que cette SCI était un non-professionnel, au sens de l'art. L. 132-1 sur les clauses abusives, en ce qu'il n'était « pas démontré qu'elle exerce cette activité de manière habituelle et en tout cas à titre professionnel ».

⁸¹¹ V. not. G. Raymond, op. cit., n° 47, p. 32

⁸¹² V. en ce sens K. de la Asuncion-Planes, art. préc., spéc. p. 10, n° 21 ; S. Tisseyre, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc.

⁸¹³ Sociétés civiles professionnelles (SCP), ayant pour objet de réunir plusieurs personnes afin qu'elles exercent en commun une même profession libérale réglementée (not. avocat, notaire, médecin).

⁸¹⁴ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 174, p. 158

⁸¹⁵ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 175, p. 158-159 (citant les sociétés de construction-vente, les sociétés civiles de placement immobilier et les sociétés d'attribution).

⁸¹⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 176, p. 159-160

⁸¹⁷ N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 175, p. 160

⁸¹⁸ V. not. en ce sens, à l'égard d'une SCI familiale : CA Montpellier, 30 janv. 2013 (n° JurisData : 2013-006616) (les juges retiennent en effet que « La notion de non-professionnel retenue par l'article L. 132-1 du Code de la consommation n'exclut pas les personnes morales comme une société civile immobilière de la protection contre les clauses abusives, dès lors que celle-ci n'exerce pas une activité professionnelle. En l'espèce, la SCI constituée par des indivisaires liés familialement pour gérer un bien indivis à l'origine, et non

les seules véritables personnes morales (et, disons le franchement, pas les plus nombreuses) protégeables par le droit de la consommation.

b – Les sociétés commerciales

162. – Excès d'abstraction. Toutes d'irréfragables parties fortes ? Plus discutable est la question des sociétés commerciales. Elles apparaissent en effet avec plus d'évidence comme des parties fortes, notamment en ce qu'elles répondent à la définition même du commerçant⁸¹⁹, et donc du professionnel topique au sens du droit de la consommation⁸²⁰. Au demeurant, difficile de ne pas voir que le caractère lucratif a, de fait, une incidence sur la dichotomie consommateur/professionnel⁸²¹. En effet, c'est ce que semble révéler la vigueur de l'exclusion des sociétés commerciales de la protection consumériste, bien moins insidieuse que pour les autres personnes morales. Mais c'est encore à raisonner par une abstraction totale que d'exclure celles-ci par un intangible principe. N'oublions pas que « *ce qui est souvent vrai ne l'est pas toujours* »⁸²².

163. – Le bénéfice du doute doit exister même ici. Considérer que toute société commerciale est « un « gros » commerçant, à même de défendre seul ses propres intérêts » est erroné. A « y regarder de plus près, une réponse plus nuancée eût sans doute été souhaitable »⁸²³. Le cas des EURL⁸²⁴ ou des SASU⁸²⁵ est éclairant. A leur endroit, l'artifice de la personnalité morale, cet « être fictif »⁸²⁶, masque à peine la réalité la plus fréquente : un professionnel isolé, souhaitant souvent tout simplement échapper d'une manière assez simple « aux conséquences alors implacables de la théorie de l'unité du patrimoine »⁸²⁷. En un mot, similarité : la potentialité de leur faiblesse a peu ou prou tout à voir avec celle d'une partie faible personne physique tout à fait classique⁸²⁸. Pourtant, ces structures devraient immanquablement être rejetées du cénacle consumériste, au terme de l'analyse du droit positif. Dans ces cas, notamment, il faut donc bien reconnaître que faire dépendre la protection d'une fiction si ectoplasmique tourne à l'injustice la plus frappante. Même ! Certaines sociétés peuvent ignorer un certain nombre d'informations au moment de

pour l'exercice d'une activité professionnelle de gestion ou d'administration de biens, peut se prévaloir des dispositions du Code de la consommation »).

⁸¹⁹ Telle que posée par l'art. L. 121-1 C. com. énonçant que « *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ».

⁸²⁰ V. sur cette définition *infra* nos 285-286

⁸²¹ V. en ce sens S. Tisseyre, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011, préc.

⁸²² R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911, p.235 (et not. : « *En formulant des principes, la doctrine ou le législateur créent des idées forces. Et chacun ne réfléchissant pas toujours et même ne pouvant réfléchir à toutes les conséquences du principe qu'il applique, on en fait une sorte de dogme que l'on applique sans réserve. Or ce qui est souvent vrai ne l'est pas toujours. Telle appréciation relative de deux intérêts qui a inspiré tel principe peut se trouver être fausse dans un cas donné. La responsabilité qui a parue établie dans telle catégorie de cas peut ne pas l'être toujours* »).

⁸²³ X. Delpach, obs. sous Cass. com., 6 sept. 2011, préc.

⁸²⁴ Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (V. not. D. Houtcieff, *Droit commercial*, Sirey, 3^{ème} éd., 2011, nos 463-467, p. 194-195).

⁸²⁵ Société par actions simplifiée unipersonnelle (V. not. D. Houtcieff, op. cit., nos 468-470, p. 195-197).

⁸²⁶ D. Houtcieff, op. cit., n° 462, p. 193

⁸²⁷ D. Houtcieff, op. cit., n° 462, p. 194 ; Adde B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, spéc. n° 1086, p. 400

⁸²⁸ V. sur ce point la démonstration de K. de la Asuncion-Planes, art. préc., p. 10-11, nos 22 et 23 (et not. « *L'exclusion de la protection de la personne morale par l'assimilation de la notion de consommateur à la personne physique est incompatible avec le droit positif des sociétés qui reconnaît les sociétés unipersonnelles dans lesquelles personnes physiques et personnes morales se confondent. La personnalité morale ne constitue ici qu'une fiction* ») ; V. dans le même sens X. Delpach, obs. préc.

conclure, par exemple devant la technicité de l'objet du contrat⁸²⁹.

164. – Le principe de spécialité ne convainc pas. Ensuite, l'invocation du principe de spécialité pour justifier cette éviction systématique⁸³⁰ ne convainc pas⁸³¹, car il existe des hypothèses dans lesquelles une société peut agir peu ou prou en dehors de son objet social, et donc potentiellement (probablement rarement, certes) se situer en position de faiblesse⁸³².

165. – Absolutisme de l'abstraction. Rejet fondé sur l'activité professionnelle, et non sur la très probable puissance informationnelle. Le refus d'allure invariable ainsi proféré à l'encontre des sociétés commerciales n'est même pas fondé, comme le préconisaient au contraire parfois les juges du fond⁸³³, sur le constat qu'elles seraient souvent économiquement fortes ou aptes à savoir. Ce n'est pas leur compétence pour connaître ou acquérir l'information qui provoque leur exclusion, mais bien, « à mots couverts », à nouveau les mêmes excès du critère du rapport direct⁸³⁴. Il serait bien plus satisfaisant, tout en tenant compte de la plus grande probabilité des sociétés commerciales à être suffisamment avisées, d'être plus rigoureux dans la manière d'apprécier, le cas échéant, leur demande fondée sur leur état de faiblesse, et de motiver⁸³⁵, de la sorte, la décision leur refusant toute protection.

⁸²⁹ V. not. en ce sens J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 379, p. 285 (et not. : « Une entreprise, même relativement importante, peut ignorer les caractéristiques du matériel informatique dont elle souhaite s'équiper »).

⁸³⁰ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, obs. sous Cass. com., 6 sept. 2011, préc. : « Enfin, cette solution devrait pouvoir concerner toutes les personnes morales exerçant une activité professionnelle. Le principe de spécialité justifie en effet qu'on ne s'interroge pas, à leur égard, sur le rapport direct avec elle ». Et plus en détails, N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 150, p. 140

⁸³¹ Le principe de spécialité est « inhérent à la nature des personnes morales, suivant lequel les activités de celles-ci sont limitées aux domaines et objets en vue desquels elles ont été créées (...) » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Spécialité (principe de) », p. 976). A admettre que le caractère lucratif n'est pas une composante de la définition du professionnel, l'argument du principe de spécialité vaudrait donc également pour les autres personnes morales visées, pourtant, comme devant être protégées par le droit de la consommation, puisqu'elles agissent aussi conformément à un tel principe. Ceci est contradictoire et évidemment peu souhaitable.

⁸³² C'est par ex. le cas particulièrement significatif des sûretés (pour ne pas dire du cautionnement) souscrites par les SCI (et SNC) en garantie des dettes d'un tiers (dirigeant, associé). En effet, ne figurant (par hypothèse) que de manière marginale dans l'objet social (puisque le monopole bancaire interdit à toute personne n'ayant pas la qualité d'établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque de manière habituelle), la jurisprudence a créé d'autres facteurs pour valider ces opérations (V. not. sur ce point D. Houtcieff et A.-S. Barthez, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 379, p. 276 ; V. aussi, pour les dernières décisions rendues sur ce point, D. Robine, « Garantie de la dette d'autrui par une société civile : le respect de l'intérêt social est une condition de validité », D. 2015, p. 140 et s.). En définitive, l'on voit bien que la seule référence au principe de spécialité est insuffisante, car même les sociétés commerciales s'aventurent parfois dans des domaines plus lointains que la seule référence au strict objet social semble impliquer.

⁸³³ Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 6 sept. 2011, les juges du fond retenaient en effet que « la société Ozon'Eco doit être considérée en l'espèce comme étant dans la situation d'un non-professionnel car n'intervenant pas dans le domaine de compétence et dans la spécialité de la société Klekoon, de sorte que les dispositions de l'article L. 136-1 du Code de la consommation lui sont applicables ». Il y a donc encore une fois de percutantes tentatives des juges du fond de rallier compétence et protection, manifestant ainsi une volonté jurisprudentielle d'instaurer une protection de la partie faible, circonstanciée et appropriée.

⁸³⁴ E. Poillot, obs. sous Cass. com., 6 sept. 2011, préc.

⁸³⁵ Il est vrai que la solution de la Haute Cour heurte de plein fouet, sur ce point, les argumentations des juges du fond ou des plaideurs, restant dès lors sans réponse. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2008, préc., où les juges du fond avaient affirmé que « dans le cadre de la conclusion du contrat de dépôt, la société Sonalp doit être considérée comme un simple consommateur, l'objet du dit contrat n'ayant strictement aucun rapport avec son activité » (convention à titre gratuit, d'une durée de cinq ans, renouvelable par tacite reconduction, par laquelle ladite société autorisait une autre à installer, dans ses locaux, et à gérer, un distributeur automatique de boissons chaudes) ; ou aussi Cass. com., 3 déc. 2013, préc., où le pourvoi soutenait que « la société Wolseley avait fait valoir qu'elle était uniquement une professionnelle dans le domaine des matériaux de construction mais non en matière d'alarme et de vidéo-surveillance en dehors du champ de sa compétence professionnelle, pour solliciter en sa qualité de non-professionnelle de ces deux spécialités, le droit de se prévaloir de la clause abusive stipulée dans les deux contrats (...) la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations desquelles résultait le défaut de qualité de la société Wolseley de professionnelle de la même spécialité de la surveillance que la société Stanley, au regard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qu'elle a ainsi violé ». Dans ce cas encore, l'affirmation reste nette : pas d'application possible au profit des sociétés commerciales.

SECTION II : LES LIMITES CONSUMÉRISTES *RATIONE MATERIAE*

166. – Plan. L'abstraction consumériste se traduit d'une autre manière que celle qui, en tant que telle, affuble son champ d'application *ratione personae*. En effet, c'est également un schéma contractuel spécifique qui doit exister pour que s'appliquent les protections du droit de la consommation. Or, ce modèle est insuffisant pour englober nombre d'hypothèses contractuelles qui, pourtant, ont tout lieu d'impliquer, comme les autres, de nombreuses parties faibles⁸³⁶ (§I). Le cas des rapports avec l'Administration et les services publics répond de la même sorte d'analyse, plus complexe, néanmoins, à de nombreux égards (§II).

§I – Les hypothèses échappant au schéma contractuel consumériste

167. – Plan. Le modèle contractuel du droit de la consommation est trop rigide. La relation de consommation est parfois troublée. Ceci pose des problèmes de protection du faible. Deux hypothèses traduisent concrètement ces difficultés. D'une part, les consommateurs vendeurs ou prestataires de services ponctuels se trouvent dans une position que le schéma consumériste répugne semble-t-il par essence (A). D'autre part, l'hypothèse de l'intervention d'un tiers non-contractant à une relation contractuelle *a priori* de consommation mérite tout autant d'être analysée (B).

A – Une protection minimisée : les « consommateurs » vendeurs ou prestataires

168. – Généralités. Typologie des hypothèses. Un vendeur ou un prestataire de services peuvent-ils être protégés par le droit de la consommation ? Si l'hypothèse n'est pas aussi courante que le contrat de consommation topique, elle est tout de même fréquente : que l'on songe ainsi à tous ces contrats ponctuels de vente immobilière, ou mobilière, notamment d'occasion⁸³⁷. Que l'on songe également, en se gardant de sous-estimer la créativité possible en la matière, à la figure d'une partie faible prestataire de services à titre exceptionnel. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un opérateur conclue un contrat avec un particulier pour faire installer sur sa propriété du matériel de télécommunications, ou un emplacement

⁸³⁶ Volontairement, un développement ne sera pas ici consacré au domaine médical. Celui-ci pourrait sembler à juste titre avoir sa place. En effet, l'on sait que la protection consumériste (clauses abusives et information) a parfois pu atteindre le monde des soins. Ces applications éparses ont été très critiquées (V. sur toute cette question, N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., nos 242 et s., p. 226 et s.). Et pour cause, le schéma consumériste ne convient pas : il y a là le corps humain, par définition opposé aux choses du commerce, terrain d'élection des contrats de consommation. En outre, subséquemment, tandis que la protection du droit contractuel de la consommation vise à mieux éclairer pour mieux consommer (contrats économiquement efficaces, confiance), l'information en matière médicale n'a aucun but économique, mais vise à la santé, à l'humain. Ainsi donc aurions-nous pu, comme dans les développements qui vont suivre, prendre acte de cette nouvelle conquête illégitime du droit de la consommation pour mieux justifier de la ranger, *de lege ferenda*, dans le champ de la protection générale du consentement de la partie faible. Mais cela nous a semblé inutile. Comme on le sait, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a pris le relais de cette situation guère souhaitable, en érigeant un socle informatif complet et détaillé (certes, celui-ci n'a pas prévu d'équivalents aux clauses abusives, ce qui donnera peut-être quelques prolongements de cette application contestable du droit de la consommation, en toute hypothèse insuffisante pour fonder ici un développement consacré, sous cet axe du moins). Ainsi aborderons nous la matière médicale, riche d'enseignements, sous un autre prisme (essentiellement en matière de dommage réparable (V. *infra* nos 999 et s.) et de régime de responsabilité (V. *infra* nos 964 et s.).

⁸³⁷ V. sur ce point J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 15, p. 15 (où l'on trouve comme exemples, not., « un particulier, par exemple, vend sa voiture à un garagiste, ou encore un particulier vend un appartement à un marchand de biens ». Les exemples les plus courants semblent en effet être ceux du particulier qui vend son véhicule à un concessionnaire, notamment à l'occasion de l'achat d'un nouveau véhicule chez ce même cocontractant, ou encore du professionnel qui sonde les bonnes affaires sur les innombrables sites de vente d'occasion).

publicitaire. Au vrai, les applications possibles sont assez nombreuses, dès lors que l'on envisage le cas où un particulier peut agir pour un professionnel, comme prestataire ponctuel.

169. – La partie faible est indifféremment vendeur ou acheteur. On le voit, les enjeux de la question sont à la mesure de ces nombreuses potentielles parties faibles, dont la qualité de vendeur ou de prestataire ne change rien, le cas échéant, au besoin potentiel de protection du consentement⁸³⁸. Les risques sont identiques : l'on y trouve en effet la relation d'un particulier avec un professionnel spécialiste des contrats qu'il propose. Ceux-ci sont souvent pré-rédigés, ce à quoi l'on peut ajouter l'exploitation potentielle d'un besoin d'argent, et donc une certaine situation de nécessité⁸³⁹... Les limites de la personnalisation apparaissent ainsi distinctement : il va de soi que la partie faible peut tout autant être un vendeur qu'un acheteur. Tout dépend du contrat, de ses conditions, et du cocontractant.

170. – Plan. Or, le droit de la consommation semble aujourd'hui s'emparer, par la voie législative, de cette question, à la suite d'une jurisprudence qui semblait accorder du crédit à l'idée du consommateur-vendeur ou prestataire⁸⁴⁰. Attardons nous d'abord sur l'illégitimité de la voie consumériste pour apporter une protection en cette matière (1)⁸⁴¹. Voyons ensuite dans quelle mesure cette protection est, en outre, critiquable au plan pratique. Elle semble en effet contingente et donc insatisfaisante, laissant sans protection de nombreux contractants pourtant, encore une fois, potentiellement placés dans une situation de faiblesse informationnelle (2),

1 – La protection échappe au droit de la consommation

171. – A première vue, le droit de la consommation englobe ces hypothèses. Au premier abord, l'on pourrait croire que le droit de la consommation est suffisamment large pour s'appliquer à ces situations. En effet, la nouvelle définition du consommateur n'énonce-t-elle pas, assez largement, qu'un consommateur est « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »⁸⁴² ? En l'occurrence, ces vendeurs ou prestataires pourraient très bien, s'ils agissent sans lien avec leur activité professionnelle, et avec un professionnel, entrer dans cette définition du consommateur : elle ne vise que le fait d'agir, pas spécialement d'acquérir.

⁸³⁸ V. en ce sens E. Gicquiaud, « Le consommateur-vendeur », D. 2014, p. 559 et s., spéc. n° 3

⁸³⁹ C. Rondey (obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005, cité ci-après) ajoute sur ce point, dans l'hypothèse du particulier qui loue une partie de sa propriété au profit de l'activité d'une société, que ces contrats sont effectivement souvent pré-rédigés, ajoutant qu'ils impliquent en outre de longues durées, et un certain nombre de conséquences difficiles à envisager d'emblée pour le particulier, comme les conséquences de l'installation à l'issue du contrat, les conditions d'entretien et de maintenance des installations (l'on pourrait ajouter de nuisances sonores ou, d'ailleurs, d'autres natures). Autant d'éléments qui militent pour une protection particulière de ces contractants, le cas échéant.

⁸⁴⁰ C'était déjà not. le cas chez les juges du fond en matière de location d'emplacement publicitaire (V. par ex. CA Douai, 29 juin 2000 (n° JurisData : 2000-144725) ; ce fut ensuite le cas par un important arrêt de la Cour de cassation, dans une espèce où une personne avait consenti un bail à une société pour qu'elle y implante du matériel de télécommunications (Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005 (04-11.831) : Bull. civ. I, n° 160 ; D. 2005, p. 1081, obs. C. Rondey ; RDC 2005, p. 1090, note J.-B. Seube ; Gaz. Pal. 2005, p. 3416, note E. Bazin) (*Adde* l'arrêt de renvoi pour l'application de la solution : CA Nîmes, 15 janv. 2008 (n° JurisData : 2008-364715) : JCP G 2008, II, 10137, obs. F. Bérroujon).

⁸⁴¹ Il s'agit ici d'un prolongement de l'exclusivisme attractif qui a été décrit en introduction (V. *supra* n°s 25 et s.).

⁸⁴² Art. préI. C. consom.

172. – A l’analyse, ces hypothèses échappent au droit de la consommation. Il nous semble fort peu certain, à l’analyse, que la matière intéresse le droit de la consommation. L’idée d’un modèle inversé de « consommateur-créancier »⁸⁴³ n’est guère rigoureuse. Malgré cela, d’aucuns souhaitent que le droit de la consommation s’applique : encore une émanation de ce que celui-ci serait le droit commun de la protection de la partie faible⁸⁴⁴.

173. – Disharmonie terminologique. D’abord, il y a un problème terminologique. En effet, si la situation de ces contractants vendeurs ou prestataires peut, semble-t-il, entrer dans le cadre de la nouvelle définition précitée, ce n’est en vérité nullement le cas à l’aune de l’idéologie profonde de cette définition. Elle tient son sens de son origine étymologique, d’inspiration latine (*consumĕre, consummare*), signifiant absorber, détruire, user, achever⁸⁴⁵. Ainsi, un consommateur ne peut produire de richesses à partir de celles qu’il se procure.

174. – Incohérence fonctionnelle. Ensuite, de nos jours, le droit de la consommation est fortement imprégné d’une signification économique, poursuivant une logique de marché⁸⁴⁶. Or, celle-ci empêche de pouvoir valablement considérer que le droit de la consommation a une vocation à régir les relations ponctuelles de contractants démontrant d’une autre fonction que celle qui lui est attribuée : être le destinataire final de produits ou de services. Pour cette raison, le contractant qui n’agit pas de la sorte n’apparaît pas comme devant être protégé par le droit de la consommation, puisqu’il sort de la logique qui imprègne et justifie ce droit.

175. – Aspect civiliste de la marginalité de ces contrats. En outre, le fait de consommer s’apparente mal à la vente ou le service, de manière, si ce n’est exceptionnelle ou marginale, peu fréquente, car ceci appuie l’aspect civiliste de la relation⁸⁴⁷.

176. – Paradoxes de l’attraction consumériste. Il serait, au reste, peu admissible que les fortes réticences visant à refuser l’élargissement de la protection à certains (dans la mesure où il ne s’agirait pas des exactes mêmes circonstances, ou des mêmes fonctions exercées), conduisent ici, au contraire, à

⁸⁴³ C. Rondey, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005, préc. (en effet, « *L’on pourrait résumer ainsi la situation : les rôles du débiteur et du créancier sont inversés. L’appauvrissement n’est plus du côté du consommateur, lequel bien au contraire doit tirer des revenus de cette location* »).

⁸⁴⁴ V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 15, p. 15

⁸⁴⁵ V. sur ce point *supra* n° 67

⁸⁴⁶ V. *supra* nos 132 et s.

⁸⁴⁷ V., malgré le plaidoyer pour l’encadrement par le droit de la consommation de ces contractants, concédant ce point : J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 15, p. 15 ; V. *contra* E. Bazin, note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005, préc., selon lequel une telle conception du consommateur est « *archaïque* ». En vérité, elle correspond davantage à un recadrage, qui dérange parce que l’on s’était déjà habitués à un tout-consumérisme, un quasi-droit commun de la protection du faible. C’est qu’il ne faudrait pas nier les limites de sa fonction dès lors même qu’elles induiraient des solutions contraires à ce qu’a imposé depuis plusieurs décennies la méthode erronée de l’exclusivisme consumériste (et qui, d’ailleurs, ne choque personne lorsqu’elle précarise d’autres contractants dont la protection apparaît probablement moins politiquement correcte, comme pour les professionnels-consommateurs). Cette doctrine qui s’offusque de telles prescriptions semble, en outre, faire une confusion entre deux choses : plaider contre une protection, critiquable, par le droit de la consommation n’est pas s’opposer à la protection du faible ! Par ex., E. Bazin (note préc.), traitant de l’opportunité de la solution du 30 mars 2005, affirme clairement que « *ce n’est pas parce que le consommateur est un bailleur qu’il n’y a pas lieu de remédier au déséquilibre contractuel qui existe* ». L’on y distingue assez nettement la confusion précitée : une solution opportune n’est pour autant guère salutaire lorsqu’elle est illégitime. C’est en effet dissimuler l’ensemble des conséquences d’un droit précisément opportun sans être légitime : or, l’ensemble de la présente étude entend précisément démontrer ce qu’une telle démarche peut produire d’accablant.

accueillir ces contractants vendeurs ou prestataires ! L'on ne peut défendre à la fois la conception la plus stricte du consommateur, et préconiser une telle extension, qui a pourtant tout d'exogène à la matière⁸⁴⁸. Il faut le dire encore : toute partie faible n'est pas un consommateur.

2 – La protection par le droit de la consommation est pernicieuse

177. – Généralités. Au total, l'on peut douter que, devant l'apparence d'une amplitude suffisante pour englober ces situations, la définition du consommateur soit véritablement conçue comme devant les encadrer. C'est d'ailleurs pour cela que la prise en charge de cette question par le droit de la consommation a expressément visé certaines de ses hypothèses. Cela démontre bien que ce rattachement à la matière n'allait pas de soi. Au-delà de cette question, démontrons maintenant en quoi cette protection consumériste est, en substance, insatisfaisante, et doit laisser place à un système de partie faible en droit commun.

178. – Protection consumériste du *consommateur-vendeur de métaux précieux*. Malgré ce qui vient d'être dit, le législateur a, dans la même réforme récente que celle qui a enfin érigé une définition du consommateur, entendu se préoccuper de tels contractants vendeurs... dans le Code de la consommation. Ainsi, l'on trouve désormais une nouvelle Section XV, au sein du chapitre relatif aux pratiques commerciales règlementées, concernant spécialement les « Contrats d'achat de métaux précieux », codifiant de nouveaux articles L. 121-99 et suivants. L'hypothèse régie est celle de l'important développement du rachat professionnel de l'or et autres métaux précieux aux particuliers, par de vastes campagnes⁸⁴⁹.

179. – L'intervention du droit de la consommation. Voilà que le législateur ne semble pas s'être encombré de considérations d'exogénéité pourtant élémentaires : le contractant vendeur, en dehors de son activité professionnelle et face à un professionnel, serait donc un « *consommateur-vendeur* »⁸⁵⁰.

180. – Critique. De l'incidence du spécial sur le général : la protection d'une seule situation précarise toutes les autres. Mais c'est là faire l'économie d'une réflexion aussi rudimentaire que fondamentale. En effet, cette consécration spéciale du consommateur-vendeur est loin d'être anodine : elle suggère clairement qu'il s'agit là d'un cas particulier, qui s'oppose au cas général visé par la définition générale de l'article préliminaire du Code de la consommation, autrement dit au consommateur-acquéreur⁸⁵¹. Voici dès lors ce que l'on peut en déduire : la définition générale de consommateur ne s'applique qu'aux véritables consommateurs, ceux qui acquièrent. Au contraire, la

⁸⁴⁸ V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., qui, tout en prônant une conception la plus stricte du consommateur not. à des fins de sécurité car de prévisibilité (not. n° 13, p. 12-13), veut que les consommateurs vendeurs ou prestataires entrent dans le champ consumériste et alors même que l'accent est placé sur l'inadéquation avec ce qu'est normalement un consommateur (ibid., n° 15, p. 15).

⁸⁴⁹ Cette pratique a connu une expansion démesurée, due à la flambée du cours de l'or faisant notamment suite à la crise initiée fin 2007.

⁸⁵⁰ L'expression découle d'abord du choix du législateur dans les art. L. 121-99 et s. C. consom. ; elle a été reprise en doctrine : V. not. E. Gicquiaud, « Le consommateur-vendeur », D. 2014, p. 559 et s.

⁸⁵¹ V. en ce sens E. Gicquiaud, art. préc., spéc. p. 559, n° 1 (parlant d'ailleurs de disposition à « *contre-courant* »).

protection des consommateurs-vendeurs n'est limitée qu'aux seuls cas expressément prévus : en l'occurrence, la seule hypothèse de l'achat des métaux précieux. En conséquence, l'ensemble des autres contractants situés dans cette position de vendeur ou de prestataire, et dans une situation de faiblesse informationnelle mais n'entrant pas dans cette seule catégorie, semble être exclu de toute protection particulière⁸⁵². Ainsi, les multiples contractants potentiels qui ont été cités⁸⁵³ pourraient être valablement exclus de la protection consumériste. En outre, à considérer ce raisonnement d'une manière stricte, la démarche législative semblerait même s'opposer au maintien de la jurisprudence ancienne, protégeant les consommateurs-prestataires⁸⁵⁴. Tout ceci n'est donc guère satisfaisant⁸⁵⁵, d'autant qu'il apparaît assez distinctement que « *c'est moins les risques d'escroquerie ou de dépouillement du client démarché que le déséquilibre contractuel existant entre les parties que les magistrats sanctionnent* »⁸⁵⁶. De ce fait, le traitement très partiel du problème par le législateur est peu compréhensible.

181. – Précarisation. Retour à la case départ. « *Bien que pouvant être qualifié de partie faible au contrat, le client-vendeur ne bénéficie pas d'un régime juridique protecteur* »⁸⁵⁷. Qu'advient-il, dès lors ? Dans la plupart, voire l'ensemble, de ces cas, ces contractants seront renvoyés au droit commun de la protection du consentement, dont on verra les fortes lacunes aujourd'hui⁸⁵⁸. Plus précisément, ils seront probablement renvoyés au droit commun de la vente. Or, l'on a vu les lacunes existant en la matière⁸⁵⁹. Leur protection sera donc très incertainement assurée en ce domaine, où, entre autres, la logique consumériste des rôles semble avoir conquis du terrain⁸⁶⁰. Et pour cause : « *rien dans le Code civil ne permet de tenir compte de la spécificité du rapport de force dans les relations contractuelles entre un acquéreur-professionnel et un vendeur-particulier, par rapport au schéma classique de la vente* »⁸⁶¹.

⁸⁵² V. en ce sens E. Gicquiaud, art. préc., spéc. p. 560, n° 5 (et pas même d'une protection à titre de commerçant, comme le contrat est seulement ponctuel : *ibid.*, p. 560, n° 6). L'on pourrait songer à une éventuelle protection par la notion de non-professionnel, prévue par certains textes (V. *supra* n° 127). Mais cette solution ne convient guère : l'on a vu que le recours à celle-ci n'avait pas véritablement produit d'effet protecteur, ni aux professionnels-consommateurs (V. *supra* nos 126 et s.), ni aux personnes morales (V. *supra* nos 146 et s.), à tel point que l'on en préconise la suppression (V. *infra* n° 510).

⁸⁵³ V. *supra* nos 168-169

⁸⁵⁴ Qui a été vue *supra* n° 170. En effet, même si le texte sur le démarchage mentionne « *toute personne physique* », le lien est indéniable avec la notion de consommateur (V. not. en ce sens la démonstration de C. Rondey, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005, préc.). L'exclusion de cette jurisprudence s'expliquerait ainsi, elle-aussi, par ce qui vient d'être dit du rapport entre le nouveau droit spécial du « consommateur-vendeur » et la définition générale du consommateur.

⁸⁵⁵ D'autant que les solutions de cette jurisprudence apparaissent assez critiquables. Par ex., dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 30 mars 2005, l'application du démarchage n'était guère évidente, pour ne pas dire erronée : « *Tout d'abord, parce que les auteurs de la loi sur le démarchage entendaient protéger les consommateurs démarchés par les professionnels de la location qui tentent, en qualité de bailleurs, de persuader les consommateurs de devenir locataires des biens qu'ils proposent à la location. Ensuite, parce que s'il est vrai qu'en français le terme « louer » est polysémique et décrit aussi bien l'action de donner à bail que celle de prendre à bail, l'expression « proposer (...) la location » utilisée par l'article L. 121-21 du Code de la consommation est quant à elle dépourvue de toute ambiguïté. C'est faire une entorse à notre langue que de considérer qu'offrir une somme d'argent pour pouvoir occuper un immeuble pendant une période déterminée équivaut à « proposer la location » d'un bien* » (F. Bérroujon, obs. sous CA Nîmes, 15 janv. 2008, préc. ; V. *contra* : E. Bazin, note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005, préc. ; *Adde* les réserves de J.-B. Seube (note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005, préc.), sur le respect par une telle solution de l'esprit de la loi). L'on voit donc que l'accueil, illégitime, du droit de la consommation se fait en plus au prix d'appréciations déformantes. Autant de raisons de plaider pour l'exode vers un système de droit commun.

⁸⁵⁶ C. Rondey, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005, préc.

⁸⁵⁷ E. Gicquiaud, art. préc., p. 561, n° 9

⁸⁵⁸ Titre II de la présente partie de l'étude (*infra* nos 295 et s.).

⁸⁵⁹ V. *infra* nos 303 et s.

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ E. Gicquiaud, art. préc., p. 562, n° 10

182. – Enième bévue législative. L'on a d'ailleurs encore une preuve que le législateur réagit plus par opportunité que sous l'empire d'une réflexion suffisante⁸⁶². Or, à nouveau, c'est oublier qu'il s'agit là d'une problématique bien plus ample que la détection d'une situation isolée, à encadrer en urgence. En effet, il y a véritablement eu, dans ce domaine, une révolution socio-économique, que le droit ne prend qu'insuffisamment et peu rigoureusement en compte⁸⁶³.

183. – Vers une protection de la partie faible en droit commun. Cette globalité du problème serait correctement traitée par un régime de protection de la partie faible en droit commun, suffisamment large pour accueillir ces contractants, et légitime pour le faire. Le *consommateur* vendeur ou prestataire n'existe pas, et doit disparaître de la matière consumériste⁸⁶⁴. Ceci participe également de la présente étude : clarifier le droit de la consommation en rapatriant dans le droit commun ce qui lui revient, et ainsi éviter des constructions parcellaires et incohérentes. Ce serait aussi clarifier cette question précise : il y a là un « *vide juridique (...). L'absence de statut juridique clairement défini concernant le client-vendeur est source d'insécurité préjudiciable tout autant pour le vendeur qui risque d'être victime d'abus, que pour l'acquéreur qui ne peut établir précisément les règles auxquelles il est soumis* »⁸⁶⁵.

B – Une protection escarpée : l'intervention d'un tiers non-contractant

184. – Généralités. Inexistence *stricto sensu* d'une relation de consommation. La relation contractuelle qui entre dans le cadre du droit de la consommation est celle qui implique un consommateur (ou non-professionnel⁸⁶⁶) et un professionnel. Ceci relève du truisme⁸⁶⁷, et, pourtant, est source d'une problématique : le droit de la consommation doit-il s'appliquer lorsque la relation échappe à ce strict modèle abstrait, et qu'un tiers professionnel intervient au contrat, sans y être partie⁸⁶⁸ ?

⁸⁶² Not. suite à une enquête, en 2012, de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sur le besoin de protection en la matière, aux résultats accablants (<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/rachat-dor-vaste-enquete-dgccrf-menee-en-2012>); et de l'Institut national de la consommation dans le même sens (http://www.conso.net/page/bases.1_actualites.6_dossier_d_actualite.60_vendre_son_or/). C'est d'ailleurs not. le manque d'information qui préfigure aux critiques les plus importantes de ces rapports.

⁸⁶³ V. not. E. Gicquiaud, art. préc., spéc. p. 560, n° 3 (et not. « *Si la vente de produits d'occasion par les particuliers n'est pas un phénomène nouveau, elle a longtemps été réservée aux crédits municipaux et aux brocanteurs. Toutefois, leur importance sur le marché des biens d'occasion est aujourd'hui moindre, tout autant pour les crédits municipaux qui sont concurrencés directement par les enseignes de dépôt-vente et d'achat-revente, que pour les brocanteurs qui sont spécialisés dans le commerce d'antiquités. Désormais, une personne qui souhaite vendre ses biens meubles a le choix entre la vente de particulier à particulier qui se fait généralement sur internet, la vente aux enchères et le dépôt-vente* »).

⁸⁶⁴ En effet, si l'on a pu souligner que le droit de la consommation apparaissait ici opportun pour régir ces situations « *par sa plasticité et son aptitude à saisir les rapports déséquilibrés* » (J.-B. Seube, note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005, préc.), ce qui est au reste vrai en l'état actuel du droit, c'est oublier que ces caractéristiques découlent, au fond, d'un champ d'application trop large et illégitime. Une fois encore, réfuter que la protection consumériste ait ici à s'appliquer ne revient pas à réfuter qu'il y ait ici des parties faibles : c'est au contraire vouloir tout à la fois la fin et les moyens appropriés.

⁸⁶⁵ E. Gicquiaud, art. préc., p. 559 et s., spéc. p. 562, n° 12

⁸⁶⁶ A ceci près que, comme on l'a vu, la notion de non-professionnel ne protège en réalité (presque) personne (ni les professionnels (V. *supra* nos 126 et s.) ni les personnes morales (V. *supra* nos 146 et s.)), à tel point que l'on en préconise la suppression (V. *infra* n° 510).

⁸⁶⁷ Au-delà de l'évidence de la remarque, qui découle d'une vue globale du droit de la consommation et de son essence même, cela résulte de la rédaction des textes les plus symptomatiques en matière de protection du consentement. Par ex., *in fine*, des art. 111-1 et s. C. consom., qui ne traitent que des deux protagonistes ; ou de manière cette fois la plus claire, de l'art. L. 132-1 C. consom., qui énonce distinctement son application « *les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs* ».

⁸⁶⁸ V. sur cette hypothèse problématique J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 178-1, p. 215-216

185. – Pas de problème dans une relation BtoB. Le cas d'une relation BtoB ne pose guère de difficultés. Elle échappe naturellement au droit de la consommation. Le fait qu'un autre professionnel vienne s'y adjoindre n'a aucune incidence. Un tel contrat sera régi, soit par les dispositions spéciales du droit commercial, soit par le droit commun (*de lege ferenda*, de la partie faible).

186. – Problème dans une relation CtoC. Mais dans une relation CtoC (on préférerait d'ailleurs PtoP⁸⁶⁹) ? Celle-ci échappe normalement au droit de la consommation, et revient au droit commun. Mais l'un de ces particuliers peut très bien être assisté, d'une multiplicité de manière, au moment de la conclusion de son contrat. La plupart de ces hypothèses d'assistance n'intéresseront pas notre propos : chacun est libre de consulter pour mieux conclure, surtout un particulier qui cherche ainsi à s'informer et à sécuriser son engagement. Mais, dans certains cas, l'intervention d'un tiers non-contractant au profit de l'un de ces particuliers va perturber la netteté de la relation.

187. – Situation. L'hypothèse naît lorsque le cocontractant de ce particulier assisté se trouve dans une position similaire, pour ne pas dire identique, à celle d'un consommateur confronté à un professionnel (ou plutôt, d'une partie faible à une partie forte⁸⁷⁰). L'on distingue nettement le nœud du problème : sans contracter avec un professionnel (le particulier assisté reste le véritable cocontractant), ce contractant risque pour autant assez fortement de se trouver en situation de faiblesse⁸⁷¹. Il sera en effet confronté, au moment de conclure, non pas au particulier assisté, mais au professionnel assistant.

188. – Ni la lettre ni l'esprit du droit de la consommation ne lui permettent de régir ces hypothèses. Comme le concède M. Calais-Auloy, il serait contraire à « *la lettre du Code* » que le droit de la consommation régisse ces hypothèses⁸⁷². Or, la lettre sans l'esprit ne reflète qu'imparfaitement le droit : « *le droit est plus grand que la règle de droit* »⁸⁷³. Qu'en est-il donc de l'esprit, ici ? D'aucuns songent que le recours à l'esprit consumériste permet de surmonter la problématique de la lettre, notamment en matière de clauses abusives, puisqu'effectivement le contrat se trouve pré-rédigé par un professionnel⁸⁷⁴. Nous n'en sommes guère convaincus.

189. – Preuve par un raisonnement *a contrario*. A raisonner *a contrario*, qu'est-ce qui empêcherait le droit de la consommation de régir définitivement la quasi-intégralité des contrats de droit commun ?

⁸⁶⁹ « *Particulier à particulier* », car il ne s'agit alors pas véritablement de consommateurs, à tel point que le droit de la consommation ne s'applique justement pas (normalement) !

⁸⁷⁰ V. not. en ce sens J. Kullmann, « *Clauses abusives et contrat d'assurance* », RGDA 1996, p. 38 (et not. : « *l'immixtion de l'intermédiaire doit pouvoir être prise en considération dans la recherche de la qualité de profane* » (citant comme exemple un assuré conseillé par son courtier : « *il paraît excessif de protéger la personne qui, avec l'aide de son courtier, a demandé et obtenu une modification des clauses proposées par l'assureur (...). Dans cette situation, la connaissance peut en effet être apportée au cours de l'élaboration du contrat d'assurance* »)). C'est aussi le cas, pour reprendre un exemple encore plus topique de cette problématique cité par J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 178-1, p. 215, du louage d'habitation dans lequel le bailleur est souvent représenté par un professionnel (not. une agence) : c'est alors que le locataire (particulier) est confronté à un véritable spécialiste, tandis que le cocontractant reste bien le bailleur (souvent un particulier, pas nécessairement compétent).

⁸⁷¹ En effet, pour reprendre l'exemple précité, le locataire particulier se trouve confronté non pas au bailleur (particulier) mais au professionnel et signe un contrat, le plus souvent, pré-rédigé. L'on retrouve bien là des indicateurs potentiels d'une situation d'asymétrie informationnelle (V. not. *infra* n°s 718 et s.).

⁸⁷² J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 178-1, p. 215

⁸⁷³ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 21 et s.

⁸⁷⁴ J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 178-1, p. 215

En effet, dès lors que, dans un contrat de gré à gré, qui reste théoriquement l'apanage du droit commun, l'une des parties se trouve assistée et/ou représentée, où doit-on fixer le seuil à partir duquel ce contrat devient régi par le droit de la consommation ? Il y a fort à croire, après ce que l'on a conclu à l'endroit de l'exclusivisme consommériste⁸⁷⁵, que ces contrats seraient intégralement régis par la matière consommériste.

190. – Preuve par le paradoxe généré, le cas échéant. Soulignons à nouveau combien il serait paradoxal de plaider certaines fois pour la conception la plus restreinte du champ d'application du droit de la consommation en vertu d'un prétendu souci de sécurité ; et, d'autres fois, de plaider, comme dans les hypothèses qui précèdent, pour son applicabilité, par opportunité, à des figures qui répondent au contraire d'une logique extensive. A cet égard, un arrêt récent ne vient-il pas, le plus clairement possible, d'affirmer que « *l'action en suppression des clauses illicites ou abusives des associations visées à l'article L. 421-1 du Code de la consommation est limitée aux contrats destinés ou proposés aux seuls consommateurs* », et pas aux non-professionnels⁸⁷⁶ ? Il est vrai, après tout, que les textes en la matière n'évoquent que le consommateur⁸⁷⁷. Mais voilà que l'on invoquerait ici une lecture stricte de la lettre, pour refuser de protéger les non-professionnels, et que l'on martèlerait là l'esprit du droit de la consommation, pour pallier une lacune de sa lettre ! Considérer, après cela, entre autres⁸⁷⁸, que l'esprit consommériste serait caractérisé par une volonté bienveillante d'extension serait pour le moins osé.

191. – Éléments jurisprudentiels. Absence de position claire. Simples pistes. Protection consommériste lacunaire et incertaine. Au-delà d'être illégitime, le droit de la consommation est encore ici inadéquat, car abstrait, et peu sûr. En effet, l'on ne dispose pas véritablement d'une réponse claire en droit positif, à la question de savoir si la relation peut être régie par le droit de la consommation dans l'hypothèse précédente, où l'intermédiaire intervient comme interlocuteur (et rédacteur) du particulier cocontractant. Il existe toutefois d'autres hypothèses proches, qui peuvent être utilement invoquées pour tenter d'y découvrir des éléments de réponse. Celles-ci traitent également du rôle global d'un tiers non-contractant, mais sans que celui-ci n'intervienne personnellement à l'acte. L'on trouve l'exemple essentiel⁸⁷⁹ dans la rédaction, par des instances professionnelles, de certains modèles de contrats. Or, ces solutions permettent également de trancher dans le sens de l'éviction du

⁸⁷⁵ V. *supra* nos 25 et s.

⁸⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2014 (13-13.779 et 13-14.203) : D. act. 11 juin 2014, obs. X. Delpech ; JCP E 2014, 445 ; LPA 2-3 sept. 2014, note N. Litaize ; RLDA juil.-août 2014, 44, obs. D. Chelliah

⁸⁷⁷ Art. L. 421-1 et s. C. consom.

⁸⁷⁸ Où est cet esprit lorsque l'on constate l'état de la (non) protection des professionnels-consommateurs via le rapport direct (V. *supra* nos 73 et s.), et, à plus forte raison encore, par l'inefficacité de la notion de non-professionnel à leur égard (V. *supra* nos 126 et s.) ?

⁸⁷⁹ Mais pas le seul. On rattachera ici également l'hypothèse intéressante où un compromis de vente avait été signé entre deux personnes physiques non-professionnelles au domicile de l'une d'elles. Mais il existait une faculté de substitution, de telle sorte que se cachait en fait derrière les prétendus acquéreurs particuliers, une société marchande de biens. C'est ce qui a poussé les juges du fond à affirmer que « *C'est à juste titre que le vendeur de plusieurs parcelles de terrains soutient que le compromis de vente est soumis aux dispositions de l'article L. 121-21 du Code de la consommation. Si le compromis de vente a été conclu au domicile du vendeur, entre deux personnes physiques non professionnelles, l'acheteur final n'était pas un particulier non professionnel. En effet, les parcelles en cours d'acquisition étaient destinées à la création d'un lotissement et l'acheteur final est une société marchande de bien, en formation lors de la signature du compromis de vente qui doit se substituer à l'acheteur initial, gérant de ladite société* » (CA Rennes, 10 févr. 2011 (n° JurisData : 2011-023138)). Pour les raisons que l'on a évoquées, le recours au droit de la consommation est injustifié : il y avait effectivement à s'interroger sur cette situation potentielle de faiblesse, par le prisme de ce montage, mais le contrat restait conclu entre deux particuliers. Encore une situation où l'invocation du droit commun, *de lege ferenda*, de la partie faible eut été préférable.

droit de la consommation.

192. – Illustration. Arrêt du 3 février 2011. Evoquons notamment l'affaire ayant donné lieu à un lumineux arrêt du 3 février 2011⁸⁸⁰. Les faits étaient simples : une association proposait des modèles de contrats destinés à servir à des bailleurs non-professionnels (location saisonnière), pour les proposer aux locataires. Considérant une clause comme abusive, une association agréée engagea une action préventive en suppression. Pour autant, le contrat restait conclu, bien plus encore que dans l'hypothèse précédente, entre deux particuliers, ce qui devait engendrer l'application des règles du Code civil, et exclure celles du droit de la consommation. C'est d'ailleurs en ce sens⁸⁸¹ qu'avait tranché la cour d'appel de Grenoble⁸⁸². La Haute Cour, après avoir énoncé, dans un chapeau interne, que « *l'action préventive en suppression de clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée* », casse pourtant la décision des juges du fond. Cette solution semble d'abord s'opposer à notre démonstration : ici, l'objet vaudrait davantage que le contractant. Autrement dit, peu importe que les professionnels soient contractants ou non : ils marquent « *durablement et... négativement de leur empreinte* » ces modèles de contrats⁸⁸³. En vérité, l'analyse de la portée de cette décision plaide l'inverse, tant elle n'est pas représentative du besoin existant en la matière⁸⁸⁴.

⁸⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011 (08-14.402) : Bull. civ. I, n° 23 ; D. 2011, p. 1659, note G. Chantepie ; *ibid.*, p. 510, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2011, p. 350, obs. B. Fages ; RLDC juin 2011, p. 7, obs. D. Houtcieff ; RTD com. 2011, p. 404, obs. B. Boulloc ; JCP G 2011, 414, note G. Paisant ; JCP E 2011, 1285, note N. Dupont ; CCC 2011, n° 102, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2011, p. 2864, note S. Piedelièvre ; Dr. et proc. 2011, p. 145, note V. Valette-Ercole ; RLDA mars 2011, p. 41, obs. A. Lecourt ; RLDC avr. 2011, p. 11, obs. A. Paulin

⁸⁸¹ Qui reprenait la solution de l'arrêt qui gouvernait jusqu'alors cette question (Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999 (97-14.187) : Bull. civ. I, n° 147 ; JCP G 1999, II, 10205, note G. Paisant ; Defrénois 1999, p. 1004, note D. Mazeaud ; D. 2000, p. 48, note J.-P. Pizzio ; CCC 1999, n° 124, note L. Leveneur).

⁸⁸² CA Grenoble, 15 janv. 2008 (n° JurisData : 2008-356520) (pour retenir l'irrecevabilité de l'action, les juges du fond avaient en effet considéré qu'il « *n'est pas contesté que ces associations, ayant la qualité de professionnels participant à l'industrie du tourisme et des loisirs, n'effectuent aucune location et n'interviennent pas directement auprès des locataires et ajoute, par motifs adoptés, que l'absence de trace de leur intervention directe aux contrats de location saisonnière ne permet pas d'envisager que les consommateurs soient confrontés à ces associations en tant que victimes d'éventuels abus de leur part, faute de bénéficiaire de prestations effectives et rémunérées en tant que telles, avant, pendant ou après la location* »). Et la solution était effectivement critiquable : il y avait assimilation des conditions de l'action individuelle et de l'action préventive des associations (V. en ce sens D. Houtcieff, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011, préc. (et not. : « *La justification de l'assimilation des conditions des articles L. 132-1 et L. 426-1 n'était pourtant rien moins qu'évidente. Les finalités de chacune de ces deux actions ne se confondent guère : cependant que l'une saisit les clauses en amont et pour l'ensemble des contrats pratiqués par le professionnel partie à l'instance, l'autre les combat, en aval, convention par convention. Les intérêts protégés par l'action préventive débordent ainsi, sans conteste, celui que porte l'action individuelle* ») ; V. aussi dans le même sens G. Paisant, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011, préc.).

⁸⁸³ B. Fages, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011, préc. (en effet, « *C'est dire désormais que, s'agissant de cette action, la qualité de professionnel suffit. Celle de partie contractante est superflue* »).

⁸⁸⁴ L'on aura pas développé, volontairement, une autre affaire importante qui aurait pu être rattachée à ce thème, dans laquelle la Haute Cour affirmait que « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins entre l'adhérent et l'assureur qui l'a agréé un lien contractuel direct, de nature synallagmatique* », et qu'ainsi la législation consumériste sur les clauses abusives trouve à s'appliquer (Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008 (05-21.822) : Bull. civ. I, n° 145 ; D. 2008, p. 1954, note D.-R. Martin ; *ibid.*, p. 1547, obs. X. Delpech ; D. 2009, p. 397, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2008, p. 477, obs. B. Fages ; JCP G 2008, II, 10133, note A. Sériaux ; *ibid.* I, 179, obs. P. Grosser ; *ibid.* I, 218, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; Gaz. Pal. 2009, p. 595, note S. Ben Hadj Yahia ; Defrénois 2008, p. 1974, obs. E. Savaux ; RDC 2008, p. 1135, obs. D. Mazeaud ; *ibid.*, p. 1155, obs. O. Deshayes ; RJDA 2009, n° 579 ; RLDA juil.-août 2008, p. 45, note M. Bruschi (sur cet arrêt, V. aussi Goldie-Genicon, D. 2008, p. 2447 et s.). L'on y a vu la consécration (D.-R. Martin, obs. préc. (intitulées « *Consécration d'une figure : la stipulation de contrat pour autrui* ») d'une figure proposée bien plus tôt (par le même auteur, « *La stipulation de contrat pour autrui* », D. 1994, p. 145 et s.). Si la solution ne retiendra pas l'attention, c'est parce qu'elle ne mérite guère d'être contestée. En effet il s'agissait d'un particulier, cocontractant d'un établissement de crédit et adhérent d'une assurance de groupe issue d'une compagnie d'assurances : il aurait été un peu fort que le problème, assez marginal, de la stipulation pour autrui vienne ici interdire de considérer qu'il y avait bien là un consommateur face à un (deux) professionnel ! Nous concéderons donc cette solution au droit de la consommation, car l'hypothèse n'est pas ici de protéger un pseudo-consommateur, alors qu'il y a une relation entre particuliers, mais bien de protéger un véritable consommateur (le crédit et l'assurance en sont d'ailleurs désormais des applications fréquentes).

193. – Critique. Solution non contradictoire. Tout d’abord, elle ne semble procéder qu’à un alignement sur l’évolution des textes⁸⁸⁵, et sur leur esprit, tel que dicté par les juges du Luxembourg⁸⁸⁶. La solution est donc contingentée à l’hypothèse d’une telle action associative en matière de clauses abusives. Partant, elle est, du point de vue de la problématique de notre propos, marginale. Prenons comme exemple le devoir d’information, et l’hypothèse dans laquelle l’un des deux particuliers contractants serait conseillé par un professionnel, même présent à l’acte. Le droit de la consommation ne pourrait s’appliquer, alors même que les conditions, pour le cocontractant de cette partie assistée, faussement seule, seraient identiques à celles d’un consommateur. L’on détecte donc assez aisément ici un interstice nécessitant de manière indispensable la création d’un régime protecteur plus large que la voie consumériste. En l’occurrence, nul doute que, dans un tel cas, le cocontractant précité pourrait trouver à être protégé par un régime protecteur de la partie faible en droit commun⁸⁸⁷.

194. – Critique. Limite des mécanismes. Ensuite, comme le souligne précisément M. Chantepie, par là même, « *Subsiste encore le risque d’un déséquilibre individuel. A cet égard, l’arrêt commenté souligne les limites des mécanismes actuels* »⁸⁸⁸. En effet, l’on en revient alors à l’application des textes généraux : l’article L. 132-1 du Code de la consommation, comme l’ensemble (ou presque) dudit code, prévoit que la protection s’applique s’il y a un contrat entre un consommateur et un professionnel. Ainsi, une telle clause ne pourra être sanctionnée par le droit de la consommation, si elle est invoquée non pas au moyen de l’action préventive d’une association, mais par une demande individuelle. Dès lors, la « *cohérence du système n’est pas assurée* »⁸⁸⁹ : voilà que le contractant immédiatement victime sera précarisé, tandis que le contractant virtuellement victime sera protégé ! Plus encore, s’il est démontré que le modèle contractuel contenant une clause abusive a été utilement corrigé ou toiletté de ladite clause avant l’instance introductive, alors l’action de l’association sera sans objet et devra donc être rejetée⁸⁹⁰. Fort bien, mais les particuliers pourront continuer d’utiliser ledit modèle, dans sa version originale (et à plus forte raison encore s’il a été largement diffusé, notamment sur internet), dans leurs relations avec d’autres particuliers. Enfin, le libéralisme de la solution en matière d’action préventive n’est qu’imparfaitement efficace, puisque celle-ci trouve une limite frontale si le contrat n’est plus proposé, mais déjà conclu. Autrement dit, tous les consommateurs déjà *pris au piège* le seront définitivement⁸⁹¹.

⁸⁸⁵ Il est vrai que cette solution peut être interprétée comme une évolution qui s’aligne sur la modification (par l’ord. N° 2001-741 du 23 août 2001) de l’art. L. 421-6 C. consom., qui ne vise plus uniquement les « *clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs* », mais, plus largement, désormais, toute « *clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur* ». Le caractère *habituel* de la proposition aux consommateurs disparaît, et cela permet donc d’interpréter ce texte comme fondant littéralement la solution de l’arrêt.

⁸⁸⁶ Les juges européens ont déjà eu l’occasion de le souligner : l’effectivité du recours contre les clauses abusives doit impliquer que, dès lors que ces clauses ont vocation à être proposées à des consommateurs, l’action préventive doit pouvoir être mise en œuvre, puisqu’il résulte de la nature même de ces actions qu’elles sont indépendantes de tout conflit concret (CJCE, 24 janv. 2002 (C-372/99) : D. 2002, p. 1065, obs. E. Chevrier ; *ibid.*, p. 2930, obs. J.-P. Pizzio ; RTD civ. 2002, p. 397, obs. J. Raynard ; RTD com. 2003, p. 195, obs. M. Luby). En bref, l’esprit est celui de l’efficacité : selon « *une optique pragmatique, il est préférable de supprimer le déséquilibre à sa source, plutôt que d’analyser chaque contrat individuellement* » (G. Chantepie, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011, préc.).

⁸⁸⁷ S’il remplit, bien évidemment, les conditions de caractérisation d’une partie faible (V. sur ce point *infra* nos 645 et s.).

⁸⁸⁸ G. Chantepie, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011, préc.

⁸⁸⁹ G. Chantepie, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011, préc.

⁸⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 (03-13.779) : Bull. civ. I, n° 61 ; D. 2005, p. 487, obs. C. Rondey ; *ibid.*, p. 2841, obs. S. Amrani Mekki ; JCP G 2005, II, 10057, note G. Paisant ; *ibid.*, I, 141, obs. J. Rochfeld ; CCC 2005, n° 95, note G. Raymond ; RTD civ. 2005, p. 393, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2005, p. 733, obs. D. Fenouillet

⁸⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 (03-16.905) : Bull. civ. I, n° 62 ; D. 2005, p. 487, obs. C. Rondey

195. – Exit la voie consumériste. L'on réaffirmera donc, avec M. Houtcieff, la considération suivante : « *c'est que l'abus ne cesse pas selon que le professionnel est dedans le contrat ou qu'il n'y est pas...* »⁸⁹². Néanmoins, l'on ne rejoindra pas les prescriptions tendant à retoucher les textes du droit de la consommation, pour permettre la protection de tels contractants par la voie consumériste⁸⁹³. Nul besoin en effet de déformer tout à la fois les textes et l'esprit du droit de la consommation : il revient à un dispositif de protection de la partie faible en droit commun de régir légitimement et utilement ces situations.

§II – La subtilité des rapports avec l'Administration et le service public

196. – Plan. Si les contrats administratifs sont, en bien des points, différents des contrats de droit privé, l'essentiel subsiste : un rapport dans lequel la faiblesse informationnelle telle qu'on l'a précisée trouve un fort probable terrain d'élection. Or, le droit de la consommation nous semble inapte à protéger ces parties faibles. Au contraire, le droit commun paraît plus que jamais adapté (A). Mais ce ne sont pas là les seules hypothèses problématiques impliquant l'Administration et le service public. En effet, la question se pose aujourd'hui, après que celle de l'applicabilité du droit de la concurrence ait reçu une réponse largement positive⁸⁹⁴, de savoir si le droit de la consommation s'applique aux usagers du service public⁸⁹⁵. Et, si oui, dans quelle mesure cette protection est-elle satisfaisante, c'est-à-dire légitime et efficace ? Ce thème n'était, jusqu'à une époque somme toute récente⁸⁹⁶, quasiment pas traité⁸⁹⁷. La curiosité est bien plus forte aujourd'hui. Et pour cause : les parties faibles potentielles sont légions, dans ce rapport dont l'essence est le déséquilibre⁸⁹⁸. Les réponses à ces interrogations sont pour autant complexes. Elles varient selon les hypothèses, car le service public recouvre plusieurs facettes. En vérité, elles dépendent de la personne publique concernée : peut-elle recouvrir la qualité de professionnel au sens du droit de la consommation ? Par ailleurs, la notion d'usager, si elle est certes un relatif « *vide conceptuel* »⁸⁹⁹, peut-elle recouper celle de consommateur ? Tout en soulignant les lacunes et les incohérences de la voie consumériste, l'on tentera de mettre en lumière les originalités qui se révèlent en la matière, notamment en ce qui concerne les usagers des SPIC (B), mais encore bien davantage en ce qui concerne les usagers des SPA (C).

⁸⁹² D. Houtcieff, « L'action en suppression de clauses abusives n'exige pas qu'un professionnel soit partie au contrat », RLDC juin 2011, p. 9

⁸⁹³ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 178-1, p. 215

⁸⁹⁴ V. not. sur ce point S. Braconnier, *Droit des services publics*, PUF, 2^{ème} éd., 2007, p. 40 et s., spéc. p. 45 et s.

⁸⁹⁵ L'aspect récent de ces questionnements se vérifie d'ailleurs, à titre liminaire, par la disproportion entre les développements consacrés, dans les ouvrages de droit public (contrats administratifs ou service public), à l'application du droit de la concurrence (importante) et ceux dédiés à l'application du droit de la consommation (bien moindres).

⁸⁹⁶ C'est ce que relève not. J. Huet, « La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur élimination : quel droit ? quels juges ? », LPA 6 févr. 1998, spéc. p. 9, en évoquant un « *sujet dont on commence à s'occuper vraiment* ».

⁸⁹⁷ A de rare autant que brillantes exceptions : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986, nos 648-650, p. 233-234 ; P. Delvolvé, « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », Dr. adm. oct. 1993, p. 3 et s. ; Ch. Bettinger, « L'introduction des clauses abusives dans le droit des services publics : une révolution aux suites multiples », Dr. adm. oct. 1993, p. 9 et s. ; P. Van der Wielen, « Les relations entre services publics et usagers en droit belge », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 269 et s. (en droit belge) ; J. Huet, art. préc., p. 7 et s. ; et plus récemment et largement sur ce thème, qui désormais est assez vastement analysé, l'étude consacrée par J. Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2001

⁸⁹⁸ V. not. sur ce thème et en ce sens P. Van der Wielen, art. préc., spéc. p. 270, n° 2

⁸⁹⁹ J. Amar, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », CCC 2002, n° 1, p. 14

197. – Plan. L'on entend ici traiter de manière générale des contrats administratifs, en principe soumis au droit public et au juge administratif. Avant de voir pourquoi il faudrait traiter ces contrats au moyen d'un droit commun de la partie faible (2), voyons de quelle manière ils semblent exclus du droit de la consommation (1).

1 – L'inapplicabilité naturelle du droit de la consommation

198. – Généralités sur les contrats administratifs. L'on sait la diversité des contrats administratifs et la multiplicité des hypothèses et des critères leur conférant cette qualification. Outre les quelques qualifications légales classiques, des critères jurisprudentiels remplissent cette mission⁹⁰⁰. L'hypothèse qui intéressera le moins notre propos est sensiblement celle, posée par le célèbre arrêt *UAP*, où le contrat est administratif, car passé entre personnes publiques⁹⁰¹. En effet, la puissance d'Etat directement ou indirectement placée derrière ces contractants empêche, par principe, qu'on les puisse admettre dans les prescriptions consacrées à la partie faible. Les autres hypothèses seront plus intéressantes, notamment celles dans lesquelles le contrat est passé entre une personne privée et une personne publique (administratif s'il contient des clauses exorbitantes et/ou s'il concerne l'exécution d'un service public⁹⁰²), ou encore, plus exceptionnellement, celles dans lesquelles le contrat est conclu par des personnes privées (lorsqu'une d'entre elles agit pour le compte d'une personne publique, auquel cas les conditions précitées sont également exigées)⁹⁰³.

199. – Inapplicabilité des dispositions consuméristes. La remarque peut paraître curieuse : ces contrats relevant du droit public, comment pourraient-ils être soumis aux dispositions consuméristes ? Cette précision est pourtant nécessaire, en ce sens qu'elle permet de démontrer qu'il existe ici une lacune dans la protection des faibles par le droit de la consommation. Celle-ci est d'autant plus importante que ces rapports sont extrêmement nombreux.

200. – Raisons de l'inapplicabilité : des rapports BtoB. Les contrats administratifs sont des contrats entre personnes morales, pour une écrasante majorité au moins, si ce n'est davantage. Ainsi, même dans des hypothèses où la question de l'application des dispositions consuméristes s'est posée, la réponse négative apportée fut, encore, un signe des lacunes consubstantielles au mécanisme aveugle et abstrait du droit de la consommation. C'est ainsi que les titulaires d'un marché public, contrat administratif par excellence⁹⁰⁴, étant des professionnels, ils ne pouvaient se prévaloir des dispositions consuméristes⁹⁰⁵.

⁹⁰⁰ V. sur l'ensemble de ces points A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, nos 83 et s., p. 125 et s. ; V. aussi plus récemment R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, nos 719 et s., p. 544 et s. ; D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, 5^{ème} éd., 2013, p. 265 et s.

⁹⁰¹ D. Truchet, op. cit., p. 267

⁹⁰² Sur ces critères classiques (et leurs vicissitudes), V. not. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, op. cit., nos 106 et s., p. 144 et s.

⁹⁰³ Sur ces points, V. not. D. Truchet, op. cit., p. 267 et s.

⁹⁰⁴ V. not. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, op. cit., spéc. n° 187, p. 244 (« *Les marchés publics constituent incontestablement la catégorie la plus représentative des contrats en droit administratif. Ils occupent parmi ces contrats une place essentielle*

Ceux-ci sont en effet le plus souvent des sociétés commerciales, dont on a vu que la faiblesse informationnelle légitime était, même à l'admettre possible, fort improbable⁹⁰⁶. Mais ici, comme à leur endroit⁹⁰⁷, l'affirmation invariable de leur puissance informationnelle nous dérange⁹⁰⁸, notamment devant la diversité des marchés publics et des cocontractants de l'administration. D'ailleurs, la motivation de la solution est peu convaincante : le seul recours à la notion de professionnel est encore moins suffisant en cette matière, où le déséquilibre est quasi intrinsèque au contrat.

201. – Existence avérée de potentielles parties faibles. Comme pour les sociétés commerciales, il faut reconnaître que le nombre potentiel de parties faibles sera probablement peu élevé ici. Ceci étant dit, il ne s'agit pas là d'une raison suffisante pour approuver une exclusion intangible⁹⁰⁹. En outre, cette prétendue ineffectivité du droit de la protection de la partie faible serait peut-être moins vraie ici qu'elle ne l'est à l'égard des sociétés commerciales. En effet, à l'aune des divers critères de qualification du contrat administratif, il n'apparaît guère que les cocontractants de l'Administration seront systématiquement de puissantes sociétés commerciales. Bien sûr les marchés publics les plus importants seront-ils remportés par de telles sociétés. De la même façon, les délégations de service public apparaîtront presque par essence exclues de nos prescriptions. Mais ce ne sont pas là les seules hypothèses à prendre en compte. La commune la plus réduite peut parfaitement s'approvisionner en pavés, pour la devanture de son Hôtel de ville, auprès d'un artisan ou d'un commerçant locaux⁹¹⁰. Alors les réflexions consacrées aux professionnels-consommateurs doivent-elles ressurgir⁹¹¹, même s'il y a peu de chances, certes, que l'on trouve beaucoup de personnes physiques dans ces contrats. Même à admettre que l'essentiel de ceux-ci sera ainsi passé par et avec des personnes morales, l'on a vu toute la faiblesse potentielle dont elles pouvaient faire l'objet⁹¹². Ce besoin de protection est d'autant plus avéré ici que le contrat peut exceptionnellement, comme on l'a vu, être administratif, alors même que passé entre personnes privées, par exemple dans le cas où une association est dite *transparente*⁹¹³. L'on aura ainsi compris l'essence du propos : la diversité des critères de qualification des contrats administratifs engendre ici la cristallisation probable de nombreuses parties faibles. Or, puisque le droit de la consommation est inapplicable, et l'est d'ailleurs légitimement puisqu'étant inadapté, comment protéger ces contractants autrement qu'en recourant à un système de droit commun ? Observons.

(...) »).

⁹⁰⁵ CE, 23 févr. 2005 (264712), « Association pour la transparence et la moralité des marchés publics » : AJDA 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus ; RFDA 2005, p. 483, concl. D. Casas ; RTD eur. 2006, p. 301, obs. D. Ritleng ; JCP A 2005, I, 190, note F. Linditch (« les dispositions du code des marchés publics régissent la passation et l'exécution des marchés passés par les personnes publiques mentionnées à son article 2 avec des professionnels pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ; que, par suite, les organismes requérants ne peuvent utilement invoquer les dispositions précitées de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui ne s'appliquent qu'aux relations entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur »).

⁹⁰⁶ V. *supra* nos 162 et s.

⁹⁰⁷ V. sur la même rigidité à l'égard des sociétés commerciales : *Ibid.*

⁹⁰⁸ Surtout que, parfois, l'on a pu accorder la qualité de consommateur, inversement, à une commune pour un contrat de droit privé (CA Versailles, 17 nov. 2006 (RG n° 05/04455), « Commune d'Attainville » (inédit)). Pourtant, pour reprendre la formule d'un arrêt, il est en effet probable qu'une commune dispose *de services spécialisés et* » en toute hypothèse « *de l'assistance des services de l'Etat* » (Cass. 3^e civ., 7 nov. 2012 (11-22.907) : Bull. civ. III, n° 165 ; D. 2013, p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki).

⁹⁰⁹ V. *supra* nos 162 et s.

⁹¹⁰ Les exemples peuvent être multipliés à l'envi.

⁹¹¹ V. *supra* nos 61 et s.

⁹¹² V. *supra* nos 142 et s.

⁹¹³ V. en ce sens D. Truchet, *op. cit.*, p. 268 (relevant cette illustration dans le cadre de l'étude des exceptionnels cas où le contrat est administratif même s'il est passé par deux personnes privées : « Ainsi des « associations transparentes », c'est-à-dire créées, financées, organisées et contrôlées par une commune et qui agissent en réalité pour le compte de celle-ci (...) »).

202. – Inspiration naturelle des règles élémentaires du droit commun par le régime des contrats administratifs. L'on sait que le droit des contrats administratifs, même s'il est évidemment marqué par d'innombrables et importantes spécificités en raison de ses objets⁹¹⁴, répond, à l'origine et particulièrement en matière de conclusion du contrat, aux exigences du droit commun des contrats, autrement dit celles du Code civil. C'est cette dualité qui marque fondamentalement le régime de ces contrats⁹¹⁵. Il n'en reste pas moins que le droit commun des contrats constitue indéniablement le « *fonds principal valable pour les contrats administratifs* »⁹¹⁶. Outre une myriade de principes élémentaires⁹¹⁷, convoquons certains autres éléments particulièrement représentatifs.

203. – Transposition de l'exigence d'un consentement éclairé. Quoi de plus pertinent, pour se convaincre d'emblée de telles prescriptions, que de constater, dans le domaine des contrats administratifs, que « *la régularité du contrat suppose avant tout l'existence d'une telle volonté, c'est-à-dire du consentement des parties* », et que celle-ci « *suppose enfin que le consentement des parties a été éclairé et libre* »⁹¹⁸.

204. – Transposition du consensualisme. Il a été démontré combien le principe du consensualisme, que l'on sait tout aussi central en droit commun des contrats du Code civil, a été transposé en matière de contrats administratifs. C'est ainsi que, sous réserve de tempéraments érigés pour servir l'intérêt général, le consensualisme reste bien « *le fondement de tout contrat, en dépit de la qualification de contrat administratif* »⁹¹⁹.

205. – Transposition volontaire et ancienne des vices du consentement. L'affirmation se vérifie surtout à l'aune de la transposition très large des vices du consentement du Code civil, par la jurisprudence, en matière de contrats administratifs⁹²⁰. L'on a ainsi pu dire qu'elle constituait « *un*

⁹¹⁴ R. Chapus, op. cit., n^{os} 1360 et s., pp. 1183 et s.

⁹¹⁵ V. not. D. Truchet, op. cit., p. 272 et s. (annonce de la section consacrée à la question : « *Parce qu'il est un contrat, le contrat administratif baigne dans une atmosphère de droit privé. (...) Mais parce qu'il est administratif, le contrat déroge largement à ces principes selon les nécessités de l'intérêt général (...)* »).

⁹¹⁶ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, op. cit., n^o 470, p. 532 (l'affirmation est nette : « *La théorie civiliste des conditions de validité des contrats a une portée générale ; si l'application in terminis des articles 1108 à 1133 du Code civil ne s'impose pas au juge administratif, il n'en reste pas moins que l'on y trouve les bases générales du droit des contrats qui sont valables pour tout contrat parce qu'elles sont liées à une définition commune de l'acte contractuel, sous réserve d'être éventuellement, pour certaines d'entre elles, « transposées » selon les exigences du droit administratif. On peut donc dire que les notions fondamentales exprimées en la matière dans le Code civil constituent le fonds principal valable pour les contrats administratifs et l'on verra que la jurisprudence les applique quelquefois purement et simplement, parfois même en visant les dispositions du Code civil* »).

⁹¹⁷ Comme celui de la force obligatoire, de la liberté contractuelle (V. not. D. Truchet, op. cit., p. 272-273).

⁹¹⁸ R. Chapus, op. cit., n^o 1364, p. 1188

⁹¹⁹ V. pour une démonstration fouillée J.-C. Bruère, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », RDP 1996, p. 1715 et s., spéc. p. 1731 et s. (et pour la formule : *ibid.*, p. 1731).

⁹²⁰ V. not. Y. Weber « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 315 et s. ; et, à sa suite, B. Plessix, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », RFDA 2006, p. 12 et s. ; *Adde* A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, op. cit., n^{os} 474 et s., p. 533 et s. (où l'étude précise systématiquement le système de droit commun, puis sa transposition, illustrée d'exemples, indubitable en matière de contrats administratifs).

exemple topique d'utilisation du droit civil», « manifeste, consciente et voulue »⁹²¹. D'ailleurs, l'on relève qu'une telle démarche est ancienne, ses premières manifestations remontant au moins à l'Ancien Régime⁹²².

206. – Transpositions fidèles. De manière générale, et à l'aune de la jurisprudence rendue en cette matière, la transposition revêt une particulière fidélité aux règles du Code civil⁹²³. Si bien qu'elle suit également, de nos jours, la tendance moderne des vices du consentement à ne plus seulement sanctionner une forme de délit, mais à garantir la justice contractuelle⁹²⁴.

207. – Absence de prétendue réticence à recourir aux notions de droit civil. Notons, enfin, que le faible nombre de décisions rendues, indiscutable⁹²⁵, n'atteste nullement de ce que le juge administratif aurait voulu « s'interdire de trop faire appel à des notions civilistes »⁹²⁶. Cette idée a effectivement été largement réfutée⁹²⁷. Une doctrine spécialiste a même pu voir dans la translation que nous détaillons ici, un élément participant des fondations du service public⁹²⁸.

⁹²¹ B. Plessix, art. préc., p. 12 ; V. déjà R. Drago, « Paradoxes sur les contrats administratifs », in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, spéc. p. 156 et s. (ce qui ressort nettement de cette partie de l'étude, comme si, « sans nier l'existence de règles dérogatoires, le droit du Code civil » constituait « une sorte de droit commun subsidiaire » (ibid., p. 157))

⁹²² Elles précèdent même l'adoption du Code civil, puisque les premières traces d'annulation pour violence remonteraient au XVII^e siècle, succédées, à partir du XIX^e siècle, par des sanctions pour dol et erreur (V. sur ce point B. Plessix, art. préc., p. 12).

⁹²³ V. not. Y. Weber, art. préc., spéc. p. 320 et s. (les conditions de caractérisation des vices tendent à l'identique ; mais il est vrai que la transposition n'est pas parfaite, la matière administrative gardant sa spécificité en ne s'assimilant pas entièrement au régime des vices du consentement, tant par la limitation de l'étendue du champ d'application des vices (à l'analyse franchement relative, à notre sens), que dans la modulation, parfois, de la sanction (ibid., spéc. p. 328 et s.) ; mais l'auteur reconnaît toutefois, et c'est là l'essentiel, que la théorie des vices du consentement en matière de contrats administratifs est d'importance fondamentale (ibid., spéc. p. 334)). V. aussi, moins nuancé, en direction d'une fidélité véritablement vigoureuse B. Plessix, art. préc.

⁹²⁴ B. Plessix, art. préc., p. 17, parlant de défense de « la loyauté contractuelle, voire même la moralité contractuelle » ; et plus loin (ibid.), citant M. Hauriou, « d'assurer la moralité administrative ».

⁹²⁵ Y. Weber, dont l'étude souligne pourtant une telle influence, l'admet néanmoins (art. préc., spéc. p. 328). C'est sur les conséquences de ce constat que la divergence va s'établir avec l'opinion de R. Drago, considérant not. que cette maigre jurisprudence est « peu significative » (R. Drago, art. préc., p. 156). Ce dernier ne conteste pourtant pas, comme on pourrait le croire, l'influence décrite, il ne l'attribue simplement pas profondément à la jurisprudence, d'autant que la remarque s'inscrit dans un paragraphe dédié au seul consensualisme, et ne reflète donc pas la pensée générale de l'auteur dans l'étude, dont les autres axes sont divers et dépassent même largement le stade de la formation du contrat. L. Richer reprend un point de vue similaire : il qualifie de « très marginal » le caractère de la théorie des vices du consentement en droit public, à cause des décisions très « peu nombreuses », tout en reconnaissant que la « jurisprudence administrative a transposé la théorie des vices du consentement du droit privé » (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2008, n° 210, p. 154).

⁹²⁶ Comme l'affirme R. Drago, art. préc., p. 156 (l'auteur traite dans ce passage du consensualisme, plus globalement dans le cadre d'un développement consacré à l'influence des règles du droit commun (Code civil) sur les contrats administratifs (non contestées sur le fond par l'auteur, on l'a vu), en l'occurrence les marchés publics dont la prééminence au sein de cette catégorie a été préalablement remarquée, et dont la représentativité est indubitable).

⁹²⁷ V. déjà sur ce point Y. Weber, art. préc., assez nuancé mais, dans une dernière partie de son raisonnement, concluant à l'indispensabilité de la théorie des vices du consentement en matière de contrats administratifs, et tranchant donc avec l'opinion de R. Drago (spéc. p. 334 et s.). V. plus nettement (explicitement, pourrait-on dire) en ce sens B. Plessix, art. préc., revenant largement sur les différents arguments contraires et réaffirmant combien la démarche du juge administratif est bel et bien consciente et voulue, sans modération particulière.

⁹²⁸ Y. Weber, art. préc., spéc. p. 334 (« La théorie des vices du consentement joue donc un rôle réellement fondamental, puisque à la jonction du service public et de ses exigences et des contrats administratifs saisis à leur naissance. Elle est fondée et elle fonde » : d'une part sert-elle la sécurité juridique par la stabilité des contrats administratifs ; d'autre part, dans un second temps, sert-elle la sécurité juridique par la continuité du service public, en modulant (nécessairement) les vices du consentement en cette matière. Ceci explique tout à la fois les nuances dans sa transposition, et son importance, néanmoins. Cette dernière est donc indéniable, si ce n'est indispensable. V. même, en propos conclusifs : « Au total on peut affirmer que la théorie administrative des vices du consentement [celle que l'on vient de décrire] est significative du service public. Celui-ci la fonde et l'objectivise en vue de la sécurité juridique des contrats administratifs. Mais on peut dire aussi que, par son effet récurrent, elle fonde le service public à son tour » (ibid., p. 340).

208. – Les contrats administratifs sont donc profondément imprégnés des règles du droit commun du consentement. En définitive, le régime des contrats administratifs, au moins pour ce qui est du consentement, s'est largement inspiré des règles du droit commun des contrats. Et pour cause : les règles privatistes sont ainsi venues pallier les carences de ce régime, seulement soumis à des règles de compétence, de forme ou de procédure, mais ne garantissant nullement l'intégrité du consentement⁹²⁹. D'ailleurs, l'on se souvient de l'affirmation récente du Conseil constitutionnel⁹³⁰, malgré les réticences qui existaient⁹³¹ et qui ne vont pas sans rappeler certaines autres⁹³², selon laquelle la liberté contractuelle, principe ayant acquis valeur constitutionnelle⁹³³, s'applique également aux personnes publiques et notamment aux contrats administratifs⁹³⁴.

209. – Les contrats administratifs tomberaient donc assez naturellement sous l'empire d'un régime de droit commun de la protection de la partie faible. Partant de ce postulat, il ne semblerait guère y avoir d'obstacles majeurs à ce que la protection générale de la partie faible, en tant que part du droit commun des contrats du Code civil *de lege ferenda*⁹³⁵, trouve à s'appliquer en ce domaine⁹³⁶. L'on verra en effet que les fondements de cette protection sont directement liés, comme les vices du consentement classiques, à l'exigence du consentement⁹³⁷. Ils permettent ainsi de dépasser les considérations de qualification du contrat, s'attachant bien davantage à l'idée même de contrat.

210. – Une démarche, au fond, historiquement viable. En partant de l'idée que la notion de partie faible se trouve codifiée, *de lege ferenda*, dans le Code civil, soulignons que son application dans le domaine des contrats administratifs pourrait tout à fait répondre aux conditions qui concernèrent naguère les premières applications, en cette même matière, des vices du consentement. Ces applications faisaient suite, en effet, non à des initiatives du juge, mais à des demandes mettant en lumière un besoin de protection, et invoquant ces dispositions pour tenter de l'obtenir. Ces demandes finirent par

⁹²⁹ B. Plessix, art. préc., spéc. p. 17 (et not. : « *Ce que le juge administratif a donc recherché, c'est ce que son propre droit était incapable de lui apporter : une sanction des comportements répréhensibles, des influences néfastes, des éventuelles envies de tromper, de faire illusion, au moment où se rencontrent les consentements* », lorsque l'Administration et son cocontractant « *sont seuls, face à face, face à leurs responsabilités, à leur conscience, et non plus lors de l'une de ces phases de la procédure de conclusion où les parties sont encadrées, guidées, surveillées ; bref à ce moment de la naissance du lien contractuel où les règles objectives de forme et de procédure ne sont d'aucune efficacité, incapables qu'elles sont de permettre de pénétrer dans le for intérieur des contractants* »).

⁹³⁰ CC, 30 nov. 2006 (2006-543 DC), « Loi relative au secteur de l'énergie » : AJDA 2007, p. 192, note G. Marcou ; D. 2007, p. 1760, note M. Verpeaux ; RFDA 2006, p. 1163, note R. de Bellecize ; confirmé par CC, 16 juil. 2009 (2009-584 DC), « Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires » : D. 2010, p. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay

⁹³¹ V. not. sur celles-ci : P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », in *Dossier. Le Conseil constitutionnel et le droit des biens et des obligations*, Cahiers cons. const. 2011, n° 31, p. 56 : « *Dans l'idéologie classique des droits de l'homme, les libertés fondamentales sont applicables aux seuls individus, placés au centre de la Société. Les personnes morales peuvent bien entendu jouir de certaines prérogatives, mais, à proprement parler, ces prérogatives ne peuvent recevoir l'appellation de « droits » ou « libertés ». En conséquence, la Constitution ne peut concerner que des personnes physiques, et non des entités juridiques, telles que des entreprises ou des associations. En cela, les autorités publiques ne peuvent bénéficier, en aucun cas, d'une authentique liberté contractuelle (...)* le deuxième argument avancé pour écarter l'application de la liberté contractuelle aux contrats administratifs concerne leur caractère « public » ».

⁹³² Not. en ce qui concerne l'exclusivité dont devrait jouir la personne physique en dépit de la personne morale (V. *supra* n°s 142 et s.).

⁹³³ V. *infra* n°s 797 et s.

⁹³⁴ V. sur l'ensemble de la question P.-Y. Gahdoun, art. préc.

⁹³⁵ Seconde partie de notre étude.

⁹³⁶ D'ailleurs, la jurisprudence administrative admet déjà que certaines clauses puissent être annulées (sans affecter le contrat entier), si elles résultent d'un vice du consentement (V. sur ce point R. Chapus, op. cit., n° 1364, p. 1188 et les nombreuses réf. citées). Ceci abonde donc dans le sens d'une réceptivité nette de certaines protections modernes de la partie faible, comme les clauses abusives (V. sur ce point *infra* n°s 1036 et s.).

⁹³⁷ V. *infra* n°s 542 et s.

convaincre les juges. Autrement dit, des requêtes banales de nos jours (vices du consentement en matière de contrats administratifs) furent les requêtes originales d'antan ; et les requêtes originales de nos jours (qui seraient fondées sur la notion générique de partie faible) pourraient être les requêtes banales de demain⁹³⁸. Ainsi, autant faire l'économie d'une évolution prétorienne laborieuse et controversée, en prenant dès maintenant conscience de la nécessité d'un régime de protection du consentement de la partie faible, clair et précis, en droit commun.

211. – Problématique des clauses exorbitantes, consubstantielles aux contrats administratifs. Il reste, en toute honnêteté, une entrave dont il faut traiter. En effet, si elle paraît fondée et légitime, la protection que l'on propose semblerait toutefois entrer en brutale confrontation avec la matière, notamment imprégnée⁹³⁹ d'innombrables⁹⁴⁰ clauses *exorbitantes du droit commun*. Or, celles-ci correspondent notamment à des stipulations qui sont insusceptibles d'être librement consenties « *par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales* »⁹⁴¹. L'intérêt général, « *le corps et l'esprit du droit public* »⁹⁴², est présenté comme justifiant leur existence en la matière⁹⁴³. Même à vouloir, à l'instar d'une doctrine spécialiste, rapprocher les contrats publics et le service public à des contrats de droit privé, prétendre à la synonymie serait évidemment excessif⁹⁴⁴. Il ne faut donc pas nier⁹⁴⁵ ces contraintes que

⁹³⁸ V. sur ce point B. Plessix, art. préc., p. 12 (et not. : « *l'utilisation en droit administratif des règles issues du droit privé ne procède pas toujours d'une initiative personnelle du juge, mais découle souvent d'une demande de ceux qui le saisissent et à laquelle il faut apporter une réponse. Ainsi c'est parce qu'un requérant invoqua, en 1810, à l'appui de sa requête, les articles 1108 à 1112 du Code civil, que le Conseil d'Etat dut prendre position sur l'opportunité d'introduire les vices du consentement dans le contentieux des contrats administratifs. La sociologie du droit administratif a encore beaucoup à apprendre, notamment sur le rôle des requérants ou de leurs avocats, dont on devine ici que leur formation privatiste n'a pas été sans conséquence sur les phénomènes d'emprunt au droit civil* »).

⁹³⁹ Il s'agit même là d'un des critères de qualification du contrat administratif (R. Chapus, op. cit., n° 722, p. 550).

⁹⁴⁰ C'est d'ailleurs bien davantage sur ce point que l'on aurait pu attendre une réfutation de l'applicabilité des dispositions consuméristes dans certaines décisions où, curieusement, le débat s'est porté sur l'existence ou non d'une relation de consommation (CE, 23 févr. 2005, préc.).

⁹⁴¹ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 724, p. 551. Ce n'est là, par ailleurs, qu'une partie de la définition aujourd'hui admise de ces clauses (V. not. en ce sens *ibid.*, nos 725 et s., p. 552 et s.). L'on sait en effet qu'une doctrine éminente a pu, depuis longtemps, mettre en lumière que, ni leur caractère illicite ou impossible dans un contrat de droit commun, ni leur caractère (qui a fait consensus plus tard en doctrine) inhabituel ne suffisent (V. not. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, op. cit., nos 170 et s., p. 222 et s.). Si bien que fut proposé un critère à la fois synthétique et complétif : la notion de « *clause spécifique ou clause portant la marque du droit public* » (*ibid.*, n° 174, p. 226-229). « *Elle constitue un critère de synthèse dans la mesure où elle n'est pas étrangère (...) à la plupart des types déjà énumérés ; il va de soi, par exemple, que la clause portant octroi de prérogatives a, par là même, une marque de droit public. Mais elle constitue aussi un critère complémentaire dans la mesure où certains des exemples que l'on vient de donner en dernier lieu peuvent être directement et uniquement fondés sur elle* » (*ibid.*, n° 174, p. 229).

⁹⁴² M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 11, p. 10

⁹⁴³ Il y a là, en effet, un critère de distinction fondamental entre les deux célèbres branches du droit (M. Mekki, op. cit., n° 12, p. 11-12), qui justifie que seules soient autorisées les clauses déséquilibrées en droit public (*Adde*, sur la question de la relativité d'une telle distinction entre ces branches : *ibid.*, n° 28, p. 22-24).

⁹⁴⁴ *Rappr.* J. Amar, dont la thèse abonde pourtant dans le sens d'une application du droit de la consommation aux services publics, qui reconnaît une telle idée d'ailleurs dès l'introduction (*De l'usager au consommateur de service public*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2001, n° 11, p. 29-30 : après avoir globalement dit que les deux types de relations convergent, nuance de la sorte : « *Il est vrai qu'une prestation d'un service public ne peut être comparée en tout point à une prestation dispensée par une entreprise privée. Elle se rattache à une mission de service public et peut, pour cette raison, contenir plus que ce qu'elle est de prime abord car elle inclut une forte dimension politique. A l'inverse, la prestation d'une entreprise privée ne prend sa valeur qu'au regard des aspirations de l'individu qui la consomme. De plus, l'appréciation financière de la prestation diverge selon qu'elle émane d'un service public ou d'une entreprise privée. Afin de réaliser l'intérêt général, le service public peut s'abstraire des réalités économiques alors qu'une entreprise privée ne peut se départir de ces contraintes* »).

⁹⁴⁵ D'aucuns des plus éminents avaient pu simplement écarter purement et simplement ce problème des clauses exorbitantes, de la manière suivante : « *N'y a-t-il pas incompatibilité entre la licéité de la clause exorbitante et la condamnation de la clause abusive ? Il ne semble pas (...) la clause exorbitante désigne fréquemment une stipulation simplement inusuelle au regard du pur contrat de droit privé, mais rien n'empêche qu'elle méconnaisse, en plus, l'équité contractuelle en vertu de l'article 35 de la loi de 1978 et qu'elle soit, pour ce motif, radicalement illicite* » (B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986, n° 649, p. 233).

constituent les clauses exorbitantes, mais en tenir compte. Par où l'on pourrait donc, tout à la fois, dépasser le problème de l'inexorabilité de ces clauses dans ces contrats, et défendre l'existence d'une protection contre les clauses abusives, garde-fou contre le « *détournement de pouvoir* »⁹⁴⁶, raison supplémentaire d'ainsi plaider. Voyons comment parvenir à un tel consensus.

212. – Nuance liminaire : seule confrontation avec les clauses abusives. Il convient, à titre liminaire, comme nuance, de préciser que les clauses abusives ne constituent nullement l'intégralité du système de protection de la partie faible, *de lege ferenda*. La difficulté tenant à l'existence intrinsèque et répandue en ce domaine de clauses exorbitantes n'engendrerait donc pas de difficultés en ce qui concerne les autres protections, notamment le devoir d'information⁹⁴⁷.

213. – Cette confrontation n'est pas insoluble. Pour vaincre l'opposition frontale entre protection du faible par les clauses abusives et présence évidente et justifiée de clauses exorbitantes dans les contrats administratifs, il faut faire preuve de compromis⁹⁴⁸. L'existence des clauses exorbitantes ne peut être remise en cause. Néanmoins, leur intangible légitime peut l'être. Nous estimons, avec Mme Sauphanor-Brouillaud, que « *ce n'est pas parce qu'elle est exorbitante que la clause est justifiée* »⁹⁴⁹. En bref, l'intérêt général qui sous-tend ce genre de clauses ne doit pas tout permettre, même si, à l'inverse, les exigences de l'intérêt général doivent continuer à expliquer, dans certains cas, le non-respect de la protection contre les clauses abusives. Précisons ceci.

214. – Proposition : la voie d'un strict compromis. La couverture de la clause par les exigences du service public. Ces clauses, on le sait, sont justifiées au fond, essentiellement, par des motifs de nécessité d'adaptation ou de continuité du service public⁹⁵⁰. Ainsi, leur validité, à l'aune du mécanisme des clauses abusives en matière de protection de la partie faible *de lege ferenda*, devrait être strictement cantonnée aux cas où les exigences du service public mènent à « *couvrir* »⁹⁵¹ le déséquilibre impliqué par la clause exorbitante. Autrement dit, celle-ci serait potentiellement abusive si elle engendre pour l'utilisateur des conséquences manifestement anormales, « *qui ne sont pas suffisamment justifiées par les nécessités du service public* »⁹⁵². La solution semble fondée, notamment au regard des actuelles prescriptions de l'article L. 132-1 alinéa 5 du Code de la consommation⁹⁵³. Au demeurant, c'est déjà

⁹⁴⁶ V. en ce sens G. Lazzarin, « L'application du droit de la consommation aux services publics », RFDA 2011, p. 598 (et not. : « *le détournement de pouvoir concrétise l'utilisation par l'autorité administrative du pouvoir d'organisation du service public dans un but autre que celui pour lequel il lui a été conféré. Il se rapproche donc du concept de clause abusive, laquelle est stipulée dans l'intérêt exclusif du professionnel* »).

⁹⁴⁷ *De lege ferenda*. V. sur ce point *infra* nos 875 et s.

⁹⁴⁸ L'on ne songe, en effet, ni à sacrifier la protection du faible à ce stade et pour cette raison, ni (serait-ce même possible ?) à préconiser l'abandon des clauses exorbitantes en cette matière.

⁹⁴⁹ N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000, n° 224, p. 145

⁹⁵⁰ En un mot, les exigences du service public, avec l'égalité et la neutralité (V. not. sur celles-ci D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, 5^{ème} éd., 2013, p. 359 et s.).

⁹⁵¹ V. sur ce point G. Lazzarin, art. préc., p. 596 : « *les nécessités du service public peuvent couvrir le déséquilibre significatif. Le contexte de service public justifie la présence de clauses abusives, car la relation de service public est déséquilibrée par nature. La prééminence de la défense de l'intérêt général justifie qu'il y ait parfois déséquilibre entre les droits et les obligations respectifs du service public et de l'utilisateur* » ; et *ibid.*, p. 597 (et not. : « *le caractère abusif peut également être couvert par la continuité du service, la bonne marche du service* »).

⁹⁵² N. Sauphanor, *th. préc.*, n° 224, p. 146

⁹⁵³ Prescrivait not., en effet, que « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat* ».

souvent la logique suivie⁹⁵⁴ précisément⁹⁵⁵, ou d'autres fois, plus globalement⁹⁵⁶. Si cette couverture est avérée, la protection devrait s'évincer⁹⁵⁷, sinon, s'appliquer. Du point de vue des impérieuses exigences du service public, le compromis est indispensable, afin que toute clause exorbitante ne soit évidemment pas sanctionnée. Il n'y a ainsi guère de discrimination : situation différente, traitement différent. Le service public est, qu'on le veuille ou non, une situation différente. Cette conciliation est la clef de voûte d'une protection adaptée et satisfaisante, et de l'effectivité, au fond, de la protection du faible en ce domaine⁹⁵⁸. Au-delà, elle se justifie par des considérations d'efficacité économique⁹⁵⁹. C'est en ce sens que l'on peut considérer que l'application des clauses abusives constitue, *in fine*, un nécessaire garde-fou, qui revient au juge⁹⁶⁰. Ce n'est qu'ainsi, comme le disait si bien R. Savatier, que « *l'Etat reste au service de l'homme* »⁹⁶¹. La protection de la partie faible par la voie du droit commun est donc tout à la fois légitime, efficace et opportune.

⁹⁵⁴ Ceci est si vrai que l'on retrouve souvent dans les ouvrages cette conciliation comme reflétant le droit positif. V. par ex. S. Braconnier, *Droit des services publics*, PUF, 2^{ème} éd., 2007, spéc. p. 56-57 (posant que, dans un premier temps, le juge administratif vérifie, à l'instar du juge judiciaire, si la clause est abusive au sens de l'art. L. 132-1 C. consom. ; et qu'ensuite, il procède à une analyse « propre », c'est-à-dire qu'il va « vérifier si cette dernière est, ou non, justifiée au regard des exigences du service public en cause. Les caractéristiques particulières du service public à laquelle se rapporte la clause peuvent ainsi constituer un élément exonératoire, qui dispense le règlement du service du respect du Code de la consommation, ou du moins qui fonde son non-respect » ; V. aussi les réf. jurisprudentielles citées).

⁹⁵⁵ C'est ainsi que qu'une telle sorte de conciliation est not. tentée, lorsqu'un tribunal administratif retient qu'une certaine part des clauses de l'espèce (réglementaires, de surcroît) entraînait un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat, mais étaient justifiées par « les nécessités du service ». Comme l'a affirmé un auteur sur ce point, « *En d'autres termes, le Code de la consommation prévaudrait pour toute clause qui serait étrangère à l'objet du service* » (M. Bazex, obs. sous TA Nice, 28 avr. 2006 (n° JurisData : 2006-300017), CCC 2006, n° 145). C'est également, semble-t-il, le même genre d'idée qui sous-tend le raisonnement du Conseil d'Etat dans le fameux arrêt « Société des eaux du nord » (cité ci-après). Il affirmait en effet que « le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service », et d'appliquer ce principe en énonçant que les clauses pouvaient en l'espèce « conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant ; qu'elles s'insèrent, pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion ; qu'elles ne sont pas justifiées par les caractéristiques particulières de ce service public ; qu'elles présentent ainsi le caractère d'une clause abusive ».

⁹⁵⁶ La technique très proche, si ce n'est parfois identique, de ce qu'une doctrine autorisée a qualifié de « réserve d'intérêt général » est en effet classique (J.-B. Auby, « A propos des réserves d'intérêt général », *Dr. adm.* juin 2003, 6 ; et not. : « cela ne suscite pas plus que cela notre curiosité, tant nous sommes habitués à admettre l'idée selon laquelle l'intérêt général intervient ici et là pour balancer, corriger les effets de la règle commune au profit de la puissance publique »). L'on a aussi pu voir ici une application d'une technique similaire, d'une « forme de contrôle du bilan, le juge confrontant pour les concilier divers intérêts généraux en présence, celui de la protection des consommateurs et celui qui est à l'origine des services publics » (A. Van Lang, « Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif », *RDP* 2004, p. 1015).

⁹⁵⁷ V. not. sur ce point M. Bazex, obs. préc.

⁹⁵⁸ V. en ce sens not. R. Noguellou, « Le consommateur et les services publics », in *Journée Parisienne du 12 juin 2007 « Le consommateur » de l'Ass. Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique française* (<http://www.henricapitant.org/node/57>).

⁹⁵⁹ Il est aisé d'admettre que la mise en œuvre de clauses d'exonération de responsabilité ou de résiliation unilatérale, clauses exorbitantes courantes, ne présente guère les attraits d'une relation contractuelle économiquement fructueuse.

⁹⁶⁰ L'on a pu s'indigner dans le domaine des « réserves d'intérêt général » (J.-B. Auby, art. préc.) de ce que cette mission de conciliation ne devrait pas revenir au juge, surtout lorsqu'elle implique des dispositions d'ordre public (avec, au premier plan, les clauses abusives), ou encore des droits fondamentaux. Seule la loi, ou la Constitution, devraient s'en charger. Pourtant, cela ne peut revenir qu'au juge : l'on ne conçoit guère que, pour chaque de conflit de norme possible, une disposition vienne expressément régler le conflit. En ce qui concerne la hiérarchie des normes, l'on constate que ses composantes sont poreuses : par exemple, l'on peut penser que le droit à l'information de la partie faible, en tant que simple « loi » codifiée dans le Code civil, devrait naturellement céder devant des droits fondamentaux, comme le droit de propriété. Pour autant, l'on constate, à l'analyse, que le droit de savoir est lui-même à rattacher à la liberté par l'intégrité du consentement (V. *infra* nos 545 et s.), la liberté contractuelle (V. *infra* nos 801 et s.), la dignité humaine (V. *infra* nos 809 et s.)... L'on pourrait même conclure, au fond, que tout conflit de règles peut finir par se solder par une forme de conflit de normes fondamentales.

⁹⁶¹ Et de poursuivre : « Car c'est pour permettre à chaque être humain le développement de sa personne propre que se justifie l'Etat. La personne humaine a sa fin en elle-même, et non dans l'Etat. Si le droit public domine légitimement le droit privé, ce ne peut donc être, en définitive, que pour le servir et le renforcer » (R. Savatier, « Droit privé et droit public », *D.* 1946, p. 28).

B – Les usagers des services publics industriels et commerciaux

215. – Plan. Dans une démarche somme toute similaire aux développements précédents, la confrontation critique de la voie consumériste (1) et de la voie d'un droit commun de la partie faible (2) révélera toute l'inadéquation de la première, en même temps que la légitimité et l'opportunité de la seconde.

1 – La voie consumériste en question

216. – Plan. Si l'applicabilité du droit de la consommation semble de principe (a), l'analyse mettra en lumière une réalité bien différente, qui tend à se cristalliser par une inapplicabilité (b).

a – *Le principe : l'applicabilité*

217. – Principe : applicabilité des dispositions consuméristes. L'hypothèse de l'application de la protection consumériste aux relations entre usagers et SPIC semble réglée en droit positif par l'affirmative depuis un certain temps⁹⁶². Au demeurant, cette solution ne pose guère de difficulté⁹⁶³, dans la mesure où ces services sont régis classiquement, dans leurs rapports avec les usagers, par le droit privé, même en cas de clauses exorbitantes⁹⁶⁴, et relèvent de la compétence judiciaire⁹⁶⁵. C'est ce qui permet de lever la difficulté de l'application du droit privé de la consommation à un contrat qui aurait pu sembler, au premier abord par ses clauses⁹⁶⁶, administratif.

⁹⁶² V. déjà Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1996 (94-17.369) : Bull. civ. I, n° 399 ; D. 1997, p. 174, obs. Ph. Delebecque ; JCP G 1997, I, 4015, obs. Ch. Jamin ; CCC 1997, n° 32, obs. G. Raymond ; RTD civ. 1997, p. 791, obs. R. Libchaber (en l'espèce, il s'agissait de France Télécom). V. par ailleurs sur ce point S. Braconnier, op. cit., spéc. p. 55 et s.

⁹⁶³ V. déjà en ce sens l'étude consacrée par J. Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2001 (défendant, globalement, l'idée que l'usager du service public est un consommateur, car ses relations, dans ce cas, sont similaires, assimilables, à celles plus classiquement entretenues avec d'autres cocontractants. Se fondant sur les prescriptions communautaires, qui ignorent effectivement la nature du professionnel cocontractant du consommateur (privé/public, SPIC/SPA... ; et aussi sur ce que la politique contemporaine aurait changé la conception du service public, d'un financement par impôt vers un financement directement par l'usager), J. Amar cherche donc si l'on peut assimiler ces usagers à des consommateurs, et leurs cocontractants à des professionnels. En de nombreux points, la démonstration nous intéresse (même si elle court-circuite d'emblée des distinctions, pleines de subtilités que nous aborderons au contraire), not. en ce qu'elle cherche à ramener la protection de ces parties faibles vers le droit privé (par la voie consumériste, contrairement à notre opinion, qui lui préfère la voie du droit commun, *de lege ferenda*, de la partie faible), tout autant qu'à clarifier la compétence en la matière). V. aussi sur ce point S. Braconnier, op. cit., p. 196 et s. ; J. Huet, « La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur élimination : quel droit ? quels juges ? », LPA 6 févr. 1998, p. 7 et s. ; J.-P. Chazal, « Clauses abusives », Rép. com. Dalloz, sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 43 ; S. Pellinghelli-Steichen, « Les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux au regard du contrôle des clauses abusives », LPA 14 juill. 1997, spéc. p. 12-13

⁹⁶⁴ R. Chapus, op. cit., n° 723, p. 550 : « Conformément au principe que le contentieux des rapports entre ces services et leurs usagers doit être un « bloc de compétence » judiciaire », ces contrats sont toujours, en raison de leur objet, des contrats de droit privé, même s'ils contiennent des clauses exorbitantes », ainsi que les réf. citées ; V. dans le même sens S. Braconnier, op. cit., spéc. p. 229. V. sur la notion de clause exorbitante, *supra* nos 211 et s.

⁹⁶⁵ Cela date de l'arrêt fondateur de la notion même de SPIC (TC, 22 janv. 1921 (00706), « Société commerciale de l'Ouest africain » (dit « Bac d'Eloka ») : D. 1921, 3, p. 1, concl. P. Matter). V. not. sur cet arrêt S. Braconnier, op. cit., p. 196 et s.

⁹⁶⁶ R. Chapus, op. cit., n° 721, pp. 548-549, les contrats entre une personne publique et une personne privée ne sont « effectivement des contrats administratifs que s'ils apparaissent comme des actes de gestion publique, et cela en raison, soit de leurs clauses, soit de leur objet, soit de leur régime » (citant comme base la formule de TC, 20 janv. 1986 (02420), « Coop. Agricole de l'Arne »).

218. – Précisions. Vérifications par l'empirisme. Aussi, l'on appliquait déjà naturellement des protections consuméristes aux stipulations de droit privé en cette matière⁹⁶⁷, dès lors que l'on n'y détectait « aucune référence à une disposition réglementaire »⁹⁶⁸. Il y a ainsi, surtout par le prisme de ces droits dits du marché, une véritable « *immixtion du droit privé dans les contrats administratifs* »⁹⁶⁹. La solution ne semble guère contestable. D'une part, les termes *usagers* et *consommateurs* n'ont jamais impliqué, au-delà de leurs incertitudes respectives, une opposition profonde. Si bien que l'assimilation est envisageable⁹⁷⁰, plus aisément, du moins, qu'avec la notion de client⁹⁷¹. D'autre part, les SPIC apparaissent ici comme des professionnels somme toute assez classiques, proposant des contrats de service à titre onéreux. La gestion du SPIC est indifférente : les personnes publiques qui sont à l'origine du service peuvent l'exploiter elles-mêmes, ou bien confier cette exploitation à des entreprises privées. Ainsi⁹⁷², les clients tant des premières (qu'il s'agisse d'investissement unilatérale par l'Etat, comme pour la SNCF⁹⁷³ ; ou de délégation de service public, comme Vinci), que des secondes (notamment EDF et GDF⁹⁷⁴, La Poste⁹⁷⁵ ou France Télécom⁹⁷⁶) doivent pouvoir bénéficier, le cas échéant, de la protection consumériste⁹⁷⁷. Ceci semble de bon sens, après tout : ceux-ci sont-ils seulement différents des clients de Carrefour, d'UPS ou de SFR⁹⁷⁸ ?

b – La réalité : l'inapplicabilité

219. – Problématique de la nature réglementaire de certaines clauses. Un problème subsiste néanmoins⁹⁷⁹. En effet, les relations avec les SPIC ne dépendent pas uniquement des clauses du contrat de droit privé, mais aussi, souvent, de dispositions de nature réglementaire (cahier des charges)⁹⁸⁰. Le

⁹⁶⁷ V. sur ce point G. Lazzarin, art. préc., spéc. p. 591-592

⁹⁶⁸ N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000, n° 200, p. 131

⁹⁶⁹ M. Dreifuss, « L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs », AJDA 2002, p. 1373 et s.

⁹⁷⁰ V. not. en ce sens J. Amar, th. préc., nos 157 et s., p. 127 et s. ; *Adde* N. Sauphanor, th. préc., spéc. n° 185, p. 120

⁹⁷¹ Et pour cause, la notion est de client est strictement commerciale et se prête plus difficilement à une telle assimilation ; et pourtant constate-t-on « *L'émergence d'un usager-client* » (N. Sauphanor, th. préc., n° 187, p. 121-122), du fait not. du « *renforcement de la commercialité du service public* » (Ch. Barbier, « L'usager est-il devenu le client du service public », JCP G 1995, I, 3816, n° 3).

⁹⁷² Les informations concernant les personnes morales qui vont suivre sont toutes tirées de l'ouvrage de N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 180, p. 164-165

⁹⁷³ EPIC depuis 1982.

⁹⁷⁴ EPIC à l'origine en 1946, SA depuis 2004, ayant conclu par la suite des contrats dits de service public avec l'Etat.

⁹⁷⁵ Proche du statut d'EPIC à la suite de sa réforme en 1990, SA depuis 2010, ayant également conclu un contrat de service public avec l'Etat.

⁹⁷⁶ Même situation pour France Télécom, depuis 1996.

⁹⁷⁷ Car il y a là des contractants professionnels, en tout cas, y étant assimilés (V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 181, p. 166). Sur des réf. d'application, V. *ibid.*, n° 182, p. 166-169

⁹⁷⁸ C'est donc assez naturellement, semble-t-il, que SFR est débouté de sa demande visant à exclure l'application, à son encontre, des dispositions consuméristes sur le démarchage, après démarchage d'un particulier pour l'installation sur sa propriété de matériels de télécommunications, au motif, notamment, que, délégataire de la gestion d'un service public, la législation consumériste ne saurait s'appliquer (en présence d'une telle activité d'intérêt général faisant l'objet d'une réglementation particulière : CA Nîmes, 15 janv. 2008, (n° JurisData : 2008-364715) : JCP G 2008, II, 10137, obs. F. Bérojon. Solution rendue sur renvoi de Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005 (04-11.831) : Bull. civ. I, n° 160 ; D. 2005, p. 1081, obs. C. Rondey ; RJDA 2006, n° 72 ; RDC 2005, p. 1056, note D. Fenouillet ; Gaz. Pal. 2005, p. 3416, note E. Bazin). C'est en effet que la réglementation spéciale invoquée n'a cours qu'entre SFR et les pouvoirs publics, de telle sorte que, même malgré les quelques nuances sur cette dernière remarques, il existait « *de multiples raisons de considérer que les dispositions sur le démarchage étaient applicables à SFR en dépit de l'environnement juridique de son activité* » (F. Bérojon, obs. préc.).

⁹⁷⁹ Et même plusieurs, au-delà de ce qui nous intéresse strictement. V. not. E. Delacour, « Délégation de service public et droit de la consommation. La question de l'application du régime des clauses abusives », Contrats et marchés publics sept. 2001, chron. 13

⁹⁸⁰ V. not. sur ce point N. Sauphanor, th. préc., spéc. nos 205 et s., p. 133 et s.

cas échéant, il s'agit d'actes mixtes⁹⁸¹. Il restait donc à savoir si l'on pouvait confronter la législation consumériste à ces contrats⁹⁸², qui s'analysent pour certains comme un *acte-condition*⁹⁸³.

220. – Réponse favorable du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat a tranché cette question par l'affirmative, après d'obscures prémices⁹⁸⁴, dans un arrêt désormais célèbre du 11 juillet 2001⁹⁸⁵. La solution semble heureuse⁹⁸⁶, et avait été préconisée⁹⁸⁷, car elle protège des usagers, placés dans une précarité toute similaire (si ce n'est identique) à celle des autres parties faibles.

221. – Critique de la solution *ratione personae*. Notons, avant toute critique au fond, que les juges protégeaient ici un professionnel, sans même vérifier si le contrat avait un rapport direct avec son activité professionnelle⁹⁸⁸. Rappelons-nous que ce même professionnel (société commerciale) est en principe brutalement banni du cénacle consumériste⁹⁸⁹. L'on voit bien que la logique consumériste trouve parfois, en elle-même, ses propres limites : une partie faible à protéger, mais qui n'entre pas dans son terrain d'élection. Car certes, comme le relève notamment Mme Sauphanor-Brouillaud, l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne distingue-t-il pas entre les professionnels, personnes privées ou publiques⁹⁹⁰. Si la solution se justifie donc du point de vue du professionnel contre qui l'on protège⁹⁹¹, il

⁹⁸¹ V. not. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 661, p. 496-497

⁹⁸² V. not. J. Huet, art. préc. ; S. Pellinghelli-Steichen, art. préc., spéc. p. 15 et s.

⁹⁸³ C'est-à-dire l'accord de volonté qui entraîne le contractant dans une situation réglementaire. La formule est de Duguit, et a not. été reprise par Jèze, et, depuis, par d'autres éminents auteurs en la matière (V. not. Laubadère (A. de), Moderne (F.) et Delvolvé (P.), *Traité des contrats administratifs*, t. I, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, n° 52, p. 80-82).

⁹⁸⁴ CE 29 juin 1994 (128313), « Cainaud » : BJCP 1994, p. 519, concl. C. Bergeal (en effet difficilement assimilable à un arrêt de principe : absence de large publication, formulation et référence à la législation consuméristes peu solides, not.).

⁹⁸⁵ CE, 11 juil. 2001 (221458), « Société des eaux du Nord » : Rec. CE (Lebon), p. 348 ; AJDA 2001, p. 853, chron. M. Guyomar et P. Collin ; ibid., p. 893, note G. J. Guglielmi ; D. 2001, p. 2810, chron. J. Amar ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2002, p. 51, obs. G. Orsoni ; BJCP 2001, p. 519, concl. Ph. Terneyre. La solution est en effet limpide. En l'espèce, l'utilisateur d'un service des eaux exigeait du gestionnaire de ce service la réparation d'un dommage lié à celui-ci. Une telle responsabilité se trouvait exclue par les dispositions du règlement de service concerné. Le Conseil d'Etat vise alors expressément la législation consumériste. Cette invocation et cette application directes dudit mécanisme rendent la solution claire. La clause prévoyait en effet que le client avait à charge toutes les suites préjudiciables pouvant découler de l'existence et du fonctionnement de la partie du branchement située en dehors du domaine public, et en amont du compteur, sauf si une faute du service des eaux apparaissait. Ainsi ces dispositions peuvent « conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant ; qu'elles s'insèrent, pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion ; qu'elles ne sont pas justifiées par les caractéristiques particulières de ce service public ; qu'elles présentent ainsi le caractère d'une clause abusive au sens des dispositions précitées de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 ».

⁹⁸⁶ En vérité, elle n'est même guère surprenante, tant les travaux parlementaires sur la loi de 1995 (clauses abusives) semblaient montrer que la rédaction de la loi n'excluait pas les clauses réglementaires (V. sur ce point J. Mestre et B. Fages, obs. sous CE, 11 juil. 2001, préc.).

⁹⁸⁷ La commission des clauses abusives s'était ainsi émancipée de la problématique, certes malaisée, liée à la distinction entre clauses réglementaires et contractuelles, en préconisant que les relations entre usager et service des eaux étaient en tout état de cause soumises au droit privé (Recomm. CCA (85-01) du 19 nov. 1982 (<http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm>) : « Considérant que le service public de distribution d'eau est à la charge des communes ; que ces collectivités assurent, seules ou en se regroupant, ce service public industriel et commercial sous la forme de régie directe, de régie intéressée, de gérance, de concession ou d'affermage ; que, quel que soit le mode juridique de distribution, les relations entre l'utilisateur et le service chargé de la distribution d'eau, communément appelé 'service des eaux', résultent d'un contrat d'abonnement appelé " règlement du service d'eau " ; que ce contrat se trouve, du fait de sa nature même, soumis, en ce qui concerne l'ensemble de ses stipulations, au régime du droit privé »).

⁹⁸⁸ D'ailleurs, la question ne se posait même pas, ici, en ces termes, puisque l'on sait que le consommateur ne peut être qu'une personne physique (V. *supra* nos 142 et s.). Or, les cocontractantes de la Société des eaux du Nord étaient en l'espèce de sociétés commerciales. Qui dit personne morale dit recours, éventuel, au non-professionnel : ce serait oublier que, même sur ce fondement, la solution devrait, selon toute vraisemblance, demeurer inchangée. L'on sait en effet que la notion de non-professionnel est ouverte aux personnes morales, notamment en matière de clauses abusives (V. *supra* nos 145 et s.), mais que les sociétés commerciales en sont exclues. En vérité, ici, il ne pouvait y avoir protection que sur le fondement d'un régime général de droit commun de protection de la partie faible, mais en aucun cas par le recours, dès lors déformé, au droit de la consommation.

⁹⁸⁹ V. *supra* nos 162 et s.

⁹⁹⁰ N. Sauphanor, th. préc., n° 190, p. 124-125

n'en reste pas moins que l'exigence d'un consommateur cocontractant (ou d'un non-professionnel) subsiste nécessairement. Or, en l'espèce, ceci est outrepassé, si ce n'est ignoré. La première pirouette pour atteindre l'objectif de protection est donc ici de transgresser son champ d'application *ratione personae*.

222. – Critique de la solution *ratione materiae*. La solution visant à contrôler ces clauses réglementaires par le prisme du droit de la consommation a été confirmée⁹⁹², mais pas expliquée⁹⁹³. Si elle est salutaire, car prenant le contrepied d'opinions de rejet « *très discutables* » fondées sur ce fameux aspect réglementaire des dispositions en cause⁹⁹⁴, elle méritait pour autant d'être clarifiée, car elle « *ne permet pas de justifier l'applicabilité du droit des clauses abusives* »⁹⁹⁵. L'on peut également verser aux débats que le déséquilibre significatif doit normalement s'apprécier à l'aune de l'ensemble des stipulations contractuelles. Or, ceci est ici impossible, à cause de la teinte réglementaire du contrat. Dès lors, c'est cette « *assimilation du règlement au contrat* »⁹⁹⁶ qu'il faudrait tenter de légitimer, d'autant que la directive de 1993, dont on sait l'influence sur notre droit interne, s'opposait à un tel rapprochement⁹⁹⁷.

223. – La voie consumériste est dès lors invraisemblable. La voie du droit de la consommation ne semble donc guère réaliste. Une piste, mais qui contournerait le problème davantage qu'elle ne le résoudrait, pourrait certes viser à ce que la protection consumériste dépasse l'exigence d'une « clause » contractuelle. Mais une telle modification semble assez improbable. D'ailleurs, la récente réforme n'a apporté au mécanisme aucune modification propre à régler cette question⁹⁹⁸. Le droit de la consommation semble en vérité inapte à traiter ce problème.

224. – Problématique de l'étendue de la protection consumériste. Le recours au droit de la consommation n'apparaît pas satisfaisant à un autre égard, plus fin. L'on a en effet constaté que, dans les arrêts du Conseil d'Etat établissant la solution que l'on connaît désormais, se distingue une analyse

⁹⁹¹ Car il y avait bien là un SPIC, professionnel au sens consumériste (V. not. en ce sens N. Sauphanor, th. préc., n° 194, p. 126).

⁹⁹² En effet, la solution fut confirmée peu de temps après par un important arrêt CE, 13 mars 2002 (177509), « Union fédérale des consommateurs » : AJDA 2002, p. 976, note G. J. Guglielmi et G. Koubi ; Dr. adm. oct. 2002, p. 169, obs. R. Schwartz ; CMP juin 2002, 146, note E. Delacour (appliquant cette fois l'art. L. 122-1 C. consom.) ; TA Nice, 28 avr. 2006 (n° JurisData : 2006-300017) : BJCP 2006, p. 438, concl. F. Dieu ; CCC 2006, n° 145, obs. M. Bazex

⁹⁹³ Le juge, tout en confortant la solution, ne semble en effet pas vouloir s'étendre sur sa justification profonde (V. not. en ce sens M. Bazex, obs. préc.).

⁹⁹⁴ J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « Clauses abusives », sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 38 (et, sur l'ensemble de cette épineuse question les nos 39 et s.).

⁹⁹⁵ G. Lazzarin, « L'application du droit de la consommation aux services publics », RFDA 2011, p. 594

⁹⁹⁶ G. Lazzarin, art. préc., p. 592

⁹⁹⁷ « *Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la Communauté sont partis, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive* » (Dir. 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, art. 1^{er}, 2. ; mais la raison était celle-ci (préambule dir. préc.) : « *les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives ; que, par conséquent, il ne s'avère pas nécessaire de soumettre aux dispositions de la présente directive (...)* ». Dès lors, l'argument de l'exclusion est à nuancer, ce postulat étant à l'évidence loin de la réalité. Par ailleurs, de telles prescriptions n'ont pas été reprises en 1995 lors de la réforme en droit interne. Si bien qu'une doctrine autorisée y a vu, avant l'arrêt de 2001, l'admission de ce que de telles clauses réglementaires pouvaient se voir déclarées abusives (V. not. sur ce point et en ce sens N. Sauphanor, th. préc., spéc. n° 209, p. 136 (et les nombreuses réf. citées)).

⁹⁹⁸ L'art. L. 132-1 al. 1^{er} C. consom. reste, au terme de la L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, ainsi rédigé : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

concrète destinée à déterminer si le texte consumériste invoqué n'exclut pas précisément son application à des services publics⁹⁹⁹. L'on doute ainsi fortement que l'application du droit de la consommation en ces circonstances réglementaires concerne l'ensemble de ses dispositions protectrices du consentement. A tout le moins, ce type de raisonnement pourra conduire à des solutions incertaines, selon l'appréciation faite de l'esprit du texte consumériste eu égard à la spécificité de la matière¹⁰⁰⁰.

2 – La voie d'un droit commun de protection de la partie faible

225. – La voie d'un droit commun de la protection de la partie faible est préférable. On le voit, il faut se résoudre à admettre que le droit de la consommation est inapproprié pour atteindre la protection souhaitée. L'on saluera toutefois la démarche qui, pour une fois, a tendu à prendre en charge des contractants faibles plutôt qu'à les exclure sous prétexte de sécurité. Il serait pour autant souhaitable de recourir à un mécanisme plus général que celui spécifiquement destiné à régir les clauses abusives entre professionnels et consommateurs : bien que semblables, toutes les hypothèses d'asymétrie informationnelle ne s'y assimilent pas¹⁰⁰¹. En outre, au point de vue matériel, un tel droit commun s'émanciperait de la fragmentation du droit de la consommation en multiples conditions d'application. Il garantirait une applicabilité plus homogène, et donc plus sûre, de la protection. En particulier, les incertitudes quant à l'étendue des protections concernées seraient dépassées, puisque l'on sortirait du système de confrontation de leur esprit, disposition par disposition, au cas particulier du service public.

226. – Plan. Pour y parvenir, l'on ne peut toutefois faire l'économie de trancher les questions laissées en suspend, sous peine de d'édifier sans fonder. En effet, des questions subsistent, qui n'étaient pas propre à l'application du droit de la consommation. Il faut donc fournir une justification à l'assimilation des dispositions réglementaires à du contenu contractuel (a), et clarifier, en l'harmonisant, la question de la compétence en faveur du juge judiciaire (b).

a – *Du réglementaire à l'entrée dans le champ contractuel*

227. – La solution qui requalifie les prescriptions réglementaires en contenu contractuel est contraire au droit positif. Comme le souligne M. Lazzarin, avant la jurisprudence de 2001, « nombreuses étaient les décisions de juridictions judiciaires du fond qui ne déclinaient pas leur compétence et

⁹⁹⁹ C'est ce que l'on semble en effet distinguer, certes assez finement, tant dans l'arrêt « *Société des eaux du nord* » (après reproduction de l'ensemble du texte puis de son application soigneusement motivée comme établissant la démonstration de ce que l'on pouvait bien là appliquer un tel texte) que dans l'arrêt « *Union fédérale des consommateurs* » (où l'on distingue nettement le raisonnement suivi, par le prisme de la rédaction de l'art. L. 122-1 C. consom., renvoyant elle-même, pour son application, à l'art. L. 113-2 du même code, renvoyant lui-même à une ordonnance (n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986) prévoyant elle-même, en bout de chaîne, que « les règles relatives à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques (...) ». L'on peut donc penser que le recours à la législation consumériste est une solution de fortune en cette matière, et qu'il faut bien davantage recourir à un système dont l'application est homogène, et ne dépendra pas, disposition par disposition, d'une rédaction permettant ou non une telle application.

¹⁰⁰⁰ V. not. sur la question de l'extension des protections consuméristes qui pourraient être applicables : S. Perdu, « Le juge administratif et la protection des consommateurs », AJDA 2004, p. 485-486

¹⁰⁰¹ G. Lazzarin, art. préc., spéc. p. 596 : « *Les relations qui existent entre un service public et son usager ne correspondent pas à la relation type entre le professionnel et le consommateur idéalisée par le droit de la consommation* ».

appréciaient la légalité des règlements de service au regard du droit des clauses abusives »¹⁰⁰². Cette assimilation du règlement au contrat permettait au juge judiciaire d'appliquer directement le droit de la consommation, et surtout de trancher lui-même, sans question préjudicielle. Au soutien de cette solution, de solides arguments pouvaient être soulevés. La position de la Commission des clauses abusives allait ainsi clairement en ce sens, dans une recommandation de 1985¹⁰⁰³. Même ! L'invocation de l'article L. 132-1 alinéa 4 du Code de la consommation, insistant sur l'indifférence, pour l'applicabilité de ses prescriptions, au support du contrat, y compris s'il y a « *références à des conditions générales préétablies* »¹⁰⁰⁴. L'article L. 132-1 ne reprend ainsi pas la restriction de la directive de 1993 pour ce qui est des « *dispositions réglementaires impératives* »¹⁰⁰⁵, et rien ne semble donc s'opposer à leur confrontation à la protection contre les clauses abusives. Ceci n'étonne guère : comment songer à une différence profonde entre des conditions générales commerciales classiques, et les prescriptions d'un cahier des charges ? Ces solutions sont pour autant contraires, malheureusement, à la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits¹⁰⁰⁶. Partant, la Haute Cour est tenue de censurer ces requalifications¹⁰⁰⁷. Au vrai, le nerf du problème n'est pas la requalification en tant que telle, mais sa provenance : le juge judiciaire, par principe incompétent pour apprécier de la sorte indirectement la légalité de prescriptions réglementaires¹⁰⁰⁸. Le juge administratif est quant à lui compétent, parce que des dispositions de nature réglementaire sont impliquées. Il est donc apte, ensuite, à appliquer (depuis 2001) le droit des « clauses » abusives, et à procéder à une telle requalification¹⁰⁰⁹. Avant de voir plus loin comment nous pourrions justifier que la compétence soit harmonisée au profit du juge judiciaire, disons déjà, dans un premier temps, en quoi une telle mutation (de réglementaire à contractuel) nous semble fondée.

228. – Pourtant, la solution peut être fondée. Proposition : l'intégration dans le champ contractuel par le prisme des obligations *complétives* de l'article 1135 du Code civil. Outre les arguments précités, tenant notamment à l'article L. 132-1, tentons de trouver un fondement plus profond à cette opération. Comment admettre que les dispositions d'origine réglementaire puissent être considérées comme contractuelles, et donc entrer dans le champ de la protection de la partie faible, *de*

¹⁰⁰² G. Lazzarin, art. préc., p. 593

¹⁰⁰³ Recom. n° 85-01 du 17 janv. 1985 relative aux contrats de distribution de l'eau (<http://www.clauses-abusives.fr/recom/85r01.htm>), affirmant not. que « *quel que soit le mode juridique de distribution, les relations entre l'utilisateur et le service chargé de la distribution d'eau, communément appelé "service des eaux", résultent d'un contrat d'abonnement appelé "règlement du service d'eau"* » et que « *ce contrat se trouve, du fait de sa nature même, soumis, en ce qui concerne l'ensemble de ses stipulations, au régime du droit privé* ».

¹⁰⁰⁴ Art. L. 132-1 al. 4 C. consom. : « *Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies* ».

¹⁰⁰⁵ Dir. 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, art. 1^{er} 2° (« *2. Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives (...) ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive* »).

¹⁰⁰⁶ G. Lazzarin, art. préc., p. 593

¹⁰⁰⁷ Pour l'heure, la solution sur ce point reste, en effet, celle selon laquelle « *Les dispositions du cahier des charges pour l'exploitation par affermage d'un service de distribution d'eau potable ont un caractère réglementaire, de sorte que les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent, sans méconnaître le principe de séparation des pouvoirs, déclarer que de telles dispositions sont des clauses abusives au sens* » de la législation sur les clauses abusives (Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1988 (87-10.479) : Bull. civ. I, n° 161 ; D. 1988, p. 406, obs. J.-L. Aubert).

¹⁰⁰⁸ V. not. en ce sens B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986, n° 649, p. 233

¹⁰⁰⁹ Ce qui fait dire à G. Lazzarin la chose suivante : « *D'acte administratif unilatéral concernant la compétence juridictionnelle, le règlement de service devient contrat lorsque se pose la question de l'applicabilité du droit des clauses abusives* » (art. préc., p. 594).

lege ferenda? A titre liminaire, soulignons que, si le juge administratif procède de la sorte, aucune explication n'a été fournie sur le cheminement suivi : l'on a sacrifié les moyens, en faveur de la fin¹⁰¹⁰. Voici la piste que nous proposerions : l'intégration dans le champ contractuel par le prisme de l'article 1135 du Code civil¹⁰¹¹. Il va de soi que la « loi » visée par cette disposition doit être entendue *lato sensu*, comme embrassant toute « norme obligatoire, générale et permanente, qui tient (...) ces caractères de l'intervention d'une autorité administratif ou publique plus largement »¹⁰¹². Les prescriptions réglementaires entrent donc naturellement dans son champ d'application, et l'on pourrait alors songer à admettre que le contenu réglementaire s'incorpore au contrat comme n'importe quelle autre règle visée par l'article 1135. Les dispositions réglementaires constitueraient ainsi des obligations « complétives »¹⁰¹³. Entrées dans le champ contractuel¹⁰¹⁴, elles constitueraient naturellement du contenu obligationnel¹⁰¹⁵. En définitive, devenues contractuelles, elles entreraient, *de lege ferenda*, dans le champ d'application de la protection de la partie faible de droit commun.

229. – Le rattachement n'est pas uniquement intellectuel. Ce rattachement théorique n'est, au reste, pas artificiel, puisque les dispositions de nature réglementaire se couplent le plus souvent avec de véritables stipulations contractuelles au sein des contrats passés avec les SPIC. Autrement dit, il n'y a pas une création contractuelle *ex nihilo* (qui aurait, certes, une part d'artifice). Il y a, au contraire, une relation contractuelle classique qui sert utilement de support à l'adjonction de dispositions exogènes (les disposition réglementaires). Même ! Au-delà, « dans la mesure où la relation juridique s'établit sur un fondement consensuel entre l'utilisateur et l'administratif, le procédé juridique du contrat vient immédiatement à l'esprit »¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁰ V. en ce sens G. Lazzarin, art. préc., p. 594 : « L'application du droit des clauses abusives repose nécessairement sur l'assimilation du règlement au contrat ». Or, « Aucune des décisions par lesquelles le juge administratif applique le droit des clauses abusives à un règlement n'explique pourquoi elle dépasse cette apparente contradiction ».

¹⁰¹¹ « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». En détails sur la nature et les implications de ces prescriptions, qui sont les présupposés de la démonstration ici effectuée, V. *infra* n^{os} 472 et s.

¹⁰¹² V. très en détails sur ces questions Ph. Jacques, th. préc. (pour l'analyse de la portée du terme « loi » *stricto sensu* dans l'art. 1135 : *ibid.*, spéc. n^{os} 237 et s., p. 478 et s. ; et *lato sensu*, *ibid.*, spéc. n^{os} 261 et s., p. 528 et s. ; pour l'assimilation expresse des prescriptions de nature réglementaire : *ibid.*, spéc. n^o 261, p. 530 ; et enfin pour la formule : *ibid.*, n^o 261, p. 528).

¹⁰¹³ V. sur ce point *infra* n^{os} 472 et s.

¹⁰¹⁴ Cela signifie qu'est contractuel ce qui a été, au sens large, convenu à la suite des déclarations de volontés, ce qui forme l'accord. Il semble que l'on doive la formule à H. Capitant, semble-t-il dans son célèbre ouvrage consacré à la cause (*De la cause des obligations*, Dalloz, 1923 ; V. par ex. (car l'expression revient assez souvent au cours de l'ouvrage) n^o 4, p. 11 : « Tout ce qui a été convenu entre les intéressés, c'est-à-dire ce sur quoi ils se sont mis d'accord, devient élément constitutif du contrat. Au contraire, reste en dehors du **champ contractuel** [souligné par nous], et par conséquent ne peut exercer aucune influence sur la validité des engagements, ce qui n'a pas été connu et voulu par les deux contractants. Or, le motif psychologique qui détermine chacun à s'obliger ne fait pas partie de leur accord de volontés. En effet, tandis que le créancier connaît toujours, ou presque toujours, la cause de l'obligation de son débiteur, parce que, en principe, cette cause résulte de la nature même du contrat conclu, il ignore le plus souvent le motif pour lequel ce dernier s'est obligé, parce que ce motif lui est indifférent à lui créancier (...) »). On en connaît le prolongement : si en revanche le motif est entré dans le champ contractuel, il devient contractuel. V. aussi Ph. Jacques, th. préc., spéc. n^o 41, p. 95, qui assimile purement et simplement les « suites » visées par l'art. 1135 à du contenu intégrant le champ contractuel ; *Adde* bien plus en détails en ce sens, posant comme esprit de la règle de l'art. 1135 l'élargissement du champ contractuel : *ibid.*, n^{os} 45 et s., p. 103 et s.

¹⁰¹⁵ Cette formule renvoie évidemment à l'art. classique de P. Ancel (« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771 et s.).

¹⁰¹⁶ P. Van der Wielen, « Les relations entre services publics et usagers en droit belge », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 272-273, n^o 6 (l'auteur relève, d'ailleurs, des éléments concrets qui rapprochent cette situation d'une relation contractuelle : il est vrai qu'elle ressemble aux contrats d'adhésion (l'utilisateur ne négocie pas), à un accord de volonté, d'apparence synallagmatique, dans la mesure où « une contrepartie financière est souvent exigée, dont le montant est en rapport avec l'importance du service presté », une réelle liberté dans le choix d'organisation du service par son exécutant, et une réduction de la différence avec la situation réglementaire dans la mesure où « de plus en plus de situations de droit privé font l'objet d'un encadrement normatif important à caractère impératif »).

230. – Premier problème : tiraillement et incohérences. Il y a des incohérences et un tiraillement en matière de compétence. On l'a vu, le juge judiciaire est tenté d'encadrer les dispositions réglementaires en les requalifiant. De son côté, le juge administratif applique le droit de la consommation à ce type de clauses. Mais, tandis que la nature réglementaire justifie précisément sa compétence, voilà qu'il procède à une requalification en clauses contractuelles pour pouvoir appliquer le droit consumériste des clauses abusives. En pure rigueur, « *Dans un souci de cohérence, il faudrait, soit que la nature réglementaire du règlement de service conduise à l'inapplicabilité du droit des clauses abusives, soit reconnaître sa nature contractuelle, ce qui commanderait la compétence juridictionnelle de l'ordre judiciaire* »¹⁰¹⁷. En effet, ces prescriptions soulignent bien l'existence de points de tension au sein du système actuel.

231. – Second problème : différence de traitement. Puisque le juge administratif applique le droit de la consommation, l'on peut dire que la dualité de juridiction implique une différence de traitement entre de mêmes contractants (consommateurs)¹⁰¹⁸, selon qu'ils sont jugés devant celui-ci ou devant le juge judiciaire. L'unification de la compétence contentieuse permettrait donc de gagner en efficacité, dans la mesure où les solutions seraient harmonisées : une seule partie faible, une seule juridiction. En effet, puisque l'on a conclu que les parties faibles étaient les mêmes, qu'elles soient situées face à un SPIC (ou exceptionnellement, face à un un SPA, comme on le précisera) ou face à n'importe quel autre contractant, alors faut-il indubitablement les traiter processuellement de manière identique.

232. – Nécessité d'harmonisation. Au profit de quel juge ? Montrer que la compétence doit être harmonisée est une chose. Trancher la question de savoir en faveur de quel juge celle-ci doit postuler en est une autre. L'on plaidera en faveur du juge judiciaire. Certes le juge administratif peut se prévaloir de l'argument matériel, les dispositions réglementaires. Mais le juge judiciaire peut invoquer bien davantage : l'aptitude à exercer de manière indépendante (des considérations de service public) la protection de la partie faible. Précisons ces justifications.

233. – Justification de la compétence du juge judiciaire. Aptitude à perpétuer toute la dimension de la protection de la partie faible. Constatons, à titre liminaire et sans qu'il s'agisse là d'un argument décisif¹⁰¹⁹, le très faible nombre de décisions rendues en la matière par les juridictions administratives¹⁰²⁰. Peut-être serait-ce là un premier élément témoignant de ce que le juge judiciaire serait plus apte à traiter ces questions, et plus vigilant pour apporter du même coup une véritable

¹⁰¹⁷ G. Lazzarin, art. préc., p. 595

¹⁰¹⁸ V. not. N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000, n° 212, p. 138-139

¹⁰¹⁹ D'abord, il est vrai que la récurrence ne fait guère nécessairement la pertinence. Par ailleurs, certains auteurs ne voient effectivement pas là quelque chose de décisif, pour des raisons concrètes (V. par ex., D. Truchet, qui considère simplement que « *Le juge s'est donc engagé dans une démarche semblable à celle qu'il a adoptée envers la concurrence. Mais la pression qu'exercent sur lui le droit communautaire et la législation nationale est moindre, ce qui explique la rareté de sa jurisprudence en matière de consommation* » (D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, 5^{ème} éd., 2013, p. 370).

¹⁰²⁰ G. Lazzarin, art. préc., spéc. p. 592 : « *L'intégration du droit des clauses abusives à la légalité administrative semble désormais fermement établie. Elle ne concerne que peu d'affaires, les exemples se limitant quasiment exclusivement au service public de distribution d'eau* ».

substance au droit théorique d'agir contre les clauses abusives¹⁰²¹ (disons, de chercher une protection en tant que partie faible, au plan général). Mais l'argument décisif est ailleurs. Il y a en effet une forte probabilité, partiellement déjà concrétisée¹⁰²², que la vision « du *juge administratif* risque de différer de celle du *juge civil* »¹⁰²³, car teintée des exigences particulières du droit public, et surtout des exigences du service public¹⁰²⁴. Or, la protection de la partie faible est éminemment privatiste et, partant, doit relever du juge judiciaire¹⁰²⁵, dont l'esprit des décisions est calqué, entre autres, sur cet objectif depuis des lustres. En définitive, il faut ici ramener une véritable cohérence et une véritable efficacité à la matière¹⁰²⁶, en un mot la sécurité juridique. En outre, l'on a relevé que la solution qui interdit au juge judiciaire d'apprécier la légalité d'un acte administratif¹⁰²⁷ n'existait encore pas au début du XX^e siècle, et que la position inverse était approuvée des plus illustres comme Duguit et Hauriou¹⁰²⁸. Autant d'éléments dont s'induit la nécessité, sur cette question de compétence, de lever cet « *obstacle* »¹⁰²⁹. S'écarter du droit de la consommation pour gagner le terrain du droit commun, en l'occurrence de la partie faible, contribuerait à atteindre cet objectif. Mais comment ? Il s'agira là des dernières précisions à apporter.

234. – La manière d'atteindre cet assainissement procédural. Comment parvenir à cet assainissement procédural ? En vérité, le fait d'avoir au préalable démontré en quoi les clauses de nature réglementaire peuvent muter en contenu contractuel permet de court-circuiter les complexités qui seraient invocables pour empêcher un tel assainissement procédural. L'application du droit commun de

¹⁰²¹ G. Lazzarin, art. préc., spéc. p. 595 : « *En dépit de cette apparence, le gain de protection est illusoire. Les décisions des juridictions administratives, peu nombreuses, n'ont pas réussi à convaincre que le juge administratif était un spécialiste du droit des clauses abusives. Elles n'échappent pas à un certain laconisme, et les recours objectifs dont est saisi le juge administratif s'adaptent mal à l'analyse in concreto que commande le droit des clauses abusives* » ; et de préciser le propos en énonçant qu'en « *effet, le « déséquilibre significatif » s'apprécie au regard de la situation concrète du consommateur. La méthode de contrôle du juge administratif manque de souplesse. Sous l'apparence d'effectuer cette analyse concrète, le juge administratif s'en tient à un certain degré de généralité : il examine si le consommateur, en général, peut exercer les obligations qui lui sont demandées. Au contraire, les juridictions civiles ne s'attachent pas à la situation de tout consommateur mais à la position précise du requérant* ».

¹⁰²² V. not. en ce sens J. Amar, th. préc., spéc. nos 477-478, p. 346-349. En effet, l'on peut relever que le recours à la juridiction administrative est ici fort peu indiquée, dans la mesure où le consommateur a tendance à y être conçu non de manière stricte (désormais classique chez les juges judiciaires, et depuis peu, grâce à la loi), mais de manière liée, salutairement mais sans avenir, à la compétence (V. not. C. Bergeal, obs. sous CE, 11 juil. 2001, préc., qui retient « *qu'il importe peu que la société Damart soit une entreprise commerciale et non un particulier, dès lors qu'elle contracte pour les besoins de ses fournitures en eau, contrat qui ne correspond en rien à son activité professionnelle* »).

¹⁰²³ N. Sauphanor, th. préc., n° 212, p. 138 (par exemple, « *Il pourrait être influencé par la validité de principe des clauses exorbitantes du droit commun et se montrer plus indulgent à l'égard du prestataire de services* »). V. dans le même sens J. Amar, th. préc., spéc. n° 478, p. 348 (se référant à certaines dérivées du juge administratif, qui viennent d'être décrites) : « *Autrement dit, l'éclatement du contentieux consumériste provoqué par le dualisme juridictionnel ne doit pas conduire à ce que des litiges identiques fassent l'objet d'une appréciation différente ; l'application du droit de la consommation par le juge administratif nécessite que celui-ci copie les méthodes du juge judiciaire* »).

¹⁰²⁴ Rappr. J. Amar, th. préc., nos 470 et s., p. 342 et s.

¹⁰²⁵ La comparaison avec l'application du droit de la concurrence permet de le comprendre : « *L'application du droit des clauses abusives par la jurisprudence administrative est d'ailleurs plus problématique que l'application du droit de la concurrence. En effet, le droit de la concurrence appréhende des pratiques (entente, abus de position dominante), dont la définition peut transcender les catégories d'actes juridiques : la qualification d'acte administratif n'est pas exclusive de celle d'entente ou d'abus de position dominante. Au contraire, le droit des clauses abusives s'applique à une catégorie déterminée d'actes juridiques, les contrats* » (G. Lazzarin, art. préc., p. 595).

¹⁰²⁶ G. Lazzarin, art. préc., spéc. p. 596 : « *Les contradictions inhérentes à l'application directe du droit des clauses abusives par le juge administratif vont à l'encontre de l'objectif poursuivi par cette législation. Ainsi, l'applicabilité du droit des clauses abusives se base sur l'existence d'une relation contractuelle, mais au stade de l'application de ces règles, le juge administratif relève le contexte particulier de service public dans lequel cette relation contractuelle se noue. Le service public vient alors limiter l'effet protecteur du droit des clauses abusives* ».

¹⁰²⁷ Dans la mesure où la séparation des pouvoirs empêche d'ainsi porter un regard sur des dispositions de source réglementaire (V. not. sur ce point R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, nos 976 et s., p. 764 et s. ; et nos 1130 et s., p. 923 et s. ; V. aussi N. Sauphanor, th. préc., n° 210, p. 137).

¹⁰²⁸ J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « *Clauses abusives* », sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 41

¹⁰²⁹ C'est la conception, à l'égard de ce problème, de N. Sauphanor, th. préc., nos 210 et s., p. 137 et s.

la partie faible, *de lege ferenda*, ainsi permise le commanderait indubitablement, puisque le contrat n'aurait ainsi plus aucun point de rattachement avec le droit public. Cette harmonisation en faveur de l'ordre judiciaire nous semblerait donc conforme à la séparation des pouvoirs¹⁰³⁰. Il n'y a en effet aucune raison propre à empêcher de considérer de telles dispositions réglementaires (dont la singularité ne fait guère de doutes, en les comparant à des règlements plus classiques) comme contractuelles¹⁰³¹. D'ailleurs, l'on a pu relever que la compétence du juge administratif ne subsiste que pour des raisons pratiques de « *bonne administration de la justice (éviter de devoir attendre la saisine du juge compétent pour analyser le contrat de distribution d'eau, lequel serait très probablement le juge judiciaire, et donc obligé de recourir à une question préjudicielle)* »¹⁰³². Dès lors distinguerait-on assurément une salutaire clarification. Les contractants seraient ainsi jugés de manière harmonieuse et unitaire. En revanche, les usagers des SPA (sauf les exceptions précitées) continueraient de relever, naturellement, de la juridiction administrative : différence de situation, différence de traitement.

C – Les usagers des services publics administratifs

235. – Plan. La problématique est encore plus complexe, parce que la relation contractuelle est difficile à trouver (2), et parce que les limites consubstantielles à l'abstraction consumériste produisent encore ici tous leurs effets (1). Il est vrai, à première vue, que rien ne semble juridiquement distinguer l'utilisateur d'un service public (même administratif) d'un consommateur¹⁰³³. Et rien ne semble empêcher de considérer ces rapports comme des rapports contractuels de consommation. A première vue, seulement.

1 – Le binôme usager/service public administratif est inassimilable au binôme consommateur/professionnel

236. – Profonde distinction entre SPIC et SPA. J. Amar, dans sa thèse consacrée à la question, affirmait que « *la question de l'application du droit de la consommation aux services publics est indissociable des débats contemporains sur la place et le rôle de l'Etat dans l'économie puisqu'elle introduit des considérations d'échange là où auparavant prévalait uniquement une logique de don* »¹⁰³⁴. L'auteur entend s'émanciper, dans son étude, de la distinction entre SPIC et SPA, notamment au motif qu'elle est absente des normes

¹⁰³⁰ L'on a vu que la jurisprudence actuelle restait celle d'une interdiction, pour le juge judiciaire, de requalifier les prescriptions réglementaires du cahier des charges en contenu contractuel. *Adde* sur la question du dualisme juridictionnel et de ses effets parfois néfastes en la matière justifiant d'espérer une forme de dépassement : J. Amar, chron. sous CE, 11 juil. 2001, préc.

¹⁰³¹ Comme nous l'avons démontré, par le prisme de l'art. 1135 C. civ. (V. *supra* nos 228).

¹⁰³² M. Bazex, obs. préc.

¹⁰³³ V. not. dans le sens de l'assimilation : J. Amar, « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », CCC 2002, n° 1, spéc. p. 13 (et not. « *Un plaidoyer est un discours prononcé pour défendre le droit d'une partie. En l'occurrence, la partie qu'il s'agit de défendre, c'est le consommateur dont les droits varient de façon injustifiée selon qu'il consomme les prestations d'un service public administratif ou d'un service public industriel et commercial sans que cela ne provoque de véritable réaction. Pourtant, la différence entre ces deux catégories de services publics dépend uniquement d'un choix de gestion, d'un mode de financement, voire dans certains cas de la nature de l'activité. Malgré cela, la doctrine privatiste et publiciste, dans sa grande majorité, s'accorde pour écarter les services publics administratifs du champ d'application du droit de la consommation (...). Or cette exclusion des services publics administratifs du champ d'application du droit de la consommation est en parfaite contradiction avec l'ensemble du droit positif qui, sous l'influence du droit communautaire, fait complètement abstraction du mode de gestion de l'activité et s'attache essentiellement à la nature de la prestation dispensée pour déduire le corps de règles qui doit lui être appliquée* »).

¹⁰³⁴ J. Amar, th. préc., n° 12, p. 31

européennes, sources essentielles de notre propre droit de la consommation¹⁰³⁵. Nous ne convergeons pas en ce sens. L'on ne peut faire l'économie d'une telle distinction, sauf à raisonner sur un modèle biaisé. Ce glissement du don à l'échange en matière de service public ne nous semble exister qu'à l'endroit des SPIC, les SPA restant précisément, au moins globalement, l'émanation de l'Etat providence. En effet, les SPA, pour l'essentiel, « *ne recherchent pas le profit et ont un but d'intérêt général* », tout en étant « *collectifs et gratuits* »¹⁰³⁶. Le mode de financement a toute son importance, même s'il n'est pas intégralement déterminant¹⁰³⁷. Certes a-t-on pu brillamment prétendre que le but non-lucratif ou même la gratuité du service n'étaient pas des critères décisifs pour exclure la qualification de professionnel en droit de la consommation¹⁰³⁸. Mais ceci trouve sa limite à l'endroit des SPA. En effet, il est difficile d'admettre l'application de la protection consumériste aux services dits régaliens de l'Etat, tels que la police, la voirie, la justice, le fisc, tout autant qu'aux missions plus éminemment humanistes, comme la protection sociale¹⁰³⁹ ou encore l'enseignement public. Il s'agit, pour reprendre le mot du commissaire du gouvernement P. Matter, des fonctions « *naturelles* » des personnes publiques¹⁰⁴⁰.

237. – Des relations hors du modèle consumériste. Une relation d'un usager avec un SPA est trop éloignée du modèle consumériste. D'abord, les SPA sont bien plus difficiles à assimiler à des professionnels que les SPIC. Ces relations mettent bien en scène des *professionnels* au sens classique du terme, mais pas au sens économique, pas au sens du droit de la consommation¹⁰⁴¹. Il ne s'agit plus d'« *une personne juridique distincte de l'Etat, nonobstant sa situation de subordination par rapport à lui* », mais de « *la puissance publique elle-même* »¹⁰⁴². En effet, l'on verra que la notion de professionnel au sens consumériste (économique) correspond, entendue en toute rigueur, à l'exercice d'une activité de

¹⁰³⁵ C'est ainsi que tous les particuliers usagers du service public sont assimilables à des consommateurs (ibid., n^{os} 161 et s., p. 129 et s.). Même, les professionnels devraient l'être aussi dans leurs relations avec un service public, car leur protection participerait de l'encadrement de la concurrence, que l'on sait très liée avec le droit de la consommation (droit du marché). L'auteur critique donc la mouvance jurisprudentielle visant à évincer les professionnels de la protection consumériste (ibid., n^{os} 180 et s., p. 139 et s.). Nous nous opposons à cette prescription : si l'on partage une vision critique du rejet du professionnel, l'on en a nuancé la portée. Le droit de la consommation poursuit une logique de marché, et son empire ne peut s'étendre qu'aux relations entre professionnels et consommateurs. Le reste appartient au droit commun (en l'occurrence, *de lege ferenda*, de la partie faible).

¹⁰³⁶ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n^o 5, p. 6

¹⁰³⁷ V. not. N. Sauphanor, th. préc., spéc. n^{os} 192-193, p. 125-1256 (« *Lorsque les recettes proviennent des redevances perçues sur les usagers en contrepartie des biens ou des prestations, le service doit être qualifié d'industriel et commercial. (...) Tel n'est pas le cas lorsque le coût de production est couvert par des ressources fiscales qui n'en sont pas la contrepartie équivalente. Par exemple, lorsque l'usager paye une taxe pour un service public administratif du type de l'enlèvement des ordures ménagères* »). V. aussi, plus en détails sur cette question, R. Chapus, op. cit., n^o 771, p. 599, et spéc. les réf. citées, desquelles se distingue nettement que le mode de gestion est relativement influent mais que le caractère onéreux (et donc le mode de financement) engendre les conséquences prédominantes que l'on défend (V. par ex., le principe selon lequel un service d'enlèvement des ordures ménagères (financé par redevance) revêt un caractère industriel et commercial, quel que soit son mode d'exploitation (Ibid.) ; V. aussi, sur ce que l'exploitation, même en régie, d'un service de téléskis et remontées mécaniques ne saurait être un obstacle à son caractère industriel et commercial (Ibid.) ; *Adde* Ibid, n^o 770, p. 596 et s., sur l'incidence de l'origine des ressources). Il semble donc qu'un lien important puisse être établi entre caractère onéreux à titre individuel et relation contractuelle. En effet, à lire la doctrine, le mode de financement est d'une importance prédominante, bien que, certes, insuffisant en tant que tel, d'autres critères (l'objet du service et l'organisation, le fonctionnement) existant (V. aussi, sur tout ceci S. Braconnier, *Droit des services publics*, PUF, 2^{ème} éd., 2007, p. 209 et s.).

¹⁰³⁸ J. Amar, art. préc., qui cite, parmi de nombreuses références et exemples, le cas des associations, qui « *sont considérées comme étant des professionnels alors que, par définition, elles ne peuvent avoir pour finalité de dégager des bénéfices* ».

¹⁰³⁹ V. sur ce point la démonstration de J. Amar, art. préc.

¹⁰⁴⁰ P. Matter, concl. sous TC, 22 janv. 1921, préc.

¹⁰⁴¹ V. *contra*, développant que la distinction entre SPIC et SPA « *s'efface (...) derrière la notion de professionnel* » : J. Amar, th. préc., n^{os} 265 et s., p. 197 et s. ; V. aussi la position plus nuancée de P. Delvolvé, « *La question de l'application du droit de la consommation aux services publics* », Dr. adm. oct. 1993, p. 4 (les SPIC sont indéniablement des professionnels ; les SPA ne le sont *a priori* pas, mais des nuances ne sont pas impensables (spéc. ibid., n^o 18 pour cette ouverture)).

¹⁰⁴² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986, n^o 650, p. 234

production, à fin lucrative, habituelle et organisée¹⁰⁴³. Or ces critères ne semblent guère se retrouver dans l'activité des SPA. Habituelle et organisée, elle l'est indéniablement. Lucrative ? Elle ne l'est pas, ou marginalement¹⁰⁴⁴. Productive (au sens économique, et donc matériel), elle l'est encore moins : ce sont là des services au sens le plus profond. La police, la voirie, l'état civil ou l'enseignement (primaire et secondaire au moins) n'ont rien d'économiquement productifs, sauf à les considérer, avec un certain cynisme, comme uniquement conçus à dessein d'optimiser la productivité de manière indirecte et médiante. Ensuite, et bien qu'une doctrine spécialiste ait pu affirmer le contraire¹⁰⁴⁵, il n'y a pas davantage de consommateurs que de professionnels dans ce genre de relations. Certes pourrait-on songer à assimiler ces usagers à la notion de consommateur, telle que nouvellement entendue par la loi¹⁰⁴⁶. Bien sûr, en effet, l'usager d'un SPA ne semble-t-il guère susceptible d'agir dans le cadre de son activité (quoi que l'on pourrait, déjà, en discuter). Mais ce serait là méconnaître grossièrement l'esprit de la loi consumériste, dont on a suffisamment vu les tenants et les aboutissants¹⁰⁴⁷. Personne n'ignore ainsi que l'idéologie profonde de la notion de consommateur n'est pas simplement l'usage à des fins non-professionnelles. Il s'agit, bien plus restrictivement, de régir les actes qui tendent à l'échange économique, à dessein d'acquisition, puis de destruction par utilisation¹⁰⁴⁸, signification que l'invocation de l'étymologie du terme consommateur rend indubitable¹⁰⁴⁹. D'ailleurs, ceci est d'une telle évidence (il suffit de connaître la genèse du droit de la consommation) que cette considération n'apparaît même pas dans les définitions du consommateur, européenne ou interne, tout simplement parce qu'il y aurait méprise à considérer ce droit applicable dès lors que l'on aurait agi autrement que dans le cadre de son activité. En définitive, l'on voit donc bien que relation avec un SPA et contrat de consommation diffèrent de manière suffisamment éminente, pour que l'on ne puisse songer à appliquer le droit de la consommation aux premières¹⁰⁵⁰.

238. – Surpasser cette limite serait proprement artificiel. Même à considérer, comme d'aucuns, cette difficulté comme étant surmontable par une interprétation large (déformante, au vrai) des définitions du consommateur et du professionnel, la solution obtenue serait-elle souhaitable, voire seulement vraisemblable ? Il ne nous le semble guère¹⁰⁵¹. L'enseignement, la voirie ou la police ont-ils un quelconque lien avec l'exercice d'une activité professionnelle¹⁰⁵² ? Même ! Raisonnons par l'absurde.

¹⁰⁴³ V. sur ce point *infra* n^{os} 284 et s.

¹⁰⁴⁴ Et encore, il faut entendre que la participation de l'usager correspondrait à la recherche de bénéfices par le SPA, davantage qu'à l'amortissement de son fonctionnement

¹⁰⁴⁵ J. Amar, art. préc.

¹⁰⁴⁶ Rappelons la (art. prélim. C. consom.) : « *Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

¹⁰⁴⁷ En un mot, logique de marché. V. *supra* n^{os} 132 et s.

¹⁰⁴⁸ V. not. en ce sens P. Delvolvé, art. préc., p. 4-5, n^{os} 19-21 (pour la police ou la voirie, le bénéfice est universel. Celui-ci est abstrait du cadre ou non de l'activité professionnelle. Même domestique, « *cet usage ne peut guère être qualifié de consommation* », car la « *consommation implique, sinon destruction ou appropriation, du moins assimilation par l'utilisateur de l'objet consommé*. Or l'usage de la route par une personne doit la laisser intacte ». Le raisonnement est transposable aux autres SPA).

¹⁰⁴⁹ V. en détails sur la notion de consommateur, *supra* n^{os} 63 et s.

¹⁰⁵⁰ V. not. en ce sens (ne distinguant certes pas, malheureusement, entre SPIC et SPA, mais dont les propos, à leur tournure, apparaissent à l'évidence tournés vers les SPA, hypothèse d'autant plus vraisemblable qu'il est vrai que l'application de ce droit aux SPIC ne soulevait guère de profondes difficultés) : G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n^o 39, p. 26 (« *L'usager du service public ne « consomme pas », c'est-à-dire qu'il ne se situe pas dans une relation contractuelle de droit privé. Il bénéficie d'un service qui est financé par les impôts qu'il paye. L'Administration est à son service, l'usager est le bénéficiaire de ce service* »).

¹⁰⁵¹ V. not., contre une telle extension, car le schéma contractuel du droit de la consommation n'est plus respecté dans le cadre des SPA : N. Sauphanor, th. préc., spéc. n^{os} 195-196, p. 127-128

¹⁰⁵² *Rappr.* Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n^o 39, p. 29 (« *il est inconcevable d'appliquer le droit*

Si les dispositions consuméristes de nature contractuelle semblaient adéquates, qu'en serait-il des véritables dispositions consuméristes (de droit du marché)? Quel étiquetage des produits? Quelles appellations d'origine contrôlée? Honorerait-on les services de la voirie d'un quelconque *label rouge*? Quelle publicité trompeuse pour l'enseignement primaire? Quel refus de vente pour la police? Quelle garantie de conformité pour les services de la préfecture? L'on n'insistera pas davantage sur l'artifice qui caractériserait une telle liaison entre l'activité des SPA et les règles consuméristes.

239. – Ces hypothèses seraient sainement englobées par un régime de protection de la partie faible en droit commun. Au contraire, ces difficultés pourraient être sainement levées en admettant de recourir à un système général de protection de la partie faible, s'émancipant de la dichotomie abstraite consommateur/professionnel, et des dispositions de droit du marché qui incarnent véritablement le droit de la consommation. Il n'est en effet guère discutable que l'on trouve ici une relation impliquant une inégalité patente : il y a bien une partie éminemment forte (disposant de l'ensemble de l'appareil d'Etat) et une autre, particulièrement faible (l'utilisateur qui, disons le franchement, ignore tout des modalités techniques du service auquel il recourt)¹⁰⁵³. Il y a donc de nombreux cas potentiels de faiblesse. Voyons les difficultés qui se présentent alors, dans l'hypothèse de l'application, *de lege ferenda*, d'un droit commun de la partie faible. Or, et il n'y a guère d'échec à le reconnaître, les limites du droit des contrats semblent atteintes.

2 – Des relations pour l'essentiel en dehors du droit contractuel

240. – Plan. Le cœur du problème de ces relations avec les services publics administratifs se situe dans le fait qu'on n'y distingue aucun contrat (a), sauf dans des cas exceptionnels où la relation contractuelle semble exister (b).

a – L'inexistence d'une quelconque relation contractuelle

241. – Pas de contrat, pas de droit des contrats. Une difficulté décisive se présente : les relations avec les SPA n'impliqueraient pas de relation contractuelle. Contrairement aux relations avec les SPIC (dont on a vu les nuances), les usagers des services publics administratifs sont dans une situation purement « *légal et réglementaire* »¹⁰⁵⁴. Il semble donc naturellement exclu, contrairement aux SPIC, que la protection consumériste puisse leur être accordée, faute de l'existence d'une quelconque relation contractuelle¹⁰⁵⁵.

de la consommation à des services collectifs et gratuits traditionnels comme la justice ou la police (...) »).

¹⁰⁵³ Et nous adhérons alors (paradoxalement) à certains propos de J. Amar : « Une nouvelle fois, ce n'est plus l'identité de situation qui doit conditionner l'application d'un corps de règles identiques aux services publics et aux entreprises privées mais la spécificité de la prestation dispensée par le service public qui doit avoir pour corollaire le maintien d'un droit dérogatoire » (J. Amar, th. préc., n° 15, p. 33). L'exclusion des SPA du champ du droit de la consommation nous semble précisément répondre à de telles prescriptions.

¹⁰⁵⁴ R. Chapus, op. cit., n° 736, p. 565 ; *Adde* en ce sens J. Amar, th. préc., spéc. n° 241, p. 180 (« Aussi, sauf hypothèse d'un service public industriel et commercial, c'est-à-dire un service public dont l'activité est comparable à celle d'une entreprise privée, l'utilisateur est dans une situation légale et réglementaire »).

¹⁰⁵⁵ V. not. N. Sauphanor, th. préc., spéc. n° 198, p. 129

242. – Même solution, naturellement, pour un droit commun de la partie faible. La solution devrait donc valoir, logiquement, tout autant pour un système générique de protection de la partie faible : pas de contrat, pas de droit des contrats. En effet, le modèle de la relation entretenue entre les usagers et les SPA semble ici trop éloigné de la notion de partie faible telle qu'elle est apparue et telle qu'elle doit, du moins au sein de cette étude, être conçue. C'est en ce sens, au fond, que d'aucuns affirment que l'application des protections consuméristes n'est, en ces domaines, guère vraisemblable¹⁰⁵⁶.

243. – La protection est ailleurs. Il faut aller au bout du raisonnement. Ces usagers, sans être des contractants, sont malgré tout dans des situations de faiblesse, notamment informationnelle, au moment d'initier leur relation avec les SPA. En effet, bénéficier gratuitement de ces prestations ne signifie pas que l'on ne doive rien exiger ni rien savoir. Mais, partant, si même le recours à la notion de partie faible générique ne peut leur apporter une aide, qu'advient-il de ces usagers ? Doit-on chercher un artifice théorique pour les rattacher coûte que coûte à cette protection contractuelle ? Il ne le semble pas¹⁰⁵⁷, pour les raisons qui suivent.

244. – D'autres règles, non contractuelles. Comme on l'a relevé, un certain nombre de règles spécialement érigées pour cette matière trouvent à s'appliquer¹⁰⁵⁸, au premier rang desquelles trouve-t-on le système du Défenseur des droits. Des règles de fond, comme la continuité du service public ou l'égalité devant le service public constituent aussi, déjà, des règles importantes de protection des usagers¹⁰⁵⁹. Nous ne nous attardons pas sur ces questions, qui sont de pur droit public, et sur lesquelles il n'y a pas véritablement lieu de revenir ici.

245. – D'autres compétences, non contractuelles. Par ailleurs, un tel rattachement (en outre artificiel, par hypothèse) ne semblerait pas opportun, car la présente étude trouve ici légitimement ses limites. Il ne revient pas, en effet, au droit commun des contrats de régir de manière universelle les situations de vulnérabilité informationnelle, et de tomber dans les mêmes travers que le droit de la consommation, mais seulement celles qui résultent d'obligations contractuelles. La fiction d'une telle admission serait résolument trop forte, et le système en résultant peu cohérent et guère convaincant : la protection contractuelle est résolument plus limitée que celle plus globale des citoyens¹⁰⁶⁰. Ce n'est pas aux mécanismes contractuels de protection du consentement de contrôler, en bout de chaîne, la légitimité, l'efficacité ou l'opportunité des différents services publics administratifs. Cela relève

¹⁰⁵⁶ V. en ce sens J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, loc. cit.

¹⁰⁵⁷ V. en ce sens la réflexion très personnelle de C. Barbier, « L'usager est-il devenu le client du service public ? », JCP G 1995, I, 3816, sur l'axe (et, par là même, l'état) de la translation des usagers du service public vers des « clients ».

¹⁰⁵⁸ V. sur ce point J. Calais-Auloy et H. Temple, loc. cit., énonçant les différentes lois spéciales pour traiter des rapports entre usagers et Administration ; *Adde* dans le même sens et y ajoutant d'autres éléments, à savoir, not., les mesures du droit administratif qui peuvent jouer un rôle de défense (G. Raymond, loc. cit.).

¹⁰⁵⁹ P. Delvolvé, art. préc., p. 5-6, n^{os} 29 et s. (mais nuancé l'importance de toutes ces protections existantes, souhaitant ensuite aller « au-delà » et faire bénéficier les usagers de la protection consumériste).

¹⁰⁶⁰ C'est en ce sens que, sur ce point, l'on rejoindra la virulente critique de G. Raymond : « Cette conception du consommateur usager du service public fait perdre au droit de la consommation toute sa spécificité et son autonomie. Il devient tentaculaire et par là même se détruit. Le droit de la consommation se confond alors avec l'ensemble des mesures de protection des citoyens, il n'a plus sa raison d'être » (G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, loc. cit.).

directement, en effet, de choix purement politiques¹⁰⁶¹, que la matière contractuelle, même *lato sensu*, n'a nullement vocation à régir, principe élémentaire de séparation des pouvoirs oblige¹⁰⁶². Il convient de ne pas reproduire les mêmes erreurs que celles que l'on a dénoncée, et de ne chercher à régir que ce qui est légitime d'appartenir au droit des contrats.

b – Les exceptions où la relation contractuelle existe

246. – Généralités. La conclusion n'est pas invariable. L'utilisateur d'un SPA n'est pas invariablement un non-contractant¹⁰⁶³. Sans rejoindre nécessairement le fond de la critique de M. Amar, nous adhérons à ses principaux traits : « *la situation légale et réglementaire est au don ce que le contrat est à l'échange* »¹⁰⁶⁴. « *Aussi, seules les hypothèses où l'activité de service public se rattache à l'économie de don impliquent que l'utilisateur soit nécessairement dans une situation légale et réglementaire* »¹⁰⁶⁵, et il est « *donc critiquable de placer systématiquement l'utilisateur dans une situation légale et réglementaire parce qu'il reçoit sa prestation d'un service public administratif* »¹⁰⁶⁶. Comprendons la chose qui suit : si la relation vire du don à l'échange, alors le contrat se cristallise. Il y a donc des situations dans lesquelles la relation contractuelle peut exister et, partant, où la protection du consentement de la partie faible, *de lege ferenda*, peut trouver à s'appliquer. Observons.

247. – Exception : cas exceptionnels où le service public administratif implique expressément un contrat. Il existe des cas, certes exceptionnels, où les usagers du service public administratif sont dans une situation contractuelle¹⁰⁶⁷. Or, dans ces hypothèses, et bien que « *le droit de ces usagers aux avantages résultant pour eux des dispositions régissant le service est subordonné au maintien en vigueur de ces dispositions* »¹⁰⁶⁸, le contrat revêt un caractère administratif¹⁰⁶⁹. Comme on l'a vu, cette qualification peut dès lors engendrer une protection par le prisme du système général contractuel de protection de la partie faible¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶¹ Nous reprendrons ainsi ici la formule d'une doctrine éminente pour qui, face à de tels services publics administratifs, l'utilisateur ne contracte pas, mais « *se place sous un statut de prescriptions légales et réglementaires que seule l'autorité souveraine (Parlement, Gouvernement, Administration) est en droit d'édicter et, de surcroît, libre de modifier* » (B. Starek, H. Roland et L. Boyer, op. cit., n° 650, p. 234).

¹⁰⁶² Et, comme on le sait, « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* » (art. 16 DDHC).

¹⁰⁶³ V. déjà en ce sens P. Delvolvé, art. préc., p. 5, n° 27 (« *L'utilisateur des services publics n'est pas toujours un consommateur, mais on ne peut dire qu'il ne l'est jamais. Schématiquement, on peut opposer le cas de l'utilisateur d'un service public administratif, collectif et gratuit, et celui de l'utilisateur d'un service public industriel et commercial, privatif et onéreux. L'un n'est pas un consommateur, l'autre si. Entre les deux, on trouve des variantes qui peuvent révéler plus ou moins dans l'utilisateur un consommateur* »).

¹⁰⁶⁴ J. Amar, *De l'utilisateur au consommateur de service public*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2001, n° 242, p. 181

¹⁰⁶⁵ J. Amar, loc. cit.

¹⁰⁶⁶ J. Amar, loc. cit.

¹⁰⁶⁷ V. sur ce point R. Chapus, op. cit., n° 736, p. 565. Un exemple spontané peut être pris : celui de la mensualisation du paiement de l'impôt. En effet, en une telle hypothèse, il y a bien, avec le Trésor public, un « *contrat de mensualisation* ». J. Amar en mentionne un autre, particulièrement probant : « *Par exemple, les usagers des O.P.H.L.M. sont placés dans une situation contractuelle de droit privé alors même que le service en question est qualifié de service public administratif* » (J. Amar, th. préc., n° 250, p. 186).

¹⁰⁶⁸ R. Chapus, op. cit., n° 778, p. 605

¹⁰⁶⁹ R. Chapus, op. cit., n° 736, p. 565, not. parce que ces contrats constituent « *une modalité de l'exécution même du service* ».

¹⁰⁷⁰ V. *supra* nos 197 et s.

248. – Exception : cas exceptionnels où le service public administratif implique une prestation individuelle à titre onéreux. Il y a une autre nuance à apporter à ce (faux) constat d'échec de protection de la partie faible en matière de SPA. C'est le cas, semble-t-il, lorsque l'on va constater l'existence d'une prestation individuelle à titre onéreux. Il y aura alors prestation personnalisée (et non pas de portée abstraite, comme la police) et contrepartie correspondant au service rendu (ou bien fourni)¹⁰⁷¹. Il en va ainsi, pour un exemple éclatant, du service public de l'enseignement. L'enseignement public n'implique aucun contrat avec les élèves (ou leurs représentants légaux). Au contraire, l'enseignement privé impliquant un contrat, les clauses abusives, au terme d'une jurisprudence solide¹⁰⁷², s'appliquent de nouveau naturellement. En outre, même au sein des établissements publics, des services comme la demi-pension impliquent un contrat, et donc, théoriquement, l'application de la protection¹⁰⁷³. Il y a donc des nuances importantes, dès lors que la situation change et converge vers le modèle contractuel. Encore une fois, même à considérer ces contrats comme administratifs¹⁰⁷⁴, le rattachement avec les règles du droit commun s'effectuera comme nous l'avons précisé.

249. – Différence de traitement justifiée par une différence de situation. Comme l'a rappelé M. Amar, si l'égalité devant le service public est fondamentale, encore faut-il s'entendre sur l'acceptation de l'égalité¹⁰⁷⁵. Autrement dit, il n'y a pas rupture d'égalité à traiter différemment des situations elles-mêmes distinctes. Par exemple, dans l'enseignement, si les différences que nous venons de souligner peuvent rester, au fond, difficiles à admettre au plan théorique¹⁰⁷⁶, elles sont bel et bien fondées sur une situation non identique. C'est que, de fait, le mode de financement doit nécessairement jouer un rôle fondamental : l'origine des ressources ne conditionne-t-elle pas, d'ailleurs, au moins pour beaucoup¹⁰⁷⁷, comme on l'a vu, la qualification de SPIC ou de SPA ? En effet, il en découle une prestation collective et gratuite (financée par des ressources fiscales non directement proportionnées au bien fourni ou au service rendu, essentiellement l'impôt), ou au contraire une prestation individuelle à caractère onéreux ce qui, d'un point de vue contractuel, change précisément tout¹⁰⁷⁸. Cela fait passer l'acte d'une

¹⁰⁷¹ *Rappr.* P. Delvolvé, art. préc., p. 5, n° 26 (« *L'absence d'équivalence [dans une taxe, par exemple] entre le service rendu et la somme due ne permet pas, en toute hypothèse, d'assimiler l'usager du service public à un consommateur ordinaire. En revanche, dès lors qu'il paie une somme équivalente au service, qu'on la qualifie de redevance pour service rendu ou de prix, le rapport financier entre l'usager et le service public est le même qu'entre consommateur et entrepreneur* »).

¹⁰⁷² V. déjà, sous la gouvernance du critère de l'avantage excessif : Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1995 (93-10.412) : Bull. civ. I, n° 64 ; D. 1995, p. 229, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1995, p. 620, obs. J. Mestre ; Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1998 (96-13.316) : Bull. civ. I, n° 53 ; D. 1998, p. 539, note D. Mazeaud ; JCP G 1998, I, 155, n°s 12 et s., obs. Ch. Jamin, et II, 10124, note G. Paisant ; Defrénois 1998, p. 1051, obs. D. Mazeaud ; CCC 1998, n° 70, note L. Leveneur ; RTD civ. 1998, p. 674, obs. J. Mestre ; Puis sous la législation actuelle : Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009 (08-11.596) : RDC 2009, p. 1426, note D. Fenouillet ; Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2012 (11-27.766) : Bull. civ. I, n° 260 ; D. 2013, p. 818, note P. Lemay ; JCP G 2013, 140, note G. Paisant ; JCP E 2013, 1054, note N. Le bail-Dupont ; CCC 2013, n° 65, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2013, p. 493, obs. S. Piedelièvre ; Defrénois 2013, p. 781, obs. J.-B. Seube

¹⁰⁷³ G. Lazzarin, « L'application du droit de la consommation aux services publics », RFDA 2011, p. 595 (nbp n° 46).

¹⁰⁷⁴ Ce qui ne sera pas nécessairement le cas : le contrat, lorsqu'il est passé entre une personne privée et une personne publique, est administratif, en effet, seulement s'il contient des clauses exorbitantes et/ou s'il est passé à dessein de confier au cocontractant l'exécution d'un service public (V. *supra* n°s 197 et s.). Dans l'hypothèse de la demi-pension, le second critère fait évidemment défaut. Le premier sera peut être vérifié, auquel cas le contrat sera administratif. Sinon, ce qui n'est guère invraisemblable pour un contrat aussi simple, le contrat relèvera du droit commun, car de droit privé, tout à fait classiquement.

¹⁰⁷⁵ J. Amar, th. préc., n° 303-304, p. 220

¹⁰⁷⁶ Et un auteur la surpasse même en préconisant l'application du droit de la consommation à l'enseignement, même public, en recourant à la notion d' « *activité économique* », « *c'est-à-dire une activité identique à celles de personnes privées abstraction faite de son mode de gestion ou de financement* » (justement comme l'école). Cette théorie résout le problème des différences de traitement (J. Amar, art. préc.).

¹⁰⁷⁷ Il y a là un sérieux indice, à lire la doctrine spécialiste, mais pas un critère absolument déterminant.

¹⁰⁷⁸ V. not. en ce sens D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, 5^{ème} éd., 2013, p. 354-355. L'on adhèrera donc pas aux propos tenant

disposition d'Etat inatteignable par la matière contractuelle, à un acte qui devient « *attaquable* » par celle-ci, car fondé sur une relation qui a tout d'un contrat¹⁰⁷⁹. D'aucuns reprochaient à ces différences de traitement d'être injustifiées, découlant seulement d'une différence de mode de gestion¹⁰⁸⁰. La réalité est donc différente, car le mode de gestion, non décisif en tant que tel, engendre comme conséquence collatérale la distinction majeure qui vient d'être soulignée.

250. – Des situations qui ont tout d'un contrat. Les services publics administratifs ne sont pas que collectifs et gratuits. Certains d'entre eux impliquent des relations individuelles à titre onéreux. Citons comme exemples de ces relations les cas des usagers de certains ponts et autoroutes de liaison, ou encore des usagers des hôpitaux avec notamment les frais de séjour¹⁰⁸¹. Même à rester dans une situation légale et réglementaire, force est de constater que l'analogie avec une relation contractuelle est ici fort réaliste¹⁰⁸². En outre, ce type de prestation (individuelles et à caractère onéreux) fait bien souvent sortir la relation du statut exclusivement légal et réglementaire. En effet, selon un principe bien connu, la loi ne peut tout prévoir. Il n'est dès lors guère malaisé de dépasser l'écran que constitue supposément ce statut. Et de pouvoir distinguer entre, d'une part, l'utilisateur bénéficiaire d'un service public administratif et, d'autre part, l'utilisateur contractant, créancier d'une obligation convenue, de nature contractuelle¹⁰⁸³.

251. – Evolution doctrinale sur cette question. Pour autant, la doctrine et la jurisprudence classiques se refusent à trancher ainsi¹⁰⁸⁴. Au contraire, une doctrine plus contemporaine considère qu'il y a là, à n'en pas douter, une relation contractuelle de consommation, et que les protections consuméristes doivent donc trouver à s'appliquer¹⁰⁸⁵. En outre, ces usagers se voient contraints à de véritables *contrats* d'adhésion, mais dont la source réglementaire évincerait la nature contractuelle¹⁰⁸⁶. Or l'on se rappellera l'importance que le droit européen avait conféré aux contrats d'adhésion pour accorder la protection contre les clauses abusives¹⁰⁸⁷.

à justifier une harmonisation de la protection consumériste à tous les services publics administratifs pour remédier à « *l'existence de traitements différents pour des situations identiques* » (J. Amar, art. préc.) : elles ne le sont guère. D'ailleurs, l'on sent bien cette nuance, dans le même propos, en ce qui concerne ces « *activités non économiques* » (ibid.) : c'est bien là la preuve que l'homogénéité ne règne pas complètement.

¹⁰⁷⁹ Qui est un tel « *accord de volontés* » : V. sur ce point *infra* n° 546

¹⁰⁸⁰ V. not. J. Amar, th. préc., dès l'introduction (spéc. n° 19, p. 36).

¹⁰⁸¹ V. sur ce point R. Chapus, op. cit., n° 778, p. 604

¹⁰⁸² L'on songe également, à la frontière de ces deux développements, à l'exemple de la voirie, service public collectif financé par les contribuables et gratuit pour les usagers, et aux autoroutes payantes, à péages : il y a bien là une différence de traitement (gratuité/caractère onéreux), et c'est précisément celle-ci, nous semble-t-il, qui sous-tend la différence de traitement au point de vue juridique : la protection contre l'Administration d'une part, la protection contractuelle de la partie faible (le cas échéant), d'autre part.

¹⁰⁸³ L'on peut ainsi soutenir la mise en lumière ici d'une telle opposition, en considérant que l'utilisateur est bien davantage une « *personne abstraite, désincarnée soumise au bon vouloir de l'Administration* » (C. Barbier, art. préc.), en tant qu'anonyme bénéficiaire d'un service public collectif et gratuit ayant pour but l'intérêt général, et le contractant (le « *client* » (ibid.)) qui bénéficie d'un bien ou d'un service par une relation onéreuse mais surtout individuelle.

¹⁰⁸⁴ R. Chapus, loc. cit., affirme, sur les exemples qui viennent d'être cités, que « *du paiement, par exemple, du péage dû pour l'utilisation de certains ponts et des autoroutes de liaison ou des frais de séjour dans un hôpital aucune relation contractuelle ne résulte* », V. aussi les réf. citées, y ajoutant, par assimilation, les exemples des services de soins ou hébergement, les crèches. ; V. dans la même sens : J.-P. Chazal, « *Clauses abusives* », Rép. com. Dalloz, sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 46, et les réf. citées

¹⁰⁸⁵ V. essentiellement J. Amar, th. préc., spéc. nos 241 et s., p. 180 et s. ; *Adde* J. Calais-Auloy et H. Temple, loc. cit. (la question de la relation contractuelle n'y est, en revanche, pas traitée).

¹⁰⁸⁶ J.-P. Chazal, op. cit., n° 45

¹⁰⁸⁷ En effet, la dir. 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs prévoyait (après avoir énoncé à l'art. 2 qu' « *Aux fins de la présente directive, on entend par: a) «clauses abusives»: les*

252. – Le refus de les considérer contractuelles renferme une part d'incohérence. Le refus de considérer ces situations comme contractuelles renferme à l'évidence une part d'incohérence. Et pour preuve, le professionnel au sens consumériste devait s'entendre indépendamment du caractère privé ou public de l'activité¹⁰⁸⁸. Par ailleurs, il paraît injuste que ces usagers ne bénéficient pas des mêmes protections¹⁰⁸⁹ que celles dont jouissent les usagers des SPIC, alors que ceux-ci sont placés dans une situation identique.

253. – Ce refus semble même levé par la jurisprudence *Société des eaux du Nord*. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que la jurisprudence *Société des eaux du Nord* a effectué le contrôle d'une clause réglementaire par le mécanisme des clauses (contractuelles) abusives. Certes, comme on l'a dit, le rattachement au contrat pouvait être imaginé par la nature mixte des relations avec le SPIC (clauses contractuelles/dispositions réglementaires), bien que l'argument ne soit déjà guère décisif. En effet, le Conseil d'Etat a contrôlé, de manière autonome, le caractère abusif d'une clause réglementaire¹⁰⁹⁰. Il n'y a guère plus qu'un mirage, encore une fois, à refuser juridiquement de reconnaître la qualification contractuelle en vertu du prétendu voile réglementaire¹⁰⁹¹.

254. – Si relation contractuelle il y a, il ne reste qu'à reprendre le cheminement déjà évoqué pour conclure à l'applicabilité d'un droit commun de la partie faible. A admettre une telle relation contractuelle établie, la fin du raisonnement est simple. L'on invoquera les mêmes arguments, sur ce point, qu'à l'égard des SPIC : la même logique trouve en effet à s'appliquer. Sans revenir donc en profondeur sur l'inadaptation subséquente du droit de la consommation, notons qu'il est ici encore moins apte à régir ces situations¹⁰⁹². La protection appartient alors au droit commun, et en l'occurrence à un droit de la protection du consentement de la partie faible, seul apte à recueillir ces situations débordant largement le champ d'un droit spécial consumériste¹⁰⁹³.

clauses d'un contrat telles qu'elles sont définies à l'article 3 ») à l'art. 3.1 qu' « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

¹⁰⁸⁸ L'art. 2 c) de la même directive énonçait en effet, que le professionnel devait s'entendre de « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée ».

¹⁰⁸⁹ J. Amar, art. préc.

¹⁰⁹⁰ En effet, comme le relève brillamment un auteur, « Certes, en l'espèce, la clause était insérée dans un contrat d'adhésion et l'on pourrait soutenir que c'est cette insertion qui lui confère un caractère contractuel. Mais, dans ce cas, puisqu'il s'agissait d'un service public industriel et commercial, pourquoi est-ce le juge administratif qui a statué, et non le juge judiciaire qui a dû lui poser une question préjudicielle ? C'est bien que, pour le Conseil d'Etat, la clause litigieuse gardait son caractère réglementaire » (J.-P. Chazal, op. cit., n° 46).

¹⁰⁹¹ C'est ainsi que l'on pouvait conclure que « Le paradoxe, consistant à appliquer ces dispositions en l'absence de contrat, ne pourra être véritablement surmonté que si le droit administratif consent à sacrifier un peu de son autonomie pour qualifier de contractuel ce type de relations » (J.-P. Chazal, op. cit., n° 46).

¹⁰⁹² Encore une fois, l'on voit bien que la notion de rapport de consommation se prête mal à ce type de situations, car la notion de professionnel au sens consumériste, au-delà de n'impliquer qu'incertainement l'essentiel de l'activité publique en droit français, est incompatible avec nombre de situations (notamment ici les relations avec les hôpitaux) : si l'on admet volontiers qu'une partie faible est bien là et qu'elle a besoin de protection dans le cadre d'un tel service public administratif individualisé et à caractère onéreux, il y a un pas de géant à franchir pour admettre qu'il s'agit là d'une activité de type commerciale au sens consumériste, d'autant plus que la déontologie médicale prohibe clairement un tel raisonnement. D'ailleurs, à vrai dire, il n'y a pas davantage ici de consommateur (V. en ce sens G. Raymond, n° 39, p. 27, et qui réfute certaines solutions jurisprudentielles qui ont pu, parfois, affirmer distinctement que le patient fut un « consommateur », alors que l'hypothèse est pourtant peu vraisemblable).

¹⁰⁹³ V. sur ce point G. Raymond, loc. cit., affirmant que, not. en matière médicale et paramédicale, le professionnel n'était pas tenu d'une obligation d'information en vertu d'une prétendue relation de consommation, mais bien en simple vertu du droit commun.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

255. – Le droit de la consommation a les moyens, mais pas la vocation, de protéger toutes les parties faibles. Devant la bienveillance de ses règles, de nombreux contractants tentèrent d'obtenir le bénéfice du droit de la consommation. Des signes d'accueil ont pu être émis, comme l'assouplissement du critère du consommateur pendant un temps, ou même l'introduction de la notion de non-professionnel. Mais la logique de marché du droit de la consommation impose aujourd'hui une autre réalité : l'abstraction radicale. Or, celle-ci écarte nécessairement les contractants (professionnels-consommateurs, personnes morales) qui, outre leur faiblesse, n'entrent pas précisément dans le modèle de ce droit. Il y a donc des besoins, auxquels le droit ne répond pas. Dans d'autres hypothèses, le droit de la consommation étend au contraire ses frontières à des cas dans lesquels il trouve anormalement et défectueusement à s'appliquer, précarisant de nouveaux contractants. Nous avons précisé, à chacune de ces étapes, la mesure dans laquelle la création d'un droit commun de la protection de la partie faible dans le Code civil semblait opportune.

CHAPITRE II

LA SURPROTECTION ILLEGITIME DE CERTAINS CONTRACTANTS

*« Jouer à l'enfant quand on est adulte, au misérable quand on est prospère,
c'est dans les deux cas chercher des avantages immérités »*

P. Bruckner¹⁰⁹⁴

256. – Plan. L'insuffisante (si ce n'est absente) protection de certains contractants pourtant placés dans une situation de faiblesse laisse transparaître une autre dérive. Celle-ci est tout autant blâmable que la précédente, et résulte d'une idée simple. Si un professionnel peut fréquemment être dans le même état de faiblesse qu'un consommateur (partie faible), pourquoi des consommateurs seraient eux-mêmes toujours placés dans un tel état de faiblesse ? Pourquoi le seul lien avec une destination domestique engendrerait-il l'application de la protection consumériste ? Cette démarche n'engendre-t-elle pas d'innombrables injustices et incohérences ? Ce sont là toutes les conséquences de l'absolutisme de l'abstraction consumériste (**Section I**). Par ailleurs, par une extension illégitime du droit de la consommation, ce sont parfois les sujets protégés qui sont étendus d'une manière parfaitement démesurée, multipliant d'autant les effets néfastes de l'abstraction consumériste (**Section II**).

¹⁰⁹⁴ P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Grasset, 1995, p. 17 (et de poursuivre : « « Pourquoi est-il scandaleux de simuler l'infortune quand rien ne vous affecte ? C'est qu'on usurpe alors la place des vrais déshérités » »).

SECTION I : LES HYPOTHÈSES NORMALES DE SURPROTECTION ISSUES DE L'ABSTRACTION CONSUMÉRISTE

257. – Plan. Ce que l'on qualifie ici d'hypothèses *normales* de surprotection issues de l'abstraction consumériste recoupe deux axes. Tout d'abord, il s'agit des consommateurs abusifs, c'est-à-dire ceux qui profitent automatiquement de la protection du droit de la consommation alors qu'ils ne présentent aucune faiblesse informationnelle particulière (§I). Ensuite, l'on distingue une nette tendance à la protection de contractants parties à des contrats mixtes, alors même qu'il existe pourtant ce fameux lien avec l'activité professionnelle (§II). Par où l'on constate que les voies du droit de la consommation, parfois, semblent impénétrables.

§I – Les consommateurs abusifs¹⁰⁹⁵

258. – Le consommateur est globalement, et non invariablement, dans une situation d'infériorité. Limites de l'abstraction, de la présomption de faiblesse. Voici, comme on le sait, le postulat du droit de la consommation : la faiblesse du consommateur (et des autres contractants protégés par une abstraction similaire) est « *présumée* »¹⁰⁹⁶, de manière « *irréfragable* »¹⁰⁹⁷. Le « *consommateur averti* » n'existe pas juridiquement¹⁰⁹⁸. Pour autant, d'aucuns sont d'avis salutaire qu'« *il est possible de critiquer le caractère absolu de cette affirmation - l'infériorité du consommateur face au professionnel n'est pas toujours avérée -* », même s'« *il n'en est pas moins indiscutable qu'elle reflète la grande majorité des situations* »¹⁰⁹⁹. Tout est là ou presque, et l'on retrouve l'idée de stéréotype¹¹⁰⁰. Les consommateurs (et autres contractants protégés abstraitement) ne sont que globalement dans une situation d'infériorité (particulièrement informationnelle), alors pourtant qu'ils se trouvent invariablement protégés¹¹⁰¹. Abstraite des considérations concrètes de faiblesse, la règle peut alors engendrer de nombreuses solutions paradoxales et injustes¹¹⁰². Or une règle protectrice n'est justifiée qu'en raison d'une faiblesse et d'une force : or, si la première s'effondre, la protection devrait tomber

¹⁰⁹⁵ Une partie significative de cette question, ses illustrations pratiques mais pas uniquement, est traitée ailleurs, dans les effets de protections excessives (V. *infra* n°s 844 et s.).

¹⁰⁹⁶ H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. Montero, Larcier, 2010, spéc. n° 27, p. 60

¹⁰⁹⁷ V. not. N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, n° 455, p. 336 (« *Il importe donc peu que celui qui contracte à des fins personnelles ait en pratique une compétence identique à celle de son cocontractant professionnel. Il bénéficie d'une présomption irréfragable d'incompétence* »).

¹⁰⁹⁸ N. Rzepecki, th. préc., n° 455, p. 336

¹⁰⁹⁹ J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « *Clauses abusives* », sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 14 ; Adde D. Mazeaud, « *Le juge face aux clauses abusives* », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 55 (« *Les consommateurs ne sont pas nécessairement des incapables économiques sans défense (...)* »).

¹¹⁰⁰ Par ailleurs, même à admettre le postulat selon lequel tous les consommateurs méritaient effectivement une protection, il est évident que « *le problème de l'inaptitude contractuelle n'est pas limité à telle ou telle catégorie de contractants* » (A. Raclet, « *L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle* », LPA 6 août 2001, p. 20, n° 7). V. aussi V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000, spéc. n° 220, p. 221-222 (et not. : « *En effet, une analyse concrète de chaque situation éviterait une application systématique du droit de la consommation avec les risques de surprotection qui en découlent. Il est des situations dans lesquelles un consommateur, de par ses connaissances ou sa puissance patrimoniale, n'est pas aussi vulnérable que ce que la loi et le juge présumant* »).

¹¹⁰¹ V. not. en ce sens et sur ces questions H. Jacquemin, th. préc., spéc. n° 39, p. 79

¹¹⁰² Et l'on approuvera alors pleinement N. Prod'homme lorsqu'elle énonce que « *D'obligation de loyauté à la charge du consommateur, il n'est que rarement fait état* » (« *Professionnel et consommateur : Une loyauté réciproque ?* », LPA 24 nov. 2011, p. 29, n° 2), mais l'on contestera le fond de la démonstration, qui se fixe pour objectif de démontrer que la loyauté dans les relations de consommation serait réciproque entre consommateurs et professionnels (ibid., spéc. p. 31 et s., n°s 17 et s.), et que seul son degré différerait (« *ordinaire pour le consommateur, renforcée pour le professionnel* » : ibid., p. 33, n° 26).

avec elle¹¹⁰³.

259. – Il y a donc de nombreux « *consommateurs abusifs* »¹¹⁰⁴. D'aucuns ont envisagé une « *surprotection* » du consommateur par le prisme de ses extensions¹¹⁰⁵ : paradoxale démarche, tandis que l'excès provient en réalité du système du droit de la consommation. L'absolutisme de l'abstraction consumériste crée en effet une sorte de voile, de ceux que l'on ne peut lever : « *le faible est toujours le même, et sa bonne foi systématiquement présumée* »¹¹⁰⁶. Ce voile de l'indiscutable faiblesse dissimule donc très naturellement un grand nombre de cas où le consommateur ne mérite en réalité pas de protection particulière, du moins pas au titre d'une quelconque faiblesse informationnelle¹¹⁰⁷. En effet, « *protéger systématiquement et aveuglément tous les consommateurs implique l'existence de consommateurs abusifs, qui profiteront indûment de la protection conférée par le droit de la consommation* »¹¹⁰⁸. Ceux-ci, soit profiteront des protections alors qu'ils sont suffisamment informés¹¹⁰⁹, soit opposeront au professionnel ces protections, non plus comme un « *bouclier* », mais comme une « *arme* »¹¹¹⁰. A force d'enseigner cette abstraction comme une évidence, l'on oublie trop souvent que les consommateurs ont un vivant, un vécu, et donc un bagage informationnel. Autant d'éléments occultés alors pourtant qu'ils devraient contribuer à déterminer le besoin de protection¹¹¹¹.

260. – Les consommateurs sont aussi, de fait et pour l'essentiel, des *professionnels*. De nombreux consommateurs contractent paradoxalement dans leur champ de compétences¹¹¹². Ainsi, il est déjà frappant que l'informaticien qui acquiert du matériel informatique soit parfaitement protégé, du

¹¹⁰³ V. en ce sens Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, p. 101 et s.

¹¹⁰⁴ L'expression semble revenir à R. Martin (« Le consommateur abusif », D. 1987, p. 150 et s.).

¹¹⁰⁵ A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », JCP G 1994, I, 3804

¹¹⁰⁶ C. Manara, « L'abus par le consommateur de son droit », LPA 18 mai 1998, p. 4

¹¹⁰⁷ V. not. en ce sens Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. n° 294, p. 372 (et not. : « *Les règles spéciales, et notamment celles qui sont le fruit de législations fonctionnelles, sont susceptibles d'engendrer des effets pervers (...). Il en est ainsi des règles protectrices d'une partie supposée faible (...) qui, habilement exploitées par celui qui avait été jugé à tort digne de leur soutien, l'autorisent à se libérer à bon compte d'un engagement qui ne le satisfait plus ou à tirer injustement profit d'une sanction prononcée contre son cocontractant* ») ; Adde A. Cathelineau, « De la notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive... », CCC 1999, n° 13, spéc. p. 5

¹¹⁰⁸ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997, p. 263, n° 13

¹¹⁰⁹ V. not. en ce sens C. Manara, art. préc., p. 4 (et not. « *En s'appuyant sur le postulat selon lequel le consommateur est vulnérable, nécessairement inférieur à un contractant puissant et présumé spécialiste, le droit de la consommation a définitivement ignoré le cas de l'acheteur roublard, parfaitement conscient du régime de faveur dont il profite, ou au fait des dernières décisions jurisprudentielles* »).

¹¹¹⁰ V. not. D. Mazeaud, « Les vices de la protection du consentement du consommateur », D. 2002, p. 71 (et not. : « *Certains consommateurs se révèlent être de véritables « professionnels » du droit de la consommation qu'ils discréditent en exploitant ses règles protectrices comme de véritables armes anticontractuelles, en vue d'échapper à leurs engagements ou d'obtenir la révision des contrats qu'ils ont pourtant librement, car lucidement, souscrits ou conclus* ») ; C. Manara, art. préc., p. 4 (l'auteur va ici plus loin : « *Celui-là peut piéger le professionnel – qui de son côté est toujours présumé de mauvaise foi (...). La fraude corrompt tout, et son régime répressif devrait s'abattre sur les actes passés par le consommateur inventant une nouvelle forme de filouterie ; la malice n'est pas le propre de la seule catégorie des professionnels. Il est à craindre que les dispositions consuméristes permettent à celui censé être le plus vulnérable d'aboutir à échafauder en tapinois une situation avantageuse sans que son comportement soit qualifié de frauduleux (...). Quelque piste que l'on veuille explorer, un juge doit être saisi au préalable ; quel professionnel voudrait ternir sa réputation à traîner un client ? Agitez devant lui cette perspective, il s'inclinera. Inattendu renversement : le « faible » l'aura affaibli. (...) parfois l'on enseigne dans nos amphis que le droit civil n'est pas là pour protéger les imbéciles. Doit-on permettre que le droit de la consommation encourage la ruse ? »).*

¹¹¹¹ Nous approuvons donc pleinement Ch. Goldie-Genicon, continuant nos propos de la sorte : « *Le professionnel ne pouvant échapper aux sanctions fulminées par les règles protectrices en démontrant que son cocontractant avait connaissance de l'information omise par une autre voie, ou que l'irrégularité dénoncée ne lui a causé aucun grief. Le dogme consumériste s'y oppose : le consommateur mérite protection en cette seule qualité (...)* » (th. préc., spéc. n° 294, p. 373).

¹¹¹² V. not. J.-P. Chazal, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 243 et s. (et not., p. 250-251 : « *Le consommateur n'est pas toujours cet individu faible, ignorant et isolé que nous dépeint, non sans caricature, le droit de la consommation. Le consommateur n'est pas nécessairement et toujours vulnérable, même dans ses rapports avec un professionnel. C'est notamment le cas lorsqu'une personne agit en dehors du champ de son activité professionnelle, pour conclure un acte de consommation entrant dans son domaine de compétence* »).

moment ... qu'il ne s'en sert pas pour travailler. La remarque est encore plus choquante lorsque le *consommateur* agit dans le cadre de sa spécialité. Pour poursuivre l'exemple qui précède, l'informaticien développeur sera tout aussi pleinement protégé en cas d'acquisition d'un logiciel de programmation, alors même qu'il sera autant informé, si ce n'est davantage, que son propre vendeur¹¹¹³ ! C'est ce qu'affirme justement, avec le sens de la formule, M. Stoffel-Munck : « à partir du moment où l'on définit le consommateur comme celui qui consomme pour un besoin extérieur à l'exercice de sa profession, il faut bien constater que Bill Gates est un consommateur quand il achète un ordinateur domestique. Or, on ne voit pas bien en quoi le besoin de protection se justifie ici »¹¹¹⁴.

261. – En outre, les facteurs de compétences des consommateurs sont multiples par leur nature.

Nous disions que le consommateur est abusif lorsque le voile de l'abstraction consumériste masque un niveau informationnel suffisant, issu de ses compétences. Or celles-ci sont plus larges que celles, uniquement professionnelles, qui viennent d'être vues, et même s'il s'agit apparemment de la source prééminente de compétence. Il est vrai, en effet, que « *quel que soit l'angle sous lequel on apprécie la puissance, ce n'est pas la destination domestique de l'achat qui détermine si l'on est puissant ou non. Un consommateur peut, par sa fortune, ses connaissances, le réseau de ses relations personnelles, le temps dont il dispose, la vivacité de son caractère, ne pas vraiment se trouver en position d'infériorité par rapport à son interlocuteur* »¹¹¹⁵.

262. – Et par leur objet. La démarche abstraite du droit de la consommation omet tout autant de prendre en compte la diversité des facteurs de compétence des consommateurs prétendument faibles. En effet, « *Le mécanicien qui acquiert une voiture automobile pour ses besoins familiaux n'est pas un consommateur profane. Pas davantage le notaire qui acquiert un appartement. Encore que le savoir de l'un ou de l'autre ne se situe pas dans la même technique : l'un est susceptible de déjouer les pièges de la mécanique et non du droit des contrats, l'autre les pièges du droit et non des vices de la construction (...)* »¹¹¹⁶. Au vrai, donc, la seule référence à des facteurs informatifs est insuffisante : encore faut-il exactement en calculer la portée par l'objet auquel elle trouve à s'appliquer au sein du contrat en cause. C'est ainsi que l'exemple de Bill Gates précité se distinguerait de celui où, « *pris en tant que consommateurs, les procéduriers les plus invétérés sont tout aussi protégés que les profanes les plus ignorants de la chose juridique* »¹¹¹⁷.

263. – Tandis que les vecteurs informatifs se sont considérablement élargi. Le portrait de consommateurs unanimement vulnérables est d'autant plus perverti, dans les faits, que ceux-ci sont

¹¹¹³ Les déclinaisons de cette situation sont infinies, puisqu'observables à chaque fois qu'un consommateur agit dans sa sphère de compétence (par hypothèse souvent, puisque l'on agit pour ses besoins personnels dans une certaine mesure de régularité en lien avec ses affinités, que traduisent ou créent souvent la profession exercée). Le pilote professionnel qui pratiquerait du karting, l'assureur s'assurant, le banquier concluant un crédit, l'éleveur se procurant un animal de compagnie, l'agent immobilier achetant une maison...

¹¹¹⁴ Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, p. 710, n° 17 ; Adde J. Beauchard, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 18 (ajoutant aux exemples possibles « *le spécialiste des contrats, le haut fonctionnaire, le juge (...)* »).

¹¹¹⁵ Ph. Stoffel-Munck, art. préc., p. 710, n° 17 ; Adde sur le critère de protection de la partie faible, *infra* nos 645 et s.

¹¹¹⁶ R. Martin, art. préc., p. 150-151, n° 4

¹¹¹⁷ C. Manara, art. préc., p. 4

« *devenus plus éduqués, donc plus informés et plus experts* »¹¹¹⁸. De nos jours, en effet, « *rares sont les profanes absolus, même en matière technique* »¹¹¹⁹, à l'heure du numérique, du « *sacre de l'amateur* »¹¹²⁰. Cela passe aussi, comme l'affirme M. Paisant¹¹²¹, par des considérations tenant à l'évolution du niveau d'éducation, qui ne se limitent pas, d'ailleurs, à l'école. Elles ne sont que la condition liminaire pour ensuite prendre connaissance des innombrables sources actuelles d'information juridique (et de toutes sortes), essentiellement grâce à Internet¹¹²². Ceci n'est guère négligeable lorsqu'il s'agit de déterminer la partie informationnellement faible, et tout autant lorsqu'il s'agit de mettre en cause le système abstrait du droit de la consommation.

264. – Le système est incohérent, si ce n'est schizophrénique. Le système consumériste de protection du supposé faible mène à des injustices doublées d'incohérence. La protection peut ainsi s'appliquer ou non dans des hypothèses où deux (ou plusieurs) contrats sont passés par la même personne, voire même simultanément. Concrètement, l'on ne protège pas un masseur-kinésithérapeute pour l'acquisition de matériel informatique, car il lui servira pour l'exercice de son activité. Si celui-ci procède au même achat pour équiper le bureau de son fils, le droit de la consommation lui est pleinement applicable. La schizophrénie est totale : il pourra donc, à quelques minutes d'intervalle voire en même temps, conclure le même contrat, sans bénéficier du même régime¹¹²³. Si l'on alignait les faits sur le droit, voici ce qui en résulterait : ce contractant semblerait intervertir sa conscience selon le contrat passé, celle de profane pour équiper le bureau de son fils, celle de professionnel pour équiper ses locaux professionnels. Les déclinaisons de cette absurdité sont légions, mais l'idée est compromise immédiatement : une protection souhaitable du faible n'est guère assurée par un tel système.

§II – Le problème des contrats à destination mixte

265. – Généralités. La logique : l'exclusion. L'on sait désormais fort bien que la démarche abstraite du droit de la consommation répugne tout lien avec l'activité professionnelle, tandis qu'elle n'admet corrélativement en son sein que les contractants qui ont agi d'une façon purement domestique. Dès lors, dans l'hypothèse d'un contrat mixte, c'est-à-dire passé à la fois pour un besoin personnel et professionnel, c'est la solution de l'exclusion du droit protecteur de la consommation qui semble la plus évidente. Et pour cause : l'on a vu que de nombreux professionnels-consommateurs ou personnes morales étaient exclus de toute protection consumériste, alors même que le contrat passé n'était bien souvent qu'accessoire à leur profession. De ce fait, tout lien, partiel ou ténu, avec l'activité semble donc

¹¹¹⁸ G. Paisant, « À propos des vingt ans du Code de la consommation », JCP G 2013, 621, spéc. p. 1062, n° 3 (qui relève notamment que « *depuis 20 ans le niveau de diplôme a beaucoup progressé. Les nouvelles générations (entre 20 et 30 ans) sont 75/80 % à avoir le baccalauréat. Ce sont des consommateurs plus experts. A chaque crise, le consommateur devient de plus en plus citoyen. Il concilie consommation et citoyenneté* »).

¹¹¹⁹ Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, p. 101

¹¹²⁰ P. Flichy, *Le sacre de l'amateur. Sociologie des passions ordinaires à l'ère numérique*, éd. du Seuil et La République des Idées, 2010

¹¹²¹ Ibid

¹¹²² V. sur ce point, ce « *sacre de l'amateur* », *infra* nos 686-687

¹¹²³ V. not. sur ce point R. Martin, art. préc., p. 151, n° 6 (et not. « *la même personne pouvant d'ailleurs être pour une opération identique tantôt professionnel tantôt non* ») ; Adde J. Beauchard, art. préc., spéc. p. 18 (et not. : « *Il est par ailleurs un peu absurde que le même artisan soit protégé le samedi lorsqu'il contracte une assurance responsabilité du chef de famille, mais ne le soit plus le lundi lorsqu'il contracte une assurance responsabilité professionnelle. C'est pourtant le même homme, qui n'est pas plus ferré en matière d'assurance (ou de technique contractuelle) le lundi que le samedi* »).

exclure inexorablement une destination domestique.

266. – Silence de la loi. La loi n'a jamais précisé la solution à apporter à ce problème, laconisme perpétué par la récente réforme. En effet, l'on a vu que la nouvelle définition du consommateur ne devrait, à l'analyse, guère apporter de changement aux positions prétoriennes antérieures. C'est dire que, *a priori*, la logique de l'exclusion conserverait toute sa véracité : dès lors qu'il y a un besoin professionnel derrière la conclusion d'un contrat, la protection aura vocation à disparaître.

267. – Plan. C'est pourtant une tout autre voie que suit globalement la jurisprudence, à laquelle l'appréciation de cette question est laissée, devant un tel mutisme légal. L'on distingue en effet curieusement une tendance assez nette à l'admission de la protection consumériste en cas de contrats mixtes (A). Celle-ci est éminemment critiquable (B), et doit disparaître au profit d'un système approprié de protection du faible en droit commun.

A – Une nette tendance à la protection consumériste

268. – L'empirisme : la protection, par le prisme de l'usage personnel prédominant. Des arrêts antérieurs à l'avènement du rapport direct ont retenu la protection pour des véhicules à usage mixte, sous des motivations toutefois contestables, car lapidaires ou énigmatiques. C'est ainsi, notamment, que les juges grenoblois ont pu accorder la protection contre les clauses abusives à un commercial salarié pour la location d'un véhicule, servant à la fois pour son activité professionnelle et pour ses déplacements privés¹¹²⁴. Cette mixité, précise d'abord la cour d'appel, n'est pas suffisante à faire perdre la qualité de consommateur, avant d'énoncer que le véhicule était davantage destiné à un usage personnel, et qu'ainsi le commercial se trouvait dans une situation de faiblesse face à la société bailleresse.

269. – Les besoins personnels priment les besoins professionnels ? Doit-on déduire de cette motivation guère convaincante, que si l'usage avait été davantage professionnel, la situation dans laquelle était placé le commercial pour donner son consentement aurait été fondamentalement différente, au point de devoir lui refuser toute protection ? La solution serait curieuse. C'est pourtant bien ce à quoi l'on aboutit : « *les besoins personnels et familiaux l'emportaient sur les autres* »¹¹²⁵, et la protection est donc accordée. La cour d'appel de Paris a pu se prononcer d'une manière similaire¹¹²⁶ en semblant retenir, au terme d'une démarche curieuse, la prééminence de l'usage personnel d'un

¹¹²⁴ CA Grenoble, 13 juin 1991 (n° JurisData : 1991-043786) : JCP G 1992, II, 21819, note G. Paisant

¹¹²⁵ G. Paisant, note sous CA Grenoble, 13 juin 1991, préc.

¹¹²⁶ Ce fut aussi le cas de la cour d'appel de Versailles, dans une espèce où un système de surveillance était certes utilisé davantage pour la partie privée de l'habitation que pour celle professionnelle, bien que cette dernière ne fut pas pour autant négligeable, et alors même que celle-ci n'était pas *in fine* la source de la souscription du contrat (CA Versailles, 9 sept. 2010 (n° JurisData : 2010-021181) (« *Le contrat de location de matériel et de télésurveillance a pour objet principal la surveillance de l'habitation du client, objet qui a été étendu accessoirement aux locaux professionnels situés au même endroit. La qualité de consommateur ou de non-professionnel du client ne saurait être contestée alors que le système d'alarme litigieux a été installé principalement dans sa vaste maison d'habitation, d'une superficie de 345 mètres carré, et accessoirement dans ses locaux professionnels d'une surface de 66 mètres carré constituant une dépendance de la propriété. La centrale émettrice et la sirène d'alarme ont été installées dans la maison, de même que quatre radars alors que le bureau n'a été équipé que de deux radars. Il est en outre établi que le locataire ne déduisait de ses frais professionnels que la somme de 40 euros sur le loyer global mensuel de 171 euros versé au bailleur* »).

véhicule¹¹²⁷.

270. – Autre illustration. Plus récemment et, bien que paradoxalement, dans le contexte de l'arrêt, la cour d'appel de Pau a affirmé de la manière la plus limpide que « *la loi sur la protection des consommateurs peut également être appliquée aux contrats dits location de longue durée portant sur des véhicules en cas d'usage mixte, professionnel et privé* »¹¹²⁸. De même, pour la location de matériel de télésurveillance destiné à protéger les locaux abritant à la fois la résidence principale et le cabinet d'un avocat, la cour d'appel d'Aix-En-Provence a conclu à l'absence de rapport direct, celui-ci n'ayant pas agi à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle¹¹²⁹.

B – Une tendance éminemment critiquable

271. – Plan. La tendance à la protection consumériste systématique semble d'abord peu conforme avec certaines prescriptions du droit européen (1). Elle apparaît même, ensuite, incohérente avec la propre logique abstraite du droit de la consommation (2).

1 – La non-conformité au droit européen

272. – La solution n'est pas conforme, en la matière, à la position de la CJCE¹¹³⁰. Le droit communautaire semble s'opposer à l'adoption si directe d'une telle solution. La jurisprudence avait en effet précisé que, dans une telle hypothèse de mixité, la protection consumériste ne pouvait subsister que « *si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération en cause, le fait que l'aspect extraprofessionnel prédomine étant sans incidence à cet égard* »¹¹³¹. La directive du 25 octobre 2011 mentionne différemment le critère de la prédominance bien que, par la formule employée, l'on puisse semble-t-il rapprocher ses prescriptions de la solution précitée¹¹³². Quoiqu'il en soit, ces données s'opposent aux décisions françaises. En effet, l'usage professionnel n'était, dans ces affaires, jamais si marginal, exceptionnel, « *insignifiant* »¹¹³³. Il n'était au maximum pas prédominant. Or, il y a un pas, que l'on ne peut franchir aussi aisément, entre un usage personnel prédominant et un usage professionnel *marginal*, négligeable, au sens européen.

¹¹²⁷ CA Paris, 9 nov. 1994 (n° JurisData : 1994-023570) : il s'agissait d'un prêt utilisé pour financer l'acquisition d'un véhicule, dont l'usage était à la fois personnel et professionnel.

¹¹²⁸ CA Pau, 5 oct. 2006 (RG n° 04/03266), « S.A. PARFIP France » (inédit) (en l'occurrence les clauses abusives).

¹¹²⁹ CA Aix-En-Provence, 26 mai 2005 (n° JurisData : 2005-279542) (clauses abusives également).

¹¹³⁰ Nous allons ci-après faire référence à une décision en particulier, ce qui explique pourquoi nous évoquons la CJCE et non la CJUE (depuis 2009).

¹¹³¹ CJCE, 20 janv. 2005 (C-464/01), « Johann Gruber c/ Bay Wa AG » : D. 2005, p. 458, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; RTD com. 2005, p. 636, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (cons. n° 54)

¹¹³² Dir. n° 2011/83/UE du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs, cons. n° 17 : « *la définition de consommateur devrait englober les personnes physiques qui agissent à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Cependant, en cas de contrats à double finalité, lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur* ». L'emploi de « si limitée » laisse paraître un rôle véritablement marginal.

¹¹³³ Pour reprendre une autre expression de l'arrêt CJCE, 20 janvier 2005, préc., cons. n° 54

273. – Généralités. La solution est incohérente. Certes, l'on peut saluer le bénéfice d'une protection à certaines de ces parties qui effectivement la méritaient potentiellement. L'on se félicite également de cette tendance, à nouveau perceptible chez les juges du fond, à protéger le faible. Mais la solution n'en reste pas moins incohérente¹¹³⁴.

274. – Incohérence en considération de la logique abstraite du droit de la consommation. La solution qui vise, quelle qu'en soit la méthode, à établir une forme de hiérarchie des usages pour accorder ou refuser la protection consumériste est nécessairement incohérente. En effet, l'on a vu que la prise de position consumériste s'était radicalisée en faveur d'une abstraction totale, justifiée par une logique de marché et, au plan intellectuel, par une sécurité juridique (et donc, une confiance des consommateurs) prétendument optimisée. Que viennent donc faire ces considérations purement concrètes dans ce mode d'appréciation purement objectif ? En outre, l'on voit qu'en l'absence de position claire, les juges du fond ont tendance à manifester une volonté de protection du faible, mais qui s'oppose à la politique consumériste traduite en droit positif, ce qui frappe la matière d'une nouvelle incohérence. En définitive, tant qu'à admettre une démarche finaliste, autant la faire tendre vers une solution claire, comme on en trouve d'ailleurs en jurisprudence dans des domaines voisins¹¹³⁵. Or, ici, l'abstraction est elle-même curieusement déformée. La solution de l'abandon d'un tel encadrement de la mixité contractuelle participerait également d'une clarification salutaire du droit de la protection du faible en matière contractuelle¹¹³⁶. Par ailleurs, l'on n'osera à peine rappeler que le critère de la mixité du contrat, pas plus que les besoins professionnels ou domestiques, n'a strictement aucun rapport avec le besoin de protection concret des contractants.

¹¹³⁴ V. not. A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n° 197, p. 181, qui parle de « *l'ineptie que soulève cet exemple* » (la solution en la matière). « *L'abstraction qui résulte du cloisonnement des bénéficiaires de régimes de protection donne naissance à des situations absurdes (...)* » (ibid.).

¹¹³⁵ C'est par ex. le cas en ce qui concerne l'application de l'art. L. 271-1 CCH (dont l'al. 1^{er} dispose que « *Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte* »). La Haute Cour a pu affirmer distinctement que cet article « *ne mentionnant dans son champ d'application que les immeubles à usage d'habitation, ses dispositions ne sont pas applicables aux immeubles à usage mixte ; qu'ayant constaté que la promesse de vente portait sur un immeuble destiné non seulement à l'habitation mais aussi au commerce, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle n'était pas soumise au délai de rétractation prévu par cet article* » (Cass. 3^e civ., 30 janv. 2008 (06-21.145) : Bull. civ. III, n° 15 ; AJDI 2008, p. 963, obs. F. Cohet-Cordey ; D. 2008, p. 1230, note F. Nési ; JCP N 2008, 1231, note H. Périnet-Marquet). Malgré des divergences en doctrine (V. not. sur celles-ci F. Cohet-Cordey, obs. préc. et les réf. citées), une telle solution (clarté, égalité, cohérence), pour les raisons précitées, est salutaire. Ce fut également le cas dans une affaire impliquant l'art. 311-3 3° (qui prévoyait que sont exclus de la protection les prêts « *destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle* »). La Haute Cour est claire : « *Attendu que pour dire que le prêt ne pouvait être exclu du champ d'application de la réglementation et constater, en conséquence, la forclusion de l'action, l'arrêt attaqué relève que le contrat indique que l'objet du prêt est l'acquisition d'un véhicule à usage professionnel, que toutefois, les époux Norwecki expliquent sans être démentis qu'il s'agissait de leur seul véhicule et que si M Norwecki l'utilisait pour les besoins de son activité professionnelle de VRP salarié, le couple s'en servait également pour son usage privé ; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a méconnu la destination contractuelle du prêt, a violé le texte susvisé* » (Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999 (97-04073) : Bull. civ. I, n° 148). Une fois encore, la solution est plutôt salutaire : pas que ces contractants n'aient pas potentiellement besoin d'une protection, mais il semble que l'invocation d'une part d'utilité privée soit, à l'admettre, un moyen insatisfaisant pour accorder la protection. Ce ne serait là qu'un artifice de fortune destiné à masquer, au vrai, les lacunes d'un système abstrait. Au surplus, en l'espèce, le prêt était manifestement destiné à l'acquisition d'un bien à usage professionnel, l'usage privé n'étant qu'accessoire et relativement forcé, dans la mesure où le couple n'avait qu'un seul véhicule. L'on n'aurait peut-être moins vigoureusement critiqué la solution, si c'est l'usage professionnel qui avait semblé inéluctable. En effet, ici, il semble compliqué de défier à un tel point un texte conçu précisément pour exclure des prêts destinés à financer des biens professionnels ! L'affaire ne fait donc que conforter l'idée que la mixité est un commode artifice et doit être encadrée autrement.

¹¹³⁶ V. sur ce point *infra* n° 511

275. – Incohérence en considération des solutions retenues à l'égard d'autres contractants. La solution est encore incohérente, en ce qu'elle admet ici sur le terrain de la mixité ce qu'elle refusait ailleurs sur le terrain du rapport direct (consommateur) ou du non-professionnel. En effet, si ce n'est pas, certes, la majorité des cas, un certain nombre de professionnels-consommateurs conclut pour autant des contrats portant sur l'acquisition ou la location de biens qui peuvent parfaitement servir à un usage mixte. C'est le cas pour du matériel informatique, de surveillance ou de sécurité¹¹³⁷. Dans ces hypothèses d'exclusion catégorique, nul égard n'est fait à un usage potentiellement mixte, le contentieux étant centré sur la caractérisation du consommateur. Tout en s'abstenant de toute qualification de non-professionnel¹¹³⁸, voilà que la jurisprudence ne s'attarde pas davantage à examiner une potentielle protection sous l'angle du contrat mixte. Ce reproche peut lui être fait.

276. – Prime à la mauvaise foi des plaideurs. L'on voit déjà ce qu'il faut plaider. S'attacher à démontrer un usage domestique de l'objet du contrat permettrait d'obtenir la protection consumériste, au demeurant accordée sans même que cet usage soit, comme on l'a vu, véritablement prédominant. Au contraire, celui qui cherchera à se fonder plus rigoureusement, en tentant d'expliquer dans sa demande en quoi il correspond bel et bien à un sujet du droit de la consommation, sera débouté. L'on voit bien que ce système est inégalitaire et paradoxal, car il établit une distinction, entre ceux qui travaillent à leur domicile, ou entre ceux qui ont un seul véhicule, professionnel et personnel. Pourtant, rien ne les distingue les uns des autres, au point de vue informationnel. L'opportunité de ces solutions fait défaut, sauf à se lancer dans de véritables investigations¹¹³⁹, qui ne les rendraient, au reste, pas plus légitimes. Et pour cause : elles ne soulignent en rien un état concret de faiblesse informationnelle¹¹⁴⁰ !

¹¹³⁷ V. not. *supra* nos 61 et s.

¹¹³⁸ V. sur la notion *supra* n° 127

¹¹³⁹ V. not. CA Nancy, 8 sept. 2011 (n° JurisData : 2011-032142). Des contrats de surveillance (contrats d'abonnement de télésurveillance et de vidéo-surveillance, contrats de location des équipements appropriés) ont été conclus par un architecte, travaillant à domicile, et une société. Pour accorder la protection, les juges se sont motivés avec rigueur : « *une partie réduite de l'immeuble est affectée à l'exercice de la profession et les matériels sont installés pour surveiller la partie habitation, l'entrée indépendante des locaux professionnels n'étant pas surveillée. De plus, l'expert comptable de l'architecte atteste que le coût des contrats a été intégralement pris en charge à titre privé par le client, qui n'a pas inclus ce coût dans ses frais professionnels. Enfin, la plainte déposée par le client pour agressions et harcèlement par des voisins finit de convaincre que l'objet des contrats était la protection du domicile privé. Les contrats sont donc bien soumis aux dispositions relatives au démarchage* ». V. aussi CA Versailles, 9 sept. 2010, préc.

¹¹⁴⁰ Il est en effet percutant de constater de tels efforts aux seules fins de démontrer... que le contrat serait davantage personnel que professionnel, et non pas que le contractant avait besoin de protection !

SECTION II : LES HYPOTHÈSES SPÉCIALES DE SURPROTECTION PAR L'EXTENSION DEMESUREE DE L'ABSTRACTION CONSUMERISTE

277. – Plan. L'extension démesurée des contractants protégés par le droit de la consommation ne s'effectue pas, curieusement, par le seul élargissement, dans plusieurs pans de la matière, de la notion de consommateur à toute personne physique (§I). En effet, elle se cristallise également par l'étirement ponctuel mais déraisonnable de la notion de professionnel (§II). C'est en effet qu'agir sur l'étendue de l'une ou l'autre des composantes de l'application du droit de la consommation, revient à protéger encore une fois bien au-delà des limites normales de la matière. En l'occurrence, cela revient également à permettre encore plus d'injustice, en ajoutant de l'abstraction à un système, c'est un euphémisme que de le rappeler, qui n'en manquait guère.

§I – Par la distension de ceux que l'on protège

278. – Fréquence de l'application à toute personne physique. Le droit de la consommation n'a vocation à s'appliquer qu'aux rapports entre consommateurs et professionnels. L'on a vu, déjà, combien ces frontières étaient larges, et combien ce droit s'imposait comme un quasi-droit commun des contrats. Voilà pourtant que, dans de multiples hypothèses, des dispositifs consuméristes légaux trouvent à s'appliquer à toute personne physique. Le cas du démarchage à domicile était topique, mais la réforme de 2014¹¹⁴¹ a fait disparaître, de manière salutaire, la référence à toute personne physique en la matière¹¹⁴². Une telle extension existe encore, pour autant, dans d'importants pans de la matière consumériste. C'est notamment le cas en matière de surendettement¹¹⁴³, de crédit à la consommation¹¹⁴⁴, et, de manière encore plus emblématique, en matière de cautionnement¹¹⁴⁵.

279. – Substitution de l'abstraction personne physique/personne morale à l'abstraction consommateur/professionnel. A la distinction consommateur faible/professionnel fort, le législateur substitue en ces matières la dichotomie personne physique profane/personne morale avertie et dangereuse. La démarche est encore plus critiquable que l'abstraction classique du droit de la consommation¹¹⁴⁶. La critique sera pour autant brève, tant elle reprend ce qui a été dit de cette abstraction : il n'y a là qu'une différence de degré, pas de nature.

¹¹⁴¹ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, art. 9

¹¹⁴² Ancien art. L. 121-21 du Code de la consommation, qui disposait qu'« Est soumis aux dispositions de la présente section quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services ». Aujourd'hui, les contrats « conclus à distance et hors établissement » sont régis par les art. L. 121-16 et s. C. consom., le premier d'entre eux les définissant comme « tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur » (art. L. 121-16 2° C. consom.).

¹¹⁴³ Art. L. 330-1 et s. C. consom.

¹¹⁴⁴ Art. L. 311-1 et s. C. consom.

¹¹⁴⁵ Art. L. 313-7 et L. 313-8 C. consom. (imposant des mentions manuscrites obligatoires lors du cautionnement d'un crédit immobilier ou à la consommation, par une personne physique. Par ailleurs, les désormais célèbres art. L. 341-1 C. consom. viennent exiger diverses mesures protectrices de la caution (information, formalisme, proportionnalité), encore une fois expressément personne physique).

¹¹⁴⁶ Par où l'on voit que l'attraction par le droit de la consommation de domaines qui ne lui appartiennent rigoureusement pas est condamnable. V. not. Ph. Théry, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », Dr. et patr. avr. 2001, p. 53 et s.

280. – Toute personne physique n'est certainement pas une partie faible. En premier lieu, la méthode souffre encore du simplisme avec lequel elle cristallise la partie faible, l'assimilant de manière abstraite aux seules personnes physiques. En effet, un tel système implique que la plus ignorante des parties faibles sera encadrée de la même manière que la plus avertie d'entre elles. Pour reprendre le mot de M. Manara, « *les procéduriers les plus invétérés sont tout aussi protégés que les profanes les plus ignorants* »¹¹⁴⁷. L'on rejoint donc, à cet égard, ce qui a été dit de l'abstraction consumériste et des consommateurs abusifs¹¹⁴⁸.

281. – Illustration topique dans le cautionnement¹¹⁴⁹. Le cautionnement est comme on le sait, à l'instar du domaine médical, un laboratoire extrêmement instructif en ce qui concerne les tendances modernes de protection du faible, et donc, parfois, leur excès. Le problème de la diversité des cautions s'est posé dans des termes renouvelés à la suite de l'entrée en vigueur des nouvelles mesures (particulièrement les mentions manuscrites¹¹⁵⁰) issues de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Les tentatives des juges du fond d'invoquer les connaissances issues du caractère averti de ces cautions personnes physiques, et de s'intéresser donc au cœur du problème, sont un point positif¹¹⁵¹. Mais la Haute Cour est forcée, en définitive, de trancher légalement, et donc manifestement injustement¹¹⁵². Comme l'a souligné

¹¹⁴⁷ C. Manara, « L'abus par le consommateur de son droit », LPA 18 mai 1998, p. 4

¹¹⁴⁸ V. *supra* nos 258 et s.

¹¹⁴⁹ Mais pas, loin s'en faut, le seul. Le cas du surendettement, par exemple (qui dépasse le cadre de notre étude), est tout autant démonstratif. Il faut lire sur ce point la réflexion de G. Paisant (« Surendettement. Le débiteur surendetté est-il un consommateur ? », RTD com. 1994, p. 109 et s.). De fait, le particulier surendetté est assimilé aujourd'hui à la définition du consommateur. L'est-il vraiment au fond ? Rien n'est moins sûr. Déjà, parce que particulier et consommateur n'ont au fond rien d'assimilable. Ensuite, parce que, comme le rappelle G. Paisant, l'objectif du Code de la consommation était « *de rassembler les textes législatifs et réglementaires fixant les règles relatives aux relations individuelles ou collectives entre consommateurs et professionnels* », ce qui n'est franchement pas assez vaste pour recouvrir le traitement du surendettement de tous les particuliers : c'est en effet que les « *dettes non professionnelles* » de l'art. L. 330-1 C. consom. ne sont en rien assimilables à des dettes résultant de relations avec des professionnels. Bien sûr le lien était tangible, pendant la confection de la loi de 1989, entre le traitement du surendettement et le fort développement du crédit à la consommation (G. Paisant, art. préc.). Il n'en reste pas moins que le but de la loi était éminemment social et destiné à traiter des cas de grande difficulté, « *et donc qu'elle visait avant tout les multiples personnes atteintes par le chômage, le licenciement économique, la maladie, et qui, écrasées sous le poids de leurs dettes, ne pouvaient qu'être asphyxiées. Les mesures de report ou de rééchelonnement des paiements, les mesures de remises partielles de dettes et de suspension de l'exécution étaient destinées à soulager ces personnes dont la situation souvent dramatique était particulièrement digne d'attention* » (A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », JCP G 1994, I, 3804, n° 18). Il est peu satisfaisant, ainsi, que toute personne physique ait droit à l'ouverture d'une telle procédure. L'on rejoint donc ce qui a été dit du consommateur abusif. En effet, des personnes physiques dont on peut fortement douter de la crédulité et dont les dettes certes non professionnelles ne correspondent franchement pas à une véritable situation de précarité profonde pourraient fort bien profiter de la procédure (V. en ce sens A. Sinay-Cytermann, art. préc., p. 515, n° 18 : « *Ainsi, les membres des professions libérales, médecins, avocats, architectes sont recevables à saisir la Commission de surendettement, s'ils sont dans l'impossibilité manifeste de faire face à des dettes non professionnelles. Tel serait le cas par exemple de l'achat d'une résidence secondaire ou d'un emprunt souscrit pour l'équipement ménager (...). N'y a-t-il pas, cependant, quelque surprotection -- légale certes -- à soulager des personnes dont les revenus, le standing social, le niveau d'information auraient dû conduire à ne jamais être en situation d'impossibilité manifeste de faire face à leurs dettes ?* »).

¹¹⁵⁰ Art. L. 341-2 et s. C. consom.

¹¹⁵¹ Cf. ci-après ; V. *contra* not. CA Montpellier, 24 mai 2011 (n° JurisData : 2011-018269) : « *relève des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation le cautionnement donné par le dirigeant afin de garantir le paiement des dettes contractées au titre de la fourniture de matériaux de construction à une société bénéficiaire d'un compte client professionnel ouvert dans les livres du fournisseur. Le dispositif destiné à assurer l'information de la caution, personne physique, s'engageant par acte sous seing privé envers un créancier professionnel* ».

¹¹⁵² V. not. Cass. com., 10 janv. 2012 (10-26.630) : D. 2012, p. 276, obs. V. Avena-Robardet ; Rev. sociétés 2012, p. 286, note I. Riassetto ; RTD com. 2012, p. 177, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 28-29 mars 2012, p. 14, obs. M.-P. Dumont-Lefrand (« *attendu que toute personne physique, qu'elle soit ou non avertie, doit, dès lors qu'elle s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel, faire précéder sa signature, à peine de nullité de son engagement, qu'il soit commercial ou civil, des mentions manuscrites exigées par les textes susvisés* »). La Cour de cassation est – avait-elle seulement le choix ? – restée insensible à une argumentation du pourvoi qui avait au moins pour mérite de placer le débat sur de prétendues compétences qu'aurait eu en l'espèce la caution du fait de ses fonctions (« *il serait inexact de considérer M. X... comme un consommateur inexpérimenté et dépassé par ses engagements ; (...)* qu'il connaît parfaitement la société et comprend le sens du cautionnement lorsqu'il s'engage »). V. aussi l'alignement de la première chambre civile : Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2012 (09-12.246) : D. 2012. 1102, note L. Thibierge ; JCP G

M. Legeais, on peut « *contester le bien fondé de cette solution qui conduit à faire échapper une caution expérimentée et consciente de ses engagements à ses responsabilités* »¹¹⁵³. Plus encore que la solution elle-même, c'est le moyen qui est contestable : le prisme de la protection d'une partie faible, qui n'en a ici que le nom¹¹⁵⁴. L'abstraction distordue est donc encore plus nocive que l'abstraction classique du droit de la consommation¹¹⁵⁵, et il y a là plus que jamais « *une incitation à la malhonnêteté* » et « *un « truc » pour gagner des procès* »¹¹⁵⁶. Par où l'on voit, au demeurant, que la confiance censée être insufflée par les sûretés peut assez vite tourner à l'insécurité¹¹⁵⁷.

282. – La partie faible n'est guère qu'une personne physique. L'on admet aisément, généralement, que la personne morale est la partie contre qui l'on doit protéger. Sa nature semble lui attacher inexorablement une présomption de puissance et de malice. Mais c'est oublier que la catégorie des personnes morales, tout autant que celle des personnes physiques, est polymorphe¹¹⁵⁸. Partant, il faut nécessairement s'émanciper d'une logique catégorielle. Que penser de la puissance de personnes morales comme certaines associations ou sociétés unipersonnelles ? Ne sont-elles pas dans une situation similaire, voire identique, à celle de commerçants personnes physiques, ou d'entrepreneurs individuels, personnes physiques également¹¹⁵⁹ ? Autant de potentielles parties faibles évincées d'emblée de toute protection, par un système ne s'adressant machinalement, pour d'obscures (inexistantes) raisons, qu'aux personnes physiques.

2012, 517, note S. Piedelièvre (« *attendu que pour déclarer valables les engagements de caution souscrits par M. et Mme Y.. sans la mention manuscrite prévue par l'article L. 341-2 du Code de la consommation, la cour d'appel a retenu que cette disposition n'était pas applicable aux cautions en raison de leur qualité d'associés et de gérants des sociétés garanties ; Attendu qu'en statuant ainsi alors que la mention manuscrite prévue par ce texte doit être inscrite par toute personne physique qui s'engage en qualité de caution par acte sous seing privé envers un créancier professionnel, la cour d'appel a violé ledit texte* »). V. aussi, Cass. com., 31 janv. 2012 (10-24.694) : Rev. Sociétés 2013, p. 28, obs. J-F. Barbière (deux époux, dirigeants d'une société (spécialisée en négoce de vins) tentaient d'invoquer la disproportion de leur engagement. La cour d'appel de Douai, pour rejeter leur demande, avait conclu à leur caractère averti, du fait des fonctions exercées. La Cour de cassation censure pour défaut de base légale, au motif que « *qu'il n'était ni allégué ni démontré que les cautions étaient impliquées dans la gestion de la société cautionnée* »).

¹¹⁵³ D. Legeais, note sous Cass. com., 10 janv. 2012, préc.

¹¹⁵⁴ V. not. sur ce point Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, p. 714, n° 30 (et not. : « *La conséquence en est que, de plano, le dispositif légal ne s'articule plus sur le besoin particulier qu'aurait la caution de voir son consentement éclairé puisqu'il s'applique, de plano, aux catégories de cautions les plus éclairées qui puissent se concevoir* »). V. aussi Y. Picod, « Le juge au secours du législateur, comment la Cour de cassation réécrit l'article L. 341-3 du Code de la consommation », D. 2011, p. 1193 et s., spéc. p. 1194, n° 5 (et not. : « *en d'autres termes, les cautions non profanes peuvent tirer parti de la protection du faible* »).

¹¹⁵⁵ La remarque vaut tout autant pour les autres mesures instaurées par la même loi Dutreil, et particulièrement pour l'exigence de proportionnalité du cautionnement (qui sort du cadre et de l'idéologie de notre étude, raison pour laquelle elle n'est que mentionnée). En effet, l'art. L.341-4 C. consom. frappe l'engagement d'une déchéance dans la mesure où le caractère disproportionné est caractérisé au détriment de la caution personne physique (soit si celui-ci était manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution au moment de la conclusion de l'acte, soit si le patrimoine de celle-ci ne lui permet pas de respecter son engagement, cette fois au moment où elle est appelée à le faire).

¹¹⁵⁶ Ph. Malaurie, note sous Cass. com., 27 févr. 1996 (94-11.241) : D.1996, p. 520

¹¹⁵⁷ V. not. sur cette question D. Houtcieff, « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, V-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 79 et s.

¹¹⁵⁸ V. sur ce point *supra* n°s 145 et s.

¹¹⁵⁹ K. de la Asuncion Planes, « La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? » : LPA 3 mars 2010, p. 3 et s., spéc. p. 11, n° 24 (et not. : « *On aboutit alors à un paradoxe dans la protection lorsque l'entrepreneur individuel personne physique professionnelle est protégé, alors que la personne morale unipersonnelle ne l'est pas. De même, l'association qui se portera caution ne sera pas protégée par le Code de la consommation alors que le commerçant personne physique ou le gérant social de société le sera* »).

§II – Par la distension de ceux contre qui l'on protège

283. – Plan. La distension démesurée au sein du droit de la consommation ne concerne pas uniquement les parties protégées, mais également celles contre qui l'on a entendu protéger. Le professionnel a ainsi connu de telles extensions (A), dont les effets néfastes sont distinctement identifiables notamment à l'aune de l'exemple symptomatique du cautionnement (B).

A – Une redoutable extension légale générale du professionnel

284. – Notion classique de professionnel. Il est vrai qu'il existait un relatif¹¹⁶⁰ consensus sur la notion de professionnel. On le trouvait en effet le plus souvent défini comme celui qui exerce une activité de production¹¹⁶¹, de manière lucrative¹¹⁶², habituelle¹¹⁶³ et organisée¹¹⁶⁴. Notion qui, et l'œuvre consumériste est palpable¹¹⁶⁵, a tendance à prendre « *peu à peu le pas sur celle de commerçant* »¹¹⁶⁶. Au-delà, l'acception précitée est cohérente avec la définition commune du professionnel¹¹⁶⁷, mais aussi et surtout avec sa définition économique¹¹⁶⁸. Elle correspond aussi correctement à la logique rigide de protection en droit de la consommation. L'on pouvait alors croire qu'une telle protection reposait, plus encore que sur la faiblesse présumée du consommateur, sur la puissance informationnelle du professionnel¹¹⁶⁹, qui

¹¹⁶⁰ Relatif consensus, seulement, car il y a doute sur la condition que cette activité soit à but lucratif ou non (V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 4, p. 5). Cette question n'a pas plus d'importance ici et n'est donc que suggérée.

¹¹⁶¹ V. not. S. Vialle, *La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. I-II, th. Grenoble, 1990, p. XI (« *Le professionnel est d'abord un agent économique de production Qu'il soit agriculteur, membre d'une profession libérale, artisan ou commerçant, il met toujours en œuvre une activité économique qui contribue à accroître la richesse nationale (...)* » ; d'où, d'ailleurs, le sous-titre de l'étude). Ainsi la « *production* » est entendue au sens large, et semble conforme aux définitions habituellement retenues par la doctrine consumériste (V. par ex. Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n° 39, p. 29 : « *Le professionnel peut être défini comme une personne physique ou morale agissant dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de services* »). V. aussi en ce sens le deuxième critère dégagé par Ph. Le Tourneau (« *Les critères de la qualité de professionnel* », LPA 12 sept. 2005, p. 4).

¹¹⁶² V. not. S. Vialle, th. préc., p. 29 et s. (la profession « *exclut la gratuité* », intitulé des développements sur ce point). V. aussi en ce sens le quatrième critère dégagé par Ph. Le Tourneau (art. préc.). Certes, cet aspect lucratif est peut-être celui sur lequel une discussion est possible (V. en ce sens, pour une position désireuse de dépasser le but lucratif pour qualifier certains contractants de professionnels : de J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 4, p. 5 ; nous tranchons, pour notre part, nettement cette question. V. *infra* n° 509). Rapp. aussi G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 1, LGDJ, 18^{ème} éd., 2001, spéc. nos 118-119, p. 105-106 (la profession est habituelle, mais aussi et surtout « *L'activité professionnelle est intéressée* ») ; D. Houtcieff, *Droit commercial*, Sirey, 3^{ème} éd., 2011, spéc. n° 222, p. 97

¹¹⁶³ V. not. S. Vialle, th. préc., p. 81 et s. (développements consacrés au « *rôle de l'habitude quant à l'appartenance à la profession* »). L'auteur souligne d'ailleurs d'emblée le très large consensus existant sur l'admission de ce critère pour caractériser le professionnel. Ainsi, « *L'activité devra être pratiquée de manière habituelle et publique pour conférer à l'individu qui l'exerce l'état de professionnel, le rattachant ainsi à un groupe social (...)* » (ibid., p. 80). V. aussi en ce sens le premier et le troisième critères dégagés par Ph. Le Tourneau (art. préc., et not. « *le professionnel s'affiche comme tel, ou à tout le moins en donne ouvertement l'apparence aux autres* ») ; Rapp. D. Houtcieff, op. cit., spéc. nos 221-222, p. 96-97

¹¹⁶⁴ J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 3, p. 4 ; V. aussi en ce sens le cinquième critère dégagé par Ph. Le Tourneau (art. préc., et not. : « *(...) sans doute le principal. Il réside dans son organisation fonctionnelle (tournée vers la réalisation de son activité habituelle), souvent très élaborée (...)* »).

¹¹⁶⁵ Tant son influence sur la matière commerciale est à l'évidence importante, en parallèle (V. not. D. Houtcieff, op. cit., nos 852 et s., p. 356 et s.).

¹¹⁶⁶ D. Houtcieff, op. cit., n° 302, p. 129 : « *les distinctions entre commerçants, artisans et professions libérales s'estompent* ». Le droit de la consommation est encore au centre du mouvement, par son ampleur et sa fixation sur la notion de professionnel, et non simplement sur celle de commerçant.

¹¹⁶⁷ *Le nouveau Littré*, 2004, « Profession », « Professionnel », p. 1100 (qui renvoie à l'Etat, l'emploi, la condition, celui qui a « *fait d'une activité son métier* »).

¹¹⁶⁸ V. not. S. Vialle, th. préc., p. XI

¹¹⁶⁹ Comme le laisse aussi penser, par ex., la formule particulièrement salutaire de l'art. L. 533-16 al. 2 CMF, définissant le client professionnel comme « *un client qui possède l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus* ».

résultait précisément de l'habitude et de l'organisation de l'activité exercée¹¹⁷⁰. En effet, la complexité des produits et l'accentuation corrélative des risques ont contribué à engendrer la nécessité d'ériger cette qualification de professionnel comme centre d'impulsion dont tout, ou presque, dépend en droit de la consommation. Comme le souligne Mme Vialle dans sa thèse consacrée à la question, l'état professionnel n'est pas qu'économique (activité de production, habitude, organisation, lucratif), il est aussi « technique »¹¹⁷¹ : le professionnel est donc assimilé « à la possession d'un certain savoir, d'un minimum de compétence conféré par l'expérience ou par l'acquisition de connaissances »¹¹⁷².

285. – Notion récente de professionnel en droit de la consommation. Le professionnel n'avait jamais été défini en droit de la consommation, à l'instar du consommateur. S'il ne l'est toujours pas aujourd'hui explicitement, il l'est néanmoins probablement implicitement. En effet, la notion peut être déduite d'une lecture *a contrario* de la nouvelle définition du consommateur¹¹⁷³, comme, déjà, à l'époque du rapport direct. Ainsi pourrait-on croire qu'*Au sens du présent code, est un professionnel toute personne*¹¹⁷⁴ qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. Il est vrai qu'il eut été plus clair de le dire expressément. Mais le plus important est que cette définition, à l'analyse, semble véritablement rompre avec l'acceptation classique du professionnel.

286. – Rupture décisive (par extension) avec la notion classique de professionnel. L'opposition des deux définitions (classique et consumériste récente) est nette. Celui qui agit dans le cadre de son activité n'est pas nécessairement celui qui agit de manière productive, habituelle, organisée et lucrative. D'abord, il faut dire que l'acceptation classique de la notion de professionnel empêcherait que certaines personnes morales (associations, syndicats, etc...) puissent être considérées comme de véritables professionnels, et ainsi accablées comme tels. Ensuite, il est indubitable que l'acceptation consumériste récente de la notion de professionnel étend considérablement l'acceptation classique : elle érige en critère un simple rapport (l'adjonction *direct* n'a absolument plus de raison d'exister) avec l'activité professionnelle, évinçant donc les quatre conditions classiques de caractérisation du professionnel. Quelques exemples rapides permettront de se convaincre de tout ceci.

¹¹⁷⁰ Rappr. J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 556 (et not. « La fusion des influences romaines et anglaises a donné le jour à une notion synonyme de spécialiste, de sachant ou se déclarant tel. Le professionnel est aujourd'hui celui qui détient une information systématique dans un domaine particulier, celui qui a une qualification »).

¹¹⁷¹ V. sur ce point les développements consacrés par S. Vialle (th. préc., p. 42 et s.).

¹¹⁷² S. Vialle (th. préc., p. 42 et s. (p. 42, pour la formule)). Le professionnel est donc assimilé « à la possession d'un certain savoir, d'un minimum de compétence conféré par l'expérience ou par l'acquisition de connaissances » (ibid., p. 42). C'est ce qu'étudie l'auteur dans des développements ultérieurs consacrés à la « compétence professionnelle », véritable caractéristique (du moins normalement, scientifiquement, contrairement à la dénaturation consumériste que l'on connaît) du professionnel (ibid., p. 54 et s.), par le prisme d'une « qualification individuelle » (ibid., p. 56 et s.), qui détermine tout à la fois l'accès à la profession et l'exercice de celle-ci (ibid., p. 58 et s.). Sous l'Ancien Régime, déjà, « l'exercice d'une activité professionnelle nécessitait l'acquisition d'un certain nombre de connaissances qui étaient dispensées et contrôlées par l'organisation corporative » (ibid., p. 56). Puis ce système s'effondra. Mais plus tard, la complexification des activités et la multiplication des accidents (schématiquement) menèrent à exiger des qualifications, et le professionnel allait donc revenir sur le devant de la scène. Depuis, cela n'a cessé de se développer. Le lien, rompu un temps avec les qualifications, et donc avec le savoir, est ainsi réapparu avec vigueur (ibid., p. 57). V. aussi en ce sens le sixième critère dégagé par Ph. Le Tourneau (art. préc.).

¹¹⁷³ Rappelons la : « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (art. prélim. C. consom.).

¹¹⁷⁴ L'on retire « physique », car il va de soi que les personnes morales sont l'essence même du professionnel au sens du droit de la consommation.

287. – Confirmation de la rupture par des illustrations simples. Tout d’abord, les parties qui contracteront avant la naissance de l’activité, mais en lien avec elle, ou après avoir mis fin à cette activité, mais toujours en lien avec elle, ne seront absolument pas traités de la même manière selon l’acception de la notion de professionnel que l’on choisit. En effet, les conditions classiques mèneront à les exclure de la catégorie des professionnels ; les conditions récentes, au contraire, à les y inclure : cadre de l’activité oblige. Ensuite, il faut aussi songer aux professionnels qui agiront hors de leur spécialité (songeons alors essentiellement aux nombreuses hypothèses étudiées lorsque nous évoquions les professionnels-consommateurs¹¹⁷⁵ : par exemple, un coiffeur qui achète un lecteur de carte ; un pharmacien qui loue un distributeur d’eau). La définition récente exclura ces contractants de toute protection, les qualifiant de professionnels, là où la définition classique aurait pu les y inclure (l’activité en cause ne répondant pas à ses critères, notamment à l’habitude, telle que finement étudiée¹¹⁷⁶, ou même à l’aspect productif d’une telle activité¹¹⁷⁷). En définitive, la causalité abstraite remplace les conditions classiques. C’est d’ailleurs pour ne pas céder à une telle abstraction critiquable que l’indispensabilité du recours à la notion de spécialité sera soulignée¹¹⁷⁸. Au reste, les illustrations de certaines extensions jurisprudentielles similaires permettront de compléter notre propos, destiné à mettre en lumière l’ampleur des effets néfastes que la définition récente et extensive permet de redouter.

B – De redoutables extensions jurisprudentielles ponctuelles du professionnel : l’exemple du cautionnement

288. – Problématique de l’extension à tout acte passé pour l’activité. L’extension de la notion de professionnel apparaît injuste d’emblée, puisque les raisons fonctionnelles¹¹⁷⁹ de son intangible puissance, par hypothèse, n’existent pas. C’est en effet qu’il ne devrait s’agir que d’une « *personne dont l’appartenance à une profession fait attendre une qualification correspondante* »¹¹⁸⁰. La protection abstraitement distribuée au consommateur ne serait guère fondée. Or, quand cette particulière qualification disparaît, parce que l’acte est exceptionnel ou marginal, alors on ne peut plus parler de manière satisfaisante de *professionnel*. C’est affubler un contractant d’un qualificatif inexact, car il ne reflète plus rien de la prétendue compétence qui est censée être son corollaire. C’est faire passer pour averti celui qui ne l’est pas. Il faut alors, soit ne plus considérer un tel contractant comme un professionnel, soit, et ceci semble éminemment préférable, admettre enfin que la démarche est inappropriée pour qualifier un professionnel, dès lors chargé des inombrables devoirs que l’on sait¹¹⁸¹. Régir ces situations par le droit de la consommation est lourd de conséquences : le besoin de protection de l’un est un motif insuffisant pour accabler un autre, qui n’a rien de ce que devrait représenter un professionnel. Pour s’en convaincre, observons en pratique ce que la théorie, déjà, nous murmure.

¹¹⁷⁵ V. *supra* nos 61 et s.

¹¹⁷⁶ Sur ce que l’habitude n’est pas seulement la fréquence (élément matériel), mais est aussi l’intention de se comporter comme membre de ladite profession (élément psychologique) : V. not. S. Vialle, th. préc., spéc. p. 83 et s.

¹¹⁷⁷ Au sens qui vient d’être vu dans le cadre de la notion classique de professionnel, *supra* nos 284 et s.

¹¹⁷⁸ V. sur ce point *infra* nos 655 et s.

¹¹⁷⁹ J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « Clauses abusives », sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 15

¹¹⁸⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Professionnel », p. 806 ; V. plus en détails sur ce point, *supra* nos 284

¹¹⁸¹ Comme le suggère justement M. Tchendjou, « L’alourdissement du devoir d’information et de conseil du professionnel », JCP G 2003, I, 141, spéc. n°s 4 et s.

289. – Illustration topique dans le cautionnement. Il est commun de supposer que les cautionnements vont être exigés essentiellement par des professionnels du crédit, et qu'il convient d'exiger la plus grande fermeté à leur égard. Encore faut-il que la définition de ceux-ci soit mesurée, sous peine de mener à des excès, de nouveau par une trop forte abstraction. Or, en affirmant qu'« *au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale* »¹¹⁸², la Haute Cour s'écarte de cette nécessaire mesure, en l'occurrence en matière de cautionnement. Des deux interprétations possibles¹¹⁸³, la plus extensive (et donc la plus protectrice des cautions) fut ainsi retenue, en dépit de certains autres contractants.

290. – Emancipation contestable du caractère habituel. Au terme de cette solution, il est indifférent que le cautionnement (le crédit, de manière générale) soit une pratique rarissime pour un créancier. Que penser alors d'une société de papeterie qui, ayant acquis les parts d'une autre dans le but de se diversifier dans la brasserie, se voit opposer, au terme de l'opération, la nullité du cautionnement pour défaut des mentions manuscrites exigées envers un *créancier professionnel*? Avait-elle seulement déjà pratiqué le cautionnement? D'autres illustrations très similaires peuvent être mentionnées¹¹⁸⁴, menant à des solutions tout aussi contestables. La démarche, on l'aura compris, laisse perplexe.

291. – Précarisation des *professionnels* et injustice des solutions. La partie contre qui l'on protège, que l'on considère donc par hypothèse comme une partie forte, ne doit-elle pas précisément se matérialiser dans les faits par une partie *qui sait*, parce qu'elle pratique habituellement? Le fait même que l'ignorance soit palpable dans les hypothèses précitées n'est-elle pas, en elle-même, une preuve de l'incohérence et du danger d'une telle solution? Que penser de l'injustice contractuelle et de la promotion de la mauvaise foi¹¹⁸⁵ qui en émanent¹¹⁸⁶? Il conviendrait bien mieux de rapatrier ce pan du droit dans le Code civil, afin de dispenser une protection plus rigoureuse et plus juste¹¹⁸⁷.

¹¹⁸² Cass. 1^{re} civ., 9 juil. 2009 (08-15.910) : Bull. civ. I, n° 173 ; D. 2009, p. 2198, note S. Piedelièvre ; *ibid.*, p. 2032, obs. X. Delpech ; *ibid.*, p. 2058, chron. P. Chauvin, N. Auroy et C. Creton ; D. 2010, p. 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2009, p. 758, obs. P. Crocq ; RTD com. 2009, p. 601, obs. D. Legeais

¹¹⁸³ V. not. P. Crocq, note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juil. 2009, préc. (et not. : « *il restait à savoir ce qu'est un créancier professionnel au sens de ces textes : s'agit-il seulement d'un créancier dont la profession consiste à dispenser des crédits ou bien s'agit-il, plus largement, d'une personne qui est devenue créancière à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle et, si tel est le cas, quel doit être la densité du lien exigé entre la créance garantie et l'activité professionnelle ?* »).

¹¹⁸⁴ Autre exemple, pour une société dont l'activité principale est la gestion de magasins d'alimentation de proximité, exigeant un cautionnement (CA Montpellier, 7 déc. 2010 (n° JurisData : 2011-027216)). V. aussi CA Montpellier, 23 nov. 2010 (n° JurisData : 2010-027206) (garantie de l'exécution d'un contrat d'approvisionnement exclusif) ; et CA Bordeaux, 11 janv. 2011 (n° JurisData : 2011-004749) ; CA Nîmes, 13 janv. 2011 (n° JurisData : 2011-016853) ; CA Montpellier, 24 mai 2011 (n° JurisData : 2011-018269) (opérations de crédit-fournisseur).

¹¹⁸⁵ En l'espèce, l'on notait d'ailleurs que le créancier avait entrepris de faire apposer des mentions très détaillées et soigneuses, mais non identiques à celles exigées par la loi : est-ce cela, la partie dominante et dangereuse? Un contractant manifestement ignorant, au surplus manifestement diligent?

¹¹⁸⁶ V. aussi, de manière tout aussi démonstrative, un garagiste se voyant opposer la nullité du cautionnement, en tant que « *créancier professionnel* », comme annonçant la définition qui allait un mois plus tard en être retenue : Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009 (07-21.506) : Bull. civ. I, n° 138 ; D. 2009, p. 2068, obs. C. Creton ; *ibid.*, p. 1820, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2009, p. 601, obs. D. Legeais ; JCP E 2009, 35, obs. D. Legeais ; CCC 2010, n° 25, obs. G. Raymond ; RD banc. fin. 2009, n° 153, obs. A. Cerles ; RDC 2009, p. 1444, note D. Fenouillet

¹¹⁸⁷ V. not. en ce sens Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n° 13, p. 9 (« *ces dernières devraient figurer dans le Code civil dans la mesure où elles s'appliquent à toutes sortes de situations* »).

292. – La solution n’est pas même sûre, car elle accable précisément les plus faibles de ces prétendus plus forts. En dépit de ce qui vient d’être précisé, la solution correspond aux désirs d’une doctrine autorisée¹¹⁸⁸, notamment en ce que « *cette lecture du texte est assurément celle qui évitera le plus de contentieux* »¹¹⁸⁹. Encore le bouclier de l’insécurité est-il brandi¹¹⁹⁰. Néanmoins, l’affirmation semble inexacte. Ceux qui font de leur activité la pratique de sûretés ignorent encore parfois l’existence des mentions manuscrites dans le cautionnement : que penser alors de ceux pour qui la pratique d’un tel contrat est rarissime¹¹⁹¹ ! La solution ne semble donc ni juste, ni sûre. L’on crée des parties faibles¹¹⁹² davantage que l’on en protège d’autres. Voilà une hypothèse où l’on rejoindra ainsi l’analyse de C. Manara, soulignant les risques d’abus par le consommateur, qui dispose d’un moyen de pression sur certains professionnels¹¹⁹³. Ceci se vérifie à plus forte raison encore en matière de cautionnement, où la précarisation du créancier atteint un niveau préoccupant¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁸ D. Legeais, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 juil. 2009, préc. ; L. Aynès, « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », Dr. et patr. nov. 2003, 120, spéc. p. 29-30

¹¹⁸⁹ D. Legeais, obs. préc.

¹¹⁹⁰ V. sur cette question *infra* nos 610 et s.

¹¹⁹¹ L’on ne saurait mieux le dire : « *on peut alors prédire que de nombreux créanciers professionnels, en toute bonne foi et en parfaite ignorance des dispositions légales et de leur interprétation, feront souscrire des cautionnements qui seront faciles à annuler* » : D. Legeais, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 juil. 2009, préc.

¹¹⁹² « *face à cette difficulté, le créancier diligent aura soin à l’avenir d’exiger systématiquement cette mention de toute caution personne physique. Mais encore faut-il qu’il soit lui-même informé que le cautionnement qu’il réclame est soumis au formalisme du droit de la consommation ! Comme en témoigne la jurisprudence, l’éducation des créanciers reste encore à parfaire sur ce point...* » (I. Riassetto, note sous Cass. com., 10 janv. 2012, préc.).

¹¹⁹³ V. not. sur ce point : C. Manara, « L’abus par le consommateur de son droit », LPA 18 mai 1998, p. 4 et s.

¹¹⁹⁴ D. Legeais, « Le Code de la consommation, siège d’un nouveau droit commun du cautionnement », JCP E 2003, 1433, concluant que le cautionnement classique est devenu « *une suite de mauvaises surprises* » (*ibid.*, p. 1615, n° 30) ; V. aussi sur ce point *infra* nos 914 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

293. – La nocivité de l’abstraction est multidirectionnelle. Le consommateur n’est qu’une partie potentiellement faible. Le constat complète celui du chapitre précédent. En effet, l’on voit que l’abstraction ne joue pas seulement contre la protection de certains contractants en situation de faiblesse. Elle joue également en faveur de nombreux contractants chez lesquels, bien au contraire, l’on n’en distingue souvent aucune (consommateurs abusifs). L’on a constaté, par ailleurs, que le lien avec les besoins personnels prend le dessus sur le lien avec les besoins professionnels (contrats mixtes), engendrant des solutions contestables. Même ! Le droit de la consommation s’applique parfois bien au-delà des rapports entre consommateurs et professionnels. Ces extensions sont, on l’a vu, hautement critiquables et participent d’une protection inappropriée et incohérente. Se distinguent donc encore de nombreuses illustrations de l’exclusivisme consumériste, de son attraction, mais aussi de toute la confusion qui règne en la matière. Une chose est sûre à ce stade : le consommateur n’a pas le monopole de la faiblesse. Plus encore, on vient de le voir, il n’est même pas toujours uniformément une partie faible.

CONCLUSION DU TITRE I

294. – L'inadéquation du droit de la consommation étant avérée, le regard se tourne vers le droit commun. Le « *droit de la consommation n'a pas le monopole des faibles et de l'abus* »¹¹⁹⁵. Or, à l'humanisme qui avait sous-tendu les premières protections particulières du faible, s'est insidieusement substituée la logique de personnalisation de la protection du contractant. Celle-ci est en réalité sous-tendue par une logique de marché, indifférente aux considérations concrètes de faiblesse. Ainsi, dès lors que l'accueil de nombreux contractants faibles semble impossible au sein du droit de la consommation, et dès lors que son système engendre aussi, au contraire, de nombreux cas de protection illégitime, le regard se tourne nécessairement vers le droit commun. Quelle protection peut encore y être trouvée ? Quels sens nouveaux ont-ils été trouvés aux techniques deux fois centenaires du Code civil ? Et pour quels résultats ? Le découvrir est tout l'enjeu des développements qui suivent.

¹¹⁹⁵ D. Mazeaud et Th. Genicon, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », RDC 2012, p. 277

TITRE II

LA DESAGREGATION D'UN DROIT COMMUN OBSOLETE

« Nous n'écoutons d'instincts que ceux qui sont les nôtres,
et ne croyons le mal que quand il est venu ».

J. de La Fontaine¹¹⁹⁶

295. – Rapports droit de la consommation/droit commun. Au-delà de la conquête, l'enrichissement. Cette question croise évidemment celle de l'analyse des rapports entre le droit de la consommation et le système juridique qui l'entoure¹¹⁹⁷, le droit commun ou la théorie générale du contrat¹¹⁹⁸. L'on y distingue également la question des rapports entre droit spécial et droit commun¹¹⁹⁹, sources d'interactions inévitables. D'aucuns ont mis en lumière les rapports parfois enrichissants, entretenus par ces droits. Ainsi, les règles consuméristes sont parfois conçues comme des « *facteurs d'évolution du droit civil* »¹²⁰⁰. Elles participeraient de l'enrichissement de certaines solutions rendues sur le fondement du droit commun, et en révéleraient des significations intéressantes¹²⁰¹. Au-delà, il a pu être soutenu que ces règles protectrices restitueraient sa vigueur à l'autonomie de la volonté, dès lors assainie et réactualisée¹²⁰². Ces thèses sont, pour être tout à fait honnête, indéniablement justes¹²⁰³. Il semble en effet excessif de considérer le droit de la consommation uniquement comme un envahisseur conquérant¹²⁰⁴. Cependant, la nuance soulignée en masque une autre, à son tour. En matière de

¹¹⁹⁶ J. de La Fontaine, *Fables*, Le Livre de Poche, 2002, p. 71 (« *L'Hirondelle et les petits Oiseaux* »).

¹¹⁹⁷ V. not. N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000

¹¹⁹⁸ V. not. N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002 ; F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préf. Ch. Atias, t. I-II, PUAM, 2007 ; D. Pombieilh, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, th. Pau, 2002 ; M. Borysewicz, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. I, PUAM, 1979, p. 91 et s. ; G. Berlioz, « Droit de la consommation et droit des contrats », JCP G 1979, II, 2954 ; G. Rouhette, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 247 et s. ; J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239 et s. ; D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 95 et s. ; et du même auteur, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697 et s.

¹¹⁹⁹ V. not. Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009 ; Adde R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », D. 1961, p. 91 et s. ; J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 et s.

¹²⁰⁰ J. Calais-Auloy, art. préc., p. 240

¹²⁰¹ V. par ex. sur ces réactions du droit commun, not. sous l'angle de la protection du professionnel P. Cramier, « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (2^e partie) », LPA 13 juin 2000, p. 4 et s.

¹²⁰² C'est not. la thèse de N. Chardin (*Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1988), sur laquelle nous reviendrons en profondeur (V. *infra* nos 545-546).

¹²⁰³ L'on avait d'ailleurs déjà montré que les « lois spéciales » pouvaient devenir « créatrices de droit commun » (R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », D. 1961, spéc. p. 96 et s., nos 16 et s.) ; et plus en détails et plus spécifiquement Ch. Goldie-Genicon, th. préc., spéc. nos 259 et s., p. 317 et s.

¹²⁰⁴ D. Mazeaud, art. préc., p. 96 et s., nos 3 et s., affirmant not. que « *marginalisation, banalisation, sécession, annexion, disparition... autant de termes qui, avouons-le, témoignent d'une appréhension excessivement conflictuelle et manichéenne des rapports entre ces Droits et en offrent une vision abusivement négative et polémique* » (ibid., p. 96, n° 3). Et de poursuivre plus loin que « *contrairement à ce que se complaisent à ressasser quelques oiseaux de mauvaise augure, le droit de la consommation n'est pas le tombeau de la théorie générale des contrats, qu'il contribue, au contraire, parfois à régénérer* » (ibid., p. 108, n° 23-1) ; Adde, du même auteur, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, spéc. p. 80 et s., nos 12 et s.

protection de la partie faible¹²⁰⁵, il n'y a là qu'un « *ersatz* »¹²⁰⁶, et les charmes protecteurs et ordonnateurs qu'il présente, à l'analyse, sont évanescents¹²⁰⁷.

296. – Au-delà de l'enrichissement, de graves effets subversifs. « *La renaissance célébrée du droit commun des contrats n'est qu'un trompe-l'œil qui masque mal les faiblesses de l'édifice* »¹²⁰⁸. En effet, cette inspiration du droit commun engendre des conséquences néfastes¹²⁰⁹. Au vrai, cette facette subversive n'est pas uniquement due à l'influence du droit de la consommation sur le droit commun. Elle résulte, en outre, d'une part, de l'absence d'évolution textuelle de celui-ci¹²¹⁰ et, d'autre part, corrélativement, de la dimension *forcée* de l'évolution de la conception de ses notions fondamentales, dans la mesure où ceux qui se trouvent exclus du système consumériste exclusiviste doivent malgré tout, aux yeux de juges, trouver une protection. Ainsi, s'il y a bien des cas où la partie faible se trouve protégée, la démarche est hautement séditeuse¹²¹¹, si ce n'est insidieuse¹²¹². « *Précisons notre pensée : ce n'est pas le résultat auquel parvient la jurisprudence de la Cour de cassation qui est critiquable, mais le détour employé pour y parvenir* »¹²¹³. En ce sens, involontairement¹²¹⁴, à cause des défauts dont le législateur l'a affublé et non par le seul principe de son existence, oui, le droit de la consommation a été et est toujours, dans le domaine et sur la question qui nous occupent, juridiquement hautement subversif¹²¹⁵.

297. – Plan. D'une part, la volonté de protection de la partie faible semble souvent poursuivre une logique d'inspiration consumériste, presque abstraite, selon laquelle certaines parties sont présumées

¹²⁰⁵ Entendons nous donc bien sur le fait que le domaine des remarques soulevées est bien plus réduit que celui des ouvrages préc. traitant de l'influence du droit de la consommation, ce qui explique que les conclusions puissent largement diverger, et que leurs invocations ne soient pas si récurrente dans notre démonstration.

¹²⁰⁶ La formule est de Ch. Goldie-Genicon, th. préc., n° 263, p. 322

¹²⁰⁷ *Rappr.* G. Morin, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », in *Arch. phil. dr.* 1940, t. X, p. 7 : le tout participerait ainsi, selon nous, de ce « *procédé technique si souvent mis au service* » des transformations, « *à savoir le déguisement de l'ordre nouveau sous le manteau de l'ordre établi, le rattachement des solutions nouvelles à des concepts anciens que l'on respecte en apparence, tout en altérant systématiquement leur contenu* ».

¹²⁰⁸ Ch. Goldie-Genicon, th. préc., n° 468, p. 605

¹²⁰⁹ F. Bérenger a très bien montré pourquoi il était impossible de parler d'un renouvellement du droit commun des contrats par le droit de la consommation (F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préf. Ch. Atias, t. I-II, PUAM, 2007 ; c'est l'objet de la première partie de l'étude). En effet, (à titre de synthèse, tant l'œuvre est riche), « *il semble difficile de voir comment le droit spécial de la consommation pourrait constituer un outil de renouvellement du droit commun des contrats si sa cohérence demeure parallèle à ce dernier* » (ibid., n° 341, p. 265). Nous avons en effet montré que cette convergence était au fond impossible, le droit de la consommation poursuivant une logique de marché (V. *supra* nos 132 et s.). Le renouvellement n'est donc qu'apparent. L'analyse révèle que ce voile masque de profondes déformations des notions du droit commun, nécessairement inaptes à remplir des missions qui leur sont étrangères. Il serait alors moins enrichi que « *contaminé* » par le droit de la consommation (ibid., titre II de la seconde partie, nos 462 et s., p. 349 et s.).

¹²¹⁰ V. aussi sur les évolutions fondamentales du contrat, autrement que par l'évolution de sa lettre, l'importante étude de C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357 et s.

¹²¹¹ Ce qui tient « *au fait que les notions ou les mécanismes évoqués précédemment sont utilisés pour résoudre des problèmes pour lesquels ils n'ont pas été conçus* » (P. Cramier, « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (3^e partie) », LPA 14 juin 2000, p. 7). Et c'est donc en ce sens que le lien peut être établi entre la spécialisation de la protection de la partie faible (consommateur, essentiellement), et un « *démantèlement du droit commun* », par « *une réduction constante* » de son domaine (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 13, p. 18).

¹²¹² V. en ce sens et pour l'expression Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 8, p. 4

¹²¹³ La formule est de J.-P. Chazal, dans un contexte certes non identique mais sensiblement similaire (*De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 292).

¹²¹⁴ Car n'a pas été construit selon cette logique (H. Temple, « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, spéc. p. 1071, n° 11 (et not. : « *Sa figure de proue, l'avocat Ralph Nader, mettait un soin particulier à se distancer des tentations gauchisantes de certains réseaux européens de consommateurs (...). Cette offensive des consommateurs se veut à la fois morale et technique (droit, économie : en aucun cas politicienne ou subversive)* »).

¹²¹⁵ V. *contra* H. Temple, art. préc., p. 1067 et s.

fortes ou faibles. La justice contractuelle concrète, fleuron de l'idéal civiliste, s'en trouve ainsi dérégulée (**Chapitre I**). D'autre part, cette volonté de protection du supposément (parfois) ou résolument (d'autres fois) faible s'opère au prix d'une déformation des fondements essentiels du droit commun des contrats. Et c'est alors la cohérence de toute la matière qui est atteinte (**Chapitre II**). Il y aurait donc moins là une question de mort, qu'une question de désuétude¹²¹⁶ (n'est-ce pas au fond similaire ?), si ne s'était pas manifestée cette démarche de résistance fondée sur les mécanismes du droit commun, tout à la fois formidable et destructrice. La jurisprudence a tenté au mieux de pallier l'inertie textuelle prolongée du Code civil. Et P. Esmein d'être ainsi plus que jamais d'actualité¹²¹⁷.

¹²¹⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 13, p. 18 (et not. : « celui-ci est plus contourné que vidé de son contenu »).

¹²¹⁷ Qui avait affirmé dans une chronique célèbre que « c'est trop méconnaître la réalité que de refuser d'y voir une source de droit » (P. Esmein, « La jurisprudence et la loi », RTD civ. 1952, p. 20). *Adde* sur le thème de la jurisprudence source (ou non) de droit : L. Bach, Rép. civ. Dalloz, « Jurisprudence », sept. 2009 (m.a.j. 2012), spéc. nos 36 et s. (et les nombreuses réf. citées).

CHAPITRE I

UNE JUSTICE CONTRACTUELLE DEREGLEE

« Peu importe, en effet, que ce soit un homme de bien qui ait dépouillé un malhonnête homme, ou un malhonnête homme un homme de bien, ou encore qu'un adultère ait été commis par un homme de bien ou par un malhonnête homme : la loi n'a égard qu'au caractère distinctif du tort causé, et traite les parties à égalité, se demandant seulement si l'une a commis, et l'autre subi, une injustice, ou si l'une a été l'auteur et l'autre la victime d'un dommage ».

Aristote¹²¹⁸

298. – La rigidification des dichotomies existantes en droit commun. Comment se manifeste le dérèglement de la justice contractuelle, en droit commun, en matière de protection de la partie faible ? Du point de vue de la ligne directrice suivie, par un certain alignement sur la dichotomie consommériste, professionnel/consommateur, fort/faible. Plus précisément, le dérèglement se traduit par une progression vers l'indifférence aux connaissances concrètes de la partie prétendument faible, alors même que c'est l'essence du droit civil des contrats que de rendre une justice fondée sur ces considérations. Cette émancipation est donc extrêmement critiquable, servant une acception de la justice contractuelle dangereusement biaisée qui, comme en droit de la consommation, tend vers le systématique¹²¹⁹. Certes cette influence du droit de la consommation ne prononce pas son nom. Elle est officieuse, insidieuse¹²²⁰.

299. – Plan. Il faudra donc, pour s'en convaincre, se pencher sur différentes solutions rendues sur le fondement du droit commun, pour ce qui concerne certains contrats (**Section I**), et à l'égard de certains contractants (**Section II**).

¹²¹⁸ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997, p. 232-233

¹²¹⁹ V. not. N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, spéc. nos 766-767, p. 538-540

¹²²⁰ V. not. en ce sens N. Rzepecki, th. préc., n° 767, p. 540 (qui, même si la question n'intéresse pas l'axe suivi et est donc très brièvement mentionnée, relève que l'on « ne peut pour autant parler d'un impact direct du droit de la consommation puisque les solutions adoptées n'ont jamais été propres au droit de la consommation, tout au plus d'une influence de l'esprit consommériste (...) »).

SECTION I : DANS CERTAINS CONTRATS

300. – Plan. Au sein de certains modèles contractuels importants, se distingue une tendance prétorienne à considérer des contractants comme, semble-t-il, irréfragablement dangereux et malicieux. A l'inverse, leurs cocontractants sont déresponsabilisés, même lorsque leur attentisme est manifeste. La démarche rappelle franchement celle du droit de la consommation. Elle est, en droit commun, tout particulièrement sensible¹²²¹ en matière de vente (§I). Elle l'est également par exemple, certes moins intensément, en matière de franchise (§II).

§I – En matière de vente

301. – Plan. Le vendeur assimilé au professionnel consommériste ? L'on a pu voir à quel degré était poussée la diabolisation irréfragable du professionnel dans le droit de la consommation. Or celui-ci s'assimile aisément à la qualité de vendeur. Le droit commun semble malheureusement s'être imprégné de cette idée. Ainsi, dans une mouvance jurisprudentielle perceptible de tentative de protection du consentement de la partie faible basée sur le devoir d'information – à mettre en lumière et à saluer –, l'on peut se demander s'il n'existe pas une tendance à faire peser sur le vendeur une présomption de mauvaise foi. Celui-ci se voit imposer d'innombrables obligations, de plus en plus rigoureusement entendues¹²²², à l'instar de la matière consommériste. Au-delà de la même critique qui a été faite pour ce genre de démarche en droit de la consommation¹²²³, l'on soulignera que le dol, utilisé pour dégager de telles obligations, est par là même déformé¹²²⁴. Ne doit-on pas, en effet, le prouver, sans, au contraire, le présumer¹²²⁵ ? En découle une protection souvent injustifiée, dont la seule ligne directrice semblant pouvoir s'en dégager est celle d'une abstraction, moins claire qu'en matière consommériste, et donc d'autant plus insidieuse.

302. – Plan. La tendance s'observe précisément tant à l'égard des vendeurs professionnels (A), qu'à l'égard des vendeurs non professionnels (B).

A – Les vendeurs professionnels

303. – Plan. A l'endroit des vendeurs professionnels, la règle semble simple. Ils doivent informer coûte que coûte l'acheteur, quitte à se renseigner eux-mêmes pour pouvoir le faire (1). Mais la sévérité avec laquelle cette règle est appliquée laisse songeur, et l'on se demande s'il y a véritablement protection de la partie faible (2).

¹²²¹ F. Bérenger a not. constaté le même genre de déformations dans les contrats de travail ou d'assurance (F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préf. Ch. Atias, PUAM, 2007, nos 557 et s., p. 420 et s.), ce qui conforte l'influence consommériste.

¹²²² V. globalement sur la question et en ce sens : F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011, nos 207 et s., p. 196 et s., spéc. n° 208, p. 197

¹²²³ Titre premier de la présente partie de notre étude.

¹²²⁴ Sur la question spécifique de la déformation du dol aux fins de protection de la partie faible, V. *infra* nos 426 et s.

¹²²⁵ Art. 1116 al. 2 C. civ.

304. – L’obligation du vendeur professionnel de *se renseigner pour informer*. L’on sait que pèse sur le vendeur un certain nombre d’obligations, et d’autant plus sur le vendeur professionnel. La Haute Cour a récemment et fermement rappelé – pour de pas dire martelé – l’une d’entre elles : l’obligation de conseil du vendeur le contraint à « *se renseigner sur les besoins de l’acheteur afin d’être en mesure de l’informer quant à l’adéquation de la chose proposée à l’utilisation qui en est prévue* »¹²²⁶. La solution n’est certes pas nouvelle¹²²⁷. Elle semble déjà lourde de sens, quant à la façon d’appréhender le vendeur professionnel, et l’on craint que l’esprit consumériste hante déjà le droit des contrats du Code civil. Il est en effet percutant de voir à quel point le vendeur est, dans ces affaires, plus un bouc émissaire qu’une partie forte laissant diaboliquement l’asymétrie d’information conduire l’acquéreur à sa perte. Puisque cette obligation de se renseigner pour informer apparaît comme une exception¹²²⁸, elle devrait donc être interprétée strictement¹²²⁹. Ce n’est pas, loin s’en faut, ce que la jurisprudence va révéler.

305. – Le vendeur professionnel accablé. Illustration. Légèreté de l’acquéreur. Dans l’une de ces affaires, l’acquéreur équipait une clinique vétérinaire et invoquait plus tard la résiliation du contrat pour manquement au devoir de conseil du vendeur professionnel, dans la mesure où le matériel s’était avéré inadapté. La cour d’appel prêta attention au vendeur, qui affirmait avoir proposé plusieurs solutions à l’acquéreur, tandis que ce dernier avait curieusement choisi la moins onéreuse. La Haute Cour censure finalement à l’appui de la solution précitée : le vendeur devait s’informer pour informer¹²³⁰.

306. – Le vendeur professionnel accablé. Illustration. Assistance d’un professionnel. Mieux ! Un acquéreur, en outre accompagné d’un professionnel de l’installation de systèmes de climatisation, demandait la résolution du contrat portant sur un tel système pour défaut de conseil. Ce manquement était ainsi censé être caractérisé par une mauvaise prise en compte des conditions d’installation de l’appareil, qui avait engendré *in fine* son dysfonctionnement. Alors même que le vendeur ignorait ces conditions, que l’acquéreur pas plus que l’accompagnant professionnel n’avaient donc ne serait-ce que suggérées, la Cour régulatrice maintient sa fermeté à l’égard du vendeur : il devait s’informer¹²³¹.

¹²²⁶ Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2010 (09-16.913) : Bull. civ. I, n° 215 ; D. 2010, p. 2580, obs. X. Delpech ; RDI 2010, p. 616, obs. Ph. Malinvaud ; Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012 (11-17.860) : CCC 2012, n° 251, obs. L. Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2012 (11-27.129) : CCC 2013, n° 49, obs. L. Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2013 (12-23.372) : RTD com. 2014, p. 176, obs. B. Bouloc

¹²²⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 juil. 1985 (84-10.875) : Bull. civ. I, n° 211 ; Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1995 (93-15.801) : Bull. civ. I, n° 276 ; D. 1996, p. 12, obs. G. Paisant ; RTD civ. 1996, p. 177, obs. P. Jourdain ; Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1995 (94-12.376) : Bull. civ. I, n° 453 ; RTD civ. 1996, p. 384, obs. J. Mestre ; Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006 (03-14.275) : Bull. civ. I, n° 280 ; RDC 2006, p. 1231, obs. G. Viney ; RTD com. 2007, p. 220, obs. B. Bouloc

¹²²⁸ En effet, « *En principe, pour qu’une partie à un contrat puisse être tenue de transmettre une information à son cocontractant, il est nécessaire qu’elle connaisse cette information* » (M. Fabre-Magnan, *De l’obligation d’information dans les contrats. Essai d’une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (réed. 1992), n° 244, p. 190).

¹²²⁹ Ce que relève d’ailleurs le même auteur un peu plus loin : « *Mais la jurisprudence ne doit pas, selon nous, abuser de ces techniques juridiques. Un élément psychologique doit, le plus souvent possible, refléter la réalité psychologique des contractants. Il est fictif de présumer irréfragablement un élément moral* » (M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 249, p. 194). Or, c’est précisément la tendance que l’on va constater en pratique.

¹²³⁰ Cass. 1^{re} civ., 5 déc. 1995, préc.

¹²³¹ Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006, préc.

307. – Le vendeur professionnel accablé. Illustration. Silence de l’acquéreur. Dans la dernière affaire citée¹²³², des carreaux de terre cuite avaient été achetés pour entourer une piscine. Ce carrelage s’était vite détérioré, incompatible avec l’installation liée à la piscine. La cour d’appel déboute les acquéreurs, n’ayant pas informé le vendeur de l’utilisation qui était prévue. L’arrêt est encore une fois cassé : le vendeur devait ... s’en informer ! La même solution s’applique lorsque l’acheteur d’un véhicule d’occasion est insatisfait des réparations préalablement effectuées sur le véhicule. Ayant pensé qu’elles seraient plus pointues, le vendeur se devait, en sondant son esprit, d’en prendre connaissance¹²³³. La solution tourne à l’improbable¹²³⁴.

308. – Jusqu’à l’acquéreur lui-même professionnel ? Une solution identique a pu être rendue au bénéfice d’un acquéreur, en outre professionnel. Il s’agissait d’un pêcheur, jugé inapte à estimer l’adéquation de l’équipement (motorisation) de son bateau de pêche, alors que le système en question, fait pour la navigation de plaisance, avait été installé avec son consentement¹²³⁵. Heureusement, sur ce point précis, la décision semble être isolée, nombre d’autres arrêts montrant que les connaissances concrètes de l’acquéreur professionnel sont prises en compte pour atténuer l’obligation de conseil¹²³⁶.

2 – Protection du faible ou tutelle des acquéreurs ?

309. – Appréciation critique. La protection n’est pas destinée aux contractants insouciant. Informations aisément accessibles. Le dol, traditionnellement, ne sanctionne que des informations que la prétendue victime ne pouvait valablement pas se procurer elle-même¹²³⁷. Pour autant, une part importante des espèces soulevées démontre d’une accessibilité aisée aux informations concernées, voire même d’une connaissance de celles-ci. Ceci découle de la volonté prétorienne de protection de la partie faible. Or, comme sa ligne directrice n’est pas fixée, en l’absence de toute règle en la matière, les

¹²³² Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2010, préc.

¹²³³ Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 2013, préc. (alors que les juges du fond avaient retenu, avec un certain bon sens, que « *que la société Citroën ne pouvait deviner que M. X..... faisait une question de principe de ce que les réparations avaient été réalisées sans passage au marbre et... qu’en l’absence d’interrogation sur ce point, elle n’était pas tenue de détailler les réparations qu’elle lui avait signalées* », la Haute Cour rétorque qu’ « *il incombait à la société commerciale Citroën, vendeur professionnel, de prouver qu’elle s’était acquittée de son obligation de conseil lui imposant de se renseigner sur les besoins de M. X... afin d’être en mesure de l’informer, au regard de la nature et de l’importance des réparations effectuées sur ce véhicule, de l’adéquation de celui-ci à l’utilisation qu’il projetait et aux qualités qu’il en attendait, la cour d’appel a violé l’article 1147 du Code civil* »).

¹²³⁴ Ne suffit-il pas, dès lors, de faire de tout « *une question de principe* », pour parvenir à défaire un vendeur en justice ?

¹²³⁵ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1995 (93-15.948) : Bull. civ. I, n° 277 ; JCP E 1996, I, 523 obs. D. Mainguy. Peut-être peut-on à la rigueur admettre que le devoir de conseil impliquait ici pour le vendeur davantage de fermeté sur l’inopportunité de l’acquisition. Pour autant, si l’acquéreur est décidé à contracter, le vendeur devrait-il donc se résoudre soit à ne pas vendre, soit à vendre en souffrant de la crainte d’une telle solution ? Pour nuancer le propos, saluons la démarche des juges, qui ont accordé semble-t-il une once d’importance aux connaissances concrètes de l’acquéreur : « *sa compétence ne lui donne pas les moyens d’apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques du dispositif en cause* ». Sous condition que cette appréciation soit véritablement effectuée, l’on veut bien lui accorder le bénéfice du doute. Après tout, un professionnel de la pêche n’est pas nécessairement un professionnel de l’équipement motorisé de bateaux.

¹²³⁶ Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1998 (96-16.439) : Bull. civ. I, n° 198 (« *à l’égard de l’acheteur professionnel, l’obligation d’information du fabricant n’existe que dans la mesure où la compétence de cet acheteur ne lui donne pas les moyens d’apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques des biens qui lui sont livrés* ») ; Cass. com., 28 mai 2002 (99-19.806) : CCC 2002, n° 138, note L. Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2000 (98-13.465) : D. 2002, p. 1003, obs. G. Pignarre ; Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 2004 (01-14.314) : Bull. civ. I, n° 298 ; RTD civ. 2005, p. 381, obs. J. Mestre et B. Fages

¹²³⁷ Solution semblant acquise, V. not. Cass. com., 8 févr. 2011 (09-17.177) : Rev. sociétés 2011, p. 509, obs. Th. Granier (la Cour de cassation relève que le cessionnaire exerçait les fonctions de dirigeant et avait une « *connaissance personnelle et directe de la situation de l’entreprise* » au moment où il a opéré la reprise de celle-ci. Si le rejet intervient d’emblée pour absence d’élément intentionnel du prétendu dol, l’on voit bien l’importance, en arrière plan, conférée aux compétences). V., plus classiquement : Cass. soc., 1^{er} avr. 1954 : Bull. civ. IV, n° 223 ; JCP G 1954, II, 8384, note J. Lacoste ; Cass. soc., 4 avr. 1962 : Bull. civ. IV, n° 357

solutions n'apparaissent ni souhaitables ni même légitimes. Elles exonèrent souvent les acquéreurs de tout recours à leur intelligence. Le droit protège ainsi les insoucians, qui ne sont pourtant en rien assimilables à des parties faibles. C'est là promouvoir une certaine forme de déresponsabilisation.

310. – Vision excessive du conseil. Déresponsabilisation. Le professionnel doit presque se soucier davantage de son cocontractant que de lui-même. La solution est effectivement « *très exigeante* »¹²³⁸. Le devoir de conseil est semble-t-il dénaturé : il doit consister pour son débiteur à procurer, parmi une gamme qu'effectivement il connaît ou doit connaître, le produit ou le service le plus approprié aux besoins des clients ... que ces derniers devraient avoir la seule responsabilité de faire connaître ! Voilà que le vendeur professionnel se trouve soumis aux humeurs de l'acheteur : si celui-ci n'a pas révélé une exigence particulière à laquelle il accordait une certaine importance, il n'en est en rien responsable : le vendeur professionnel devait s'en informer. C'est ce qui fait dire à certains, avec raison, que l'acheteur « *n'a plus à assurer seul la sauvegarde de ses intérêts, ni même à veiller seul à ce que ses achats satisfassent ses besoins* »¹²³⁹. Il est tout de même difficile à admettre que des vendeurs, qui n'étaient probablement même pas entrés en contact direct avec ces clients, endossent la responsabilité d'un contrat dont l'inopportunité était totalement étrangère à leurs produits, mais était due au manque manifeste de diligence des acquéreurs.

311. – Appréciation critique. Surprotection de l'acquéreur. En définitive, il y a manifestement surprotection. D'une part, les règles du droit de la consommation étaient applicables, le plus souvent¹²⁴⁰. En outre, notons que l'obligation de conseil du vendeur n'exclut pas celle de l'entrepreneur¹²⁴¹. D'autre part, l'on use ici du même procédé aveugle et abstrait qu'en droit de la consommation. La démarche accable injustement une partie pour en protéger illégitimement une autre, d'autant plus que les contrats en cause n'étaient pas des contrats particulièrement dangereux ou complexes¹²⁴².

B – Les vendeurs non-professionnels

312. – Plan. En ce qui concerne les vendeurs non-professionnels, l'on aurait présagé une rigueur plus modérée. Il n'en est rien, ou presque. L'on constate en effet qu'aucune obligation d'information ne pèse sur l'acquéreur, même professionnel : ni celle d'informer (1), ni celle de s'informer (2). L'obligation d'information n'est-elle pas pourtant, normalement, « *rhéostatique* »¹²⁴³ ?

¹²³⁸ J. Mestre, obs. préc.

¹²³⁹ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011, nos 207 et s., p. 196 et s., spéc. n° 208, p. 197

¹²⁴⁰ Et en premier lieu, parmi beaucoup d'autres dispositions, l'art. L. 111-1 C. consom. (obligation d'information).

¹²⁴¹ Et donc particulièrement en matière d'acquisition de matériels ou matériaux nécessitant une intervention professionnelle (V. not. Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2000 (98-12.702) : Bull. civ. I, n° 29 ; D. 2000, p. 284, obs. C. Caron ; Gaz. Pal. 2001, p. 97, concl. J. Sainte-Rose ; CCC 2000, n° 78, note L. Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1995, préc.).

¹²⁴² Auquel cas l'on comprend mieux la solution : V. not. : Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1986 (84-14.026) : Bull. civ. I, n° 128 (revêtement à base de matière particulière dont la lacune informationnelle a joué un rôle dans le développement d'un incendie) ; Cass. 1^{re} civ., 11 déc. 1990 (89-12.885) : Bull. civ. I, n° 289 (nécessité pour le vendeur d'une bouteille de gaz de sensibiliser l'acheteur sur la manipulation de celle-ci, dépourvue de poignée) ; Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2009 (08-16.395) : Bull. civ. I, n° 95 ; Gaz. Pal. 2009, p. 2511, avis J.-D. Sarcelet ; RDC 2009, p. 1415, obs. D. Fenouillet (nécessité d'informer l'acheteur d'un animal de compagnie, susceptible de transmettre des maladies).

¹²⁴³ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, op. cit., n° 220, p. 210

313. – Le vendeur non professionnel accablé ; l'acquéreur encensé. La tendance abstraite, d'allure consumériste, se confirme lorsque l'on se penche de l'autre côté de la relation contractuelle. La démarche est encore plus acerbe, que l'on voit le vendeur non-professionnel assimilé à son cousin professionnel. Ce n'est plus véritablement la qualité de professionnel qui suscite la sanction¹²⁴⁴, mais cette forme de présomption de mauvaise foi, déplacée, plus en amont, à la fonction de vendeur. A n'en pas douter, le droit de la consommation déteint sur la manière d'appréhender les contractants en jurisprudence sur le fondement du droit commun. Il en génère à notre sens une « *lecture partisane* »¹²⁴⁵, qui lui est normalement étrangère.

314. – Les balbutiements dérangeants de l'arrêt Baldus. Pas d'obligation d'informer de l'acquéreur. C'est ainsi qu'une première solution déjà contestable avait été adoptée par le célèbre arrêt *Baldus*. La Haute Cour avait mystérieusement refusé la caractérisation de la réticence dolosive au profit d'un vendeur manifestement profane, qui avait en outre contracté avec un acquéreur manifestement connaisseur¹²⁴⁶ : « *aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur* »¹²⁴⁷.

315. – Les aboutissements condamnables de la jurisprudence postérieure. Pas d'obligation d'informer à la charge de l'acquéreur, même professionnel. La logique fut ensuite poussée bien plus loin, en défaveur manifeste de la protection du consentement de la partie faible. En effet, la Haute Cour a affirmé, sur le fondement du dol, que « *l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* »¹²⁴⁸. La solution est déjà frappante d'absolutisme et d'abstraction. Elle devient encore plus étonnante à l'aune des faits. Les juges avaient en effet curieusement insisté sur l'évidence du déséquilibre contractuel. L'acquéreur, « *en sa qualité d'agent immobilier et de marchand de biens* », était très clairement distingué du vendeur, « *agriculteur devenu manoeuvre, marié à une épouse en incapacité totale de travail* »¹²⁴⁹. Même ! Le contrat en cause concernait... la vente d'un immeuble. Il y a, partant, bien des raisons « *de ne pas lui rendre hommage* », tant l'arrêt

¹²⁴⁴ Ce qui est, au reste, assez classique dans la mesure où, comme nous l'avons d'ailleurs souligné (V. not. *supra* nos 284), il est indubitable que la qualité de professionnel confère un niveau informationnel *a priori* plus élevé que celle de profane.

¹²⁴⁵ Pour reprendre une formule de Ch. Goldie-Genicon (*Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, n° 241, p. 295).

¹²⁴⁶ Et alors même que, quelques mois plus tard, les juges se souciaient des connaissances concrètes de l'acquéreur pour lui refuser le dol. Il s'agissait, certes, d'un professionnel... Il semble que cela confirme encore l'influence du modèle consumériste, induisant un professionnel à sanctionner, et un non-professionnel à protéger, peu importe le prix en terme de justice contractuelle (V. not. Cass. 3^e civ., 13 déc. 2000 (98-23.064) ; très clairement, également : Cass. 3^e civ., 15 nov. 2000 (99-11.203) : Bull. civ. III, n° 171 ; D. 2002, p. 928, obs. O. Tournafond ; CCC 2001, n° 23, note L. Leveneur ; JCP G 2001, I, 301, obs. Y.-M. Serinet (où tant la qualité que les manoeuvres rendaient le dol manifeste)).

¹²⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000 (98-11.381) : Bull. civ. I, n° 131 ; D. 2002, p. 928, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 2000, p. 566, obs. J. Mestre et B. Fages ; CCC 2000, n° 140, obs. L. Leveneur ; JCP G 2000, I, 272, obs. G. Loiseau ; *ibid.*, II, 10510, obs. Ch. Jamin ; Defrénois 2000, p. 1110, obs. Ph. Delebecque et D. Mazeaud ; LPA 5 déc. 2000, p. 14, note B. Fromion-Hébrard

¹²⁴⁸ Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007 (06-10.442) : Bull. civ. III, n° 5 ; D. 2007, p. 1051, note D. Mazeaud ; *ibid.*, p. 1054, note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, p. 2969, obs. S. Amrani-Mekki ; JCP G 2007, II, 10042, note Ch. Jamin ; JCP N 2007, 1157, obs. S. Piedelièvre ; Defrénois 2007, p. 443, obs. E. Savaux ; *ibid.*, p. 959, note Y. Dagorne-Labbe ; CCC 2007, n° 117, note L. Leveneur ; Dr. et patr. janv. 2008, p. 24, note P. Chauvel ; *ibid.* mars 2008, p. 91, obs. B. Mallet-Bricout ; RDC 2007, p. 703, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2007, p. 335, obs. J. Mestre et B. Fages

¹²⁴⁹ Comme le relève très justement un auteur, « *la lecture du moyen annexé au pourvoi révèle que le vendeur était plus à même d'inspirer la compassion que la sévérité. Paysan réduit au chômage, il avait trouvé à s'employer comme manoeuvre intérimaire, au moins pour nourrir son foyer, son épouse étant frappée d'une incapacité totale de travail depuis près de huit ans* » (Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007, préc.).

« consacre une injustice contractuelle au profit d'un professionnel peu scrupuleux et au détriment d'un profane en difficulté »¹²⁵⁰.

316. – La démarche suivie est condamnable. Sans conteste, la solution sert-elle une vision abusivement tronquée de la protection de la partie faible. Celle-ci semble encore inspirée de l'œuvre consumériste, qui assimile coûte que coûte, quitte à atteindre des solutions ahurissantes, le professionnel (qui offre) à la partie forte ; et l'acheteur (qui accepte) à la partie faible. Partant, le vendeur, même faible, apparaît comme la partie à accabler. De plus, dans l'arrêt *Baldus*, l'acquéreur n'avait fait qu'exploiter une ignorance, sans pour autant œuvrer pour induire en erreur son cocontractant¹²⁵¹, d'autant qu'il n'était certes pas professionnel, même si indubitablement averti. Bien au contraire, dans l'affaire de 2007, l'acquéreur professionnel s'est servi de son silence pour participer à l'élaboration d'un prix, dès lors biaisé.

317. – L'idéologie suivie : l'information devrait être rentabilisée car résultant d'un investissement particulier (analyse économique du droit). Une vision économique néo-classique du droit, d'obédience anglo-saxonne, considère que l'obligation d'information est globalement une entrave. Ces thèses considèrent l'information comme une valeur marchande. Partant, il n'est évidemment pas économiquement viable de la céder sans contrepartie. En effet, il est insuffisant de démontrer que sa transmission ne coûte rien : encore faut-il statuer sur le coût, en amont, de son acquisition. L'on a ainsi pu plaider « pour un non-devoir de renseignements »¹²⁵². Il s'agit de considérer que « Sur le principe, il peut sembler justifié que l'acheteur éclairé n'ait pas le devoir de faire partager sa science au vendeur pour cette seule raison que ce dernier en est moins pourvu. En effet, l'acquisition de cette compétence est généralement le fruit d'un investissement de sa part. S'il devait la livrer gratuitement, il en perdrait l'intérêt (...) »¹²⁵³. Inefficacité économique et prime à l'ignorance, voilà ce qu'induirait une obligation générale d'information. Ce sont là notamment les préceptes initiés par M. Kronman¹²⁵⁴, approuvés depuis par une importante doctrine spécialiste¹²⁵⁵, et relayés, plus récemment, par une étude désormais classique de B. Rudden¹²⁵⁶. En bref,

¹²⁵⁰ V. la note critique et salutaire de D. Mazeaud sous Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007, préc.

¹²⁵¹ V. not. sur ce thème et cette nuance F. Magnin, « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », JCP G 1976, I, 2780 (dans cette étude, l'auteur met en doute la conception classique du dol, qui implique comme on le sait une erreur provoquée par les manœuvres du cocontractant. Il cite not. Gaudemet qui s'interrogeait déjà sur la place, peut-être fondamentale, de la malhonnêteté ; Ripert mettant l'accent sur l'aspect moral du dol ; ou encore Bonassies qui, dans sa thèse consacrée à la question, réfutait, encore plus loin, l'idée d'erreur pour placer l'accent, de manière décisive, sur le comportement contraire à la bonne foi. Partant, F. Magnin s'interroge sur la pertinence d'une telle extension possible du dol, vers un simple « abus de situation » (le dol ne serait alors que son pan actuel caractérisé par la malhonnêteté). Au terme de l'étude, l'intérêt n'est pas suffisamment caractérisé pour admettre une telle proposition).

¹²⁵² B. Rudden, « Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements », RTD civ. 1985, p. 91 et s.

¹²⁵³ Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007, préc.

¹²⁵⁴ Professeur de droit américain spécialisé dans les contrats. V. not., sur sa pensée, les importants développements de M. Fabre-Magnan (*De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (réed. 1992), n^{os} 90 et s., p. 74 et s.). V. aussi E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz-Thémis, 2^{ème} éd., 2008, n^{os} 1398 et s., p. 390 et s.

¹²⁵⁵ Dont M. Posner, comme le relève M. Fabre-Magnan (th. préc., n^o 123, p. 95) ; raison pour laquelle nous l'adoptons comme repère pour l'analyse. Mais il y d'autres théories, au nombre desquelles celle, plus récente de R. Cooter et Th. Ulen, mais aussi moins complète et, *in fine*, basée sur la même idée générale que la distinction proposée par M. Kronman (ibid., n^{os} 124 et s., p. 95 et s.).

¹²⁵⁶ B. Rudden, art. préc., p. 91 et s. (spéc. p. 92-93, n^o 4, pour une synthèse) ; V. aussi Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007, préc. (et not. : « *Pire, son expertise lui deviendrait alors un malheur puisqu'à devoir l'exposer, il la ferait jouer contre lui en conduisant à un renchérissement de la chose auquel il ne se serait pas exposé s'il était demeuré ignare. Ce n'est donc pas même socialement*

informer son contractant est un appauvrissement, un « *transfert de richesse* »¹²⁵⁷ qui serait curieusement gratuit. Ceci a sa part de vérité. Effectivement, lorsque l'information détenue est le fruit d'un effort particulier¹²⁵⁸, il peut sembler excessif de contraindre son titulaire à la livrer, simplement parce que son cocontractant en est dépourvu. Au-delà, ces positions n'en restent pas moins idéologiques¹²⁵⁹. Elles sont donc naturellement contestables. Même au plan pratique, leurs applications le sont tout autant, si ce n'est davantage.

318. – Critique. La justice n'est pas réductible à l'utilité. A admettre cet argument, serait-il suffisant pour considérer légitime le fait de « *mieux dépouiller autrui* »¹²⁶⁰ ? Permettrait-il, en outre, de se passer de l'exigence d'un consentement sain et éclairé, comme l'impose l'article 1108 du Code civil ? L'on répliquera volontiers « *que ce n'est là, après tout, qu'affaire d'argent, que plaie d'argent n'est pas mortelle et que la vraie justice se loge ailleurs* »¹²⁶¹ : c'est que la justice n'est pas réductible à l'utilité, qui n'en est qu'une composante¹²⁶². Le contrat démontre d'une efficacité juridique, sociale et économique pour les deux parties, sous peine d'être à la fois injuste et néfaste. L'on oublie trop souvent que la solution optimale est une solution de consensus, et n'est pas une affaire de juste prix mais d'intégrité du consentement¹²⁶³. Il convient d'être clair sur la difficulté qui naîtrait pour les juges « *si, par le biais de la réticence dolosive, ils en venaient à imposer le « juste » prix...* »¹²⁶⁴. Or, il n'y a pas de juste prix ou de proportionnalité parfaite, et ces exigences n'ont, en partie pour cette raison¹²⁶⁵, pas à être érigées en principe. C'est qu'informer dûment son cocontractant, et lui dire précisément quel est le prix de son bien ne sont en rien assimilables : l'on ne veut guère de cette « *transparence-cristal* », dérivant trop aisément en « *transparence-chicane* »¹²⁶⁶.

319. – Critique. L'information n'est pas toujours le fruit d'un investissement particulier. Mieux ! L'acquisition de l'information n'est pas toujours le fruit d'un investissement particulier. En effet, elle résulte souvent du vécu au sens large : loisirs, expériences diverses de la vie personnelle, et, surtout, activité professionnelle¹²⁶⁷. Cette dernière hypothèse était d'ailleurs celle de l'espèce de 2007 : l'acheteur

bon, car mieux vaut inciter au savoir qu'à l'ignorance »).

¹²⁵⁷ B. Rudden, art. préc., p. 97, n° 14

¹²⁵⁸ V. not. sur ce point J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 318 (et not. : « Cette information – cette science – n'en a pas moins un prix. Mais comment l'évaluer ? Ce qui le justifie, ce sont les recherches que l'informateur a conduites pour mieux connaître la structure de l'objet, ses secrets, ses dangers potentiels. Ces recherches représentent un travail : le travail a un prix »).

¹²⁵⁹ En effet, comme on l'a dit, ces positions appartiennent à un néo-classicisme d'obédience anglo-saxonne (principale origine, d'ailleurs, des critiques formulées dans le brillant art. préc. de B. Rudden), plaçant l'efficacité économique au cœur de la justification de la règle de droit.

¹²⁶⁰ J. Ghestin et Ph. Malinvaud, note sous TGI Paris, 13 déc. 1972 : D. 1973, p. 411 et s., spéc. p. 413 (« M. Célice [dans un commentaire] affirme qu'on ne doit pas « préférer celui qui laisse dormir un trésor à celui qui sait le mettre en valeur ». Il est permis de ne pas approuver pareille conception de l'équité qui (...) conduirait à donner la bénédiction à ceux qui mettraient à profit la supériorité de leurs connaissances techniques pour mieux dépouiller autrui »).

¹²⁶¹ J. Carbonnier, op. cit., p. 319

¹²⁶² Ou, pour J. Ghestin, l'autre moitié d'un tout : V. sur l'utilité et le juste *infra* nos 774 et s.

¹²⁶³ M. Fabre-Magnan ne dit d'ailleurs rien de différent à la suite d'une importante étude de l'analyse économique du droit, celle-ci n'étant « jamais qu'un élément du raisonnement et ne peut constituer à elle seule un fondement satisfaisant. Dans de nombreuses hypothèses, une obligation d'information est moralement souhaitable et il faut donc décider si elle pourra être sanctionnée, même si elle n'est pas économiquement efficace » (M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 152, p. 117).

¹²⁶⁴ J. Mestre et B. Fages, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000, préc.

¹²⁶⁵ Le Code civil n'a jamais exigé de telles règles. V. not. *supra* nos 43 et s.

¹²⁶⁶ J. Carbonnier, op. cit., p. 319

¹²⁶⁷ J. Carbonnier, op. cit., p. 318 (« de son passé professionnel, de ses années d'apprentissage, d'une expérience accumulée »); V. sur

ignorant n'aurait donc pas conclu une telle affaire, l'on ne choisit pas sur commande ce que l'on sait ou non. Par conséquent, l'argument de la prime à l'ignorance est en partie artificiel. Au demeurant, celui qui cultiverait ainsi scrupuleusement son incompetence serait au mieux de mauvaise foi, au pire dérangé. Gardons également à l'esprit que nous sommes des plus fervents défenseurs de la responsabilisation : mais nous ne fixons pas le curseur sur celui qui sait, mais sur celui qui ignore prétendument. En outre, M. Kronman lui-même, sur la pensée duquel B. Rudden se base indéniablement, distinguait déjà, nuance heureuse, entre « *les informations acquises par une recherche délibérée et les informations acquises par hasard* » pour déterminer si l'obligation d'information était inefficace, ou au contraire économiquement viable (indifférente, même devrait-on dire)¹²⁶⁸. Il est donc inexact d'affirmer que l'information est invariablement une valeur marchande, et que la dispenser gratuitement serait économiquement (et socialement, par la prétendue prime à l'ignorance) néfaste.

320. – Critique. Le sens d'un investissement particulier. Il faut s'entendre sur le sens d'un *investissement particulier*, sur la « *recherche délibérée* », au sens de M. Kronman. Ce dernier en a notamment une « *conception extensive* », comprenant « *non seulement les coûts de recherche directs (...), mais également les coûts de recherche indirects tels que ceux mis en œuvre afin de développer ses compétences (par exemple le coût de la formation dans une école de commerce)* »¹²⁶⁹. Nous n'adhérons pas à une telle amplitude. Pour reprendre l'exemple de la formation, il nous semble, de manière générale, qu'une telle démarche n'est pas entreprise spécifiquement « *dans la perspective d'un profit* » (qui caractérise la recherche délibérée d'information), mais dans d'autres desseins, tels qu'obtenir un emploi, voire, de se cultiver¹²⁷⁰... Ainsi, l'information nous semble ici rejoindre davantage le groupe de celles « *acquises par hasard* ». Emettre une distinction ne suffit donc pas, encore faut-il que les deux catégories identifiées soient susceptibles, de manière réaliste, d'accueillir un certain nombre d'hypothèses¹²⁷¹.

l'analyse des facteurs de la puissance informationnelle, *infra* n^{os} 647 et s.

¹²⁶⁸ V. sur ce point M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n^{os} 90-91, p. 74-75 (et not. : « *Si l'information a été acquise délibérément (...) et si son possesseur se voit dénié le bénéfice de l'avoir et de l'utiliser, il sera incité à réduire (voire à supprimer entièrement) sa recherche d'une telle information dans le futur. En revanche, lorsque l'information a été acquise par hasard, rien ne s'oppose à la reconnaissance d'une obligation de transmettre cette information. Ceci est en fait, selon l'auteur, la conséquence pure et simple de la définition donnée de l'information acquise délibérément. En effet, une personne qui acquiert une information de cette nature n'aura, par définition, engagé des frais que dans la perspective d'un profit. (...). En revanche, en se voyant privée de ce même profit, la personne ayant acquis l'information par hasard ne sera pas découragée de faire ce que, pour des raisons indépendantes, elle aurait fait de toutes les façons* » (ibid., n^o 91, p. 74-75)).

¹²⁶⁹ M. Fabre-Magnan, op. cit., n^o 90, p. 74

¹²⁷⁰ L'on retrouve cette critique dans les développements de M. Fabre-Magnan, qui souligne que « *Mais même dans cette hypothèse, on peut – sans trop de naïveté – espérer que l'individu poursuivra tout de même ses études dans l'espoir de profits tout aussi attrayants, sinon plus (...)* » (op. cit., n^o 120, p. 93).

¹²⁷¹ V. l'opinion similaire de M. Fabre-Magnan (op. cit., spéc. n^o 99, p. 79), qui critique également la catégorie « *beaucoup trop vaste* » qu'englobe l'information acquise délibérément telle que conçue par A. T. Kronman. Et not. : « *il sera extrêmement rare qu'une information ait été réellement acquise – et donc comprise – sans une formation générale de l'individu qui peut toujours être rattachée à un certain coût. (...). Le simple déplacement pour aller examiner la chose offerte par l'autre engendre un certain coût* ». La critique nous semble devoir être étendue, aussi, à l'opinion de B. Rudden dans son art. préc. (art. préc., spéc. n^o 12, p. 96 : l'auteur distingue « *deux genre extrêmes d'information* ». Le premier genre concerne des informations qui ne coûtent rien, car elles ressortent de l'évidence (l'auteur cite le prix à payer, l'acheteur pensant 55 F alors que le vendeur sait bien que le prix annoncé est 550 F : l'obligation d'information ici est admise puisqu'elle ne coûtait rien). Par ailleurs, « *A l'autre extrême, l'information, le savoir, le flair ne s'acquiert que par diligence, recherche et effort, bref par des activités dont le coût d'occasion perdue est élevé. C'est ce genre d'information, cher à acquérir, qu'il faut protéger, sans quoi l'on court le risque de sa disparition* ». Au vrai, la pensée nous semble plus radicale encore que celle de A. T. Kronman, non seulement du fait de l'extrême étroitesse de la conception de ces informations non coûteuses, mais aussi de l'extrême amplitude de la conception des informations coûteuses (en bref, toutes celles qui ne sont pas évidentes...).

321. – Critique. Même résultant d'un investissement, la solution reste éminemment condamnable. Outre les arguments qui précèdent, même dans les cas où l'information résulte effectivement d'un investissement, la solution précitée reste condamnable. En effet, l'on sait bien que l'information est un « *miracle apparent de l'immatériel* » : on la « *conserve, elle est inépuisable* », et « *le renseignement peut [donc] avoir un prix sans qu'il y ait appauvrissement de celui qui renseigne* »¹²⁷². Ainsi, l'absence de rentabilisation de l'information, lorsqu'elle doit être transmise au profit d'une partie faible, est difficile à admettre, de manière générale. Mieux ! En outre, « *d'une façon générale, les profits retirés d'une profession, exercée avec compétence et loyauté, suffisent à justifier l'investissement représenté par l'acquisition des connaissances nécessaires à son exercice* »¹²⁷³. Et s'il s'agissait de ne plus voir la rentabilisation du coût de l'information dans le fait (accessoire) de la dispenser, mais dans l'exercice lucratif qui en est le support (principal) ? L'on verrait bien, alors, que l'argument est loin d'être décisif pour accepter une telle solution à l'égard de tous les acquéreurs, ou plus largement, de la même manière, de toutes les parties faibles qui seraient identifiées¹²⁷⁴.

322. – Critique. L'information ne serait rentabilisable que par l'acquéreur. L'argument du coût de l'information rendrait malgré tout, à l'admettre, la solution incohérente. En effet, il apparaîtrait que le coût de l'information s'appliquerait à l'égard de l'acquéreur, mais pas à l'égard du vendeur (même non professionnel). Voilà donc qu'il y aurait une protection à deux vitesses, l'acquéreur étant autorisé à user du contrat comme un bon vieux moyen de « *réaliser une bonne affaire* »¹²⁷⁵, au détriment de son cocontractant. Il y aurait là une curieuse conception de la justice contractuelle.

323. – Lorsque l'acquéreur est finalement condamné, c'est toujours dans la perspective d'une justice contractuelle dérégulée. Lorsque la réticence dolosive est finalement prononcée à l'encontre de l'acheteur professionnel, une idéologique tout aussi condamnable s'en évince, en perspective. Voilà par exemple qu'un dirigeant de société, acquéreur de parts sociales, avait caché au vendeur la proposition d'un sous-acquéreur d'acheter ces parts, pour un montant bien supérieur. La réticence dolosive est alors retenue, alors même que le cédant était... un associé de cette même société¹²⁷⁶, et était donc incontestablement à même d'évaluer la valeur des parts cédées¹²⁷⁷. Mieux ! Dans une espèce

¹²⁷² J. Carbonnier, op. cit., p. 318 (« *On objectera que, de l'autre côté, celui qui a informé n'éprouve aucune perte ; son information, il la conserve, elle est inépuisable, comme l'air et la lumière. Le renseignement peut avoir un prix sans qu'il y ait appauvrissement de celui qui la renseigne. Celui qui renseigne comme celui qui enseigne – le professeur – garde son information – comme le professeur garde sa science, une fois qu'il l'a diffusée. C'est le miracle apparent de l'immatériel* »).

¹²⁷³ J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 641, p. 619 ; V. aussi en ce sens M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 122, p. 94

¹²⁷⁴ Soullignons, avec J. Ghestin, que « *Ce n'est pas le moindre intérêt de la thèse de Madame Fabre-Magnan que de montrer à la fois les utilisations possibles de l'analyse économique en la matière, mais aussi ses limites et ses lacunes incontestables* » (op. cit., n° 642, p. 621). V. sur les autres critiques de l'auteur à l'endroit de la pensée de A. T. Kronman : M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. nos 101 et s., p. 80 et s.

¹²⁷⁵ Comme l'évoquaient not. J. Mestre et B. Fages, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000, préc.

¹²⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2010 (08-13.060) : JCP G 2010, n° 921, note J. Ghestin ; RDC 2010, p. 811, note D. Mazeaud

¹²⁷⁷ Pour cet associé, comme le relevait J. Mestre, arguer d'une telle réticence dolosive paraît être une tâche « *bien difficile puisqu'un associé est quand même a priori fort bien placé pour savoir ce qu'il vend et, à tout le moins, dispose des moyens internes de s'informer et donc de résister à toute entreprise de tromperie ou de séduction* » (« D'une réticence dolosive d'informations sur la prestation de son cocontractant », RTD civ. 1994, p. 852). C'est d'ailleurs, en outre, cette solution inverse, et de bon sens, qui est admise dans certains autres domaines. V. not. l'arrêt particulièrement symptomatique et salutaire, Cass. com., 19 avr. 2005, (03-12.879) (« *Mais attendu qu'il était acquis aux débats que la société Pradier industries était, à la date des cautionnements litigieux, associée à concurrence de 50 % de son capital de la société Matériaux modernes ce dont il se déduisait qu'étant, de ce fait même, déjà renseignée ou, du moins, en mesure d'obtenir sur la situation de la société Matériaux modernes toutes les informations propres à lui* »).

relativement similaire, une même cédante reprochait une réticence dolosive à l'acquéreur, qui fut finalement accordée¹²⁷⁸, alors même qu'elle était accompagnée d'un avocat au moment de conclure. Ici, il n'y avait selon nous aucune difficulté à trancher en sens inverse, dans la mesure où la liberté contractuelle au sens noble du terme car entre parties correctement averties, avait trouvé à s'épanouir. Pour reprendre le mot de M. Malaurie, il ne restait à la cédante « *qu'à s'informer ou à mieux négocier* »¹²⁷⁹. La contestation de celle-ci apparaît dès lors comme un comportement de mauvaise foi, tendant à se venger auprès d'un innocent de son propre manque de diligence. Qu'advient-il de l'adage classique *de non vigilantibus non curat praetor* ?

324. – L'ensemble en résultant est incohérent. La protection du consentement de la partie faible est négligée, au profit d'un devoir de loyauté à vitesses multiples. En effet, dans les cas précédents, la réticence dolosive est refusée alors que manifestement tangible. En outre, les circonstances concrètes de faiblesse, pourtant excellemment mises en lumière, restent curieusement indifférentes. A l'inverse, dans les dernières affaires citées, la jurisprudence prononce une réticence dolosive, en vérité inexistante, en outre pour protéger des contractants qui n'en éprouvaient manifestement pas un besoin légitime. Les solutions sont donc peu lisibles, la première chambre civile tournant le dos à sa propre jurisprudence sur l'inexistence d'une quelconque obligation d'information de l'acquéreur, et s'opposant dès lors à la chambre commerciale¹²⁸⁰. La démarche est véritablement curieuse : une telle insécurité ne serait générée, en définitive, que pour protéger de fausses parties faibles ? En la matière, « *les années passent et ne se ressemblent pas* »¹²⁸¹.

2 – L'absence d'obligation de s'informer de l'acquéreur même professionnel

325. – Plan. La déresponsabilisation de l'acquéreur semble initiée, sous l'influence de l'idéologie consumériste abstraite. C'est ainsi que l'indifférence prétorienne à l'insouciance est tantôt suggérée (a), tantôt proprement affirmée (b).

permettre d'apprécier l'opportunité des engagements qu'elle se proposait de souscrire, elle n'était fondée à aucun titre à prétendre que son consentement avait été vicié »).

¹²⁷⁸ Cass. com., 27 févr. 1996 (94-11.241) : Bull. civ. IV, n° 65 ; JCP G 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; D. 1996, p. 518, note Ph. Malaurie ; ibid., p. 591, note J. Ghestin ; ibid., p. 342, obs. J.-C. Hallouin ; Defrénois 1996, p. 1205, note Y. Dagonne-Labbe ; RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. Mestre ; LPA 17 févr. 1997, p. 7, note D.-R. Martin. Et ce pour la circonstance similaire à l'espèce précitée que les parts concernées ont été revendues à un prix supérieur ultérieurement. Où est donc la preuve d'une manœuvre destinée à vicier le consentement ? Où est celle, même, que l'associée ne disposait pas de toutes les informations nécessaires ? Et puis, il n'y a pas, même depuis cette époque, « *à défaut de circonstances particulières, d'obligation générale d'information qui pèse sur un acquéreur - d'actions ou d'autres biens - d'informer le vendeur de la valeur de la chose vendue, ou même des négociations que l'acquéreur mène parallèlement* » (Ph. Malaurie, obs. préc.). Encore une preuve de l'incohérence d'une telle jurisprudence.

¹²⁷⁹ Et l'auteur d'ajouter (ibid.) : « *chaque fois qu'un commerçant, ou n'importe quelle autre personne, fait une mauvaise affaire, il ne faut pas, à tout bout de champ, invoquer et égrener les grands principes : le dol, l'obligation d'information, l'erreur, etc. Il ne faut oublier ni aucune règle morale essentielle, le respect de la parole donnée, ni la sécurité des affaires. Il faut peser les intérêts en cause avec honnêteté, sérieux et loyauté* ». C'est ainsi que, avec cette doctrine la plus autorisée, nous n'entendons guère rendre hommage à ce genre de décisions.

¹²⁸⁰ Com. 12 mai 2004 (00-15.618) : Bull. civ. IV, n° 94 ; D. 2004, p. 1599, obs. A. Lienhard ; ibid., p. 2923, obs. E. Lamazerolles ; RTD civ. 2004, p. 500, obs. J. Mestre et B. Fages ; Rev. sociétés 2005, p. 140, obs. L. Godon ; RDC 2004, p. 923, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2004, I, 173, obs. A. Constantin ; ibid., II, 10153, note G. Damy (« *le cessionnaire n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession* »).

¹²⁸¹ F. Rome, « Réticence : les années passent et ne se ressemblent pas... » (édito), D. 2007, p. 561

326. – L'acquéreur, qui n'a pas à informer, n'a pas non plus à s'informer. Paradoxalement, la jurisprudence démontre parfois, au contraire, d'une particulière compassion, alors qu'elle ne se justifie pas. Elle semble une fois encore correspondre à une idéologie aveugle et dérégulée, aux allures de postulat. L'acquéreur – sur le modèle du consommateur, qui consomme et donc acquiert – est ainsi supposé constituer la partie faible.

327. – Illustration. Le silence du cédant prime la négligence du cessionnaire. Ce fut le cas du cessionnaire d'un fonds de commerce de parfumerie, à qui le cédant n'a pas transmis les informations concernant une clause des contrats de distributeur agréé qu'il avait consentie à plusieurs grandes marques de parfums. Alors que cette clause s'avérait, après signature du contrat et sa découverte, particulièrement grave, le dol est prononcé à l'encontre du cédant¹²⁸². Certes, celle-ci avait été cachée, de mauvaise foi. L'on ne s'est, par contre, pas interrogés sur le fait pour l'acquéreur, et concernant un contrat aussi important, d'avoir signé « *sans avoir consulté préalablement le contenu des contrats de distribution* »¹²⁸³. Le silence de l'un pèse plus lourd que la négligence de l'autre, ce qui est fort discutable. La partie faible, telle que nous l'envisagerons, ne pourra trouver de protection si son ignorance est illégitime¹²⁸⁴.

328. – Illustration. Informations dont l'ignorance par l'acquéreur est peu vraisemblable. Dans une autre espèce aux faits assez complexes, et qui ne penchent certes guère dans le sens de la bonne foi de la commune concernée, la réticence dolosive est retenue à l'encontre de cette dernière. Pourtant, son cocontractant était parfaitement en mesure d'obtenir l'information prétendument tue, et aurait même dû la connaître, puisqu'y ayant eu tout intérêt¹²⁸⁵. Ce fut encore le cas d'un acquéreur professionnel de l'immobilier, et donc *a priori* parfaitement averti, au profit duquel la réticence dolosive a été retenue. La décision est curieusement sévère pour le vendeur, puisque les informations manquantes étaient, semble-t-il, manifestement à la portée dudit acquéreur professionnel¹²⁸⁶. La solution est d'autant plus contestable qu'elle converge, en poursuivant un objectif dérégulé de protection de la partie faible, vers une admission fort discutable de l'erreur sur la valeur¹²⁸⁷, dont on sait qu'elle peut désormais être admise par le prisme du dol¹²⁸⁸. Plus encore, les acheteurs d'un appartement, conscients de l'existence

¹²⁸² Cass. com., 4 mai 1993 (91-17.321) : Bull. civ. IV, n° 163 ; RTD civ. 1994, p. 93, note J. Mestre ; CCC 1993, n° 171, obs. L. Leveneur

¹²⁸³ V. en ce sens J. Mestre, note sous Cass. com., 4 mai 1993, préc.

¹²⁸⁴ V. *infra* n°s 676 et s.

¹²⁸⁵ En l'espèce, le plan de révision du plan d'occupation des sols avait en effet été engagé des mois avant la vente contestée, plan qui permettait ainsi à la société demanderesse de procéder à la construction d'un centre commercial. Si la bonne foi de la commune a certes manqué, l'on comprend mal comment une société de cette envergure (en l'occurrence la société alsacienne de supermarchés) peut être excusée de n'avoir pas su, des mois durant, l'existence d'un tel plan de révision, clef de voûte d'un projet de construction si important. Cette négligence semble induire que la volonté de vendre et d'abandonner était déjà prise, et que le dol intervient donc, en définitive, illégitimement : Cass. 3^e civ., 27 mars 1991 (89-16.975) : Bull. civ. III, n° 108 ; D. 1992, p. 196, obs. G. Paisant ; RTD civ. 1992, p. 81, obs. J. Mestre ; CCC juin 1991, n° 133, obs. L. Leveneur

¹²⁸⁶ Cass. 3^e civ., 22 juin 2005 (04-10.415) : Bull. civ. III, n° 137 ; CCC 2005, n° 186, note L. Leveneur ; RDC 2005, p. 1025, obs. Ph. Stoffel-Munck (« *la situation exacte de l'immeuble au regard des règles des immeubles de grande hauteur et le montant réel des charges de sécurité qu'elle se devait de communiquer compte tenu de la particularité d'un tel immeuble* »).

¹²⁸⁷ Sur la notion, V. *infra* n° 450

¹²⁸⁸ V. not. Cass. com., 17 juin 2008 (07-15.398) : RTD civ. 2008, p. 671, obs. B. Fages, où la Haute Cour retient que si le cessionnaire de titres sociaux avait certes « *des connaissances en matière économique, il ne disposait pas pour autant d'une formation en*

proche d'une installation potentiellement gênante, obtiennent la sanction du vendeur pour... réticence dolosive. Et ce, dans la mesure où la cour d'appel n'avait pas suffisamment recherché si le vendeur n'avait pas commis une telle réticence, pour n'avoir pas suffisamment développé l'information concernant les nuisances possibles de l'installation et le fait qu'elle était soumise à autorisation¹²⁸⁹. Après renvoi, la Haute Cour statuait à nouveau dans le même sens. Elle retint que ce silence (existait-il seulement ?) sur « *l'une des caractéristiques essentielles du bien litigieux avait été déterminant du consentement des acquéreurs* »¹²⁹⁰.

329. – L'acquéreur n'est plus encensé, dès lors qu'il sort de l'abstraction ? Dès lors que l'acquéreur sort du schéma discriminatoirement abstrait du pauvre acquéreur personne physique, et donc supposément profane, la Haute Cour semble enfin prête à suivre une logique d'appréciation concrète des connaissances, et de l'aisance à obtenir des informations. Ainsi, « *une commune qui exerce son droit de préemption ne peut se prévaloir d'une réticence dolosive ni de l'existence d'un vice caché en raison d'une pollution du terrain préempté, dès lors que l'acquéreur initial avait été informé de l'existence de cette pollution par un rapport annexé à l'acte sous seing privé de vente, qu'aucune obligation n'imposait aux vendeuses d'annexer ce "compromis" à la déclaration d'intention d'aliéner et que la commune disposait de services spécialisés et de l'assistance des services de l'Etat* »¹²⁹¹. Les charmes de la solution sont néanmoins évanescents, à l'analyse.

330. – Appréciation critique de cette solution particulière. Au premier abord, il est assez contestable de ne pas sanctionner les vendeurs pour n'avoir pas remis un rapport manifestement déterminant du consentement de tout acheteur. Pour autant, le fait d'avoir pris en considération la puissance informationnelle disponible et la capacité à s'informer de l'acheteur (la commune), pour l'empêcher de faire peser sur son cocontractant une prétendue ignorance, est à saluer. C'est qu'il faut, semble-t-il, d'abord prouver en quoi l'information n'était pas, eu égard aux moyens dont disposait la partie prétendument faible, aisément accessible. Et, seulement ensuite, démontrer en quoi le cocontractant l'a volontairement tue. Pour autant, l'on craint que la motivation intéressante de la décision soit fondée sur la même logique que les solutions précédentes. En effet, il s'agissait d'une personne morale de droit public, supposément forte. L'on a ainsi daigné procéder à trouver des éléments qui la rendraient illégitime à ne pas s'être renseignée. Pourtant, en l'espèce, il était manifestement répréhensible de ne pas joindre un tel rapport : son existence préexistante mêlée à sa non-divulgaration semblaient induire que l'information avait été cachée, et non omise.

331. – Globalement, ces solutions sont condamnables. Prime insidieuse à l'attentisme. Encore une fois, le dérèglement de la justice contractuelle est éclatant. De nombreuses parties négligentes, voire de mauvaise foi, se trouvent protégées. Celles-ci démontrent en effet le plus souvent d'un attentisme condamnable. L'on en veut pour preuve le décalage qui existe entre ces solutions et celles

droit des sociétés lui permettant de connaître la règle de la responsabilité indéfinie de l'associé d'une société civile à l'égard des tiers », et que « *l'obligation d'information pesant sur le cédant de titres sociaux n'est réduite que lorsque le cessionnaire est parfaitement informé de la situation économique de la société ou qu'il disposait de tous les éléments lui permettant d'apprécier, avant la cession, les risques encourus* ».

¹²⁸⁹ Cass. 3^e civ., 7 nov. 2007 (06-18.617) : JCP N 2007, 1333, note M. Boutonnet ; RDI 2008, p. 89, obs. F.-G. Trébulle

¹²⁹⁰ Cass. 3^e civ., 25 mai 2011 (09-16.677) : CCC 2011, n^o 184, obs. L. Leveneur

¹²⁹¹ Cass. 3^e civ., 7 nov. 2012 (11-22.907 et) : Bull. civ. III, n^o 165 ; D. 2013, p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *Adde* (le même jour, avec la même formulation) : Cass. 3^e civ., 7 nov. 2012 (11-22.908)

rendues dans la même matière, mais où le silence gardé méritait véritablement sanction¹²⁹². Mais cette tendance à promouvoir la déresponsabilisation n'apparaît qu'en filigrane ici, contrairement à la clarté avec laquelle elle se manifeste au sein d'un autre courant jurisprudentiel voisin.

b – L'affirmation de l'indifférence à l'insouciance

332. – La réticence dolosive induirait toujours une erreur excusable. Cette surprotection injustifiée se confirme nettement, à l'aune du courant jurisprudentiel selon lequel la réticence dolosive induirait nécessairement une erreur excusable¹²⁹³. Peu importe donc, semble-t-il, que l'erreur provoquée soit légitime étant donné que, *de lege lata*, elle le sera toujours. Une doctrine autorisée conforte cette solution¹²⁹⁴. En effet, comme l'affirment MM. Mestre et Fages, celle-ci est « *parfaitement compréhensible. Le caractère inexcusable de l'erreur du contractant qui omet de s'informer alors qu'il était en position de le faire ne doit pas constituer un obstacle à la recherche judiciaire de la réticence dolosive imputée à l'autre partie* »¹²⁹⁵. Nous sommes pour notre part d'un avis différent¹²⁹⁶.

333. – La solution est discutable en son principe. A titre liminaire, la solution est fautive. Un comportement blâmable ne peut devenir *excusable* du fait des agissements déloyaux d'un autre. En effet, « *L'errans n'a pas été moins négligent qu'en l'absence de réticence* »¹²⁹⁷. Par ailleurs, une telle solution semble déformer le dol, voire les principes élémentaires du droit¹²⁹⁸. En effet, l'on sanctionne le contrat dans des hypothèses où l'esprit traditionnel, qui implique de ne pas protéger l'insouciant, semblerait s'y opposer. C'est que « *la réticence dolosive et l'erreur inexcusable sont des notions antinomiques, exclusives l'une de*

¹²⁹² Cass. 3^e civ., 14 mars 2006 (05-13.030) : CCC 2006, n° 126, note L. Leveur (silence sur des infestations passées (termites) au sein du bien vendu) ; Cass. 3^e civ., 3 mars 2010 (08-21.056 et 08-21.057) : Bull. civ. III, n° 52 (inondations passées) ; Cass. 3^e civ., 16 mars 2011 (10-10.503) : Bull. civ. III, n° 36 ; D. 2012, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; JCP G 2011, 953, obs. J. Ghestin (amiante).

¹²⁹³ V. déjà : Cass. 1^{re} civ., 23 mai 1977 (76-10.716) : Bull. civ. I, n° 244 (« *ayant retenu que c'était le silence du vendeur, qui revêtait un caractère dolosif, qui avait provoqué l'erreur de l'acquéreur, la cour d'appel a, par là-même, justifié le caractère excusable qu'elle a reconnu à cette erreur* ») ; Cass. 3^e civ., 23 mai 1995 (93-14.810) : la Haute Cour affirmait qu'ayant caractérisé le dol par réticence, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si l'acquéreur, victime du dol, avait à se renseigner préalablement ou non pour déterminer si son erreur était excusable. Pour l'affirmation considérée comme de principe : Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001 (98-20.817) : Bull. civ. III, n° 20 ; D. 2001, p. 2702, note D. Mazeaud ; *ibid.*, p. 3236, obs. L. Aynès ; D. 2002, p. 927, obs. C. Caron et O. Tournafond ; RTD civ. 2001, p. 353, obs. J. Mestre et B. Fages (« *la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée* »). V. sur les prolongements de cette jurisprudence, son installation stable, malgré quelques décisions semblant ponctuellement s'y opposer : J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, nos 1355 et s., p. 1126 et s. ; V. sur la notion d'erreur excusable et notre utilisation, *infra* nos 690 et s.

¹²⁹⁴ V. not. J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 564, p. 532 (et not. : « *il faut aller plus loin et considérer que (...) la mauvaise foi de l'une des parties rend toujours l'erreur de l'autre excusable. Le mensonge, par la gravité de son caractère intentionnel, interdit de tenir compte de l'imprudence ou de la naïveté de l'autre contractant* »).

¹²⁹⁵ J. Mestre et B. Fages, obs. sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, préc.

¹²⁹⁶ Sur lequel, V. particulièrement la percutante démonstration de J. Mouly, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailliste » », D. 2003, p. 2023 et s. ; et, du même auteur (dont les travaux sur ce point constituent l'essentiel des forces engagées contre la solution), « Une règle de nature à induire en erreur : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » », D. 2012, p. 1346 et s. ; « La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie », JCP G 2012, 981 ; V. aussi, en ce sens salutaire, G. Lardeux, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », D. 2012, p. 2986 et s.

¹²⁹⁷ G. Lardeux, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », D. 2012, p. 2988

¹²⁹⁸ V. d'ailleurs, à cet égard, l'intéressante démonstration tenant à critiquer cette solution sur le fondement de l'adage *specialia generalibus derogant* : J. Mouly, art. préc., spéc. p. 2027, n° 20 (et not. : « *Ce devoir particulier de s'informer déroge alors à l'obligation générale d'informer l'autre. Le devoir de se renseigner soi-même et le droit d'être informé par l'autre étant en effet antinomiques, l'on se trouve en présence d'une opposition de normes, qui se résout par application de la maxime specialia generalibus derogant. La règle générale, imposant à chaque partie une obligation d'information de l'autre, doit donc céder devant la règle spéciale maintenant pour l'une d'entre elles le devoir de se renseigner* »).

l'autre »¹²⁹⁹. La solution est ainsi rendue trop radicale. Elle fait excessivement et arbitrairement primer le silence malicieux de l'un sur l'attentisme de l'autre¹³⁰⁰. Or il y a là une erreur méthodologique : l'obligation d'informer, l'un des présupposés de la réticence dolosive, n'existe précisément que si une ignorance légitime lui préexistait¹³⁰¹. « *Comment l'ignorance d'une partie pourrait-elle être reprochée à son cocontractant alors que c'est à elle-même qu'elle la doit en premier lieu ?* »¹³⁰². Au-delà des incohérences, il reste à traiter des conséquences néfastes de la solution.

334. – L'absolutisme de la solution est condamnable. Prime potentielle à la mauvaise foi.

Admettre l'excusabilité de l'erreur avec un tel systématisme, par seule référence à une réticence dolosive caractérisée est excessif. C'est que la voie poursuivie est à nouveau celle de l'abstraction¹³⁰³, dont on sait qu'elle est bien souvent une opportunité pour le contractant de mauvaise foi, souhaitant se délier à bon compte de son engagement¹³⁰⁴. Ici comme ailleurs¹³⁰⁵, une (importante) nuance eut été préférable¹³⁰⁶. C'est qu'il « *faut veiller à ce que la lutte contre la feinte n'engendre pas une mauvaise foi qui prendrait le visage de la bêtise* »¹³⁰⁷. Même ! C'est davantage le principe absolu inverse qui trouverait à s'avérer conforme aux exigences d'un droit des contrats sain¹³⁰⁸.

335. – La solution est une prime à la déresponsabilisation.

Pourquoi dès lors être diligent ? C'est notamment à l'aune de la tendance jurisprudentielle précitée que doivent s'analyser les méfaits de la présente solution. En effet, l'on a constaté que le fait pour des acquéreurs de n'avoir pas procédé à certaines recherches, alors qu'ils le pouvaient manifestement, les a conduit à invoquer, et à obtenir, la réticence dolosive, comme un moyen auxiliaire d'obtenir la nullité du contrat. Ainsi, « *c'est dire qu'en cas de partage des torts, le dol de l'un occulte la légèreté de l'autre et purge l'erreur de tout défaut* »¹³⁰⁹. En outre, « *si une information pertinente est « privilégiée », parce qu'elle n'est accessible qu'au sachant, elle devrait être transmise (...). S'il s'agit d'une information « commune » – au sens de chose commune –, cette dernière ne devrait pas avoir*

¹²⁹⁹ J. Mouly, art. préc., spéc. p. 2023, n° 1 ; et qu'il y aurait là une « *conception erronée des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable* » (ibid., p. 2024, n° 3).

¹³⁰⁰ Voilà que « *L'erreur commise par celui qui aurait dû se renseigner devrait donc être excusée au regard de la faute dolosive manifeste dont son partenaire s'est rendue coupable* » (J. Mouly, art. préc., p. 2025, n° 12).

¹³⁰¹ V. not. en ce sens J. Mouly, « La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie », JCP G 2012, 981, spéc. p. 1666. Et en détails sur ce point, *infra* nos 676 et s.

¹³⁰² G. Lardeux, loc. cit.

¹³⁰³ V. déjà sur cette tendance en droit commun, *supra* nos 303 et s. ; et sur sa source essentielle en droit de la consommation, *supra* nos 132 et s.

¹³⁰⁴ V. not. en ce sens les obs. crit. (que nous approuvons) de Ch. Caron et O. Tournafond, sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, préc. (et not. : « *il n'en demeure pas moins que la solution du présent arrêt nous semble aller un peu trop loin. L'adverbe « toujours », employé par la Cour de cassation pour marquer sa décision du sceau de la généralité (...) rend la solution certainement trop systématique. En effet, cet impérialisme du dol, qui marque aussi le déclin du *dolus bonus*, ne risque-t'il pas d'engendrer des effets pervers ? Par exemple, il sera aisé pour un acquéreur malhonnête de feindre la bêtise pour ensuite se délier aisément d'un lien contractuel qui ne lui plaît plus* »).

¹³⁰⁵ L'on pense not. au cas assez similaire de l'exclusion irréfragable des sociétés commerciales de toute protection (hypothétique) consumériste : V. sur ce point *supra* nos 162 et s.

¹³⁰⁶ En l'occurrence, l'idée suivante était déjà nettement plus souhaitable : « *Afin de moraliser les relations contractuelles sans pour autant les imprégner d'une rigidité excessive, ne pourrait-on pas considérer que la réticence dolosive rend, sauf exception, excusable l'erreur provoquée ?* » (Ch. Caron et O. Tournafond, obs. préc.).

¹³⁰⁷ Ch. Caron et O. Tournafond, obs. préc.

¹³⁰⁸ V. not. en ce sens J. Mouly, art. préc., spéc. p. 2029, n° 25 (et not. : « *De ce point de vue, la position de la Cour suprême, dans son arrêt de 2001, est donc beaucoup trop radicale. On ne peut en tout cas pas dire, comme la Cour de cassation, que la réticence volontaire d'une partie rend toujours l'erreur commise par l'autre excusable. Ce serait même plutôt le contraire, puisque c'est en réalité l'erreur inexcusable qui rend toujours légitime le silence gardé par l'autre partie* »).

¹³⁰⁹ Ibid.

à être transmise à celui qui l'ignore »¹³¹⁰. Au-delà de ces considérations de bon sens¹³¹¹, sanctionner ainsi par le dol des cas où l'erreur est en réalité inexcusable, revient à considérer que l'information en cause était nécessairement privilégiée. Or, ceci est manifestement faux. Une démarche élémentaire de responsabilisation commanderait de vérifier systématiquement que l'information prétendument tue malicieusement, était ou non accessible, voire connue ou non¹³¹².

336. – La solution est d'autant plus regrettable qu'elle en remplace une autre qui fut satisfaisante. L'on désapprouve d'autant cette solution qu'elle est assez récente. C'est ainsi que la jurisprudence classique retenait¹³¹³ que « *la réticence suppose le silence gardé par le cocontractant sur une circonstance ou un fait que son cocontractant était excusable de ne pas connaître* »¹³¹⁴. Une doctrine importante confortait cette position¹³¹⁵, notamment le doyen Carbonnier¹³¹⁶. Il y avait là une solution de bon sens. En effet, si l'on peut obtenir la réticence dolosive pour tout silence déterminant (tout en ayant à l'esprit que l'élément intentionnel est fortement malmené¹³¹⁷), il suffira au total de feindre la simple ignorance pour échapper à ses obligations contractuelles. La morale vers laquelle tend une telle solution est des plus contestables. La réticence dolosive ne doit ainsi être admise, que lorsqu'elle concerne une ignorance non seulement déterminante du consentement, mais encore excusable¹³¹⁸. L'ignorance informationnelle doit être légitime pour déclencher des effets de droit¹³¹⁹.

¹³¹⁰ G. Dari-Mattiacci et D. Houtcieff, « Vice du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive », in *Droit et économie des contrats*, Ch. Jamin (dir.), LGDJ, 2008, nos 110 et 111, p. 54-55

¹³¹¹ C'est en effet que « *Cette solution paraît au demeurant logique. Il semble clair en effet qu'une partie ne peut exiger de son cocontractant de l'informer à propos d'éléments sur lesquels elle a elle-même le devoir de se renseigner et se trouve inexcusable de ne pas savoir* » (J. Mouly, art. préc., p. 2024, n° 7).

¹³¹² En outre, comme l'affirme L. Aynès (obs. sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001, préc.) le raisonnement est faux : « *Veut-on dire que l'imprudence de la victime est justifiée par la faute du responsable ? Mais ce sont deux fautes indépendantes ; aucune n'a été cause de l'autre, ni atténuée par l'autre* ».

¹³¹³ V. sur ce point B. Petit et S. Rouxel, J.-Cl. civ. LexisNexis, « Dol (art. 1116) », juil. 2014, (m.a.j. 2014), n° 36 (et les nombreuses réf. citées en ce sens)

¹³¹⁴ Cass. soc., 1^{er} avr. 1954 : Bull. civ. IV, n° 223 ; JCP G 1954, II, 8384, note J. Lacoste ; *Adde* N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, LGDJ, 1965, n° 281, p. 224-225 (et les nombreuses réf. jurisprudentielles citées attestant de l'établissement de cette solution).

¹³¹⁵ B. Petit et S. Rouxel, op. cit., n° 36 (et les réf. citées) ; V. déjà N. Dejean de la Bâtie, th. préc., spéc. n° 282, p. 225 (qui jugeait « *raisonnable d'imposer ainsi une certaine norme de diligence* »).

¹³¹⁶ V. not. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 51, p. 110 (« *La réticence suppose, en tout cas, que le silence a été gardé sur une circonstance que l'autre partie était excusable de ne pas connaître* », visant à l'appui un arrêt Cass. com., 8 déc. 1987).

¹³¹⁷ V. *supra* nos 426 et s.

¹³¹⁸ Certaines solutions récentes semblent devoir être mises en perspective. C'est not. le cas Cass. 3^e civ., 7 mai 2014 (13-15.073) : D. 2014, p. 1751, note F. Viney. La Haute Cour retient, dans une affaire de réticence dolosive appliquée à un compromis de vente immobilière, que « *la société X... n'était pas un acquéreur profane et inexpérimenté et relevé qu'elle avait visité les logements situés dans l'immeuble vendu, qu'elle avait pu procéder à toute constatation utile et qu'elle avait signé le « compromis » en toute connaissance de cause* ». V. aussi Cass. com., 4 juin 2013 (12-13.002), énonçant « *qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que la MAIF, professionnel averti, disposait de moyens d'information lui permettant d'apprécier les risques encourus, ce dont il résultait qu'elle ne pouvait soutenir avoir été trompée par la société IBM (...)* ». Ces solutions ont bien l'air de s'opposer à la solution de 2001 : c'est que sont bien mis ici en exergue les moyens dont disposent ces contractants pour s'informer, faisant d'eux des parties averties. D'aucuns en doutent, jugeant que les erreurs sont ici « *invraisemblables* », et donc ne parviennent même pas jusqu'au stade de l'examen de leur excusabilité (F. Viney, note préc.). Pour notre part, nous ne percevons pas véritablement ce qui distinguerait une erreur inexcusable d'une erreur invraisemblable : dire que l'erreur est inexcusable revient bien à dire qu'elle n'a pas lieu d'être reconnue, et dès lors d'exister, compte tenu des moyens informationnels dont disposait le contractant en cause (V. sur ce point *infra* nos 690 et s.). Peu importe dès lors que cette erreur ait existé ou non, elle est aux yeux du droit traitée de la même manière. Inutile donc de distinguer.

¹³¹⁹ Cette question est en effet très étroitement liée aux développements qui précèdent.

337. – La solution est d'autant plus condamnable qu'elle s'oppose à des solutions souhaitables en droit spécial, notamment en droit du travail. Il est déplaisant que la solution de droit commun – fort critiquable – s'oppose à des solutions de droit spécial – fort salutaires –. C'est que l'on s'attend davantage à ce que l'inverse se produise, la gêne étant alors justifiée par les implications particulières du droit spécial concerné. Le droit du travail offre à cet égard le parfait contrepied de la solution critiquée. En effet, l'employeur se voit refuser la réticence dolosive du recruté dès lors qu'il relève de son obligation de s'informer... précisément de se renseigner sur la situation antérieure de celui-ci, inexcusablement ignorée, le cas échéant¹³²⁰. La Cour de cassation reprochait de la sorte son manque de diligence à l'employeur, qui pouvait se procurer les informations¹³²¹ prétendument tues de mauvaise foi¹³²².

§II – En matière de franchise

338. – Le franchisé peut invoquer une erreur sur la rentabilité. Preuve, s'il en fallait, qu'un arrêt non publié peut marquer les esprits, la chambre commerciale de la Haute Cour venait, le 4 octobre 2011, consacrer distinctement l'erreur sur la rentabilité économique en matière de franchise¹³²³. Les faits étaient simples : un contrat de franchise avait été conclu entre deux sociétés. Tandis que les résultats obtenus par le franchisé s'avéraient assez vite très différents des prévisions élaborées et transmises par le franchiseur, la liquidation judiciaire de la société du premier intervint rapidement. Après que celui-ci ait été débouté en appel pour absence de dol ou d'erreur, la Haute Cour trancha l'affaire d'une tout autre manière. En effet, les juges du fond auraient dû rechercher, « *même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information* », si « *le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité de l'entreprise* ». L'audace sembla confirmée¹³²⁴, voire, en dernier lieu, entérinée¹³²⁵.

339. – Nouvelles illustrations de la déficience du modèle abstrait. Protection d'un contractant averti. De telles solutions interpellent. L'on semble traiter le franchisé selon la même idéologie que le consommateur, l'acheteur ou le client : par une présomption irréfragable de faiblesse, dont découlerait une invariable nécessité de protection. Ceci est peut être encore plus faux ici qu'ailleurs. Bien sûr le franchisé apparaît-il comme la partie la plus faible. L'on ne peut nier que le franchiseur est bien le plus au fait du contrat de franchise, détenteur même du concept, du savoir-faire et, subséquemment, de sa rentabilité et viabilité économiques. Ceci n'est pas à dire que le franchisé est nécessairement une partie

¹³²⁰ V. not. sur ces questions J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, Rép. civ. Dalloz, « Erreur », sept. 2006 (m.a.j. 2014), n^{os} 230 et s. (et les nombreuses réf. citées). V. aussi F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n^o 219, p. 231-232

¹³²¹ Celles-ci concernent, pour l'essentiel, le passé personnel et professionnel du recruté (surtout passé judiciaire / expériences professionnelles).

¹³²² V. sur cette question l'importante étude de J. Mouly, art. préc., p. 2023 et s. (et les nombreuses réf. citées).

¹³²³ Cass. com., 4 oct. 2011 (10-20.956) : D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux ; ibid. 2012, p. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; ibid., p. 577, obs. D. Ferrier ; Gaz. Pal. 12 janvier 2012, p. 17, obs. D. Houtcieff ; JCP G 2012, 135, note J. Ghestin ; RDC 2012, p. 64, obs. Th. Genicon ; RFC 2012, p. 535, obs. C. Grimaldi

¹³²⁴ Cass. com., 12 juin 2012 (11-19.047) : D. 2012. 2079, note N. Dissaux ; D. 2013, p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD civ. 2012, p. 724, obs. B. Fages

¹³²⁵ V. par ex., *a contrario* : Cass. com., 1^{er} oct. 2013 (12-23.337) : D. 2014, p. 893, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 2014, p. 109, obs. H. Barbier ; Rev. sociétés 2013, p. 683, note S. Prévost (« *il n'est pas démontré que le consentement* » du franchiseur « *a été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'entreprise, l'exercice 2005 s'étant d'ailleurs soldé par un résultat bénéficiaire en ligne avec le prévisionnel contesté* »).

faible, qui ne saurait se confondre avec la partie la moins forte au sein d'une relation contractuelle. En effet, la partie faible doit se trouver dans une situation de vulnérabilité informationnelle caractérisée, ce qui ne revient pas à simplement *en savoir moins* que son cocontractant¹³²⁶. Mais c'est déjà traiter de l'excès de la solution, qui est encore une fois bienveillante à l'égard de contractants pourtant avertis. Ceci se constate d'une manière éclatante dans l'affaire ayant donné lieu à la décision du 4 octobre 2011. En effet, les juges du fond avaient précisément relevé (concernant le franchisé) « *qu'en sa qualité de professionnel averti du commerce qui avait exercé pendant plus de vingt ans dans le domaine de la grande distribution, son dirigeant se devait d'apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité qui lui avaient été faites* ». Il est donc clairement démontré que celui-ci était parfaitement apte à évaluer lui-même les prévisionnels transmis. Partant, la solution de la Cour de cassation tourne à la schizophrénie. Comment admettre qu'un contractant parfaitement averti puisse être ainsi sauvé par l'instauration, au surplus, d'un type d'erreur *a priori* des plus classiquement rejetés¹³²⁷ ?

340. – Nuance même en cas d'inexpérience du franchisé. Certes, la solution peut se comprendre davantage lorsqu'est relevée « *l'absence d'une expérience commerciale antérieure* »¹³²⁸. Mais cette remarque elle-même doit être nuancée. En effet, contrairement au consommateur, locataire, ou client classique, la prétendue partie faible est ici un commerçant qui, en tant qu'indépendant et véritable entrepreneur, exerce nécessairement à ses risques et périls. C'est d'ailleurs une position de principe à laquelle la Haute Cour, semble-t-il et malgré tout, reste attachée¹³²⁹. Il devrait donc être le seul protagoniste sur lequel pèse la charge d'apprécier des informations transmises¹³³⁰. On le comprend bien : contrairement aux autres domaines évoqués, où la confiance légitime peut pallier parfois la curiosité, une telle entreprise (franchise) doit exiger d'avoir établi ses propres prévisions. C'est que le degré de responsabilisation ne saurait être identique entre un client classique et un véritable entrepreneur. Bien sûr, un certain nombre d'informations est, même en présence d'un contractant averti, détenu principalement par le franchiseur, comme la valeur du réseau. Le franchisé n'a donc « *pas nécessairement à sa disposition [ces informations] alors même qu'elles sont importantes* » pour consentir à la franchise¹³³¹. Or, ce qui doit être précisé, c'est qu'elles peuvent être recherchées, et être trouvées, que le cocontractant soit averti ou non. L'asymétrie d'informations peut bel et bien exister, mais l'hypothèse contractuelle impose ici de n'y attribuer qu'une valeur relative. D'ailleurs, un certain nombre d'informations objectives doit être transmis, offrant une assez large vision de l'enseigne concernée et de sa viabilité¹³³².

¹³²⁶ V. sur ce point *infra* n^{os} 645 et s.

¹³²⁷ Ceci fera l'objet d'autres développements, où il sera question de la déformation de l'erreur pour servir la partie (prétendument) faible. V. *infra* n^{os} 448 et s.

¹³²⁸ Cass. com., 12 juin 2012, préc.

¹³²⁹ V. not. Cass. 3^e civ., 27 mars 2002 (00-20.732) : Bull. civ. III, n^o 77 ; D. 2002, p. 2400, note H. Kenfack ; *ibid.*, p. 1487, obs. E. Chevrier ; JCP G 2002, II, 10112, note F. Auque ; AJDI 2002, p. 376, obs. S. Blatter ; CCC 2002, n^o 111, obs. M. Malaurie-Vignal ; *ibid.*, n^o 155, obs. L. Leveneur ; Cass. 3^e civ., 31 mars 2005 (03-15.766) : Bull. civ. III, n^o 81 ; JCP G 2005, I, 194, obs. Y.-M. Sérinet

¹³³⁰ D. Houtcieff, obs. sous. Cass. com., 4 oct. 2011, préc. ; étant également souligné que le franchisé n'est effectivement pas toujours une partie faible. La preuve avec l'espèce commentée.

¹³³¹ E. Raynaud, « Éléments d'analyse économique », in *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle (dir. N. Dissaux et R. Loir)*, L'Harmattan, 2009, p. 26

¹³³² Art. L. 330-3 C. com. cristallisant l'obligation d'information précontractuelle par les informations rendant compte, globalement, du caractère fructueux de l'enseigne proposé en franchise.

341. – L’erreur sur les prévisionnels n’est pas crédible. Vu sous cet angle, il semble difficile d’admettre qu’une erreur puisse valablement exister ici, encore moins une erreur sur les prévisionnels. En effet, ceux-ci ne sont pas même obligatoires pour le franchiseur, au titre de son obligation d’information. Le principe reste que le franchisé doit conduire lui-même l’étude du marché local¹³³³. Ils doivent en revanche être, le cas échéant, sérieusement établis¹³³⁴. Néanmoins, ceci ne rend pas plus probable qu’une erreur sur la substance puisse s’épanouir, du simple fait que les prévisionnels fournis ne se sont pas concrétisés par la suite. C’est que l’aléa y est intrinsèque, et le fait qu’ils ne se concrétisent pas n’implique pas nécessairement qu’ils aient été mal conçus, ou conçus de mauvaise foi. L’on comprend mal, dans ces conditions, quel interstice peut exister pour accueillir une quelconque erreur¹³³⁵.

¹³³³ V. par ex. Cass. com., 27 avr. 2011 (10-15.436) : D. 2012, p. 577, obs. D. Ferrier

¹³³⁴ D. Ferrier, obs. préc. ; V. encore en ce sens : Cass. com. 31 janv. 2012 (11-10.834) : D. 2013, p. 738, obs. D. Ferrier

¹³³⁵ Il est vrai que, dans cette atmosphère, le raisonnement de la cour d’appel de Paris (CA Paris, 19 mai 2010 (n° JurisData : 2010-011820)), dont la décision a été cassée par l’arrêt préc. du 4 oct. 2011, aurait dû être entériné par les juges du droit : « les insuffisances ponctuelles dans la documentation fournie ne peuvent être regardées, à les supposer établies, comme un élément essentiel dont la révélation eût été susceptible » de dissuader le franchisé de conclure, et « qu’en sa qualité de professionnel averti du commerce qui avait exercé pendant plus de vingt ans dans le domaine de la grande distribution, son dirigeant se devait d’apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité qui lui avaient été faites », et « que le seul fait qu’un écart soit effectivement apparu entre les prévisions de chiffre d’affaires telles qu’indiquées par le franchiseur et les résultats concrets nés de l’exploitation poursuivie » par le franchisé « ne saurait être démonstratif, à lui seul, de l’insincérité ou du manque de crédibilité des chiffres et documents fournis par le franchiseur, lequel n’avait pas à garantir la réalisation de quelconques prévisions comptables et qu’il s’ensuit » que n’est rapportée « la preuve d’aucun dol ni d’aucune erreur de nature à justifier sa demande ».

SECTION II – A L'ÉGARD DE CERTAINS CONTRACTANTS

342. – Plan. A l'égard de certains contractants, la logique suivie par la jurisprudence qui instrumentalise le droit commun démontre également d'un dérèglement de l'acception de la justice contractuelle. Elle a tendance à se caractériser par une bienveillance largement excessive à l'égard de contractants qui semblent dès lors considérés comme irréfragablement faibles, à l'instar de la démarche consumériste. Ces excès sont d'autant plus perceptibles, que l'indifférence aux compétences ou à la diligence de ces contractants est totale, et ces facteurs ne déterminent donc en rien leur protection. A l'inverse, les professionnels font l'objet d'un très significatif « *alourdissement* »¹³³⁶ de leurs obligations, notamment d'information (au sens large). Et sur le seul constat, c'est souvent notre impression, qu'ils se trouvent affublés d'une telle qualification¹³³⁷. Ripert parlait déjà, à l'endroit de cette influence, de « *droit de la profession* »¹³³⁸. Ceci rappelle inmanquablement la logique consumériste, et s'observe de la manière la plus fleurie en matière notariale (§I), dont les solutions sont reprises dans bien d'autres domaines voisins (§II).

§I – L'exemple topique : la matière notariale

343. – Une relation propice à l'asymétrie. Le notaire est, comme on le sait, tenu d'une obligation de conseil. En l'absence de textes, c'est la jurisprudence – encore – qui est venue préciser progressivement le contenu de ce devoir, par le truchement du droit commun. Voilà un nouvel exemple de protection du consentement de la partie faible par ce prisme. En effet, le client est indéniablement, potentiellement, en situation d'infériorité informationnelle face au notaire, qui instrumente l'acte du premier. Cette situation impliquera donc une certaine confiance de sa part. Celui-ci désire, outre l'obtention d'un acte authentique, bénéficier de conseils utiles, qui auront donc le plus souvent vocation à le guider.

344. – Plan. Pour autant que cette protection se justifie par le risque d'ignorance légitime, elle devrait disparaître lorsque celle-ci ne se caractérise pas dans les faits (B). Les solutions en la matière, bien au contraire, tendent malheureusement vers l'indifférence aux indices montrant que le client est probablement averti (A).

¹³³⁶ M. Tchendjou, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », JCP G 2003, I, 141

¹³³⁷ S. Vialle, dans sa thèse consacrée à la profession, soulevait très tôt l'intérêt de ce thème, résidant bien moins dans la clarification de la notion que dans la mise en exergue de ses implications, autrement dit du régime qui découle ni plus ni moins de cette qualification (*La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. I, th. Grenoble, 1990, p. II (introduction) (et not. : « *C'est ce qui explique que pour certains, elle passe inaperçue, et que pour d'autres, elle ne soit qu'une dénomination passe-partout se confondant plus ou moins avec l'entreprise. Ni l'une, ni l'autre de ces positions ne correspondent à l'état du droit positif. La profession n'est pas seulement un terme commode pour désigner l'activité économique de production. Elle entraîne pour celui qui l'exerce soumission à un régime juridique qui se distingue de plus en plus par son particularisme (...)* ») ; et spéc., sur ce point, *ibid.*, t. II, p. 349 et s. (où il est question d'étudier le régime qui découle de la compétence, autrement dit de la professionnalité, et not. « *L'aggravation de la situation du professionnel* » (*ibid.*, p. 351 et s.), ainsi que « *L'accroissement du contenu des obligations* » (*ibid.*, p. 534 et s.)). Tout ceci est d'ailleurs en lien très étroit avec une doctrine importante (ces obligations sont d'ailleurs leur postulat), selon laquelle il faudrait consacrer un véritable système de responsabilité professionnelle, tant, en pratique, les règles qui s'évincent du régime auquel sont soumis ces professionnels forment une catégorie à part (V. *infra* n° 996).

¹³³⁸ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, nos 199 et s., p. 398 et s.

A - L'indifférence aux facteurs d'atténuation ou d'éviction du devoir de conseil

345. – Plan. L'indifférence ne varie pas selon que la connaissance de l'information par la prétendue partie faible est manifeste (1), ou seulement (mais fortement) supposée (2).

1 – L'indifférence à la connaissance manifeste de l'information

346. – Plan. La connaissance manifeste de l'information recoupe l'hypothèse générale où elle découle immédiatement du savoir spécifique de l'individu. Elle-même varie en degrés, selon que les compétences impliquent une accessibilité évidente à l'information prétendument ignorée (a), ou que la connaissance de celle-ci est non plus seulement évidente mais proprement explicite (b). La jurisprudence reste curieusement indifférente à ces considérations.

a – Les compétences personnelles du client et l'accessibilité de l'information

347. – Refus de prendre en compte les compétences du client pour moduler le devoir de conseil.

L'évolution en ce domaine est excessive. Le devoir de conseil tend vers l'absolutisme, en ce sens qu'aucun égard ne semble porté aux compétences effectives du client. La formule est désormais classique : « *le notaire n'est pas déchargé de son devoir de conseil par les compétences personnelles de son client* »¹³³⁹. En l'occurrence, ces solutions sont prononcées dans des espèces où le client était, au surplus, souvent effectivement pourvu de connaissances qui auraient dues être prises en compte¹³⁴⁰. En effet, celles-ci ne peuvent être éludées, tant elles peuvent traduire une accessibilité manifeste à l'information, qui dès lors n'est plus légitimement ignorée.

348. – Sévérité et absolutisme injustifiés. L'on a ainsi pu dire, avec justesse, que la Cour de cassation ne cessait de confirmer « *sa sévérité à l'égard de cet auxiliaire de justice* »¹³⁴¹. Ces excès apparaissent nettement en jurisprudence, à tel point qu'il a parfois paru utile de préciser que les notaires ne devaient pas devenir « *des détectives* »¹³⁴². Ceux-ci se trouvent souvent sanctionnés, alors même que de prétendues

¹³³⁹ V. not. Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 1995 (93-15.659) : Defrénois 1996, p. 361, obs. J.-L. Aubert ; V. aussi Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1996 (93-19.466) : Defrénois 1996, p. 361, obs. J.-L. Aubert (le devoir du conseil du notaire intervient « *quelles que soient les compétences personnelles de son client* »).

¹³⁴⁰ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2006 (04-14.487) : Bull. civ. I, n° 556 ; D. 2007, p. 304, obs. I. Gallmeister ; LPA 15 mai 2007, note V. Perruchot-Triboulet. La cour d'appel concluait que « *la clarté des clauses et des conditions insérées dans les actes ainsi que leur connexité démontraient que M. X..., lui-même commerçant aguerris, était parfaitement conscient du risque qu'il prenait et avait accepté le préjudice qui pouvait en résulter, l'économie même de l'acte litigieux permettant au vendeur de mesurer le sens et la portée de son engagement* ». Et la Haute Cour de casser cette décision, énonçant d'abord que « *les notaires sont tenus d'éclairer les parties et d'appeler leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée et les effets ainsi que sur les risques des actes auxquels ils sont requis de donner la forme authentique* », et ensuite que la cour d'appel avait manqué de constater que, indépendamment des compétences du client, le notaire avait prouvé avoir satisfait à son devoir de conseil (« *constater que ce notaire, à qui incombait la preuve de l'exécution de son obligation de conseil, avait, indépendamment de l'expérience professionnelle de M. X..., précisément attiré l'attention de celui-ci sur la portée et les conséquences de son engagement souscrit dans le cadre d'un montage juridique qui accroissait le risque d'être privé du prix de vente de son fonds de commerce* »). L'on trouve là un cas classique où les compétences, à les considérer comme avérées, sont indifférentes.

¹³⁴¹ I. Gallmeister, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2006, préc.

¹³⁴² V. not. Cass. 3^e civ., 6 juil. 2005 (01-03.590) : Bull. civ. III, n° 152 (« *le notaire qui reçoit un acte de vente n'est pas tenu de rechercher si les biens vendus sont soumis, pour leur exploitation, à des prescriptions administratives qui ne font l'objet d'aucune publicité* »), et la note, très évocatrice, à la RLDC nov. 2005, p. 23, intitulée « *Le notaire : un conseil, non un détective* »).

parties faibles semblaient nettement en possession des informations nécessaires. Le principe, élémentaire, n'est-il pas que l'on ne doit informer « *que celui qui ne connaît pas une information* »¹³⁴³ ? En vérité, comme on l'a très finement remarqué, un tel principe subsiste, mais la jurisprudence fait barrage à son application, en martelant « *l'impossibilité de déduire des compétences personnelles du client ladite connaissance* »¹³⁴⁴. Mais c'est déjà là traiter de la connaissance effective de l'information par certains clients, qui prétendent le contraire.

b – Le savoir du client et la connaissance effective de l'information

349. – Risques pris en connaissance de cause par les parties. La connaissance manifeste, la mauvaise foi en filigrane. La mauvaise foi, tirée en filigrane d'une action intentée par un client agissant semble-t-il en connaissance de cause, est indifférente. Elle n'empêche pas, ainsi, l'accueil d'une prétention fondée sur le défaut de conseil du notaire. Partant, l'absolutisme de la protection ne cède pas¹³⁴⁵, même lorsque le manquement au devoir de conseil est invoqué par un établissement de crédit manifestement éclairé¹³⁴⁶.

350. – Risques pris en connaissance de cause par les parties. La connaissance manifeste, la mauvaise foi explicite. La mauvaise foi, même expressément relevée et admise, sera elle aussi indifférente à l'admission du défaut de conseil du notaire. Citons un exemple significatif. Une SCI placée en liquidation judiciaire s'était fait octroyer, par le juge-commissaire, le droit de vendre son immeuble à des conditions d'affectation particulières. Ces conditions n'ayant pas été respectées, les ventes furent annulées (pour défaut de pouvoir du gérant de la SCI). Les sous-acquéreurs invoquèrent alors la responsabilité du notaire. Et la Cour de cassation de trancher : « *même si les sous-acquéreurs n'étaient pas de bonne foi, ils étaient déchargés de l'obligation de procéder aux vérifications nécessaires à l'efficacité des actes de vente, cette obligation ne reposant que sur les notaires* »¹³⁴⁷.

351. – Solution excessive. Il revenait ainsi au notaire, encore une fois, d'attirer davantage l'attention de ses clients sur les implications d'une vente, dont ceux-ci (les sous-acquéreurs) n'ignoraient rien, à tel point que l'attendu de la Haute Cour souligne même leur mauvaise foi évidente. La solution va particulièrement loin, en exigeant du notaire qu'il dispense une certaine mise en garde lorsque la convention envisagée est illicite, comme s'il fallait rappeler aux parties qu'elles devaient être de bonne foi¹³⁴⁸. Il semble pourtant qu'il faille se méfier de tels excès, à l'instar d'autres domaines où la solution

¹³⁴³ V. not. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (réed. 1992), n° 252, p. 197 ; *Adde* sur ce point la légitimité de l'ignorance dont devra faire état la partie faible générale, *infra* nos 676 et s.

¹³⁴⁴ C. Biguenet-Maurel, *Le devoir de conseil des notaires*, préf. J. de Poulpiquet, Defrénois, 2006, n° 173, p. 77

¹³⁴⁵ V. not. Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2005 (03-19.321) : Bull. civ. I, n° 323 ; Defrénois 2005, p. 2012, obs. R. Libchaber

¹³⁴⁶ Comme le relevaient, encore une fois, les juges du fond : « *la banque, professionnelle du droit des affaires et des sociétés, ne pouvant ignorer qu'une société en formation n'a pas la personnalité morale, laquelle seule permettait de sauvegarder ses intérêts, le notaire n'était pas tenu d'une obligation de conseil envers (l'établissement de crédit) sur les conséquences d'un défaut d'immatriculation du (garant)* ».

¹³⁴⁷ Cass. 3^e civ., 30 janv. 2013 (11-26.074, 11-26.648 et 11-27.970) : Bull. civ. III, n° 16 ; D. 2014, p. 47, obs. O. Gout ; AJDI 2013, p. 625, obs. A. de La Vaissière ; Gaz. Pal. 6 juin 2013, p. 21, obs. M. Mekki

¹³⁴⁸ V. not. M. Mekki, obs. sous Cass. 3^e civ., 30 janv. 2013, préc.

est restée mesurée¹³⁴⁹. D'ailleurs, le notaire semblait normalement déchargé de sa responsabilité, s'il s'agissait d'une information dont son client avait connaissance¹³⁵⁰. Il faudrait donc rétablir le lien entre connaissance de tous et faits évidents, et tenir davantage compte de la mauvaise foi lorsqu'elle est caractérisée¹³⁵¹. L'absolutisme du devoir de conseil mène ainsi à considérer « *qu'en cas d'échec d'une opération, le rédacteur de l'acte est le réparateur tout désigné de cet échec* »¹³⁵².

352. – Notaire lui-même prétendue partie faible. Un autre type d'exemple peut être invoqué, dans le même sens. En effet, un retentissant arrêt, en date du 3 avril 2007, aurait pu ne constituer qu'une banale confirmation du principe bien établi selon lequel « *le notaire, professionnellement tenu d'informer et d'éclairer les parties sur les incidences fiscales des actes qu'il établit, ne peut être déchargé de son devoir de conseil envers son client par les compétences personnelles de celui-ci* »¹³⁵³. C'eût été le cas, si le client en cause en l'espèce n'avait pas disposé des mêmes compétences que celles de son dispensateur, puisqu'étant lui-même notaire ! La Haute Cour tranche d'autant plus curieusement que les juges d'appel avaient insisté sur le caractère exceptionnel de l'espèce. L'on aurait pu penser, en effet, que le principe de l'absolutisme du devoir de conseil céderait dans un cas aussi atypique¹³⁵⁴. Mais l'absolutisme est total. Sa rigidité, d'ailleurs, semble d'emblée en dire long sur sa légitimité.

2 – L'indifférence à la connaissance supposée de l'information

353. – Plan. La connaissance de l'information est fortement supposée, lorsqu'elle peut se déduire de faits entourant la conclusion du contrat. Il y a là deux hypothèses essentielles : le comportement de la partie supposément faible indiquant une telle connaissance (a), et son assistance juridique (b). La jurisprudence reste pour autant indifférente à ces considérations.

¹³⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000 (97-18.737) : Bull. civ. I, n° 101 ; D. 2000, p. 574, note B. Beignier ; RCA 2000, n° 244, note H. Groutel ; RTD civ. 2000, p. 565, obs. J. Mestre et B. Fages (établissement de crédit) : le moyen « *qui reproche à la cour d'appel d'avoir refusé d'admettre que l'établissement de crédit aurait manqué à son devoir d'information et de conseil en n'attirant pas l'attention de l'emprunteur sur les conséquences d'une fausse déclaration, ne peut être accueilli dès lors que l'obligation de répondre avec loyauté et sincérité aux questions posées par l'assureur à l'occasion de l'adhésion à une assurance relève de l'obligation de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle, et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé ce principe, ou les conséquences de sa transgression, à une autre partie* » ; Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007 (05-16.789), RTD civ. 2008, p. 676, obs. B. Fages (avocat) : « *l'avocat ne saurait être tenu, dans le cadre de son obligation de conseil, de vérifier les informations fournies par son client s'il n'est pas établi qu'il disposait d'informations de nature à les mettre en doute ni d'attirer son attention sur les conséquences d'une fausse déclaration dès lors que l'obligation de loyauté et de sincérité s'impose en matière contractuelle et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé à une partie ce principe de bonne foi élémentaire ou les conséquences de sa transgression* » ; exactement confirmé par Cass. 1^{re} civ., 31 oct. 2012 (11-15.529) : Bull. civ. I, n° 222 ; D. 2012, p. 2737, obs. Y. Avril ; RTD civ. 2013, p. 109, obs. B. Fages

¹³⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1996 (94-20.334) : Bull. civ. I, n° 423 ; Defrénois 1997, p. 343, obs. J.-L. Aubert (« *le notaire n'est pas tenu d'informer de données de fait qui sont déjà connues et qu'une partie ne saurait demander la réparation d'un préjudice résultant selon elle d'une circonstance dont elle avait connaissance à la date de l'acte prétendument dommageable* »). V. dans le même sens Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2001 (98-21.259) : RTD civ. 2003, p. 81, obs. J. Mestre et B. Fages

¹³⁵¹ V. sur ce point *infra* n°s 676 et s.

¹³⁵² J. Boré, « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 139

¹³⁵³ Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2007 (06-12.831) : Bull. Civ. I, n° 142 ; RTD civ. 2007 p. 499, obs. P. Deumier

¹³⁵⁴ « *l'arrêt retient que la critique faite au jugement et prise de la méconnaissance du caractère absolu du devoir de conseil incombant au notaire se heurte aux données de l'espèce tenant notamment à la qualité de notaire des deux contractants ayant demandé à l'un de leur confrère d'authentifier leurs accords définitivement conclus entre eux* » ; « *que M. Y..., notaire de profession, et ayant tout au long de sa carrière professionnelle été amené à rédiger des actes de cession, ne saurait sérieusement soutenir qu'il aurait ignoré les conséquences fiscales de l'opération et plus particulièrement les modalités de la détermination du prix et de la charge de la TVA* ».

a – L'indifférence au comportement indiquant l'information de la prétendue partie faible

354. – Illustration. Comportement confiant, circonstances évocatrices. Commençons par évoquer une affaire, où les juges du fond avaient justement souligné que « *le dossier d'emprunt avait été préparé dès avril 1989 et qu'ainsi, lorsque le protocole avait été discuté devant le notaire entre personnes apparemment au fait des problèmes posés par ce type d'opération et dont l'une d'elles se déclarait officiellement marchand de biens, le bon sens oblige à penser que les problèmes de financement ont été abordés* ». La Haute Cour rétorqua sèchement que « *les notaires ne sont pas dispensés de leur devoir de conseil par les compétences personnelles de leurs clients* »¹³⁵⁵. Absolutisme, encore. En outre, il semble que la Cour de cassation passe à côté du problème posé : c'est qu'il ne s'agissait pas de statuer sur les compétences vraies ou supposées du client, mais bien sur les incidences de son comportement confiant et de ces circonstances évocatrices sur le devoir de conseil. C'est que celles-ci laissaient vraisemblablement présumer, il faut bien l'avouer, une maîtrise informationnelle suffisante.

355. – Illustration. Comportement et déclarations explicites du client, affirmant « faire son affaire personnelle » du fait concerné. D'autres fois, les déclarations du client permettent même d'affirmer que l'information est détenue. Pourtant, ce comportement ne suffit pas, non plus, à évincer la responsabilité du notaire pour manquement au devoir de conseil. Dans une affaire, un couple avait fait l'acquisition d'un immeuble, et avait prétendu apprendre l'existence d'une décision de justice ayant pour effet de diminuer la superficie de leur fonds. Or, curieusement, une stipulation du contrat indiquait que le couple avait connaissance de la décision en question, qui avait déclaré « *en faire son affaire personnelle* ». Pour autant, la Haute Cour est implacable : « *le notaire, tenu professionnellement d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes qu'il instrumente, ne pouvait décliner le principe de sa responsabilité en alléguant que son client avait déclaré faire son affaire personnelle des conséquences du jugement du 29 avril 1992, non annexé à l'acte, quand il lui incombait de s'assurer que les époux X... avaient connaissance de la teneur de ce jugement et de son incidence sur le sort de l'opération que constatait l'acte qu'il recevait* »¹³⁵⁶. Et les juges de conférer une large publication à cet arrêt. L'on peut se retourner contre le notaire pour manquement au devoir de conseil, même lorsque l'on reconnaît soi-même, explicitement, la connaissance du fait en cause. Le notaire aurait donc dû dispenser son interprétation du jugement, tel un automate, quitte à s'exécuter alors même que l'on venait de lui affirmer que ceci était inutile. Voire ! L'on pourrait même, à titre subsidiaire, poser la question de la force obligatoire du contrat. En effet, l'on écarte ici une stipulation indiquant la connaissance de la décision de justice antérieure pour retenir d'office un défaut dans le devoir de conseil du notaire. La dispense qu'impliquait le comportement des clients n'était-elle pas, pourtant, entrée dans le champ contractuel ?

¹³⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 9 juin 1998 (96-13.785) : Bull. civ. I, n° 205

¹³⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012 (11-24.726) : Bull. civ. I, n° 241 ; RDC 2013, p. 547, obs. O. Deshayes ; D. 2013, p. 2507, obs. J. Dubarry ; JCP N 2013, 1019, note M. Poumarède ; RCA 2013, n° 67, obs. B. Waltz

356. – Solution incohérente. La précédente solution est en contradiction avec des décisions antérieures¹³⁵⁷, qui avaient semble-t-il éludé la responsabilité du notaire sur le plan du conseil. Pourquoi ? Observons.

357. – « Faire son affaire personnelle » : des nuances ? L'on pourrait considérer que, dans ces décisions contraires, « *en faire son affaire personnelle* » n'impliquait pas que le client eut accepté les risques en connaissance de cause, et que cela ne suffisait donc pas à prouver qu'il avait été convenablement informé. Mais l'hypothèse ne tient pas. D'une part, ceci est trop hypothétique pour engager, en soi, la responsabilité du notaire. D'autre part, même à admettre cette idée, est-il rigoureux de sanctionner le notaire pour n'avoir pas cru les affirmations de ses clients, indiquant qu'ils étaient, précisément, suffisamment informés ? Il n'y a pas de nuances possibles face à de telles déclarations.

358. – La formule ne traduirait pas une véritable connaissance des faits qu'elle vise pourtant précisément ? Doit-on par ailleurs considérer, comme certains, que la solution est justifiée parce qu'une telle déclaration des clients n'avait pu être que « *formelle ou approximative* », induisant « *que la connaissance de l'information par le client, à la supposer avérée, n'implique pas que les incidences de cette dernière sur l'opération envisagée sont correctement comprises* »¹³⁵⁸ ? Nous ne le pensons guère. L'esprit de la protection ne doit pas être détourné pour servir à protéger des contractants déjà informés, et pour stimuler, *in fine*, leur mauvaise foi. « *Jouer à l'enfant quand on est adulte, au misérable quand on est prospère, c'est dans les deux cas chercher des avantages immérités* »¹³⁵⁹. D'ailleurs, même à admettre que l'information ne fût pas détenue par le client, et que ses dires aient véritablement été formels et approximatifs, l'on ne saurait changer de position : responsabilisation de chacun oblige. Ce qu'un contractant déclare au moment de conclure, c'est le paradigme de son cocontractant. C'est le champ contractuel. En outre, en l'espèce, la seule stipulation indiquait la connaissance du jugement. Or, il s'en inférait vraisemblablement une même connaissance des incidences sur la réduction de la superficie du fonds, les prescriptions du jugement étant particulièrement claires sur ce point. Ainsi, le notaire n'est pas « *un tuteur ou un curateur protégeant ses clients qui deviendraient des incapables majeurs, faisant leurs actes à main guidée* »¹³⁶⁰. L'admettre, c'est céder, en l'approuvant, à la « *Tentation de l'innocence* »¹³⁶¹. L'obligation du notaire ne peut s'étendre si loin : pourrait-il être contraint de forcer ses clients à écouter son conseil, quand ceux-ci prônent de la manière la plus claire son inutilité ?

¹³⁵⁷ L'espèce était d'ailleurs très similaire à une affaire précédente, où il avait été, au contraire, jugé qu'« *il avait été mentionné dans la promesse de vente qu'un recours contre le permis de construire avait été exercé, que l'acheteur avait déclaré en avoir eu connaissance pour avoir pris contact avec l'avocat de la société venderesse et qu'il acquerrait quand même l'immeuble, faisant son affaire personnelle des conséquences pouvant en résulter* » (Cass. 3^e civ., 21 nov. 2001 (99-10.557)). Dans une autre espèce, où les parties avaient aussi entendu « *expressément, en dépit des avertissements du notaire, faire leur affaire personnelle de la demande de dérogation en cas de réalisation de la vente* », la faute du notaire fut également écartée (Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2002 (99-15.217) : Defrénois 2003, p. 316, obs. Ph. Malaurie).

¹³⁵⁸ O. Deshayes, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012, préc.

¹³⁵⁹ V. not. P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Grasset, 1995, p. 17 (« *Pourquoi est-il scandaleux de simuler l'infortune quand rien ne vous affecte ? C'est qu'on usurpe alors la place des vrais déshérités* » (ibid.)).

¹³⁶⁰ Ph. Malaurie, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2002, préc.

¹³⁶¹ P. Bruckner, op. cit. (V. plus en détails sur cette idée et cette question, *infra* n° 677).

359. – Le conseiller juridique n'évince pas le conseil du notaire. Le panorama de l'absolutisme aveugle du devoir de conseil se parachève à l'aune d'une autre ligne jurisprudentielle. En effet, il a été jugé que le devoir de conseil du notaire ne s'effaçait pas, non plus, même si le client était assisté par une personne assurant son conseil juridique¹³⁶². Il n'y aurait là aucune raison de considérer ces devoirs comme alternatifs¹³⁶³. Il n'était pourtant pas si difficile d'admettre, avec les juges du fond¹³⁶⁴, que « *si les notaires institués pour donner aux conventions des parties les formes légales et d'authenticité ont également pour mission de renseigner leurs clients sur les effets des engagements qu'ils contractent, les conséquences du devoir de conseil qui pèse sur eux disparaissent à l'égard d'une partie qui se fait assister d'un conseiller personnel, l'obligation susvisée incombant alors à celui-ci* ». Autrement dit, il n'est pas farfelu de considérer que le devoir de conseil doit s'évincer, lorsque la faiblesse informationnelle d'une partie, vraisemblablement, n'existe plus. Mais c'est déjà traiter du rétablissement de l'indispensable lien entre faiblesse concrète et protection.

360. – La solution serait éventuellement recevable, si le lien était fait avec l'information concrète du client. L'on pourrait, à la rigueur, admettre une telle solution, s'il était seulement démontré que le conseil d'un tel tiers n'avait pas apporté la connaissance suffisante au client concerné. Et/ou que le notaire avait, au surplus, totalement négligé sa mission. Or, ces questions sont proprement absentes du débat et de la solution. Apparaissant dès lors indifférentes, l'illégitimité de la démarche reste la plus avérée.

361. – La solution est invraisemblable. L'inexistence d'un tel lien entre conséquences de l'assistance et information du client pour moduler le devoir de conseil du notaire rend en outre la solution curieuse. En effet, l'on ne peut s'empêcher de souligner, de manière peut-être un peu triviale mais non moins réaliste, qu'il y a toutes les chances qu'un tel tiers assistant ait été choisi justement parce qu'il était en mesure d'apporter toute la lumière nécessaire en la matière concernée, et sur l'affaire conclue¹³⁶⁵. En ne tenant pas compte de ces motivations évidentes et de leurs incidences, le droit s'écarte

¹³⁶² Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 1995, (93-13.672 et 93-16.894) : Bull. civ. I, n° 312 ; Defrénois 1995, p. 1413, obs. J.-L. Aubert. La cliente était « *entourée par des hommes de loi et de conseils avertis* », dans la première espèce, où la Haute Cour rétorque que « *le notaire était personnellement tenu d'éclairer (la cliente) sur les conséquences de ses engagements, bien qu'elle fut assistée d'un avocat* ». Dans la seconde espèce, la solution est la même, encore plus clairement formulée : « *la présence d'un conseiller personnel au côté d'un client ne saurait dispenser le notaire de son devoir de conseil* ». V. aussi, en ce sens Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 1995 (93-18.753 et 93-19.460) : Bull. civ. I, n° 459 ; Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1996 (94-10.753) : Bull. civ. I, n° 260 ; Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1997 (95-20.123) ; Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998 (96-12.882) : D. 2000, p. 122, note M. SaBâtier ; et, plus récemment : Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2005 (03-11.443) ; Cass. 1^{re} civ., 2 oct. 2013 (12-24.754). *Adde* sur ce point J. de Poulpiquet, *Responsabilité des notaires*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2009, spéc. n° 31.32, p. 58

¹³⁶³ V. not. J.-L. Aubert, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2008, spéc. n° 101, p. 134 (et not. : « *Quand à l'hypothèse de l'assistance d'un tiers, on ne voit pas pourquoi le recrutement de conseillers multiples consacrerait des conseils alternatifs et non cumulatifs. Comment pourrait-on justifier que celui qui prend la peine de se ménager d'autres conseils que celui prévu par la loi doive être, de ce seul fait, privé de ce dernier ?* »). L'on voit que le lien avec la loi est très présent (V. sur la question des conséquences douteuses de ce lien, *infra* nos 985 et s.).

¹³⁶⁴ Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 1995, préc.

¹³⁶⁵ V. not. TGI Strasbourg, 22 avr. 1983 : JCP G 1985, II, 20349, note M. Dagot (acquéreur assisté d'un architecte, jugé « *parfaitement au courant des différents problèmes que pouvait poser la réalisation du projet de construction (...)* »). Ce qui fait dire à M. Dagot que « *Dès lors que le client est assisté d'une personne compétente – et tel était le cas en l'espèce au regard des questions d'urbanisme et de construction – le devoir de conseil du notaire s'efface et s'estompe* »).

invraisemblablement des faits.

362. – La solution ne cède pas, même lorsque l’assistant est lui-même notaire. L’on pourrait croire que l’absolutisme de la solution cède, lorsque l’assistant du client est lui-même notaire. Ce n’est guère le cas : « *les notaires professionnellement tenus de veiller à l’efficacité des actes qu’ils établissent et d’éclairer les parties sur leurs conséquences, ne sont pas dispensés de leur devoir de conseil par la présence d’un autre conseiller, fut-il lui-même notaire, au côté du client* »¹³⁶⁶. Ces solutions sont aussi invraisemblables que profondément regrettables. D’aucuns ont pu dire qu’elles semblent « *placer la jurisprudence aux limites de ce qui peut être exigé de cet officier public* »¹³⁶⁷. Nous dirions volontiers que ces limites sont déjà dépassées. Mais c’est déjà établir une critique de l’absolutisme aveuglé de ce mouvement.

B – Critique de l’absolutisme aveuglé du mouvement

363. – Plan. Ces solutions décrivent un devoir de conseil absolu¹³⁶⁸, « *permanent* »¹³⁶⁹, un « *devoir impératif dont rien ne saurait dispenser les notaires* »¹³⁷⁰. Alors, avec une doctrine spécialiste, nous posons-nous les questions qui suivent : « *sévérité réelle ou virtuelle, sévérité justifiée ou démesurée, appréciation idoine ou extensive* »¹³⁷¹ ? Notre position entend souligner l’exagération du devoir de conseil du notaire. La critique gravitera autour de deux axes distincts. D’abord, nous soulignerons que la solution antérieure était convenable, et que l’on ne comprend donc guère qu’elle soit aujourd’hui abandonnée (1). Ensuite, nous démontrerons directement que l’actuelle solution est insatisfaisante (2).

1 – L’abandon regrettable d’une position appropriée

364. – La solution ancienne tenait compte des compétences pour moduler la portée du conseil du notaire. Les solutions actuelles sont regrettables¹³⁷². Dans un premier temps de réflexion, relevons qu’elles tranchent avec une position antérieure, au demeurant stable, qui s’avérait plus compréhensive, pragmatique et juste. Il semblait en effet nettement admis, avant 1995, que de véritables « *facteurs d’atténuation* » du devoir de conseil permettaient d’en moduler la mise en œuvre en jurisprudence¹³⁷³. Il

¹³⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1996 (94-13.989) : Bull. civ. I, n° 418 ; V. aussi dans le même sens Cass. 3^e civ., 28 nov. 2007 (06-17.758) : Bull. civ. III, n° 213

¹³⁶⁷ M. SaBâtier, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998, préc.

¹³⁶⁸ V. *contra* l’intéressante étude de J. Boré, « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d’actes », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 139 et s. (soulignant l’ensemble des hypothèses où effectivement le notaire n’est plus tenu du devoir de conseil, afin de mettre en lumière une importante nuance à cet absolutisme martelé de toutes parts) ; *Adde*, sur ces limites J.-L. Aubert, op. cit., spéc. n° 91, p. 116 et s. ; n°s 103 et s., p. 136 et s. ; C. Biguenet-Maurel, th. préc., n°s 182 et s., p. 81 et s. (en bref : les informations inconnues du notaire, inaccessibles, imprévisibles, les informations recueillies auprès de tiers, mais qui s’avèrent erronées, ou encore les informations n’ayant pas à être transmises, not. en vertu du principe de non-immixtion dans les affaires du client, ou encore en vertu du secret professionnel... Tout ceci nous semble assez mince, à la vérité, pour conclure que le devoir de conseil n’est pas absolu : le sens de cette formule, c’est de considérer que, dans le cas où il doit être dispensé, il ne trouve aucune limite tenant au client ; pas que, en toute hypothèse, il est dû).

¹³⁶⁹ Formule employée par J.-L. Aubert, op. cit., n° 107, p. 142 (et qui marque, dans l’esprit de l’auteur, une distinction avec ce que l’absolutisme représente : « *le devoir de conseil ne relève pas de la catégorie des obligations que la responsabilité contractuelle dit « de résultat »* » : *ibid.*, n° 107, p. 143). Peut-être, de ce point de vue, la terminologie employée par l’auteur est-elle plus appropriée.

¹³⁷⁰ J. de Poulpique, *Responsabilité des notaires*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2009, n° 31.08, p. 55

¹³⁷¹ C’est en effet la question de départ de C. Biguenet-Maurel, dans sa thèse consacrée au sujet (th. préc., spéc. n° 12, p. 9).

¹³⁷² V. pour une salutaire étude critique des excès des obligations, not. du devoir de conseil, placées à la charge du notaire : S. Piedelièvre, « Plaidoyer pour une application raisonnée du devoir de conseil du notaire », RLDC déc. 2006, p. 14 et s.

¹³⁷³ V. not. J. de Poulpique, op. cit., spéc. n°s 31.21-31.24, p. 56-57

s'agissait essentiellement de tenir compte des compétences et connaissances concrètes du client¹³⁷⁴. Ainsi, les qualités ou l'assistance de celui-ci pouvaient avoir une véritable incidence sur la portée du devoir de conseil du notaire, voire sur son existence¹³⁷⁵, comme c'est encore le cas, d'ailleurs, dans certains autres domaines¹³⁷⁶. Tout ceci indique bien que la solution est parfaitement praticable et admissible, au-delà d'être franchement « *logique* » : « *l'obligation d'information ne saurait aboutir à une rigueur injustifiée* »¹³⁷⁷. L'admettre ne saurait « *en aucun cas* » être considéré « *comme un recul de l'obligation de conseil* »¹³⁷⁸. Convainquons-nous en par l'exemple.

365. – Illustrations. Responsabilisation des clients avertis. C'est ainsi qu'un gérant de société ayant acquis un immeuble, reprochait au notaire de ne pas l'avoir suffisamment averti de certaines incidences fiscales de la vente. La Haute Cour avait pu rétorquer que « *l'étendue de l'information que le notaire doit donner à son client au titre de son devoir de conseil varie selon que le client est ou non un professionnel avisé* » ; et que la cour d'appel « *a retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que le gérant de la société Ufipierre, responsable d'une société spécialisée dans les transactions immobilières, ne pouvait ignorer les différents taux de la taxe de publicité foncière, auxquels pouvait être assujettie l'acquisition litigieuse selon l'affectation qu'il entendait lui donner* », et qu'ainsi aucune faute ne pouvait être reprochée au notaire¹³⁷⁹. La conception d'alors était celle d'une prise en compte du besoin concret de protection, de telle sorte que l'on ne pouvait se prévaloir trop aisément d'une négligence fictive du notaire. C'est ainsi qu'il a pu être clairement affirmé que « *le notaire n'est dispensé de tout devoir de conseil que dans l'hypothèse où son client est un professionnel avisé, apte à mesurer la parfaite exactitude et la portée juridique des informations données* ». Et les juges d'écarter ensuite la faute du notaire en matière de bail, en affirmant que l'engagement avait été souscrit par une « *personne particulièrement compétente dans le domaine locatif d'une importante société commerciale* »¹³⁸⁰.

366. – Illustration. Solution d'autant plus salutaire lorsque le caractère averti du client est parfaitement évident¹³⁸¹. Les exemples sont légions. Ils révèlent une modulation de la protection (conseil), parfaitement justifiée. Qui contesterait en effet que soit ainsi refusée la protection à un ancien

¹³⁷⁴ V. not. J. de Poulpique, op. cit., spéc. n° 31.21, p. 56-57

¹³⁷⁵ Jusqu'en 1995, en effet (V. sur ce point C. Biguenet-Maurel, th. préc., spéc. nos 57 et s., p. 35 et s. et nos 85 et s., p. 45 et s. (et les réf. jurisprudentielles citées).

¹³⁷⁶ L'on citera là une solution à tous égards fort salutaire, concernant en l'occurrence le devoir d'information et de conseil du courtier en assurances : Cass. 2^e civ., 24 oct. 2013 (12-27.000) : RGDA 2014, p. 236, obs. D. Langé ; D. act. 18 nov. 2013, obs. Th. de Ravel d'Esclapon. Commençant par rappeler ces devoirs, la Haute Cour poursuit en affirmant « *qu'il ne saurait être reproché au courtier d'avoir manqué de diligence en n'avisant pas son client de l'existence de la prescription biennale et des procédés à mettre en œuvre pour l'interrompre, dès lors que Mme X..., mandataire judiciaire, dispose des compétences nécessaires pour connaître de cette prescription spéciale, rappelée expressément aux conditions générales du contrat d'assurances, et qu'elle était assistée d'un conseil professionnel du droit* ». Voilà que sont mises en valeur les connaissances de la prétendue partie faible, tout à la fois personnelles et dérivées, pour conclure à l'absence de besoin concret de protection, ce que l'on approuvera naturellement.

¹³⁷⁷ Th. de Ravel d'Esclapon, obs. sous Cass. 2^e civ., 24 oct. 2013, préc.

¹³⁷⁸ S. Piedelièvre, art. préc., p. 17

¹³⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 2 juil. 1991 (90-12.065) : Bull. civ. I, n° 228 ; RDI 1992, p. 348, obs. D. Tomasin ; RTD civ. 1992, p. 758, obs. J. Mestre ; Defrénois 1991, p. 1272, obs. J.-L. Aubert

¹³⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1995 (92-21.473) ; *Adde* dans le même sens Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2001 (98-21.259) : RTD civ. 2003, p. 81, obs. J. Mestre et B. Fages (et not. « *le notaire n'est pas tenu d'informer de données de fait qui sont déjà connues et qu'une partie ne saurait demander la réparation d'un préjudice résultant, selon elle, d'une circonstance dont elle avait connaissance à la date de l'acte prétendument dommageable ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel (Toulouse, 11 août 1998), qui a constaté que M. Z..., représentant la SCPI, avait personnellement connaissance de l'existence de l'hypothèque prise du chef de la société Z... dont il était le dirigeant social, a retenu l'absence de faute du notaire* »).

¹³⁸¹ C. Biguenet-Maurel adopte en effet cette formule, à l'égard de certaines solutions qui suivent (th. préc., nos 109 et s., p. 53).

conservateur des hypothèques, qui prétendait avoir ignoré la nécessité de faire inscrire une hypothèque pour garantir un prêt¹³⁸² ? Comment ne pas pleinement adhérer à la solution, qui retient que « *l'étendue de l'information que le notaire doit donner à son client au titre de son devoir de conseil varie selon que ce dernier est ou non un professionnel avisé, et qu'il n'a en particulier pas à informer ce client de ce qu'il sait ou doit nécessairement savoir* »¹³⁸³ ? L'on a plutôt un sentiment d'évidence que d'hérésie, à la lecture de ces solutions. L'on peine même à imaginer que des solutions radicalement opposées forment aujourd'hui le droit positif.

367. – Certes, la jurisprudence actuelle reconnaît parfois des effets atténuateurs, mais par un prisme inapproprié. On peut lire qu'il n'y a pas véritablement d'absolutisme, dans la mesure où les considérations concrètes de compétences ou de connaissances sont prises en compte dans le processus de réparation¹³⁸⁴. Le notaire est ainsi responsable, mais tenu de ne réparer que dans une mesure réduite, à concurrence des informations dont disposait la partie prétendument faible. Ceci cristalliserait alors une « *faute ayant contribué à la production de son préjudice* »¹³⁸⁵. D'aucuns saluent une telle solution, notamment pour sa souplesse¹³⁸⁶. Elle n'en reste pas moins insatisfaisante. Elle conduit à une démarche contestable, celle d'analyser le niveau informationnel comme une faute. Or, il est bien plus exact de l'analyser en tant que source même du déclenchement de la protection. C'est le mécanisme de protection lui-même qui doit être modulé, le cas échéant, et non l'étendue de la responsabilité. Il y a là une fiction dont la finalité est critiquable¹³⁸⁷. Considérer, dans le même temps, que le notaire est responsable pour manquement au conseil, et que le comportement du client est fautif est incohérent. C'est déjà supposer que le devoir de conseil était valablement déclenché, alors pourtant que son postulat, une situation d'ignorance, est par hypothèse contesté ! La rigueur commanderait que l'ignorance appelle le conseil, et que la connaissance le chasse. Reste que les critiques doctrinales qui ont frappé ces solutions salutaires

¹³⁸² Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1975 (74-11.408) : Bull. civ. I, n° 259 ; Defrénois 1976, 31181, n° 20, obs. J.-L. Aubert. V. aussi Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1976 (74-14.870) : Bull. civ. I, n° 168 ; Defrénois 1976, 31247, n° 36, obs. J.-L. Aubert. Qui contesterait, également, que le notaire échappe à la condamnation, dans une affaire où un acquéreur, commerçant, se plaignait de n'avoir pas été suffisamment informé de ce qu'il était obligatoire de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés (Cass. 3^e civ., 12 juin 1996 (94-14.862) : JCP N 1997, II, 241, note M. Nanzir (« *l'immatriculation au registre du commerce constitue une obligation légale qu'un commerçant ne peut ignorer (...)* ») ?

¹³⁸³ Cass. 1^{re} civ., 30 mars 1994 (92-17.161) ; V. aussi la motivation employée dans Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1994 (92-18.285).

¹³⁸⁴ V. not. sur ce point J.-L. Aubert, op. cit., spéc. n° 102, p. 135 (et not. : « *au plan de l'obligation, l'officier public ne peut bénéficier d'une exonération de responsabilité (...). Mais il demeure que, sur le plan de la contribution et donc pour ce qui concerne la charge définitive de la réparation, le notaire peut parfaitement invoquer l'incurie du conseiller personnel [i.e. une circonstance de fait tenant aux compétences concrètes] de son client pour obtenir qu'une partie de cette réparation soit mise à sa charge, de sorte qu'elle soit finalement répartie entre lui-même et ce tiers conseiller* » ; et « *De même, dans le cas du client compétent, il va de soi que l'absolutisme du devoir de conseil ne signifie pas que ce client doivent bénéficier d'une indulgence absolue. Bénéficiaire du devoir de conseil, il ne sera cependant pas toujours admis à prétendre à la réparation intégrale de son dommage : conformément aux principes du droit commun, le notaire doit, en effet, bénéficier d'une exonération de responsabilité à la mesure des fautes qui peuvent être reprochées à son client, depuis la simple négligence jusqu'à la faute intentionnelle* » ; *Adde* sur ce point C. Biguenet-Maurel, th. préc., spéc. nos 115 et s., p. 55 et s. (par ex., prenons un arrêt cité par l'auteur : Cass. 1^{re} civ., 29 févr. 2000, duquel il ressort que « *si un notaire ne peut être déchargé de son devoir de conseil en considération des compétences personnelles de son client, en revanche, la faute commise par ce dernier et qui constitue une cause du dommage qu'il a subi peut, le cas échéant, être retenue pour fonder un partage de responsabilité* », ce qui fut le cas en l'espèce, dans une mesure soumise à l'appréciation des juges du fond).

¹³⁸⁵ V. not. Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2005, préc. (« *le notaire n'est pas dispensé de son devoir de conseil par les compétences ou connaissances personnelles de son client, en considération desquelles il est seulement possible, le cas échéant, d'estimer que celui-ci a commis une faute ayant contribué à la production de son préjudice* »). *Adde* Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1999 (96-22.892) : Bull. civ. I, n° 166 ; D. 2000, p. 153, obs. B. Blanchard

¹³⁸⁶ V. not. en ce sens J.-L. Aubert, op. cit., spéc. n° 102, p. 135

¹³⁸⁷ Certains des tenants d'une telle solution ne s'en cachent d'ailleurs pas : « *Mais il est vrai qu'alors l'allègement de la responsabilité du professionnel n'est qu'indirect et résulte de la mise en œuvre de la responsabilité du client* » (P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 juil. 1998 (96-14.192), RTD civ. 1998, p. 913).

ont, semble-t-il, convaincu, depuis 1995, la Cour de cassation¹³⁸⁸.

2 – *Des solutions actuelles en tous points insatisfaisantes*

368. – Plan. Les solutions actuelles, qui tendent à la « suppression des facteurs d'atténuation du devoir de conseil »¹³⁸⁹, sont à tous égards insatisfaisantes : au plan des fondements (a), et au plan des effets (b).

a – *Au plan des fondements*

369. – L'assimilation du conseil à la mission d'authentification d'actes. Ces solutions apparaissent fondées sur une certaine vision des obligations du notaire. En effet, l'on pourrait tenter de justifier leur absolutisme par la spécificité du domaine notarial. Ainsi, le devoir de conseil ne saurait s'effacer parce qu'il compléterait de manière indivisible la mission de rédacteur et de certificateur d'actes du notaire. Il en serait même devenu non plus un complément, mais une composante¹³⁹⁰. Disons, avec une doctrine spécialiste, qu'« *Il y a certes un enchevêtrement entre les deux types d'obligations qui conduit à opacifier la matière en ce sens qu'obligation de conseil et obligations substantielles s'entremêlent (...). Mais cet enchevêtrement chronologique ne doit pas pour autant empêcher une distinction juridique* »¹³⁹¹.

370. – Critique principale. Une vision contestable du fondement du devoir de conseil. Il y a là deux obligations distinctes. Nous sommes vigoureusement pour une telle dissociation. Pour s'en convaincre, soulignons d'abord que la solution jurisprudentielle la plus classique en matière de devoir de conseil du notaire énonce que celui-ci est « tenu professionnellement d'éclairer les parties *et*¹³⁹² de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes qu'il instrumente »¹³⁹³. Peu importe donc que le conseil ait été rattaché à la mission première du notaire pour émerger : cela ne peut occulter la nécessaire distinction entre ces deux obligations¹³⁹⁴. La complémentarité n'évince pas la différenciation. C'est d'ailleurs une partie des conclusions de la thèse de Mme Biguenet-Maurel, consacrée à la question : « *De même que les obligations*

¹³⁸⁸ V. not. sur ces critiques et leur influence sur l'abandon de la solution qui vient d'être exposée : J. de Poulpiquet, op. cit., spéc. nos 31.22-31.23, p. 57

¹³⁸⁹ J. de Poulpiquet, op. cit., nos 31.11 et s., p. 56 et s.

¹³⁹⁰ V. not. J.-L. Aubert, op. cit., spéc. n° 18, p. 23 (et not. : le devoir de conseil « n'apparaît plus comme un simple complément de la seule mission d'authentification, mais bien comme une composante de cette mission ») ; V. aussi J. de Poulpiquet, op. cit., spéc. n° 31.09, p. 56 (il s'agit d'un « élément constitutif de l'exercice de la profession »).

¹³⁹¹ C. Biguenet-Maurel, th. préc., n° 733, p. 367

¹³⁹² Souligné par nous.

¹³⁹³ V. déjà Cass. civ., 21 juil. 1921 : DP 1925, 1, p. 29 (« les notaires institués pour donner aux conventions des parties les formes légales et authentiques **ont également** pour mission de renseigner leurs clients sur les conséquences des engagements qu'ils contractent »). V. plus récemment, pour ladite formule utilisée exactement en ces termes : Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013 (12-13.885) ; Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 2013 (12-12.650) ; Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012 (11-23.175) ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012 (11-14.830) ; Cass. 1^{re} civ., 28 avril 2011 (10-14.809) ; Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2011 (10-13.409) ; Cass. 1^{re} civ., 9 février 2010 (09-65.122) ; Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 2009 (08-19.173) ; Cass. 1^{re} civ., 3 avril 2007 (06-13.304).

¹³⁹⁴ V. not. en ce sens J. de Poulpiquet, Rép. civ. Dalloz, « Notaire », janv. 2009 (m.a.j. 2014), spéc. n° 52 (et not. : « Pour les tribunaux, le devoir de conseil découle des devoirs professionnels légaux du notaire. Comment, en effet, lui serait-il possible de donner les vertus de l'authenticité à un acte sans avoir, dans le même temps, porté à la connaissance de ses signataires tout ce qui pourrait venir par la suite en perturber une juste exécution ? Le devoir de conseil est donc, pour les tribunaux, un devoir complémentaire du devoir d'authentification ») ; et ibid., n° 295 (« Le devoir de conseil découle de la mission d'authentificateur du notaire. La doctrine mais aussi, et surtout, la jurisprudence voient aujourd'hui dans le devoir de conseil un complément nécessaire du devoir d'authenticité ») ; Adde J.-L. Aubert, op. cit., spéc. n° 87, p. 110 (et not. : « En réalité, le devoir de conseil est un autre aspect du principe d'efficacité qui, comme tel, se manifeste ab initio, dès que l'officier public est sollicité de prêter son ministère et en vertu duquel le notaire est tenu de guider son client vers la meilleure satisfaction de ses besoins (...) »).

du chirurgien sont divisées entre obligations essentielles de soigner un patient et obligation accessoire de l'informer sur les risques de l'intervention, les obligations du notaire devraient être partagées entre obligations substantielles de réaliser les formalités nécessaires à la concrétisation de l'acte et obligation accessoire d'informer les contractants sur les choix et les risques que leur projet recèle »¹³⁹⁵. Ceci est pertinent : conseiller et authentifier sont deux missions éminemment liées, mais inassimilables¹³⁹⁶ ! Dès lors qu'une telle distinction est adoptée, il devient donc envisageable de moduler le devoir de conseil du notaire, puisque celui-ci n'est plus rattaché à l'absolutisme de sa mission d'authentificateur d'actes, obligation de résultat¹³⁹⁷.

371. – L'argument de la sécurité juridique, en faveur des solutions actuelles. Indéniablement, l'argument de la sécurité juridique préside-t-il à la défense de la solution de l'absolutisme et, notamment sous l'influence de J.-L. Aubert, a concouru à l'abandon de la position ancienne¹³⁹⁸. Cet argument sera critiqué plus globalement et plus en détails dans d'ultérieurs développements spécialement consacrés¹³⁹⁹. L'on notera toutefois brièvement, pour ce qui est de la matière notariale, que la sécurité juridique ne peut être plus lacunaire que sous l'empire de la solution actuelle. En effet, quel notaire peut légitimement se sentir en sécurité puisqu'il apparaît qu'il était, pour l'essentiel des cas précités, davantage le bouc émissaire d'opérations ayant mal tourné pour les clients – au demeurant conscients des risques pris –, que le véritable responsable d'une ignorance légitime de ces derniers ?

372. – Précision pour lever toute confusion : modulation *a posteriori*, non *a priori*. Par ailleurs, il ne faut pas faire de confusion. Il ne s'agit pas de plaider en tant que tel pour une modulation du conseil pendant la conclusion du contrat. Auquel cas, effectivement, l'insécurité planerait puisque l'on ne saurait pas exactement, à ce moment, qui est averti et à quel point, et quelle modulation du conseil est subséquemment de mise. Ce qu'il faut au contraire plaider, c'est que le juge, confronté à des affaires dans lesquelles les faits établissent clairement l'information suffisante du client, ne puisse précariser le notaire. C'est en effet qu'à cet instant, le motif retenu (manquement au devoir de conseil) est en réalité virtuellement inexistant, puisque n'ayant eu aucune portée. La sécurité juridique est assurée par un tel système : nul ne s'attend à voir sa mauvaise foi couronnée de succès en justice.

b – Au plan des effets

373. – Ces solutions engendrent de l'injustice. C'est peut-être l'essentiel : ces solutions sont injustes. Avec M. Chazal, en effet, l'on constatera que « *Cette règle jurisprudentielle générale et abstraite est source d'injustice car le client va pouvoir rechercher la responsabilité civile d'un professionnel, alors même qu'il maîtrise*

¹³⁹⁵ C. Biguenet-Maurel, th. préc., n° 731, p. 286-287

¹³⁹⁶ « *N'oublions pas que la finalité du devoir de conseil, c'est de conseiller et non, comme il est aujourd'hui interprété, d'assurer la validité et l'efficacité d'un acte* » (C. Biguenet-Maurel, th. préc., n° 732, p. 287).

¹³⁹⁷ L'auteur en tire le même genre d'effets : une « *sévérité tempérée pour les manquements au devoir de conseil stricto sensu* » (C. Biguenet-Maurel, th. préc., nos 736-738, p. 288), et l'inverse pour les manquements aux obligations dites « *substantielles* » : « *Les manquements aux obligations substantielles et techniques méritent en revanche l'application d'un régime autonome très rigoureux. En effet, l'infaillibilité peut être exigée des sciences exactes. Or la réalisation de formalités relève d'une telle discipline* » (ibid., n° 739, p. 288-289).

¹³⁹⁸ V. sur ce point C. Biguenet-Maurel, th. préc., spéc. nos 158-159, p. 71-72

¹³⁹⁹ V. *infra* nos 610 et s.

toutes les compétences pour décider et agir de manière avisée »¹⁴⁰⁰. Lorsqu'une protection du consentement est surexploitée, et se trouve déclenchée alors même que le consentement de l'intéressé n'était manifestement pas affecté d'ignorance légitime, il y a ni plus ni moins détournement de la règle qui l'institue. Mais l'injustice va encore beaucoup plus loin ici. En effet, l'on n'excuse plus seulement la légèreté abusive de parties faussement faibles : voilà que l'on sanctionne même le notaire lorsque le consentement de la prétendue partie faible est manifestement éclairé ! Classiquement, « *L'inconstant est tancé par la morale : c'est un « faible » qui s'attire le mépris* »¹⁴⁰¹ : plus maintenant, en tout cas pas en la matière. Par ailleurs, la solution pourra, comme toute protection excessive¹⁴⁰², stimuler la mauvaise foi d'un certain nombre de plaideurs, en favorisant « *la fraude de clients qui voient alors le risque qu'ils engagent des opérations couvert par la responsabilité du notaire* »¹⁴⁰³. Il y a donc une « atteinte au principe de bonne foi », et il apparaît nettement que les arguments qui soutiennent le caractère absolu du devoir de conseil peuvent sembler « *certes convaincants sur le plan technique, mais peuvent paraître choquants sur le plan éthique* »¹⁴⁰⁴. Partant, l'adage *malitiis non est indulgendum* nous semble sérieusement mis à mal¹⁴⁰⁵.

374. – Ces solutions engendrent de l'incohérence. Comme l'a souligné M. Piedelièvre, ces solutions engendrent de l'incohérence, surtout en ce qui concerne l'assistance du client. Et pour cause : celui qui a été spécialement choisi pour le conseiller a, *a priori*, rempli sa mission au premier plan¹⁴⁰⁶. Que ledit client se retourne ensuite contre son second conseil, pourrait-on dire, paraît incohérent, « arbitraire »¹⁴⁰⁷. Or, voilà pourtant que « *le notaire est tenu de conseiller ses clients en raison de ses fonctions, non en considération de leur éventuelle incompétence* »¹⁴⁰⁸. Curieux principe que de déconnecter ainsi la protection de ses causes. En outre, il existe des solutions assez répandues, qui ont tendance à faire disparaître, au contraire, l'obligation d'information lorsque les contractants sont sur une forme de pied d'égalité, du moins lorsqu'aucune faiblesse particulière n'est détectée¹⁴⁰⁹. La solution est même assez fréquente. C'est le cas, pour un exemple éclatant, en matière bancaire, pour ce qui concerne le devoir de mise en garde du banquier¹⁴¹⁰. C'est aussi le cas, dans une mesure plus nuancée car non uniforme¹⁴¹¹,

¹⁴⁰⁰ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 130

¹⁴⁰¹ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I, PUAM, 2001, n° 25, p. 40 (citant Descartes sur l'expression « faible »).

¹⁴⁰² L'on reviendra en effet en détails sur les effets pervers de protections excessives (V. *infra* n°s 844 et s.).

¹⁴⁰³ L'auteur souligne en effet distinctement ce qu'elle nomme « *risque de fraude* » (C. Biguenet-Maurel, th. préc., spéc. n° 167, p. 74).

¹⁴⁰⁴ C. Biguenet-Maurel, th. préc., n° 169, p. 75

¹⁴⁰⁵ *Pas d'indulgence pour la mauvaise foi*. V. sur celui-ci H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 214, p. 419-420. Un tel adage est d'ailleurs invoqué par une doctrine spécialiste pour contester l'absolutisme du devoir de conseil du notaire (C. Biguenet-Maurel, th. préc., n° 175, p. 78).

¹⁴⁰⁶ S. Piedelièvre, « Plaidoyer pour une application raisonnée du devoir de conseil du notaire », RLDC déc. 2006, spéc. p. 17 (et not. : « *L'absence d'exonération, partielle ou totale, du devoir de conseil du notaire en cas de présence au côté du client d'un conseiller ne se justifie également pas. Si un client décide de prendre un conseil pour l'assister lors de la passation d'un acte notarié, on peut légitimement penser que ce choix est dicté par les compétences de cette personne qui sont, du moins dans l'esprit de ce client, supérieures à celles du notaire. Il est en tout état de cause plus enclin à suivre ses conseils. Au plan théorique, deux personnes sont tenues à un devoir de conseil : le notaire et la personne que le client s'est adjoint. Ce dernier est en quelque sorte un débiteur de première ligne, puisque sa présence démontre sinon de la suspicion, tout du moins des doutes sur les capacités du notaire à appréhender les mobiles du client. Il en résulte nécessairement une atténuation du devoir de conseil du notaire. Or, tel n'est pas la position de la jurisprudence* »).

¹⁴⁰⁷ « *Il est toujours possible d'agir contrairement à ses précédentes attitudes juridiques, à condition de se situer dans leurs prolongements. L'arbitraire seul est exclu* » (D. Houtcieff, th. préc., n° 59, p. 67).

¹⁴⁰⁸ J.-L. Aubert, op. cit., n° 101, p. 134

¹⁴⁰⁹ V. en ce sens J.-P. Chazal, loc. cit.

¹⁴¹⁰ V. *infra* n° 595

¹⁴¹¹ V. *supra* n° 303 et s.

dans la vente¹⁴¹². Par ailleurs, l'incohérence est stimulée au sein même de la matière notariale : le notaire n'est-il pas dispensé « *d'informer de données de fait qui sont déjà connues* »¹⁴¹³ ? C'est là, pourtant, l'exact contrepied des autres solutions actuelles. En définitive, l'on comprend donc mal que les juges tranchent de la sorte ici, alors même qu'il s'agit de situations où la prétendue partie faible est manifestement informée des éléments en cause.

§II – Les autres domaines calqués sur la matière notariale

375. – Plan. Un auteur relevait que « *c'est le devoir de conseil du notaire qui bien souvent sert de modèle pour le développement du régime de tout devoir de conseil* »¹⁴¹⁴. Sans doute ceci s'explique-t-il par le fait que le notaire fut un « *précurseur en matière de conseil* », le premier à l'égard duquel ce devoir a été imposé¹⁴¹⁵. Mais cette influence sur certains autres domaines professionnels implique une transposition des obligations du notaire, avec les défauts que nous venons d'examiner. Voilà une raison supplémentaire de déplorer les règles qui gouvernent, en la matière, le devoir de conseil. Ce mouvement d'« *alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel* »¹⁴¹⁶ se vérifie donc également d'une manière assez évidente, notamment¹⁴¹⁷, dans les domaines de l'avocature (A) et de l'expertise comptable (B). Le professionnel est indéniablement le centre névralgique de ce mouvement, ce qui confirme une fois encore le dérèglement opéré en droit commun sous l'influence du modèle consumériste.

A – L'avocature

376. – Généralités. Existence d'une situation contractuelle propice à l'asymétrie d'information. D'une manière similaire au notaire, l'avocat est en position de force, au point de vue informationnel, face à un client qui ignore tout ou presque d'un droit en outre toujours plus complexe. Le facteur confiance est ainsi plus que jamais de mise, et le risque de vulnérabilité se cristallise nettement. L'avocat est donc naturellement tenu d'une obligation d'information poussée jusqu'au devoir de conseil¹⁴¹⁸, constant en jurisprudence¹⁴¹⁹. L'essentiel du contentieux se situant plutôt sur la substance de l'information de l'avocat, la masse consacrée à l'applicabilité ou non du devoir de conseil est plus réduite qu'en matière

¹⁴¹² F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011, n° 220, p. 210, où l'on peut lire not., en ce sens, que l'obligation d'information est ainsi supposée être « *rhéostatique* » dans la vente.

¹⁴¹³ Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1996 (94-20.334) : Bull. civ. I, n° 423 ; Defrénois 1997, p. 343, obs. J.-L. Aubert (« *le notaire n'est pas tenu d'informer de données de fait qui sont déjà connues et qu'une partie ne saurait demander la réparation d'un préjudice résultant selon elle d'une circonstance dont elle avait connaissance à la date de l'acte prétendument dommageable* »). V. dans le même sens Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2001 (98-21.259) : RTD civ. 2003, p. 81, obs. J. Mestre et B. Fages

¹⁴¹⁴ P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 juil. 1998, préc.

¹⁴¹⁵ J. de Poulpiquet, op. cit., n° 3.00, p. 54

¹⁴¹⁶ M. Tchendjou, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », JCP G 2003, I, 141

¹⁴¹⁷ Il y en a bien d'autres (V. not. sur cette amplitude l'étude de M. Tchendjou, préc. ; V. aussi C. Biguenet-Maurel, th. préc., nos 119 et s., p. 57 et s., qui étudie un certain nombre d'autres professionnels, subissant la même rigueur que le notaire, y compris des professionnels « *non juridiques* », comme agent immobilier ou architecte).

¹⁴¹⁸ V. not. sur ce point les ouvrages dédiés à l'avocature, not. H. Ader et A. Damien, *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz, 2008, spéc. (sur le conseil) nos 91.21 et s., p. 701 et s. ; Y. Avril, *Responsabilité des avocats*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2008, nos 21.11 et s., p. 49 et s.

¹⁴¹⁹ V. not. Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1997 (94-21.217) : Bull. civ. I, n° 132 ; JCP G 1997, II, 22946, note R. Martin ; D. aff. 1997, p. 730 ; CCC 1997, n° 111, obs. L. Leveneur (« *l'avocat est tenu d'une obligation particulière d'information et de conseil vis-à-vis de son client* ») ; V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996 (94-14.022) : Bull. civ. I, n° 191 (manque à son devoir de conseil l'avocat qui omet d'informer son client des moyens qui lui auraient permis de s'opposer à la demande adverse) ; Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1997 (95-14.141) : Bull. civ. I, n° 303 (même solution pour l'avocat qui manque d'informer son client sur les voies de recours).

notariale. Mais l'influence de cette dernière est indéniable. L'on retrouve ainsi le même genre de dérives absolutistes en matière d'avocature qu'en matière notariale¹⁴²⁰. Les critiques seront donc nécessairement brèves, par référence tacite aux prescriptions venant d'être faites en cette matière.

377. – L'indifférence à l'assistance de la prétendue partie faible. Encore une fois, le fait que la prétendue partie faible soit dûment assistée n'efface guère la protection : elle reste créancière d'un devoir de conseil¹⁴²¹. Si certaines applications sont admissibles, dans la mesure où elles ne reflètent pas l'incidence profonde de l'assistance sur l'information de la partie faible¹⁴²², certaines autres sont proprement illégitimes. A cet égard, le parallèle avec les règles du domaine notarial est même parfois explicitement établi. Ainsi, « *lorsqu'une décision de justice emporte vente, l'avoué du vendeur est tenu, au même titre que le notaire, d'une obligation de conseil pour la préservation des droits de son client dans la parfaite exécution du jugement* », ce qui implique l'indifférence à l'assistance du vendeur « *par d'autres professionnels du droit* »¹⁴²³. Il s'agissait tout de même, en l'espèce, d'un avocat... et d'un notaire ! Difficile de croire que deux spécialistes supplémentaires n'aient pas influé sensiblement sur la puissance informationnelle du vendeur, d'une manière suffisante à évincer la nécessité du devoir de conseil.

378. – L'indifférence aux compétences de la prétendue partie faible (paroxysme du parallèle avec le domaine notarial). Tout comme pour la matière notariale, la jurisprudence révèle ici une indifférence claire aux compétences des prétendues parties faibles, même lorsque celles-ci sont pourtant manifestement révélatrices¹⁴²⁴. Ce fut ainsi le cas, notamment, dans une affaire où les juges du fond furent sèchement sanctionnés pour avoir osé retenir « *l'absence d'une quelconque obligation de conseil* » « *face à un professionnel avisé et averti* », la Haute Cour retenant « *que les compétences professionnelles d'un client ne peuvent, à elles seules, dispenser l'avocat choisi par celui-ci de toute obligation de conseil* »¹⁴²⁵. La solution semble dater d'un arrêt du 7 juillet 1998¹⁴²⁶, avant lequel certaines décisions pouvaient admettre une modulation de la faute commise par l'avocat, si son client détenait des compétences et/ou connaissances¹⁴²⁷. Autant dire que l'évolution des solutions en la matière, on le vérifie ici *de facto*, suit de près celle du domaine notarial.

¹⁴²⁰ D'ailleurs, le parallèle entre l'évolution des règles en matière notariale et celle des règles en matière d'avocature est souvent expressément fait (V. par ex. Y. Avril, op. cit., spéc. n° 21.51, p. 61).

¹⁴²¹ V. not. sur ce point H. Ader et A. Damien, op. cit., n° 91.33, p. 703

¹⁴²² C'est ainsi qu'il fut admis que « *la présence d'un avoué dans la procédure d'appel ne dispense pas l'avocat de son devoir de conseil* » (Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1997, préc.). Il est vrai que l'un des rôles essentiels des avoués consistait précisément à apporter un conseil sur l'opportunité d'un appel, voire d'apporter ce conseil à l'avocat... La nuance est donc déjà ici de mise. V. aussi Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 (03-11.956) : Bull. civ. I, n° 56 ; D. 2006, p. 546, obs. P. Julien et N. Fricero (l'avoué n'était pas dispensé « *de son devoir de conseil par la présence, au côté du client, d'un avocat et doit personnellement prendre l'initiative de donner au client qu'il représente les informations et conseils relatifs à la procédure qu'il conduit* », en l'occurrence la somme susceptible d'être due au titre des dépens en cas d'échec de la voie de recours).

¹⁴²³ Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1997 (95-10.629) : Bull. civ. I, n° 214 ; D. 1998, p. 198, obs. P. Jourdain ; JCP G 1997, II, 22970, note E. du Rusquec ; JCP N 1998, 54, note L. Leveneur

¹⁴²⁴ V. not. H. Ader et A. Damien, op. cit., n° 91.34, p. 703-704 ; Y. Avril, op. cit., n°s 21.51 et s., p. 61 et s.

¹⁴²⁵ Cass. 1^{re} civ., 2 janv. 1999 (96-18.775) : Bull. civ. I, n° 15 ; Defrénois 1999, p. 382, obs. J.-L. Aubert ; V. dans le même sens, presque identiquement formulée, la solution de Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1999 (96-20.332) : Bull. civ. I, n° 164 ; D. 2000, p. 153, obs. Ch. Blanchard (au profit d'une banque).

¹⁴²⁶ Cass. 1^{re} civ., 7 juil. 1998 (96-14.192) : Bull. civ. I, n° 238 ; JCP G 1999, I, 126, obs. R. Martin ; RTD civ. 1998, p. 911, obs. P. Jourdain

¹⁴²⁷ H. Ader et A. Damien, op. cit., n° 91.34, p. 703 (et les réf. citées).

379. – L’indifférence aux compétences « à elles seules » ou aux compétences tout court ? L’on peut tenter de s’interroger. Il est vrai que le pourvoi soutenait que la cour d’appel avait retenu, à tort, que l’avocat « *n’était pas davantage tenu d’une obligation de conseil face à un professionnel averti et avisé, sans préciser en quoi le fait d’être le mandataire d’un professionnel “avisé et averti” retirait toute obligation de conseil* ». En outre, la Haute Cour précisait bien que les compétences professionnelles ne suffisaient pas, « à elles seules », pour évincer le conseil. Pourrait-on imaginer qu’il faille établir avec pertinence et précision que les compétences, le cas échéant, ont bien engendré des conséquences suffisamment positives sur la qualité du consentement de la prétendue partie faible pour que le conseil s’efface ? La piste est intéressante, mais doit être malheureusement considérée, en l’état des précisions prétoriennes, comme une vue de l’esprit. Ceci est d’autant plus vrai que certaines décisions importantes ont tranché la question avec moins de suspense : « *les compétences personnelles du client ne dispensent pas l’avocat, rédacteur d’un acte, de son devoir de conseil* »¹⁴²⁸. La solution sanctionnait, une énième fois, une cour d’appel pour avoir écarté le devoir de conseil du fait que les prétendues parties faibles (en l’espèce des cédants de parts sociales) étaient des « *commerçants expérimentés* »¹⁴²⁹.

380. – Quand la clarté de l’illégitimité de l’indifférence aux compétences ne peut plus être assumée par les juges : ils l’éluent complètement. Ces considérations de prise en compte des compétences semblent parfois être éludées si distinctement que la démarche peut, en forçant à peine le trait, laisser transparaître une certaine gêne. C’est qu’il apparaît délicat de trancher en faveur d’une prétendue partie faible, en retenant un manquement au devoir de conseil, alors même que celle-ci était manifestement dans un état opposé à celui de l’ignorance. C’est ainsi que la Haute Cour se prononçait sur le point de l’incidence de l’assistance de professionnels du droit aux côtés d’une prétendue partie faible venderesse. L’argument tenant aux qualités professionnelles de celle-ci, tout autant soulevé par le pourvoi que le point précédent, est « *discrètement* »¹⁴³⁰ passé sous silence. Dès lors, de deux choses l’une : soit l’argument tiré des compétences du client est si absurde que les juges du Droit ne lui accorde, non intentionnellement, aucune attention ; soit celui-ci est si troublant qu’il ne peut être traité que par le silence, afin notamment de ne pas affecter la cohérence même de la décision de justice. Or, troublant, l’argument l’était profondément : la société venderesse était « *spécialisée en transactions immobilières* ».

B – L’expertise comptable

381. – Solutions calquées sur la matière notariale par le prisme de la rédaction d’acte. A l’instar de l’avocat, voici que l’expert-comptable a hérité de tout ou presque du régime absolutiste de la matière notariale. Le portrait peut dès lors être dressé très succinctement : « *l’expert-comptable, qui accepte, dans l’exercice de ses activités juridiques accessoires, d’établir un acte de cession de droits sociaux pour le compte d’autrui, est tenu, en sa qualité de rédacteur, d’informer et d’éclairer de manière complète les parties sur les effets et*

¹⁴²⁸ Cass. 1^{re} civ., 7 juil. 1998, préc. ; l’expression est issue d’un chapeau interne, l’affirmation a sans nul doute, doublée d’une publication au Bulletin, valeur de principe. Il s’agissait, en outre, d’un professionnel de l’immobilier.

¹⁴²⁹ P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 juil. 1998, préc. (il est vrai que les faits étaient suffisamment obscurs et les compétences de ces commerçants un peu trop vagues pour qu’une solution inverse puisse être véritablement préconisée ici ; toutefois, l’absolutisme de la formulation, qui ne laisse place à aucune alternative, est hautement critiquable).

¹⁴³⁰ V. pour ce terme et sur ce point : P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1997, préc.

la portée de l'opération projetée » ; et il « n'est pas déchargé de cette obligation par les compétences personnelles de l'une des parties à l'acte qu'il dresse ou la présence à ses côtés d'un conseiller personnel »¹⁴³¹. Il s'agit là d'un principe récemment et solidement confirmé¹⁴³². La solution est critiquable, plus encore sûrement qu'à l'égard des professionnels précédemment étudiés.

382. – Solution concrètement peu souhaitable. Protection de fausses parties faibles. Au-delà de leur principe, les solutions sont concrètement peu souhaitables. Ainsi, certes, les juges du fond ne sont guère convaincants en retenant que « le choix du cessionnaire de confier la rédaction de l'acte à une société d'expertise-comptable et du cédant, de ne pas se faire assister » implique que « les parties ont délibérément décidé de ne recevoir qu'une information limitée sur les conséquences juridiques de la cession »¹⁴³³. Il n'en reste pas moins que la prétendue méprise sur les règles fiscales applicables à sa propre activité par un huissier de justice est difficile à soutenir, surtout lorsqu'il s'agit de dispositions comme « la règle d'annualité de la taxe professionnelle » ! La seconde décision citée¹⁴³⁴ retient un même manquement de l'expert comptable, sur le point de la persistance de garanties (cautionnements) en cas de cession de parts sociales (cession de contrôle). Il est expressément relevé que les cédants étaient particulièrement avertis, car dirigeants ou associés au sein d'autres sociétés ayant, au surplus, le même objet : curieuses parties faibles, encore. Il est ensuite tout aussi distinctement mentionné que l'expert comptable n'avait apparemment même pas connaissance de l'existence de ces garanties : il est donc logique qu'il ait manqué à un conseil sur ce point. Les solutions, pour autant, se désintéressent de ces considérations.

383. – L'expert comptable détective ? L'on a pu prétendre que l'expert comptable diligent est « débiteur d'une obligation positive d'investigation qui lui interdit de se prévaloir ultérieurement de son ignorance de la présence des cautionnements en cause. L'on peine à voir ici une sévérité excessive du juge tant il est vrai que le contexte plaidait en faveur d'une attitude plus dynamique du rédacteur d'acte. S'agissant de cession de contrôle, chacun sait que se rencontre fréquemment la problématique de la reprise, par le cessionnaire, des garanties souscrites par le cédant en faveur de la société »¹⁴³⁵. Certes, devant une telle fréquence, l'omission de toute référence à la problématique de la subsistance des cautionnements peut sembler fautive. Qu'en est-il toutefois du comportement des cédants ? L'on dirait ici qu'il s'agit bien davantage du contrat de l'expert comptable que du leur ! N'était-il éminemment pas de leur fait, devant leur apparente aptitude en la matière, d'au moins mentionner une telle question, de manifester une telle préoccupation, même vaguement ? Les compétences et le manque de diligence des cédants auraient donc dû, ici, être considérablement prises en compte.

384. – Solution d'autant plus critiquable, appliquée à l'expert comptable. Alors que les solutions précitées précisent que l'expert comptable agissait à titre accessoire, et donc occasionnel, l'on a pu dire

¹⁴³¹ Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004 (02-12.415) : Bull. civ. I, n° 256 ; Bull. Joly 2005, p. 221, note J.-F. Barbière ; D. 2004, p. 3193

¹⁴³² Dans les exacts mêmes termes (à l'exception de l'assistance d'un conseiller, mais la pérennité de cette solution ne fait strictement aucun doute, eu égard notamment au parallèle évident avec les autres domaines professionnels dont la solution s'inspire) : Cass. com., 4 déc. 2012 (11-27.454) : D. 2012, p. 2963 ; Bull. Joly 2013, p. 114, note J.-F. Barbière ; Rev. sociétés 2013, p. 279, obs. J.-J. Ansault ; Gaz. Pal. 2013, p. 17, note D. Houtcieff

¹⁴³³ Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004, préc.

¹⁴³⁴ Cass. com., 4 déc. 2012, préc.

¹⁴³⁵ J.-J. Ansault, obs. sous Cass. com., 4 déc. 2012, préc.

que la Haute Cour ne faisait ici, « *au fond, qu'appliquer le principe de bon sens qui veut qu'à une compétence s'attache une responsabilité* »¹⁴³⁶. De prime abord, ceci semble justifié. Il va de soi que la pratique de l'expertise comptable révèle d'intimes liens avec le droit et les professionnels du droit. Bien sûr, aussi, des considérations de nécessaire responsabilité du professionnel, ainsi que de sécurité juridique du client doivent être prises en compte. Pour autant, et après avoir vu le régime appliqué au devoir de conseil, il semble inadéquat de considérer qu'un praticien ainsi occasionnel puisse être tenu aussi parfaitement, de manière aussi absolue et rigoureuse, d'un devoir de conseil qu'un praticien comme le notaire. En effet, la responsabilité doit suivre la compétence. Or, personne n'ignore que s'entourer d'un expert comptable, ce n'est pas s'entourer d'un notaire. Le régime de responsabilité est pourtant identique. L'on retrouve en effet ici le même processus et les mêmes effets que toute démarche objective : des parties faiblement protégées face à des professionnels faussement puissants, du moins de manière irréfragable.

385. – Surtout quand le champ de la mission est limité contractuellement. La solution est d'autant plus critiquable, lorsque la mission de l'expert comptable est explicitement détaillée dans le contrat passé avec ses clients¹⁴³⁷ et, en l'occurrence, s'avère fort limitée. Ainsi, dans l'une des espèces précitées¹⁴³⁸, le contrat faisait apparaître que le rôle de l'expert comptable se limitait à établir les comptes annuels et à mettre en forme l'acte de cession des parts sociales en cause. La limitation du rôle de ce professionnel n'aurait donc aucune ainsi sur la rigueur de son conseil ? Cette critique est étayée d'autant que, si l'absolutisme du devoir de conseil de l'expert comptable n'est en rien éprouvé par l'aspect modique voire dérisoire de ses honoraires¹⁴³⁹, ceux-ci sont pourtant réductibles en fonction du service rendu¹⁴⁴⁰. L'argument de la « *géométrie variable* » usité pour réfuter toute prise en compte du caractère habituel ou (très) occasionnel¹⁴⁴¹ devient donc légitime, mais uniquement lorsqu'il s'agit d'accabler le professionnel. Ainsi, « *en considérant que la proportion entre les honoraires et le conseil ne s'exerce qu'au profit du client, la présente décision révèle la finalité essentiellement poursuivie par l'ensemble de ces décisions : la protection d'une partie supposée faible* »¹⁴⁴². Précisément : et il s'agirait donc très naturellement d'évincer cette protection lorsqu'il ressort manifestement que cette partie faible n'en est pas une.

¹⁴³⁶ J.-F. Barbiéri, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004, préc.

¹⁴³⁷ En effet, l'art. 151 du décret n° 2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expert-comptable impose que ceux-ci passent avec leur client « *un contrat écrit définissant leur mission et précisant les droits et obligations de chacune des parties* ». Quel intérêt, si ces précisions n'engendrent pas des obligations proportionnées aux missions prévues ?

¹⁴³⁸ Cass. com., 4 déc. 2012, préc.

¹⁴³⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2013 (12-18.515)

¹⁴⁴⁰ V. en ce sens D. Houtcieff, obs. sous Cass. com., 4 déc. 2012, préc.

¹⁴⁴¹ J.-J. Ansault, obs. préc.

¹⁴⁴² D. Houtcieff, obs. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

386. – Une justice contractuelle dérégulée. L'idéologie consumériste semble envahir la vision prétorienne du droit commun. Les conclusions auxquelles nous parvenons sont, au terme de ces développements, de deux ordres. D'une part, la justice contractuelle que poursuit l'ensemble jurisprudentiel de protection de la partie faible qui se fonde sur le droit commun est dérégulée. En effet, il semble que l'idéologie abstraite et dogmatique du droit de la consommation ait envahi l'acception prétorienne des relations contractuelles de droit commun, dès lors qu'est identifié un professionnel, à l'instar du notaire¹⁴⁴³. L'on sait désormais, pourtant, que cette influence n'a pas lieu d'être, puisque le droit de la consommation n'est pas un droit de protection du faible mais un droit du marché, qui le régule, et s'émancipe donc des considérations concrètes de faiblesse. Et c'est ici la transition vers le second point. En effet, d'autre part, ce dérèglement constitue l'indicateur d'une réalité très simple : les juges sont en quête d'une ligne directrice pour protéger convenablement le consentement de la partie faible. En l'absence d'une telle ligne, d'aucuns se laissent convaincre par la logique consumériste, tandis que d'autres restent profondément civilistes, ou encore statuent en pure opportunité. En définitive, la nécessité de créer un régime de protection du faible en droit commun, dûment précisé, apparaît à nouveau nettement.

¹⁴⁴³ Rementionnons ainsi les prescriptions de N. Rzepecki, qui relève que l'on « *ne peut pour autant parler d'un impact direct du droit de la consommation puisque les solutions adoptées n'ont jamais été propres au droit de la consommation, tout au plus d'une influence de l'esprit consumériste (...)* » (*Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, n° 767, p. 540).

CHAPITRE II

DES FONDEMENTS JURIDIQUES TRANSGRESSES

« Trop d'observateurs commettent l'erreur de confondre les contradictions internes, la précarité d'un régime avec la fatalité d'une évolution dans une direction déterminée ».

R. Aron¹⁴⁴⁴

387. – Plan. La résistance prétorienne se fondant sur le droit commun engendre parfois une protection de la partie faible. Mais celle-ci est identifiée de manière extrêmement incertaine, et elle n'en a ainsi souvent que le nom. Plus encore, cette résistance coûte cher au droit commun. Ses fondements sont transgressés. Et ce de telle sorte qu'une nuance peut être établie entre ceux, d'une part, qui se trouvent déformés (**Section I**) et ceux, d'autre part, qui, tellement enfreints, s'avèrent complètement dénaturés (**Section II**).

¹⁴⁴⁴ R. Aron, *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, 1965, p. 94

SECTION I : L'INVOCATION DE FONDEMENTS DEFORMES

388. – Plan. Les fondements touchés de plein fouet par la déformation à des fins de protection du faible par le droit commun sont, au point de vue informationnel, deux des quatre conditions de validité des conventions, *in fine*. C'est ainsi que la cause (§I) et les vices du consentement (§I) ont été tout à la fois les vecteurs et les cibles de ce mouvement¹⁴⁴⁵.

§I - Déformation de la cause

389. – Plan. La cause constitue indéniablement le fondement du droit des contrats qui a été le plus galvaudé à diverses fins, dont celle de protection du contractant prétendument faible, participant dès lors, pour certains, de ces « *notions à tout faire* »¹⁴⁴⁶. Cette évolution a été magistralement décrite, de très nombreuses fois. Il serait donc inutile et contre-productif de chercher à en produire une meilleure synthèse. Nous ne mentionnerons donc que l'essentiel, afin de recueillir la substance de ce mouvement et de la confronter à la problématique de la protection du faible. Ainsi commencerons-nous par ce que l'on appelle la subjectivation de la cause objective, illustration la plus étincelante de cette déformation de la cause à des fins de protection (A). Nous continuerons en mentionnant d'autres hypothèses, dans lesquelles la cause est bel et bien déformée, mais où la volonté de protection du faible est moins uniforme (B).

A – La subjectivation de la cause objective à des fins de justice contractuelle

390. – Plan. Le mouvement, désormais célèbre, dit de subjectivation de la cause (objective) peut être rattaché à un objectif prétorien de protection du consentement de la partie faible, autrement dit, de justice contractuelle¹⁴⁴⁷. La doctrine spécialiste a déjà montré en quoi ces constructions ne s'avéraient ni effectives, ni efficaces (portée limitée), en comparaison du droit protecteur consommériste dont elles s'inspirent¹⁴⁴⁸. Notre propos ne s'attachera pas à démontrer ceci, mais simplement à souligner la déformation de cette notion de droit commun, à dessein de protéger le faible. Ceci attestera encore une fois d'une mouvance subversive, dont l'enjeu est la partie faible. Celle-ci s'est concentrée sur l'éradication paradoxale, on va le voir, de certaines clauses, en l'occurrence les clauses limitatives de responsabilité (1) ; et plus classiquement, au moins au fond, de certains contrats (2).

¹⁴⁴⁵ Au point de vue informationnel, seulement. Puisque l'on sait que la capacité protège de l'exploitation d'une vulnérabilité physique et/ou mentale, tandis que l'objet a pu être usité pour des situations de domination économique.

¹⁴⁴⁶ Ph. Rémy, « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 113

¹⁴⁴⁷ V. not. sur cette question : J.-M. Guéguen, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999, p. 352 et s.

¹⁴⁴⁸ D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, p. 33 et s., spéc. p. 47 et s., nos 22 et s.

391. – Plan. Afin de démontrer en quoi le mouvement a eu pour volonté de protéger le faible, mais que la cause s'en est trouvée déformée (b), il faut d'abord étudier brièvement la substance de cette construction jurisprudentielle (a).

a – Substance de la construction jurisprudentielle

392. – Dans des contrats de transport. Ce mouvement¹⁴⁴⁹ débuta véritablement¹⁴⁵⁰ avec le célèbre arrêt *Chronopost* du 22 octobre 1996¹⁴⁵¹. Une société avait confié à Chronopost des plis importants, que cette dernière s'était engagée à livrer le lendemain de leur envoi avant midi. Le respect de cette obligation fit défaut, et la société de transport opposa une clause limitative restreignant l'indemnisation de retard au prix de la seule prestation. La Cour de cassation, de manière novatrice, considéra, sur le fondement de la cause, que ladite clause devait être réputée non-écrite¹⁴⁵². Les délais de livraison, courts et précis, constituaient la cause de l'engagement de la société. Partant, la stipulation limitant à l'excès la réparation de l'inobservation de cette obligation clef ne pouvait être admise¹⁴⁵³. Dans un autre arrêt *Chronopost* du 30 mai 2006¹⁴⁵⁴, une société avait confié à cette dernière deux montres, qui ont été égarées. Alors que la société Chronopost invoque la clause limitative de réparation contenue dans ses conditions générales, la Haute Cour tranche par la même solution¹⁴⁵⁵. Une solution similaire fut aussi rendue, à l'encontre d'un commissionnaire de transport qui n'avait jamais fait parvenir les marchandises, et qui avait également promis un délai très rapide¹⁴⁵⁶. Voilà que l'on « *parviendrait*,

¹⁴⁴⁹ Sur l'ensemble du mouvement, V. not. D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », D. 2008, p. 1776

¹⁴⁵⁰ D'importantes prémices existaient pour autant déjà depuis le début des années 1990, sanctionnant not. les clauses dites de « réclamation de la victime » en matière d'assurances, et les « dates de valeur » pratiquées par certaines banques. V. not. sur ce point J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, spéc. nos 164 et s., p. 157 et s. ; V. aussi Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. nos 265 et s., p. 324 et s. ; S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, *Economica*, 2006, nos 408 et s., p. 204 et s. ; Adde F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 342, p. 360 ; et pour d'autres prémices, plus anciennes et embryonnaires, V. not. J. Rochfeld, th. préc., spéc. n° 484, p. 439-441

¹⁴⁵¹ Cass. com., 22 oct. 1996 (93-18.632) : D. 1997, p. 121, note A. Sériaux ; *ibid.*, p. 145, obs. Ch. Larroumet ; *ibid.*, p. 175, obs. Ph. Delebecq ; RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. Mestre ; RTD civ. 1998, p. 213, obs. N. Molfessis ; RTD com. 1997, p. 319, obs. B. Bouloc ; CCC 1997, n° 24, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; JCP G 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan ; *ibid.*, 4025, obs. G. Viney *ibid.*, II, 22881, obs. D. Cohen ; Adde not. sur cette affaire et ses implications bien connues, S. Gaudemet, th. préc., nos 422 et s., p. 211 et s.

¹⁴⁵² « *le spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* ».

¹⁴⁵³ V. not. Ph. Delebecq, note sous Cass. com., 22 oct. 1996, préc. (et not. : « *seulement, dès l'instant que la « maîtrise du temps » est entrée dans le champ contractuel, les délais sont devenus impératifs et il ne saurait être question de ne pas les respecter. La stricte observation des délais est la raison d'être du contrat ; c'est sa cause. En conséquence, toutes les clauses qui ne convergent pas vers ce résultat, ne correspondent pas à la volonté commune des parties ni, plus précisément, à l'opération qu'elles ont envisagée ; elles doivent donc être écartées* »).

¹⁴⁵⁴ Cass. com., 30 mai 2006 (04-14.974) : Bull. civ. IV, n° 132 ; D. 2006, p. 2288, note D. Mazeaud ; *ibid.*, p. 1599, obs. X. Delpéch ; *ibid.*, p. 2646, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 2007, p. 115, obs. H. Kenfack ; Gaz. Pal. 2006, p. 2589, note Y. Dagorne-Labbe ; CCC 2006, n° 183, note L. Leveneur ; RDC 2006, p. 1075, obs. Y.-M. Laithier ; *ibid.*, p. 1224, obs. S. Carval ; RTD civ. 2006, p. 773, obs. P. Jourdain

¹⁴⁵⁵ Il fallait en effet rechercher « *si la clause limitative d'indemnisation dont se prévalait la société Chronopost, ne devait pas être réputée non écrite par l'effet d'un manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat* ».

¹⁴⁵⁶ Cass. com., 5 juin 2007 (06-14.832) : D. 2007, p. 1720, obs. X. Delpéch ; *ibid.*, p. 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2007, p. 567, obs. B. Fages ; RTD com. 2008, p. 174, obs. B. Bouloc ; CCE 2007, n° 151, obs. Ph. Stoffel-Munck ; JCP G 2007, II, 10145, obs. D. Houtcief ; RDC 2007, p. 1121, obs. D. Mazeaud ; *ibid.*, p. 1144, obs. S. Carval (solution toujours fondée sur le « *manquement de celle-ci à une obligation essentielle permettant de réputer non écrite la clause limitative*

aujourd'hui, à un jugement de la structure contractuelle elle-même, relatif à l'intensité de la promesse de contrepartie »¹⁴⁵⁷. Dans le même temps, une saga allant dans le même sens débutait¹⁴⁵⁸.

393. – Dans des contrats d'équipement. Ce mouvement est celui de la fameuse affaire *Faurecia*. Ainsi, la société qui n'avait pas livré le logiciel promis à une autre se voyait refuser la mise en œuvre de la clause limitative de responsabilité par la Cour de cassation¹⁴⁵⁹, étant donné « le manquement à une obligation essentielle »¹⁴⁶⁰. L'on constata ensuite un infléchissement des conditions de mise en œuvre de cette règle, mais elle fut néanmoins maintenue, toujours sur le fondement de la cause¹⁴⁶¹. Seules sont désormais écartées les clauses limitatives de réparation qui « contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur », que la négociation et le caractère raisonnable ou non (contrepartie et répartition du risque, notamment) permettent d'apprécier¹⁴⁶².

b – Déformation de la cause à dessein de protéger la partie faible

394. – 1° Une volonté de protéger une partie faible. Que l'idée qui sous-tend ce mouvement soit de protéger une partie jugée faible ne fait en réalité guère de doutes. On le perçoit déjà, à l'aune du souci de cohérence contractuelle que traduit cette construction¹⁴⁶³. En effet, le fait de reprendre d'une main ce que l'on concéda de l'autre est encore plus critiquable lorsque l'une des parties a subi la clause qui véhicule cette contradiction. Il s'agit bien, alors, de libérer un contractant d'une clause qui faisait peser sur lui un poids considéré comme intolérable et injustifié, et qui n'avait pu, du moins aux yeux des juges, qu'être insérée puis subie à son insu.

395. – Vérification : transposition du mécanisme consumériste des clauses abusives. A l'heure où le critère de la compétence professionnelle était abandonné au profit du rapport direct (qui allait précariser fortement la situation des professionnels agissant pourtant comme des consommateurs, et notamment en matière de clauses abusives¹⁴⁶⁴), ce mouvement débutait curieusement. Sans le dire, il

d'indemnisation »).

¹⁴⁵⁷ J. Rochfeld, th. préc., n° 483, p. 439

¹⁴⁵⁸ En détails sur les prolongements de l'arrêt Chronopost, V. not. J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, nos 293 et s., p. 204 et s.

¹⁴⁵⁹ Cass. com., 13 févr. 2007 (05-17.407) : D. 2007, p. 654, obs. X. Delpech ; ibid., p. 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2007, p. 567, obs. B. Fages ; Defrénois 2007, p. 1042, obs. R. Libchaber ; JCP G 2007, I, 185, obs. Ph. Stoffel-Munck ; ibid., II, 10063, obs. Y.-M. Serinet ; RDC 2007, p. 707, obs. D. Mazeaud ; ibid., p. 746, obs. S. Carval

¹⁴⁶⁰ « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait, d'abord, constaté que la société Oracle s'était engagée à livrer la version V 12 du progiciel, objectif final des contrats passés en septembre 1999 et qu'elle n'avait exécuté cette obligation de livraison ni en 1999 ni plus tard sans justifier d'un cas de force majeure, puis relevé qu'il n'avait jamais été convenu d'un autre déploiement que celui de la version V 12, ce dont il résulte un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁴⁶¹ V. déjà Cass. com., 9 juin 2009 (08-10.350), RDC 2009, p. 1359, obs. D. Mazeaud. V. surtout Cass. com., 29 juin 2010 (09-11.841) : Bull. civ. IV, n° 115 ; D. 2010, p. 1707, note X. Delpech ; ibid., p. 1832, note D. Mazeaud ; JCP G 2010, 787, note D. Houtcieff ; JCP G 2011, 63, obs. J. Ghestin ; CCC 2010, n° 220, obs. L. Leveneur ; CCE 2010, n° 99, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier ; ibid., p. 1253, obs. O. Deshayes ; RTD civ. 2010, p. 555, note B. Fages

¹⁴⁶² V. not. sur ces questions de mise en œuvre de la règle D. Mazeaud, obs. sous Cass. com., 29 juin 2010, préc., spéc. nos 8 et s.

¹⁴⁶³ V. not. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I, PUAM, 2001, nos 401 et s., p. 340 et s. (l'obligation essentielle, en tant qu'elle mène à écarter comme dans l'arrêt Chronopost des clauses contraires au socle de la convention, est conçue comme le bras armé d'« une cohérence minimale du contrat » (ibid., n° 401, p. 340), d'une « cohérence nécessaire » (ibid., n° 411, p. 350)). V. aussi en ce sens D. Mazeaud, obs. préc., spéc. n° 5 ; Adde D. Houtcieff, note sous Cass. com., 29 juin 2010, préc.

¹⁴⁶⁴ V. supra nos 61 et s.

apparaissait pour autant clair que l'on entendait sauver certains contractants d'une situation injuste, par une déclinaison du mécanisme consumériste des clauses abusives¹⁴⁶⁵. Pour s'en convaincre, observons que la sanction est calquée sur celle du droit de la consommation : la clause est « *réputée non-écrite* »¹⁴⁶⁶. En outre, les clauses limitatives sont expressément incluses dans le champ d'application de la protection consumériste contre les clauses abusives¹⁴⁶⁷. La volonté de protection transparaît donc clairement¹⁴⁶⁸.

396. – Protection du faible au point de vue informationnel (renvoi) ? Il s'agissait, nous semble-t-il, de protéger non seulement des parties faibles, mais des parties faibles au point de vue informationnel. En effet, nous considérons que le mécanisme des clauses abusives cache, sous ses airs de proportionnalisation des obligations, une mission de correction des asymétries informationnelles¹⁴⁶⁹. D'ailleurs, dans ces hypothèses, l'on voit bien que le problème de la limitation des indemnités n'a guère à voir avec une quelconque idée de proportionnalité ou de lésion : l'on sanctionne une stipulation contractuelle improbablement acceptée puisqu'intolérable, bien plutôt que l'on ne rétablit l'équilibre contractuel économique des obligations.

397. – Plus loin : de véritables parties faibles ? L'on doit bien concéder qu'il peut exister des doutes sur le fait que les contractants protégés par ce mouvement étaient de véritables parties faibles. D'une part, en effet, ceux-ci étaient pour l'essentiel des sociétés commerciales. Si l'on a démontré qu'un absolutisme rigide n'était pas approprié, même à leur égard¹⁴⁷⁰, nous avons concédé qu'elles constituaient presque toujours, effectivement, des parties averties. D'autre part, alors que les premiers arrêts sanctionnaient une clause issue d'un contrat d'adhésion, et donc une prestation non négociée et impersonnelle (et donc à risque pour tout contractant), certains s'attaquaient à une clause « *ayant fait l'objet d'une négociation individuelle car au cœur de l'équilibre et de l'économie d'un contrat portant sur une prestation complexe et individualisée (le développement d'une solution informatique)* »¹⁴⁷¹. Or, il est vrai qu'une telle hypothèse rend assez improbable une asymétrie informationnelle légitime au détriment de la société commerciale concernée.

398. – Mais le doute n'est pas décisif pour la pertinence du propos. Mais tout ceci n'enlève rien à la pertinence du propos. En effet, constater la volonté de protéger des parties faibles, et constater que de véritables parties faibles furent protégées par ce mouvement sont deux choses différentes. Cet ensemble vise bien à protéger des parties faibles, en dépit d'un droit commun inapproprié. Que cette logique manque d'une politique juste et claire ne s'oppose pas à notre propos, mais l'alimente, au contraire : un

¹⁴⁶⁵ V. not. J. Ghestin, op. cit., spéc. n° 270, p. 186 (jugeant « *incontestable* » le rapprochement avec le mécanisme consumériste des clauses abusives). V. aussi Ch. Goldie-Genicon, qui parle clairement, à l'égard de ce mouvement, de « *L'influence du régime des clauses abusives sur la notion de cause* » (th. préc., nos 265 et s., p. 324). *Adde*, par ex., en ce sens J. Mestre, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, spéc. p. 686

¹⁴⁶⁶ V. l'art. L. 132-1 C. consom.

¹⁴⁶⁷ V. l'art. R.132-1 C. consom., prévoit ainsi qu'est abusive « *la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* ».

¹⁴⁶⁸ V. not. en ce sens D. Houtcieff, note préc. (et not. : l'obligation essentielle « *est trop souvent opportunément découverte par un juge désireux de protéger une partie supposément faible des effets d'une clause prétendument excessive* »).

¹⁴⁶⁹ V. sur ce point *infra* nos 886 et s.

¹⁴⁷⁰ V. *supra* n° 162 et s.

¹⁴⁷¹ B. Fages, note sous Cass. com., 29 juin 2010, préc. (en l'occurrence, il s'agissait du premier arrêt Faurecia, entre la société d'équipement automobile et la société d'informatique).

régime de protection du faible en droit commun est en effet d'autant plus nécessaire à l'aune de ce constat.

399. – 2° Pas une simple évolution : une déformation de la cause¹⁴⁷². Le mouvement n'est guère souhaitable, car il déforme la notion de cause, bien davantage qu'il ne l'élève. En tentant de s'enrichir d'une protection d'obédience moderne (consumentariste) sans en avoir véritablement les moyens, le droit commun, en l'occurrence la cause, est déformé par la jurisprudence. D'aucuns parlèrent de « bavure »¹⁴⁷³, à l'endroit du premier arrêt *Chronopost*. Nous sommes d'avis, à tout le moins, qu'il s'agit là plus d'une résistance que d'une évolution saine¹⁴⁷⁴. Nous ne pensons pas qu'une solution, au demeurant incertainement juste, doit être atteinte par tous les moyens : la fin ne doit pas toujours les justifier, surtout en droit¹⁴⁷⁵. Et la cause n'est pas faite pour le rôle que lui affuble ce mouvement : c'est qu'être une « bonne à tout faire »¹⁴⁷⁶, un « couteau suisse »¹⁴⁷⁷, ne rend pas légitime¹⁴⁷⁸. Le *déguisement* n'est qu'une fiction¹⁴⁷⁹. Observons.

¹⁴⁷² Pour certaines études célèbres et fondamentales sur la cause, V. not. H. Capitant, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923 ; L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, Dalloz, 2006 (rééd. 1928) ; J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. Toulouse, 1920 ; et du même auteur, avec le recul : « Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence », RIDC 1951, p. 485 et s. ; T. Ionasco, *L'évolution de la notion de cause dans les actes à titre onéreux*, th. Paris, 1923 ; Plus récemment, V. not. R. Martin, « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », JCP G 1983, I, 3100 ; Ph. Reigné, *La notion de cause efficiente en droit privé français*, th. Paris II, 1993 ; J.-M. Guéguen, art. préc. ; J. Rochfeld, th. préc. ; J. Ghestin, « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », JCP G 2006, I, 194 ; et du même auteur, bien sûr, l'œuvre magistrale consacrée à la cause *Cause de l'engagement et validité du contrat*, préc. ; Adde X. Lagarde, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007, p. 740 et s. ; F. Chénéde, « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats, l'apport du droit administratif », CCC 2008, n° 11 ; E. Cheveau, « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », RDC 2013, p. 11 et s. ; D. Mazeaud, « La cause, une notion dans le vent », D. 2013, p. 2254 et s.

¹⁴⁷³ Ch. Larroumet, obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, préc., n° 3

¹⁴⁷⁴ V. not. les propos percutants de F. Chénéde, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^e partie) », RDC 2012, spéc. p. 1034, n° 20 (et not. : « Nous nous contenterons seulement de rappeler que ces décisions s'appuient sur une vision déformée de la cause de l'article 1131 du Code civil. Il est vrai que certains auteurs ont préféré y voir, au moins dans un premier temps, un « renouveau » de la notion. C'était pourtant négliger que loin d'aller dans le sens d'un affermissement de la théorie, ces évolutions ne faisaient que l'obscurcir en la privant de toute cohérence. Sous couvert de renouveau, c'était bien la ruine de la cause qui s'annonçait à l'horizon. Ces mêmes auteurs en prennent aujourd'hui conscience en regrettant l'extrême complexité de la théorie contemporaine de la cause. Toutefois, et c'est là le comble de l'histoire, au lieu de plaider pour l'abandon des déformations qu'ils encourageaient hier, ils préfèrent désormais solliciter la disparition de la cause elle-même, devenue, en partie de leur fait, trop complexe... »).

¹⁴⁷⁵ Bien sûr nous nous réjouissons d'une telle solution, en ce qu'elle tend vers l'objectif de protection. La déformation de la cause en résultant présente en ce sens les charmes d'une évolution séduisante : V. sur ce point D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, spéc. p. 109, n° 23-2, affirmant not. que « si l'on fait abstraction des lamentations des tenants de l'immobilisme et des imprécations des chantres de la liberté contractuelle, on percevra l'importance de cette jurisprudence néocausaliste » ; et qu'« il est clair, en effet, que la Cour de cassation s'efforce d'assurer un équilibre contractuel minimum en matière contractuelle et qu'elle sollicite entr'autres, à défaut de pouvoir utiliser le droit de la consommation, la notion de cause qui se mue progressivement en instrument de contrôle de l'utilité, de l'intérêt du contrat en considération desquels le contractant s'est engagé ».

¹⁴⁷⁶ V. not. pour l'expression F. Rome, « La cause à l'arrêt ! » (édito), D. 2013, p. 1201

¹⁴⁷⁷ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. II, *L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 564, p. 390

¹⁴⁷⁸ V. not. en ce sens, par le prisme de l'idée d'hétérogénéité théorique de la cause : X. Lagarde, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », préc., spéc. p. 744, n° 10 (et not. « En un mot, une notion ou une théorie ne sont réellement opératoires que si elles sont placées au service d'une ambition ou au cœur d'un conflit, l'un et l'autre clairement identifiés. Tel n'est assurément pas le cas de la cause. Tantôt, comme l'erreur, elle est utilisée pour arbitrer le conflit entre une partie déçue par le contrat et une autre qui, justement, tente encore d'en tirer avantage. Tantôt, elle s'inscrit dans une perspective bien plus générale et remplit alors pour principal office d'assurer le respect de règles impératives. En marge de ces deux premières fonctionnalités, elle est un outil de police contractuelle et permet l'élimination de clauses abusives. Plus marginalement encore, elle peut être un substitut de la théorie de l'imprévision. On voit mal où pourrait être le principe fédérateur »).

¹⁴⁷⁹ *Rappr.* G. Morin, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », in *Arch. phil. dr.* 1940, t. X, p. 7 : le tout participerait ainsi, selon nous, de ce « procédé technique si souvent mis au service » des transformations, « à savoir le déguisement de l'ordre nouveau sous le manteau de l'ordre établi, le rattachement des solutions nouvelles à des concepts anciens que l'on respecte en apparence, tout en altérant systématiquement leur contenu ».

400. – Déformation de la cause en tant que telle (recours au prisme inutile de l'obligation essentielle). L'obligation essentielle n'existe pas dans le Code civil. Elle est une pure création jurisprudentielle, au cœur, en l'occurrence, de l'ensemble des arrêts qui forment la construction que nous avons décrite. En perspective, ces mêmes arrêts sont tous fondés sur la cause¹⁴⁸⁰, en l'occurrence l'article 1131 du Code civil¹⁴⁸¹, classiquement présenté comme abritant l'acception objective de la notion. Le parallèle est aisé : voilà que se profile l'explication de l'obligation essentielle. Trois brèves remarques, au moins, forment la critique et indiquent une déformation. D'abord, il est regrettable d'invoquer une notion si peu claire pour la rapprocher de l'absence de cause : le dessein est atteint (protection), mais il est improbable que ses bénéfiques compensent l'insécurité juridique générée¹⁴⁸². Ensuite, sur la technique même, l'on voit que la Haute Cour a procédé à une création destinée à constituer un voile utile, dans le dessein de ne pas présenter ces solutions comme une application (et partant, une distorsion) brutale de la notion de cause¹⁴⁸³. Car, peut-être la clause limite-t-elle la *portée de l'engagement pris* : or, « *Le raisonnement de la Chambre commerciale est faux. Ce n'est pas parce que la responsabilité de Chronopost est limitée au montant du prix perçu que le cocontractant s'est engagé sans contrepartie ou sans une contrepartie suffisante* »¹⁴⁸⁴. Autrement dit, ce n'est pas parce que la clause limitait, même largement, la portée de l'engagement que cet engagement n'existait pas : ce n'est pas parce que la réparation d'un manquement à l'obligation essentielle était très limitée, que la clause qui la prévoyait dispensait Chronopost de ses obligations. La position inverse tend à confondre efficacité de la sanction et existence de l'obligation. L'on n'imaginerait guère prétendre que l'infraction pénale n'existe pas, du simple fait que la peine encourue est insuffisante... Le fondement de la cause, que le recours à l'obligation essentielle masque à peine, est donc inexact, suggérant une déformation. Qualifiée de simple « *modalité particulière* » de la décision dont la clef reste la cause¹⁴⁸⁵, la question de son utilité laisse songeur. A notre sens, « *Le recours à l'obligation essentielle est ici un détournement plutôt qu'un raccourci* »¹⁴⁸⁶.

401. – Déformation de la cause objective (contrôlée subjectivement). L'on sait bien, depuis Capitant, Maury mais surtout Josserand, que la cause revêt deux acceptions, dédiées à deux fonctions : objective (existence d'une contrepartie), subjective (licéité et moralité). La plus classique d'entre elles, la première, est classiquement rattachée, comment on vient de le mentionner, aux prescriptions de l'article 1131 du Code civil. Or, les affaires précitées, en se fondant sur une telle disposition, soulèvent

¹⁴⁸⁰ L'arrêt du 29 juin 2010 ne vise pas, certes, l'art. 1131. Est-ce à dire que la cause n'en serait pas le fondement, prenant ainsi le contrepied des autres décisions citées ? Rien n'est moins sûr (V. en ce sens J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit., spéc. n° 748, p. 501). Tout d'abord il s'agit d'un arrêt de rejet, par où l'on sait que le visa n'est pas impératif. Par ailleurs, l'arrêt, en ne se prononçant pas sur le fondement, admet tacitement celui qui était retenu au moyen concerné, en l'occurrence l'article 1131. Enfin, il faut se souvenir que ce même article fondait la décision du 13 févr. 2007, première décision de cassation rendue dans cette même affaire.

¹⁴⁸¹ Au terme duquel « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

¹⁴⁸² V. not. D. Houtcieff, note sous Cass. com., 29 juin 2010, préc., qui évoque une notion « *vaporeuse et incertaine* », *ectoplasmique* (« *À l'instar de son ectoplasmie (...)* »), d'« *invocation plus incantatoire qu'explicative* »).

¹⁴⁸³ *Rappr.* D. Houtcieff (note sous Cass. com., 29 juin 2010, préc.), relevant qu'« *À l'instar de son ectoplasmie, l'épuisement de l'obligation essentielle s'explique largement par le fait qu'elle n'a jamais été que le cheval de Troie d'autres mécanismes. Elle fut ainsi le poste avancé de la cause (...)* ». Au vrai, il y a là un double artifice, car l'obligation essentielle est aussi, un « *voile pudique de la cohérence contractuelle* » (D. Houtcieff, obs. sous Cass. com., 5 juin 2007, préc.), un « *trompe-l'œil* » « *aussi insaisissable qu'inutile* » pour évoquer la cohérence, à l'instar précisément de ce que nous venons d'évoquer à l'endroit de la cause (ibid.) : « *Tout se passe comme si l'obligation essentielle était l'excroissance de la cause (...)* » (ibid.).

¹⁴⁸⁴ Ch. Larroumet, obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, préc., n° 3

¹⁴⁸⁵ J. Ghestin, op. cit., n° 292, p. 204

¹⁴⁸⁶ D. Houtcieff, obs. sous Cass. com., 5 juin 2007, préc.

immanquablement la question de l'existence de la cause. Pourtant, celle-ci semble analysée subjectivement, ce qui justifie que l'on ait parlé à cet égard de « *subjectivisation* »¹⁴⁸⁷ de la cause objective, ou de « *subjectivisation de l'absence de cause* »¹⁴⁸⁸. En effet, sans s'arrêter à l'appréciation abstraite de l'existence d'une contrepartie, la Cour de cassation s'est livrée à une analyse concrète de la fin poursuivie par les parties, de l'utilité qu'elles ont légitimement attendue de l'opération contractuelle. En un mot, l'existence tangible (objective) ne suffirait plus, voilà qu'elle devrait, aussi, correspondre à l'intérêt spécifique envisagé par les parties (subjectif)¹⁴⁸⁹. Or, « *la cause ne correspond pas à la notion d'intérêt. Si la clause déséquilibrait substantiellement le contrat, elle ne privait pas à proprement parler l'obligation du client de cause* »¹⁴⁹⁰. Cette interprétation tranche donc avec les principes de l'article 1131 du Code civil. Il existait bien une cause à chacune des obligations des parties, au sens de cet article¹⁴⁹¹ : pour reprendre l'exemple de l'arrêt *Chronopost*, le paiement du prix pour cette société, l'acheminement du pli pour la société cliente¹⁴⁹². A l'instar du recours contestable à l'obligation essentielle, cette voie comporte un risque d'insécurité juridique, car les décisions sont en trop faible nombre, et concernent des cas trop particuliers, pour élaborer une solide théorisation de cette fonction de justice contractuelle. Le constat d'un mouvement erratique abonde dans le sens d'une série de déformations nécessaires, d'opportunité, sans être pour autant légitimes, *de lege ferenda*. Il y avait là, nous semble-t-il, bien davantage à appliquer les dispositions qui intéressent les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires¹⁴⁹³. Plus encore, il y avait là une affaire typique de clause abusive : par où l'on voit bien quel était le but, et quels moyens manquaient.

¹⁴⁸⁷ V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 342, p. 360-363, et not. : « *Le glissement par rapport à la conception traditionnelle de la cause est certain. Permettant la prise en compte des enjeux économiques propres à chaque contractant, cette analyse substituée à l'appréciation abstraite de la prestation contrepartie, une analyse concrète de l'utilité et de l'équilibre des obligations contractuelles. D'où une certaine subjectivisation de la cause* »).

¹⁴⁸⁸ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit., spéc. n° 574, p. 400

¹⁴⁸⁹ Reprenons *Chronopost*. Pour être tout à fait rigoureux, il faut préciser que la Haute Cour ne donne pas explicitement raison au pourvoi qui soulignait l'importance du respect de la célérité de Chronopost pour son client (aspect subjectif de la cause objective). En effet, elle se contente d'affirmer que « *le spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheveau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* ». L'on ne peut pas dire pour autant, à lire cette motivation, que les juges aient entendu tuer dans l'œuf la subjectivation de la cause : l'on connaît les liens entretenus par les motivations dites d'espèce, l'emploi de l'imparfait, et la dénomination spécifique des parties... La motivation semblerait avoir été tout autre si, véritablement, la subjectivation de la cause objective était une pure vue de l'esprit, et que l'arrêt avait entendu ne pas du tout faire écho aux prétentions du pourvoi.

¹⁴⁹⁰ S. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n° 471, p. 496-497 ; V. aussi Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 624, p. 313-314

¹⁴⁹¹ V. not. en ce sens (déformation) : D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I, PUAM, 2001, spéc. nos 490 et s., p. 413 et s. ; V. aussi A. Sériaux, note sous Cass. com., 22 oct. 1996, préc., spéc. n° 6 ; S. Bros et Ch. Larroumet, op. cit., n° 471, p. 496-497 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 342, p. 361-362 *Rappr.* J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999, spéc. n° 485, p. 441, affirmant not. que « *la remise en cause de la contrepartie, opérée par les clauses relatives à la responsabilité, n'est pas directe. A la différence des clauses allégeant les obligations, c'est par un détour que celles-ci atteignent la cause. (...) la contrepartie est bien prévue, mais le contractant peut ne pas la fournir en raison d'une contrainte inexistante, du fait de son irresponsabilité. Invoquer l'absence de cause, ici, revient donc à postuler son assimilation à la contrepartie non contraignante, potestative. Or, cette assimilation peut être nuancée (...)*. En substance, parce que les clauses limitatives « *ne font pas, en effet, disparaître ab initio la contrainte, et ne rendent pas la contrepartie potestative* » (ibid., n° 486, p. 442).

¹⁴⁹² V. *contra* J. Ghestin, op. cit., spéc. nos 277 et s., p. 191 et s. (l'auteur reproche aux critiques adressées à la solution sur ce point de se méprendre. La cause ne serait vue que comme l'existence d'une obligation corrélative, tandis qu'elle ne se limiterait nullement à cela, mais s'étendrait à l'existence de la contrepartie convenue, « *ce qui n'est pas du tout la même chose. Dans l'espèce, la fiabilité et la célérité du service étaient garanties, c'est-à-dire qu'il ne s'agissait nullement de mobiles personnels, mais bien de la contrepartie convenue, dont le caractère illusoire caractérise, en droit positif, une absence de cause* »). Mais c'est encore considérer comme des synonymes, d'une part, l'importance de la sanction de l'inexécution, et d'autre part, l'effet obligatoire, l'existence, de la contrepartie convenue. L'on ne peut confondre, à notre point de vue, l'inefficacité (ou l'ineffectivité) d'une chose avec le principe même de son existence : cela est différent de ne prévoir aucune contrepartie, et d'en prévoir une dont on a cherché avec malice, certes, à limiter les effets en cas de manquement.

¹⁴⁹³ Comme le suggère not. M. Fabre-Magnan dans ses obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996, préc., spéc. n° 5

402. – Déformation de la sanction (clause réputée non-écrite). La cause est également déformée au point de vue de la sanction. En effet, la cause est une condition de validité du contrat, et son absence est donc nécessairement, en principe, sanctionnée par la nullité du contrat. Or, dans ces affaires, seule la clause jugée problématique est réputée non écrite¹⁴⁹⁴. La piste de la déformation semble confortée, si l'on s'interroge sur l'inéluctabilité d'une telle position pour parvenir à protéger la partie faible. En effet, en faisant jouer à la cause le rôle de mécanisme anti-clauses abusives, le juge se proposait nécessairement de la déformer en admettant une nullité seulement partielle. Mais retenir à ce stade une nullité classique aurait davantage desservi la partie faible qu'elle ne l'aurait protégée : l'effet eût été le même qu'en cas d'application pure et simple de la clause litigieuse¹⁴⁹⁵. Cet esprit de contrainte abonde sans doute dans le sens d'une solution guère orthodoxe. Même ! Il est sérieusement loisible de s'interroger sur le caractère partiel de la nullité, lorsqu'est martelée la condition (d'ailleurs purement créée par le juge) de contradiction avec l'obligation *essentielle*. N'est-ce pas précisément en de tels cas que la sanction du non-écrit n'a plus lieu d'être¹⁴⁹⁶ ?

403. – Déformation de moment de l'appréciation de la cause (en cours d'exécution du contrat). Déformation de la cause enfin, parce qu'elle ne doit normalement s'apprécier qu'au seul stade de la formation du contrat, cristallisant l'une de ses conditions¹⁴⁹⁷. En effet, les articles 1131 à 1133 du Code civil ne sont-ils pas placés dans le chapitre II du livre III, titre III, consacré aux « *conditions essentielles pour la validité des conventions* » ? Or, dans les espèces citées, la cause apparaît nettement appréciée en cours d'exécution du contrat.

404. – Nuance. Une fausse déformation (renvoi partiel) ? Pour être tout à fait honnête, le propos peut être nuancé sur cette question. En effet, l'on peut penser, pour reprendre l'affaire *Chronopost*, que c'est dès la formation du contrat que le caractère dérisoire de l'indemnisation due en vertu de la clause limitative de responsabilité devait s'apprécier, même si le détonateur de cette démarche est un fait intervenu pendant l'exécution du contrat. L'inexécution contractuelle ne serait ainsi que l'élément déclencheur de la saisine des juges, bien moins que le repère servant à apprécier la cause. Elle ne serait ainsi guère déformée¹⁴⁹⁸. Par ailleurs, les célèbres travaux de Capitant avaient déjà mis en lumière une

¹⁴⁹⁴ V. not. en ce sens (déformation de la sanction) J.-P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt *Chronopost* (Cass. com., 22 oct. 1996) », JCP G 1998, I, 152, spéc. nos 10 et 11

¹⁴⁹⁵ V. not. en ce sens J. Ghestin, op. cit., spéc. nos 269-270, p. 184-185. En effet, déclarer la clause *abusive* induisait, de manière complémentaire, que l'on puisse traiter cette clause exclusivement. Dans le cas contraire, l'annulation du contrat aurait conduit au même résultat que si la clause litigieuse avait trouvé effet. Le client aurait récupéré ses plis et se serait vu restituer la somme versée à *Chronopost* pour le transport, à l'instar des prévisions de la clause limitative, solution évidemment peu satisfaisante. En l'absence de moyens appropriés, le droit commun est donc instrumentalisé et déformé pour servir une protection de la partie faible.

¹⁴⁹⁶ V. en ce sens A. Sériaux, note sous Cass. com., 22 oct. 1996, préc., spéc. n° 7. *Rappr.* de nos dév. consacrés aux clauses abusives, où l'on distingue nettement que la sanction doit exceptionnellement affecter le contrat entier lorsque la clause concernée est trop importante pour que ledit contrat subsiste sans elle (V. *infra* nos 1070 et s.).

¹⁴⁹⁷ V. not. en ce sens et classiquement : Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1974 (72-13.117) : Bull. civ. I, n° 311 ; JCP G 1975, II, 18109, note J. Calais-Auloy ; Cass. 3^e civ., 17 juil. 1996 (93-19.432) : Bull. civ. III, n° 193 ; Defrénois 1996, p. 1357, obs. Ph. Delebecque ; Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008 (06-19.753) : Bull. civ. I, n° 174 ; D. 2008, p. 1825, obs. X. Delpéch ; *ibid.*, p. 2363, obs. C. Creton ; JCP G 2008, II, 10150, note A. Constantin ; Gaz. Pal. 2008, p. 3398, obs. S. Piedelièvre ; CCC 2008, n° 255, obs. L. Leveneur ; RDC 2008, p. 1129, obs. Y.-M. Laithier ; Cass. 3^e civ., 10 mars 2009 (08-12.285). La jurisprudence n'admet normalement la prise en compte d'éléments ultérieurs que pour déterminer quelle était la cause au moment du contrat. Une doctrine majoritaire corrobore une telle solution (V. not. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 266, p. 270).

¹⁴⁹⁸ C'est d'ailleurs peu ou prou le point de vue que nous adopterons, en démontrant que les clauses abusives sont réputées

telle possibilité, la cause étant alors conçue non seulement comme la simple existence de l'obligation du cocontractant, mais aussi comme l'obtention de l'exécution de cette obligation. Dès lors, le manquement à l'obligation essentielle que constitue la clause limitative justifierait une sanction sur le fondement de la cause. Cette idée précise sera développée davantage lorsque sera étudiée la disparition de la cause¹⁴⁹⁹. Nous resterons convaincus qu'il y a là une déformation, motivée, forcée, par la nécessité de protéger une partie considérée (à tort ou à raison) comme faible.

405. – Critique supplémentaire : la portée de la solution dépasse, du moins par sa formulation, les seules parties faibles. Avec M. Chazal, il faut bien reconnaître qu'une telle solution (ceci est transposable à l'ensemble du mouvement jurisprudentiel) « *pêche par un excès de généralité* »¹⁵⁰⁰. En effet, si nous sommes d'avis que les juges ont été déterminés à trancher de la sorte par référence (correcte ou erronée, d'ailleurs) à la faiblesse d'une partie, la formulation de la solution est trop large, en ce qu'elle semble pouvoir être applicable à tout type de contractant. Or, bien évidemment, nous ne souscrivons pas à une telle amplitude : seule la partie faible doit être encadrée par une protection spéciale, en l'occurrence les clauses abusives¹⁵⁰¹. Le principe doit rester l'égalité présumée : la caractérisation d'une partie faible est une exception, tout à la fois indispensable et suffisante.

406. – Brèves remarques sur les limites raisonnables de la cause, et perspective de sa disparition (réforme). Il y a là un espace disponible pour la création d'un mécanisme adapté : la cause ne peut être exploitée de la sorte. Elle doit être recentrée sur son véritable terrain d'élection. Il faut relire, avec intérêt, les célèbres critiques de Planiol à l'égard de la cause : non pas pour les faire revenir sur le devant de la scène, mais pour nuancer le formidable potentiel qu'on a tendance à prêter de nos jours à la notion de cause, peut-être trop ambitieux¹⁵⁰². Si bien, d'ailleurs, qu'elle est probablement sur le point de disparaître¹⁵⁰³, désormais trop incertaine pour faire œuvre de modèle¹⁵⁰⁴. Depuis que l'idée s'est précisée

protéger le consentement de la partie faible, et constituent donc bien une protection de type informationnel, qui entre dans le cadre de notre étude (V. *infra* nos 886 et s.). La différence est néanmoins qu'aucun instrument n'est déformé pour parvenir à cette fin.

¹⁴⁹⁹ Ci-après (V. *infra* n° 406).

¹⁵⁰⁰ J.-P. Chazal, « Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996) », JCP G 1998, I, 152, n° 11 (*Rappr. ibid.*, n° 13 : « *Si le déséquilibre significatif, qui affecte le contenu du contrat, n'a été causé ni par un vice du consentement ni par un abus de puissance économique, on ne comprend pas la légitimité ou l'opportunité d'une intervention du juge pour tenter de le rééquilibrer. Sont ainsi sauvegardés les deux impératifs fondamentaux que sont la sécurité et la justice contractuelle* »).

¹⁵⁰¹ C'est pour cette raison que nous ne plaidons pas davantage pour un système général sanctionnant les clauses abusives en droit commun (V. *infra* nos 886 et s.), mécanisme que nous réserverons à la partie faible dûment identifiée.

¹⁵⁰² M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 11^{ème} éd., 1931, nos 1037 et s., p. 394 et s. ; et il ne fut guère le seul de ces célèbres anticausalistes : H. Capitant en dresse not. une liste dans l'avant-propos de son célèbre ouvrage consacré à la cause, citant ainsi Laurent, Arthur, Barde, Timbal, Cornil et même la « *récente* » (à l'époque) thèse de Dabin (*De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, p. XVIII (avant-propos)).

¹⁵⁰³ Les différents projets de réforme sont en effet catégoriques sur ce point (le projet Terré prévoit en effet de faire disparaître l'objet et la cause au profit d'un « *contenu licite et certain* » (réduisant donc à trois le nombre de conditions de validité pour la formation d'un contrat (art. 13)) ; quant aux avant-projets de la Chancellerie, ils ont également suivi la voie du remplacement par la notion de « *contenu* », exigeant un « *contenu certain* » (art. 49 projet Chancellerie I (2008) ; art. 43 projet Chancellerie II (2009) ; art. 35 projet Chancellerie III (2013) ; art. 1127 projet Chancellerie IV (2015)), la licéité apparaissant aussi, sous des formes variables (dans le projet Chancellerie I, comme une quatrième condition de validité ; dans le projet Chancellerie II, en alinéa 1^{er} comme une exigence indépendante ; et dans le projet Chancellerie III, intégrée au contenu : « *un contenu licite et certain* », comme dans la dernière version du projet) ; en revanche, l'avant-projet Catala n'avait pas suivi cette voie, en maintenant fermement la cause en droit français, exigeant à l'art. 1108 modifié « *une cause justifiant l'engagement* » (V. not. sur ce point la contribution de J. Ghestin, p. 25 et s.). V. not. pour la manière d'appréhender ce « *contenu* » du contrat : D. Houtcieff, « Le contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009, p. 183 et s. ; et sur l'absence de la cause dans les divers projets européens portant sur le droit des contrats, V. not. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. II, *L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, spéc. n° 504, p. 348

en ce sens, les débats font rage : c'est que notre cause bien française¹⁵⁰⁵ nous est sentimentalement chère, au moins¹⁵⁰⁶. Et l'inquiétude s'installe¹⁵⁰⁷. Celle-ci est légitime, mais doit, nous semble-t-il, être relativisée. D'abord, le successeur de la cause (sans doute le *contenu*) récupérera sans doute ses fonctions classiques sans guère de difficultés¹⁵⁰⁸. Certes est-il sans doute regrettable, sous cet angle, d'abandonner des notions connues (objet et cause) au profit d'une nouvelle inconnue. Au-delà de cette considération, retenons que les craintes peuvent donc être apaisées. D'ailleurs, celles-ci portent en réalité bien davantage sur la question de l'avenir des effets *modernes* de la cause, en matière de justice contractuelle. Néanmoins, et plus encore qu'à l'égard précédent, l'appréhension peut-elle être domptée. En effet, la place sera laissée, pour ce qui est de ces fonctions modernes, auxquelles la cause (déformée) a servi de support¹⁵⁰⁹, à des mécanismes adaptés, dédiés à la protection du consentement de la partie faible. La cause doit donc seulement¹⁵¹⁰ contrôler l'existence d'une contrepartie convenue, ainsi (admettons-le¹⁵¹¹) que la licéité et la moralité du contrat¹⁵¹². La protection du consentement de la partie faible (*de lege ferenda*) comblera l'interstice vide : l'encadrement des faibles, qui ne relève pas de la cause mais de l'exigence d'un consentement¹⁵¹³. C'est d'ailleurs cette méthode, nous semble-t-il, que semblent suivre les projets de réforme du droit des contrats, en adoptant des techniques modernes de protection du consentement¹⁵¹⁴. Mais, on le verra, le système envisagé est insuffisant pour assurer une protection adéquate de la partie faible¹⁵¹⁵, ce qui justifie, même dans la perspective proche de la réforme, de mener notre étude.

¹⁵⁰⁴ V. not., sur ce que la cause n'est pas reprise dans les projets européens parce qu'elle fait l'objet de trop de controverses, en droit français, pour démontrer d'une clarté suffisante pour être acceptée au-delà de nos frontières, J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit., spéc. n° 505, p. 349

¹⁵⁰⁵ Outre bien sûr l'œuvre de H. Capitant (op. cit.), V. celle de J. Maury (*Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. Toulouse, 1920). Bien d'autres ont alimenté la théorie de la cause. V. not. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999 ; et le récent mais non moins magistral ouvrage de J. Ghestin (*Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006).

¹⁵⁰⁶ Et l'hommage a not. été rendu récemment, en ce sens, à H. Capitant pour son œuvre sur la cause. V. not. *La cause dans le droit des obligations - Droit public, droit privé : à propos de la réimpression de l'ouvrage d'Henri Capitant*, Table ronde organisée le 20 juin 2012 à la faculté de droit Jean Monnet, Université Paris-Sud, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 01 juil. 2012, n° 4, p. 827 et s. ; V. aussi D. Mazeaud, « La cause », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 451 et s. (parlant de notion « emblématique », dont l'idée de la disparition provoque d'avance immanquablement une « certaine nostalgie »).

¹⁵⁰⁷ V. not. R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », D. 2015, p. 335 et s. (pour un point de vue parfaitement opposé à la disparition de la cause).

¹⁵⁰⁸ Ainsi que d'autres mécanismes du nouveau droit des contrats. V. not. sur ce point R. Boffa, art. préc., p. 336, n° 6 (présentant du moins l'argument ; pour le critiquer ensuite : ibid., spéc. p. 337, n° 11, qualifiant not. la notion de contenu de « vide de sens »).

¹⁵⁰⁹ Le mettre en lumière constituait précisément l'objet des développements précédents.

¹⁵¹⁰ Il semble que la jurisprudence anticipe en partie la disparition de la cause, *de lege ferenda*, en rendant sur son fondement des décisions bien moins audacieuses qu'au cours des deux dernières décennies, voire même véritablement orthodoxes (V. not. en ce sens D. Mazeaud, « À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile... », D. 2014, p. 1915 et s.).

¹⁵¹¹ On le répètera encore : nous saluons que des parties faibles, le cas échéant, soit protégées par un tel mouvement, mais nous en déplorons le moyen. Il faut rappeler que Domat puis Pothier avaient abandonné la notion de cause du contrat, reconnue avant eux chez les canonistes. Ne subsistait que le cause de l'obligation, servant à vérifier son existence. Nul doute que les rédacteurs du Code civil ont entendu consacrer cette opinion, malgré la référence faite à la cause illicite ou immorale. C'est la jurisprudence qui, au XIX^e siècle, a fait revenir la notion de cause du contrat. L'on peut dire ainsi, que ceci marque une véritable et relativement saine évolution de la notion : l'on a fait s'émanciper la cause de sa conception originelle, c'est-à-dire celle de Domat, d'inspiration romaine (sur cette question, tout ou presque se retrouve dans les célèbres travaux de Planiol sur la question : *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 9^{ème} éd., 1923, nos 1026 et s., p. 352 et s.). L'on voit bien là que l'on est très loin d'une telle évolution, avec la subjectivation de la cause objective...

¹⁵¹² Quoique l'objet contrôle déjà cela : l'art. 1128 C. civ. n'énonce-t-il pas qu'« Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions » ?

¹⁵¹³ Sur ce point, V. *infra* nos 542 et s.

¹⁵¹⁴ En effet, des mécanismes modernes y sont préconisés (obligation d'information, clauses abusives), notamment pour pallier la disparition de la cause.

¹⁵¹⁵ V. not. *infra* nos 885, 877-878

407. – Plan. Il faut ici, comme dans le développement précédent, procéder méthodiquement, en démontrant qu'une construction prétorienne originale de subjectivation de la cause a conduit à l'éradication curieuse de certains contrats (a), dans un but de protection du faible, insatisfaisante car déformant la cause (b).

a – Substance de la construction jurisprudentielle

408. – Subjectivation de la cause et contrôle de la viabilité contractuelle. Un mouvement semblable de *subjectivation*, d'ailleurs beaucoup plus nette ici, a servi dans d'autres hypothèses à dégager, cette fois du contrat en entier, des parties jugées en détresse. Ainsi, dans une désormais célèbre affaire *Point club vidéo*, deux époux avaient conclu avec une société un contrat de location de cassettes vidéo et de DVD. Ils en demandèrent plus tard l'annulation sur le fondement de la cause, pour les raisons qui vont suivre. Malgré un pourvoi de la société rappelant que la cause constitue, dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'autre partie, la Cour de cassation est ferme. Elle énonce en effet que « *s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible* », ce dont elle déduisait ... « *que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes* »¹⁵¹⁶. La solution, publiée au Bulletin, ne manque pas de commentaires.

b – Déformation de la cause à dessein de protéger la partie faible

409. – Volonté de protection de la partie faible. Il va de soi que la démarche des juges a eu pour ligne directrice de tirer des contractants d'une situation contractuelle dont les résultats catastrophiques étaient symptomatiques de leur potentielle faiblesse informationnelle au moment de conclure. La solution revenait à dire, pour les juges, que personne ne se serait engagé en toute connaissance de cause dans une entreprise qui était à ce point perdue d'avance. Cette volonté étant donc établie, il y a davantage à dire sur la légitimité de la solution.

410. – Critiques principales, identiques au mouvement précédent. La démarche jurisprudentielle démontre de cette même subjectivation de la cause objective, quoi que beaucoup plus poussée. En effet, ici, la Haute Cour s'attache explicitement aux motifs concrets des parties à l'acte, autrement dit à « *l'économie voulue par les parties* ». C'est ainsi que l'on soulignera à nouveau que l'existence de la cause ne s'apprécie normalement qu'au moyen de la cause dite objective, tandis que le sens de cette solution est tout différent : le public concerné par l'activité étant insuffisant, voilà que la cause est déclarée inexistante¹⁵¹⁷. Par ailleurs, la cause semble appréciée au cours de l'exécution du contrat¹⁵¹⁸, ce qui n'est

¹⁵¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 3 juil. 1996 (94-14.800) : Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997, p. 500 note Ph. Reigné ; RTD civ. 1996, p. 901, obs. J. Mestre ; RTD com. 1997, p. 308, obs. B. Bouloc ; Defrénois 1997, p. 336, obs. D. Mazeaud

¹⁵¹⁷ J. Ghestin approuve naturellement la solution, qui fait s'émanciper la cause de la simple obligation réciproque, pour être considérée, plus largement, comme la *contrepartie convenue* (thèse que nous avons décrite) (*Cause de l'engagement et validité du*

guère orthodoxe, on l'a vu. En outre, la nuance est cette fois moins facile à établir sur ce point, tant ce sont véritablement les résultats du commerce qui ont semblé déterminants pour affirmer que la cause manquait finalement.

411. – Critique supplémentaire. Responsabilisation élémentaire. La protection du consentement de la partie faible au point de vue informationnel doit impliquer une connaissance des tenants et des aboutissants de l'engagement, c'est-à-dire propre à en comprendre l'étendue, la portée. Au premier abord, l'on comprend donc que le couple soit protégé, démuné face à l'impossibilité de son commerce, et comme n'ayant probablement pas été à même d'en saisir toute la mesure. L'espèce révèle, pour être honnête, que la qualification de partie faible est ici impropre à justifier un comportement en vérité quasi-insouciant. En effet, nous l'établirons clairement et fermement, la protection de la partie faible doit garantir un niveau de savoir suffisant pour restaurer une véritable liberté contractuelle. L'exercice de celle-ci n'est ensuite fonction que du libre arbitre que l'on attache à la personne humaine¹⁵¹⁹. Y a-t-il vraiment un combat, dans cette affaire, mené contre des « *marchands d'illusions* »¹⁵²⁰ ? Possible, probable. Mais c'est occulter une autre réalité, qui aurait dû présider. En effet, il fut souligné assez clairement au cours de l'affaire que l'entreprise était vouée à l'échec, dans une commune de 1314 habitants. Comment ignorer, et à plus forte raison au moment de débiter un commerce, les données essentielles du site d'implantation, si ce n'est, en outre, les caractéristiques essentielles de sa population ? Même ! L'arrêt ne semble pas aller jusqu'à prétendre que le couple ignorait véritablement cette donnée. Il exige simplement que le contrat soit annulé pour le protéger objectivement de son inconscience, celle d'avoir ignoré l'incidence (pourtant évidente) d'une si faible population sur la rentabilité d'un commerce de ce genre (ou même, peut-être, d'avoir ignoré l'ignorance). Ne pas savoir qu'un commerce est impossible pour ce genre de raisons, est-ce encore être un faible légitime et, partant, protégeable ? Nous ne le pensons guère.

412. – Critique supplémentaire. Sécurité juridique élémentaire. L'on sent bien ainsi qu'une telle solution fait en définitive peser une insécurité juridique excessive sur des contractants (en l'occurrence le loueur de contenus multimédias), qui n'ont aucun moyen d'imaginer que l'annulation leur sera opposée pour le simple fait de n'avoir pas pensé à vérifier que ses clients n'étaient pas négligents, voire irresponsables. L'on pourrait également souligner la complexification vraisemblablement évitable que constitue, à l'instar de l'obligation essentielle, le détour de « *l'économie du contrat* »¹⁵²¹. Peut être sont-ce

contrat, LGDJ, 2006, spéc. n° 398-399, p. 261).

¹⁵¹⁸ Bien sûr, les mêmes objections que celles que nous avons mentionné plus haut pourraient être invoquées : la contrepartie serait illusoire dès la formation du contrat, et les problèmes intervenant lors de son exécution ne seraient que le déclencheur de l'action, pas de l'inexistence de la cause.

¹⁵¹⁹ Sur l'ensemble de cette question, V. *infra* n°s 809 et s.

¹⁵²⁰ Formule de J. Ghestin (au cours de l'étude de l'arrêt) (op. cit., n° 402, p. 263).

¹⁵²¹ Comme le relève très justement J. Mestre (« L'économie du contrat », RTD civ. 1996, p. 903-904), à l'appui de plusieurs décisions empruntant cette notion pour trancher qu'on « *on voit ainsi très bien combien la considération par les juges de cette notion d'économie du contrat est de nature à bouleverser les solutions de droit les plus éprouvées. Et on nous permettra de le regretter : il nous semble, en effet, que le code renferme déjà, avec les concepts de loi des parties, de bonne foi ou encore de nature du contrat, suffisamment d'instruments pour que les tribunaux puissent exercer leur office avec une certaine marge d'initiative personnelle et, en même temps, le minimum de cette prévisibilité qui demeure essentielle à la préservation des relations contractuelles. Introduire la notion, nécessairement subjective et floue, d'économie du contrat, ce serait donc, à notre sens, sacrifier à l'air et au langage du temps l'impératif si fondamental de la sécurité contractuelle, en ouvrant la porte aux solutions les plus inattendues...* » ; ou encore de cause (tout court), de champ contractuel... (V. *contra*, de manière générale, S. Pimont, *L'économie du contrat*, préf. J. Beauchard, PUAM, 2004, identifiant dans

de telles critiques qui ont d'ailleurs conduit à un changement de position de la Haute Cour, ce qui en dit long sur leur véracité.

413. – Restriction ultérieure du mouvement. Il semble en effet que la Haute Cour soit revenue à une certaine orthodoxie en la matière. Une dizaine d'années plus tard, une décision est intervenue pour refuser, dans une espèce similaire, la même protection. Les motifs qui caractérisent cette décision semblent au demeurant démontrer d'une certaine prise en compte du niveau informationnel du commerçant qui avait consenti à une telle activité. La Haute Cour affirma d'abord, pour rejeter une prétention tenant au dol, que celui-ci « *a souscrit de lui-même un abonnement auprès de la société MDM sur des prestations connues de lui et qu'il ne peut donc faire relever du dol la médiocrité par lui alléguée des films qu'il proposait par ailleurs de louer à sa propre clientèle* ». Elle énonça, ensuite, sur l'absence de cause prétendue, qu'il (le commerçant) « *n'apporte que des éléments insuffisants à établir l'impossibilité qu'il allègue de pouvoir réaliser la location de cassettes vidéo à l'occasion de l'exercice de ses commerces sur des objectifs qu'il a lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir* »¹⁵²². Si l'on comprend mal en quoi, en 1996, le couple avait pu ignorer ces mêmes données, même sans être implanté, l'on remarque toutefois, de manière très intéressante en l'espèce, que c'est cette fois la prise en compte des connaissances concrètes qui prime. La solution n'en est donc que plus opportune. Plus récemment, l'hostilité de la Haute Cour était encore plus marquée¹⁵²³. Reste que seul l'arrêt du 3 juillet 1996 est publié au Bulletin.

B – Les hypothèses où la volonté de protection de la partie faible est plus ténue

414. – Plan. D'autres fois, l'on constate tout aussi bien que la cause est déformée. Toutefois, c'est la vocation du mouvement qui nuance le propos : il n'est pas certain que la protection de la partie faible en soit entièrement et de manière uniforme la source. Au-delà d'une affaire de degré, celle-ci imprègne indubitablement ces constructions, soit dans l'hypothèse de la disparition de la cause et du contrôle continu de la raison d'être du consentement (1), que dans celle de la fausseté partielle de la cause et de la réfaction du contrat (2).

ses deux parties d'une part la notion d'économie du contrat, d'autre part ses fonctions, pour former « *une théorie de l'économie du contrat* » (ibid., n° 287, p. 369) ; mais reconnaissant la proximité avec la cause (objet du Titre 1^{er}, nos 24 et s., p. 33 et s.). En résumé : « *presque la cause, presque l'objet* » (ibid., n° 22, p. 31), et presque aussi, semble-t-il, le champ contractuel (ibid., n° 104, p. 77-78).

¹⁵²² Cass. com., 27 mars 2007 (06-10.452) : D. 2007, p. 2970, obs. S. Amrani-Mekki ; JCP G 2007, II, 10119, note Y.-M. Sérinet ; CCC 2007, n° 196, obs. L. Leveneur

¹⁵²³ Cass. com., 9 juin 2009 (08-11.420) : RDC 2009, p. 1345, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2009, p. 719, obs. B. Fages ; tranchant sèchement à l'égard d'un contractant invoquant, pour un même genre de location, l'impossibilité d'exécuter le contrat selon l'économie voulue, en raison notamment du trop faible nombre de membres. Ce genre d'erreur sur la rentabilité ne passe toujours pas : « *la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre* ». Peut-être une énième émanation de l'influence du modèle consommériste sur l'application prétorienne du droit commun : en effet, il s'agissait en l'espèce d'une association, personne morale...

415. – Jurisprudence. Disparition de la cause. Dans certaines décisions, les juges ont pu conclure non pas à l'inexistence originelle de la cause, seule hypothèse classiquement retenue, mais à sa véritable disparition au cours du contrat. Ainsi, l'absence d'effets d'un bail commercial due à la négligence d'un intermédiaire professionnel, fait disparaître la cause du paiement de sa commission¹⁵²⁴. Plus sensible, la disparition de la cause du paiement d'une créance, dans une espèce où un homme s'était engagé à payer par mensualités une somme prévue par reconnaissance de dettes au titre d'une pension alimentaire, tandis que l'enfant était désormais à sa charge exclusive¹⁵²⁵. Une solution similaire était aussi prononcée, dans un contrat où une partie s'était obligée à emmener en promenade la seconde contre rétribution, relation qui avait cessé pour cause de mésentente¹⁵²⁶. Comment éluder, enfin, l'incontournable arrêt du 29 juin 2010 en matière, l'on veut bien le croire, d'imprévision¹⁵²⁷ ? La Haute Cour sanctionna une cour d'appel, pour défaut de base légale et sur le fondement de la cause, de n'avoir pas recherché « *si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du cours des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat (...)* ».

416. – Volonté de protection de la partie faible plus ténue. Dans ces affaires, l'affirmation que la cause est utilisée afin de protéger des parties faibles est plus difficile à établir de manière solide. Dans la première espèce, certes, le preneur avait consenti en vertu de la confiance accordée à son cocontractant, et pour s'assurer que les conditions du bail étaient réunies. La défaillance de son cocontractant engendre donc sa décharge. La finalité de protection de l'intégrité informationnelle du consentement de la partie faible semble donc claire, en ce qu'est sanctionné, en définitive, un défaut dans le devoir d'information, au sens large¹⁵²⁸. Dans les autres affaires, la finalité semble en revanche différente. Il s'agit en effet de solutions qui ne visent, semble-t-il, pas particulièrement à protéger une partie faible, mais tout simplement à mettre à jour le contrat en fonction de l'évolution des circonstances qui l'entourent. Or, la perte de sens d'une obligation ou l'impossibilité nouvelle de l'exécuter ne constituent guère les signes d'une faiblesse particulière, mais de l'effet, sur le contrat, de changements factuels portés par le temps.

¹⁵²⁴ Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 1995 (92-21.193) : Bull. civ. I, n° 29 ; JCP G 1995, I, 3843, obs. M. Fabre-Magnan ; Gaz. Pal. 1997, p. 193, note G. Decocq ; RDI 1995, p. 347, obs. D. Tomasin

¹⁵²⁵ Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008 (07-17.646) : Bull. civ. I, n° 241 ; D. 2008, p. 2937 ; D. 2009, p. 747, obs. P. Chauvin et C. Creton ; RTD civ. 2009, p. 111, obs. J. Hauser ; ibid., p. 118, obs. B. Fages ; JCP G 2009, II, 10000, obs. D. Houtcieff ; RDC 2009, p. 49, obs. D. Mazeaud

¹⁵²⁶ Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1986 (85- 11.396) : Bull. civ. I, n° 301 ; RTD civ. 1987, p. 750, obs. J. Mestre. V. aussi Cass. com., 9 mars 2010 (09-10.571) : D. 2011, p. 329, obs. J. Raynard (contrat de concession de licence de brevet et de savoir-faire portant sur la fabrication de sirènes électroniques et électropneumatiques entre deux sociétés, et abandon ultérieur de certains brevets concédés). V. également, pour la caducité prononcée dans le même sens en matière de contrats liés : Cass. 3^e civ., 30 oct. 2002 (01-01.219) : Bull. civ. III, n° 211 ; Defrénois 2003, p. 249, obs. R. Libhaber ; RDC 2003, p. 115, obs. G. Lardeux

¹⁵²⁷ Cass. com., 29 juin 2010 (09-67.369) : D. 2010, p. 2481, note D. Mazeaud ; D. 2010, p. 2485, note Th. Genicon ; JCP G 2010, 1056, note Th. Favario ; JCP G 2011, 63, obs. J. Ghestin ; Defrénois 2011, p ; 811, obs. J.-B. Seube ; RDC 2011, p. 34, obs. E. Savaux ; RTD civ. 2010, p. 782, obs. B. Fages

¹⁵²⁸ L'arrêt, bien sûr, ne va pas sans rappeler la solution qui impose aux mandataires et autres professionnels de conseiller leurs clients et rédiger des actes qui correspondent à l'efficacité recherchée par eux (V. not. le devoir de conseil du notaire, *infra* n°s 343 et s.).

417. – Y a-t-il véritable déformation ? Justifications invocables. Cela a été dit, la cause s'apprécie normalement au seul stade de la formation du contrat, puisqu'elle en constitue une condition. Pour autant¹⁵²⁹, il y a longtemps que des théories plus ambitieuses ont vu le jour¹⁵³⁰. Capitant, notamment, expliquait dans son célèbre ouvrage dédié à la cause, que celle-ci ne résidait pas uniquement dans l'obligation du cocontractant, mais aussi dans l'obtention de l'exécution de celle-ci¹⁵³¹. Ce serait d'ailleurs là une explication de la résolution¹⁵³², sanction pour inexécution, spécifique pour cette raison aux contrats synallagmatiques¹⁵³³. De ce point de vue, l'exécution du contrat n'aurait pas d'influence sur le caractère fondamental de la réciprocité des obligations consenties. Ceci justifierait de sanctionner l'inexécution sur le terrain de la cause. De célèbres arrêts, bien plus anciens que ceux qui forment la récente tendance qui vient d'être vue, ont au demeurant pu faire écho à cette vision de la cause¹⁵³⁴. Il s'agit de faire comme si le bouleversement de l'exécution du contrat remettait en question le consentement de la partie qui le subit, de telle sorte à considérer la cause de son engagement inexistante, car disparue.

418. – Oui. Il y a une véritable déformation. Il faut pour autant nuancer ces thèses, aussi brillantes soient-elles. Une telle vision de la cause est contestable : elle est et reste une condition de formation des contrats. En tant que telle, le Code civil exige qu'elle existe au moment de la conclusion du contrat. Or, ceci est très différent d'exiger, de ce chef, l'exécution de l'obligation souscrite : ce serait presque confondre cause et force obligatoire. Pas davantage ne devons-nous confronter le réactionnisme et la rigueur : la cause ne peut être usitée de la sorte¹⁵³⁵. Comme Marty et Raynaud le mirent en exergue,

¹⁵²⁹ Notons que l'on ne peut reprendre ici l'argument invoqué à l'appui de la solution issue de l'arrêt Chronopost, selon lequel la cause n'est véritablement appréciée en cours d'exécution, mais que c'est l'exécution qui a permis de mettre en lumière l'absence de cause, originelle. Ici, en effet, la cause a bien disparue : nul ne prétend qu'elle n'existait pas au moment de l'acte.

¹⁵³⁰ V. not. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, nos 176 et s., p. 160 et s., spéc. n° 190, p. 172

¹⁵³¹ H. Capitant, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, *passim*. (par ex., très tôt dans l'ouvrage, n° 7, p. 16-17, et not. : « *Ce n'est pas seulement au moment de l'accord des volontés qu'intervient l'idée de cause. Son importance se fait sentir tant que le contrat n'est pas entièrement exécuté. En effet l'obligation ne peut vivre qu'autant qu'elle reste appuyée sur sa cause. Par là, la cause se sépare des deux autres conditions qui doivent exister chez le débiteur pour la validité du contrat : le consentement et la capacité. (...) Il en est autrement de la cause. Pour que le rapport obligatoire, une fois formé, continue à lier le débiteur, il faut que le résultat par lui voulu se réalise. Sinon, le lien obligatoire ne peut pas subsister, il doit être rompu* » ; et encore plus clairement, plus loin (ibid., nos 147 et s., p. 309 et s., spéc. n° 147, p. 309 : « *L'erreur commise par ceux qui raisonnent ainsi provient toujours d'une vue incomplète de la cause. On part de cette idée inexacte que l'obligation de chaque partie a sa cause dans l'obligation de l'autre. Que l'on se place, au contraire, en face de la réalité, que l'on rétablisse dans son intégralité la volonté de chaque contractant, et l'on aboutit à une conclusion toute différente. Ce que veut le contractant, c'est obtenir la prestation qui lui a été promise* »).

¹⁵³² H. Capitant, op. cit., spéc. n° 120, p. 247, et plus en détails sur ce point (seulement annoncé dans le passage préc.), nos 147 et s., p. 309 et s.

¹⁵³³ Th. Genicon a parfaitement mis en lumière, dans sa thèse dédiée à la résolution, les critiques d'une telle idéologie (*La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, spéc. nos 93 et s., p. 69 et s.). La condition résolutoire, présumée dans les contrats synallagmatiques (art. 1184 C. civ.), est rattachée depuis toujours à une prétendue volonté tacite des parties de l'insérer systématiquement. La critique de cette analyse est, l'auteur le précise, devenue courante aujourd'hui. Capitant, not., l'avait déjà rejetée, au profit, comme on vient de le voir, du fondement de la cause (aujourd'hui, la voie la plus reprise par la doctrine). Mais Th. Genicon démontre que le raisonnement se replace finalement dans la même perspective que l'analyse volontariste : la résolution est à nouveau l'objet de la volonté des parties par le prisme de la cause, « *issue voulue, prévue et organisée par avance par les parties* » (ibid., n° 115, p. 85). L'auteur souhaite donc, et c'est un apport majeur de la thèse, dépasser ce genre d'analyse : la résolution n'est jamais automatique (de plein droit), elle procède d'une décision, judiciaire le plus souvent, d'une partie, certaines fois (ibid., spéc. nos 122 et s., p. 89 et s.). C'est là seulement que réside « *l'origine de cette disparition calculée* » (ibid., n° 91, p. 69).

¹⁵³⁴ V. not. Cass. civ. 30 déc. 1941, DA 1942, p. 98 : « *dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant ; que cette cause fait défaut quand la promesse de l'une des parties n'est pas exécutée ou s'avère soit nulle, soit de réalisation impossible* ».

¹⁵³⁵ V. not. en ce sens H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 266, p. 270 (et not. : « *Il est difficile d'aller aussi loin. Il convient, en effet, de ne pas oublier que la cause n'est qu'une condition de formation du contrat. Lorsqu'elle existait au moment où le contrat s'est formé, et lorsque, par suite, le contrat s'est valablement formé, une circonstance postérieure ne peut pas la faire disparaître et anéantir la convention.* »).

« c'est bien la promesse du cocontractant et non l'exécution de cette promesse qui est cause, sinon le contrat ne serait pas formé »¹⁵³⁶. Et cela est limpide : si la cause devait être entendue au sens de Capitant, aucun contrat ne serait formé... avant d'avoir été complètement exécuté. Quelles que soient donc les nuances que l'on apporte sur ce point, il n'en reste pas moins qu'un régime de protection de la partie faible en droit commun contribuerait à limiter, si ce n'est évincer complètement, l'attractivité d'une telle démarche causaliste somme toute peu convaincante.

419. – Critique secondaire. La déformation de la sanction. Comme on l'a vu, la sanction de l'absence de cause est normalement la nullité du contrat, puisqu'il s'agit de sanctionner une condition de sa validité. Ici, des caducités sont prononcées. Le contrat n'est en effet pas rétroactivement anéanti, mais simplement privé d'effet pour l'avenir, en raison de la perte d'un élément essentiel.

2 - La cause et la réfaction du contrat

420. – Jurisprudence. Fausseté partielle de la cause et réduction de l'acte. La jurisprudence a pu considérer, dans des hypothèses particulières, que la fausseté de la cause était *partielle*. Ainsi, à l'endroit d'actes unilatéraux (reconnaisances de dettes), et entre personnes physiques démontrant d'une certaine proximité, les juges ont ainsi pu parfois affirmer « que la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante »¹⁵³⁷. Dans ces cas, la reconnaissance de dettes avait en effet été chiffrée d'un montant bien plus élevé que ce qui était réellement dû, ce que révélèrent les expertises.

421. – Volonté de protection du faible au point de vue informationnel ? La volonté de protection du consentement d'un contractant ne fait guère de doutes. En effet, la vocation est bien protectrice, lorsqu'elle se propose de réduire l'acte à sa juste valeur¹⁵³⁸, puisque le contrat a pour objet (ou cause selon le contractant référentiel) le remboursement d'une dette, par essence quantifiée précisément. Il est donc clair qu'une telle exploitation (gonfler le quantum de la dette à rembourser) de l'ignorance est condamnable. En revanche, dire qu'il y a là volonté de protéger un contractant particulièrement faible au point de vue informationnel (au sens de notre étude) est plus difficile, comme dans l'hypothèse précédente. A l'analyse, en effet, aucune faiblesse ne pouvait être constatée. Il s'agissait, au total, bien davantage d'une hypothèse de réticence dolosive. Mais c'est déjà traiter de la déformation de la cause.

422. – La cause déformée : occasion manquée de recourir à la réticence dolosive. Comment ne pas songer ici à ce que la solution visait, *in fine*, à sanctionner une erreur sur la valeur ? Celle-ci n'était au reste pas spontanée : elle semblait bien davantage avoir été provoquée par le silence du cocontractant de

L'obligation qui avait une cause quand elle est née ne peut devenir sans cause »).

¹⁵³⁶ G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 311, p. 273 (à l'endroit spéc. des thèses de Capitant).

¹⁵³⁷ Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2003 (99-12.628) : Bull. civ. I, n° 67 ; RTD civ. 2003, p. 287, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2003, p. 39, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2003, I, 142, obs. J. Rochfeld. Pour une réaffirmation récente : Cass. 1^{re} civ., 23 févr. 2012 (11-11.230) : Bull. civ. I, n° 36 ; D. 2012, p. 635, obs. C. Creton ; D. 2012, p. 993, note A. Donnette ; JCP G 2012, 561, obs. J. Ghestin

¹⁵³⁸ L'hypothèse ici salutaire n'est pas assimilable à celle, critiquable, où le juste prix en question concernerait un service ou un bien, auquel cas celui-ci est forcément divinatoire. V. sur la proportionnalité *supra* n°s 43-44

l'obligé, sur le véritable montant de la somme à rembourser. Sous réserve d'une vérification consciencieuse des conditions d'application du dol, il y avait en tout cas, par principe, bien davantage ici une hypothèse de réticence dolosive, dont on sait en outre qu'elle sanctionne utilement l'erreur sur la valeur. Ceci s'explique peut-être par le but probablement recherché : ne pas anéantir l'acte, ce que le dol aurait obligatoirement entraîné. Evoquons donc cette question de la sanction.

423. – La déformation de la sanction de la cause. Commencer par dire que la cause remplace ici utilement le dol pour un motif de sanction semble indifférent : c'est que les deux conditions de validité entraînent en principe une nullité (qu'elle soit relative ou absolue). Mais ce serait là faire l'économie de mentionner l'originalité de la solution, où la sanction confine en effet à la réduction. Celle-ci, en elle-même, est tout à fait salutaire : la nullité aurait été inappropriée, tandis que le maintien du contrat, tel que réadapté à sa juste valeur, était souhaitable. Mais c'est confondre fin et moyen que de faire produire à la cause un effet qui lui est étranger¹⁵³⁹. D'ailleurs, le mouvement a été fortement contingenté, en l'occurrence aux seuls contrats unilatéraux¹⁵⁴⁰.

424. – Bilan préliminaire : la fin est louable. Précisons notre propos : bien sûr est-ce, de la sorte, « tout à l'honneur du nouvel ordre contractuel d'avoir privilégié la flexibilité de notre droit des contrats sur une forme d'autisme juridique qui aurait ruiné sa pertinence et sa légitimité »¹⁵⁴¹. Mais les moyens employés rendent le mouvement inadéquat. Il nous semblait bien sûr souhaitable de protéger ces parties faibles, lorsqu'elles existaient. En revanche, malmener une notion qui n'était manifestement pas destinée à assumer ces fonctions de protection est profondément regrettable. C'est en ce sens que nous ne pouvons approuver une démarche, qui participe à l'absence d'une réflexion globale sur la protection de la partie faible.

§II - La déformation des vices du consentement

425. – Plan. L'on a bien saisi que la protection informationnelle du consentement ne concernait guère une idée de contrainte, comme l'implique au contraire la violence vice du consentement. Il est donc cohérent que nous n'évoquions la déformation que des deux autres vices du consentement qui, eux, touchent véritablement à l'information. Autrement dit, le dol (A) et l'erreur (B).

A – La déformation du dol

426. – Plan. Comme il a été vu, le dol a été abondamment utilisé pour sanctionner ce qui semblait s'apparenter à des états de faiblesse informationnelle¹⁵⁴². Au-delà d'un dérèglement de la justice contractuelle, qui mène à déresponsabiliser et à protéger l'insouciant, la démarche est critiquable pour

¹⁵³⁹ V. not. en ce sens S. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n° 471, p. 494-495, évoquant not. un « *usage abusif* » de la cause.

¹⁵⁴⁰ V. en ce sens Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007 (05-21.316) : Bull. civ. I, n° 211 ; D. 2007, p. 1724, obs. I. Gallmeister ; D. 2007, p. 2574, note J. Ghestin ; D. 2007, p. 2327, obs. P. Chauvin et C. Creton ; D. 2007, p. 2970, obs. S. Amrani-Mekki ; JCP G 2007, I, 195, obs. A. Constantin ; RTD civ. 2007, p. 566, obs. Fages ; Dr. et patr. 2007, p. 86, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck

¹⁵⁴¹ D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295 et s., spéc. n° 43

¹⁵⁴² V. not. dans la vente, *supra* nos 303 et s.

au moins deux raisons, qui tiennent cette fois à la déformation de la notion de dol. Cette déformation affecte deux de ses caractères essentiels, le caractère intentionnel (1) et le caractère déterminant (2).

1 – La négligence du caractère intentionnel

427. – Plan. L'on semble constater en jurisprudence une tendance à l'éviction du caractère intentionnel du dol, pourtant indispensable, à des fins de protection de prétendues parties faibles (a). Mais si la fin est louable, le moyen est très insatisfaisant, voire néfaste (b).

a – *Tendance à l'éviction*

428. – Généralités. Un caractère indispensable. Ceci est classique : le dol, pour être sanctionné, doit être intentionnel. En ce qui concerne la réticence dolosive, c'est dire que l'information tue doit l'avoir été précisément en sachant qu'elle aurait une influence, à la considérer révélée, sur le consentement du cocontractant. En ce sens qu'il semble fonder jusqu'à l'essence même de la prohibition du dol¹⁵⁴³, le caractère intentionnel apparaît donc indispensable. L'on se souvient des propos limpides de Ripert : « *c'est surtout dans la théorie du dol qu'éclate le caractère moral de la théorie des vices du consentement* »¹⁵⁴⁴. D'aucuns entendirent même l'ériger de manière autonome comme le centre névralgique du dol¹⁵⁴⁵.

429. – Tendance à l'éviction par la jurisprudence. Malgré cela, bien des solutions montrent que les juges semblent un peu trop souvent négliger le caractère intentionnel du dol¹⁵⁴⁶. Parfois l'éluent-ils en effet, à l'égard d'une réticence pourtant manifestement caractérisée¹⁵⁴⁷. D'autres fois, retiennent-ils la réticence dolosive alors même que son prétendu auteur semblait ignorer l'information concernée¹⁵⁴⁸.

¹⁵⁴³ V. not. (la considération est classique) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 42, p. 98 (« *Il n'est de dol qu'intentionnel, impliquant le dessein de nuire à l'autre partie* »).

¹⁵⁴⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 47, p. 90 (et d'ajouter not. : « *Ici, et par définition même, l'examen du juge porte beaucoup moins sur le consentement de celui qui a été trompé que sur l'acte de celui qui a trompé* »).

¹⁵⁴⁵ V. not. sur ce thème et cette nuance F. Magnin, « *Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation* », JCP G 1976, I, 2780. Dans cette étude, l'auteur met en doute la conception classique du dol, qui implique comme on le sait une erreur provoquée par les manœuvres du cocontractant. Il cite not. Gaudemet qui s'interrogeait déjà sur la place, peut-être fondamentale, de la malhonnêteté, davantage que sur celle de l'erreur provoquée ; Ripert mettant l'accent sur l'aspect moral du dol ; ou encore Bonassies qui, dans sa thèse consacrée à la question, réfutait, encore plus loin, l'idée d'erreur pour placer l'accent, de manière décisive, sur le comportement contraire à la bonne foi. Partant, F. Magnin s'interroge sur la pertinence d'une telle extension possible du dol, vers un simple « *abus de situation* » (le dol ne serait alors que son pan actuel caractérisé par la malhonnêteté). Au terme de l'étude, l'intérêt n'est pas suffisamment caractérisé pour admettre une telle proposition. Ceci conforte néanmoins, de manière collatérale, toute l'indispensabilité de l'élément intentionnel, puisque pour certains (les auteurs préc.), il se trouvait même de manière autonome au cœur du dol.

¹⁵⁴⁶ V. not. en ce sens F. Bérenger, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préf. Ch. Atias, PUAM, 2007, spéc. n° 543, p. 410-411 ; V. aussi O. Tournafond, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1991 (89-13.473) : D. 1992, Somm. p. 196 : « *certains arrêts retiennent le dol par réticence du vendeur professionnel en se fondant sur la seule violation de l'obligation précontractuelle de renseignement et sans chercher à savoir si ce vendeur a intentionnellement gardé le silence ou même avait simplement connaissance du défaut de la chose vendue* ».

¹⁵⁴⁷ V. not. Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007 (06-10.442) : Bull. civ. III, n° 5 ; D. 2007, p. 1051, note D. Mazeaud ; *ibid.*, p. 1054, note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, p. 2969, obs. S. Amrani-Mekki ; JCP N 2007, II, 10042, note Ch. Jamin ; JCP N 2007, 1157, obs. S. Piedelièvre ; *Defrénois* 2007, p. 443, obs. E. Savaux ; *ibid.*, p. 959, note Y. Dagorne-Labbe ; CCC 2007, n° 117, note L. Leveneur ; *Dr. et patr. janv.* 2008, p. 24, note P. Chauvel ; *ibid.* mars 2008, p. 91, obs. B. Mallet-Bricout ; RDC 2007, p. 703, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2007, p. 335, obs. J. Mestre et B. Fages

¹⁵⁴⁸ V. not. Cass. 1^{re} civ., 19 janv. 1977 (74-12.783) : Bull. civ. I, n° 40 (la Haute Cour approuve les juges d'appel d'avoir annulé pour dol un contrat de vente d'occasion d'un véhicule entre un particulier et un garagiste. Ce dernier n'avait guère modifié le compteur kilométrique du véhicule, mais seulement ignoré son kilométrage exact. Or, selon la Cour de cassation, il « *ne pouvait*

D'autres fois encore, la retiennent-ils aussi, alors pourtant qu'il ne fait guère de doute que le débiteur de l'information était de bonne foi, que les renseignements manquants n'étaient pas indispensables pour le consentement du cocontractant, voire que ces informations étaient quasiment à sa disposition¹⁵⁴⁹. Ce contre-mouvement des chambres civiles est parfois particulièrement frappant¹⁵⁵⁰. Or, reléguer¹⁵⁵¹, voire évincer, une telle composante est très regrettable.

430. – Une jurisprudence trouble. Ce courant est déstabilisant car il rompt avec une jurisprudence antérieure moins troublée¹⁵⁵². Et ce, surtout quand, dans le même temps, la chambre commerciale semble confirmer avec une salutaire justesse que l'exigence du caractère intentionnel est bien évidemment toujours et nécessairement d'actualité¹⁵⁵³.

ignorer que le compteur indiquait un kilométrage bien inférieur à celui que la voiture avait parcouru en réalité ». V. aussi Cass. 3^e civ., 3 févr. 1981 (79-13.774) : D. 1984, p. 457, note J. Ghestin (absence de référence à l'intention dolosive, que J. Ghestin (note préc.) ne manque d'ailleurs pas de souligner).

¹⁵⁴⁹ Cass. 3^e civ., 22 juin 2005 (04-10.415) : Bull. civ. III, n° 137 ; CCC 2005, n° 186, note L. Leveneur ; RDC 2005, p. 1025, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Cass. 3^e civ., 25 mai 2011 (09-16.677) : CCC 2011, n° 184, obs. L. Leveneur ; Cass. 3^e civ., 7 nov. 2012 (11-22.907) : Bull. civ. III, n° 165 ; AJDA 2012, p. 2144 ; D. 2013, p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki

¹⁵⁵⁰ La 1^{ère} chambre civile s'est également prononcée dans le sens d'une négligence de l'élément intentionnel, d'une manière d'ailleurs assez frappante : Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008 (07-13.487) : Bull. civ. I, n° 154 ; RTD civ. 2008, p. 476, obs. B. Fages ; RTD com. 2009, p. 198, obs. B. Bouloc : alors que le pourvoi de la SCI venderesse arguait que le dol ne peut résulter d'une simple réticence mais que devait nécessairement s'y ajouter une intention de tromper son cocontractant, et que les juges du fond, en s'affranchissant de cette condition, avaient violé l'article 1116, la Haute Cour tranchait sèchement, affirmant qu'« attendu qu'ayant relevé que le silence gardé par le vendeur sur le projet de local constituait des manœuvres dolosives dès lors que l'édification de ce local, qui privait les acquéreurs d'une large perspective sur la zone verte publique, constituait une donnée déterminante du consentement, telle que si l'acquéreur l'avait connue, il n'aurait certainement pas donné le même prix du bien à vendre, la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une demande tendant à l'annulation de la vente, a pu, sans avoir à se prononcer expressément sur le caractère intentionnel de la réticence qu'elle constatait et qui s'analysait aussi en un manquement à l'obligation précontractuelle d'information du vendeur, allouer des dommages-intérêts à l'acquéreur en réparation de son préjudice ». Ici, la désinvolture est particulièrement perceptible : la Haute Cour soutient la position des juges du fond ayant retenu la réticence dolosive sans avoir caractérisé l'élément intentionnel, sous un raisonnement de fond pouvant être ainsi synthétisé : « à quoi sert de distinguer si le résultat est le même ? » (B. Fages, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, préc.). Il est vrai que la demande ne tendait qu'à l'obtention de dommages et intérêts, et non à l'annulation du contrat. Il est toutefois difficile d'admettre que le Juge du Droit lui-même s'émancipe aussi grossièrement de la rigueur juridique la plus élémentaire en matière de dol. V. déjà, de manière tout aussi percutante : Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002 (99-21.521) : Bull. civ. I, n° 132 ; JCP G 2002, I, 184, obs. F. Labarthe ; JCP G 2003, I, 152, obs. G. Viney ; CCC 2002, n° 135, note L. Leveneur ; RTD civ. 2003, p. 84, obs. J. Mestre et B. Fages (une femme avait acheté un véhicule à un garagiste. Elle s'aperçut plus tard que celui-ci avait été accidenté, et plaida naturellement la réticence dolosive de son cocontractant. La cour d'appel refusa d'accueillir cette demande, pour cause d'absence de preuve de cette dissimulation dolosive (et donc intentionnelle). La Haute Cour censura cette décision : le vendeur professionnel était tenu d'une obligation d'information, et était en outre tenu de prouver qu'il l'avait exécutée.

¹⁵⁵¹ V. not. en ce sens Ph. Stoffel-Munck, obs. sous Cass. 3^e civ., 22 juin 2005, préc., regrettant « que la motivation retenue souligne peu le rôle du caractère intentionnel de l'omission reprochée au vendeur, qui semble même relégué au second plan ».

¹⁵⁵² V. antérieurement, pourtant, très clairement dans le sens de l'indispensabilité de l'élément intentionnel : Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 1987 (85-18.350) : Bull. civ. I, n° 293 ; RTD civ. 1988, p. 339, obs. J. Mestre ; Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 1995 (93-17.388) : Defrénois 1995, p. 1399, obs. J.-L. Aubert ; CCC 1996, p. 2, note L. Leveneur ; D. 1997, p. 20, note P. Chauvel ; RTD civ. 1996, p. 390, obs. J. Mestre ; Cass. soc., 30 mars 1999 (96-42.912) : Bull. civ. V, n° 142 ; D. 2000, p. 97, note Th. Aubert-Monpeyssen ; JCP G 1999, II, 10195, note J. Mouly

¹⁵⁵³ V. not. pour une réaffirmation claire : Cass. com., 28 juin 2005 (03-16.794) : Bull. civ. IV, n° 140 ; D. 2006, p. 2774, note P. Chauvel ; D. 2005, p. 2838, obs. S. Amrani-Mekki ; CCE 2005, n° 158, note Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2005, p. 591, obs. Mestre et Fages : « le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci ». Plus récemment encore, et tout aussi clairement, par une opposition frontale avec la solution rendue par l'arrêt Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, préc. : Cass. com., 7 juin 2011 (10-13.622) : Bull. civ. IV, n° 91 ; D. 2011, p. 2579, obs. M. Cartier-François ; CCC 2011, n° 208, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2011, p. 533, obs. B. Fages ; RDC 2011, p. 1148, note Y.-M. Laithier : alors que le cessionnaire d'un fonds de commerce s'estimait victime d'un dol par réticence et demandait donc des dommages et intérêts (non la nullité), la Haute Cour affirmait « qu'ayant souverainement estimé qu'il n'était établi ni l'intention de Mme X...de tromper la société Y... ni le caractère déterminant de l'information litigieuse sur les conditions de la vente, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande, exclusivement fondée sur le dol, dol, devait être rejetée ». L'on distingue ici « la volonté de pédagogie qui anime depuis quelques années la chambre commerciale de la Cour de cassation, soucieuse que le concept de réticence dolosive demeure rigoureusement compris et ne se dilue pas dans celui, beaucoup plus imprécis, de manquement à l'obligation précontractuelle d'information » (B. Fages, obs. sous Cass. com., 7 juin 2011, préc.) ; V. encore, pour un cas similaire et dans le même sens Cass. com., 8 févr. 2011 (09-17.177) : Rev. soc. 2011, p. 509, obs. Th. Granier

431. – Un courant cherchant à protéger le niveau informationnel du consentement de la partie faible. Il ne fait guère de doutes que la démarche retranscrit une volonté prétorienne de protection du faible, en l'occurrence au point de vue informationnel¹⁵⁵⁴. En effet, nombre d'arrêts usent ainsi de la réticence dolosive pour sanctionner, en vérité, un simple défaut dans l'exécution d'une obligation d'information. C'est dire à quel point la volonté de protection de la partie faible est nette, puisque cette obligation d'information est bien sûr destinée à rehausser son consentement, par hypothèse insuffisamment éclairé¹⁵⁵⁵. La démarche a pour dessein d'encadrer des situations « *dans lesquelles la volonté du cocontractant se révèle mal protégée contre certaines entreprises déloyales de son partenaire consistant à abuser de l'état d'infériorité dans lequel ce cocontractant se trouve* »¹⁵⁵⁶. Cette voie, louable en son principe, n'est pour autant guère souhaitable. En effet, l'on distingue bel et bien une « *dégénérescence du dol, qui s'explique par une volonté de la jurisprudence d'étendre cette notion au-delà des limites imposées par l'article 1116 du Code civil* »¹⁵⁵⁷. Encore faut-il démontrer en quoi cette dégénérescence est néfaste.

b – Une protection néfaste

432. – Remarque liminaire, la tendance stimule l'attentisme voire la mauvaise foi (renvoi). L'on notera brièvement que s'affranchir du caractère intentionnel du dol revient, *in fine*, à stimuler l'attentisme de certains contractants, voire leur mauvaise foi. En effet, la démarche participe d'une justice contractuelle curieuse, dans laquelle il suffit de trouver une information ignorée (et, partant, dont la preuve de la transmission sera impossible à établir pour son débiteur) pour obtenir la sanction pour dol par réticence. Et ce, alors pourtant que l'on a pu être parfaitement en mesure d'avoir – ou de demander – cette même information. Ceci participe d'une démarche globale de déresponsabilisation, que nous condamnons¹⁵⁵⁸.

433. – L'on ne peut ériger de la sorte une forme de présomption de mauvaise foi. Déformation supplémentaire de la règle selon laquelle *le dol ne se présume pas*. Sanctionner un contractant sur le fondement du dol en l'absence d'élément intentionnel revient à admettre que toute information tue l'est de mauvaise foi. Or, d'abord, la solution est bien trop rigoureuse, et génère une importante insécurité juridique, tant les solutions deviennent imprévisibles : à l'encontre de quels contractants, en effet, pourra-t-on deviner avec certitude que l'exigence sera écartée ? Ensuite, corrélativement, c'est nier encore une fois l'une des règles essentielles du dol : celle au terme de laquelle il « *ne se présume pas et doit être prouvé* »¹⁵⁵⁹. Or, considérer qu'un contractant a intentionnellement retenu une information alors même qu'il semblait l'ignorer, revient indéniablement à présumer chez lui cette même intention et, par

¹⁵⁵⁴ V. *in fine* en ce sens, les doutes émis par Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. n° 257, p. 316

¹⁵⁵⁵ C'est ce qui expliquerait d'ailleurs les distorsions précitées en jurisprudence : les parties n'étaient pas les mêmes. Certaines étaient des particuliers et d'autres des professionnels. C'est ainsi que le dol est conçu comme le vecteur de la protection de la partie faible, en s'assimilant à l'obligation d'information. Encore une déformation à dessein de compenser une lacune du droit commun.

¹⁵⁵⁶ F. Magnin, « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », JCP G 1976, I, 2780, n° 6

¹⁵⁵⁷ J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 278

¹⁵⁵⁸ V. not. *infra* n° 677

¹⁵⁵⁹ Art. 1116 al. 2 C. civ.

là même, l'aspect dolosif du silence¹⁵⁶⁰.

434. – Surtout, la réticence dolosive n'est en rien assimilable au manquement à une obligation d'information. Négliger le caractère intentionnel du dol est d'autant plus grave que la démarche cristallise une confusion avec le simple manquement à une obligation d'information. En effet, « *Même invoqué à des fins simplement indemnitaires, même par réticence, même incident, le dol suppose toujours un élément intentionnel : c'est fondamentalement l'une des caractéristiques qui le sépare du simple manquement à l'obligation précontractuelle d'information* »¹⁵⁶¹. C'est que ce dernier constitue précisément une réticence dolosive... amputée de son élément intentionnel, une « *faute non-dolosive* »¹⁵⁶². C'est la frontière entre l'élément « *psychologique* » dans l'obligation d'information, et l'élément « *intentionnel* » dans le dol¹⁵⁶³. Manquer à son obligation d'information n'implique pas nécessairement la volonté de tromper¹⁵⁶⁴ ! Il y a là une différence de nature¹⁵⁶⁵. Pouvant paraître proches par leurs effets, réticence dolosive et obligation d'information ne doivent en aucun cas être confondues. C'est un tel « *amalgame* »¹⁵⁶⁶ que servent ces décisions, qui affaiblit le dol¹⁵⁶⁷.

435. – Perte de sens du dol. En réalité, s'affranchir ainsi de l'élément intentionnel fait perdre à la notion de dol tout son sens¹⁵⁶⁸. Au-delà d'une différence de constitution, il y a entre les deux notions une profonde différence d'esprit. Le dol a été conçu comme une sanction curative exceptionnelle répondant à l'hypothèse quasi-délictuelle dans laquelle un contractant provoque, peu importe le moyen, l'erreur de l'autre partie. Au contraire, l'obligation d'information est une protection moderne détachée des considérations de tromperie. Elle a une vocation de rééquilibrage, dans des cas d'asymétrie informationnelle, générés par des réalités sociétales qui dépassent le seul cadre du droit. Assimiler l'un à l'autre n'est donc ni exact, ni souhaitable¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁰ V. not. en ce sens Ch. Goldie-Genicon, th. préc., spéc. n° 257, p. 314 et s.

¹⁵⁶¹ B. Fages, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, préc.

¹⁵⁶² M. Cartier-François, obs. sous Cass. com., 7 juin 2011, préc. (« Le défaut d'information, une faute non dolosive »).

¹⁵⁶³ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (réed. 1992), spéc. n° 269, p. 211 (« Dès lors, il ne suffit pas, pour qu'il y ait réticence dolosive de la part d'un contractant, que celui-ci ait connu à la fois le contenu de l'information recélée et son importance pour son cocontractant, c'est-à-dire que soit démontrée l'existence de l'élément psychologique. Il faut encore qu'il ait retenu l'information dans un but égoïste, sachant que son attitude nuirait à son cocontractant et, plus précisément puisque nous sommes en matière de vices du consentement, qu'il ait eu la volonté de le tromper et de l'inciter à conclure le contrat contre son intérêt »).

¹⁵⁶⁴ V. not. en ce sens J.-P. Chazal, th. préc., n° 285 (et not. « En effet, l'utilisation de l'obligation d'information, à la place de la notion d'intention de tromper son cocontractant, peut donner lieu à des excès critiquables »).

¹⁵⁶⁵ J.-P. Chazal, th. préc., n° 286 (et not. « Pour notre part, nous estimons qu'il existe une différence de nature entre le fait de retenir sciemment une information que l'on connaît et que l'on sait être déterminante pour le cocontractant d'une part, et le fait de ne pas connaître le contenu de celle-ci et d'omettre de s'informer en sachant l'importance de cette information pour le cocontractant, d'autre part. Certes les deux attitudes sont moralement condamnables, et il devrait en être de même sur le plan juridique, mais la seconde ne peut constituer un dol puisqu'il n'y a pas d'erreur provoquée ni véritablement rétention d'information »).

¹⁵⁶⁶ Ch. Goldie-Genicon, th. préc., n° 256, p. 314 (développant la question, au-delà de la formule).

¹⁵⁶⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 51, p. 110 (« Peut-être, le dol s'étant ainsi affaibli en réticence, la réticence s'affaiblira-t-elle à son tour en un simple manquement négligent à une obligation précontractuelle de renseigner »).

¹⁵⁶⁸ V., dénonçant de manière générale cette tendance : O. Tournafond, « Réticence dolosive du vendeur et violation de l'obligation de renseignement », préc.

¹⁵⁶⁹ Cette confusion se traduit également dans la jurisprudence relative à l'obligation de s'informer pour informer : si l'opportunité de l'obligation peut se justifier pour garantir un consentement plus éclairé de celui qui ne sait pas, son fondement (le dol) est insatisfaisant. La différence est trop profonde entre la manœuvre destinée à tromper, et l'omission d'être allé chercher une information que l'on ignorait pour la retransmettre (V. d'ailleurs en ce sens J.-P. Chazal, loc. cit.).

436. – Déformation du droit commun, déformation de portée générale. Terminons ce propos en soulignant que, lorsque la jurisprudence s'emploie à déformer de la sorte des constantes du droit commun pour protéger ponctuellement une partie faible, il est permis de douter qu'elle en évalue les conséquences à leur juste mesure. Et pour cause : « *Utiliser le droit commun comme support d'amplification (...) revient donc potentiellement à infléchir le régime de tous les contrats* »¹⁵⁷⁰. C'est alors que se réalise un basculement décisif, d'une intention louable de protection ponctuelle à une désintégration pure et simple de constantes du droit commun des contrats. En effet, celles-ci étant de portées générale, leurs déformations ont une portée tout aussi vaste.

2 – La distorsion du caractère déterminant

437. – Plan. Le caractère déterminant du dol est également malmené, notamment par une remise en cause contemporaine de la distinction entre dol principal et dol incident (a). Comme dans le cas précédent, le seul constat d'une volonté de protection du faible ne masque guère que les moyens employés pour parvenir à cet objectif sont insatisfaisants (b).

a – *Tendance à l'admission du dol incident*

438. – Généralités. L'exigence du caractère déterminant du dol. L'article 1116 alinéa 1^{er} du Code civil est clair : « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Le dol doit ainsi avoir été déterminant du consentement¹⁵⁷¹, de telle sorte que, fondé sur une erreur provoquée, celui-ci soit vicié et donc inefficace.

439. – Substance classique du caractère : uniquement le dol principal. Cette question de la « *causalité du dol* » fut floue jusqu'à Pothier¹⁵⁷², qui formula clairement la solution qui s'imposera : « *Il n'y a que le dol qui a donné lieu au contrat qui puisse donner lieu à la rescision ; c'est-à-dire, le dol par lequel l'une des parties a engagé l'autre à contracter, qui n'aurait pas contracté sans cela* »¹⁵⁷³. Aussi, le vice du consentement n'est constitué que lorsqu'il est déclencheur de la décision de contracter ou de ne pas le faire. Le dol incident n'existe donc pas, en tant que tel¹⁵⁷⁴. Il n'engendre classiquement, pour ces raisons, que l'allocation, le cas échéant, de dommages et intérêts. Pothier l'affirmait d'ailleurs déjà

¹⁵⁷⁰ Ch. Goldie-Genicon, th. préc., n° 264, p. 323

¹⁵⁷¹ V. not. de manière très claire Cass. com., 28 juin 2005, préc. ; Cass. com., 7 juin 2011, préc.

¹⁵⁷² V. sur ce point P. Chauvel, *Le vice du consentement*, th. Paris II, 1981, n° 707, p. 259

¹⁵⁷³ R.-J. Pothier, *Œuvres complètes de Pothier*, t. I, *Traité des obligations*, Libr. Thomine et Fortic, 1821, n° 31, p. 35

¹⁵⁷⁴ V. déjà E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004 (rééd. 1937), spéc. p. 72-73 ; P. Chauvel, th. préc., nos 712 et s., p. 261 et s. ; V. en ce sens de nos jours, parmi une doctrine abondante : D. Bakouche, « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », JCP G 2012, 1425 ; V. aussi J. Carbonnier, op. cit., n° 43, p. 99 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 512, p. 257 ; H. L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 194, p. 187 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n° 197, p. 153-154 (d'une manière nuancée, sans véritablement prendre parti) ; S. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n° 364, p. 335-336 ; A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd., 2014, n° 31, p. 48-49 ; Rép. civ. Dalloz, « Dol », juin 2014 (m.a.j. 2014), nos 119 et s. ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014, n° 89, p. 74 (d'ailleurs assez fermement : « *Peu d'arrêts consacrent cette notion qui ne mérite guère d'être retenue : ou bien le consentement a été vicié, ou bien il aurait quand même été donné ; on conçoit mal un « semi » vice du consentement (...)* »).

expressément¹⁵⁷⁵. Pour une doctrine spécialiste, « *il n'est guère douteux que les rédacteurs entendirent consacrer ces idées* »¹⁵⁷⁶. L'on en trouve une confirmation à la lecture de la doctrine éminente du XIX^e siècle, et notamment dans les écrits de Demolombe¹⁵⁷⁷.

440. – Critiques contemporaines (en faveur de la reconnaissance du dol incident). L'histoire du dol incident est tourmentée¹⁵⁷⁸. De nos jours, à la suite de Ripert et Boulanger¹⁵⁷⁹, une doctrine contemporaine autorisée partage une vision critique de la distinction entre dol principal et dol incident. Autrement dit, l'on trouve une vision enthousiaste de la notion de dol incident. Celui-ci devrait ainsi engendrer les conséquences du dol vice du consentement le plus classique¹⁵⁸⁰. Cette doctrine fait notamment valoir que la distinction serait artificielle¹⁵⁸¹, tout dol devant entraîner la nullité. Voire : elle constituerait un véritable « *contresens historique* »¹⁵⁸². Les prétoires ont pu en donner de percutantes consécutions¹⁵⁸³, en affirmant, notamment, que « *la cour d'appel qui retient souverainement que les éléments dissimulés par le vendeur étaient déterminants pour l'acquéreur qui aurait à tout le moins acquis à un prix inférieur s'il avait connu la situation exacte, en déduit exactement l'existence d'une réticence dolosive entraînant la nullité de la vente* »¹⁵⁸⁴. Ce courant jurisprudentiel apparaît encore faible¹⁵⁸⁵. Pourtant, la doctrine la plus autorisée a tendance à se laisser convaincre par l'existence d'un renversement du principe¹⁵⁸⁶. En outre, il est vrai que les projets de réforme semblent consacrer l'admission du dol incident¹⁵⁸⁷. Néanmoins,

¹⁵⁷⁵ A la suite immédiate des propos précités : « *tout autre dol qui intervient dans les contrats donne seulement lieu à des dommages et intérêts pour la réparation du tort qu'il a causé à la partie qui a été trompée* » (R.-J. Pothier, op. cit., n° 31, p. 35).

¹⁵⁷⁶ P. Chauvel, th. préc., n° 780, p. 282

¹⁵⁷⁷ V. not. Ch. Demolombe, *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Libr. A. Durand et L. Hachette, 2^{ème} éd., 1870, spéc. nos 175 et s., p. 158 et s. (qui consacre quelques développements à la question du dol incident. Pour l'auteur, il n'y a aucun doute : l'art. 1116 souligne que, sans les manœuvres, « *l'autre partie n'aurait pas contracté ; ce qui ne veut pas dire : n'aurait pas contracté aux mêmes conditions, mais bien : n'aurait pas contracté du tout* » (ibid., n° 175, p. 158). Il juge la solution logique et sûre. Il distingue très bien, tout en soulignant les difficultés de qualification qui peuvent exister, entre « *ce qui fait naître l'idée et l'intention de contracter* » (ibid.) et ce qui tend à « *modifier, d'une manière désavantageuse, les conditions du contrat* » (ibid.).

¹⁵⁷⁸ V. sur ce point P. Chauvel, th. préc., nos 775 et s., p. 281 et s.

¹⁵⁷⁹ V. not. sur ce point P. Chauvel, Rép. civ. Dalloz, « Dol », juin 2014 (m.a.j. 2014), spéc. n° 121. Le dol incident est aussi répréhensible qu'un dol principal, dans la mesure où l'on ne saurait distinguer le consentement des conditions qu'il renferme et qui semblent être, au demeurant, sa substance même. L'impulsion date véritablement de l'alliance des deux auteurs. En effet, auparavant, au sein du même ouvrage, le dol incident était encore considéré comme une simple cause d'allocation d'une « *indemnité* », sans nullité (M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 11^{ème} éd., 1931, n° 1067, p. 406).

¹⁵⁸⁰ V. not. J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 576, p. 555 et s. ; V. aussi, dans le même sens (mais beaucoup moins vigoureusement) B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986, nos 445-446, p. 155-156 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, n° 135, p. 128 et n° 138, p. 130 (*in fine*, en fin d'analyse de la sanction, et à l'endroit du dol incident : « *C'est parce que la victime peut plus aisément se contenter d'une indemnité au cas où le dol l'a conduite à contracter seulement à des conditions plus défavorables que le dol est alors qualifié parfois d'incident, mais rien n'empêcherait, même dans ce cas, la victime de demander et d'obtenir l'annulation du contrat* ») ; *Addé* J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, n° 214, p. 196-197 (sans prendre parti, mentionnant ces actuelles critiques).

¹⁵⁸¹ V. not., outre les réf. préc., P. Chauvel, th. préc., spéc. nos 793 et s., p. 286 et s.

¹⁵⁸² P. Chauvel, th. préc., n° 794, p. 286

¹⁵⁸³ V. not. les importants propos de P. Chauvel, th. préc., nos 795 et s., p. 286 et s.

¹⁵⁸⁴ Cass. 3^e civ., 22 juin 2005 (04-10.415) : Bull. civ. III, n° 137 ; CCC 2005, n° 186, note L. Leveneur ; RDC 2005, p. 1025, obs. Ph. Stoffel-Munck ; V. aussi Cass. com., 7 juin 2011 (10-13.622) : Bull. civ. IV, n° 91 ; D. 2011, p. 2579, obs. M. Cartier-François ; CCC 2011, n° 208, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2011, p. 533, obs. B. Fages ; RDC 2011, p. 1148, note Y.-M. Laithier (« *le caractère déterminant de l'information litigieuse sur les conditions de la vente* » n'ayant pas été établi).

¹⁵⁸⁵ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, op. cit., n° 197, p. 154

¹⁵⁸⁶ V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 238, p. 249 (et not. : « *Longtemps favorable à la solution classique, la jurisprudence semble admettre aujourd'hui que l'existence d'un dol incident suffit à fonder la nullité du contrat* »).

¹⁵⁸⁷ V. not. Chancellerie III (2013), art. 38 : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* » (formulation reprise par l'art. 1130 du projet Chancellerie IV (2015)). Souhaitons que ni cette solution ni sa formulation ne soient retenues. L'on préférerait encore la formulation du projet précédent, qui n'évoquait que « *des conditions différentes* », plus claire et qui n'appellerait pas un contentieux futile sur la définition du « *substantiellement* » différent ou non (Chancellerie II (2009), art. 45 ; reprise de

nous ne partageons guère ces positions.

b – Une protection insatisfaisante

441. – Adhésion de prime abord, car volonté de protection de parties faibles. Bien sûr, l'on saluera d'abord cette position tendant à l'effacement de la distinction, dans la mesure où elle semble servir la protection de la partie faible au point de vue informationnel. En effet, un tel contractant à qui de mauvaises informations ont été transmises (ou de bonnes informations, retenues) doit être protégé de la même manière, selon que celles-ci l'ont déterminé à conclure pour le tout, ou à conclure selon certaines modalités. Tromper peu ou complètement n'est jamais qu'abolir la pleine faculté de jouissance de son libre arbitre chez une partie dont on a alors profité de la faiblesse informationnelle, le cas échéant. Au-delà, la démarche est critiquable.

442. – Davantage une déformation de fortune, qu'une évolution salutaire. L'analyse semble révéler qu'il s'agit encore ici, au fond, d'une déformation du dol, faute de mieux, parce que ses conditions, pourtant limpides, contenues dans le Code civil sont apparues trop restreintes pour protéger efficacement des parties faibles en position de vulnérabilité informationnelle. Passé l'argument d'une plus grande justice que l'abolition de la distinction sert probablement, et qui constitue l'essentiel de la justification de ce courant, il n'en reste donc pas moins que le dol est profondément déformé.

443. – Le dol incident est davantage une faute indemnifiable qu'un vice du consentement. Les prescriptions de Pothier sont, comme on l'a vu, anciennes¹⁵⁸⁸. Il est vrai que si l'on conteste simplement avoir contracté à des conditions différentes en raison d'un dol, il s'agit davantage d'un préjudice réparable causé par une faute que d'un vice du consentement¹⁵⁸⁹. En effet, ce dernier implique l'éradication de l'acte en vertu d'un consentement trop malade pour engendrer des effets. Au vrai, ce qui nous semble décisif, c'est de ne pas contribuer à une certaine démarche d'élargissement des vices du consentement, en décalage avec ce qui nous apparaît comme devant représenter leur terrain d'élection. De nos jours, frappée par la mutation des protections du consentement, la solution ne doit pas inexorablement s'orienter vers les vices du consentement, qui sont et doivent rester des techniques curatives, sanctionnant un vice grave, et dûment caractérisé.

444. – Généralisation de l'option dont dispose la victime de dol. L'abolition de la distinction est encore insatisfaisante, au plan du choix accordé par la jurisprudence à la victime du dol (classiquement principal), entre une action en nullité classique et celle tenant simplement à une indemnisation¹⁵⁹⁰. En

l'art. 51 du projet Chancellerie I (2008) ; inspiré des prescriptions de l'Avant-projet Catala, art. 1111-1).

¹⁵⁸⁸ R.-J. Pothier, op. cit., n° 31, p. 35

¹⁵⁸⁹ V. ainsi les nombreuses réf. citées par D. Bakouche, art. préc.

¹⁵⁹⁰ Pour « l'option » reconnue à la victime du dol : V. not. Cass. com., 27 janv. 1998 (96-13.253) : RTD civ. 1998, p. 904, obs. J. Mestre : « la victime d'un dol peut, à son choix, faire réparer le préjudice que lui ont causé les manœuvres de son cocontractant par l'annulation de la convention et, s'il y a lieu, par l'attribution de dommages-intérêts ou simplement par une indemnisation pécuniaire qui peut prendre la forme de la restitution de l'excès de prix qu'elle a été conduite à payer » ; V. aussi Cass. com., 15 janv. 2002 (99-18.774) : Dr. et patr. avr. 2002, p. 92, obs. F. Chabas ; RTD civ. 2002, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages : « la victime de manœuvres dolosives peut exercer, outre une action en annulation du contrat, une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du dommage qu'elle a subi ».

effet, ne plus distinguer entre dol principal et dol incident, c'est ainsi retenir dans l'ensemble des cas une faculté de choix pour la victime. L'on voit bien ici en quoi l'admission du dol incident est plus une question de principe que de pratique. En effet, l'on comprend bien que le dol incident doive être sanctionné, et que le considérer comme un véritable dol consiste à dire qu'il est également condamnable. Mais, au plan pratique, cela ne fonctionne pas. Observons.

445. – Effet néfaste : le dol incident peut entraîner la nullité. Est-ce bien pertinent que la nullité puisse être prononcée suite à un dol incident, tout autant que consécutivement à un dol principal ? Si la volonté est de protéger le faible, l'on oublie alors qu'il s'agit souvent de contrats qui lui sont nécessaires. Même ! Au-delà de cette hypothèse, il n'est pas économiquement souhaitable qu'un contrat dont seules les modalités sont biaisées en raison d'un dol puisse être éradiqué. L'on sait bien le poids de la nullité, et elle ne devrait être réservée qu'aux cas extrêmes.

446. – Limite de l'artifice : le préjudice reste adapté au type de dol subi. Si le dol incident est un dol égal au dol principal, alors il ne peut être moins sanctionné. Pour autant, la perte de chance indemnisable, en cas de seul recours en indemnisation (et non en nullité), varie selon qu'il s'agit d'un dol principal ou incident. C'est ce que la Haute Cour a pu affirmer, en énonçant, dans le cas d'un dol incident, qu'il y avait lieu d'indemniser non pas la perte d'une chance de ne pas contracter, mais uniquement la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses¹⁵⁹¹. C'est dire que la distinction ne peut être véritablement dissoute. Peut-être que l'apparence artificielle de la séparation de ces deux types de dol est en réalité plus ectoplasmique que pragmatique.

447. – Une admission voilée de la lésion ? Comme le souligne brillamment M. Chazal, ne peut-on pas distinguer ici, au surplus, une forme d'admission voilée de la lésion¹⁵⁹² ? L'on partage le fond de l'analyse consistant à remarquer la déformation de mécanismes classiques du droit des contrats à certaines fins de protection. L'on ne rejoint pas, en revanche, le reste de l'analyse. En effet, nous ne pensons pas que la solution tend à rendre proportionnées les obligations contractuelles (c'est-à-dire à le rééquilibrer, comme c'est le but de la lésion), mais qu'elle vise à sanctionner une situation de faiblesse informationnelle à laquelle le contractant *qui savait* devait remédier. Si le résultat est certes le même ici, la ligne directrice est différente. On le voit donc bien, s'offusquer de la déformation du dol n'est pas qu'une affaire de principes : ses effets néfastes sont concrets et vérifiables.

¹⁵⁹¹ Cass. com., 10 juil. 2012 (11-21.954) : D. 2012, p. 2772, note M. Caffin-Moi ; Rev. sociétés 2012, p. 686, note B. Fages ; RTD civ. 2012, p. 725, obs. B. Fages ; ibid., p. 732, obs. P. Jourdain (« la société Parsys ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, la cour d'appel a violé les textes susvisés »).

¹⁵⁹² J.-P. Chazal, th. préc., nos 291 et s.

B – La déformation de l'erreur

448. – Plan. L'erreur aussi est malmenée pour assouvir quelques volontés prétoriennes de protection de parties faibles, parfois, au demeurant, seulement supposées telles. Elle est moins atteinte, cependant, dans ses caractères que dans son champ d'application. En effet, la transgression qui s'observe à son égard concerne essentiellement des extensions pourtant classiquement et heureusement prosrites. L'on distingue pour autant des cas d'admission d'erreurs sur la rentabilité (1), ou, pire encore, d'erreurs directes sur le droit (2).

1 – L'erreur sur la rentabilité

449. – Un vent d'admission de l'erreur sur la rentabilité. L'on a vu que la Haute Cour semblait avoir parfois manifesté une certaine volonté d'admettre l'erreur sur la rentabilité économique comme vice du consentement, au moins en matière de franchise. La solution surprend, d'abord. En effet, l'on a à l'esprit que, quelques mois plus tôt et sur le fondement de l'erreur, une position parfaitement opposée était martelée dans un contexte guère si lointain¹⁵⁹³. Outre ce qui a déjà été souligné¹⁵⁹⁴, l'on voit que ce vice du consentement est désarticulé, pour assouvir ce qui semble être une volonté de protection de la partie faible.

450. – Une sanction détournée de l'erreur sur la valeur ? Comme il a été largement relevé dès l'arrêt du 4 octobre 2011, une telle erreur sur la rentabilité confine à l'admission de l'erreur sur la valeur¹⁵⁹⁵, que l'on sait pourtant enseignée classiquement comme indifférente¹⁵⁹⁶. Pourquoi ? Parce que la reconnaissance très limitée de la lésion n'est pas destinée à être utilement contournée par la découverte d'une erreur sur la valeur¹⁵⁹⁷. La Cour de cassation court-circuite le problème, en affirmant qu'il s'agit là non pas directement d'une erreur sur la valeur, mais d'une erreur sur la substance¹⁵⁹⁸. La solution n'est pour autant pas davantage satisfaisante sous cet axe.

451. – L'affirmation (le prisme ?) d'une erreur sur la substance. Il y aurait une erreur substantielle sur la rentabilité, selon les juges. Tout lien avec une erreur sur la valeur n'est pourtant pas rompu : songeons à la solution classique qui retient que « *L'erreur sur la valeur est une cause de nullité lorsqu'elle est*

¹⁵⁹³ Cass. 3^e civ., 31 mars 2005 (03-20.096) : Bull. civ. III, n° 81 ; JCP G 2005, I, 194, obs. Y.-M. Sérinet ; V. aussi ultérieurement : Cass. 2^e civ., 8 oct. 2009 (08-18.928) : Bull. civ. II, n° 239 ; JCP G 2009, 574, obs. Y.-M. Sérinet ; RDC 2010, p. 39, obs. Th. Genicon : « *L'appréciation erronée de la rentabilité économique de l'opération n'était pas constitutive d'une erreur sur la substance de nature à vicier le consentement (de la société concernée) à qui il appartenait d'apprécier la valeur économique et les obligations qu'elle souscrivait* ».

¹⁵⁹⁴ V. *supra* nos 338 et s.

¹⁵⁹⁵ Sur laquelle V. not. G. Goubeaux, « À propos de l'erreur sur la valeur », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389 et s.

¹⁵⁹⁶ Solution des plus classiques. V. not. J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, Rép. civ. Dalloz, « Erreur », sept. 2006 (m.a.j. 2014), nos 219 et s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 220, p. 232 et s. ; J. Ghestin, op. cit., n° 511, p. 474 ; H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 164, p. 163 ;

¹⁵⁹⁷ V. par ex., sur ce lieu commun : J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 203, p. 181 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, op. cit., n° 180, p. 138

¹⁵⁹⁸ Alors qu'une doctrine autorisée use du point de vue de la gestion et de la finance pour distinguer entre la rentabilité et la valeur et, dès lors, démontrer qu'il ne s'agirait pas là d'une erreur sur la valeur : B. Fages, obs. sous Cass. com., 12 juin 2012, préc.

la conséquence d'une erreur sur les qualités substantielles »¹⁵⁹⁹. L'erreur sera ainsi substantielle, si elle n'est pas la résultante d'« une appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes »¹⁶⁰⁰. Cette qualification devient alors la clef de voûte du raisonnement, et presque l'enjeu de l'affaire. Or, la lecture des décisions révèle que ce même rattachement à l'erreur substantielle est produit par tous les arrêts plus ou moins clairement¹⁶⁰¹. Bien sûr, serait-on tenté de répondre ; puisqu'il n'y a manifestement pas ici ni d'erreur obstacle, ni d'erreur sur la personne, seules autres erreurs admises plus ou moins largement. Dès lors, admettre une telle erreur revenait à l'assigner au rang des erreurs substantielles. Y avait-il seulement une telle erreur ?

452. – La constatation d'une erreur sur la substance ? Il ne semble guère y avoir d'erreur substantielle en matière de rentabilité, au moins dans les affaires examinées, et surtout dans celle du 4 octobre 2011. La rentabilité économique, à savoir le gain attendu du lancement d'une affaire, ne correspond ni à la substance matérielle de l'objet du contrat, ni à ses qualités substantielles¹⁶⁰². Elle ne participe pas de ces éléments « dont l'absence dénaturerait la chose à un point tel qu'elle serait autre chose »¹⁶⁰³. Bien sûr, la rentabilité est au cœur des motivations conduisant au contrat de franchise. Mais elle n'est pas assimilable à son objet, à ses données¹⁶⁰⁴. Elle ne peut véritablement constituer la substance du contrat¹⁶⁰⁵. En définitive, l'erreur portant sur la rentabilité est bien davantage une erreur sur la valeur, indifférente : une « erreur directe sur la valeur »¹⁶⁰⁶. Et le prisme de l'erreur substantielle ne peut être invoqué pour rendre cette erreur sanctionnable : elle ne concerne plus vraiment le contrat, mais des données qui lui sont extrinsèques¹⁶⁰⁷. Cette prétendue erreur sur la rentabilité est donc soit un dol, car

¹⁵⁹⁹ J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, op. cit., spéc. nos 220 et s. (n° 220, pour la formule). V. aussi H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., nos 164 et s., p. 163 et s.

¹⁶⁰⁰ J. Ghestin, op. cit., n° 512, p. 475 (« Il n'y a erreur sur la valeur qu'en présence d'une appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes. Dans cette hypothèse, en effet, il n'apparaît aucun élément substantiel qui permette de la distinguer de la lésion. En revanche, lorsque le déséquilibre des prestations provient d'une erreur sur une donnée objective de l'appréciation faite par l'une des parties, un élément supplémentaire s'ajoute à la lésion. Si cette donnée inexacte était une qualité substantielle de l'objet, le contrat peut-être annulé »). Dans sa thèse, J. Ghestin l'expliquait par une autre formule, identiquement sensée : il convient de juger « si l'erreur a porté sur les données matérielles (...) ou seulement sur des appréciations subjectives. Dans la première hypothèse, l'erreur justifie l'annulation parce qu'elle porte sur la substance du contrat ; dans la seconde, elle est dépourvue de toute efficacité parce qu'elle atteint directement la valeur de l'objet » (*La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. Boulanger, LGDJ, 2014 (réed. 1971), n° 72, p. 80).

¹⁶⁰¹ V. not. Cass. com., 4 oct. 2011, préc., où l'on trouve expressément visée « une erreur substantielle sur la rentabilité économique » ; V. aussi Cass. com., 12 juin 2012, préc. ; Cass. com., 1^{er} oct. 2013, préc.

¹⁶⁰² La distinction est aisée : prenons l'ex. des œuvres d'art. L'on comprend bien que l'auteur de l'œuvre est une qualité substantielle, en ce sens qu'elle détermine une part de la valeur de l'œuvre elle-même. La rentabilité économique d'une franchise, quant à elle, se comprend tout à fait différemment : elle est un effet du contrat, que tout l'aléa de l'avenir conditionne, mais en rien une qualité substantielle de ce contrat.

¹⁶⁰³ Ph. Malinvaud, « De l'erreur sur la substance », D. 1972, p. 217

¹⁶⁰⁴ Malgré certains développements aiguisés tentant d'établir sur ce point une nuance explicative de la solution : V. not. les obs. de N. Dissaux et Th. Genicon sous l'arrêt du 4 oct. 2011, préc.

¹⁶⁰⁵ Contrairement, par ex., à une erreur sur le savoir-faire transmis : ceci étant bel et bien une qualité substantielle, l'erreur est possible car le lien est établi entre la substance et la rentabilité, par le prisme d'une qualité qui participe de cette dernière. Or, en l'espèce, rien de tel n'était constaté, il semblait s'agir d'une pure erreur sur la rentabilité.

¹⁶⁰⁶ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 203, p. 182, qui synthétisent d'ailleurs très bien la distinction par cette idée d'erreurs directe et indirecte sur la valeur : « En d'autres termes, la seule erreur qui ne soit pas sanctionnée est l'erreur directe sur la valeur, c'est-à-dire [reprenant J. Ghestin] « l'appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes » : et ce, par opposition à l'erreur indirecte, où la méprise a porté, d'abord, sur les données. Celui qui, possédant un tableau de maître et le sachant tel le vend néanmoins un prix infime parce qu'il n'a aucune idée des cours, commet, sur la valeur, une erreur directe ; il ne peut pas agir en nullité. Celui qui conclut l'opération au même prix parce qu'il croit vendre une copie commet, sur la valeur, une erreur indirecte due à son erreur sur la substance ; il peut faire annuler son contrat ».

¹⁶⁰⁷ Pour prolonger l'exemple du tableau qui vient d'être cité, à l'aune de la rentabilité, l'on constate bien que l'échec invoqué not. dans l'arrêt du 4 oct. 2011 est bien davantage dû à une ignorance « des cours » (dès lors pas sanctionnable) qu'à la croyance qu'il « vend une copie » (sanctionnable) : l'erreur ne portait pas sur les qualités substantielles. V. pour une présentation générale claire de cette nuance : S. Bros et Ch. Larroumet, op. cit., n° 352, p. 316-317

des informations déterminantes ont été sciemment cachées ou mensongèrement exposées ; soit un manquement à une obligation d'information, le cas échéant¹⁶⁰⁸. Il n'y a pas d'autres possibilités. Faire de la rentabilité une condition déterminante de l'engagement est impossible, devant l'aléa qui imprègne si profondément la franchise¹⁶⁰⁹. Et l'aléa, précisément, chasse l'erreur. En outre, l'appellation donnée ou la catégorie invoquée n'y changeront rien : ce sont bien les effets d'une telle solution qui sont à craindre, nullement le nom qu'on lui prête. Il aurait été un peu moins destructeur d'attribuer à l'erreur sur la rentabilité une autonomie, à l'instar de l'erreur sur la substance. L'on aurait ainsi évité de laisser croire que les juges n'osaient pas aller jusqu'au bout de l'audace qui imprègne indubitablement de telles solutions.

453. – Une appréciation au cours de l'exécution du contrat. Ne sont-ce pas ici les résultats obtenus par le franchisé qui servent de fondement à l'admission de l'erreur ? Des éléments postérieurs au contrat sont ainsi retenus pour établir le vice du consentement. Voilà que l'erreur n'est plus exclusivement appréciée au stade de la formation du contrat, alors même qu'il entend protéger le consentement nécessairement donné à cette période. Le consentement pourrait-il devenir vicié, après son expression¹⁶¹⁰ ? L'on a pu rétorquer que la preuve de cette erreur peut très bien être établie par des éléments postérieurs à la conclusion¹⁶¹¹. Soit, mais cela revient au même : ici, la représentation de la réalité n'était pas fautive au moment de conclure, elle l'est prétendument devenue en cours d'exécution, au vu des résultats de la franchise.

454. – L'aléa ne chasse-t-il plus l'erreur ? L'on sait bien que l'aléa qui émane d'un contrat exclut classiquement qu'il puisse y avoir eu une erreur vice du consentement. Or, ne peut-on pas le distinguer relativement clairement, notamment dans l'arrêt du 4 octobre 2011 ? C'est que le décalage entre les prévisionnels et les résultats concrètement obtenus ne traduit rien d'autre que la cristallisation d'un puissant aléa, intrinsèque à tout lancement d'activité, particulièrement en matière de franchise. Or, *l'aléa chasse l'erreur*. Observons.

455. – L'aléa : un prétexte ? D'aucuns prétendirent que la notion d'aléa aurait ici « *bon dos : s'il n'empêche pas le franchiseur d'appâter les candidats à la franchise en leur faisant miroiter des perspectives de gain, comment pourrait-il l'empêcher d'assumer ses responsabilités ? Il faut ou bien se taire sur l'avenir, ou bien se tenir prêt à répondre de ses prévisionnels* »¹⁶¹². Deux choses. D'abord, il est peu convaincant que le doute existe encore en ce qui concerne une prétendue déloyauté du franchiseur, alors même que la différence entre les prévisionnels et les chiffres réalisés est abyssale. La diligence du franchisé n'aurait donc aucun

¹⁶⁰⁸ Dans l'espèce du 4 oct. 2011, le franchisé invoquait des « *insuffisances ponctuelles dans la documentation fournie* ». La Haute Cour reproche aux juges du fond, « *après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire* », de ne pas avoir recherché « *si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise* ». Or, il nous semble qu'il ne pouvait y avoir d'erreur vice du consentement, puisque le référentiel de celle-ci serait prétendument les lacunes de la documentation fournie. Si l'erreur provenait de tels documents erronés, alors elle devenait provoquée et n'était plus spontanée. A retrancher l'intention, il y aurait eu, par ailleurs, manquement à l'obligation d'information. En un mot, pas d'erreur vice du consentement.

¹⁶⁰⁹ Ce qui n'était pas, de toute façon, le cas en l'espèce.

¹⁶¹⁰ Et non pas seulement l'appréciation du vice, nécessairement postérieure, mais situant le curseur au moment de l'acte.

¹⁶¹¹ N. Dissaux, obs. sous Cass. com., 4 oct. 2011, préc.

¹⁶¹² N. Dissaux, *ibid.*

rapport avec la réussite de sa propre entreprise¹⁶¹³ ? Par ailleurs, soit. Mais quel rapport avec l'erreur ? Une fois encore, le dol ressurgit bien davantage que l'erreur. Tenter de faire ainsi assumer ses responsabilités au franchiseur, pour avoir transmis des informations apparemment exagérées, par le biais de l'erreur en est précisément une.

456. – Le caractère inexcusable de l'erreur bafoué ? La remarque sera brève ici, car elle renvoie aux développements déjà construits sur ce point. Rappelons tout de même que, même à admettre l'erreur, il reste indubitable, et encore une fois d'une manière particulièrement forte dans l'espèce du 4 oct. 2011, que celle-ci n'avait rien d'excusable. Ainsi, il n'est guère certain que de véritables parties faibles aient été protégées par ce mouvement pourtant destiné, semble-t-il, à protéger le faible. Voici donc qu'employer le dol, ou dans l'idéal un système de protection de la partie faible en droit commun, aurait évité de travestir inutilement la notion d'erreur, déjà fortement troublée. L'erreur est donc déformée, pour protéger des faibles qui n'en sont guère. L'inadéquation du mouvement est donc double.

2 – *L'erreur de droit*

457. – Plan. L'erreur de droit suppose deux facettes distinctes, dont l'une seulement est problématique. C'est ainsi que, si l'erreur indirecte de droit est somme toute une erreur tout à fait admise (a), l'erreur directe de droit, classiquement et salutairement refusée, tend parfois à être admise, en outre de manière hautement critiquable (b).

a – *L'erreur indirecte de droit*

458. – L'erreur indirecte de droit est admise, comme l'erreur de fait. « *Il n'y a pas de différence entre le régime de l'erreur de droit et celui de l'erreur de fait* »¹⁶¹⁴. Et pour cause : l'erreur sur la substance est admise en ce qu'elle sanctionne une grave confusion entre le vrai et le faux, peu importe que cette méprise ait trouvé son origine dans des éléments factuels ou juridiques. Ceci date du droit romain¹⁶¹⁵, a été repris par Domat puis pérennisé par la doctrine jusqu'à nos jours¹⁶¹⁶. Concrètement, cette erreur implique une méprise sur « *l'existence, la nature ou l'étendue des droits qui ont fait l'objet du contrat* »¹⁶¹⁷. Les

¹⁶¹³ L'erreur spontanée sur la rentabilité en matière de franchise est tout bonnement impossible, l'opération étant trop empreinte d'aléa : la réussite d'un concept ou d'un groupe ne signifie pas mathématiquement la réussite d'une franchise, conditionnée à l'addition d'une multiplicité d'autres facteurs.

¹⁶¹⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., n° 499, p. 248 ; V. aussi G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 128, p. 120 ; H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 172, p. 171 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, op. cit., n° 183, p. 141

¹⁶¹⁵ V. sur ce point les travaux de thèse de P. de Place, *De l'erreur dans les conventions de droit privé*, th. Paris, 1859, spéc. p. 33 et s. (droit romain où existent déjà, en substance, les conditions tenant à l'excusabilité d'une telle erreur : « *Chacun est présumé avoir une certaine connaissance du droit, non pas la science du jurisconsulte, mais la connaissance que toute personne peut acquérir par elle-même, ou en consultant un jurisconsulte. En conséquence, l'erreur de droit peut être invoquée (...)* », mais uniquement, à l'époque, dans un certain nombre de cas listés par l'auteur). L'on a également pu le soutenir clairement : « *C'est parce que les jurisconsultes considèrent l'erreur de droit comme inexcusable qu'en général ils déclarent qu'elle nuit à celui qui la commet (...). Cette règle est vraie en tant que consacrant le principe de l'inexcusabilité de l'erreur de droit, mais elle n'est point absolue et ses applications cessent où cesse l'idée qu'elle consacre (...). Quand l'erreur de droit sera excusable, quand elle portera par exemple sur une question controversée qui peut tromper autant qu'une erreur de fait les gens les plus sages et les plus prudents, on devra protéger celui qui l'a commise. L'esprit des textes le veut ainsi* » (M. Jouve, *Des vices de la volonté dans le contrat en droit romain et en droit français*, th. Aix, 1879, p. 26-27).

¹⁶¹⁶ V. not. sur ce point et en ce sens R. Decottignies, « L'erreur de droit », RTD civ. 1951, spéc. p. 309-310, n° 3 (et les réf. citées).

¹⁶¹⁷ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 200, p. 179-180 ; V. déjà R. Decottignies, art. préc., p. 313 et s., nos 9 et s.

exemples topiques proviennent essentiellement de la matière successorale¹⁶¹⁸, mais pas uniquement¹⁶¹⁹.

459. – Pas de difficulté particulière. La solution nous paraît satisfaisante. D’abord, elle semble fondée, notamment sur une interprétation *a contrario* de règles très ponctuelles excluant l’erreur de droit¹⁶²⁰. Faisant figure d’exceptions expresses, le principe apparaît tacitement¹⁶²¹. Par ailleurs, il n’y a guère d’atteinte à la célèbre maxime selon laquelle *nul n’est censé ignorer la loi*. Ici, nul ne tente d’invoquer l’ignorance de la loi pour échapper à son application. Cette invocation est destinée à démontrer qu’un vice du consentement rend la convention nulle, précisément en application de la loi¹⁶²². En outre, elle n’est ici qu’indirecte, puisqu’elle porte bien davantage sur le *droit du contrat*, autrement dit les droits contenus dans le contrat, et non ceux de la loi en tant que tels¹⁶²³.

b – L’erreur directe de droit

460. – L’erreur directe de droit : exclusion de principe. Une autre question est bien différente. Comme l’affirment M. Savaux, « *Reste, au contraire, indifférente l’erreur sur les effets que le contrat doit produire (...) : elle ne concerne pas alors l’objet du contrat ; a fortiori est-elle étrangère à la substance de cet objet. Mais la distinction entre cette dernière hypothèse et les précédentes est souvent subtile* »¹⁶²⁴. Il est vrai que la distinction peut s’avérer malaisée. Mais la frontière existe bel et bien, entre l’erreur « indirecte » de droit, admise, qui consiste à se tromper sur le droit qui naît du contrat ; et l’erreur « directe » de droit, rejetée¹⁶²⁵, qui consiste à se méprendre sur le droit qui, précisément, s’applique à ces droits nés du contrat¹⁶²⁶.

461. – L’erreur directe de droit : vers l’admission ? La Haute Cour a néanmoins, ponctuellement, paru briser cette solution élémentaire. C’est ainsi qu’elle a admis une telle erreur directe de droit, de manière assez limpide, dans un arrêt du 24 mai 2000¹⁶²⁷. Un propriétaire avait émis une offre de vente à

¹⁶¹⁸ V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 224, p. 236-237 (et les ex. cités)

¹⁶¹⁹ V. not. les réf. citées par H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 172, p. 171

¹⁶²⁰ P. de Place le relèvait déjà il y a longtemps (th. préc., spéc. p. 71-72). D’abord, il est vrai que le Code civil ne distingue pas : il n’y a donc pas lieu de distinguer. Ensuite, les solutions des art. 2052 C. civ. (transaction) et 1356 C. civ. (aveu judiciaire), qui proscrivent l’erreur de droit, apparaissent comme des solutions spéciales, dérogeant donc à un principe général contraire.

¹⁶²¹ V. not. en ce F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 224, p. 237

¹⁶²² V. en ce sens not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 224, p. 236 ; *Adde* H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 172, p. 172

¹⁶²³ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, loc. cit.

¹⁶²⁴ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, loc. cit.

¹⁶²⁵ V. not. Ghestin et Y.-M. Sérinet, Rép. civ. Dalloz, « Erreur », sept. 2006 (m.a.j. 2014), nos 190-191, synthétisant la question : « *Bien que, de façon générale, l’erreur de droit soit assimilée à l’erreur de fait, certaines décisions refusent d’annuler le contrat en imposant deux séries de limites à sa prise en considération. Il en va ainsi, en premier lieu, lorsque l’une des parties fait état d’une mauvaise compréhension des conséquences juridiques de son engagement. Depuis longtemps, la Cour de cassation considère qu’un acte juridique ne saurait être annulé pour cause d’erreur de droit pour la seule raison que son auteur l’aurait accompli dans l’ignorance des conséquences qui devraient en découler inéluctablement aux termes d’une disposition impérative de la loi, mais sans que sa méprise ait porté, soit sur les qualités substantielles de la chose, soit sur la cause juridique de cette opération* » (et les autres réf. jurisprudentielles citées).

¹⁶²⁶ C’est ainsi que l’emprunteur qui invoque l’erreur de droit pour démontrer qu’il ignorait que les obligations nées d’un prêt se prolongeraient, quand même le bien objet du prêt serait volé, est débouté (Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1989 (88-12.665) : Bull. civ. I, n° 240 ; D. 1989, p. 338, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1989, p. 742, obs. J. Mestre). Outre qu’une telle erreur ne semble guère excusable, elle implique de s’émanciper, sous des conditions d’ignorance, de l’application de loi applicable au crédit, et non en tant que tel des obligations nées du contrat. Cette erreur *directe* de droit est donc refusée.

¹⁶²⁷ Cass. 3^e civ., 24 mai 2000 (98-16.132) : Bull. civ. III, n° 114 ; D. 2001, p. 1135, obs. D. Mazeaud ; D. 2002, p. 926, obs. O. Tournafond ; *ibid.*, p. 472, obs. S. Amrani-Mekki ; JCP G 2000, II, 10494, note C. Duvert ; RTD civ. 2000, p. 824, obs. J. Mestre et B. Fages ; V. déjà Cass. 3^e civ., 5 juil. 1995 (92-20.425), Bull. civ. III, n° 174 ; RDI 1996, p. 80, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-

destination de son locataire, dans la croyance erronée que ce dernier bénéficiait, en vertu de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975, d'un droit de préemption. Les juges d'appel restèrent indifférents à cette erreur. Oui, l'offre avait été émise par un propriétaire s'étant fourvoyé sur les effets de la loi. Et alors, puisqu'il y avait eu un accord des volontés sur la vente¹⁶²⁸ ? La Haute Cour casse, sans motivation. L'on en déduit inévitablement qu'elle s'oppose au refus d'une telle erreur de droit. Or, il y avait là une méprise sur le sens de la loi, directement. En ce sens, l'on détectait bien un « *nouveau type d'erreur* », en ce qu'à l'évidence « *le vendeur n'avait commis aucune erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue* »¹⁶²⁹. Ceci est hautement contestable, car ouvrant la porte à une insécurité juridique formidable.

462. – Vers l'admission d'une erreur *directe* de droit, en outre inexcusable ? L'on pourrait encore se garder d'alarmisme, en ce que, dans la solution précitée, le propriétaire, en l'occurrence particulier personne physique, avait commis une erreur dont tout indique qu'elle fut excusable. Mais ce rempart a été surmonté par un remarquable prolongement de cette jurisprudence. Dans un arrêt du 20 octobre 2010, en effet, la même troisième chambre civile a pu affirmer, dans une affaire analogue à celle qui vient d'être étudiée, que « *le caractère inexcusable de l'erreur de droit à l'origine de la notification du droit de préemption est sans incidence sur la validité de l'offre* »¹⁶³⁰. Les faits avaient, en effet, cela de différent que l'erreur en cause n'avait rien d'excusable, puisque le vendeur était un professionnel de l'immobilier. L'on s'attendait donc à ce que, même à admettre l'erreur directe de droit, celle-ci fut régie par les principes fondamentaux qui gouvernent l'erreur vice du consentement, en l'occurrence l'indifférence de l'erreur inexcusable.

463. – Appréciation critique. L'erreur *directe* de droit est une déformation guère souhaitable. Il va sans dire qu'il s'agit là d'un mécanisme de protection du faible¹⁶³¹. Avec M. Tournafond, « *On comprend bien l'idée sous-jacente des arrêts de 2000 et de 2010. On refuse de faire bénéficier d'un droit une personne qui n'en aurait jamais eu en temps normal et il est vrai qu'il y a une différence entre le fait de proposer la vente à la personne protégée qui est réellement titulaire d'un droit de préemption et le fait de la proposer à un quidam quelconque (...)* »¹⁶³². Mais, une fois encore, la fin ne justifie pas les moyens, d'autant que ceux usités ici sont très inadéquats, voire dangereux.

464. – Sécurité juridique, la défiance ouverte. D'abord, la solution pose un sérieux problème de sécurité juridique. Concrètement, admettre que l'erreur directe de droit soit une cause de nullité revient à faire échapper à la loi celui qui prétend l'ignorer, puisque lui permettant de s'émanciper d'un contrat pour la seule raison qu'il ignore les effets qui lui sont légalement dévolus. L'atteinte au principe selon

Alary-Houin ; RTD civ. 1996, p. 388, obs. J. Mestre (la Haute Cour y faisait d'ailleurs une référence à une « *erreur substantielle* », position donc ensuite abandonnée par l'arrêt de 2000, qui n'évoque aucune précision sur le type d'erreur retenu).

¹⁶²⁸ « *la totalité des locaux à usage d'habitation étant vendue, l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 écartait l'application du droit de préemption du locataire, mais que cependant il importait peu que l'offre de préemption ait été faite par suite d'une erreur qui est sans incidence sur sa validité dès lors que l'offre a été acceptée aux conditions de la vente projetée* ».

¹⁶²⁹ O. Tournafond, obs. sous Cass. 3^e civ., 24 mai 2000, préc.

¹⁶³⁰ Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010 (09-66.113) : Bull. civ. III, n^o 192 ; D. 2011, p. 279, note A. Binet-Grosclaude ; *ibid.*, p. 387, note O. Tournafond ; AJDI 2010, p. 881, obs. Y. Rouquet ; JCP G 2011, 63, obs. Y.-M. Sérinet ; Defrénois 2011, p. 271, note Ph. Malaurie

¹⁶³¹ V. not. en ce sens J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, *op. cit.*, n^{os} 183 et s.

¹⁶³² O. Tournafond, note sous Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010, préc.

lequel *nul n'est censé ignorer la loi* est donc frontale, cette fois (en l'occurrence, au principe de la force obligatoire du contrat de l'article 1134 du Code civil). A admettre la solution *lato sensu*, tout contrat devient, au reste, annulable. Se pose donc clairement la question de l'ampleur du mouvement : « *La question est évidemment de savoir jusqu'où on devra admettre désormais de telles erreurs : accueillera-t-on, par exemple, l'erreur du promettant qui regrette d'avoir vendu au bénéficiaire le bien qui a fait l'objet d'une promesse unilatérale de vente, parce qu'il ignorait que depuis quelques années la jurisprudence l'autorise à se « rétracter » jusqu'à la levée de l'option ?* »¹⁶³³. Espérons que le principe selon lequel « *l'erreur de droit consécutive à une diversité de jurisprudence et à une controverse établie ne saurait être une cause de nullité de la convention* » soit toujours d'actualité¹⁶³⁴. Ni plus ni moins, « *Consacrer l'erreur de droit inexcusable pour écarter l'application de la loi, c'est anéantir le caractère obligatoire de toute règle de droit et consacrer l'adage nihiliste nemo censetur cognoscere legem..., c'est-à-dire « nul n'est censé connaître la loi » !* »¹⁶³⁵.

465. – Existence d'alternatives préexistantes. Des alternatives au recours à cette erreur directe de droit existaient indubitablement : la cause¹⁶³⁶, l'erreur sur la personne, l'erreur-obstacle, voire l'enrichissement sans cause¹⁶³⁷... Autant de solutions imparfaitement rigoureuses, mais qui l'étaient davantage que l'erreur directe de droit.

466. – Déformation supplémentaire, l'erreur sur les motifs. A l'aune de telles solutions, il y a semble-t-il également désagrégation des catégories d'erreurs classiquement admises. En effet, ces solutions viennent frôler l'admission de l'erreur sur les motifs, pourtant indifférente¹⁶³⁸. La prise en compte de la méconnaissance de la règle de droit ayant déterminé le consentement apparaît ici, ni plus ni moins, comme un égard aux raisons intimes, aux motifs, qui ont conduit à contracter. Ce bouleversement de l'erreur est insatisfaisant, tant les erreurs indifférentes (valeur, motifs, et l'erreur directe de droit, qui devrait l'être totalement), « *dangereuses et déstabilisantes* »¹⁶³⁹, ont toutes les raisons d'être écartées.

467. – Enième dislocation du rempart de l'excusabilité de l'erreur. La critique la plus vigoureuse doit concerner l'indifférence caractérisée à l'excusabilité de l'erreur, déjà observée précédemment. Fortement regrettable¹⁶⁴⁰, cette solution mène à encadrer, dans l'espèce précitée, un professionnel de

¹⁶³³ O. Tournafond, obs. sous Cass. 3^e civ., 24 mai 2000, préc.

¹⁶³⁴ V. not. sur ce point J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, op. cit., n° 192. Il y a tout lieu de le penser. L'on trouve en effet des arrêts récents qui démontrent de l'actualité de cet évident et nécessaire principe. V. *in fine* en ce sens Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006 (05-13.337) : Bull. civ. I, n° 328 ; D. 2006, p. 1913 ; RDC 2007, p. 229, obs. C. Pérès ; RTD civ. 2006, p. 761, obs. J. Mestre et B. Fages (ne peut « être invoquée comme cause d'une erreur de droit susceptible de justifier la nullité d'un contrat, une décision judiciaire rendue, entre d'autres parties »).

¹⁶³⁵ O. Tournafond, note sous Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010, préc.

¹⁶³⁶ V. not. D. Mazeaud, obs. sous Cass. 3^e civ., 24 mai 2000, préc. (parlant d'erreur sur la cause).

¹⁶³⁷ V. not. en ce sens O. Tournafond, note sous Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010, préc.

¹⁶³⁸ Solution classique : V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 220, p. 232-233

¹⁶³⁹ O. Tournafond, note sous Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010, préc.

¹⁶⁴⁰ La solution est déjà assez classique en ce qui concerne l'erreur sur la cause. V. not. Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995 (92-10.736) : Bull. civ. I, n° 194 ; RTD civ. 1995, p. 880, obs. J. Mestre (« *l'erreur sur l'existence de la cause, fut-elle inexcusable, justifie l'annulation de l'engagement pour défaut de cause* »). L'on a d'ailleurs ici encore un bel exemple de déformation de l'erreur à des fins de protection. Alors même qu'il ressort des termes de la motivation de la Haute Cour qu'il s'agit en vérité d'absence de cause, et qu'en outre l'arrêt est uniquement fondé sur l'article 1131 du Code civil sans même qu'y soit adjoint l'article 1109 ou l'article 1110 du même code, voilà pourtant que la solution accueille cette erreur. Or, il s'agit tout simplement d'un défaut de cause, non d'une erreur quelconque. Certes, « *si la contrepartie n'existe pas, l'engagement est inexorablement nul* » (J. Mestre, obs. préc.) : mais

l'immobilier... pour protéger les droits d'un locataire. Or, ceci n'est guère convaincant. Cette forme de généralité inquiète, notamment en raison du risque de contagion qu'elle peut impliquer dans le reste du domaine de l'erreur. Bien au-delà, nous déplorerons aussi la conception minimaliste de la responsabilisation des contractants qu'elle traduit. La légitimité d'une protection du consentement doit, en effet, toujours être légitime, sous peine de pervertir jusqu'à l'idéal même d'encadrement du faible.

c'est là une question bien différente de l'admission d'une telle erreur, en outre inexcusable, sur la cause...

SECTION II : L'INVOCATION DE FONDEMENTS ERRONÉS

468. – Plan. Certaines fois, les fondements invoqués pour tenter de protéger la partie faible sont si transgressés, que l'on ne peut plus simplement parler de déformation, mais proprement de méprise sur leur adéquation. A ce titre, au moins deux constructions peuvent être invoquées. Très éloignées à de nombreux égards, le *forçage* du contrat (§I) et le détournement formaliste de l'article 1326 du Code civil (§II), se rejoignent néanmoins en ce qu'ils constituent deux courants ayant contribué directement mais improprement à protéger le consentement de la partie considérée comme faible.

§I – Le forçage du contrat

469. – Plan. Le « *forçage du contrat, (...) cette sorte d'inflation obligationnelle qui consiste à mettre dans le cadre contractuel plus qu'on n'y avait trouvé jusque-là, à assortir la convention d'engagements sous-entendus assez nombreux et assez étroits pour commander à l'éventuelle responsabilité des parties* »¹⁶⁴¹. L'on doit cette célèbre expression à Josserand¹⁶⁴². Elle vise, à partir d'un vocable traditionnellement agricole¹⁶⁴³, à décrire (dénoncer¹⁶⁴⁴) la démarche par laquelle le juge adjoint, découvre¹⁶⁴⁵, des obligations dans le contrat, alors que les parties ne se sont pas exprimées sur celles-ci¹⁶⁴⁶. Et ce, pour être d'emblée fort critique, d'une façon « *singulièrement hypothétique et divinatoire* »¹⁶⁴⁷. On pourrait donc parler de *forçage direct* lorsque le juge invoque la volonté des parties pour justifier ces adjonctions (A) ; et de *forçage indirect*¹⁶⁴⁸ lorsqu'il n'évoque plus un tel prétexte, et recourt directement aux suites que l'équité attache au contrat. Or, un tel recours à l'article 1135 pour traiter la protection de la partie faible, s'il est préférable au *forçage direct* car il ne constitue, on le verra, plus véritablement un *forçage* du contrat, n'en reste pas moins insatisfaisant (B).

A – Le forçage direct : l'invocation de la volonté des parties

470. – Rattachement artificiel à la volonté des parties. Déformation de l'article 1134. L'on ne s'attardera guère sur ces critiques fort classiques. C'est qu'il est en effet intolérable que le juge suggère, même pour protéger la partie faible, qu'un mécanisme protecteur ainsi découvert soit issu d'une volonté tacite des parties¹⁶⁴⁹. La pensée de Josserand a fait son effet, et ce « *forçage* », cette « *théorie des intentions*

¹⁶⁴¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Sirey, 3^{ème} éd., 1939, n° 490, p. 294 (et les nombreux réf. citées).

¹⁶⁴² V. déjà L. Josserand, « Le contrat dirigé », DH 1933, spéc. p. 90 ; L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, Libr. E. Duchemin, 1977, spéc. p. 340

¹⁶⁴³ L. Leveneur, « Le forçage du contrat », Dr. et patrimoine mars 1998, p. 69

¹⁶⁴⁴ V. surtout L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », préc., spéc. p. 339 et s.

¹⁶⁴⁵ Par lequel il « *dose souverainement le potentiel obligatoire d'une catégorie conventionnelle donnée* », disait aussi Josserand (« L'essor moderne du concept contractuel », préc., p. 339).

¹⁶⁴⁶ V. aussi, s'attachant à analyser le procédé, L. Leveneur, art. préc., p. 69 et s.

¹⁶⁴⁷ L. Josserand, « Le contrat dirigé », DH 1933, p. 90 ; il est vrai qu'il semble fort improbable que les parties, surtout l'une d'entre elles (celle qui se trouve artificiellement chargée d'une telle obligation), aient tacitement voulu consentir à de telles obligations (V. not. L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », préc., spéc. p. 345, à l'endroit de l'obligation de sécurité). *Adde* en ce sens L. Leveneur, art. préc., spéc. p. 72

¹⁶⁴⁸ L. Leveneur évoque une autre dichotomie : le forçage « *inavoué* » (« *lorsqu'il se cache derrière le voile d'une volonté tacite des parties* ») (art. préc., p. 71, et les réf. jurisprudentielles citées à l'appui de ce phénomène) et le forçage « *ostensible* » (« *lorsque le juge dit que tel contrat emporte telle obligation, sans se référer aucunement à l'intention des parties* ») (ibid., p. 72).

¹⁶⁴⁹ La révolte part classiquement du fameux arrêt Cass. civ., 21 nov. 1911 : DP 1913, I, p. 249, note L. Sarrut, par lequel la

tacites »¹⁶⁵⁰, a été fermement combattu. Au-delà d'être faux, parce que les parties n'ont pas songé à ces obligations, ce procédé est dangereux, car il ouvre la voie à un système de protection du faible arbitraire et nécessairement disharmonieux.

471. – Abandon de cette voie. La brièveté du propos à l'égard du rattachement artificiel à la volonté est dû au fait que ce procédé n'a plus vraiment cours de nos jours. De manière générale, « *le recours à la volonté tacite des parties, fiction juridique trop souvent décriée, est rapidement abandonné, au profit du fondement équitable que permet l'article 1135* »¹⁶⁵¹. Au demeurant, nombre de mécanismes de protection du faible sont désormais directement prévus par la loi, ce qui clôt tout débat.

B – L'invocation de l'équité de l'article 1135 du Code civil : un forçage indirect ?

472. – Plan. Si la question de la subsistance d'un véritable forçage du contrat par le recours à l'équité de l'article 1135 peut être posée, c'est parce que le rôle produit par cette règle à travers le prisme du juge fait fi des doutes qui existent sur la nature de celle-ci (1), et des limites qui lui sont indubitablement intrinsèques (2).

1 – La nature de la règle de l'article 1135

473. – Rattachement à l'article 1135 du Code civil. Déformation du rôle de l'équité en matière de protection de la partie faible. La démarche s'est donc davantage axée, comme on vient de le mentionner, sur le recours à l'équité¹⁶⁵² de l'article 1135 du Code civil¹⁶⁵³. Longtemps dormante, cette disposition a connu au cours du XX^e siècle une expansion remarquable. C'est notamment par ce prisme que l'obligation de sécurité a perduré¹⁶⁵⁴, et que l'obligation d'information a vu le jour¹⁶⁵⁵.

474. – Forçage indirect ou absence de forçage ? Absence de forçage. Le contrat est plus grand que l'accord des volontés. L'intitulé que nous avons adopté est trompeur : il entend faire écho à une

Haute Cour, en se fondant sur l'art. 1134 C. civ., a proclamé l'existence d'une obligation contractuelle de sécurité dans le contrat de transport, impliquant que le « *voiturier (...) prend tacitement et nécessairement l'engagement de le conduire [le voyageur] à destination, non pas mort ou vif, mais bien sain et sauf (...)* » (L. Jossierand, « L'essor moderne du concept contractuel », préc., p. 342) (*Adde*, sur la confirmation de cette jurisprudence dans les années qui ont suivi, L. Jossierand, loc. cit.). C'est d'ailleurs ce seul fondement (art. 1134) qui permet d'envisager cette décision comme appartenant au forçage *direct* (ou *inavoué*, pour L. Leveneur, préc.), c'est-à-dire arguant de la volonté tacite des parties. En effet, par ailleurs, la formulation laisse entendre une solution participant d'un forçage *ostensible*, autrement dit, *indirect*, contrairement à ce qu'est classiquement enseigné de cet arrêt (V. en ce sens L. Leveneur, art. préc., p. 72).

¹⁶⁵⁰ M. de Juglart, *Cours de droit civil*, t. I, 2^eme vol., *Biens – Obligations*, Montchrestien, 10^eme éd., 1982, n° 487, p. 172

¹⁶⁵¹ C. Mouly-Guillemaud, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source de contenu contractuel*, préf. D. Ferrier, LGDJ, 2006, n° 47, p. 50 ; V. aussi sur l'éloignement du procédé, unanimement critiqué, L. Leveneur, art. préc., p. 72 (mais nuancé le propos, citant plus loins des arrêts en ce sens (ibid., p. 75)).

¹⁶⁵² Sur la notion d'équité plus largement entendue, V. *infra* nos 748 et s.

¹⁶⁵³ V. sur ce thème la remarquable étude de Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005 ; V. aussi, presque dans le même temps, l'étude également consacrée à ce thème par C. Mouly-Guillemaud, th. préc.

¹⁶⁵⁴ V. not. L. Leveneur, art. préc., p. 72-73 (et les réf. citées).

¹⁶⁵⁵ V. not. C. Mouly-Guillemaud, th. préc., spéc. n° 3, p. 7, n° 45, p. 48-49 et nos 49 et s., p. 54 et s. ; et pour l'obligation d'information en particulier : M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (réed. 1992), spéc. nos 445 et s., p. 355 et s. (et les nombreuses réf. jurisprudentielles et doctrinales citées) ; *Adde* Ch. Albiges, Rép. civ. Dalloz, « Equité », sept. 2009 (m.a.j. 2011), spéc. n° 53 ; L. Leveneur, art. préc., p. 73, affirmant qu'elle trouve bien son origine dans ce forçage *ostensible*.

conception excessivement stricte du forçage, selon laquelle tout ce qui est adjoint au contrat sans l'accord exprès des parties résulterait d'un tel procédé. Il est vrai que les adjonctions de l'article 1135¹⁶⁵⁶ du Code civil interviennent bel et bien en dehors de la volonté exprimée par les parties, et semblent donc ne pouvoir que répondre à la définition du forçage¹⁶⁵⁷. Mais la doctrine a montré depuis longtemps que ceci n'a plus guère de vraisemblance¹⁶⁵⁸. Le juge, en l'occurrence, agit en pleine conformité avec les prescriptions de loi, et non plus sous couvert d'une prétendue volonté des parties. Le forçage disparaît donc nécessairement, puisque l'obligation adjointe par le juge s'inscrit dans le champ de ce qu'englobe, aux yeux de la loi et donc *lato sensu*, le contrat¹⁶⁵⁹. Aussi, disons-le clairement : le contrat n'est absolument plus¹⁶⁶⁰ réductible au seul accord des volontés. Les relations entre l'article 1134 et l'article 1135 dépassent ainsi les relations de « *simple voisinage* », le premier ne faisant « *pas sens isolément* »¹⁶⁶¹. M. Ancel a d'ailleurs très bien mis en lumière, dans une étude désormais classique, que le contrat n'engendre guère invariablement d'effets obligationnels, tandis qu'il implique invariablement, au contraire, des effets obligatoires¹⁶⁶². En ce sens, tout n'est pas volontaire, à l'évidence, dans le contrat¹⁶⁶³. Ceci étant dit, en revanche, la démarche qui fonde la protection du faible sur l'article 1135 n'en devient pas satisfaisante pour autant¹⁶⁶⁴. Les problèmes se situent simplement ailleurs que sur la question d'un prétendu forçage. Observons.

¹⁶⁵⁶ Art. 1135 C. civ. : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

¹⁶⁵⁷ Ph. Jacques, dans sa thèse consacrée à la question, dit de cette opinion la chose suivante : « *Parce qu'il prévoit d'ajouter à ce dont les parties sont convenues, l'article 1135 heurte – on l'aura compris – frontalement l'opinion traditionnelle selon laquelle seul ce qui a été voulu compose la convention et présente une nature contractuelle* » (th. cit., n° 14, p. 25).

¹⁶⁵⁸ V. not. P. Esmein, « L'obligation et la responsabilité contractuelles », in *Études offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, spéc. p. 103 (« *Mais il y a longtemps qu'on rattache au contrat des obligations auxquelles elles n'ont pas songé, lorsque ce sont de celles qui sont impliquées par l'idée même de ce contrat ou qui sont devenues d'usage en raison de leur utilité (...). C'est ce que dit l'article 1135 du Code civil* »).

¹⁶⁵⁹ Jossierand était extrêmement critique vis-à-vis du forçage (qui rattachait les obligations découvertes à la volonté des parties) (V. not. L. Jossierand, op. cit., n° 491, p. 297-298 ; L. Jossierand, « L'essor moderne du concept contractuel », préc., spéc. p. 345-346). Il était plus nuancé, à l'égard des obligations dont la justification serait aisée par le recours à l'équité de l'art. 1135 C. civ. (V. not. « L'essor moderne du concept contractuel », préc., spéc. p. 345). Il est vrai que le lien de ces obligations (par ex., illustration que Jossierand souligne également, l'obligation du garagiste de veiller sur le véhicule de son client) avec une volonté tacite des parties est très étroit et, partant, leur découverte sur ce fondement semble justifiée.

¹⁶⁶⁰ L'a-t-il déjà été ? C'est la question, indirectement, de l'histoire de l'adhésion (et du degré de sa véracité) des prescriptions du Code civil au dogme de l'autonomie de la volonté (V. *infra* nos 757 et s.).

¹⁶⁶¹ V. not. les premières révélations de l'analyse exégétique de l'art. 1135 (Ph. Jacques, th. préc., spéc. nos 20 et s., p. 34 et s. ; et pour les formules : *ibid.*, n° 24, p. 43). D'ailleurs, l'on rejoint franchement l'opinion de l'auteur lorsqu'il suggère que l'art. 1134 al. 1^{er} n'est guère plus indispensable que l'art. 1135 (*ibid.*, n° 25, p. 47) : alors qu'on présente souvent le premier comme d'importance cardinale (notamment comme siège de la force obligatoire des conventions), l'analyse révèle que l'art. 1135 serait suffisant, à lui-seul. Sa rédaction garantit tout à la fois la force obligatoire des conventions (« *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé (...)* ») et les suites indispensables à lui prêter (« *mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation (...)* »). Ainsi les art. 1134 et 1135 doivent-ils être lus comme une suite logique : ce dont ont convenu les parties a force obligatoire (art. 1134 al. 1^{er}), mais doit être exécuté (et le contrat, formé) sous les auspices de la bonne foi (art. 1134 al. 3), tandis que ce qu'imposent les usages, la loi et l'équité viennent s'adjoindre à ce contenu, pour former le contrat dans toute sa plénitude (art. 1135). L'on rejoint exactement l'opinion de Ph. Jacques lorsqu'il s'essaie, en propos conclusif, à dégager une nouvelle rédaction de l'art. 1135 (*ibid.*, nos 176 et s., p. 352 et s.). *Adde* dans le même sens, C. Mouly-Guillemaud, th. préc., spéc. nos 109 et s., p. 117 et s.

¹⁶⁶² P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771 et s. (la force obligatoire du contrat n'est pas réductible aux obligations prévues. Un contrat crée ou non du contenu obligationnel (techniquement entendu comme créant un rapport débiteur/créancier). Le contrat est un cadre, un *contenant* ; l'obligation, un lien de droit particulier, un *contenu* (*ibid.*, p. 774, n° 5). La source et l'objet sont ainsi distinguées. La force obligatoire ne se réduit pas au contenu obligationnel).

¹⁶⁶³ C'est ainsi que les obligations complétives de l'art. 1135 constituent sans aucune difficulté du contenu obligationnel (V. not. P. Ancel, art. préc., spéc. p. 776, n° 7).

¹⁶⁶⁴ Encore une fois, précisons que l'on se réjouit évidemment qu'une protection du faible soit accordée à la marge par les juges, au moyen de cette arme redoutable que représente l'équité. Mais c'est précisément ce moyen qui est insatisfaisant.

475. – Démarche pour autant insatisfaisante. L'hypothèse de la règle interprétative. Malgré le doute qui existe encore sur la nature de l'équité de l'article 1135 du Code civil¹⁶⁶⁵, il semble que la balance penche, apparemment pour la majorité des auteurs des deux derniers siècles, du côté de la règle interprétative¹⁶⁶⁶. Or, il y a une certaine incohérence à considérer une telle règle comme interprétative. Cette qualification ne résiste guère, en effet, à l'analyse. D'abord, l'article 1135 se trouve à l'évidence bien loin des règles qui seraient ses sœurs, inscrites aux articles 1156 et suivants du Code civil¹⁶⁶⁷. Ensuite, il semble résulter en filigrane¹⁶⁶⁸ des travaux préparatoires du Code civil que l'équité était un principe de référence, un idéal destiné à nimer en profondeur l'ensemble des solutions retenues par le Code civil¹⁶⁶⁹, afin de s'assurer de leur pertinence et de leur justice¹⁶⁷⁰. Au reste, même à admettre la nature interprétative de la règle d'équité de l'article 1135, nous doutons qu'elle puisse aller jusqu'à la création d'obligations¹⁶⁷¹. Si l'on interprète, on ne crée pas¹⁶⁷² : sinon, on force à nouveau le contrat, cette fois sous le prétexte de l'équité¹⁶⁷³. On distingue en filigrane pourquoi la conception interprétative a subsisté : l'influence de l'autonomie de la volonté¹⁶⁷⁴.

476. – Voie la plus rigoureuse : les obligations *complétives* (thèse de M. Jacques). Pour une doctrine spécialiste, les règles de l'article 1135 ne seraient assimilables ni aux règles interprétatives¹⁶⁷⁵, ni d'ailleurs aux règles relatives à la bonne foi contractuelle¹⁶⁷⁶. Il y aurait une autre sorte de règle, singulière, érigeant des obligations « *complétives* »¹⁶⁷⁷, inexprimées, complémentaires et accessoires¹⁶⁷⁸.

¹⁶⁶⁵ V. not. en ce sens Ch. Albiges, op. cit., spéc. n° 52

¹⁶⁶⁶ V. sur ce point Ph. Jacques, th. préc., spéc. n° 124, p. 240 ; V. aussi C. Mouly-Guillemaud, th. préc., spéc. nos 26 et s., p. 29 et s. (dont l'objet de tout le premier chapitre est de démontrer comment, contre vents et marées (en l'occurrence les renouvellements idéologiques en matière juridique), l'acception interprétative de la règle de l'art. 1135 a subsisté).

¹⁶⁶⁷ V. sur cette critique, dans une version infiniment plus fouillée : Ph. Jacques, th. préc., spéc. nos 133 et s., p. 250 et s. (s'émançant not. de ce seul « *argument de second ordre* », pour s'interroger, plus fondamentalement, sur l'homogénéité qui existerait au sein des règles d'interprétation, afin de s'assurer avec rigueur que la règle de l'art. 1135 ne s'y associe guère).

¹⁶⁶⁸ Car les débats furent maigres sur cette question (V. not. sur ce point Ph. Jacques, th. préc., spéc. n° 59, p. 128).

¹⁶⁶⁹ Par ex. dans l'ensemble des travaux préparatoires en la matière (V. not. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Libr. Videcoq, 1856, et not. p. 415 : « *Mais le droit n'est que l'analyse de ce qui est équitable et bon. Ce ne sont pas les conventions humaines qui peuvent créer les idées du juste et de l'injuste. Ces idées sont dans la conscience de l'homme probe et éclairé. La science du droit consiste donc à discerner les rapports que les conventions ont avec l'équité* » ; et p. 452 : « *Voilà, législateurs, la substance entière du projet. Vous voyez que sa marche est méthodique et claire, que ses dispositions, parfaitement liées entre elles, sont toutes fondées sur la raison et l'équité* »).

¹⁶⁷⁰ C'est d'ailleurs là la conception de l'équité que nous retiendrons dans cette étude : non un principe correcteur des contrats à la marge, dont les problèmes de frontières induisent plus d'incertitude que de clarté ; mais le fondement plus profond d'un ensemble de règles, afin d'en asseoir le caractère juste (V. *infra* nos 749 et s.).

¹⁶⁷¹ Il y avait déjà eu débat concernant le cas similaire des « *usages* » (de ce même article 1135), au moment de l'élaboration du Code civil. L'on opposait « *que cet article peut entraîner de graves inconvénients. Il étend les engagements bien au-delà des bornes que le débiteur a consenti de leur donner. Il soumet même ce débiteur à des obligations qu'il n'a pu prévoir, car personne ne connaît tous les usages* ». Cambacères y avait rétorqué que « *l'article n'énonce qu'un principe généralement reçu. (...) Au reste, il ne s'agit pas de permettre que l'usage ajoute aux engagements, mais seulement de l'en constituer l'interprète. On ne peut tout spécifier dans un acte* » (P.-A. Fenet, op. cit., p. 57). Force est de constater que ces réticences sont pleinement fondées rétrospectivement, avec l'expérience que l'on a de l'équité : c'est que, bien au-delà d'interpréter, l'on a *ajouté* aux engagements.

¹⁶⁷² V. en ce sens le reste de l'argumentation de Ph. Jacques, écartant la nature interprétative de la règle de l'art. 1135 (th. préc., spéc. nos 143 et s., p. 265 et s.) ; *Adde* C. Mouly-Guillemaud, th. préc., spéc. nos 25 et s., p. 27 et s. (dont l'objet entier du Titre I est précisément de critiquer l'acception interprétative de la règle de l'article 1135).

¹⁶⁷³ Le principe ancien de l'arrêt « *Canal de Craponne* » est d'ailleurs ici salutaire : « *il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées* » (Cass. civ., 6 mars 1876 : DP 1876, I, p. 193, note A. Giboulot).

¹⁶⁷⁴ V. not. en ce sens C. Mouly-Guillemaud, th. préc., spéc. nos 59, p. 65 et s.

¹⁶⁷⁵ Comme il vient d'être vu.

¹⁶⁷⁶ V. en ce sens Ph. Jacques, th. préc., nos 157 et s., p. 295 et s.

¹⁶⁷⁷ Parachevant avec cohérence la fresque esquissée de l'articulation entre les règles des art. 1134 et 1135 : « *l'obligation complétive est à l'accord des parties ce que la proposition complétive est à la phrase qu'elle assortit : subordonnée à un principal, au sein duquel elle est néanmoins indispensable parce qu'il ne se suffit pas à lui-même* » (Ph. Jacques, th. préc., n° 178, p. 358) ; *Rappr.* Ch.

Ceci justifierait, contrairement à l'hypothèse de la règle interprétative ou du prisme de la bonne foi¹⁶⁷⁹, que l'on puisse de la sorte adjoindre des obligations à l'accord des volontés, du « *contenu contractuel implicite* »¹⁶⁸⁰. En toute cohérence avec notre adhésion à la lecture de l'articulation des règles des articles 1134 et 1135 du Code civil, la voie nous séduit. Elle atteste clairement d'une « *délimitation du contrat* »¹⁶⁸¹, pragmatique et harmonieuse. Elle correspond en outre à ce que l'on pouvait déjà distinguer parfois en doctrine classique, à savoir des obligations « *virtuellement comprises* »¹⁶⁸². Disculpée de tout forçage, la voie n'en reste pas moins inapte à traiter le problème de la partie faible.

2 – Les limites indubitables de la règle de l'article 1135

477. – Position du problème : l'analyse correcte de la nature d'une règle n'évince pas ses limites intrinsèques. Le problème subsiste, pour ce qui concerne notre analyse. Si nous convenons que la proposition précitée explicite correctement la nature de la règle de l'article 1135 du Code civil, elle ne permet pas, de notre point de vue, de justifier de recourir à celle-ci pour protéger intégralement la partie faible. Les raisons tiennent aux limites intrinsèques et insurmontables de cette règle, outrepassées dès lors qu'elle est utilisée comme un socle protecteur, et non comme un mécanisme correcteur, plus marginal que systématique.

478. – Même à considérer la règle comme *complétive*, son champ est limité en intensité. Considérer que l'équité de l'article 1135 revêt une nature complétive n'évince pas, tout d'abord, un premier problème lié à l'intensité de la norme. Il semble en effet que le comblement d'une lacune de l'accord des parties soit communément admis comme la raison d'être du déclenchement de la règle de l'article 1135¹⁶⁸³. Or, sans lacune, il n'y a pas lieu de compléter, au même titre qu'il n'y a pas lieu d'interpréter une stipulation claire. Voilà donc qu'il suffirait de faire signer aux parties faibles des contrats qui excluent explicitement toute protection particulière du consentement¹⁶⁸⁴. Même ! Plus insidieusement, il suffirait de prévoir contractuellement le mirage d'une protection afin d'évincer le déclenchement de l'article 1135 : c'est qu'une prévision précarisante n'est pas pour autant une lacune. L'absence d'impérativité de la règle de l'article 1135 interdit donc de l'envisager comme un socle

Albiges, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000, spéc. n^{os} 466 et s., p. 307, qui parle de « *fonction supplétive* » de l'équité de l'art. 1135, destinée à « *suppléer les imperfections du contrat* », « *indispensable en raison de l'impossibilité, pour les parties au contrat, de tout prévoir* » (ibid., n^o 466, p. 307 ; l'auteur affirme explicitement, à la suite, que « *Ce texte permet au juge de compléter l'ensemble des obligations auxquelles se seront les cocontractants* » (ibid., n^o 472, p. 310), et évince la nature interprétative).

¹⁶⁷⁸ Ce sont là les thèmes de toute la seconde partie de la thèse préc. de Ph. Jacques (n^{os} 177 et s., p. 357 et s.).

¹⁶⁷⁹ Car l'art. 1134 al. 3 a seulement vocation à entraîner une modération de ce que les parties ont expressément convenu, contrairement à la règle de l'art. 1135 (Ph. Jacques, th. préc., n^o 168, p. 321).

¹⁶⁸⁰ C'est là l'un des deux pendants de la portée fondamentale de l'art. 1135, pour C. Mouly-Guillemaud (th. préc., spéc. n^{os} 165 et s., p. 165 et s.).

¹⁶⁸¹ C. Mouly-Guillemaud, th. préc., spéc. n^{os} 247 et s., p. 237 et s. (dont le mérite revient à l'art. 1135 C. civ.).

¹⁶⁸² Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, Ed. F. Lagier, Strasbourg, 1839, § 346, p. 477 : « *Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est formellement exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui doivent, d'après l'équité, l'usage ou la loi, être considérées comme y ayant été virtuellement comprises* ».

¹⁶⁸³ V. sur ce point Ph. Jacques, th. préc., spéc. n^{os} 344, p. 730 et s. (et les nombreuses réf. citées). Notons que l'auteur ne partage pas cette opinion (V. en ce sens ibid., n^{os} 355 et s., p. 754 et s.), d'avis contraire qu'il s'agit bien davantage de « *Composer le contenu d'une convention de tout ce qui justifie sa force obligatoire* » (ibid., n^o 355, p. 756).

¹⁶⁸⁴ Tout cela bien caché aux tréfonds de la convention... Impossible ? L'article 1135 ne prévoit pas de mécanisme de lutte contre les clauses abusives...

possible de la protection de la partie faible en droit commun¹⁶⁸⁵.

479. – Même à considérer la règle comme *complétive*, son champ est limité en étendue. Au-delà, le procédé est nécessairement limité, non plus en intensité mais en étendue. Précisons d'emblée notre pensée. Il n'est guère contestable que l'équité de l'article 1135 du Code civil constitue bel et bien une source d'obligations, susceptible à ce titre d'élargir le champ contractuel¹⁶⁸⁶. Nous ne prétendons pas, du moins de manière décisive, qu'elle n'est destinée qu'à ajouter exceptionnellement des obligations au contrat, ni n'adhérerons aux « *préjugés classiques à l'encontre de l'équité* », la visant comme une « *notion indéfinissable* »¹⁶⁸⁷, participant des « *vagues sentiments* »¹⁶⁸⁸. Mais s'associer à la démarche qui fonderait l'essentiel de la protection de la partie faible sur le fondement de l'article 1135 est une tout autre chose. Il y a en effet un pas que nous ne franchirons guère. Songeons notamment à l'obligation d'information. Sa mise en lumière prétorienne par le prisme de l'article 1135 nous semble relever d'une application proprement exagérée de cette disposition. La même conclusion, proportionnellement exacerbée, présiderait à l'hypothèse d'une protection intégrale de la partie faible qui serait fondée sur cette même règle¹⁶⁸⁹. Voilà qu'une seule disposition, dont la protection du faible n'est qu'une potentialité, pourrait organiser un système entier. Les exemples pourraient être multipliés à l'envi, pour démontrer avec quelle évidence l'on ne peut se résoudre à considérer le mécanisme de l'article 1135 comme la base souhaitable, et même possible, de la protection de tous les faibles par le Code civil¹⁶⁹⁰. C'est en ce sens que nous approuvons l'opinion qui suit : « *Cette approximation conceptuelle du principe édicté par l'article 1135 ne s'accorde pas avec l'importance qui lui est actuellement reconnu (...)* »¹⁶⁹¹.

480. – L'insécurité juridique : paranoïa et réalité. Que l'on n'y voit ni volontarisme exacerbé, ni phobie du juge : l'on ne méprisera pas ici ce que l'on défend ailleurs¹⁶⁹². L'on ne participe ainsi guère de la crainte souvent éprouvée à l'endroit du flou qui entoure la notion d'équité¹⁶⁹³. Au-delà de ce qui relève, à notre sens, de la paranoïa, se situe donc tout autre chose, une crainte très pragmatique. En effet, se trouvera-t-on confronté à de violentes critiques, si l'on affirme que l'absence totale de cadre

¹⁶⁸⁵ C'est entre autres pour cela que le régime de protection de la partie faible sera d'ordre public (V. *infra* nos 1079 et s.).

¹⁶⁸⁶ Ce qui a au reste été brillamment précisé : V. not. Ph. Jacques, th. préc., spéc. nos 316 et s., p. 652 et s.

¹⁶⁸⁷ Sur lesquels V. not. C. Mouly-Guillemaud, th. préc., n° 35, p. 36-37 ; mais nous restons d'avis qu'il y a là un concept par essence général, dont nous tirerons parti autrement (V. *infra* nos 751 et s.).

¹⁶⁸⁸ La formule est de J. Ghestin (*La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 263, p. 237, l'évoquant au conditionnel à l'égard de la bonne foi et de l'équité).

¹⁶⁸⁹ La partie faible n'aurait ainsi droit qu'à une obligation d'information ? Elle serait, par exemple pour ce qui est des clauses abusives, condamnée à s'orienter vers la jurisprudence (encore une déformation...) initiée par l'arrêt Chronopost (V. sur ce point, *supra* n° 392) ? Ou mieux ! D'aller s'abattre contre les falaises consuméristes exclusivistes (objet du titre premier de la première partie de notre étude) ? Tout ceci n'est guère souhaitable. Et ce n'est là qu'envisager l'incomplétude au plan technique, au reste par le seul ex. des clauses abusives.

¹⁶⁹⁰ Quels sont les fondements profonds d'un tel système ? Quelle est son articulation avec la théorie générale du contrat ? Avec les droits spéciaux qu'il effleure ou perturbe ? Quelles sont les conditions précises dans lesquelles un contractant accède à la protection ? Comment les apprécier ? Quel est l'esprit de ce système de protection ? Quelles en sont les limites ? Quelle en est la prévisibilité ? Quels en sont les garde-fous ? Il n'y a guère de doutes que la règle n'a pas une étendue suffisante pour servir de base à un système entier de protection de la partie faible.

¹⁶⁹¹ C. Mouly-Guillemaud, th. préc., n° 6, p. 11 (l'opinion qui sous-tend cette formule est, signalons-le, autrement plus complexe et se situe d'ailleurs à un plan différent).

¹⁶⁹² Nous sommes, dans les deux cas, dans l'autre camp (V. *infra* nos 610 et s., 778 et s.).

¹⁶⁹³ Dénoncée par Ph. Jacques, th. préc., n° 320, p. 663 (citant d'ailleurs en ce sens la comparaison de G. Dereux, qui « *lançait qu'il serait pareillement incongru de prétendre que la notion commune de l'espace est trop floue pour avoir une importance quelconque en géométrie, le premier venu n'étant pas capable de calculer le volume du tronc d'un cône. Que l'idée d'espace soit obscure ne l'empêche en effet pas de fonder toute la géométrie, dont on ne peut dire qu'elle n'est que pure spéculation* »).

légal mènerait la règle de l'article 1135, seule, et si elle devait régir la partie faible en droit commun, à permettre l'épanouissement d'un contentieux anarchique ? Nous avons pleine confiance dans le juge. Mais les présents développements montrent qu'il n'est guère un magicien : sans les moyens adéquats, il peut être créatif, mais les résultats obtenus ne seront que des ersatz, plus destructeurs que salutaires¹⁶⁹⁴. Il serait donc particulièrement malvenu de défendre ici une règle manifestement inapte à remplir une mission dont l'envergure mérite ni plus ni moins une construction légale dédiée.

481. – Brève conclusion. En bref, user de l'équité de l'article 1135 pour ériger l'obligation d'information que nous connaissons relève une fois encore d'une déformation des notions essentielles du droit commun pour parvenir à un semblant de protection de la partie faible. D'ailleurs, l'extension du rôle de cette règle pour constituer le socle de cette protection apparaît si dangereuse et inadéquate qu'elle est inenvisageable.

§II – Le détournement des règles de l'article 1326 du Code civil

482. – Plan. Les formalités de l'article 1326 du Code civil ont été utilisées par la jurisprudence comme des règles de forme, conditionnant la validité du contrat dans le domaine du cautionnement (A). Or, il y a là, tout autant qu'une volonté claire de protection du consentement de la partie faible, une déformation manifeste de la nature des règles de l'article 1326 du Code civil (B).

A – Des règles utilisées pour contrôler la validité du cautionnement

483. – Le cautionnement, contrat unilatéral soumis aux règles de l'article 1326. Le cautionnement étant un contrat unilatéral portant sur le paiement d'une somme d'argent¹⁶⁹⁵, il tombe nécessairement sous l'empire de la mention manuscrite de l'article 1326¹⁶⁹⁶, précisant que « *l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. (...)* ».

484. – Les règles de l'article 1326 utilisées comme formalisme protecteur dans le cautionnement. L'application jurisprudentielle de cet article au cautionnement a pu faire l'objet d'une certaine complexité, notamment en raison de certaines manipulations de la Haute Cour¹⁶⁹⁷. Pendant quelques années, en effet, celle-ci a érigé les formalités de l'article 1326 du Code civil en véritables

¹⁶⁹⁴ C'est en effet le thème de l'ensemble du présent Titre.

¹⁶⁹⁵ En ce sens qu'il ne fait naître d'obligation qu'à la charge de la caution envers le créancier (celle de payer en cas de défaillance du débiteur principal).

¹⁶⁹⁶ V. not. sur ce point M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010, spéc. n° 113, p. 89 ; et, parmi une abondante jurisprudence, illustrant cette applicabilité classique au cautionnement : Cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001 (98-23.080) : Bull. civ. I, n° 108 ; D. 2001, p. 1951, obs. A. Lienhard ; Defrénois 2001, p. 1057, obs. R. Libchaber ; RTD com. 2001, p. 865, obs. B. Saintourens

¹⁶⁹⁷ V. not sur ce point : I. Tricot-Chamard, « Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement, suite ou fin ? », *JCP G* 2004, I, 112 ; A. Médina, « Formalisme et consentement dans le contrat de cautionnement : évolution de la jurisprudence », D. 2002, p. 2787 et s.

règles de forme, exigées à titre de validité de l'acte de cautionnement¹⁶⁹⁸.

485. – Une volonté de protection de la partie faible au point de vue informationnel. La manœuvre était très distinctement destinée à la protection du consentement, au point de vue informationnel, de la partie faible. En l'occurrence, il s'agissait de protéger la caution. Ceci se vérifie assez aisément. D'une part, le contrat conclu est un contrat considéré depuis toujours comme dangereux. Outre que la caution (souvent profane) s'engage pour garantir le fait d'un tiers, elle se trouve le plus régulièrement placée face à un établissement de crédit, par essence particulièrement averti¹⁶⁹⁹. En outre, le cautionnement, dont le régime est fixé dans le Code civil¹⁷⁰⁰, n'est soumis, du moins par principe, à aucune exigence de forme. Il répond donc naturellement au principe du consensualisme, qui anime la conclusion des conventions de droit commun¹⁷⁰¹. Aussi, il se comprend aisément que l'on ait voulu protéger davantage le consentement de la caution. Et la solution fit des heureux : nombres de cautions furent ainsi encadrées¹⁷⁰². Le besoin et la volonté de protection apparaissent avec encore plus de clarté avec le recul. L'on sait en effet que c'est ensuite... le droit de la consommation qui a procédé à la protection (formaliste) uniforme de toutes les cautions personnes physiques¹⁷⁰³. Cet héritage aurait donc dû revenir au Code civil, entre autres pour ces raisons¹⁷⁰⁴.

B – Des règles dénaturées

486. – Généralités. Méthode (renvoi). Sur la méthode, les critiques tiennent davantage au procédé global de protection qu'à cette évolution précise : tout formalisme rigoriste entraîne de nombreuses hypothèses de surprotection injustifiée¹⁷⁰⁵.

487. – Les règles de l'article 1326 sont seulement probatoires. Ces solutions audacieuses provoquèrent un « *tollé doctrinal* »¹⁷⁰⁶. Et pour cause : il y avait là bien moins une interprétation amplifiante qu'une véritable dénaturation. L'essence seulement probatoire des règles de l'article 1326 du Code civil n'a jamais soulevé de doutes. Celui-ci est inséré dans un chapitre du Code civil dédié à la preuve¹⁷⁰⁷. D'ailleurs, les juges considéraient naturellement et classiquement qu'en cas de défaut, « *l'acte*

¹⁶⁹⁸ V. not. Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1987 (85-15.760) : Bull. Civ. I, n° 210 ; D. 1987. p. 442, obs. L. Aynès ; Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1988 (86-17.495) : Bull. civ. I, n° 163 ; D. 1989, p. 289, obs. L. Aynès ; JCP G 1989, II, 21181, note Ph. Simler ; RTD civ. 1989, p. 111, obs. M. Bandrac ; *Adde* sur ce point M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, op. cit., spéc. n° 114, p. 90

¹⁶⁹⁹ V. par ex. en ce sens D. Mazeaud, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, spéc. p. 717, n° 24

¹⁷⁰⁰ Art. 2288 C. civ. : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même », et régit par les art. 2288 et s. du même code.

¹⁷⁰¹ V. en ce sens not. : D. Houtcieff et A.-S. Barthez, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, nos 499-502, p. 362-363 ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, n° 202, p. 68 ; V. *contra* D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2011, n° 47, p. 53-54 (qui considère que la réforme de 2003 a inversé le principe et l'exception).

¹⁷⁰² V. not. CA Rennes, 25 oct. 1989 (n° JurisData : 1989-047700) : « *l'exigence relative à la mention manuscrite ne constitue pas une simple règle de preuve mais a pour finalité la protection de la caution. La simple mention "bon pour" donnée même par l'épouse du débiteur ne satisfait donc pas aux exigences légales* ». V. aussi, aussi clairement sur la fonction de protection de l'article 1326 : CA Aix-En-Provence, 15 nov. 1989 (n° JurisData : 1989-046759) ; CA Bourges, 9 oct. 1989 (n° JurisData : 1989-047770).

¹⁷⁰³ V. not. *supra* n° 281

¹⁷⁰⁴ Solution que nous adopterons (V. *infra* n° 514).

¹⁷⁰⁵ V., pour une critique plus approfondie en matière de protection générale des cautions, *infra* nos 288 et s. ; *Adde*, sur la technique même de protection, *infra* nos 914 et s.

¹⁷⁰⁶ D. Mazeaud, « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », loc. cit.

¹⁷⁰⁷ Chapitre VI : « *De la preuve des obligations et de celle du paiement* »

peut constituer un commencement de preuve par écrit »¹⁷⁰⁸, n'entraînant donc pas la nullité, à l'instar d'une formalité probatoire classique. Par ailleurs, l'application de la règle est écartée pour les actes passés sous la forme authentique. L'on pourrait penser que c'est parce que le notaire dispense un conseil suffisant pour assurer une protection convenable de la partie faible. Au contraire, il semblerait davantage ici que la raison essentielle tiende à la consistance de l'acte authentique, qui constitue en effet un mode de preuve parfait¹⁷⁰⁹. La solution de la métamorphose des formalités probatoires en règles de forme était donc juridiquement peu vraisemblable¹⁷¹⁰, raison pour laquelle on traite ces questions ici, dans des développements réservés à l'utilisation de fondements non plus seulement déformés mais proprement inadéquats.

488. – Un mouvement fragile, traduisant l'inadéquation de son audace. Cette solution était reniée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui maintenait la position selon laquelle la règle de l'article 1326 du Code civil n'avait qu'une vocation purement probatoire¹⁷¹¹. Au vrai, seule la première chambre civile avait osé procéder à la transformation que l'on a décrite. Il y avait d'ailleurs un tel égarement que cette même chambre abandonna son propre mouvement, dès 1991¹⁷¹².

¹⁷⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 16 janvier 1985 (83-11.029 et 83-16.928) : Bull. civ. I, n° 24 ; JCP G 1986, II, 20661, note G. Paisant ; RTD civ. 1986, p. 103, obs. J. Mestre (« un acte irrégulier au regard de l'article 1326 du Code civil peut constituer un commencement de preuve par écrit »).

¹⁷⁰⁹ Art. 1319 al. 1 C. civ.

¹⁷¹⁰ D. Houtcieff et A.-S. Barthez, op. cit., n° 511, p. 372 (il était en effet « difficile d'admettre que le mariage d'une règle de preuve et d'une règle d'interprétation puisse accoucher d'une règle de forme »).

¹⁷¹¹ V. en ce sens : Cass. com., 6 juin 1985 (83-15356) : Bull. civ. IV, n° 182 ; Defrénois 1985, p. 1454, obs. J.-L. Aubert ; Cass. com., 26 juin 1990 (88-14659) : Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 1990, p. 383, obs. L. Aynès

¹⁷¹² Un premier pas avait été marqué dès 1989. La Haute Cour avait en effet affirmé que « ces règles de preuve ont pour finalité la protection de la caution ». Ceci n'engendrait toutefois pas un revirement en soi, le formalisme ayant persisté (V. not. Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 1989 (87-18003) : Bull. civ. I, n° 348 ; D. 1990, p. 177, note Ch. Mouly ; JCP G 1990, II, 21422, note D. Legeais. Le revirement n'intervint qu'à partir de 1991 : Cass. 1^{re} civ., 15 octobre 1991 (89-21.936) : JCP G 1992, II, 21923, note Ph. Simler ; Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1992 (90-21.183) : Bull. civ. I, n° 259 ; JCP G 1993, I, 3680, obs. Ph. Simler ; D. 1993, p. 311, obs. L. Aynès

CONCLUSION DU CHAPITRE II

489. – Volonté de protection du faible, impuissance, déformations. Proposons un double constat, au terme de ces développements. D'une part, l'on sait maintenant que la volonté prétorienne d'une protection du faible est importante, en qualité et en quantité. En qualité, d'abord, par la diversité des créations imaginées par les juges pour essayer de construire des protections du consentement (cause, vices du consentement, articles 1134, 1135, 1326...). En quantité, ensuite, par l'intensité des distorsions prétoriennes de certaines notions fondamentales du droit commun. Ceci atteste de ce que ce « *besoin du corps social contemporain* »¹⁷¹³ est bien réel, mais que les juges ne disposent pas des moyens adéquats pour l'assouvir. D'autre part, la dégradation est de plus en plus marquée et néfaste, à mesure que les juges se livrent à cette résistance. Les différentes déformations qui viennent d'être analysées ne sont ainsi ni souhaitables, ni utiles. Elles relèvent d'un bricolage de notions fondamentales destiné, certes, à protéger des parties (considérées comme) faibles, mais ponctuellement, incertainement et maladroitement.

¹⁷¹³ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 774, p. 392

CONCLUSION DU TITRE II

490. – Le recours au droit commun est, *de lege lata*, inapproprié pour protéger correctement la partie faible. Tout indique, *de lege lata*, que le droit commun est inapte à être utilisé à dessein de protéger la partie faible contre ses causes modernes de vulnérabilité. Outre qu'en l'absence de ligne directrice, il conduit souvent à des situations similaires à celles qu'imposeraient le droit de la consommation, les solutions rendues sur son fondement ne conduisent pas toujours, voire rarement, à la protection du véritablement faible, tandis qu'elles parachèvent la désagrégation du droit commun des contrats. En définitive, le remède est presque pire que le mal contre lequel il lutte. En devenant illisible, le droit devient dangereux, surtout pour des contractants qui espèrent trouver dans le droit commun la protection attendue¹⁷¹⁴. Reste à confronter ce constat à celui que nous avons effectué au terme du titre précédent.

¹⁷¹⁴ V. d'ailleurs la formule particulièrement claire de D. Mainguy, « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », D. 2009, p. 309 (et not. « *quiconque enseigne le droit des obligations éprouve quelques difficultés à considérer bien des règles du Code civil autrement que comme un simple point de référence, concurrencées par les règles de source jurisprudentielle qui sont devenues l'essentiel du droit des contrats* »). Alors lorsque les solutions ne sont ni claires, ni adéquates, ni sûres en matière de protection du consentement, le constat devient préoccupant.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

491. – Constat principal : le problème général de la protection du consentement de la partie faible est traité de manière insatisfaisante en droit positif. Le premier constat est l'essentiel de notre démonstration à ce stade. D'une part, le droit de la consommation détient (presque) tous les moyens modernes de protection du consentement. Mais il conduit souvent à l'exclusion de parties faibles, ou, au contraire, à l'accueil de parties qui ne le sont pas. Et cette méthode aveugle n'est guère modifiable, puisqu'il s'agit d'un droit du marché, autrement dit de régulation, et donc abstrait. Même ! L'on a vu qu'il régit parfois des situations qui échappent en vérité à la rigidité de la relation contractuelle que cette abstraction commande, et se trouve donc ni plus ni moins déformé. D'autre part, le droit commun proteste, par l'intermédiaire de l'interprétation des juges. Certes, son esprit est plus à même de protéger le faible, l'approche civiliste étant par essence concrète¹⁷¹⁵. Mais son obsolescence technique est trop profonde. Les tentatives des prétoires pour traiter la problématique de la partie faible avec l'aide des instruments classiques sont en définitive un remède peu salutaire. Le curseur n'est pas fixé, et des parties faibles se trouvent également exclues, tandis que d'autres qui ne le sont pas se voient très encadrées. Au reste, la désagrégation du droit commun s'en trouve accélérée, stimulée. Même ! La teinte déshumanisante du droit de la consommation envahit semble-t-il certains pans de la pratique du droit commun, se désintéressant de la faiblesse concrète. Or, si *je pense, donc je suis*¹⁷¹⁶, ignorer ma pensée (ou ma négligence), revient à ignorer, quelque part, ma propre existence. Par un incroyable paradoxe, l'on constate enfin que l'esprit du droit de la protection de la partie faible est incompréhensible, alors pourtant qu'il s'agit là d'un pan du droit destiné à une partie réputée en situation de vulnérabilité informationnelle. Ceci est d'autant plus percutant que les principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ont rang d'objectifs à valeur constitutionnelle¹⁷¹⁷. L'importance de ces exigences découle au total de leur enjeu : la sécurité juridique¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁵ Pour une synthèse éclairante, V. not. Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, spéc. p. 711-712, n° 22 (et not. : « *Le droit des contrats qui figure dans le Code civil protège celui qui en a concrètement besoin. C'est un droit individualiste qui ne protège pas les catégories de manière aveugle (...). À l'inverse, le Code de la consommation protège la catégorie des consommateurs en tant que telle. Peu lui importe que, dans un litige donné, le destinataire concret de la règle protectrice n'ait eu nul besoin de protection. Ce particularisme du droit contractuel de la consommation lui fait produire des résultats qu'un civiliste admettrait peu. Il contribue à ancrer le droit contractuel de la consommation dans une logique de régulation qui conduit à le rattacher au droit du marché bien plus qu'au droit civil* »).

¹⁷¹⁶ R. Descartes, *Discours de la méthode*, GF Flammarion, 2000, p. 66

¹⁷¹⁷ Le Conseil constitutionnel a porté, l'on pourrait dire tardivement, son attention sur ces questions, assez ironiquement au détour de la loi d'habilitation du 16 décembre 1999 destinée à permettre par ordonnance l'adoption de 9 codes (L. n° 99-1071 du 16 déc. 1999, JO n° 296 du 22 déc. 1999) : CC, 16 déc. 1999 (99-421 DC), « Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes ». Les énonciations des Sages sont claires : « *l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* » (cons. n° 13). L'on a pu tirer de la proclamation de ces exigences une consécration de la sécurité juridique (V. en ce sens les obs. de N. Molfessis sous la déc. du 16 déc. 1999 préc., RTD civ. 2000, spéc. p. 188).

¹⁷¹⁸ Sur laquelle V. not. la belle étude consacrée par Th. Piazzon (*La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009). La lecture de l'introduction suffit à s'imprégner des enjeux de la sécurité juridique, très tôt mis en exergue (spéc. n° 3, p. 6 : « *On rattache généralement à la sécurité juridique trois sous-exigences : accessibilité, prévisibilité et stabilité du droit et des droits. Les sujets de droit doivent d'abord être en mesure de connaître et comprendre le droit applicable pour pouvoir agir avec certitude ; le droit doit ensuite être respectueux des prévisions juridiques des sujets de droit qu'il ne doit pas déjouer ; enfin, un droit instable risque de ruiner les attentes des sujets de droit et leur confiance même dans le droit* ») ; bien plus en détails, sur ce « *triptyque classique* », V. *ibid.*, n°s 11 et s., p. 17 et s..

492. – Nécessité de créer un régime de protection du consentement de la partie faible en droit commun. Le droit de la consommation est ainsi inapte à protéger la partie faible en général, et il ne peut être utilement modifié, du fait de son objectif, relayé par les exigences impératives de l'Europe. Le droit commun répond manifestement de l'esprit de protection du faible. Mais il n'en a pas les moyens techniques, et les juges le détruisent en s'essayant coûte que coûte à lui faire remplir ce rôle protecteur. Comment ne pas considérer cette situation comme un appel, destiné à interpeller le législateur et à susciter une réaction¹⁷¹⁹ ? Perpétuons cet appel, et proposons. L'on a ainsi pu dire que la législation consumériste « *serait bonne si elle tendait à favoriser non pas une catégorie économique d'individus mais tous les citoyens dès lors que certaines circonstances seraient réalisées* »¹⁷²⁰. Ce sont là, précisément, les caractéristiques d'un système souhaitable de protection du consentement de la partie faible en droit commun des contrats du Code civil.

¹⁷¹⁹ V. not en ce sens Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, n° 263, p. 322 : le droit commun (déformé pour protéger le faible) « *n'est alors utilisé que comme un substitut provisoire dans l'attente d'un élargissement législatif(...)* ».

¹⁷²⁰ Et de poursuivre ainsi : « *En un mot, il s'agirait de prévenir et de guérir les abus, notamment lorsqu'ils se produisent à l'occasion d'un contrat d'adhésion, le puissant (et non pas le seul professionnel), de sa prééminence sur le plan du savoir (technique ou juridique) ou de l'économie (monopoles, ententes, supériorité financière* » (H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 32-2, p. 28).

PARTIE II

POUR UN DROIT COMMUN DE LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE CODE CIVIL

« Des quatre principes auxquels nous rapportons tout ce qui tient à l'honnêteté, le premier, celui qui consiste dans la connaissance du vrai, est le plus naturel à l'homme. Tous les hommes, en effet, se sentent entraînés par le désir de savoir, de connaître ; il leur semble beau d'exceller dans une science, et ils regardent comme une honte d'être dans l'erreur ou dans l'ignorance, de se tromper ou de se laisser tromper ».

Cicéron¹⁷²¹

493. – Plan. La partie précédente mène comme on vient de le voir à une conclusion assez nette : le droit de la consommation est inapte à protéger tous les faibles, et le droit commun, par le prisme des juges, démontre une certaine volonté de s'en charger, mais sans en avoir les moyens. Permettre au droit commun de reprendre son rôle, et le doter des instruments juridiques pour protéger la partie faible en général, sont donc des objectifs hautement nécessaires. Au fond, le raisonnement n'est guère complexe : observer certaines récurrences et, par un processus « *d'abstraction et de généralisation* »¹⁷²², autrement dit d'« *induction* »¹⁷²³, mettre en lumière un « *principe commun qui les gouverne toutes* »¹⁷²⁴. En un mot, vaincre la logique catégorielle¹⁷²⁵. L'essentiel reste à préciser, autrement dit, la manière avec laquelle donner vie à cette proposition, prouvant par là même sa faisabilité. Il faut donc traiter de toutes les implications de l'introduction de la partie faible dans le Code civil (**Titre I**), ainsi que du régime protecteur que l'on se propose d'ériger à son bénéfice (**Titre II**).

¹⁷²¹ Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), p. 26

¹⁷²² E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997, n° 182, p. 147 (« *Le processus d'abstraction et de généralisation grâce auquel apparaissent ces règles est d'ailleurs bien connu. Après avoir dans un premier temps identifié une suite de solutions disparates qui mises en série paraissent obéir à une inspiration commune, les auteurs remontent dans une seconde phase d'analyse au principe commun qui les gouverne toutes. Les premières manifestations isolées viennent alors se fondre dans une règle générale dont elles ne constituent plus que des illustrations susceptibles d'être prolongées par de nouvelles applications* »).

¹⁷²³ *Dictionnaire Larousse*, 1990, « Induction », p. 534 : « *Généralisation d'une observation ou d'un raisonnement établis à partir de cas singuliers* » (et même, au sens mathématique, l'on trouve une définition fort intéressante : « *Raisonnement par récurrence* »). « *Sorte d'analyse où l'on va des effets à la cause, des conséquences au principe, du particulier au général* » (*Le nouveau Littré*, 2004, « Induction », p. 710).

¹⁷²⁴ E. Savaux, loc. cit.

¹⁷²⁵ Ph. Malinvaud enseignait ainsi de brillants préceptes : « *Le jour où il aura protégé tous ceux qui le méritent, et dans les circonstances où cette protection est justifiée, alors peut-être le droit contractuel aura-t-il retrouvé sa cohérence et assistera-t-on au déclin des droits catégoriels* » (« La protection des consommateurs », D. 1981, p. 62).

TITRE I

LA CREATION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE CODE CIVIL

*« Ce qui m'étonne le plus est de voir que tout le monde n'est pas étonné de sa faiblesse. (...).
Mais il est bon qu'il y ait tant de ces gens-là au monde (...), afin de montrer que
l'homme est bien capable des plus extravagantes opinions, puisqu'il est capable
de croire qu'il n'est pas dans cette faiblesse naturelle et inévitable et de
croire qu'il est au contraire dans la sagesse naturelle ».*

B. Pascal¹⁷²⁶

494. – Plan. La protection du faible apparaît comme un « *Objectif louable, auquel on ne peut que souscrire* »¹⁷²⁷. Comment l'atteindre ? Par la création d'un système protecteur de la partie faible, au sens générique, dans le Code civil. Une telle démarche apparaît tout à la fois légitime et utile. Mais s'en tenir là reviendrait bien sûr à éluder un certain nombre de questions, et à confondre justification de principe et justification pratique. Ainsi faut-il justifier en tant que telle la création d'un droit commun de la protection du consentement de la partie faible dans le Code civil (**Chapitre I**). Cet obstacle levé, et une fois l'entreprise ainsi justifiée, il faudra encore en prouver la faisabilité. Autrement dit, il sera temps de conceptualiser la partie faible (**Chapitre II**).

¹⁷²⁶ *Pensées*, Le Livre de Poche, 2000, p. 63-64

¹⁷²⁷ L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel, un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Economica*, 2004, p. 188, n° 19

CHAPITRE I

JUSTIFICATION D'UN DROIT COMMUN DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE CODE CIVIL

« On ne risque pas, au contraire, de commettre d'erreur quand on protège en bloc une catégorie de personnes qui sont déterminées par leur faiblesse même. Ce n'est plus alors la situation juridique qui est prise en considération, mais la personne engagée dans cette situation. La mesure est en faveur de la personne »

G. Ripert¹⁷²⁸

495. – Plan. La subdivision de la justification de la création d'un droit commun de la protection du consentement de la partie faible dans le Code civil se trouve dans cette même proposition. En effet, d'une part, il convient de déterminer précisément l'utilité d'un droit commun de la partie faible (**Section I**). D'autre part, il faut préciser en quoi le recours au Code civil pour l'ériger est profondément justifié (**Section II**).

¹⁷²⁸ Et de poursuivre : « Tous ceux qui, par leur âge, leur état intellectuel, leur inexpérience, leur pauvreté, leur impossibilité d'agir ou de comprendre sont dans la société plus faibles que les autres ont droit à la protection légale. Il faut les protéger pour rétablir l'égalité » (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 81, p. 157-15).

SECTION I : L'UTILITÉ D'UN DROIT COMMUN DE LA PARTIE FAIBLE

496. – Plan. Il va de soi que l'effet vertueux cardinal de la création d'un droit commun de la protection du consentement de la partie faible est précisément l'encadrement de tous les faibles, sans que soient déformés les fondements du droit commun. Ceci découle des développements de la partie précédente de cette étude, et se confirmera essentiellement à l'aune de la manière dont sera construite la partie faible. Outre ce point, il convient de préciser en quoi une telle création va être utile. Et il s'avère que la principale de ses utilités va consister en une large clarification du droit en la matière, dont les détails doivent être explicités (§I). L'étude des autres effets bénéfiques de la proposition succédera à ces précisions (§II).

§I – L'effet vertueux essentiel : la clarification, bras armé de la sécurité juridique

497. – La partie faible en droit commun, une clarification du droit en faveur de la sécurité juridique. Plan. Il ressort distinctement des conclusions de la partie précédente que la nécessité est duale : apporter un socle de droit commun pour prendre en charge les laissés pour compte du droit de la consommation, d'une part ; et, d'autre part, générer une clarification nette de la protection de la partie faible en matière contractuelle, pour contribuer à résorber ce grand « *désordre juridique français* » contemporain¹⁷²⁹. Or, l'enjeu profond de la clarification, c'est la sécurité juridique¹⁷³⁰. Celle-ci, sans être un prétexte, doit toujours être préservée, cultivée, car elle modifie sensiblement le comportement des sujets de droit, dans un sens soit néfaste, soit vertueux¹⁷³¹. Il convient donc de montrer en quoi notre proposition tend vers cet objectif. Et ce, à plus forte raison encore que le contrat, principal vecteur des échanges, doit nécessairement répondre au mieux aux exigences de « *sécurité et rapidité* »¹⁷³². La simplification du droit est, en outre, comme on le sait, au cœur de l'actualité et des préoccupations depuis quelques années¹⁷³³. Les procédés de simplification sont en effet multiples¹⁷³⁴, mais restent étrangers, pour l'essentiel, au domaine du droit des contrats¹⁷³⁵, et sont par ailleurs autrement

¹⁷²⁹ V. not. R. Libchaber, « Réflexions sur le « désordre juridique français » », in *Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, 2004, p. 405 et s.

¹⁷³⁰ L'on a suffisamment montré, chaque fois qu'une illisibilité était détectée, combien en résultait une situation d'incertitude propre à placer le plaideur dans l'insécurité la plus totale. Nous ne reviendrons pas ici sur le lien entre sécurité juridique et clarté du droit : cette dernière stimule la première, en alimentant le « *triptyque classique* » qui la caractérise (prévisibilité, stabilité et accessibilité de la règle). La question a été brillamment traitée, et nous prenons ce lien comme un postulat : V. not. sur celle-ci Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009, spéc. nos 11 et s., p. 17 et s. (sur ce triptyque et la manière dont il caractérise la sécurité juridique ; d'ailleurs la clarté y est conçue comme une part de l'accessibilité, « *substantielle* » (autrement dit « *l'accessibilité intellectuelle* »), par opposition à l'accessibilité « *formelle* » (autrement dit, la « *possibilité d'accéder matériellement au corpus de règles juridiques* » (ibid., n° 13, p. 18)). Au vrai, de subtiles distinctions peuvent être soulignées entre toutes ces formules (lisibilité, clarté, compréhensibilité, intelligibilité), mais, au terme de l'analyse, elles s'évèrent être « *rassemblées sous la bannière de l'accessibilité en son aspect intellectuel* » (ibid., n° 14, p. 19-20). V. aussi Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. nos 316 et s., p. 407

¹⁷³¹ V. sur ce point *infra* nos 532 et s.

¹⁷³² D. Houtcieff, *Droit commercial*, Sirey, 3^{ème} éd., 2011, n° 36, p. 17

¹⁷³³ V. not. J. Moreau et F. Terré, « La simplification du droit », in *Etudes offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, p. 533 et s. ; *La simplification du droit*, colloque Tours avr. 2006, in LPA 24 mai 2007 (n° spécial consacré à ce thème) ; *La simplification du droit*, J.-M. Pontier (dir.), PUAM, 2006. Le mouvement dépasse d'ailleurs nos frontières : V. par ex. C. Chailloux, « La commission programme une simplification massive de la législative communautaire », JCP G 2005, 610

¹⁷³⁴ V. sur cette diversité les différentes contributions à l'ouvrage collectif préc. (*La simplification du droit*, op. cit.).

¹⁷³⁵ Not. dans l'attente de la réforme imminente du droit commun des contrats du Code civil...

contestables¹⁷³⁶. Or, la simplification et la clarification participent de l'essence de la protection du faible en matière contractuelle, car ce qui est élitiste le frappera inmanquablement¹⁷³⁷. Tentons ainsi de nous situer dans cette préoccupation actuelle. Et ce, dans une double perspective : celle, d'une part, de la clarification du droit commun des contrats (A), et celle, d'autre part, de la clarification d'autres pans du droit des contrats (B).

A - Manifestations concrètes de la clarification du droit commun des contrats

498. – Plan. Préciser en quoi une telle création clarifierait le droit commun passe par l'analyse de deux mouvements : la clarification directe, d'une part, du droit commun en matière de partie faible (1) ; l'assainissement plus indirect, d'autre part, du droit commun au-delà de la partie faible (2).

1 – En droit commun, en matière de partie faible

499. – Harmonisation des considérations de faiblesse en droit commun des contrats. La partie faible, et surtout les conditions de sa qualification, va permettre de mettre fin tout à la fois aux excès et aux carences qui existent dans l'appréciation actuelle du contractant faible. L'on a pu voir, en effet, à maintes reprises, que des parties sont protégées ou au contraire déboutées, alors même qu'il résultait des espèces que leur infériorité informationnelle (ou le contraire, selon l'hypothèse) était avérée. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne les professionnels comme les notaires¹⁷³⁸. L'on a en effet pu constater qu'un manquement au devoir de conseil était fréquemment reproché audit professionnel, alors même que la prétendue partie faible avait été dûment assistée et/ou informée, et qu'il était manifeste qu'elle avait une connaissance des faits dont elle prétendait avoir subi l'ignorance. Un phénomène similaire se distingue dans les différentes applications déformantes du dol ou de l'erreur¹⁷³⁹. Au confluent de ces deux notions, l'on songe également à la solution visant à rendre toujours excusable l'erreur provoquée¹⁷⁴⁰. Bien évidemment, la présente étude s'oppose à de telles directions. Clarifier la matière revient donc à constituer un droit de la protection de la partie faible qui soit harmonisé et assaini, ne visant qu'à protéger le faible, et rien que le faible. De la sorte, il s'agit de « rendre au droit commun ce qui appartient... au droit commun », et de poursuivre un objectif qui « s'inscrirait dans l'impératif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁶ V. not. sur les effets pervers de la simplification : J.-M. Pontier, « Brèves remarques sur la simplification du droit », in *La simplification du droit*, préc. ; Adde P.-Y. Gautier, « Simplifions la loi ensemble », D. 2007, p. 2592 et s. Il est vrai que le procédé a de quoi déranger : produire du droit afin de le simplifier, c'est encore produire de la complexité. C'est ainsi que l'on peut considérer que « tout procédé de lutte contre les excès normatifs contribue au mal qu'il dénonce » (N. Molfessis, obs. sous L. n° 2003-591 du 2 juil. 2003, RTD civ. 2004, p. 157). Quoi de plus clair que, dans l'espoir de simplifier le droit, le recours, finalement, aux ordonnances (V. sur le recours maladif aux ordonnances, *supra* n° 18, et sur la part du processus de simplification dans ce mouvement : P. Gonod, « La simplification du droit par ordonnances », AJDA 2003, p. 1652 et s.).

¹⁷³⁷ La formule de Ph. Malaurie est limpide : « La véritable information, la grande protection du consommateur, on la trouve dans la simplicité et dans la clarté » (Ph. Malaurie, « Le consommateur », Defrénois 1985, p. 1046).

¹⁷³⁸ V. sur ce point *supra* nos 345 et s.

¹⁷³⁹ V. *supra* nos 426 et s., 448 et s.

¹⁷⁴⁰ V. *supra* n° 332

¹⁷⁴¹ D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 96-97, n° 29

500. – Comment ne protéger *que* le faible ? Le rôle négatif de la protection de la partie faible : l'exception de faiblesse. Les dispositions proposées seront, *de lege ferenda*, tout à la fois d'ordre public, et susceptibles d'être relevées d'office par le juge. Elles pourront donc être utilisées pour débouter des demandes, dans lesquelles un contractant qui n'est pas une partie faible tente de plaider le contraire pour obtenir la protection. Il s'agirait là d'une sorte d'*exception de faiblesse*, opposable aux demandes de mauvaise foi. Elle jouerait un rôle régulateur au sein de la protection du faible, cristallisant son rôle négatif devant les prétoires¹⁷⁴², à dessein d'évincer nettement le phénomène actuel important de protection du non-faible.

501. – Clarification des fondements de la protection de la partie faible. Le dernier point concerne les fondements. Les protections modernes du consentement du droit de la consommation ont pour fondement celui qui anime l'ensemble de la matière : la régulation du marché, l'harmonisation des pratiques économiques. En droit commun, le problème se pose. L'on a vu en effet que les déclinaisons des protections consuméristes s'appuyaient sur des fondements incertains et donc guère satisfaisants. L'obligation d'information, par exemple, a oscillé entre équité et bonne foi (et ses composantes, comme la loyauté). Mais quel est ce fondement décisif aujourd'hui ? Même légales, sur quoi se basent ces obligations ? Et qu'en est-il des autres protections tentées, comme les clauses réputées non-écrites notamment à la suite de l'arrêt *Chronopost* ? L'on voit bien qu'il manque un fondement commun profond à l'ensemble de ce mouvement de protection du faible. Clarifier les fondements de la protection de la partie faible en droit commun¹⁷⁴³, c'est rendre cet ensemble cohérent.

502. – Réhabilitation du droit commun du Code civil (renvoi). Un autre effet fondamental résulte de manière plus ou moins directe de ces clarifications : la réhabilitation du droit commun des contrats. Sa marginalisation en matière de protection du consentement du faible a été mise en lumière. Ses aspects préoccupant et anormal aussi. Un droit commun de protection de la partie faible, en ce qu'il contribuerait à permettre au Code civil de retrouver sa fonction de droit commun, engendre une réhabilitation souhaitable. Il s'agit en effet de refaire du Code civil le siège du droit commun des contrats, afin de garantir la cohérence de l'ensemble de notre système contractuel¹⁷⁴⁴. Ceci participe également de manière considérable à la clarification du droit des contrats et, partant, contribue aussi à renforcer la sécurité juridique en la matière¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴² V. sur l'exception de faiblesse, *supra* n° 500 et *infra* 512-513 (et découle d'une interprétation *a contrario* de la proposition de codification que l'on trouvera en annexe, *infra* n° 1140).

¹⁷⁴³ V. *infra* nos 733 et s.

¹⁷⁴⁴ V. sur ces questions les développements consacrés, *infra* nos 576 et s.

¹⁷⁴⁵ V. not. en ce sens Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. n° 293, p. 371 (et not. : « *en encourageant la cohérence du droit des contrats, les règles communes en favorisent la bonne compréhension par les sujets de droit* »).

503. – L’assainissement de la pratique des vices du consentement. L’on a vu que les vices du consentement, particulièrement le dol¹⁷⁴⁶ et l’erreur¹⁷⁴⁷, avaient subi de plein fouet la tendance des juges à déformer les notions les plus élémentaires du droit commun pour tenter d’apporter une protection à certaines parties (considérées comme) faibles. Ainsi, après avoir précisé en quoi une protection de la partie faible en droit commun assainirait l’appréciation même du contractant faible, il apparaît qu’elle ferait de même en ce qui concerne la pratique des vices du consentement. Par exemple, l’élément intentionnel du dol ou encore son caractère déterminant, parfois malmenés voire négligés¹⁷⁴⁸, se trouveraient pleinement réaffirmés, du fait qu’ils pourraient être appréciés par les juges de la manière la plus rigoureuse dans la mesure où la protection du faible ne constituerait plus une fin à atteindre coûte que coûte, devant l’existence d’un système de protection dédié. Ils retrouveraient ainsi leur intégrité, et le droit commun s’en trouverait à nouveau vivifié.

504. – La clarification du rôle des vices du consentement. Les vices du consentement joueraient ainsi à nouveau leur véritable rôle : une sanction lourde (l’annulation), n’intervenant que dans les cas les plus graves d’atteinte au consentement, et s’appliquant à tous les contractants. D’ailleurs, leur signification retrouverait toute sa pertinence : personne ne doit devoir subir une atteinte au consentement si grave qu’elle engendre un vice du consentement. Au contraire, la partie faible est plus restrictive. Elle ne concernera que certains contractants, qui démontrent de caractéristiques précises¹⁷⁴⁹. En outre, celles-ci ne sont pas nécessairement d’une telle gravité. Et, n’étant pas fondée sur les mêmes causes, la protection de la partie faible n’engendre pas de sanction aussi radicale que les vices du consentement. L’ensemble est ainsi rendu cohérent et clair. L’on trouve ainsi, d’un côté, un système de protection préventif s’appliquant aux faibles pour leur éviter un contrat mal appréhendé ; et, de l’autre, un système curatif plus exceptionnel mais à la disposition de chacun. Il y a, plus qu’une différence de degré, une profonde différence de nature entre les deux mécanismes, et leur nette distinction est absolument indispensable.

505. – Clarification de la théorie générale du contrat (renvoi). L’adoption de la partie faible en droit commun va également permettre d’apporter enfin une position claire sur la consistance actuelle de notre théorie générale du contrat. En effet, si on l’enseigne encore souvent à partir du dogme de l’autonomie de la volonté, des nuances rédhibitoires (et par là même contradictoires) sont aussitôt soulignées, tout aussi souvent. Dès lors, la clarification de notre théorie générale est de première importance¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁶ V. *supra* nos 426 et s.

¹⁷⁴⁷ V. *supra* nos 448 et s.

¹⁷⁴⁸ V. *supra* nos 426 et s.

¹⁷⁴⁹ V. *infra* nos 645 et s.

¹⁷⁵⁰ L’on y consacrera des développements importants (V. *infra* nos 763 et s.).

B - Manifestations concrètes de la clarification d'autres pans du droit des contrats

506. – Plan. La création d'une protection de la partie faible en droit commun mène également à clarifier le droit bien au-delà du droit commun. En effet, c'est la matière consacrée à la protection du faible, transversale, qui se trouve fixée. La clarification influe donc nécessairement sur le droit de la consommation (1), voire sur d'autres pans du droit des contrats, comme le cautionnement (2).

1 – En droit de la consommation

507. – Généralités. La nécessité de prendre en compte le droit de la consommation pour toute réforme du droit des contrats du Code civil avait été soulignée avec justesse¹⁷⁵¹. C'est en ce sens qu'il nous semble que les effets clarificateurs de l'instauration d'une protection de la partie faible en droit commun sont les bienvenus.

508. – Clarification décisive de la notion de consommateur. L'admission d'une partie faible de droit commun implique, comme on l'a vu brièvement, de pouvoir statuer en faveur d'une définition stricte du consommateur. En effet, puisque les autres parties faibles sont désormais protégeables par le droit commun, il n'y a aucune raison de ne pas clarifier et assainir au mieux le domaine du droit de la consommation, et de ne pas bénéficier de la prévisibilité et de la sécurité qu'offre une définition stricte du consommateur. Cet aspect clarificateur perd, certes, un peu de sa pertinence depuis que la réforme récente intervenue en droit de la consommation a apporté une définition du consommateur. En effet, celle-ci exclue distinctement les personnes morales, dont celles qui s'avèrent faibles pourront donc se tourner vers le régime de la partie faible de droit commun. Mais l'imprécision que cette définition renferme toujours¹⁷⁵² ne rend pas inutile la clarification ici évoquée. La création d'une partie faible en droit commun serait donc malgré tout la bienvenue, devant impliquer une précision encore plus claire de la définition du consommateur.

509. – Clarification décisive de la notion de professionnel. Ceci est étroitement lié à la clarification de la notion de consommateur. En vérité, celle-ci va opérer sur un point particulier de l'acception du professionnel, car les trois autres de ses critères (activité de production économique, habitude, organisation) sont acquis¹⁷⁵³. C'est à l'endroit du critère du but lucratif de l'activité, que l'on sait controversé¹⁷⁵⁴, que la clarification va opérer, par une adoption claire de celui-ci pour définir le professionnel. En effet, le doute existait, car d'autres personnes, physiques ou morales, pouvaient

¹⁷⁵¹ V. not. G. Paisant, « Le Code de la consommation et l'avant-projet de réforme du droit des obligations. Quelle influence et quelle harmonisation ? », JCP G 2006, act. 429, spéc. p. 1739 (et not. : « *Toute réforme du Code civil sur les obligations nous paraît ainsi appeler une harmonisation de ce droit commun avec les lois spéciales. Plus spécialement, il nous semblerait judicieux, en même temps que l'on envisage - avec raison - la réforme du Code civil sur les obligations, d'entreprendre également, et notamment, celle du Code de la consommation pour une meilleure harmonisation des règles et donc dans l'intérêt de tous les justiciables. Le travail mériterait d'être poursuivi* »).

¹⁷⁵² V. sur ce point *supra* nos 102 et s. (l'on a vu, en effet, que l'expression « *dans le cadre de l'activité* » pouvait revêtir un certain nombre d'interprétations, et que cette définition n'empêchera probablement pas, selon une doctrine éminente, la Cour de cassation de la reprendre à son compte. Rien n'est moins sûr, donc, que la clarification décisive de cette notion grâce à cette seule définition).

¹⁷⁵³ V. sur ce point *infra* nos 284 et s.

¹⁷⁵⁴ Ibid.

sembler très similaires aux professionnels classiques, sur le fondement des trois autres critères. Parfois, ce doute permettait aux juges de tenter de protéger ces faux professionnels. D'autres fois, le plus souvent, il menait à les condamner, en les qualifiant de professionnels. Il y a donc lieu, *de lege ferenda*, de statuer sur l'aspect nécessairement lucratif de l'activité professionnelle. Les autres activités ressemblantes devront diriger les contractants qui en font œuvre vers la protection générale du consentement de la partie faible en droit commun. La notion de professionnel retrouvera ainsi une certaine part d'intégrité¹⁷⁵⁵.

510. – Clarification par la suppression de la notion de *non-professionnel*. La partie faible de droit commun permet également de supprimer la notion de non-professionnel¹⁷⁵⁶. Comme on l'a vu, elle n'est d'aucune utilité, ou d'une utilité suffisamment limitée ou incertaine¹⁷⁵⁷. N'apportant que des complexifications inutiles, on a vu que cette notion avait clairement dégénéré en scorie. L'on notera déjà que la masse contentieuse virtuellement évitée aurait été colossale, si ces clarifications étaient intervenues plus tôt. Par ailleurs, la notion couvre un champ d'application trop restreint : les non-professionnels ne bénéficieront ainsi pas, en toute hypothèse, par exemple, de l'obligation d'information¹⁷⁵⁸, ou de l'action en suppression des clauses abusives par les associations de consommateurs¹⁷⁵⁹, qui a pourtant toute son importance aujourd'hui. Tout ceci plaide pour la suppression de la notion, « *inconnue de tout autre système juridique* »¹⁷⁶⁰, véritable curiosité, davantage, nous semble-t-il, qu'une simple « *singularité du droit français* »¹⁷⁶¹. Il faut déconstruire pour mieux bâtir. En outre, à l'aune de l'évolution actuelle du droit de la consommation, la notion de non-professionnel pourrait bien, dans un avenir plus ou moins proche, s'avérer contraire au droit de l'Union.

511. – Clarification du régime de la mixité du contrat. Comme on l'a vu, la mixité du contrat a parfois pu servir, malgré un lien évident avec l'activité professionnelle, à protéger certains contractants par la voie consumériste. Mal fondée, incertaine et injuste¹⁷⁶², l'on prône la disparition de cette protection dans ces hypothèses, à l'instar d'autres domaines où la démarche abstraite a, au moins, le

¹⁷⁵⁵ Une part seulement puisque l'on a vu qu'une interprétation *a contrario* de la nouvelle définition du consommateur (art. préL, C. consom.) impliquait une vision large de la notion de professionnel, ne distinguant pas entre ce qui relève de la spécialité ou non (V. *supra* nos 285-286).

¹⁷⁵⁶ Cette voie a déjà été prônée, not. par G. Paisant (« La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, spéc. p. 30, n° 28) ; V. aussi N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, nos 200-201, p. 182-184), proposant néanmoins, en remplacement, de protéger, cette fois de manière salutaire à l'endroit de toutes les « *règles communes* » du droit de la consommation, non seulement les consommateurs mais aussi « *les personnes morales n'exerçant pas une activité professionnelle* », dont on a vu, effectivement, la médiocrité de la protection).

¹⁷⁵⁷ En effet, l'on a vu qu'elle n'avait eu aucun impact à l'égard des professionnels-consommateurs (V. *supra* nos 126 et s.), et que ses applications à l'égard des personnes morales suivaient presque la même voie (V. *infra* nos 146 et s.), alors même qu'elle avait été créée semble-t-il pour leur protection (V. sur ce point, *supra* n° 127).

¹⁷⁵⁸ L'art. L. 111-1 C. consom. ne vise en effet que les seuls consommateurs. Cette situation a, en outre, vocation à perdurer puisque la récente réforme n'a pas retouché le texte sur ce point.

¹⁷⁵⁹ L'art. L. 421-6 C. consom. ne vise en effet que le seul consommateur. Encore une fois, la récente réforme, qui a pourtant retouché cette disposition (comme la précédente) n'a pas apporté de modification sur ce point, preuve supplémentaire que la création de la notion de non-professionnel ne fonde guère d'espairs suffisants pour que sa suppression ne soit pas préconisée ici. La Haute cour applique naturellement ce texte strictement, par ex. lorsque les contrats en cause étaient destinés à des syndicats de copropriétaires (V. not. Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2014 (13-13.779) : AJDI 2015, p. 44, obs. D. Tomasin ; RTD com. 2014, p. 677, obs. B. Bouloc). Les non-professionnels ont donc droit à l'art. L. 132-1 C. consom., qui concerne les clauses abusives, mais pas à l'action en suppression de ces mêmes clauses !

¹⁷⁶⁰ N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 113, p. 112

¹⁷⁶¹ N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 113, p. 112

¹⁷⁶² Comme on l'a vu (V. *supra* nos 265 et s.).

mérite de la cohérence et de la netteté¹⁷⁶³. Ainsi, soit le contrat implique un consommateur au sens strict, et la protection consumériste doit s'appliquer ; soit le contractant agit, quel qu'en soit le degré, dans le cadre de son activité professionnelle, et il pourra, le cas échéant, prétendre à la protection de la partie faible de droit commun. Voilà encore un point clarificateur et unificateur.

512. – Assainissement des considérations de faiblesse par l'exception de faiblesse du droit commun ? Une question essentielle doit ici être posée. Puisque la protection de la partie faible, *de lege ferenda*, a vocation à fixer et assainir les considérations de faiblesse en droit des contrats¹⁷⁶⁴, s'étend-elle aux contrats de consommation ? Le premier réflexe est de répondre par l'affirmative. Mais l'on a vu que l'essentiel des dispositions consuméristes résultaient d'impératifs européens, transposés en droit français sur ordre de nombreuses directives. L'on ne peut donc résolument s'opposer à ce droit de la consommation, que la hiérarchie des normes impose. Est-ce pour autant le sens de la question posée ? Non. Nous cherchons à savoir si le correctif de l'*exception de faiblesse*¹⁷⁶⁵ pourrait s'appliquer à des contentieux dans lesquels la mauvaise foi d'un consommateur est manifeste. Ainsi, l'applicabilité d'un tel correctif *a priori* marginal, n'est pas assimilable à un refus pur et simple de transposition d'une directive, ou à l'adoption d'une contre-mesure abolissant *de facto* toute son efficacité. La logique de marché abstraite du droit de la consommation, si elle nous est imposée, ne peut ni ne doit néanmoins faire plier les adages classiques : *fraus omnia corrumpit*¹⁷⁶⁶, *malitiis non est indulgendum*¹⁷⁶⁷.

513. – Réponse affirmative possible et souhaitable. La proposition d'appliquer ce correctif de droit commun au consommateur nous semble donc réalisable. En outre, elle ne semble guère farfelue : n'a-t-on pas même proposé de faire de la qualité de consommateur une simple présomption de faiblesse¹⁷⁶⁸ ? Moins théorique, moins critiquable : la jurisprudence n'a-t-elle pas déjà expressément établi certaines solutions visant à usiter de notions de droit commun pour contingerer les excès de mesures consuméristes¹⁷⁶⁹ ? Ces relations ont été largement examinées par la doctrine¹⁷⁷⁰, et elles semblent au

¹⁷⁶³ C'est par ex. le cas en ce qui concerne l'application de l'art. L. 271-1 CCH (V. sur ce point *supra* n° 160).

¹⁷⁶⁴ Sur l'*exception de faiblesse* supposée procéder à cet assainissement lorsqu'une partie n'est pas faible, V. *supra* n° 500.

¹⁷⁶⁵ V. sur ce point *supra* n° 500

¹⁷⁶⁶ *La fraude corrompt tout*. V. sur ce point H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 148, p. 281 et s.

¹⁷⁶⁷ *Pas d'indulgence pour la mauvaise foi*. H. Roland et L. Boyer, op. cit., n° 214, p. 419 et s. ; un tel adage est d'ailleurs invoqué par une doctrine spécialiste, en matière notariale, pour contester l'absolutisme du devoir de conseil du notaire (C. Biguenet-Maurel, *Le devoir de conseil des notaires*, préf. J. de Poulpique, Defrénois, 2006, n° 175, p. 78).

¹⁷⁶⁸ J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997, p. 266, n° 27 et s ; V. aussi en ce sens (également pour le locataire, le salarié ou le franchisé), A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n° 383, p. 344

¹⁷⁶⁹ Prenons un exemple frappant : celui de la modulation des règles de l'art. L. 312-16 C. consom. par les exigences de droit commun en matière de conditions potestatives (art. 1170 et 1174 C. civ.). L'on sait que le premier de ces textes impose qu'en matière d'acquisition immobilière (essentiellement, mais pas seulement : art. L. 312-2 C. consom.), si celle-ci est financée par un prêt, alors l'acte principal (contrat ou avant-contrat) est automatiquement conclu « sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement ». L'on a d'emblée critiqué cette mesure et ses dangers : « En effet, le jeu de la condition suspensive légale constituait, *a priori*, une véritable aubaine pour des consommateurs versatile et déloyaux qui, forts du pouvoir que leur accordait la législation spéciale de faire échec à la réalisation de la condition, en refusant le prêt accordé à l'issue du délai de réflexion (...) » (de l'art. L. 312-10 C. consom.) (D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 83-84, n° 16). Par une double réaction, la Haute Cour a endigué ce risque. Elle a d'abord fixé que l'obtention de prêt ne peut correspondre à cette volonté arbitraire de l'emprunteur : elle n'est pas le fait ou non qu'il ait accepté un prêt, mais « est réputée réalisée dès la présentation par un organisme de crédit d'une offre régulière correspondant aux caractéristiques du financement de l'opération » (Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1992 (91-12.498) : D. 1993, p. 210, obs. A. Penneau ; JCP G 1993, II, 22106, note A. Gourio ; Defrénois 1993, p. 317, note J.-L. Aubert ; CCC 1993, n° 43, obs. L. Leveneur ; *ibid.*, n° 80, obs. G. Raymond ; Cass. 3^e civ., 18 nov. 1992 (91-11.074) : Bull. civ. III, n° 300 ; D. 1993, p. 210, obs.

reste nombreuses¹⁷⁷¹. Autant de preuves que la transposition de règles ne chasse pas nécessairement leur régulation judiciaire à la marge. Est-ce souhaitable, enfin ? Une réponse affirmative n'appelle guère de longs développements. En effet, la présente étude a pour vocation d'assainir et de rationaliser la prise en compte de la faiblesse en matière contractuelle : il n'y aurait guère de sens à ne vouloir de cette harmonisation que dans un champ limité aux purs rapports relevant du droit commun¹⁷⁷². Ainsi, de la manière négative qui a été décrite, la détection d'une situation de compétence manifeste pourra empêcher l'accueil d'une prétention d'un consommateur.

2 – *En droit du cautionnement*

514. – Retour des dispositions sur le cautionnement au sein du Code civil. L'on a déjà montré en quoi les dispositions protectrices de la caution, curieusement intégrées au droit de la consommation, auraient dû être codifiées dans le Code civil, qui contient le droit du cautionnement. L'on a également vu, à un autre égard, que le domaine de ce dispositif en droit de la consommation était bien trop étendu, ce qui donnait lieu à de manifestes abus et à des solutions injustes. C'est ainsi qu'une réintégration dans le Code civil devra s'accompagner de précisions. Une disposition pourrait notamment préciser expressément l'intensité de la rigueur du formalisme protecteur, en énonçant par exemple que la nullité n'est pas encourue si le défaut dans le recopiage des mentions manuscrites n'a guère affecté leur sens et leur portée¹⁷⁷³. Il pourrait aussi être envisagé de ne pas faire peser la sanction d'un engagement disproportionné sur le seul professionnel, particulièrement lorsque la caution a été négligente ou agit de mauvaise foi, en remplaçant la déchéance par une réduction¹⁷⁷⁴. En définitive, une telle réintégration contribuerait à son tour à restaurer une part de la cohérence du droit des contrats.

A. Penneau). Cette position, déjà, « *évoque fortement l'art. 1178 c. civ.* » (A. Penneau, obs. préc.). Mais la Haute Cour a été encore plus loin sur le fondement, cette fois plus net, de ce texte : dès lors que la condition n'a trouvé à se réaliser par la négligence déloyale de l'emprunteur, elle est réputée accomplie, ce qui fait donc échec aux excès possibles de l'art. L. 312-12 C. consom. (la jurisprudence est, au reste, abondante et par là même probante). Si bien que, lorsque l'emprunteur met « *obstacle à la réalisation de la condition suspensive* », celle-ci doit être, à titre de sanction, « *réputée accomplie aux termes de l'article 1178 du Code civil* » (Cass. 3^e civ., 4 févr. 1987 (85-16.522) : RTD civ. 1988, p. 542, obs. J. Mestre ; Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1997 (95-18.276) : Bull. civ. I, n° 310 ; *Adde* dans le même sens, récemment : Cass. 3^e civ., 16 janv. 2013 (11-26.557). V. déjà sur l'ensemble de la question L. Aynès, « La condition d'obtention d'un prêt dans une promesse unilatérale de vente », D. 1988, p. 283 et s. ; V. récemment Y. Delecraz et M. Chetaille, « La condition suspensive d'obtention d'un prêt : Ou comment concilier la sécurité de l'acquéreur et l'équilibre du contrat », JCP N 2011, 1180 (et les nombreuses réf. et solutions citées)). La solution nous semble bien sûr « *justifiée, qui évite de surprotéger le consommateur et de couvrir sa désinvolture manifeste, voire sa déloyauté* » (J. Mestre, obs. préc.). A la vérité, c'est même là, au-delà d'une règle de droit commun, plus largement un principe ressortant du droit commun des contrats qui trouve à combattre l'injustice d'une solution consumériste abstraite, en l'occurrence, le principe de cohérence, ici, qui sous-tend la règle même contenue dans l'art. 1174 C. civ. (V. en ce sens la profonde analyse de D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I, PUAM, 2001, n°s 183 et s., p. 169 et s.). L'interdiction commune de « *vouloir à condition de vouloir* » (ibid., n° 183, p. 169, titre du chapitre concerné) vient alors corriger les excès d'une règle spéciale.

¹⁷⁷⁰ V. not. N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, spéc. la seconde partie (n°s 566 et s., p. 509 et s.), dédiée à la « *coexistence du droit de la consommation et de la théorie générale du contrat* ».

¹⁷⁷¹ N. Rzepecki en identifie en effet une certaine quantité. Outre le cas précité de l'utilisation de l'art. 1178 (par ailleurs bien davantage développée : ibid., n°s 707 et s., p. 500 et s.), sont not. soulignés les recours aux mécanismes du droit commun concernant l'exécution contractuelle (responsabilité contractuelle, résolution : ibid., n°s 672 et s., p. 479 et s.), ou le surendettement (ibid., n°s 690 et s., p. 488 et s.).

¹⁷⁷² D'autant que l'on a vu, not. par le prisme des consommateurs-abusifs, que le champ des excès à traiter était vaste (V. *supra* n°s 258 et s.).

¹⁷⁷³ Reprenant ainsi la construction jurisprudentielle salutaire (mais laborieuse, et qui aurait pu être évitée) que l'on connaît (V. *infra* n°s 914 et s.).

¹⁷⁷⁴ Comme cela a été préconisé (V. *infra* n° 857 (nbp n° 3048)).

§II – Les autres effets vertueux

515. – Plan. Les autres effets vertueux d'un droit commun de la protection du consentement de la partie faible sont de deux ordres. D'une part, l'efficacité économique, indépendante de la clarification du droit (A) et, d'autre part, l'efficacité que l'on pourrait nommer anthropologique, interdépendante de la clarification du droit (B).

A – Indépendamment de la clarification du droit : l'efficacité économique

516. – Plan. Il va de soi que l'efficacité économique du droit est un objectif digne d'une considération importante (1). Il faut donc démontrer, autant que possible, en quoi notre proposition tend vers une telle efficacité (2).

1 – L'efficacité économique : un objectif important

517. – Généralités. Lien étroit entre droit et économie. Il est à peine nécessaire de préciser l'ampleur des interactions qui existent entre le droit et l'économie¹⁷⁷⁵ : « *le droit a des répercussions directes sur le fonctionnement du système économique et en particulier sur son degré d'efficacité. Dès lors, s'il est souhaitable que les économistes n'ignorent pas les données juridiques (...), il est pareillement souhaitable que les juristes prêtent attention aux conséquences économiques du choix d'une règle ou d'une décision par rapport à une autre* »¹⁷⁷⁶. Il semble donc indéniable qu'il faille tenir compte de l'impact économique des règles que nous proposons. Sans se confronter à de redoutables calculs, au terme desquels « *tout vaut tant et, par le jeu de l'incidence (...), tout devra finalement être payé par quelqu'un* »¹⁷⁷⁷, explorons, nécessairement modestement, la piste de l'efficacité économique. Celle-ci est de plus en plus étudiée par la doctrine française, ce qui nous en facilitera l'accès.

518. – L'objectif : l'efficacité économique de la règle de droit (analyse économique du droit)¹⁷⁷⁸. « *Mais ce qui n'avait été pendant longtemps que procédé empirique ou ponctuel a donné lieu depuis ces dernières décennies à une systématisation théorique sous la forme de l'analyse économique du droit* »¹⁷⁷⁹. Celle-ci¹⁷⁸⁰, dont

¹⁷⁷⁵ V. déjà G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951, p. 1 et s., l'introduction étant en effet largement axée sur ce point (et not., p. 4 : « *les juristes ne sauraient appliquer, ni interpréter les règles de droit s'ils ne connaissent pas l'économie* »). Celle-ci est en effet d'une importance capitale. Elle est pourtant absente du cursus universitaire classique en Droit. *Adde* sur ce thème *Arch. phil. dr.* 1992, t. XXXVII « Droit et économie » (et spéc. les contributions de B. Oppetit (« Droit et économie », p. 17 et s.), G. Farjat (« La notion de droit économique », p. 27 et s.) et R. Sève (« Droit et économie : quatre paradigmes », p. 63 et s.).

¹⁷⁷⁶ Y.-M. Laithier, « Le droit comparé et l'efficacité économique », *Rev. dr. H. Capitant*, n° 1, 30 déc. 2010, art. n° 7

¹⁷⁷⁷ J. Carbonnier, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 36-37

¹⁷⁷⁸ V. not. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz-Thémis, 2^{ème} éd., 2008 ; *Mesurer l'efficacité économique du droit*, G. Canivet, M. Klein, M.-A. Frison-Roche (dir.), LGDJ, 2005 ; *L'efficacité économique en droit*, S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir.), *Economica*, 2010 ; *Adde L'efficacité du contrat*, G. Lardeux (dir.), Dalloz, 2011. L'on a pu déplorer que la question médiatiquement alléchante et convaincante de simplicité de l'efficacité économique ait pu occulter voire remplacer une démarche « *où l'on cherchait avant tout à mettre au jour les liens réciproques du droit et de l'économie en vue d'une meilleure connaissance des deux disciplines (...). Un pas supplémentaire a été franchi sous l'effet de l'omniprésence, dans le discours politique et l'action gouvernementale, du thème de l'efficacité économique. En effet, dans un temps relativement bref, l'efficacité économique est devenue un véritable slogan, au sens propre du terme* » (C. Pérès, « Rapport introductif du Colloque de Reims », *Rev. dr. H. Capitant*, n° 1, 30 déc. 2010, art. n° 3).

¹⁷⁷⁹ B. Oppetit, art. préc., p. 22

la paternité semble globalement revenir aux américains de l'Université de Chicago, dans les années 1960¹⁷⁸¹, consiste à placer l'efficacité de la règle au cœur de sa légitimité¹⁷⁸². Elle intervient donc comme étant un objectif à atteindre, et constitue donc un argument¹⁷⁸³, pour ce qui nous concerne¹⁷⁸⁴, de l'opportunité d'adopter une règle de droit¹⁷⁸⁵. L'on ne peut donc faire l'économie de « *cette dimension au nom d'un certain positivisme ou d'une conception du droit centrée sur l'art du juste* »¹⁷⁸⁶. Le droit n'a pas davantage besoin de mesures justes mais irresponsables, que de propositions moralisantes bien qu'irréalisables. Au-delà, notons que les juristes français n'ont encore guère largement reçu ces idées, plus anglo-saxonnes¹⁷⁸⁷. Probablement, entre autres choses¹⁷⁸⁸, au nom de leur apparente hérésie¹⁷⁸⁹. Il faut le dire franchement, même en s'émancipant de l'humanisme qui imprègne la tradition civiliste qui est la nôtre, l'analyse économique du droit, en réduisant les phénomènes juridiques à de simples interactions mécaniques, dérange profondément¹⁷⁹⁰. Pour autant, et si elle est donc évidemment

¹⁷⁸⁰ Un auteur relève que l'évaluation de l'efficacité économique du droit est « *la fille* » du courant Law and Economics : M.-A. Frison-Roche, « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, préc., p. 19 et s. (spéc., p. 20). Sur l'analyse économique du droit, V. de manière générale E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit.

¹⁷⁸¹ Not. avec l'article fondateur de R. Coase en 1960 sur le coût social ; plus tard, R. Posner marquera à son tour une évolution sensible, en 1972, avec son célèbre ouvrage *Economic Analysis of Law*. V. sur cet historique et bien plus en détails, E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., nos 23 et s., p. 7 et s.

¹⁷⁸² Y.-M. Laithier, art. préc. (« *L'analyse économique du droit est une analyse d'efficacité* »).

¹⁷⁸³ V. not. A. Lepage, « Avant-propos », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, 3^{ème} partie, étude : le droit de savoir*, p. 86 (et not. « *Qu'on ne réduise pas, toutefois, le droit de savoir à un simple gage donné par le droit à une conception renouvelée de la morale contemporaine. Sous l'effet d'une analyse économique du droit, des considérations pragmatiques s'attachent aussi, pour une certaine part, à ces exigences de transparence, à telle enseigne que l'intérêt de la société dans son ensemble, au-delà de celui des personnes ayant bénéficié de l'information, est considéré comme s'en trouvant satisfait* »).

¹⁷⁸⁴ V. sur ce point C. Pérès, ibid. (et not. : « *Eriger l'efficacité économique en règle, ce n'est pas simplement, à l'image de certains partisans de l'analyse économique du droit, l'élever en objectif vers lequel le droit devrait tendre. C'est, à proprement parler, la faire pénétrer au cœur du système juridique et lui reconnaître, en droit, une véritable valeur normative* »). L'indispensabilité de tenir compte de ces thèses ne doit néanmoins, selon nous, pas être normative, mais constituer une exigence supplémentaire dans l'élaboration d'une réforme (Adde R. Encinas de Munagorri, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du premier président de la Cour de cassation », RTD civ., 2006, p. 505 et s.). L'écueil possible est important : comme le relève M.-A. Frison-Roche, « *il est usuel de soutenir que l'évaluation économique du droit méconnaîtrait le rapport de celui-ci avec les valeurs, c'est-à-dire l'indisponible que le droit exprime. Le choc peut paraître frontal entre une conception du droit qui institue dogmatiquement la personne, exprime des valeurs non négociables, construisant ainsi la civilisation, et celle d'un droit comme simple outil de réalisation des buts concrets, par exemple la richesse collective, l'instrument étant aussi flexible que cela est requis par le but déterminé, lequel peut être destructeur sans que le droit n'offre alors de résistance* » (M.-A. Frison-Roche, préc., p. 21).

¹⁷⁸⁵ V. not. C. Pérès, ibid. (affirmant en ce sens que « *dans une logique persuasive, l'efficacité économique peut d'abord être avancée comme fondement d'une règle de droit. Dans cette perspective, l'efficacité économique intervient dans le discours juridique comme un argument, parmi d'autres, visant à expliquer, à justifier, à convaincre de la pertinence de la solution retenue. De fait, au même titre que la morale, l'équité, la justice ou la dignité de la personne, l'efficacité économique constitue naturellement un élément propre à emporter la conviction du législateur au stade de l'élaboration de la règle de droit* »).

¹⁷⁸⁶ Y.-M. Laithier, préc.

¹⁷⁸⁷ V. not. en détail sur cette ignorance et pour un rappel de la genèse de la matière : E. Mackaay, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », Rev. dr. H. Capitant, n° 1, 30 déc 2010, art. n° 2. Le courant est en effet bien plus développé aux Etats-Unis, avec le courant intellectuel appelé « *Law and economics* », ce qui explique d'ailleurs l'immense part anglophone des contributions doctrinales en la matière. V. aussi sur ce courant A. Bernard, « Law and Economics, une science idiote ? », Rev. dr. H. Capitant, n° 1, 30 déc. 2010, art. n° 6 (et les nombreuses réf. citées).

¹⁷⁸⁸ V. not. M. Fabre-Magnan (*De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (réed. 1992), n° 59, p. 51), pour qui (outre la confrontation justice/économie) « *une explication plus prosaïque pourrait être trouvée dans la séparation très nette des études de droit et d'économie dans les universités françaises (...)* ».

¹⁷⁸⁹ V. sur ce point la pénétrante analyse de C. Atias, « La distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial et l'analyse économique du droit » Rev. dr. H. Capitant, n° 1, 1^{er} oct. 2010, art. n° 4 (et également sur les convergences et divergences philosophiques du Droit et de l'Economie).

¹⁷⁹⁰ Par ex., lorsqu'on lit la manière de traiter le cas du marchand de Rhodes (Cicéron, préc. *supra* n° 3) par B. Rudden (« Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements », RTD civ. 1985, p. 98, n° 15), à l'encontre du point de vue de Pothier (et, déjà, de Cicéron) qui conclut à une solution d'équité visant à informer : « *Du point de vue économique, cette analyse recèle trois lacunes. 1° Elle ne tient compte que du vendeur, alors que la question est combien vaut le blé aux yeux de l'acheteur* » (si l'acheteur achète, c'est qu'il l'a bien voulu. Nous savons toute l'erreur d'un tel postulat (contrainte ? vice du consentement ? faiblesse au sens large ?)) ; « *2° La possibilité que deux jours plus tard arrivent d'autres bateaux est également connue de l'acheteur : le prix convenu est donc déjà réduit de la valeur actualisée de ce risque* » (il n'est absolument pas tenu compte de la famine de l'histoire contée) ; « *3° Si le vendeur actuel ne pouvait pas profiter de la diligence qu'il a mise à arriver le premier, personne n'aurait de bonne raison d'investir dans un bateau rapide, de s'efforcer d'en accélérer le voyage : en conséquence, les transports ne se seraient pas développés, et*

insuffisante à fonder la légitimité d'une règle, elle semble indispensable dans le cadre d'une proposition juridique. Tentons donc d'en tenir compte pour légitimer la nôtre¹⁷⁹¹.

2 – *L'efficacité économique : un objectif atteint*

519. – Plan. Pour déterminer si la protection de la partie faible tend vers l'objectif d'efficacité économique, il faut en exprimer les principes élémentaires (a), afin d'y confronter les mesures de notre proposition (b).

a – *Les principes élémentaires de l'efficacité économique*¹⁷⁹²

520. – La maximisation des utilités individuelles (théorème de Coase). Ce que l'on nomme désormais classiquement *théorème de Coase*¹⁷⁹³ prend racine dans le célèbre article l'auteur R. Coase, en 1960, sur le coût social¹⁷⁹⁴. Il ressort de cette oeuvre fondamentale que les échanges sont souhaitables dans la mesure où ils sont le vecteur d'une utilisation optimale des biens en cause par les agents (parties, dans un contrat). Autrement dit, « *Les économistes ont ainsi depuis longtemps mis l'accent sur le fait que l'échange permet une circulation vertueuse des biens des utilisateurs à faible valorisation aux utilisateurs à forte valorisation du bien (...). Ce gain résulte du fait que les biens sont placés dans leur utilisation la plus efficace* »¹⁷⁹⁵. Les économistes le disent avec un vocabulaire différent : « *Dans ce modèle, deux parties sont confrontées – un principal et un agent – qui envisagent un échange. (...) la problématique est donc simple : trouver le contrat qui lui offre [le principal] la plus grande satisfaction tout en offrant à l'agent un niveau de satisfaction au moins égal à son utilité de réservation. Le contrat optimal (...) sera le résultat de cette maximisation (...)* »¹⁷⁹⁶. Or, le contrat est le principal vecteur des échanges économiques¹⁷⁹⁷. Autrement dit, ce théorème s'applique par essence au contrat, conçu par ces thèses comme un « *instrument de maximisation*

les beaux clipper qui faisaient les grandes courses de thé n'auraient jamais été construits » (en bref, l'entrepreneuriat, c'est uniquement et absolument la recherche du profit. La soif de science, la passion, la philosophie n'existent pas. En outre, le postulat de ces positions est continuellement l'effort tel que *spécialement fourni* ; or, on l'a montré, l'information (ou, ici, l'avance sur les autres marchands) n'est parfois le fruit d'aucun effort particulier, et n'a donc pas systématiquement à être spécialement rémunérée).

¹⁷⁹¹ D'autant que cette prise en compte « *repose sur une intuition simple : les droits qui concilient le mieux les valeurs d'efficacité économique et de justice sont ceux qui servent de modèles et ceux qui, par conséquent, ont le plus de chance de circuler* » (Y.-M. Laithier, art. préc., citant R. Sacco). Ce bref développement doit être ajouté à celui traitant de l'opportunité de réformer de manière novatrice, actuelle et juste la protection du consentement pour faire figure de modèle en matière contractuelle (V. *infra* n^{os} 567 et s.).

¹⁷⁹² On en restera volontairement à une approche globale et somme toute assez schématique, au risque de s'éloigner brutalement de notre démonstration.

¹⁷⁹³ Ce qui est amusant, car l'auteur, bien plus tard (une trentaine d'années), ouvrira l'un de ses articles, dédié à répondre aux critiques dont ses idées de 1960 ont fait l'objet (« Notes sur le problème du coût social », in *Le coût du droit*, PUF, 2000, p. 77 et s.) par la formule qui suit : « *L'expression « théorème de Coase » n'est pas de moi, ni d'ailleurs la formulation précise de ce théorème (...)* ».

¹⁷⁹⁴ R. Coase, « Le problème du coût social », in *Le coût du droit*, PUF, 2000, p. 23 et s. (l'ouvrage reproduit trois textes fondamentaux de Coase, dont cet article, paru initialement en 1960 dans la revue américaine *The Journal of Law and Economics*) ; V. not. sur le théorème de Coase, E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., spéc. n^{os} 674 et s., p. 182 et s.

¹⁷⁹⁵ G. Dari-Mattiacci et D. Houtcieff, « Vice du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réciprocité dolosive », in *Droit et économie des contrats*, Ch. Jamin (dir.), LGDJ, 2008, p. 53-54, n^o 108 ; Adde B. Rudden, art. préc., p. 91 et s., spéc. p. 94, n^o 8

¹⁷⁹⁶ P. Garello, « Les économistes et le contrat », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. I, Litec, 1998, p. 38

¹⁷⁹⁷ C'est un lieu commun (V. par ex. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, n^o 6, p. 434-435 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n^o 400, p. 181 ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008, n^o 1, p. 1 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n^o 3, p. 2 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n^o 16, p. 29

521. – La minimisation des coûts de transaction (et la question de l’opportunisme). Il faut distinguer un autre principe fondamental de l’efficacité économique¹⁷⁹⁹, en vérité consubstantiel à l’idéologie de Coase : la minimisation des coûts de transaction¹⁸⁰⁰. Ce présupposé, déjà volontiers considéré par Coase comme un idéal destiné à servir de base pour l’étude¹⁸⁰¹, implique « *que les parties peuvent arriver sans frais à s’entendre* »¹⁸⁰², c’est-à-dire à conclure. Ces coûts représentent donc « *le temps, les efforts, les ennuis, et autres coûts engendrés pour les parties par la négociation d’un contrat, ou encore le règlement d’un différend entre eux* »¹⁸⁰³. Ceux-ci ne doivent pas être dissuasifs. On le comprend bien : une répartition efficiente des biens ne se produira que dans la mesure où il n’existe pas d’entraves pécuniaires aux échanges. Or, l’on distingue des comportements qui entrent en contradiction avec l’idée de faibles coûts de transaction. C’est là que se situe notamment l’opportunisme, qui consiste à chercher à obtenir un profit en modifiant son comportement, de mauvaise foi¹⁸⁰⁴. Entre autres, il se caractérise par un manque de transparence informationnelle, qui empêche donc l’échange idéal, précédemment décrit, de se réaliser¹⁸⁰⁵. En effet, l’utilité d’un bien qu’attend celui qui est mal informé lui semble optimale, alors que cette appréciation est fondée sur des éléments erronés. L’avarice d’un tel comportement individualiste conduit ainsi à faire échec à un échange socialement efficace¹⁸⁰⁶. En outre, de manière collatérale, l’opportunisme va avoir tendance à engendrer une augmentation des coûts de transaction, soit que celui qui en est victime cherche à se protéger davantage, soit qu’il décide même de ne plus contracter, ou de moins le faire¹⁸⁰⁷. Or, l’on comprend bien que ces comportements naissent

¹⁷⁹⁸ V. aussi les développements importants (outre la formule) de M. Fabre-Magnan sur la question (th. préc., n^{os} 72 et s., p. 60).

¹⁷⁹⁹ Nous ne nous attarderons pas sur un autre point tout aussi élémentaire de l’efficacité économique, à savoir la minimisation des effets externes (ou externalités, c’est-à-dire, au-delà de l’aspect optimal de l’échange entre les parties, les effets néfastes sur des tiers, globalement. V. not. sur ce point E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., n^{os} 1306-1307, p. 365-366), car il nous faudrait alors basculer en profondeur dans une analyse de l’efficacité économique de notre proposition entière. Si nous ne nous en tenions pas ici qu’à l’information de la partie faible, il nous faudrait par ex. évaluer les possibles effets externes de l’obligation pour le juge de relever d’office (V. *infra* n^{os} 1104 et s.), ou encore, et surtout, de l’éradication des clauses abusives dans les contrats impliquant une partie faible (V. *infra* n^{os} 1036 et s.). Ces profondes réflexions économique-juridiques appartiennent assurément à une autre étude, que nous ne pouvons mener ici. L’information étant le centre névralgique de la protection de la partie faible, cette contingence est, sous ces réserves, justifiée.

¹⁸⁰⁰ En effet, déjà envisagée par Coase (V. not. dans « Le problème du coût social » (art. préc., spéc. p. 40 et s.)), la réduction optimale des coûts de transaction appartient au théorème, garante de sa propre vérification scientifique (V. sur ce point E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., spéc. n^{os} 681 et s., p. 184 et s.).

¹⁸⁰¹ R. Coase, art. préc., spéc. p. 40 (à l’égard des coûts de transaction nuls : « *Il est bien évident que ce postulat est très irréaliste* »). V. sur la signification de ce présupposé, E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., n^{os} 726 et s., p. 197 et s. (en un mot, il n’y avait pas là un véritable paradigme (comme par ex., au contraire, la rationalité des agents), mais bien un présupposé permettant la réflexion).

¹⁸⁰² E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., n^o 694, p. 188

¹⁸⁰³ M. Fabre-Magnan, th. préc., n^o 75, p. 62 (et les réf. citées). Les économistes soulignent en effet, malgré le flou de la notion, que ces coûts englobent de manière générale les frais de rédaction du contrat, de recherche d’information, de négociation le cas échéant, de contrôle de la conformité du contrat aux règles de droit qui lui sont applicables (V. not. sur ce point P. Garelli, art. préc., spéc. p. 43).

¹⁸⁰⁴ V. not. sur l’opportunisme, dans le cadre des coûts de transaction : E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., n^{os} 737 et s., p. 200 et s. (Cooter menait not. sur ce point une critique de la pensée de Coase, basée sur le seul « *versant optimiste de la nature humaine, celui où les acteurs de bonne volonté s’entendent sur ce qui leur procure un gain commun ; mais la nature humaine est variable et peut aussi se situer de l’autre côté de l’échelle, là où la cupidité, la méfiance ou la jalousie empêchent la conclusion d’ententes pourtant en apparence profitables : le versant pessimiste ou, comme le dit Cooter, hobbesien* » (ibid., n^o 737, p. 200)). *Adde* sur l’opportunisme, ibid., n^{os} 1355 et s., p. 379 et s.

¹⁸⁰⁵ L’on en trouve ainsi, par ex., la définition suivante : « *Il s’agit du comportement qui consiste pour l’un des contractants à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment de l’autre, la répartition des gains conjoints du contrat (...) que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la conclusion du contrat* » (E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., n^o 1355, p. 379).

¹⁸⁰⁶ E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., n^o 1356, p. 379

¹⁸⁰⁷ V. sur ces mécanismes de défense-prévention de la partie craignant un comportement opportuniste de son partenaire, E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., spéc. n^{os} 1357-1358, p. 379

essentiellement dans des situations où existent précisément des asymétries d'information¹⁸⁰⁸. La protection de la partie faible apparaît donc déjà, *a priori*, comme un enjeu de l'efficacité économique. On le démontrera, sur le fond.

522. – L'optimal de Pareto. Dire que l'efficacité économique s'obtient d'échanges dont l'utilité sociale est maximisée, c'est tendre vers une répartition optimale. Celle-ci est notamment décrite par le critère de Pareto, célèbre chez les économistes. Il y aura ainsi répartition optimale des « *opportunités sociales* » s'il est « *impossible d'améliorer simultanément la situation* » de plusieurs agents donnés, « *ou d'améliorer la situation de l'un* » d'eux « *sans dégrader celle de l'autre* »¹⁸⁰⁹. Reste à examiner la mesure dans laquelle la protection informationnelle de la partie faible participe de l'efficacité économique.

b – La protection de la partie faible à l'épreuve de l'efficacité économique

523. – L'information de la partie faible n'augmente pas nécessairement les coûts de transaction (contrepied de l'analyse du coût de l'information de M. Kronman). L'analyse économique considère l'information comme une valeur marchande. Partant, il n'est évidemment pas viable de la céder sans contrepartie. En effet, il est insuffisant de démontrer que sa transmission ne coûte rien : encore faut-il statuer sur le coût, en amont, de son acquisition. D'aucuns affirment ainsi de manière cohérente avec ces préceptes, qu'il serait bien légitime de rémunérer le processus de partage de l'information au profit de celui qui la détient. Même ! L'inverse conduirait à stimuler l'ignorance plutôt que la connaissance. Ce sont là¹⁸¹⁰ notamment les préceptes initiés par M. Kronman¹⁸¹¹, relayés plus récemment par une étude, désormais classique pour les juristes, de B. Rudden¹⁸¹². Nous avons déjà montré en quoi ceci avait sa part de vérité, tout autant, au contraire, que la mesure importante dans laquelle l'information ne résultait pas nécessairement d'un effort particulier, d'un investissement spécifique¹⁸¹³. M. Kronman lui-même, sur la pensée duquel B. Rudden se base indéniablement, distinguait déjà, nuance heureuse, entre « *les informations acquises par une recherche délibérée et les informations acquises par hasard* », pour déterminer si l'obligation d'information serait inefficace ou au contraire viable économiquement (indifférente, même, devrait-on dire)¹⁸¹⁴. Appliqué à notre propos, l'on peut donc considérer que l'augmentation des coûts de transactions ne serait pas nécessairement inéluctable, dans l'hypothèse où l'information serait

¹⁸⁰⁸ V. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., spéc. n° 744, p. 202 (et sur ces situations d'« *information asymétrique* », ibid., n°s 1308 et s., p. 366 et s.).

¹⁸⁰⁹ J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théorie et applications*, éd. de boeck, 2009, p. 597

¹⁸¹⁰ V. plus en détails sur ce point, *supra* n°s 317 et s.

¹⁸¹¹ Professeur de droit américain spécialisé dans les contrats. V. not. sur sa pensée les importants développements de M. Fabre-Magnan, th. préc., n°s 90 et s., p. 74 et s. ; V. aussi E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., n°s 1398 et s., p. 390 et s.

¹⁸¹² B. Rudden, art. préc., p. 91 et s.

¹⁸¹³ V. *supra* n°s 317 et s.

¹⁸¹⁴ V. sur ce point M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n°s 90-91, p. 74-75 (et not. : « *Si l'information a été acquise délibérément (...) et si son possesseur se voit dénié le bénéfice de l'avoir et de l'utiliser, il sera incité à réduire (voire à supprimer entièrement) sa recherche d'une telle information dans le futur. En revanche, lorsque l'information a été acquise par hasard, rien ne s'oppose à la reconnaissance d'une obligation de transmettre cette information. Ceci est en fait, selon l'auteur, la conséquence pure et simple de la définition donnée de l'information acquise délibérément. En effet, une personne qui acquiert une information de cette nature n'aura, par définition, engagé des frais que dans la perspective d'un profit. (...). En revanche, en se voyant privée de ce même profit, la personne ayant acquis l'information par hasard ne sera pas découragée de faire ce que, pour des raisons indépendantes, elle aurait fait de toutes les façons* » (ibid., n° 91, p. 74-75)).

obligatoirement due à toute partie faible identifiée¹⁸¹⁵.

524. – L'adéquation d'une protection généralisée de la partie faible avec la maximisation des utilités individuelles (Coase et Pareto). Si l'efficacité économique est atteinte dans la mesure où les échanges mènent à des situations où les biens sont utilisés de la manière la plus efficiente, alors le fait de réguler les cas dans lesquels il existe un fort risque que l'information portant sur cette utilisation soit erronée ou insuffisante est nécessairement bénéfique. En outre, mieux protéger la partie faible revient, le plus souvent, non seulement à mieux l'informer de l'utilisation qu'elle peut attendre d'un bien, mais aussi, parfois, de l'utilisation optimale de son propre bien. Aussi, l'optimisation de la conception psychologique de cette efficacité (que permet l'information) jouera potentiellement dans les deux sens. Ce n'est qu'à cette condition que l'on pourra considérer la vérification pratique la plus large du théorème de Coase : la théorie économique implique de ne « *tenir compte des préférences des individus qu'en fonction de leur propre estimation des valeurs relatives des biens* »¹⁸¹⁶. Il en est de même pour l'optimum de Pareto, dont les postulats ne tiennent plus, de l'avis même des économistes, « *si une partie a été induite en erreur par une autre ou a eu une information déficiente* »¹⁸¹⁷. Très concrètement, l'obligation d'information empêchera, dans de très nombreuses hypothèses, soit qu'une partie faible acquiert une chose qui lui est en réalité inutile (au moins partiellement), soit qu'elle se sépare d'une autre qui lui est en réalité virtuellement très utile¹⁸¹⁸. Dans le premier cas, des richesses seront dépensées sans que d'autres, tirées de l'exploitation attendue du bien, soient corrélativement créées. Dans le second, les richesses obtenues ne correspondront pas véritablement au gain attendu de la séparation du bien que l'on pensait (faussement) peu utile¹⁸¹⁹. Ainsi, si cette estimation est subjective, il faut que les contractants puissent y procéder de manière rationnelle. Or, « *l'élément essentiel d'un choix rationnel, c'est l'information* »¹⁸²⁰. Autrement dit, permettre à tous les contractants faibles de conclure de manière rationnelle, car éclairée, c'est du même coup servir l'efficacité économique par des estimations correctes de l'utilité, sans lesquelles il y « *défaillance du marché* »¹⁸²¹, puisque l'échange n'est pas véritablement volontaire¹⁸²². Or la rationalité des agents économiques, qui fonde le modèle de *l'homo economicus*, est le postulat de l'efficacité économique¹⁸²³, l'un « *des principaux axiomes de l'analyse microéconomique* »¹⁸²⁴. Parvenir à cet objectif, c'est donc avant tout s'assurer de la réalité de ce postulat, de cette rationalité, au besoin par une

¹⁸¹⁵ D'aucuns, à un plan plus large, affirment que ce genre de « *résolution des problèmes informationnels* » devrait même être harmonisé entre les Etats, car cela s'avérerait économiquement bon, voire « *nécessaire* » (B. Deffains, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), Soc. de légis. comp., 2008, p. 85 et s., spéc. p. 87 et s.).

¹⁸¹⁶ B. Rudden, art. préc., p. 94, n° 8 (tant « *Dans la vie quotidienne, le composant essentiel de l'économie (et du droit), il n'est pas possible de déterminer la « valeur » d'un bien sans ajouter les mots « pour qui »* » (ibid.)).

¹⁸¹⁷ M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 142, p. 108 (nbp n° 247)

¹⁸¹⁸ Cette estimation se calcule en observant, pour les contractants, le « *coût d'occasion perdu qu'ils subissent en achetant un tel bien plutôt que tel autre* » (B. Rudden, art. préc., p. 94, n° 8)

¹⁸¹⁹ L'on peut alors même imaginer qu'un bien semblable sera acquis à nouveau, et que le résultat de cette seule opération économique sera fortement regrettable.

¹⁸²⁰ B. Rudden, art. préc., p. 95, n° 9

¹⁸²¹ P. Garelo, art. préc., p. 50 (citant Cooter et Ulen).

¹⁸²² P. Garelo, art. préc., p. 50 (qui s'interroge sur la manière de percevoir ceci par Cooter et Ulen, comme des coûts de transactions non-négligeables. L'auteur, quant à lui, est bien davantage en faveur de la position que nous venons de soutenir : « *Nous aurions plutôt justifié le dol en invoquant la nécessité d'une échange volontaire* » (nbp n° 32)).

¹⁸²³ V. not. en ce sens et sur ce point E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., n°s 98 et s., p. 27 et s.

¹⁸²⁴ M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 63, p. 55

obligation d'information¹⁸²⁵. M. Posner¹⁸²⁶ a d'ailleurs souligné avec netteté qu' « *un échange ne permet d'accroître les richesses que lorsque les parties sont réellement d'accord sur les termes de cet échange* »¹⁸²⁷. La même logique est appliquée à l'erreur vice du consentement¹⁸²⁸. Telle est la contribution à l'efficacité économique d'une protection informationnelle de tous les faibles, mais (et c'est d'autant plus essentiel ici) rien que des faibles¹⁸²⁹. Déjà à ce stade, la confrontation manichéenne entre justice et économie se dilue quelque peu. Et plus encore, à l'aune d'autres arguments¹⁸³⁰.

525. – La protection de la partie faible prévient l'opportunisme¹⁸³¹. Si l'opportunisme met à mal l'idée d'optimisation des utilités (théorème de Coase), alors il faut démontrer en quoi la protection de la partie faible le combat. Ceci est assez aisé. En effet, mieux informer la partie faible, c'est contribuer à éradiquer une situation d'asymétrie informationnelle, dont on vient de voir qu'elle était propice au développement de l'opportunisme¹⁸³². Instituer un mécanisme de sanction contre les clauses abusives joue le même rôle, puisqu'évitant que de telles clauses permettent d'exploiter l'ignorance de la partie faible, en produisant en définitive un échange non optimal, non efficace.

526. – Et, partant, les réactions d'autoprotection. L'on a vu que l'opportunisme engendrait en retour un effet néfaste d'autoprotection chez les agents. Or, ces comportements sont des entraves à l'efficacité économique de l'échange. Partant, réduire l'assiette des situations propices à des comportements opportunistes, c'est aussi tenter de rétablir une certaine sensation de sécurité, de confiance, chez la partie faible, victime désignée de ces comportements¹⁸³³. Et donc, par là même, c'est aussi contribuer à réduire ses actions d'autoprotection coûteuses, le cas échéant.

527. – L'information permet l'assainissement du jeu de la concurrence (économie et juste prix). Ce qui suit est très lié avec ce qui vient d'être dit : il est évident que la concurrence jouera d'autant plus sainement que l'on protégera le plus grand nombre de contractants faibles au point de vue informationnel. En effet, les règles qui sont le bras armé de cette protection, et « *qui restaurent au profit du consommateur une véritable liberté contractuelle* », permettent « *en définitive la comparaison entre les*

¹⁸²⁵ V. sur l'obligation d'information et le lien avec l'efficacité, en ce sens, E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., nos 1398 et s., p. 389, spéc. n° 1412, p. 393

¹⁸²⁶ Economiste américain, l'un des plus célèbres tenants de l'analyse économique du droit (car l'un des fondateurs, à Chicago).

¹⁸²⁷ Propos de M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 79, p. 64 (renvoyant en substance à la pensée de Posner, visé en note).

¹⁸²⁸ V., menant cette analyse, E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., nos 1473 et s., p. 407 et s. (pour l'idée : « *Pour que le contrat constitue un gain de Pareto, chaque partie doit, au moins prospectivement, y trouver son compte. Pour cela, elle doit être en mesure de bien apprécier les enjeux essentiels du contrat projeté. Si elle se trompe, il n'est pas assuré que le contrat constitue un gain de Pareto* » (ibid., n° 1473, p. 407)).

¹⁸²⁹ Ceci incluant des conditions, not., de légitimité de l'ignorance (V. *infra* nos 676 et s.).

¹⁸³⁰ V. aussi dans le même sens (l'obligation d'information stimule l'efficacité économique) les développements de M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. nos 142 et s., p. 108 et s. (et les réf. citées, visant certains économistes défendant également cette position).

¹⁸³¹ Il s'agit là du terme économique consacré (non du terme au sens commun). Il s'agit désormais de considérer le contractant non plus idéalement comme un « *agent parfaitement rationnel et informé* », mais davantage de prendre conscience que « *les individus ne disposent pas de toutes les informations* » et que « *leur rationalité est limitée* », ceci engendrant, pour recentrer le propos, ces fameux comportements opportunistes (M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 93 et s. (p. 96 pour les passages cités)).

¹⁸³² V. not. A. Lepage, « Avant-propos », art. préc., p. 86 (et not. « *Il est plus efficace de prévenir que de guérir, mieux vaut donc un contrat conclu par des parties éclairées qu'un contrat remis en cause pour vice du consentement tenant à un dol* »).

¹⁸³³ V. en ce sens les développements respectifs sur ces deux notions de E. Mackaay et S. Rousseau, op. cit., nos 1362 et s., p. 380 et s. et nos 1376 et s., p. 385 et s.

prestations proposées par les opérateurs et stimulent donc le jeu de la concurrence »¹⁸³⁴. Le dynamisme économique est donc stimulé par la protection de la partie faible. Mme Fabre-Magnan plaide dans le même sens, en détails, dans sa thèse consacrée à l'obligation d'information. Relevant d'abord que la notion de « *juste prix* » est commune à l'analyse morale et à l'analyse économique »¹⁸³⁵, l'auteur affirme ensuite que la « *transparence du marché – qui est un des éléments de l'équilibre économique – est, selon nous, favorisée par le développement des obligations d'information (...)* »¹⁸³⁶. L'existence de « *convergences profondes* » entre le droit de la consommation et le droit de la concurrence¹⁸³⁷, au titre desquelles il est « *bien évident que c'est le consommateur [au vrai, tout contractant ou presque] qui par ses choix sur le marché sanctionne la compétition intervenue entre les offreurs* »¹⁸³⁸, et que s'il « *n'adopte pas une attitude rationnelle, c'est le principe même de l'économie de marché qui se trouve remis en cause* »¹⁸³⁹. Partant, les obligations qui visent à éclairer le choix du contractant « *sont ambivalentes : elles protègent le consommateur, et par là, la sanction de la compétition, donc le jeu de la concurrence. On pense, par exemple, aux règles relatives à la transparence qui sont aussi essentielles pour le consommateur que pour la concurrence* »¹⁸⁴⁰.

528. – Au-delà, le contrat sainement formé tend vers une exécution paisible. Il va sans dire qu'une relation contractuelle brisée, se soldant souvent par une longue et coûteuse procédure judiciaire, est néfaste au point de vue économique. De manière peut-être prosaïque, soulignons ainsi qu'une conclusion saine du contrat marque en général le début d'une exécution paisible des obligations qui en sont nées. C'est que l'une des causes principales de conflits contractuels réside précisément dans la découverte d'une tromperie, ou dans la déception d'une attente légitime. Préserver la partie faible de ces situations, découlant de l'ignorance, c'est donc contribuer au déroulement efficace du contrat. C'est en outre garantir la sécurité juridique de son cocontractant : si un contractant non-protégé peut arguer de son ignorance et faire tomber un contrat, celui qui a été protégé ne peut guère plus le faire légitimement.

529. – Le rôle de la sanction de l'inexécution contractuelle de la mesure de protection. Il va de soi que l'efficacité économique du contrat passe aussi pour beaucoup par l'adéquation de la sanction à l'intensité de l'inexécution contractuelle¹⁸⁴¹. On l'a déjà suggéré : la nullité n'est plus viable, en terme de principe, pour sanctionner les contrats, notamment devant leur diversité et leur quantité actuelles. En effet, elle met certes un terme à leurs effets négatifs, mais également à tous leurs effets positifs. Économiquement, cela n'est donc pas satisfaisant, car les parties, très souvent, n'ont guère perdu l'utilité dudit contrat, parfois même impérieuse. Dans ces cas, la nullité sera même précarisante pour

¹⁸³⁴ D. Mazeaud, « Le Droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? », RLC 2006, n° 9, p. 138, n° 11

¹⁸³⁵ M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 130, p. 100

¹⁸³⁶ M. Fabre-Magnan, th. préc., loc. cit. (et la démonstration en ce sens, *ibid.*, nos 131 et s., p. 100 et s.).

¹⁸³⁷ C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *Droit du marché*, PUF, 2002, spéc. p. 112 et s.

¹⁸³⁸ C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *op. cit.*, p. 113

¹⁸³⁹ C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *loc. cit.*

¹⁸⁴⁰ C. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *op. cit.*, p. 113 ; *Adde* *ibid.*, p. 91 (« *L'information du consommateur qui permet de garantir la qualité de son consentement est aussi une condition du bon fonctionnement du marché puisqu'elle contribue à sa transparence, et donc à la qualité de la concurrence* »). V. aussi, sur la transparence, ses implications et ses effets *ibid.*, p. 225 et s.

¹⁸⁴¹ V. not. sur ce thème les études consacrées par C. Ouerdane-Aubert de Vincelles consacrée à cette question (*Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002 ; étude qui nous intéressera davantage que la suivante, car se situant à la phase de formation du contrat) et Y.-M. Laithier (*Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004 (l'accent est particulièrement placé sur l'efficacité économique dans cette étude, qui se veut comparatiste (avec les systèmes anglo-saxons, dès lors étudiés en profondeur)). *Adde* A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, nos 443 et s., p. 395 et s.

celui des contractants qui est pourtant la victime¹⁸⁴². C'est ainsi que la protection du consentement de la partie faible s'appuiera sur des sanctions modernes de l'inexécution contractuelle, qui permettent le maintien du contrat¹⁸⁴³. Le manquement de celui qui aurait dû s'exécuter, en informant la partie faible, n'engendrera pas, en principe¹⁸⁴⁴, l'anéantissement du contrat. Une indemnisation compensant le préjudice subi par la partie créancière de l'obligation d'information sera préconisée. Dans certains cas, le contrat sera amputé de la ou des clauses excessives, que la partie faible n'est pas parvenue à discerner malgré l'information¹⁸⁴⁵.

530. – L'efficacité économique indirecte. Confiance (argument psychosociologique). La formation du contrat est l'une « *des matières favorites de la sociologie appliquée* »¹⁸⁴⁶, confinant même ici plus précisément à la psychosociologie. Disons brièvement, dans ce contexte, qu'un sentiment d'encadrement et de justice dans l'esprit des plus faibles (dont on sait le nombre potentiel) engendrera naturellement un essor de la confiance. Or, celle-ci est comme on le sait la clef de voûte de l'économie. Celui qui a confiance s'épanouit, au lieu de se replier, c'est-à-dire, transposé à notre étude, contracte¹⁸⁴⁷. Il s'agit là d'une corrélation bien connue. C'est d'ailleurs toute la démarche du droit de la consommation, dont le but est précisément le développement du marché par la stimulation de la confiance¹⁸⁴⁸. C'est ainsi que des considérations psychosociologiques, l'étude du « *sentiment juridique* »¹⁸⁴⁹, se retrouvent au cœur de l'efficacité d'un système¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴² V. sur ces questions et en ce sens C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, th. préc., spéc. nos 38 et s., p. 56 et s. (ainsi que les nombreuses réf. et ex. cités). Ces problèmes ne sont bien sûr, au demeurant, pas les seuls : l'on sait par ex. fort bien que les restitutions consécutives à un anéantissement rétroactif posent de nombreux problèmes (V. not. *ibid.*, nos 57 et s., p. 66 et s., qui évoque à cet égard les restitutions « *impossibles* » et, ensuite, « *préjudiciables* »).

¹⁸⁴³ Il faut lire sur ces points les développements consacrés par C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, qui relève, à cet égard, d'une part la réduction de l'étendue de la nullité (nullité partielle de plus en plus fréquente, le réputé non-écrit y étant ici assimilé), d'autre part, des substituts à la nullité (not., mais pas uniquement (déchéance et requalification, aussi, en droit spécial) la responsabilité civile (th. préc., respectivement nos 76 et s., p. 79 et s. ; et nos 107 et s., p. 102 et s.). L'auteur *reconstruira* ensuite d'ailleurs un système fondé sur cette idéologie du sauvetage du contrat par principe, not. par la mise en valeur de la régularisation du contrat (validation du contrat vicié en lui conférant *a posteriori* l'élément qui lui manque, sorte de réparation, notion générique), la nullité n'intervenant dès lors plus que par exception (V. sur tout ceci *ibid.*, nos 508 et s., p. 394 et s.).

¹⁸⁴⁴ Sauf vice du consentement (dol, en l'occurrence).

¹⁸⁴⁵ V. *infra* nos 1036 et s.

¹⁸⁴⁶ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 259

¹⁸⁴⁷ V. not. sur ce point et en ce sens (à l'égard certes des consommateurs mais dont le raisonnement est tout à fait transposable au contractant en général), remarquant qu'un manque d'information conduit à la méfiance et donc au rejet, plutôt qu'à la stimulation du contrat et, partant, de l'économie : N. Sauphanor-Brouillaud, « La confiance dans les contrats de consommation », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, spéc. p. 53, n° 6 (et n° 7 : « *L'information favorise la confiance nécessaire à la conclusion d'un contrat* »).

¹⁸⁴⁸ V. *supra* nos 132 et s.

¹⁸⁴⁹ G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2004 (rééd. 1953), p. 409 et s. (et not. *ibid.*, p. 409 : « *L'homme a originellement une faculté, que l'expérience ne peut lui donner, qui lui permet de distinguer la justice de l'injustice* »).

¹⁸⁵⁰ J. Carbonnier souligne d'ailleurs l'existence de grands « *cabinets de consultants, américains ou à l'américaine, qui ne font que cela* », preuve « *qu'il y a là un métier efficace* » (*ibid.*, p. 260). Et puis, la psychologie a un lien étroit et ancien avec le droit, et avec la philosophie du droit (V. not. G. del Vecchio, *op. cit.*, p. 21 et s.).

531. – Plan. D'autres effets vertueux doivent être soulignés, certes moins aisément quantifiables mais assurément considérables. Ils sont cette fois interdépendants de la clarification du droit qui a été étudiée. C'est que « *le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes* »¹⁸⁵². Ainsi, certains de ces effets sont imaginables au plan psychosociologique (1), et au plan pédagogique (2).

1 – Au plan psychosociologique¹⁸⁵³

532. – Le droit est élitiste, obscur et complexe. Le droit est considéré en général comme un domaine élitiste et obscur¹⁸⁵⁴. Il constituerait un ensemble de règles que l'on ne connaît jamais vraiment, rempli de subtilités qui, lorsqu'elles apparaissent, jouent toujours défavorablement¹⁸⁵⁵. Sa réputation est peu flatteuse, étant « *aride, complexe, propice aux arguties et aux chicanes, voire empreint[e] de mystère* »¹⁸⁵⁶. C'est donc peu dire que le trop grand nombre de règles et leur complexité engendrent un grand « *désordre juridique français* »¹⁸⁵⁷. A son tour, celui-ci provoque assez logiquement une « *indigestion du corps social* »¹⁸⁵⁸, ainsi qu'une « *réaction de rejet et de désobéissance* »¹⁸⁵⁹. Pascal l'enseignait déjà

¹⁸⁵¹ L'on a tiré de nombreux enseignements des travaux de J. Carbonnier, dont l'œuvre est « *le phare* » de l'évolution du droit privé vers cette discipline (J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2^{ème} éd., 2012, n° 202, p. 298). V. essentiellement *Sociologie juridique*, PUF, 2004 et *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001). L'on relira aussi avec intérêt (outre les auteurs classiques de la discipline) certaines contributions inspirantes, not. F. Terré, « Un bilan de sociologie juridique », JCP G 1966, I, 2015

¹⁸⁵² J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 23 et s.

¹⁸⁵³ L'intitulé résulte de l'analyse de la parenté entre la sociologie juridique et la psychologie juridique (ibid., p. 44 et s.), à propos de laquelle l'auteur s'interroge même (« *un sosie ?* » : ibid., p. 44). Ce nouvelle discipline est en passe de s'émanciper, mais reste très étroitement lié à la sociologie juridique. Notre intitulé en consacre cette version (*Adde* ibid., p. 415 : « *le droit ne se contente plus d'être glose des textes, connaissances des lois (...); il aspire à devenir, au moins dans l'une de ses branches, science d'observation, voire d'expérimentation (...). Les phénomènes juridiques sont d'abord, assurément, des phénomènes collectifs, sociaux, et c'est pourquoi cette nouvelle science du droit [la psychologie juridique] a d'abord été une sociologie* »). Elle regroupe les investigations qui s'essayaient à « *isoler les états de conscience normaux ou pathologiques que les règles de droit font surgir dans l'individu ; rechercher les lois de leur apparition, de leur affaiblissement, de leur communication (...), en un mot, étudier les réactions psychologiques de l'homme aux règles du droit, le comportement de l'homme sous ces règles* » (ibid., p. 416).

¹⁸⁵⁴ Certes la complexité du droit peut se justifier, en admettant que la réalité est elle-même complexe, que « *La codification napoléonienne avait pu créer l'illusion de la simplicité. Ce n'était qu'un épisode : le foisonnement, le fourmillement sont de la nature du droit* » (ibid., p. 331). Nous pensons que ces prescriptions sont à nuancer, not. à l'aune de l'empressement et de la médiocrité du travail législatif d'aujourd'hui (V. sur ces questions, *supra* n° 18).

¹⁸⁵⁵ Si l'on devait qualifier la source précise de ces constatations, il semble qu'il s'agirait de sociologie juridique par « *l'observation* » (ibid., p. 190 et s.). En l'occurrence l'observation de l'opinion, quantifiable, encore plus précisément, par des procédés de sociologie générale appliqués à cette matière, essentiellement par statistiques (ibid., p. 197 et s.) et encore davantage par sondage (ibid., p. 201). Mentionnons par ex. une étude (citée par J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 489, p. 609), selon laquelle 92% des français pensaient, en 1991, que le langage de la justice était trop compliqué, tandis que 98% étaient d'avis que les procédures étaient trop longues, et 94% que les actions en justice coûtaient trop cher. V. aussi l'analyse crit. des sondages sur ce thème par F. Terré (« Sur l'image de la justice », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 121 et s.). L'on peut aussi procéder par l'observation autrement, not. par « *l'analyse de données quantitatives* ». En l'occurrence, il s'agirait alors de tirer les conclusions qui viennent d'être mentionnées, en se basant sur les chiffres effarant qui mesurent not. le nombre et la densité des lois (V. *supra* n° 18) ou encore ceux qui font état de l'« *explosion judiciaire* » (V. *infra* n° 612).

¹⁸⁵⁶ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n° 1, p. 1

¹⁸⁵⁷ V. not. R. Libchaber, « Réflexions sur le « désordre juridique français » », in *Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, 2004, p. 405 et s. (l'expression revient au dédicataire de cet article, A. Decocq, dans un art. paru aux mélanges Foyer).

¹⁸⁵⁸ R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977, p. 43 et s., spéc. p. 47 et s. (et not., p. 47, une formule significative : « *Une digestion normale, par le corps social, des lois qui le gouvernent, supposerait ces lois assimilables pour les hommes qui composent ce corps collectif. Or l'excès des dimensions des lois qu'on lui impose exclut une convenable assimilation. L'intelligence humaine est rebelle à saisir et à enregistrer une masse trop considérable de commandements et de défenses ; la mémoire humaine est inapte à la retenir ; la volonté humaine est incapable de l'effort nécessaire pour l'observer dans sa totalité* »).

¹⁸⁵⁹ J. Carbonnier, « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 5

merveilleusement¹⁸⁶⁰. L'« *image de la justice* » suit le même mouvement¹⁸⁶¹. Clarifier le droit est donc élémentaire. D'ailleurs, restaurer le droit commun des contrats¹⁸⁶², facteur de cohérence, contribue indéniablement à réinsuffler de la confiance dans l'esprit des citoyens¹⁸⁶³. Ces clarifications atténuent l'obscurité du droit, qui agit sur eux de manière néfaste en générant un profond sentiment d'insécurité juridique¹⁸⁶⁴. Elles tendent à combattre cette « *impression courante, même parmi les juristes, à plus forte raison hors de chez eux, (...) que le droit a constamment été en retard* »¹⁸⁶⁵.

533. – Celui qui craint se replie. Celui qui craint est sensible au repli, davantage qu'à l'ouverture. En effet, la rupture dans l'égalité des conditions tend à briser le sentiment *du semblable*, et à fonder le repli sur soi davantage que la compassion et, par extension, la sociabilité¹⁸⁶⁶. Transposé concrètement, cela implique que plus la méfiance est stimulée par la complexification du droit, plus les citoyens vont limiter leur tendance à contracter. On l'a montré, sous un axe très légèrement différent, dans des développements précédents¹⁸⁶⁷. C'est dire que la simplification de la norme et l'optimisation de la part de justice qu'elle renferme, vont stimuler l'activité contractuelle. Or celle-ci ne se résume pas à la simple consommation. Au demeurant, ceci est nécessairement bon pour l'économie, mais aussi et surtout bon pour les Hommes. Une règle juste et claire engendrera chez les justiciables une meilleure compréhension de la justice qui leur est rendue. Or ceci fait aujourd'hui largement défaut et stimule la crainte que nous évoquons. En ce sens, tout autant que le droit a sa part « *dans l'angoisse contemporaine* »¹⁸⁶⁸, il peut jouer un rôle considérable dans le rétablissement de l'enthousiasme sociétal.

534. – Celui qui craint s'en prend (tout à la fois, légitimement et de manière regrettable) aux politiques. Un argument sensiblement similaire existe, tenant à la défiance du peuple envers les politiques. Il faut signaler, en toute honnêteté, que celle-ci tient à d'innombrables facteurs, et apparaît irréductible, au moins pour une bonne part, dans la mesure où les politiques diffusent une image guère propice aux louanges¹⁸⁶⁹. Ripert le disait déjà talentueusement (à l'endroit du pouvoir politique) : « *Il*

¹⁸⁶⁰ B. Pascal, *Pensées*, Le Livre de Poche, 2000, *passim*. (spéc. p. 87, et not. : « *Il est dangereux de dire au peuple que les lois ne sont pas justes, car il n'y obéit qu'à cause qu'il les croit justes* »).

¹⁸⁶¹ V. not. F. Terré, art. préc., p. 121 et s. (et les nombreuses réf. not. renvoyant à des résultats de sondages menés sur ce thème, et leur analyse).

¹⁸⁶² V. sur ce point *infra* n^{os} 576 et s.

¹⁸⁶³ V. en ce sens Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. n^o 293, p. 371

¹⁸⁶⁴ C'est not. ce que développe amplement Th. Piazzon, en envisageant l'insécurité législative puis l'insécurité jurisprudentielle (*La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009, n^{os} 112 et s., p. 189 et s.). Il relève, d'ailleurs, de manière liminaire (ce qui permet de prendre la mesure des perturbations que l'insécurité de ces deux sources principales de droit apportent aux sujets de droit) que « *Si le droit est fait pour l'Homme et ne peut donc s'apparenter à une machinerie abstraite, il ne peut pas plus se désintéresser, pour la même raison, de l'opportunité qu'il offre aux sujets de droit de vivre une vie juridique paisible, à l'abri des imprévus* » (ibid., n^o 112, p. 189). Ceci est bien sûr indéniable, que l'on défende, comme c'est notre cas, une vision concrète de la protection du contractant ou pas.

¹⁸⁶⁵ J. Carbonnier, art. préc., p. 6

¹⁸⁶⁶ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, GF Flammarion, 2010, p. 209-215 (qui traite d'une corrélation entre *l'adoucissement des mœurs* et *l'égalité des conditions*).

¹⁸⁶⁷ V. *supra* n^o 530

¹⁸⁶⁸ Titre de l'un des textes captivant de J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 201 et s.

¹⁸⁶⁹ V. déjà ainsi R. Savatier, art. préc., spéc. p. 48 (et not. : « *Une autodiscipline du législateur n'est-elle pas possible ? Cette autodiscipline est difficile à des hommes imbus, comme nos parlementaires, de leur toute-puissance. (...) Car il faudra bien que, comme les autres hommes, les législateurs prennent conscience de leur mesure, et acceptent la nécessité de ne pas la dépasser* »). Le constat n'est guère plus reluisant, trente ans plus tard, V. not. O. Tournafond, « *Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement* », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 566, n^o 18 : « *les politiques aiment à se persuader qu'ils incarnent la volonté générale ce qui est en France depuis la Révolution un dogme incessamment répété, à caractère quasi religieux. A cette conviction, mêlée de*

faut découvrir sa défaillance dans son ignorance et sa faiblesse ; il faut aussi oser dire que parfois il se laisse guider par la passion »¹⁸⁷⁰. Par ailleurs, il nous semble clair que, toute proportion gardée, moins le droit qui s'exerce aux citoyens est clair et/ou juste, plus le déficit démocratique est important. Car si le peuple se désintéresse de la politique, alors il s'éloigne par là même du droit, duquel il est paradoxalement le sujet. Il va d'autant plus progressivement et profondément perdre confiance dans le pouvoir politique pour organiser correctement la vie en société¹⁸⁷¹, par où l'on saisit les raisons pour lesquelles les citoyens sont de nos jours des *apostats professionnels*¹⁸⁷². Ripert poursuivait son propos, en affirmant que « *tant de souffrances imméritées leur font perdre le respect d'un droit qui ne les protège pas* »¹⁸⁷³. L'effet pervers est là : la confiance s'évapore, parce que le produit législatif est médiocre ; mais les conséquences de cette perte légitime de confiance pèsent sur ceux qui en sont déjà les victimes. C'est là, l'un des nombreux rapports entretenus par le droit et la politique¹⁸⁷⁴. Pire, « *l'obéissance volontaire* », qui créait « *dans les esprits un respect salutaire* », s'évapore à mesure que le droit est incompris¹⁸⁷⁵. « *Ainsi naît le désordre* »¹⁸⁷⁶, et il va croissant à mesure que l'Etat s'évertue, en réaction, à tenter de contraindre le citoyen au respect de cette loi malaimée. Et, à son tour, cette désobéissance de générer en un « *mépris pour le droit impuissant* »¹⁸⁷⁷. Or, ceci est lourd d'implications, car jamais le citoyen n'est moins productif et fraternel que lorsqu'il ne croit pas en ses dirigeants, auteurs de la norme à laquelle il doit se plier. C'est donc peu dire qu'une réforme comme une protection générale du consentement de la partie faible participerait (toute proportion gardée) d'un mouvement inverse positif. L'argument est exacerbé dans le contexte actuel, où est dénoncée une opacité de la ligne politique suivie, outre l'intégrité des politiques eux-mêmes. La « *révolution des médias* » joue, au reste, un rôle immense, si ce n'est parfois décisif¹⁸⁷⁸. Or celui-ci n'est guère uniquement positif, malheureusement. L'on sait en effet l'instrumentalisation dont ils peuvent faire l'objet, du seul fait qu'ils sont au cœur de la vie de chacun¹⁸⁷⁹.

naïveté et de rouerie, répond le septicisme du peuple dont une moitié au moins, sinon davantage, ne se reconnaît pas dans le gouvernement en place et dans sa majorité de circonstances ».

¹⁸⁷⁰ G. Ripert, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, p. VI (préf.)

¹⁸⁷¹ Des éléments concrets abondent d'ailleurs en ce sens. L'étude psychosociologique a démontré, not., qu'une idée politique avait bien davantage de chances de convaincre si elle provenait d'un « *visage nouveau* » (Ch. Debbasch et J.-M. Pontier, *Introduction à la politique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, n° 232, p. 251). En effet, l'habitude de la désillusion s'identifie aux politiques connus. Toute personnalité nouvelle apparaît ainsi comme incarnant un possible changement. Cette conviction psychosociologique s'appuie donc sur les espoirs qui survivent à la désillusion.

¹⁸⁷² La formule nous provient de P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Grasset, 1995, p. 44 (dans un autre contexte).

¹⁸⁷³ G. Ripert, op. cit., p. VII (préf.)

¹⁸⁷⁴ Sur lesquels V. not. H. Batiffol, « *Problèmes de frontières : droit et politique* », in *Arch. phil. dr.* 1971, t. XVI « *Le droit investi par la politique* », p. 1 et s. ; et, dans ce même tome : J. Freund, « *Droit et politique. Essai de définition du droit* », p. 15 et s. ; et R. Maspetiol, « *Le droit et le politique : deux visions partielles et fragmentaires d'une même réalité sociale* », p. 37 et s. ; J. Dabin, « *Droit et politique* », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 183 et s. ; V. aussi Ch. Debbasch et J.-M. Pontier, op. cit.

¹⁸⁷⁵ G. Ripert, op. cit., n° 31, p. 96 (les causes sont ensuite analysées en détails, dans ce chapitre IV consacré à « *L'esprit de désobéissance* » (ibid., nos 32 et s., p. 97 et s.)).

¹⁸⁷⁶ G. Ripert, op. cit., n° 31, p. 97

¹⁸⁷⁷ G. Ripert, loc. cit.

¹⁸⁷⁸ Ch. Debbasch et J.-M. Pontier, op. cit., nos 220 et s., p. 236 et s.

¹⁸⁷⁹ V. not. sur ce point Ch. Debbasch et J.-M. Pontier, op. cit., spéc. n° 227, p. 244-245, et nos 231 et s., p. 249 et s. (et not. l'influence, avec plusieurs ex., de la télévision sur l'opinion en politique. Nul n'aura l'adhésion sans être une incontournable figure de ce média, ce qui pose, on le conçoit aisément, un certain nombre de problèmes. Par ex., dès les années 1960, des théories ont mis en lumière la fonction de « *mise à l'ordre du jour* » des médias et not. de la télévision. Ainsi, un fait n'apparaît-il important que s'il occupe la scène médiatique, ce qui confère à ses tenants un pouvoir considérable (mode, état ambiant (supposé) de la bien-pensance commune, culture...). De la même manière, la hiérarchisation des informations traitées a une incidence capitale. En effet, il est insidieusement naturel d'être sensible aux choses dont nous avons une proche perception, davantage qu'à celles qui ne s'imposent pas immédiatement à nous. C'est la « *démocratie cathodique* » (ibid., nos 240 et s., p. 260 et s.)).

535. – Celui qui craint s'en prend à l'autre, se rebelle. Celui qui craint s'en prend globalement, aussi, à ceux qui l'entourent dans la société. Quel plus bel exemple que l'atmosphère ambiante en France de nos jours. Crise économique, crise sociale, crise identitaire, communautarismes... Le peuple est plus divisé qu'il ne l'a été depuis longtemps. Et ce parce qu'il craint, à cause de ces différentes crises. Paradoxalement, il les alimente en retour, formant un cercle vicieux considérable. Il est donc nécessaire d'œuvrer pour l'unité du peuple, à l'heure des opulents et des envieux. Josserand relevait une chose très juste : « *Le Code Napoléon (...) avait pour inestimable mérite et pour raison suffisante de consacrer enfin, dans la Nation une et indivisible, l'unité de législation (...), il faisait table rase des distinctions sociales et des hiérarchies périmées (...); il s'était attaché à ne connaître ni classes, ni privilèges* »¹⁸⁸⁰. Plus que jamais faut-il tendre vers ce même objectif. Or, apporter une protection à tous les faibles, mais rien qu'aux faibles, au sein du Code civil ne peut qu'y contribuer. Car rien ne disloque davantage l'unité d'un peuple que la sensation chez certains d'être exploités par les autres. Et l'unité est, faut-il le dire, le principal vecteur de la paix sociale. Rejeter une logique de spécialisation et donc d'impermanence en réhabilitant, dans le Code civil, une loi d'utilité durable, c'est ainsi également, dans notre esprit, en garantir le respect volontaire par les sujets de droit, conscients et informés du droit qui les entoure¹⁸⁸¹. En somme, le contrat social est l'enjeu de la confiance des citoyens dans le droit, arbitre, par le prisme de l'Etat (et non l'inverse), de leurs relations.

2 – *Au plan pédagogique*

536. – Le droit des contrats est tellement confus qu'il est difficile à enseigner. Le droit des contrats est peut être la matière qui illustre le mieux la véracité des préjugés des profanes sur le droit. En effet, quel autre pan du droit présente un tel désordre¹⁸⁸² ? Or, si même le spécialiste a du mal à identifier ses tenants et ses aboutissants, alors comment peut-il utilement et clairement les transmettre à son tour ? Pire encore, comment le citoyen profane peut-il ne serait-ce qu'espérer les comprendre ? L'on en revient donc aux considérations précitées de clarification du droit, qui converge avec la proposition de créer un droit commun de protection de la partie faible.

537. – La pédagogie plus largement entendue. La cristallisation d'une morale. La dimension pédagogique de l'apport d'une protection ainsi généralisée de la partie faible en droit des contrats contribuerait en outre à cristalliser une certaine morale. Il s'agit du phénomène de sociologie juridique consécutif à « *la loi pédagogue* »¹⁸⁸³. C'est ainsi que, sans expliquer particulièrement sa loi, le législateur laisse tout de même « *luire ses fins* »¹⁸⁸⁴. En l'occurrence, que la protection du faible est impérative pour

¹⁸⁸⁰ L. Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », DH 1937, p. 1 (et le reste de l'étude, pour bien saisir que Josserand n'est guère contre l'idée de protection du faible, mais absolument indigné, avant tout, par la dislocation de l'unité du peuple en France, crainte d'ailleurs pragmatique étant donné le contexte. Bien sûr, nous avons dit que les choses étaient différentes aujourd'hui : il n'est guère certain, en revanche, que la crise unitaire ne soit pas pour autant extrêmement profonde de nos jours).

¹⁸⁸¹ Rappr. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998 (rééd. 1955), n° 1, p. 2 : « *Le droit, qui prend sa valeur dans la continuité, y prend en même temps sa légitimité* » (signalons que le sens donné à ces propos dans le contexte du passage dans lequel ils s'inscrivent est assez différent du nôtre).

¹⁸⁸² Rappelons que ces lignes sont écrites avant la réforme du droit des contrats.

¹⁸⁸³ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 155 et s., spéc. p. 163 et s.

¹⁸⁸⁴ J. Carbonnier, op. cit., p. 163

tous les faibles, mais rien que pour les faibles. Et d'ainsi participer à faire pénétrer la valeur transmise « dans le moral », et d'escompter « qu'elle contribuera à former les mœurs, lesquelles s'intérioriseront, se sublimeront en une éthique »¹⁸⁸⁵. Et se perpétueront.

¹⁸⁸⁵ J. Carbonnier, op. cit., p. 157

SECTION II : LES RAISONS DU RECOURS AU CODE CIVIL

538. – Plan. La nécessité et l'utilité d'une protection du consentement de la partie faible en droit commun ont été établies. Mais là ne sont pas les seules conditions à examiner. En effet, il faut encore démontrer que le recours au Code civil est tout à la fois légitime (§I) et opportun (§II).

§I – La légitimité d'une protection par le Code civil

539. – Plan. Le rôle de protection du consentement de la partie faible revient au Code civil¹⁸⁸⁶. Cela se vérifie par l'examen de ses dispositions relatives au consentement (A), mais aussi par l'analyse de dispositions annexes au consentement, qui attestent tout aussi bien, en filigrane, de cette vocation (B).

A – Par les dispositions relatives au consentement

540. – Un postulat erroné : l'avènement de la prise en compte des inégalités contractuelles par le mouvement consumériste. L'on pourrait justifier la tendance du droit de la consommation à accueillir les protections du consentement de la partie faible, par le fait que la matière aurait découvert ou mis en lumière les nouvelles situations d'inégalité¹⁸⁸⁷. Le législateur serait donc intervenu autour de cette matière. Or, ceci est incorrect. D'autres pans du droit avaient déjà été développés pour encadrer certaines relations contractuelles, au sein desquelles les inégalités devenaient problématiques¹⁸⁸⁸. La genèse du droit du travail en atteste, découlant d'un phénomène ouvrier ayant débouché sur une protection d'un ensemble massif de contractants, les salariés. Après eux, et avant les consommateurs, des mesures protectrices des assurés ou encore des locataires rendaient compte d'un mouvement similaire. Il est d'ailleurs ironique de voir que « *les premiers contractants à avoir été protégé par le droit sont des professionnels* »¹⁸⁸⁹. Le droit de la consommation ne fait ainsi, sous ce prisme, que s'inscrire dans un mouvement déjà entamé depuis longtemps¹⁸⁹⁰.

541. – Le Code civil a eu cette vocation dès l'origine. La vocation à protéger le faible est beaucoup plus ancienne que la prise de conscience récente de ces droits spéciaux. Elle est même atemporelle¹⁸⁹¹. Le Code civil lui a donné une assise tangible¹⁸⁹². « *A l'échelle des siècles, la conception purement volontariste*

¹⁸⁸⁶ V. en ce sens (sous réserves des très profondes divergences avec cette étude, que nous avons soulignées en introduction : V. *supra* n° 2), A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n°s 424 et s., p. 376-378

¹⁸⁸⁷ C'est semble-t-il l'opinion de certains, en l'occurrence d'une doctrine spécialiste du droit de la consommation : V. not. J. Calais-Auloy, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 254 (« *Le droit de la consommation a fait prendre conscience du problème général de l'inégalité contractuelle ; il exerce, sur le droit des contrats, un certain effet d'entraînement* »).

¹⁸⁸⁸ V. déjà sur ce point L. Josserand, « La protection des faibles par le droit », in *Evolution et Actualités. Conférences de droit civil*, Libr. du Recueil Sirey, 1936, p. 171

¹⁸⁸⁹ M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 621, n° 8

¹⁸⁹⁰ V. not. en ce sens A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n°s 146 et s., p. 139 et s.

¹⁸⁹¹ V. *supra* n° 3

¹⁸⁹² L'idée est clairement dégagée en doctrine. V. par ex. G. Rouhette, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, spéc. p. 247-248 (et not. : « *L'originalité du droit de la consommation, quant*

du contrat a connu un règne dont la brièveté n'a d'égal que la pauvreté de sa substance philosophique. Jamais les auteurs du Code de 1804 n'ont conçu les conventions comme l'instrument d'un individualisme exacerbé »¹⁸⁹³. Reste à l'établir correctement, par le prisme de l'exigence générale d'un consentement (1), et par celui de la théorie des vices du consentement (2). A l'issue de ces développements, nul doute ne subsistera que l'idée de protection de la partie faible appartient aujourd'hui au Code civil, comme cela a toujours été le cas¹⁸⁹⁴.

1 – Par le prisme de l'exigence générale d'un consentement

542. – L'idée de protection informationnelle du faible préexistait, en germe, en doctrine, avant le Code civil (Domat et Pothier). L'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil est parfois présenté comme abritant le socle de l'autonomie de la volonté¹⁸⁹⁵. Il n'en est rien. La paternité de ce texte revient à Domat¹⁸⁹⁶. Or, il ne lui conférerait qu'une signification morale élémentaire : ce qui est convenu doit être respecté¹⁸⁹⁷. En outre, sa pensée était profondément nimbée d'équité¹⁸⁹⁸, de loyauté, de transparence, de telle sorte qu'elle reflétait bien moins une liberté exacerbée qu'une liberté contingentée¹⁸⁹⁹. La protection du faible au point de vue informationnel peut même être détectée, en germe, chez Domat, dans l'introduction de l'étude des « vices des conventions » : « c'est un caractère essentiel à toute sorte de conventions, que ceux qui les font ayent assez de raison, & de connaissance de ce qu'il faut savoir pour former l'engagement où ils doivent entrer. Et c'est un vice dans une convention, si un des contractants a manqué de cette connaissance »¹⁹⁰⁰. L'inspiration des règles romaines est omniprésente dans son œuvre¹⁹⁰¹. D'ailleurs, la

aux principes et notions, n'est que de révéler une réalité qui lui préexistait ; en d'autres termes, que si la théorie générale du contrat peut et doit être rectifiée (...), c'est en raison non pas d'altérations récentes, mais de déficiences anciennes, qui apparaissent désormais en pleine lumière ». V. aussi Y. Strickler, qui parle même à cet égard de « constante du droit civil » (« La protection de la partie faible en droit civil », LPA 25 oct. 2004, p. 6).

¹⁸⁹³ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 102

¹⁸⁹⁴ V. not. Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, spéc. p. 709-710, n° 16 : « cette optique protectrice n'est absolument pas étrangère au droit des contrats qui figure dans le Code civil (...). Si l'esprit du droit de la consommation était un parti-pris pour la faiblesse, il présenterait une différence de degré plus que de nature avec le Code civil ».

¹⁸⁹⁵ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹⁸⁹⁶ J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Libr. P. Aubouin, Paris, 2^{ème} éd., 1697, p. 72 (règle 7 : « Les conventions tiennent lieu de loix »).

¹⁸⁹⁷ J. Domat, *Traité des lois*, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Libr. P. Aubouin, Paris, 2^{ème} éd., 1697, p. XXV (où Domat précise justement le sens de cette formule « Les engagements tiennent lieu de loi » : « Que tout homme étant un membre du corps de la société, chacun doit y remplir les devoirs, & les fonctions, selon qu'il y est déterminé par le rang qu'il occupe, & par les autres engagements. D'où il s'ensuit, que les engagements de chacun lui sont comme des loix propres »).

¹⁸⁹⁸ Nous traiterons la notion dans le cadre des fondements profonds de la protection générale de la partie faible (V. *infra* n°s 751 et s.).

¹⁸⁹⁹ V. par ex. J. Domat, *Traité des lois*, op. cit., p. XXVI (énonçant, dans une V^e règle intitulée « Sincérité & bonne foy dans les engagements volontaires & mutuels » que, dans ces engagements, « ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité pour se faire entendre réciproquement à quoy ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, & tout ce que peuvent demander les suites de l'engagement où ils sont entrés. Ainsi le vendeur doit déclarer sincèrement les qualités de la chose qu'il vend, il doit la conserver jusqu'à ce qu'il la délivre, & il doit la garantir après qu'il l'a délivrée ») ; V. aussi, égal. de Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., spéc. p. 84 (posant, dans une règle 12 intitulée « Bonne foy entière en toute sorte de conventions », qu'« Il n'y a aucune espèce de convention, où il ne soit sous-entendu, que l'un doit à l'autre la bonne foy, avec tous les effets que l'équité peut y demander (...). Et quoy qu'en quelques conventions cette bonne foy ait plus d'étendue, & en d'autres moins ; elle doit être entière en toutes (...) ») ; l'équité est si omniprésente que l'on ne peut guère rapporter de passage en particulier, ou peut-être le suivant, à titre d'illustration, *ibid.*, p. 13-14 (règle 23 : « L'équité est la loy universelle », l'auteur prescrivant que « S'il pouvait arriver quelque cas qui ne fut réglé par aucune loy expresse & écrite, il aurait pour loy les principes naturels de l'équité, qui est la loy universelle qui s'étend à tout »).

¹⁹⁰⁰ J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 488 (la liaison intime avec les vices du consentement qui suivent immédiatement ne trouve sa justification profonde que dans l'inspiration romaine très forte des propos de Domat : rien ne prouve donc, au fond, que la généralité de ces prescriptions ne puisse pas être invoquée, aujourd'hui, pour dépasser ces simples

protection du faible apparaissait même déjà en droit romain archaïque. L'échange de formules sacramentelles conférant validité à l'acte, *l'exceptio doli*, correctif basé sur l'équité, fut érigé par les prétoires pour protéger le faible d'alors¹⁹⁰². Au reste, l'on sait l'influence de Domat sur Pothier. Celui-ci, néanmoins, est plus direct lorsqu'il s'agit de traiter du consentement. Les vices sont sommairement énoncés¹⁹⁰³. L'on y distingue pas moins, toutefois, des signes de bienveillance à l'endroit du faible, alors seulement conçu au travers des vices du consentement, en particulier l'ignorant, victime d'erreur¹⁹⁰⁴.

543. – Or le droit des contrats du Code civil est indubitablement et directement tributaire de ces oeuvres. Notre droit des contrats, entre autres, est précisément le « *Fruit de la doctrine de l'ancienne France* » : bien moins qu'un bouleversement, un « *compromis entre l'esprit du temps et les principes dégagés par les jusnaturalistes aux siècles précédents* »¹⁹⁰⁵. Autrement dit, Domat et Pothier : « *C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé* »¹⁹⁰⁶. Les travaux préparatoires du Code civil en attestent. Il paraît donc tout aussi net que son contenu doit être interprété de telle sorte à considérer que la protection du faible lui est virtuellement intrinsèque, comme les prescriptions examinées semblent le montrer, *in fine*, par transposition à notre référentiel temporel (socio-économique) actuel. G. Rouhette portait ainsi une critique cinglante à l'endroit de l'idée selon laquelle la règle de l'article 1134 aurait reflété une démarche d'adhésion à l'autonomie de la volonté¹⁹⁰⁷.

544. – Par la vocation à régir la phase du consentement. Il faut d'abord constater, de manière prosaïque, que le consentement appartient au droit commun pour deux raisons. D'une part, l'exigence générale d'un consentement découle de l'article 1108 du Code civil. D'autre part, cette règle est bien sûr née en même temps que le Code civil lui-même, en tant que « *base de toute convention* »¹⁹⁰⁸, disait Duranton, ce qui atteste de la vocation originelle à régir le consentement dans toutes ses dimensions. Il ne s'agit pas d'une prise de conscience ultérieure d'opportunité, comme c'est le cas pour le droit de la consommation. De la sorte, la protection du consentement de la partie faible, hypothèse spéciale mais de droit commun, appartiendrait nécessairement au Code civil, comme l'accessoire suit le principal. Cet

protections du consentement désormais si ce n'est obsolètes au moins insuffisantes, et justifier, partant, la protection de la partie faible en droit commun des contrats).

¹⁹⁰¹ La seule lecture des *Loix civiles* permet de s'en convaincre (références romaines omniprésentes).

¹⁹⁰² V. not. F.-X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP G 1993, I, 3673, spéc. p. 197, n° 1

¹⁹⁰³ R.-J. Pothier, *Œuvres complètes de Pothier*, t. I, *Traité des obligations*, Libr. Thomine et Fortic, 1821, nos 16 et s., p. 21 et s.

¹⁹⁰⁴ V. not. R.-J. Pothier, op. cit., spéc. n° 17, p. 21-22

¹⁹⁰⁵ E. Chevreau, Y. Mauseu et C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2011, n° 151, p. 229. Et sur l'influence spécifique de Domat et Pothier : *ibid.*, nos 153 et s., p. 231 et s.

¹⁹⁰⁶ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Libr. Videcoq, 1856, spéc. p. 313 (rapport du tribun Favart, qui souligne not. distinctement cette influence évidente et directe : « *Les Romains ont écrit ces vérités dans leurs lois. Elles ont été recueillies par le savant Domat, et Pothier en fit un traité qui seul aurait fait sa gloire. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé* »).

¹⁹⁰⁷ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, spéc. p. 596 (analysant ce qu'il présente déjà à l'époque comme un lieu commun, visant à considérer que le « *Code Napoléon consacrerait l'Autonomie de la volonté* » (*ibid.*, p. 595), voici not. ce qu'il affirme, concernant l'argument de la règle de l'art. 1134 : « *Il faut n'avoir jamais lu Domat (...), ni ouvert un Digeste, à quoi renvoie Domat, pour proposer une interprétation aussi dramatique d'un texte qui énonce simplement que le contrat est obligatoire. Pour des raisons de moralité et d'équité, s'il faut en croire les travaux préparatoires. Il est plus significatif encore que les premiers commentateurs du Code n'aient pas parlé un autre langage que les législateurs* » (ces derniers déroulant eux-mêmes la pensée de Domat, leur illustre prédécesseur). En effet, l'autonomie de la volonté n'apparaît en doctrine que près d'un siècle plus tard (V. *infra* n° 758).

¹⁹⁰⁸ A. Duranton, *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, t. I, Libr. Rondonneau et Dècle, 1819, n° 55, p. 59

argument est néanmoins trop schématique pour être suffisant.

545. – L’essentiel. 1° : l’exigence générale d’un consentement implique deux choses : une volition libre, une volonté éclairée. Il faut décomposer l’exigence générale d’un consentement de l’article 1108 du Code civil. Il n’y pas là, comme une lecture élémentaire du terme pourrait l’indiquer, qu’une condition formelle tenant au constat d’une volition (une manifestation de volonté). A l’analyse, en effet, le consentement renferme deux dimensions distinctes¹⁹⁰⁹. D’une part, en tant que procédure, il suppose l’absence de contrainte lors de son expression (liberté matérielle)¹⁹¹⁰. D’autre part, il implique la lucidité de la volonté qui le sous-tend (liberté intellectuelle). Cette précision n’est pas inutile car ces deux éléments sont souvent, de nos jours, assimilés¹⁹¹¹. L’équation finale est donc la suivante : le consentement intègre est celui qui traduit à la fois une volition libre et une volonté préexistante éclairée. Les vices du consentement traduisent bien cette dichotomie : la violence concerne la liberté de la volition ; le dol et l’erreur, la lucidité de la volonté. Ceci se vérifie d’ailleurs à l’aune des travaux préparatoires du Code civil¹⁹¹², et même de manière plus générale, des travaux antérieurs au Code civil comme l’Encyclopédie¹⁹¹³. Plus tard, l’on en trouvera aussi des preuves, en filigrane, dans l’oeuvre des plus illustres civilistes¹⁹¹⁴. Au reste, il s’agit là du sens profond du mot consentement¹⁹¹⁵. Par ailleurs,

¹⁹⁰⁹ La distinction entre volonté et consentement a été brillamment mise en lumière, not. par M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573 et s. (et not. n° 10 : « On peut alors soutenir que la volonté est une matrice de consentements qu’elle débite (...) le consentement est toujours un objet né de la volonté : il y a un lien de génération entre la volonté et le consentement, le consentement est fils de la volonté et ce lien ne doit être brisé, faute de quoi un vice du consentement est constitué. Le contrat résulte alors de cette dialectique entre le subjectif de la volonté et l’objectif du consentement. Le consentement est un objet que l’on donne et qui circule tandis qu’on conserve toujours et par principe sa volonté, ne serait-ce que pour qu’elle produise d’autres consentements »).

¹⁹¹⁰ On l’aura compris, cette dimension n’est pas le cœur de la présente étude (V. sur celle-ci, qui tient à des questions de contrainte, de domination, *supra* nos 32, 38 et s.). Nous nous intéressons à la seconde, celle qui tient à la lucidité de la volonté.

¹⁹¹¹ V. par ex. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 317 : « Le consentement doit exister mais aussi être intègre. Un consentement intègre est un consentement libre et éclairé, en résumé un consentement non vicié » ; V. aussi, par ex. toujours, en ce sens : C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, spéc. p. 378, n° 28 (et not. : « le principe d’égalité des contractants exige notamment que leurs deux consentements soient pareillement libres et éclairés dans la conclusion du contrat ») ; G. Cornu, « Du sentiment en droit civil », in *L’art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 73 (« Le consentement, en effet, forme bien l’une des quatre conditions de validité de l’acte. Mais, dans sa définition traditionnelle au moins, il n’est pas fait d’un sentiment. Associant la lucidité à la liberté, il se définit en général comme la recherche consciente et volontaire de l’effet de droit que droit produire l’acte ») ; C. Lucas de Leyssac, « L’obligation de renseignements », in *L’information en droit privé*, Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), LGDJ, 1978, spéc. p. 310 (« Il est indispensable que chacun soit précisément renseigné sur le contenu du contrat ; en effet, cela détermine la qualité du consentement, c’est-à-dire la validité du contrat »).

¹⁹¹² En lien toujours étroit, certes, avec les vices du consentement. V. not. de manière éclatante P.-A. Fenet, op. cit., p. 416 : « Le consentement des parties contractantes est mis à la tête et avec raison, puisque toute convention suppose la réunion des volontés de ceux qui y interviennent. Or la volonté doit être **le produit d’une détermination libre autant que réfléchie** [souligné par nous]. Le consentement qui n’a été donné que par l’effet de l’erreur, du dol ou de la violence, n’est donc pas un consentement réel et valable ». La référence directe à un consentement intègre, car découlant d’une volonté éclairée, est nette, tandis que celle faite aux vices du consentement apparaît, au contraire, comme presque secondaire, procédant de l’illustration d’un principe plus général d’intégrité du consentement.

¹⁹¹³ Diderot et d’Alembert (surtout Diderot, en l’occurrence, puisque l’on sait que d’Alembert était chargé de la partie mathématique) avaient déjà dégagé, dans leur fameuse Encyclopédie, cette conception du consentement dans le contrat : « Ainsi Contrat en général et convention ne sont qu’une même chose ; & ce qui forme le Contrat, c’est le consentement mutuel & réciproque des parties contractantes ; d’où il suit que ceux qui ne sont pas en état de donner un consentement libre, ne peuvent pas faire de contrats, tels que les mineurs, les fils de famille, les imbécilles [ancienne orthographe du mot] » (D. Diderot et J. Le Rond d’Alembert, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. IV, Paris, 1751-1765, p. 122). Nul doute que ces illustrations n’étaient que les manifestations de l’époque de ceux qui ne pouvaient « donner un consentement libre », et que la déclinaison de cette conception des choses aux réalités actuelles impliquerait de protéger la partie faible. C’est d’ailleurs en ce sens, nous semble-t-il, que les travaux de l’époque peuvent être interprétés (V. not. E. Chevreau, Y. Mausen et C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2011, spéc. p. 205 et s.).

¹⁹¹⁴ V. par ex. C. B. M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l’ordre du Code*, t. VI, Libr. Warée, 4^{ème} éd., 1824, nos 24 et s., p. 25 et s. (et not. n° 35, p. 41 : « Il ne suffit pas, pour la validité des conventions, que le consentement soit manifesté, qu’il soit réciproque et donné sur la même chose (...) il faut encore qu’il soit donné avec réflexion et en connaissance de cause, librement, sans contrainte et sans surprise » ; V. aussi Ch. Demolombe, *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en*

rappelons que l'exigence du consentement figure en premier dans la liste de l'article 1108, énumération qui « *correspond à l'ordre des préoccupations de la justice en face d'un acte volontaire* »¹⁹¹⁶. Pour ces raisons, nous ne considérons pas que les vices du consentement (le dol et l'erreur, en l'occurrence) cristallisent l'exigence d'une volonté éclairée par le prisme du consentement, mais bien l'inverse : l'exigence est générale, et les vices du consentement n'en sont qu'une illustration, jugée opportune et suffisante à une époque donnée. L'exigence générale est ainsi implicite¹⁹¹⁷ parce qu'intrinsèque et indéniable au consentement, tandis que la liste de ses illustrations lors de la codification, les vices du consentement, est nécessairement explicite¹⁹¹⁸. En définitive, citons M. Chauvel : « *il ne suffit pas de vouloir (volonté exprimée) il faut encore pouvoir vouloir (volonté interne)* »¹⁹¹⁹. La clarté de cette dichotomie est dès lors indubitable. Quel serait l'esprit de l'exigence d'une volition, dont la lucidité de sa composante première, la volonté, serait indifférente ? Mais c'est déjà traiter de cette question à un point de vue encore plus fondamental : la définition française classique du contrat que renferme la Code civil implique en elle-même la protection de la volonté de tous, et donc de toutes les parties faibles.

546. – L'essentiel. 2^o : la définition française classique du contrat implique en elle-même l'exigence générale d'une volonté éclairée, rationnelle, discursive. La généralité de l'exigence d'une volonté éclairée nous semble pouvoir être également distinguée ailleurs qu'en l'exigence matérielle de

général, t. I, Libr. A. Durand et L. Hachette, 2^{ème} éd., 1870, spéc. nos 76 et s., p. 79 et s. ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, Ed. F. Lagier, Strasbourg, 1839, spéc. § 343, p. 464 et s. ; et, pour des vues classiques plus récentes : M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 11^{ème} éd., 1931, n° 1047, p. 400

¹⁹¹⁵ V. not., de manière évocatrice, le rattachement même de l'idée de *conscience* de l'engagement à l'exigence d'un consentement : « *Aptitude à comprendre ce que l'on fait, à être présent, en esprit, à un acte, intelligence élémentaire qui entre dans la définition du consentement et à défaut de laquelle est annulable, pour absence de consentement, l'acte accompli (...)* » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Consentement », p. 236). L'auteur l'a très bien dit, aussi, par le prisme de son analyse du sentiment (« Du sentiment en droit civil », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 73, loc. cit.).

¹⁹¹⁶ P. Chauvel, *Le vice du consentement*, th. Paris II, 1981, n° 2083, p. 665

¹⁹¹⁷ Il est vrai qu'« *Aucun texte du C. civ. n'exige expressis verbis que le consentement soit libre et éclairé* » (B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 91, p. 85 (nbp n° 73) ; l'auteur s'empresse de nuancer cette constatation, en posant qu'évidemment le Code civil est « *loin d'être fermé à toute idée de protection de la volonté contractuelle* » (ibid.)).

¹⁹¹⁸ Or le lien est très ténu, chez les auteurs, avec le fait de considérer que les exigences d'intégrité du consentement ressortent des vices du consentement. Au contraire, il nous semble qu'il y a d'abord une exigence générale, et ensuite ces illustrations, dont l'idée d'exhaustivité nous semble réductrice. V. not. E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004 (rééd. 1937), spéc. p. 56 (« *Pour produire pleinement ses effets juridiques, le consentement doit être donné en connaissance de cause et librement. Si ces qualités lui manquent, il est vicié. C'est ce second aspect du problème que nous devons examiner. Il est connu sous le nom de théorie des vices du consentement* ») ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 41, p. 95 (« *Pour être juridique efficace, le consentement doit être donné par une volonté éclairée et libre (a. 1109)* ») ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, n° 190, p. 166 (et not. : « *Poser, parmi les conditions de formation du contrat, l'exigence de l'intégrité du consentement, c'est dire que celui-ci n'est juridiquement efficace qu'autant qu'il présente, chez l'une et l'autre des parties, certaines qualités : il doit être éclairé et libre. Ces qualités, le Code civil ne les énonce pas positivement ; mais il en présuppose la nécessité, en énumérant les vices qui leur font antithèse (...)* »). Adde M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 317 (formule préc.) ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014, n° 54, p. 43 (« *La validité d'un contrat suppose donc non seulement une volonté certaine de s'engager, mais encore que cette volonté soit libre et entière, c'est-à-dire exempte de toute altération dite « vices du consentement »* ») ; Ph. Delebecque et F.-J. Pansier, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et quasi-contrat*, Litec, 5^{ème} éd., 2010, n° 99, p. 63 (« *Le consentement doit présenter certaines qualités. Le Code civil n'énumère pas ces qualités, si ce n'est indirectement* »). Et cela renvoie alors à la question du lien entre vices du consentement et exigence générale d'un consentement éclairé, que nous allons examiner ci-après (V. *infra* nos 550 et s.).

¹⁹¹⁹ Ces propos très inspirants suivent immédiatement ceux qui viennent d'être mentionnés : « *Il s'agit, en effet, tout d'abord, de savoir si l'obligation a été voulue et, plus précisément, si la volonté a été saine et libre. Supposé que la preuve d'une altération quelconque du consentement ne soit pas rapportée, il convient de vérifier que le débiteur ne se trouve pas dans une situation légale qui pourrait le faire bénéficier d'une protection particulière, en raison de la faiblesse présumée de ses facultés : il ne suffit pas de vouloir (volonté exprimée) il faut encore pouvoir vouloir (volonté interne)* » (P. Chauvel, *Le vice du consentement*, th. Paris II, 1981, n° 2083, p. 665). Adde clairement sur cette dichotomie, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., nos 91 et s., p. 110 et s., et, plus loin, clairement : « *En bref, le consentement est une volition précédée d'une réflexion* » (ibid., n° 93, p. 111) ; A. Bénabent, op. cit., n° 70, p. 58 (« *La volonté manifestée par une partie n'a de signification et ne peut donc l'obliger que si elle est réelle, libre et consciente. A défaut, il s'agit d'une simple déclaration de volonté sans contenu véritable (...)* »).

l'article 1108 du Code civil. Nous faisons ici référence à la conception française du contrat, que relaie le droit commun. L'on sait en effet que celle-ci correspond à un *accord de volontés*¹⁹²⁰, par opposition classique (largement relativisée par la suite) au système germanique de la *déclaration de volonté*¹⁹²¹. La volonté est donc au cœur du contrat¹⁹²². Or celle-ci n'a de sens que si elle est éclairée. D'abord, la sémantique du terme le suggère déjà¹⁹²³. Non éclairée, non réfléchie, en bref non élaborée librement, la volonté n'est ni fautive ni viciée, mais tout simplement inexistante. En effet, la liberté de vouloir, amputée de l'entendement, n'est qu'une « *liberté d'indifférence* »¹⁹²⁴, « *le plus bas degré de la liberté* »¹⁹²⁵. Au demeurant, les philosophes l'ont montré, de tout temps¹⁹²⁶ : « *La volonté suppose, pour agir conformément à*

¹⁹²⁰ C'est ce que prévoit l'art. 1101 C. civ. en énonçant que « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». C'est que la convention est précisément définie comme le « *Nom générique donné – au sein des actes juridiques – à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque (...)* » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Convention », p. 268). V. déjà sur cette terminologie Ch. Demolombe, *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Libr. A. Durand et L. Hachette, 2^{ème} éd., 1870, spéc. n° 12, p. 11 et n° 45, p. 47.

¹⁹²¹ V. not., sur ces questions, certaines études classiques traitant de la notion de contrat et du rôle de la volonté : R. Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1901 ; E. Meynial, « La déclaration de volonté », RTD civ. 1902, p. 545 et s. ; J. Chabas, *La déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1961. En bref, la conception française considère le contrat comme le « *concours* », le « *nœud* » des volontés, « *qui fait naître une volonté nouvelle, celle de réaliser une opération commune qui est l'objet du contrat* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 91, p. 110-111). Au contraire, le droit allemand penserait le contrat comme la « *simple juxtaposition de deux déclarations unilatérales de volonté, obligatoires chacune par elle-même* » (ibid., n° 91, p. 110). Ainsi distingue-t-on tout aussi classiquement le système français qui place son référentiel sur la volonté interne, la volonté *réelle*, pour déterminer quel est le contenu du contrat, tandis que le système allemand le place sur la volonté déclarée (V. not. sur ce point classique G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, n° 97, p. 79). Cette opposition traditionnellement exposée comme diamétrale a été largement relativisée par la doctrine contemporaine, à l'appui du droit positif, not. jurisprudentiel. C'est qu'aucun de ces deux systèmes n'est aussi parfaitement attaché, en pratique, à la conception qu'il est censé incarner (la thèse de A. Rieg, préc., s'est précisément employée à le mettre en lumière, en examinant, à tous les stades de la vie du contrat, la mesure importante dans laquelle les solutions pratiques françaises et allemandes se recoupent, voire s'identifient. Parfois même, une solution va-t-elle plus loin dans l'idéologie appartenant classiquement à l'autre système. Ces phénomènes sont particulièrement représentés en matière de vices du consentement (V. ibid., n°s 88 et s., p. 89 et s. ; V. déjà, pour une telle démonstration, dans le même sens, J. Chabas, op. cit., spéc. p. 74 et s.). V. aussi sur ce point G. Marty et P. Raynaud, op. cit., spéc. n° 97, p. 80-81 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., spéc. n° 93, p. 112 ; et la brillante étude de J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, spéc. p. 183-185, n° 5, dédiée à mettre en lumière un tel rapprochement, sur la question spécifique de l'interprétation (V. déjà pour une telle démonstration A. Rieg, op. cit., n°s 391 et s., p. 385 et s.).

¹⁹²² Il faut bien préciser que ceci est indépendant des considérations idéologiques sur la puissance de cette volonté : que l'on soit volontariste ou solidariste ne change rien à ce que la volonté est bien l'élément fondamental du contrat. Pour cette raison, cet *accord de volonté* (et d'ailleurs, au stade de la formation, l'étude de la classique *rencontre des volontés*, avec l'offre et l'acceptation) se retrouve également dans l'intégralité des ouvrages contemporains, marque de notre acception du contrat.

¹⁹²³ Désignée comme la puissance intérieure par laquelle les hommes se déterminent à faire quelque chose (*Le nouveau Littré*, 2004, « Volonté », p. 1507).

¹⁹²⁴ N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1988, n° 50, p. 41

¹⁹²⁵ N. Chardin, th. préc., n° 50, p. 41 (et les réf. citées), et d'ajouter (ibid., n° 51, p. 42) que la liberté contractuelle sans s'assurer que le contractant (le consommateur, en l'occurrence) comprenne le contenu du contrat, ce n'est qu'une « *prétendue liberté* », une « *liberté d'apparence* ».

¹⁹²⁶ Tous les philosophes ou presque pourraient être cités, tant la volonté, la raison, sont au cœur de toute démarche philosophique, ancestrale, classique ou moderne. Aristote, par ex., en traite déjà lorsqu'il réfléchit sur les actes volontaires et involontaires (*Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997, Livre III, p. 119 et s.). D'abord, l'acte volontaire, par opposition aux actes involontaires qu'il vient d'étudier, c'est ce dont « *le principe réside dans l'agent lui-même connaissant les circonstances particulières au sein desquelles son action se produit* » (ibid., p. 126). Et ce que l'on peut lire ensuite à l'endroit du choix est encore plus pénétrant. Après avoir précisé que si le choix est nécessairement un acte volontaire, l'auteur affirme qu'il est plus précis que cela (ibid., p. 128-129) : immanquablement, en effet, il « *s'accompagne de raison et de pensée discursive. Et même son appellation semble donner à entendre que c'est ce qui a été choisi avant d'autres choses* » (ibid., p. 132). Ce n'est d'ailleurs que la connaissance qui mène à l'acte volontaire, et même, dans sa dimension la plus élaborée, à la vertu (ibid., spéc. p. 106 : « *Ainsi donc, la vertu est une disposition à agir d'une façon délibérée, consistant en une médiété relative à nous, laquelle est rationnellement déterminée et comme la déterminerait l'homme prudent* »). Comment ne pas citer, aussi, la philosophie de Descartes, pensée de la certitude prouvée, élaborée ? La démarche cartésienne est même devenue synonyme de rationnelle dans notre langue contemporaine. Comment ne pas invoquer son œuvre majeure (et la première), la *méthode*, dont il faut rappeler que le titre intégral est *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences* ? Cette pensée du *cogito*. sera not. solidifiée par les méditations métaphysiques : toute croyance est superflue si elle n'est pas d'abord soumise au doute. Comme tant d'autres encore, la pensée de Kant est incontournable, dont l'épicentre est la raison, particulièrement dans ses célèbres *Critiques*. Il

la justice, le concours de l'intelligence, car il n'y a de volontaire que ce que nous faisons avec connaissance de cause »¹⁹²⁷. Mais l'on ne distinguait pas d'analyse profonde des mécanismes d'élaboration de la volonté¹⁹²⁸. Il est curieux que les travaux qui ont permis de percer ainsi les secrets de la cristallisation de la volonté n'aient guère appartenu aux juristes, au moins aux civilistes¹⁹²⁹, alors même que ce concept est au cœur du droit français. Voilà donc qu'ils « exigent une volonté qu'ils ne connaissent pas (...) »¹⁹³⁰. L'exigence est donc restée classiquement celle d'une volonté éclairée, libre, saine ou encore lucide, sans que le vide technique qui entoure ces positions ne soit véritablement levé¹⁹³¹. La nécessité de s'ouvrir aux disciplines qui, partout, déterminent le droit civil est à nouveau sensible. Il a fallu attendre que la psychologie, essentiellement cognitive¹⁹³², ne s'émancipe de la philosophie pour que des analyses techniques de la cristallisation de la volonté soient menées. Cette discipline démontre aujourd'hui que l'acte volontaire passe globalement¹⁹³³ par quatre phases, qui retranscrivent d'ailleurs le cœur informationnel du raisonnement¹⁹³⁴ : conception, délibération, décision et enfin exécution (de la

développe not. dans son principal ouvrage l'idée de raison pure (*Critique de la raison pure*, trad. A. Renaut, GF Flammarion, 3^{ème} éd., 2006). Il s'agit d'une capacité à connaître, à savoir, indépendamment de l'expérience, constituée de la sensibilité et de l'entendement, deux facultés dites transcendentales, car elles sont le présupposé à toute raison, à toute connaissance acquise de l'expérience même (elles lui préexistent car elles en sont le support).

¹⁹²⁷ Saint-Th.-d'Aquin, *Somme théologique*, par l'Abbé G. Malé, t. II, Libr. Catholique De Perisse Frères, 1857, Chap. V (« La justice »), spéc. p. 113-114, Q. LVII (« Du droit ») (et de poursuivre : « L'intelligence éclaire, perçoit ; la volonté choisit les moyens et tend vers la fin légitime »).

¹⁹²⁸ De manière générale, uniquement. En effet, l'on distinguait déjà, par ex., chez Aristote le rôle de la démarche discursive dans l'élaboration de la volonté, et plus frappant encore, des précisions assez poussées sur la *délibération*, inhérente à la cristallisation du choix (*Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997, Livre III, spéc. p. 132 et s. ; V. aussi *ibid.*, Livre VI, p. 298 et s., sur la « bonne délibération »).

¹⁹²⁹ Le même constat est établi par N. Chardin, th. préc., n^{os} 57-58, p. 50-51, qui souligne que les économistes se sont, quant à eux, parfaitement saisis de ces réflexions. Ils ont notamment développé, à partir de celles-ci, la théorie de la décision (*ibid.*, n^{os} 81 et s., p. 68 et s.). Et pour cause : l'efficacité économique est une motivation suffisante, à notre époque, pour creuser toutes les pistes qui mèneraient à mieux comprendre la croissance économique. D'ailleurs, l'évolution économique est, à un autre égard, au cœur du travail effectué pour donner lieu à cette théorie, tant les entreprises (et non plus seulement les individus et l'Etat) sont devenus des décideurs de poids. Il a donc fallu comprendre autrement, économiquement, comment s'établissait la décision (par où l'on comprend le glissement terminologique, d'acte volontaire (humain) à décision (bien plus objectif et déshumanisé)).

¹⁹³⁰ N. Chardin, th. préc., n^o 60, p. 52

¹⁹³¹ Les ouvrages de droit des contrats n'ont en effet toujours traité de la volonté que de manière superficielle, alors pourtant que d'immenses travaux se sont interrogés sur la notion (par ex. ceux de Saleilles sur la distinction avec le système allemand, ou encore la thèse de Gounot sur l'autonomie de la volonté). Au vrai, les études ont toujours eu, en droit, pour lacune de se placer postérieurement à l'élaboration de la volonté. C'est ainsi que l'intégralité des effets de la volonté a été brillamment analysée par la doctrine. Mais l'élaboration de cette volonté n'a intéressé que les psychologues, ce qui est curieux car la mise en lumière des immenses implications de la volonté supposerait, pour aller jusqu'au bout, de s'interroger sur sa naissance : jouer sur la naissance, ce serait plus que jamais jouer sur ses conséquences. C'est ainsi que l'on en reste souvent à des prescriptions plus (V. par ex. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, op. cit., n^o 152, p. 120 : « Ainsi qu'on l'a vu, l'accord des volontés a un effet très important : la conclusion d'un contrat qui va entraîner des obligations, généralement réciproques, à la charge des parties. Un tel effet suppose que les volontés soient parfaitement saines, libres et éclairées »), ou moins (V. par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., spéc. n^o 93, p. 111 : « Contracter, c'est vouloir. (...) Après avoir délibéré en elle-même, pesé le pour et le contre, chaque partie va décider, ou non, de s'engager. La lumière de l'intelligence vient éclairer l'énergie de la décision ») générales. V. aussi G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n^{os} 94 et s., p. 75 et s. (spéc. n^o 95, p. 76 : « Il faut en outre que chaque partie ait exercé sa volonté effectivement, ce qui suppose de sa part une volonté sérieuse. La volonté doit être sérieuse, certaine, effective et pas seulement un simple désir plus ou moins vague »).

¹⁹³² L'on y trouve en effet l'explication, entre bien d'autres recherches, de la source de la volonté : « Aujourd'hui, pour la psychologie, le système cognitif humain est vu comme un système de traitement de l'information, qui produit des entités psychologiques – des représentations – auxquelles peuvent s'appliquer par la suite d'autres processus (...) » (M. Denis, « Introduction. La psychologie dans le concert des sciences cognitives », in *La psychologie cognitive*, M. Denis (dir.), Ed. de la Maison des sciences de l'homme, 2012, p. 12).

¹⁹³³ Car la psychologie spéciale du raisonnement est d'une incroyable complexité (V. not. J.-F. Bonnefon, « Le raisonnement », in *La psychologie cognitive*, préc., p. 225 et s. ; et il y a ainsi une myriade de facteurs à prendre en compte, contexte, préférences, incertitudes, les émotions, etc... et aussi, les autres ! C'est alors le thème de la psychologie sociale, d'une importance d'autant plus déterminante de nos jours où le phénomène social n'est guère plus limité aux interactions physiques, mais s'étend aux relations virtuelles (V. not sur ce thème S. T. Fiske, *Psychologie sociale*, trad. V. Provost et S. Huyghues Despointes, Ed. de boeck, 2008). D'ailleurs, l'auteur souligne qu'il n'existe pas encore de « Grande Théorie du raisonnement » (*ibid.*, p. 244), et que son aboutissement sera nécessairement « pluridisciplinaire » (*ibid.*, p. 245)). Cette réf. n'est qu'un aperçu de la complexité des théories en la matière.

¹⁹³⁴ « La psychologie cognitive est fondée sur l'analogie entre le cerveau humaine et l'ordinateur, tous deux conçus comme des systèmes de traitement de l'information » (J.-F. Bonnefon, art. préc., p. 225).

décision)¹⁹³⁵. Or, négliger les deux premières phases, comme l'implique une vision d'un droit contractuel dépourvu de protection générale de la partie faible, c'est nécessairement nier que celle-ci manifeste véritablement un consentement. En effet, celui-ci n'est alors guère fondé sur une volonté interne digne de ce nom, mal conçue et donc mal délibérée en raison de l'ignorance sur laquelle elle se fonde. Même ! C'est ignorer (ou refuser d'admettre) que ces deux premières phases puissent être déterminées par l'environnement social, et, alors, juger impensable l'idée qu'un contractant ne puisse pas librement concevoir et délibérer¹⁹³⁶. Ne pas s'assurer concrètement de la lucidité du consentement de tous les contractants, quel qu'en soit le motif, c'est donc renier la définition du contrat. En définitive, pourquoi s'être attardé sur cette démonstration ? Pour parvenir à la conclusion suivante : si l'on considère le contrat comme basé sur la volonté, qui n'a de sens que si elle est éclairée et ainsi rationnelle, alors peut-on, nous semble-t-il, affirmer que notre droit porte en germe l'exigence de protection de la partie faible, puisqu'il s'agit précisément de chercher à identifier des hypothèses récurrentes dans lesquelles la volonté n'est pas suffisamment lucide. C'est cette appartenance profonde à notre droit commun et à notre conception du contrat que nous avons essayé de mettre en lumière.

547. – Conclusion liminaire importante. Les vices du consentement ne sont qu'une déclinaison non exhaustive de l'exigence, quant à elle, générale d'un consentement libre et éclairé. Voici ce que la démonstration précitée laisse apparaître de fondamental, à notre sens. Les vices du consentement que nous connaissons ne forment qu'une liste non exhaustive des causes qui contredisent l'exigence d'un consentement intègre¹⁹³⁷. Et la protection spéciale de la partie faible nous semble donc directement fondée sur l'article 1108 du Code civil. Il n'y a ainsi aucun obstacle à compléter les dispositions qui intéressent le consentement, par l'adjonction de la protection de la partie faible¹⁹³⁸. Elle est une hypothèse spéciale du droit commun du consentement le plus général, comme les vices du consentement en leur temps. Or, comme on l'a démontré, les réalités ont bien changé. Aussi, l'exigence devrait probablement apparaître distinctement dans le texte, pour faire écho à l'hypothèse spéciale qui est devenue fort commune, l'asymétrie informationnelle. La défi de la dialectique entre libertés *formelles* et *réelles* est à ce prix, transposé à cette matière¹⁹³⁹. Plaidons ainsi pour la codification de cette précision fondamentale que le consentement doit être *intègre*, ne l'étant que s'il est librement exprimé, et si la volonté qui le sous-tend est éclairée¹⁹⁴⁰.

¹⁹³⁵ V. en détails sur ce point N. Chardin, th. préc., nos 71 et s., p. 60 et s. (et les nombreuses réf. citées). En ce sens le consentement pourrait d'ailleurs être considéré non plus comme le contenant de la volonté, mais comme son contenu, la dernière phase de cette acception de la volonté était caractérisée par le passage à l'acte.

¹⁹³⁶ Comme c'était le cas, schématiquement, dans l'atmosphère idéologique de 1804.

¹⁹³⁷ *Rappr.* Ch. Demolombe (*Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Libr. A. Durand et L. Hachette, 2^{ème} éd., 1870, spéc. n° 79, p. 81), soulignant, à l'endroit de la liste des vices du consentement, qu'il est « impossible de ne pas remarquer que cette énumération est incomplète », visant les causes d'incapacité, durables ou temporaires.

¹⁹³⁸ Ce constat classique peut donc nous semble-t-il être dépassé : (à l'égard des juristes conscients de la faiblesse) « Mais ils ne pouvaient arriver à rien en constatant la faiblesse du consentement, car le Code civil s'attache uniquement aux vices de la volonté pour annuler le contrat et la faiblesse n'est pas un vice » (G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951, n° 15, p. 40).

¹⁹³⁹ V. not. sur cette célèbre dialectique, R. Aron, *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, 1965, spéc. p. 71 et s. (chap. II spéc. consacré à la confrontation des deux notions).

¹⁹⁴⁰ C'est la voie que nous retiendrons dans nos propositions de codification (V. *infra* n° 1139). *Adde* en ce N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, n° 806, p. 569 (jugant qu'il serait probablement judicieux « de poser, sous forme de principe, au sein de l'article 1109 du Code civil, qu'il n'y a point de consentement valable s'il n'est pas libre et éclairé »).

548. – Le Code civil n'exige pas l'égalité dans la négociation, mais l'intégrité du consentement.

Il est vrai que le législateur n'a jamais imposé d'exigences particulières tenant à la négociation contractuelle¹⁹⁴¹. Autrement dit, c'est le consentement qui compte, peu importe que l'on ait été placé dans une situation d'infériorité. Ceci est correct. Mais réfuter la réalité d'une égalité entre les contractants, dire qu'elle est inatteignable et partant impossible à exiger, n'est en rien contraire à l'idée de protection du faible. C'est simplement dire, au contraire, que l'inégalité est une réalité dont il faut s'accommoder. Et une réalité à laquelle on peut, puisque l'on en admet l'existence, apporter des correctifs¹⁹⁴². Aussi, lorsque ces disparités atteignent un niveau propre à enfreindre la notion même d'intégrité du consentement, nous sommes d'avis que c'est cette exigence même qui, par le prisme de la volonté, justifie d'établir une protection du faible. C'est ce qui explique d'ailleurs le principe d'une protection générale de la partie faible, dont l'infériorité devra revêtir une certaine mesure de gravité¹⁹⁴³. Ainsi, la protection du faible, fondée sur l'idée d'un consentement intègre garant de l'exercice d'une véritable liberté, induirait nécessairement d'entamer le dogme de l'autonomie de la volonté¹⁹⁴⁴, sauf à considérer, au contraire, qu'elle en stimule les propres postulats¹⁹⁴⁵.

549. – Un socle de droit commun est inévitable. Ainsi, si l'exigence matricielle d'un consentement intègre provient bel et bien de la source fondamentale qu'est le Code civil, il ne semble pouvoir exister

¹⁹⁴¹ Ce rude rappel vient, paradoxalement, de Josserand : « *d'une part, que le Code civil n'exige dans aucun de ses textes, soit expressément, soit implicitement, que la conclusion du contrat soit précédée d'une discussion plus ou moins poussée, de travaux d'approche plus ou moins prolongés, et d'autre part que l'égalité économique n'est pas davantage requise entre les parties dont il est admissible que l'une soit plus puissante, mieux armée que l'autre à qui elle dicte ses conditions* » (« La « publicisation » du contrat », in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Sirey-LGDJ, 1938, § 145, n° 6, p.146). Paradoxalement, car l'on sait que sa pensée fut tiraillée, toujours soucieuse du maintien du compromis républicain. V. sur ce point J.-P. Chazal, « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », 2014 (non publié. Présenté à l'Université de Lyon les 21 et 22 mars 2014, lors d'une conférence sur le thème « Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand ». Disponible sur http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr.ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf), spéc. p. 5 (et not., dans les années 1930, « *Josserand utilise des expressions fortes qui pourraient laisser penser que son volontarisme se double d'un libéralisme incompatible avec l'idée de protéger la partie en situation de faiblesse* ». Josserand rejoint en cela, en substance, l'opinion de Ripert (V. not. *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, dans le cadre de l'étude des contrats d'adhésion (spéc. n° 57, p. 104 : « *Pour la formation du contrat la loi exige deux consentements ; elle ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés* » ; n° 58, p. 105 : « *Ce n'est pas parce que la volonté est faible qu'elle doit être protégée. On sacrifie à une pensée de basse démocratie quand on soutient les faibles à cause de leur faiblesse même* », et il ne faut pas « *que dans un contrat le juge soit appelé à se prononcer toujours et nécessairement en faveur de celui qui a été le plus faible. (...). En admettant même que ce pouvoir fut conféré au juge, à quel titre l'exercerait-il ? L'inégalité des contractants ne saurait être par elle-même suspecte, parce que cette inégalité est fatale et qu'elle existe dans tous les contrats* »).

¹⁹⁴² *Rappr.* G. Ripert, op. cit., spéc. n° 40, p. 78-79 (et not. : « *Rêvera-t-on d'une égalité absolue dans cette discussion contractuelle ? Mais cette égalité ne se rencontrera jamais et, lors même qu'elle serait apparente, elle ne peut exister entre deux êtres qui ont une pensée, une volonté, un but différents. (...). C'est une fausse conception de l'égalité dans les contrats qui inspire cette déclamation trop souvent entendue contre la supériorité de l'un des contractants. L'inégalité est fatale et il est juste que les qualités manifestées dans le commerce juridique soient source d'avantages. Mais, si chacun se présente avec ses qualités naturelles ou acquises, il ne faut pas que la lutte contractuelle soit déloyale et elle le devient dès que l'un des contractants abuse de sa supériorité* »).

¹⁹⁴³ V. sur le caractère manifeste de la faiblesse, *infra* n°s 624 et s.

¹⁹⁴⁴ Ce dont s'indignait Josserand : « *entre de tels contractants, les uns colossaux, les autres infimes, l'autonomie de la volonté cessait d'avoir un sens ; la liberté contractuelle devenait une réalité unilatérale, ne fonctionnant qu'au profit du plus fort, réalisant à coup sûr l'écrasement du faible. A l'égalité théorique, désormais rompue dans les faits, il fallait substituer l'égalité effective en instituant une politique de réglementation et d'interventionnisme (...); l'ordre public économique a commandé la transformation de l'ordre juridique contractuel ; il l'a assis sur de nouvelles bases ; il l'a publicisé* » en taillant largement dans les principes de la liberté et de l'autonomie des volontés qui constituaient jadis l'atmosphère et l'âme du contrat » (« Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, p. 4, n° 3). D'ailleurs, Josserand se félicite de l'un des effets essentiels de ce dirigisme, not. en ce qu'il englobe « *les mesures prises par les Pouvoirs publics pour protéger (...) le plus faible contre le plus fort, et pour assurer ainsi la liberté effective du consentement* » (art. préc., p. 30, n° 25). Sa critique concerne bien davantage, au fond, les effets néfastes de la démarche issus de ses excès, de ses dérives partisans et de la cristallisation subséquente d'une insécurité (ibid. : « *En revanche, l'immixtion des Pouvoirs publics dans la vie du contrat est intolérable, dans la mesure (...) où, génératrice d'insécurité et d'inégalité, elle ruine cette confiance qui fait la force de la loi et du contrat : dirigisme, oui ; mais incohérence, partialité partisane et anarchie, non* »).

¹⁹⁴⁵ C'est not. l'opinion soutenue par N. Chardin dans sa thèse (V. sur ce point, *supra* n°s 545-546).

de droits spéciaux de la protection de la partie faible sans qu'existe, au préalable, au moins un socle de droit commun sur ce point. Or, ce droit commun ne peut exister au sein d'un droit spécial, comme c'est pourtant le cas du droit contractuel de la consommation. Concrètement, la partie faible existe au-delà des hypothèses spéciales, de manière tout à fait évidente. Elle ne fait que correspondre à une situation moderne, à l'égard de laquelle l'exigence – de droit commun – d'un consentement intègre doit trouver à s'épanouir. La partie faible appartient de plein droit au Code civil. L'on conçoit que le point de vue puisse être dérangeant, dans la mesure où les esprits s'habituent profondément à des situations établies. Il ne semble pas moins justifié.

2 – Par le prisme de la théorie des vices du consentement

550. – Plan. M. Mazeaud reprochait avec justesse à la sphère consumériste de se montrer « *beaucoup plus accueillante lorsqu'il s'agit de ranger sous la bannière du droit de la consommation des règles et des concepts qui relèvent, à n'en pas douter, du droit commun des obligations, par exemple la théorie des vices du consentement (...)* »¹⁹⁴⁶. Or, il est vrai que la mission de protection du consentement du faible peut se distinguer par le truchement des règles du Code civil relatives aux vices du consentement *stricto sensu* (a), et même *lato sensu* (b).

a – *Les vices du consentement stricto sensu*

551. – Les vices protègent le faible d'un temps. Les vices du consentement étaient dès l'origine conçus comme protégeant le consentement de la partie faible¹⁹⁴⁷, du moins telle qu'elle était conçue à l'époque. Déjà en droit romain, ceux-ci visaient à garantir un consentement minimum, qui excluait que l'ignorance la plus grave puisse engendrer un contrat¹⁹⁴⁸. Comme le doyen Ripert a pu le relever, les « *rédacteurs du Code civil n'ignoraient pas que dans certains contrats l'une des parties est toute puissante et, suivant une ancienne expression passée dans la langue courante, « fait la loi* » »¹⁹⁴⁹. La théorie des vices du consentement a du moins « *été admise pour permettre la protection d'un contractant qui lutte dans le contrat avec des armes inférieures et pour empêcher que l'autre partie ne tire un avantage de cette infériorité, connue d'elle et quelque fois créée par elle* »¹⁹⁵⁰. Il s'agit bien là de protection du faible¹⁹⁵¹. Ainsi a-t-on accordé la protection du contractant trompé par le dol, contraint par la violence, et même de l'*errans*. Ce dernier vice atteste, au demeurant, d'un certain libéralisme dans la prise en compte de la faiblesse, car consacrant la protection de celui qui s'est spontanément trompé. Mais l'idée de faiblesse légitime est

¹⁹⁴⁶ D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », préc., p. 97, n° 6

¹⁹⁴⁷ V. not. sur ce point et en ce sens Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, nos 110 et s., p. 128 et s.

¹⁹⁴⁸ C'est bien évidemment surtout le cas du dol et de l'erreur (V. not. sur ce point J.-F. Brégi, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006, p. 229 et s.), la violence renvoyant à une forme de contrainte et non d'ignorance (V. *infra* nos 32, 38 et s.).

¹⁹⁴⁹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 57, p. 104

¹⁹⁵⁰ G. Ripert, op. cit., n° 41, p. 80-81

¹⁹⁵¹ G. Ripert, op. cit., n° 55, p. 100-101 (« *Le Code civil n'avait trouvé d'autre remède à la faiblesse des contractants que la théorie un peu brutale des incapacités ou le remède hasardeux des vices du consentement. Il lui apparaissait sans doute que tout contractant conscient et capable saurait bien se défendre lui-même* ») ; V. *contra*, ne considérant pas que les vices du consentement indiquent une protection des faibles de l'époque, A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n° 6, p. 15-16

toujours là, en filigrane : l'erreur ne doit-elle pas, en effet, être excusable, depuis toujours¹⁹⁵² ?

552. – La vocation à protéger le faible s'observe par l'appréciation *in concreto* qu'impliquent les vices du consentement. Il faut souligner que l'appréciation des vices du consentement se fait *in concreto*, en pure logique civiliste¹⁹⁵³. Or, l'on sait qu'un tel mode d'appréciation a pour but de saisir le véritable impact du vice sur l'intégrité du consentement de celui qui l'invoque. L'on peut encore en déduire un rôle originel de « *protection du faible* »¹⁹⁵⁴, puisque l'on cherche ainsi à déterminer chaque fois si un contractant mérite concrètement une protection¹⁹⁵⁵. C'est ainsi que le vice doit être concrètement déterminant, condition commune aux trois célèbres vices du consentement¹⁹⁵⁶. Pour l'apprécier, l'on tient compte des qualités de la personne, comme les compétences... Ceci paraît constituer, au demeurant, la plus logique des solutions : comment un mécanisme qui traite d'un vice du consentement sans considérer concrètement l'atteinte à son intégrité pourrait-il être adéquat ? Plus encore, l'article 1112 du Code civil relatif à la violence prescrit explicitement (la construction est prétorienne pour les autres vices), que son appréciation doit tenir compte de l'âge, du sexe et de la condition du contractant¹⁹⁵⁷. Cela marque d'ailleurs l'apport essentiel de la pensée de Domat puis de Pothier, en rupture salutaire avec l'appréciation abstraite romaine, caractérisée par l'équité, et donc par la nécessité de protéger le faible¹⁹⁵⁸. Ces prescriptions n'indiquent-elles pas nettement une sensibilisation du Code civil aux

¹⁹⁵² V. *infra* nos 690 et s.

¹⁹⁵³ Comme on le lit dès l'origine du Code civil, en l'occurrence au sujet des vices du consentement : « *La loi, qui ne peut pas désigner tous les cas, n'en doit désigner aucun : elle laisse aux tribunaux le soin de peser la gravité des circonstances, et de juger de l'effet qu'elles ont dû produire sur tel ou tel individu* » (P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Libr. Videcoq, 1856, p. 315).

¹⁹⁵⁴ V. not. en ce sens Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, n° 114, p. 131 (erreur), n° 120, p. 135 (dol) ; V. aussi sur le lien entre véritable protection du faible et appréciation *in concreto*, *infra* nos 587 et s.

¹⁹⁵⁵ V. not. N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, LGDJ, 1965, spéc. (en ce qui concerne les vices du consentement) nos 248 et s., p. 203 et s. (et not., n° 256, p. 208 (en matière d'erreur), à l'endroit de l'appréciation *in abstracto* : « *en recourant à un tel critère, on assurerait bien médiocrement la protection du consentement puisqu'on refuserait cette protection à ceux qui précisément, par leur manque de perspicacité ou d'instruction, en ont le plus grand besoin. Aussi bien ne sera-t-on pas surpris de voir les tribunaux, dans l'appréciation de l'erreur, tenir compte de diverses données personnelles (...), notamment l'âge et l'inexpérience* » ; pour le dol : *ibid.*, nos 284 et s., p. 227 et s. (quoique la démonstration est d'autant plus aisée que l'art. 1116 al. 1^{er} implique explicitement de procéder à une telle appréciation *in concreto*)).

¹⁹⁵⁶ V. par ex. B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, respectivement pour l'erreur, le dol et la violence : n° 102, p. 93 ; n° 112, p. 100 et n° 117, p. 103. Cette exigence a d'ailleurs toutes les chances de faire expressément son entrée dans la lettre du droit des contrats (V. not. le projet Chancellerie II (2009), art. 45 al. 1 : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties ou son représentant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes* ». L'alinéa 2 du même article ajoute d'ailleurs de manière intéressante : « *leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce* » ; règles reprises par l'art. 1130 du projet Chancellerie IV (2015)).

¹⁹⁵⁷ Art. 1112 C. civ. : « *Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* ». Il nous semble que le terme « *personne raisonnable* » ne doit pas être considéré comme antinomique avec celui lié aux subjectivités de la personne (Ch. Bourrier, *th. préc.*, n° 124, p. 139), mais traduise simplement, ici encore, la nécessité de ne protéger le faible que lorsque sa faiblesse est légitime (V. sur ce point *infra* nos 676 et s.). *Adde*, sur l'appréciation *in concreto* en matière de violence : N. Dejean de la Bâtie, *th. préc.*, nos 287 et s., p. 228 et s.

¹⁹⁵⁸ Domat écrivait not. à l'endroit de l'abstraction insatisfaisante, que « *Et il faut enfin remarquer, que comme toutes les personnes n'ont pas la même fermeté pour résister à des violences & à des menaces, & que plusieurs sont si faibles & si timides, qu'ils ne peuvent se soutenir contre les moindres impressions ; on ne doit pas borner la protection des loix contre les menaces & les violences, à ne réprimer que celles qui sont capables d'abattre les personnes les plus intrépides. Mais il est juste de protéger aussi les plus faibles & les plus timides : & c'est même pour eux principalement que les loix punissent toute sorte de voyes de fait, & d'oppressions* » (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, *préc.*, p. 501). Et Pothier d'écrire not., plus proche de la règle que nous connaissons, et toujours en faveur de l'appréciation concrète liée à la justice : « *Tous ces principes du droit romain sont très justes, et pris dans le droit naturel ; sauf que celui qui ne connoît d'autre contrainte suffisante pour faire pécher, un contrat par défaut de liberté, que celle qui est capable de faire impression sur l'homme le plus courageux, est trop rigide, et ne doit pas être parmi nous suivi à la lettre : mais on doit en cette matière avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes, et telle crainte qui ne seroit pas jugée suffisante pour avoir intimidé l'esprit d'un homme d'un âge mûr et d'un militaire, et pour faire en conséquence rescinder le contrat qu'il aura fait, peut être jugée suffisante à l'égard d'une femme ou d'un vieillard* » (*Traité des obligations*, Libr. Thomine et Fortic, 1821, p. 32).

inégalités les plus concrètes entre les contractants¹⁹⁵⁹ ?

b – Les vices du consentement lato sensu

553. – La lésion¹⁹⁶⁰. A lire les travaux préparatoires du Code civil, l'on perçoit que ses instigateurs décisifs avaient manifesté, dès cette époque, leur intention de voir se refléter dans leur œuvre le souci de protection de la partie faible. Le premier consul démontrait à cet égard, en matière de lésion, d'une particulière sensibilité. Si bien qu'à lire certains propos, l'on pourrait croire à un plaidoyer pour la protection de la partie faible¹⁹⁶¹, lors même de l'élaboration du Code civil¹⁹⁶². Evoquant ainsi la nécessité, l'abus, et même l'occasion (au sens de la possibilité de tirer profit d'une situation de supériorité), Napoléon démontra d'une incroyable précognition. Même si la lésion est conçue strictement dans le Code civil, elle n'en reste pas moins interprétée comme un moyen originel du Code civil pour protéger le consentement de la partie faible en matière contractuelle¹⁹⁶³. C'est que, même contingenté, l'instrument était dès l'origine destiné à écarter les contrats les plus gravement déséquilibrés¹⁹⁶⁴. D'illustres auteurs ont même parfois préconisé l'extension de cet instrument vers ce que l'on connaît aujourd'hui sous le terme de lésion qualifiée, précisément à des fins plus étendues de protection de la partie faible¹⁹⁶⁵. La remarque est si vraie que cette même extension avait déjà conquis, à cette fin qui la caractérise, de multiples droits étrangers à cette époque¹⁹⁶⁶. Nous y restons pour autant opposés : relever que la conscience de la problématique de la protection du faible était perceptible à l'époque est une chose bien différente que celle d'adhérer précisément aux solutions pratiques qui en

¹⁹⁵⁹ V. en ce sens J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 181, s'interrogeant à cet égard : « *N'est-ce pas une façon non-équivoque de tenir compte concrètement de certaines inégalités naturelles, économiques et sociales pouvant exister entre les personnes ?* ».

¹⁹⁶⁰ Précisons d'emblée notre propos : il ne s'agit pas de revenir sur nos réticences plus ou moins vigoureuses à l'endroit de la lésion (sur celles-ci, V. *supra* n°s 45-46). Il s'agit seulement d'invoquer et de relever une certaine volonté de protection du faible qui a sous-tendu l'élaboration du Code civil.

¹⁹⁶¹ Et not. « *Suppose-t-on que le vendeur n'ait pas eu l'intention de donner ; qu'il ait en effet voulu recevoir une somme de 10 000 francs, comme le prix d'une propriété de 100 000 : alors qui ne se récrierait contre l'injustice d'un pareil contrat ? Qui ne verrait avec indignation que le Code civil l'a sanctionné ? Le Code civil qui doit être le résultat le plus exact de la justice civile ! S'il repose sur cette base, il sera éternel* » (P.-A. Fenet, op. cit., p. 58). Et de poursuivre qu' « *il n'y a pas de contrat de vente lorsque l'on ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'on donne, quand la séduction des passions ou le besoin ont déterminé un propriétaire à céder sa chose pour rien* » (ibid.).

¹⁹⁶² Et il faut aussi lire, pour y détecter par endroits de tels signes, les vigoureux débats à propos de l'art. 1305 C. civ. (ils furent maigres concernant l'art. 1118), à l'égard de l'admission de la lésion « *d'outre moitié* » (disait-on) en matière immobilière, entre Berlier, Bigot de Préameneu, Defermon, Regnaud, Portalis et Cambacérès (P.-A. Fenet, op. cit., p. 91 et s.). V. spéc. les propos de Bigot de Préameneu, retenant que l'essence de ces dispositions résidait non seulement dans l'équité mais dans « *l'humanisme même* ». Et de poursuivre que « *L'équité étant la base de tous les contrats, la loi a dû venir au secours de celui envers lequel le contrat devenait injuste, en le soumettant à une lésion énormes* » (ibid., p. 96). Il faut aussi retranscrire l'une des formules de Cambacérès : « *Or, s'il n'y a contrat commutatif que lorsque l'une des parties reçoit l'équivalent de ce qu'elle donne, comment serait-il possible de ne pas rectifier le prétendu contrat où l'un donne tout et où l'autre ne reçoit rien ? Quel esprit raisonnable admettra qu'un jeune homme de vingt-un ans qui vend pour mille francs un immeuble de cent mille francs reçoit l'équivalent approximatif de ce qu'il cède ?* » (ibid., p. 103).

¹⁹⁶³ V. not. Ch. Bourrier, th. préc., n°s 129 et s., p. 146 et s.

¹⁹⁶⁴ V. not. sur ce point et en ce sens, par le prisme de la recherche du principe d'égalité (et en l'occurrence, d'équivalence, dans les propos qui suivent), la captivante rétrospective des discussions en matière de lésion lors de l'élaboration du Code civil : D. Berthiau, th. préc., spéc. n°s 378 et s., p. 207 et s.

¹⁹⁶⁵ V. sur ce point l'illustre L. Jossierand, « *La protection des faibles par le droit* », in *Evolution et Actualités. Conférences de droit civil*, Libr. du Recueil Sirey, 1936, p. 172 : « *Lorsque, dans la formation d'un contrat, l'une des parties a été dominée par l'autre qui a exploité sa faiblesse ou sa détresse, il est juste et il est désirable que l'acte tombe, vicié qu'il est dans son origine : la lésion, du moins si elle a été volontairement, consciemment causée à la victime, doit être pour celle-ci une cause de nullité ou de rescision du contrat* ». Il s'agit là, au fond, de l'idée de lésion qualifiée (V. sur ce point, *supra* n°s 45-46). Les germes en sont bien contenus dans le concept de lésion, de manière très contingentée. Plus encore, Demogue affirmait que cette théorie « *pourrait peut-être un jour revêtir un aspect social* », c'est-à-dire sous-tendre un droit de la protection du faible (*Traité des obligations en général*, t. I, Libr. A. Rousseau, Paris, 1923, n° 395, p. 614 (et poursuivant ainsi : « *pour protéger le pauvre contre les possédants ; aujourd'hui l'ouvrier contre le patron, peut-être demain le modeste locataire contre son bailleur* »).

¹⁹⁶⁶ L. Jossierand, « *La protection des faibles par le droit* », préc., p. 173

émèrgèrent¹⁹⁶⁷.

554. – Les incapables. L'on se permettra également de relever que le Code civil a toujours protégé les incapables. Ils ne démontrent pas, certes, d'une faiblesse temporaire et circonstanciée au sens de la présente étude. Pour autant, comment ne pas mentionner ces prescriptions originelles du Code civil : elles sont un autre exemple décisif de la volonté initiale de protection du faible¹⁹⁶⁸. Celle-ci est d'ailleurs, au fond, étroitement liée au consentement intègre, puisqu'empêchant l'incapable de contracter, et donc d'être abusé. Jossierand considèrerait cette protection de la partie faible comme la plus élémentaire, la plus traditionnelle¹⁹⁶⁹. L'on peut y rattacher la législation bien plus récente qui protège la personne faisant état d'un trouble mental, même passager¹⁹⁷⁰.

B – Par des dispositions annexes au consentement

555. – Plan. Certaines dispositions originelles du Code civil, sans être expressément rattachées au consentement, mènent également à démontrer sa vocation initiale à protéger la partie faible. Nous évoquerons ainsi l'équité de l'article 1135 du Code civil (1) et l'interprétation *in favorem* de l'article 1162 du Code civil (2).

1 – L'équité de l'article 1135 du Code civil

556. – Équité correctrice de l'article 1135. Vocation à protéger le faible. Comment ne pas évoquer, dans le cadre du présent propos, l'article 1135 du Code civil, datant aussi de 1804, et sa célèbre formule imprégnée d'équité¹⁹⁷¹ ? Dès l'origine, la liberté arrachée courageusement à l'Ancien Régime trouvait une limite, dans l'esprit des rédacteurs du Code civil. Personne n'ignore, en effet, que le recours à l'équité est lourd de sens : l'équité corrige ce que l'égalité peut produire d'injustice. Elle est un corollaire de l'esprit civiliste, puisqu'elle s'attache aux circonstances et aux personnes pour produire ses effets. Elle est indéniablement un instrument destiné à la protection des faibles, que la liberté asservit bien souvent. L'on sait d'ailleurs que l'article 1135 allait devenir une source, bien plus tard, de protections concrètes du faible¹⁹⁷². Au vrai, l'équité a imprégné la conception du Code civil de manière bien plus

¹⁹⁶⁷ La précision est importante en ce qu'elle permet bien de comprendre qu'il n'existe aucune contradiction avec nos propos sur ce point (sur lesquels V. *supra* n^{os} 45-46).

¹⁹⁶⁸ Et sur ce point, V. not. *supra* n^o 358

¹⁹⁶⁹ V. sur ce point not. L. Jossierand, art. préc., p. 170, énonçant notamment que « *Dans la conception traditionnelle et qui est restée en vigueur, la faiblesse était prémunie contre les abus de force par un système d'incapacité : le mineur, la femme mariée, le prodigue, certaines personnes morales sont déclarées incapables de s'obliger, ou d'aliéner, ou de se léser par leurs engagements, ou de plaider, etc...* ». V. aussi en ce sens, en ce qu'il s'agit de « *la manifestation première de la faiblesse dans le Code civil* », A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, n^{os} 273 et s., p. 253 et s. (n^o 282, p. 261 (formule)).

¹⁹⁷⁰ Les art. 414-1 et s. C. civ. n'ont été créés que récemment (par la L. n^o 2007-308 du 5 mars 2007) mais s'inscrivent dans le même titre du Code civil, à la différence qu'ils sont indépendants des mesures de protection. Ce rattachement se justifie également par le fait que l'on trouve l'origine de cette exigence non pas en 2007 mais bien en 1804. L'on sait en effet qu'« *Assez curieusement, les rédacteurs du Code civil qui avaient exigé, à l'article 901, que l'on fut sain d'esprit pour faire une donation entre vifs ou un testament, n'ont pas reproduit cette condition lorsqu'ils ont traité du consentement et de ses vices aux articles 1109 et suivants* » (P. Chauvel, Rép. civ. Dalloz, « Consentement », avr. 2007 (m.a.j. 2014), n^o 9).

¹⁹⁷¹ Art. 1135 C. civ. : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

¹⁹⁷² V. sur ce point *supra* n^{os} 472 et s. (l'on y constatera que la notion ne pouvait toutefois servir à elle-seule à protéger la partie faible).

profonde que par le seul prisme de l'article 1135. Omniprésente chez Domat, et, logiquement¹⁹⁷³, dans les travaux préparatoires du Code civil, l'on peut même sans risque affirmer que la vocation à protéger le faible était intrinsèque à l'intégralité de la lettre du Code civil, notamment en matière contractuelle.

2 – L'interprétation in favorem de l'article 1162 du Code civil

557. – L'article 1162. Vocation originelle modérée à protéger la partie faible. Une autre disposition participe indéniablement de la vocation originelle du Code civil à encadrer la partie faible. Ici, cette vocation se distingue par le prisme de la vulnérabilité de celui qui subit des stipulations contractuelles rédigées par son cocontractant¹⁹⁷⁴. Avec une remarquable anticipation sur la généralisation des contrats d'adhésion, il était déjà prévu en 1804, en effet, que « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* »¹⁹⁷⁵. « *Malheur au stipulant* »¹⁹⁷⁶ : l'article 1162 autorise le juge à rétorquer au vendeur « *je ne comprends pas ! tant pis pour vous !* », enseignait Demolombe¹⁹⁷⁷. Jossierand remarquait d'ailleurs que cette disposition avait très tôt joué un rôle de protection du faible, par le prisme, justement, des contrats d'adhésion. En effet, l'auteur du contrat « *l'ayant élaboré d'autorité, unilatéralement, doit être le seul responsable de son imperfection et de son obscurité* »¹⁹⁷⁸. Ces prescriptions correspondent somme toute à la conception que se fit plus tard Carbonnier d'une telle disposition, propre à permettre d'empêcher une partie de « *dicter ses conditions à l'autre* »¹⁹⁷⁹. Quoi de plus naturel : celui qui était dans une telle position devait sans doute s'abstenir de produire des clauses ambiguës, et c'est précisément le doute ainsi généré qui devait ainsi profiter à la partie adverse¹⁹⁸⁰. Le faible serait donc ici considéré comme celui qui se voit opposer des clauses auxquelles il n'a pas contribué, et desquelles il devait attendre, pour cette raison, le maximum : « *celuy qui s'oblige ne veut que le moins (...)* », disait Domat¹⁹⁸¹. Or, si l'aspect fautif du rédacteur ressort d'une telle règle¹⁹⁸², c'est bien par écho à la situation qui doit nécessairement en être l'impulsion : la protection de celui souffre de l'ambiguïté. L'idée de protection du faible est certes rudimentaire, mais indéniablement perceptible.

¹⁹⁷³ Sur l'influence de Domat et Pothier sur le droit des contrats du Code civil, V. *supra* nos 542-543

¹⁹⁷⁴ V. en ce sens Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, nos 343 et s., p. 384 et s.

¹⁹⁷⁵ Art. 1162 C. civ.

¹⁹⁷⁶ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd., 2014, n°68, p. 95 ; *Adde* sur ce point (contestant d'ailleurs que la règle ne puisse s'appliquer qu'au seul créancier, à l'aune de références romaines) : J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à J. Flour*, Deffrénois, 1979, spéc. p. 200 et s., nos 21 et s.

¹⁹⁷⁷ Ch. Demolombe, *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, Libr. A. Durand et L. Hachette, 1869, n° 26, p. 26

¹⁹⁷⁸ L. Jossierand, « La « publicisation » du contrat », in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Sirey-LGDI, 1938, § 145, n° 7, p. 146

¹⁹⁷⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 142, p. 268

¹⁹⁸⁰ V. déjà, en ce sens, Ch. Demolombe, op. cit., spéc. n° 27, p. 28-29 (et not., expliquant l'art. 1162 : (le vendeur) « *il connaît sa chose, et il sait mieux que personne à quelles conditions il veut s'en dessaisir. C'est donc lui qui est le maître du contrat et qui en dicte les conditions* » ; il « *a bien des moyens de tromper l'acheteur, qui ne la connaît pas !* »).

¹⁹⁸¹ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, préc., p. 73

¹⁹⁸² D. Houtcieff la justifie, dans sa thèse, par le principe de cohérence : « *on ne peut se prévaloir de sa propre contradiction, en laissant croire qu'on a stipulé le moins pour exiger ensuite le plus* » (*Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I, PUAM, 2001, n° 137, p. 135).

558. – Accentuation plus contemporaine de la vocation à protéger le faible. De manière plus contemporaine, il est vrai que l'acception protectrice de l'article 1162 s'est accentuée. C'est ainsi que la règle a tendance à s'émanciper de sa lettre stricte (qui énonce l'interprétation contre le stipulant), pour parvenir à une interprétation contre la partie forte et, surtout, en faveur de la partie faible. « *On s'est en effet avisé de ce que cette directive pouvait être défavorable à la partie considérée comme faible que se trouve parfois être le créancier de l'obligation* »¹⁹⁸³. C'est ainsi que, dans une forme de « *déformation* »¹⁹⁸⁴, « *l'application littérale* » de l'article 1162 allait perdre son monopole¹⁹⁸⁵, cette disposition devenant « *une règle de faveur, non plus à l'égard du débiteur, mais de la partie que la jurisprudence considère en situation de faiblesse* »¹⁹⁸⁶.

§II – L'opportunité d'une protection par le Code civil

559. – Plan. L'opportunité juridique de recourir au Code civil est double. Elle se caractérise d'une part, au plan du moyen, par la possibilité de légiférer (A), et, d'autre part, surtout, au plan de la fin, par la réhabilitation du droit commun des contrats (B).

A – Au plan du moyen : la possibilité de légiférer

560. – Plan. Il faut démontrer en quoi la démarche de création d'un droit commun de protection du consentement de la partie faible au sein du Code civil est possible au point de vue juridique. Bien sûr le principe est que le législateur interne est souverain. Partant, il faut envisager l'intensité de l'influence de l'Europe. Or, son emprise en droit de la consommation n'empêche pas toute légifération en droit de la consommation (1), et n'empêche rien pour ce qui est de la théorie générale et du droit commun (2).

1 – La marge de manœuvre partielle en droit de la consommation

561. – Généralités. Les prescriptions communautaires comme source de droit interne de protection du faible. L'on sait fort bien que le droit communautaire, ce *droit venu d'ailleurs*¹⁹⁸⁷, est en pleine expansion, et que notre droit interne en est de plus en plus tributaire, particulièrement en matière contractuelle¹⁹⁸⁸. La tendance est d'ailleurs culminante, selon Mme Aubry, en matière de « *protection du contractant en situation de faiblesse* »¹⁹⁸⁹, c'est-à-dire, en l'occurrence, essentiellement le consommateur¹⁹⁹⁰. Partant, de nombreux règlements, mais surtout d'abondantes directives (à

¹⁹⁸³ D. Houtcieff, th. préc., n° 120, p. 122-123 (et les réf. citées sur cette question)

¹⁹⁸⁴ D. Houtcieff, th. préc., n° 120, p. 122

¹⁹⁸⁵ D. Houtcieff, th. préc., n° 120, p. 123

¹⁹⁸⁶ D. Houtcieff, loc. cit.

¹⁹⁸⁷ L'expression, souvent citée, est du doyen Carbonnier (*Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, spéc. p. 44 et s.).

¹⁹⁸⁸ V. not. l'étude consacrée par H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2002

¹⁹⁸⁹ H. Aubry, th. préc., nos 15 et s., p. 43 et s. (qui consacre tout un premier titre à cet axe, preuve de l'importance du droit communautaire en cette matière).

¹⁹⁹⁰ Surtout depuis que, de manière plus que démonstrative, un titre expressément consacré à la protection des consommateurs a vu le jour au sein traité fondamental, leur protection devenant dès lors « *de façon explicite l'un des aspects de la politique communautaire* » (H. Aubry, th. préc., n° 6, p. 28 ; et plus spécifiquement sur cette question : *ibid.*, nos 20 et s., p. 48 et s.). *Adde* sur ce point S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2^{ème} éd., 2014, n° 16, p. 11

transposer en droit interne) imposent à la France d'innombrables règles¹⁹⁹¹. Or ce sont précisément ces directives qui manifestent « *une volonté explicite de protection* »¹⁹⁹². Le droit communautaire est alors véritablement une source de droit interne en matière de protection du faible. Or le droit français interne se voit donc imposer une certaine vision de la partie faible, de la partie à protéger. L'on pourrait ainsi penser que la spécialisation frénétique du législateur français n'est en fait que la résultante d'une impulsion communautaire, si dense qu'elle ne lui laisse pas le choix. Ceci n'est pas entièrement vrai.

562. – Marge de manœuvre existante : manière de transposer. S'il est vrai que le législateur national ne dispose que d'une « *faible marge de manœuvre* »¹⁹⁹³, celle-ci ne concerne que les droits substantiels que les directives communautaires entendent harmoniser dans les Etats membres. La marge de manœuvre est au contraire plus ample, en ce qui concerne la méthode et les moyens utilisés pour transposer les directives en droit interne¹⁹⁹⁴. En effet, la liberté du législateur interne est quasi-totale pour ce qui est de limiter la spécialisation frénétique et l'abandon du Code civil¹⁹⁹⁵. On ne lit par exemple nulle part dans la directive communautaire du 25 mai 1999¹⁹⁹⁶ que la garantie de conformité nouvellement proclamée devra se trouver dans le Code de la consommation, et non dans le Code civil¹⁹⁹⁷. L'on ne détecte pas davantage de prescription, dans la directive du 5 avril 1993¹⁹⁹⁸, imposant que rien ne sera dit des clauses abusives en droit commun, pas même une définition. L'on ne perçoit enfin aucun élément (aucune directive) propre à laisser penser que la protection de la caution devait intégrer, dans son acception moderne, le Code de la consommation et non le Code civil.

563. – La démarche législative rend dubitatif. A en lire ces quelques brefs exemples, l'on ne peut qu'exclure la responsabilité totale de l'Europe, et conclure que la spécialisation frénétique résulte du travail législatif proprement interne. Cette direction n'est probablement guère volontaire, tant on sait ce travail pressé, et donc invariablement bâclé. Bien sûr, il ne convient pas de transposer tous azimuts des mécanismes qui ont été élaborés pour des relations BtoC à tous types de relations (BtoB, CtoC et BtoC), comme l'impliquerait une codification systématique dans le Code civil, s'appliquant à tous¹⁹⁹⁹. Mais il y a quand même un pas avec le fait de n'en produire aucune adaptation ni aucune définition en droit commun. Ce qui vient d'être dit de l'intégration de mécanismes de protection modernes du

¹⁹⁹¹ V. sur ce point J. Huet, « Les sources communautaires du droit des contrats », LPA 21 mars 1997, p. 8, citant en ce sens un nombre assez impressionnant de directives intéressant la protection des consommateurs (parmi lesquelles la directive sur la publicité trompeuse (dir. n° 84/450/CEE du 10 septembre 1984, d'ailleurs modifiée par la dir. n° 97/55/CE du 6 octobre 1997 y incluant la publicité comparative), ou encore la fameuse directive sur les clauses abusives (dir. 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs). V. aussi S. Piedelièvre, op. cit., n°s 15 et s., p. 10 et s. ; N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000, spéc. n°s 496 et s., p. 321 et s. ; J.-S. Bergé, « Le droit européen et les sources généralistes du droit des contrats : altérité, concurrence et influence », RDC 2007, p. 1445 et s. ; G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n°s 20 et s., p. 15 et s. (et les nombreuses réf. citées).

¹⁹⁹² H. Aubry, th. préc., n°s 19 et s., p. 47 et s. (un chapitre est dédié à cette question).

¹⁹⁹³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 12, p. 16, attestant d'ailleurs de toute l'ampleur de ce renouvellement des sources, notamment en matière contractuelle.

¹⁹⁹⁴ L'art. 288 al. 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>) précise en effet distinctement, comme on le sait, que « *la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ».

¹⁹⁹⁵ V. en ce sens Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n° 240, p. 191

¹⁹⁹⁶ Dir. 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

¹⁹⁹⁷ V. sur cette notion et sur cette transposition controversée (V. *supra* n° 26).

¹⁹⁹⁸ Préc.

¹⁹⁹⁹ Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, p. 708 et s., n°s 12 et s.

consentement révèle indéniablement que le législateur est fautif, et qu'aucun obstacle normatif n'existait pour maintenir la cohérence du droit des contrats.

564. – Marge de manœuvre existante : élargissement des minimums. Les directives européennes impliquent, certes, que les consommateurs disposent de tel délai de réflexion, ou ne puisse se voir opposer telles sortes de clauses jugées abusives. En revanche, il faut rappeler que ces prescriptions constituent, sauf disposition contraire, des minimums, que le droit interne est libre de compléter. Concrètement, rien n'empêche le législateur français d'établir une protection de contractants plus largement entendus, même si les instances européennes se bornent à avoir une acception limitée du consommateur²⁰⁰⁰. Ceci pourrait donc se faire, tout en transposant correctement les prescriptions européennes. Quelle preuve plus convaincante, d'ailleurs, que la création spécifiquement française de la notion de *non-professionnel*, dont on sait que la vocation était de protéger au-delà du strict consommateur²⁰⁰¹ ? Rien n'empêche donc, au fond, et par principe, que des protections élargies existent, encore moins si elles sont codifiées dans le Code civil. Mais c'est déjà là traiter de la marge de manœuvre qui existe en la matière.

2 – La marge de manœuvre totale en droit commun

565. – Plan. Le droit commun relève encore, semble-t-il, de la pleine compétence du législateur français, dans la mesure où les sources supra-législatives n'affectent pas la matière (a). C'est d'ailleurs ce que confirment nettement les projets de réforme. La perspective de ce renouveau doit ainsi être envisagée brièvement (b).

a – *Un domaine épargné par le droit communautaire*

566. – Le droit commun du contrat n'est pas affecté par l'Europe. Indéniablement, le droit communautaire engendre aujourd'hui une concurrence considérable avec le droit interne, tant le premier alimente densément le second²⁰⁰². Ceci se comprend bien : l'intervention du droit communautaire ne se justifie normalement que lorsqu'un enjeu relevant de sa compétence se trouve concerné, c'est-à-dire pour l'essentiel le fonctionnement optimal du marché intérieur²⁰⁰³. But profond indifférent au droit commun des contrats, d'obédience civiliste. Aussi celui-ci n'est-il guère influencé, et reste en principe pleinement nôtre²⁰⁰⁴. De la sorte, il n'existe vraisemblablement aucune barrière juridique empêchant l'instauration d'une protection générale de la partie faible en droit commun des contrats du Code civil. Quelle preuve plus décisive d'ailleurs que les dernières avancées de la réforme du

²⁰⁰⁰ Et ceci est d'ailleurs rappelé au sein même des textes européens. V. par ex. en ce sens la dir. 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, art. 8 précisant que « les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé ».

²⁰⁰¹ L'on en connaît toutefois les effets, dont c'est un euphémisme de dire qu'ils sont limités (V. *supra* nos 126 et s., 146 et s.).

²⁰⁰² V. not. sur cette question la profonde analyse de Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. nos 16 et s., p. 25 et s.

²⁰⁰³ V. par ex. sur ce point H. Aubry, th. préc., n° 6, p. 26-27

²⁰⁰⁴ V. not. sur ce point Ch. Goldie-Genicon, th. préc., spéc. nos 16 et s., p. 25 et s. ; V. aussi et en ce sens, spécifiquement pour le droit communautaire : J. Huet, « Les sources communautaires du droit des contrats », LPA 21 mars 1997, p. 8 et s.

droit des contrats²⁰⁰⁵ ? La création de protections modernes du consentement par la voie du droit commun, que la réforme apportera indubitablement, montre bien qu'il y a là, et depuis longtemps au terme de ces développements, œuvre aisée. Le retard n'est dû qu'à un égard tardif du législateur pour cette matière pourtant fondamentale.

b – Perspective de la proche réforme du droit des contrats

567. – Brefs rappels sur la genèse de la réforme. Extrême actualité. L'idée est claire, qu'« *un véritable progrès du droit des contrats ne peut résulter que d'une révision des règles obsolètes du Code civil plutôt que de la multiplication de règles dérogatoires au droit commun* »²⁰⁰⁶. Et la réforme tant attendue de notre droit des contrats, abrité par le Code civil, est aujourd'hui enfin sur le point d'aboutir. L'on se souvient en effet que, après quelques prémices au XX^e siècle²⁰⁰⁷, l'entreprise revint sur le devant de la scène dans les années 2000²⁰⁰⁸. Après l'avant-projet Catala il y a dix ans²⁰⁰⁹, le projet du groupe Terré en 2008²⁰¹⁰, les deux projets élaborés par la Chancellerie en 2008 et 2009²⁰¹¹, suivis en fin d'année 2013 d'un troisième projet²⁰¹², les choses se sont très récemment concrétisées. En effet, après une longue procédure, opposant l'Assemblée nationale et le Sénat sur la question de savoir si le gouvernement devait être autorisé à procéder par ordonnance pour réformer le droit des contrats, le dernier mot est revenu à la première, le 28 janvier 2015, en faveur de cette option²⁰¹³. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs validé cette loi d'habilitation, à la suite de sa saisine par des sénateurs, le 12 février²⁰¹⁴. Celle-ci

²⁰⁰⁵ V. sur ce point les développements qui suivent (*infra* n^{os} 567 et s.).

²⁰⁰⁶ B. Berlioz-Houin, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 33 (et de poursuivre, on ne peut plus salutairement : « *Seul cet effort de rénovation serait susceptible de rendre au droit la clarté et la prévisibilité sans lesquels il n'est utile ni aux citoyens ni aux praticiens. L'idéal du Code civil, être compris de tous et s'appliquer à chacun, doit survivre à l'évolution économique* »).

²⁰⁰⁷ Une Commission chargée de préparer une nouvelle codification fut créée en 1904, not. pour s'inspirer des très remarquables travaux allemands ayant donné lieu à l'adoption de leur Code civil en 1900. Plus tard, une autre commission de révision fut constituée, sous la présidence de L. Julliot de la Morandière, et des travaux publiés à partir de 1946. V. not. sur ce processus : L. Julliot de la Morandière, « La réforme du Code civil », D. 1948, p. 117 et s. ; R. Houin, « Les travaux de la commission de réforme du Code civil », RTD civ. 1951, p. 34 et s. ; *Adde* J. Foyer, « Le Code civil de 1945 à nos jours », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 277 et s.

²⁰⁰⁸ V. not. pour une rétrospective détaillée de cette évolution, J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n^{os} 20 et s., p. 17 et s.

²⁰⁰⁹ Sur lequel V. not. P. Catala, « La genèse et le dessein du projet », RDC 2006, p. 11 et s. ; et du même auteur « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006, p. 535 et s.

²⁰¹⁰ *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2008

²⁰¹¹ V. not. sur ces premières mais non moins importantes avancées, parmi une littérature extrêmement abondante : D. Mazeaud, « La réforme du droit des contrats : trois projets en concurrence », in *Liber amicorum Ch. Larroumet*, Economica, 2009, p. 329 et s. ; du même auteur, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », D. 2008, p. 2675 et s. ; et, du même auteur, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », D. 2009, p. 1364 et s. ; R. Cabrillac, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », JCP G 2008, I, 190 ; Ph. Malaurie, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », JCP G 2008, I, 204 ; M. Fabre-Magnan, « Réforme du droit des contrats : « un très bon projet » », JCP G 2008, I, 199 ; A. Ghazi et Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », D. 2008, p. 2609 et s. ; Ph. Malinvaud, « Le contenu « certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », D. 2008, p. 2551 et s. ; X. Henry, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires », D. 2009, p. 28 et s.

²⁰¹² L'information avait en effet été retransmise sur le site internet du journal Les Echos, encore consultable sur : http://www.lesechos.fr/15/01/2014/lesechos.fr/0203242436733_document---avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats.htm

²⁰¹³ V. not. F. Rome, « Droit des contrats : la réforme maudite ? » (édito), D. 2014, p. 1033 ; V. aussi, *contra* (en défaveur de cette démarche), J.-L. Harouel, G. Teboul et O. Tournafond, « Le droit des contrats réformé par ordonnance ? », D. 2014, p. 1099 et s.

²⁰¹⁴ CC, 12 févr. 2015 (2015-710 DC), « Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ».

fut publiée quatre jours plus tard²⁰¹⁵. Aussi, l'ordonnance devra-t-elle être prise dans un délai de douze mois, avant d'être ratifiée, selon le calendrier prévu, avant la fin du premier semestre 2016. Même si un certain délai sera peut-être prévu à des fins de transition, il est relativement certain que le nouveau droit des contrats entrera en vigueur en 2016. En parallèle, le 25 février, un projet d'ordonnance a été rendu public par le ministère de la Justice²⁰¹⁶. Très proche de la version précédente de 2013, ce projet est présenté comme une base de travail. En effet, une consultation publique a été lancée le 9 mars afin de réunir les contributions de tous les intéressés. Cette phase s'achèvera le 30 avril. Après (au moins) dix années de réflexions et de travaux intenses, la réforme est en marche, accompagnée de près par la *doctrine législatrice*²⁰¹⁷. Ceci confirme, au demeurant, que la compétence pour réformer notre droit commun des contrats est encore pleinement nôtre, et que la création d'une protection de la partie en son sein ne rencontrerait aucun obstacle à cet égard.

568. – Substance de la réforme en matière de protection du consentement. Le projet de réforme (qui rejoint largement les travaux antérieurs en la matière) est riche de nouveautés en matière de protection du consentement, qui intéressent ainsi naturellement notre étude²⁰¹⁸. L'on y distingue d'abord la disparition de la cause²⁰¹⁹. Plus spécifiquement, devraient voir le jour une définition des délais de réflexion et de rétractation²⁰²⁰, une obligation d'information²⁰²¹, ainsi qu'un système de lutte contre les clauses abusives²⁰²². La partie faible constitue donc un point cardinal de la réforme²⁰²³. Nous avons dit, ou nous dirons, néanmoins, les vastes insuffisances des dispositions précitées pour lui apporter un cadre véritablement satisfaisant²⁰²⁴. La perspective de la réforme n'évince donc guère, en définitive, l'utilité de s'interroger en profondeur sur la protection de la partie faible. M. Chazal souligne très justement, à cet égard, que ce « *programme idéologique* » devrait être largement approfondi, même si le

²⁰¹⁵ L. n° 2015-177 du 16 février 2015 (du même nom).

²⁰¹⁶ http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf (ce que nous désignons par « Chancellerie IV (2015) » dans cette étude).

²⁰¹⁷ P. Deumier, « La doctrine collective législatrice, une nouvelle source de droit ? », RTD civ. 2006, p. 63 et s. ; V. aussi sur la doctrine et le renouvellement de ses missions Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La Doctrine*, Dalloz, 2004, spéc. p. 217 et s. ; Ph. Jestaz et Ch. Jamin, « L'entité doctrinale française », D. 1997, p. 167 et s. ; L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, « Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine) », D. 1997, p. 229 et s. ; D. Gutmann, « La fonction sociale de la doctrine juridique », RTD civ. 2002, p. 455 et s. ; R. Libchaber, « Une transformation des missions de la doctrine ? », RTD civ. 2002, p. 608 et s. ; Ph. Brun, « Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 145 et s., spéc. p. 162 et s.

²⁰¹⁸ A l'aune de ces nouveautés, il est indéniable que le droit de la consommation aura constitué « *une sorte de laboratoire d'expérimentation de techniques nouvelles à partir desquelles doit s'élaborer un droit général nouveau ayant vocation à figurer dans le Code civil* » (J.-L. Aubert et F. Collart Dutilleul, *Le contrat*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2010, p. 70).

²⁰¹⁹ V. sur ce point *supra* n° 406

²⁰²⁰ V. not. l'art. 1123 du projet Chancellerie IV (2015) : « *Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut sentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai. Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir* ».

²⁰²¹ V. *infra* nos 877-878

²⁰²² V. *infra* n° 885

²⁰²³ Outre la prévision de ces mécanismes, déjà emblématique d'une telle direction, celle-ci se retrouve aussi distinctement not. dans l'étude d'impact de la loi (disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?type=general&idDocument=JORFDOLE000028244542>, spéc. p. 72 et p. 76) (et comme le relève également J.-L. Harouel, G. Teboul et O. Tournafond, art. préc., contestant d'ailleurs que la partie faible soit si mal protégée par le système actuel, constat que nous ne pouvons que réfuter, à l'aune des analyses que nous avons consacré à la question).

²⁰²⁴ Ces mécanismes identifient mal voire pas du tout les contractants auxquels ils s'appliquent (V. sur ces points les réf. respectivement citées). Au reste, ces mesures sont disparates et sans véritable assise conceptuelle, ce que notre proposition tente au contraire de fournir.

projet de réforme a au moins le mérite « *d'aller dans le bon sens* » (protection des faibles)²⁰²⁵. Espérons que la jurisprudence, dans un premier temps, développe et théorise le plus convenablement ces prémices de protection. Dans un second temps, souhaitons que ce pan du droit, auquel nous tentons de contribuer, fasse l'objet de réflexions plus profondes et soit gravé, à terme, dans le marbre de la loi²⁰²⁶. « *Patience et longueur de temps font plus que force ni que rage* »²⁰²⁷.

569. – Remarques globales sur l'aspect positif de la réforme à venir. Outre l'insuffisance des nouveautés qui intéressent la protection du consentement, il faut émettre quelques brèves remarques positives sur la perspective de cette réforme. La modernisation de notre droit des contrats est ainsi salubre, et tend vers l'objectif de refaire du Code civil un « *Code pilote* »²⁰²⁸. Il s'agit là d'une étape, propre à satisfaire peut-être, au moins partiellement, les vœux de ceux qui, dans leur « *lettre au père Noël* », espéraient une réforme « *consensuelle et audacieuse, dynamique et ambitieuse, qui redonne à notre bon vieux Code civil, un peu de son lustre d'antan* »²⁰²⁹. Et ainsi, pour cette « *vieille dame* » qu'est le droit commun du Code civil, de prouver qu'elle n'est « *pas une rose fanée* », et qu'elle a « *su s'effacer, le temps nécessaire pour mieux séduire ensuite* »²⁰³⁰. L'enjeu est d'autant plus décisif qu'un droit européen des contrats naît progressivement²⁰³¹, en parallèle²⁰³². En effet, voici un processus en marche, dans lequel il

²⁰²⁵ J.-P. Chazal, « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », D. 2015, p. 673 ; V. aussi, relevant que la protection de la partie faible est au cœur de la réforme envisagée, X. Delpech, « Un vent de modernité sur le droit des contrats », AJDA 2015, p. 119

²⁰²⁶ Lorsque l'on sait le peu de cas qui a été fait de la définition du consommateur dans les travaux parlementaires en 2014 avant la réforme du 17 mars de la même année (S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 2^{ème} éd., 2014, n° 27, p. 22), l'on ne peut guère considérer, malheureusement, que la protection de la partie faible est une préoccupation majeure du législateur. L'on préfère donc fonder nos espoirs sur la jurisprudence, dans un premier temps, dont les constructions finissent toujours, plus ou moins directement et plus ou moins rapidement, par aboutir à une prise de conscience du législateur.

²⁰²⁷ J. de La Fontaine, *Fables*, Le Livre de Poche, 2002, p. 99 (« *Le Lion et le Rat* »).

²⁰²⁸ Avant-projet Catala, contribution de Y. Lequette, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, p. 20 (« *Refaire du Code civil un Code pilote serait aussi une manière de répondre à la critique qui veut que la réglementation générale des contrats ait perdu sa vigueur et sa capacité créatrice au profit du droit de la consommation qui, plus nouvellement codifié, incarnerait le droit vivant* »). La question se posait d'ailleurs d'une manière plus singulière pour les délais de réflexion et de rétractation que pour l'obligation d'information et les clauses abusives, comme certains contributeurs l'ont souligné (P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, « Le consentement », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009, p. 147 et s., spéc. p. 155). En effet, contrairement à ces autres mécanismes, ces délais ne trouvaient pas d'écho général en jurisprudence, au-delà des hypothèses spéciales qui leur donnaient vie. La question de leur introduction dans le Code civil se posait donc profondément, et s'il a été décidé de les y mentionner désormais, c'est bien en appuyant la référence aux règles spéciales, et dans le dessein « *de permettre au Code civil de jouer le rôle de code pilote* ». Cela renvoie à l'indispensabilité de restaurer le droit commun (V. *infra* nos 576 et s.).

²⁰²⁹ F. Rome, « Ma lettre au père Noël... » (édito), D. 2013, p. 2905

²⁰³⁰ Y. Picod, « Rapport introductif », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com. 1998, p. 1

²⁰³¹ La question est vaste, et son évolution ancienne, progressive et complexe. Nous ne pouvons ainsi que renvoyer à l'excellente synthèse de J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet (*La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, nos 8 et s., p. 7 et s.), ainsi qu'à à quelques études particulièrement éclairantes, parmi une doctrine trop abondante pour être entièrement citée. Ainsi, V. not. R. Zimmermann, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », RTD civ. 2007, p. 451 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », D. 2007, p. 96 et s. ; O. Lando, « L'avenir du droit des contrats », D. 2008, p. 904 et s. ; G. Gandolfi, « Pour un code européen des contrats », RTD civ. 1992, p. 707 et s. ; C. Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international, les principes proposés par l'UNIDROIT », Rev. crit. DIP 1995, p. 641 et s. Ch. Larroumet, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », JCP G 1997, I, 4011 ; W. van Gerven, « L'harmonisation du droit privé en Europe », D. 2007, p. 288 et s. ; Ch. Von Bar, « Le groupe d'études sur un Code civil européen », RIDC 2001, p. 127 et s. ; C. Witz, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D. 2000, p. 79 et s. ; Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar », D. 2002, p. 2202 et s. ; G. Cornu, « Un Code civil n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, p. 351 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, « Faut-il un Code civil européen ? », RTD civ. 2002, p. 463 et s. ; V. aussi V. Heuzé, « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », JCP G 2002, I, 152 ; Ph. Malinvaud, « Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, p. 2452 et s.

²⁰³² Une certaine phase de repli s'observe depuis quelques années. Dès le second rapport sur l'état d'avancement du Cadre Commun de Référence, cœur de l'ouvrage européen d'un temps, l'on pouvait déjà lire, en effet, qu'il fallait désormais « *donner priorité aux travaux du CCR sur les questions touchant au droit des contrats dans le domaine de la consommation* ». S'en suivait d'ailleurs une vaste consultation lancée par une nouvelle communication de la Commission européenne le 1^{er} juillet 2010,

est nécessaire de peser²⁰³³. Il a été maintes fois souligné par les « *comparatistes et des professionnels que notre droit des contrats était devenu obscur, partant intraduisible et impossible à exporter* », et qu' « *il fallait lui rendre l'intelligibilité qui a fait sa gloire, jadis* »²⁰³⁴. Et quelle gloire ! Le seul souvenir de la préparation, puis de l'avènement et enfin de la vie du Code civil fait rêver n'importe quel juriste sensible à la question de la rénovation de notre droit des contrats²⁰³⁵. Nous espérons contribuer, pour notre part, à fournir une nouvelle « *occasion de montrer qu'en matière d'art législatif la France peut retrouver son rang si elle accepte de revoir ses doctrines* »²⁰³⁶. Le droit commun de notre « *inestimable* »²⁰³⁷ Code civil doit être lavé du « *soupçon d'archaïsme qui lui est parfois attaché* »²⁰³⁸, en étant dûment modernisé²⁰³⁹. Peut-être, alors, retrouvera-t-il une partie de son rayonnement

B – Au plan de la fin : la réhabilitation du droit commun des contrats

570. – Plan. A ce stade, l'on a vu combien le droit commun devenait marginal, et combien il se désagrégait. Mais la question des conséquences plus profondes de ce glissement et de cette dilution n'a pas encore été traitée²⁰⁴⁰. Pour ce faire, il faut d'abord rappeler l'indispensabilité du droit commun, par le prisme des fonctions qu'il a vocation à assumer (a). Il est plus que jamais temps de le réhabiliter, en restaurant son empire légitime. Il faudra ensuite démontrer dans quelle mesure le recours au droit commun du Code civil pour établir la protection de la partie faible tend vers un tel objectif de

instituant un « Livre vert » relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (V. not. sur ce point : B. Fauvarque-Cosson, « Lancement d'une consultation sur le droit européen des contrats », D. 2010, p. 1696 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, « Précisions sur le projet de droit européen des contrats », RDC 2011, p. 1045 et s.). Bien sûr, la démarche sembla douteuse : commencer par le droit spécial laissait dubitatif (V. not. en ce sens D. Blanc, « Droit européen des contrats, un processus en voie de dilution », D. 2008, p. 564 et s. ; V. aussi G. Paisant, « La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs. A propos du Livre vert du 8 février 2007 », JCP G 2007, I, 152 ; A. Marais, « Le Code européen de la consommation, premier acte vers un code européen des contrats ? », RDC 2007, p. 901 et s.), d'autant plus que les réticences persistent sur la démarche d'harmoniser quoi que ce soit (V. not. Y. Lequette, « Le Code européen est de retour », RDC 2011, p. 1028 et s. ; V. aussi D. Mazeaud, « Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats », RDC 2011, p. 1027 et s.). En dernier lieu, finalement, la Commission européenne a publié le 11 octobre 2011 une proposition de règlement comportant un droit commun européen optionnel de la vente ([Http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_salesLaw/regulation_salesLaw_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_salesLaw/regulation_salesLaw_fr.pdf) (Proposition de règlement du Parlement et du Conseil « relatif à un droit commun européen de la vente » du 11 oct. 2011 : COM(2011) 635 final). V. not. sur ce point B. Fauvarque-Cosson, « Vers un droit commun européen de la vente », D. 2012, p. 34 et s. ; G. Paisant, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », JCP G 2012, 560

²⁰³³ D'ailleurs, « *Si les réactions ont été si aigües en France face au spectre d'un « Code civil européen », n'est-ce pas parce que notre Code bicentenaire est vulnérable ?* » (M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux), in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 142, n° 25).

²⁰³⁴ Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats. Brèves observations sur la projet de la Chancellerie », D. 2008, p. 2609 et s. ; cela rejoint à l'évidence la question de la clarification de notre droit des contrats (V. sur ce point, *supra* nos 498 et s., et *infra* nos 576 et s.). Et pour cause : « *Comment, dès lors, notre droit commun pourrait-il servir de modèle d'exportation ou, plus modestement, de source éventuelle de réflexion pour les systèmes étrangers* » alors qu'il « *existe un écart non seulement entre le texte commun et la norme jurisprudentielle qui en est issue* », ainsi qu' « *entre les différentes lectures qu'en retient la jurisprudence* » (Ch. Goldie-Genicon, th. préc., n° 320, p. 415).

²⁰³⁵ De nombreuses études s'attardent sur tout ceci, et nous n'en citerons donc qu'une, qui a particulièrement retenu notre attention : J.-F. Niort, « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national », RTD civ. 2005, p. 257 et s. ;

²⁰³⁶ X. Lagarde, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007, p. 745, n° 13

²⁰³⁷ F. Terré, « Inestimable Code civil », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 899 et s. ; *Adde* (dans le même ouvrage) J. Carbonnier, « Le Code civil des français dans la mémoire collective », p. 1045 et s.

²⁰³⁸ Ch. Goldie-Genicon, th. préc., n° 320, p. 415

²⁰³⁹ L'éminence de cette nécessité se distingue clairement, à l'aune des travaux du bicentenaire du Code civil. V. par ex. Th. Revet, « La recodification, entre tentation et illusions », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, spéc. p. 460-462 ; *Adde* (dans le même ouvrage) J.-L. Aubert, « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », spéc. p. 138, n° 33

²⁰⁴⁰ Très brièvement, en effet, dans l'introduction. Ce court passage renvoi à celui qui nous occupe dès maintenant.

restauration, en stimulant l'exercice de ces fonctions fondamentales par le droit commun (b).

1 – *L'indispensabilité du droit commun par le prisme de ses fonctions*

571. – Retour sur l'état du droit commun (rappels). 1° Glissement. On distingue dans un premier temps une forme de glissement. L'on a déjà étudié cette question, lors de la mise en lumière du quasi-exclusivisme technique dont bénéficiait le droit de la consommation. Celui-ci a ainsi engendré deux sous-phénomènes distincts, bien qu'éminemment liés²⁰⁴¹. D'une part, le droit de la consommation s'est positionné, en matière de protection du faible, en véritable droit commun, apte à décider qui pourrait bénéficier des protections ; d'autre part, ces faveurs lui ont permis de bénéficier d'une forme d'attractivité, récoltant ainsi des mécanismes de protection que l'on n'aurait pourtant guère rangés dans cette matière²⁰⁴². Ainsi, le droit commun du Code civil est purement et simplement relégué²⁰⁴³ : « *Le contrat est hors du Code* »²⁰⁴⁴. Même ! La personnalisation qui sous-tend cette spécialisation participe résolument de ce « *démantèlement* »²⁰⁴⁵, tandis que le droit commun se désagrège, en réaction.

572. – Retour sur l'état du droit commun (rappels). 2° Désagrégation. Dans un second temps, l'on a vu que les juges avaient tenté de revigorer le droit commun, en l'interprétant de manière novatrice afin de protéger la partie faible et de montrer, par là même, la capacité du droit commun à s'adapter. Mais l'on a constaté que la démarche, aussi louable soit-elle en son principe, a conduit à désagréger les plus importantes constantes du droit commun. Leurs interprétations prétorienne ont outrepassé les limites possibles de leur potentiel respectif²⁰⁴⁶. Le droit commun s'autodétruit donc dans le même temps qu'il tente de résister à sa marginalisation, résultant de la préférence accordée aux droits spéciaux.

573. – Restaurer le droit commun est fondamental. Les fonctions qu'il doit assumer sont absolument nécessaires. En faisant un instant abstraction de la légitimité du droit commun du Code civil à recueillir la protection générale du consentement la partie faible, l'on pourrait se poser une question liminaire simple : pourquoi ne pas se contenter d'une telle situation ? En quoi est-elle pernicieuse ? Ce n'est là, ni plus ni moins, que s'interroger sur la nécessité même du droit commun des contrats. Il est vrai que nous sommes si accoutumés à son existence, que cette seule question nous

²⁰⁴¹ V. sur ces questions *supra* nos 25 et s.

²⁰⁴² Observons d'ailleurs une réalité simple : les ouvrages de droit des obligations, dans leur partie relative au droit des contrats, contiennent désormais tous ou presque de très importants développements consacrés au droit de la consommation : distingue-t-on une telle chose concernant le droit des travailleurs ? des locataires ? des assurés ? ou des pratiques anticoncurrentielles ? C'est que les dispositions consuméristes, du moins celles qui appartiennent à la protection du consentement, sont en grande partie, au fond, des règles de type civiliste. Il n'y a alors guère d'autres choix que de les intégrer à un cours de droit commun des contrats.

²⁰⁴³ En cette matière, en effet, l'on peut rejoindre les prescriptions de J.-P. Pizzio, constant que le droit commun « *semble condamné désormais à n'intervenir que dans les espaces que lui concède ce nouveau droit spécial dont l'essor est constant* » (J.-P. Pizzio, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD com. 1998, p. 53-54, n° 2).

²⁰⁴⁴ P. Rémy-Corlay, art. préc., p. 4 ; V. aussi la formule de D. Houtcieff : « *Le temps est passé, où l'enseignement du droit civil tenait dans un cours de Code* » (« Le droit des sûretés hors le Code civil », LPA 22 juin 2005, p. 8, n° 1).

²⁰⁴⁵ V. sur ce point C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, n° 7, p. 6 (et not. : « *Il faut dire que la méthode législative consistant à créer des régimes spéciaux de protection, en fonction du critère de la qualité du contractant, n'est pas sans présenter le danger d'accroître l'émiettement du droit des contrats. Cette catégorisation contribue à donner une ampleur encore plus vaste au processus de démantèlement du droit commun des contrats* »).

²⁰⁴⁶ Titre second de la première partie de notre étude.

semble d'instinct choquante²⁰⁴⁷. Or, comme on le sait, les concepts de droit commun et de droit spécial ne sont pas aussi nets qu'on le pourrait penser de prime abord²⁰⁴⁸. Leur identification « *et, partant, leur distinction sont fluctuantes et fuyantes* »²⁰⁴⁹. Il faut raisonner autrement, en l'occurrence par fonction²⁰⁵⁰. Or le droit commun, à cet égard, est proprement identifiable et fondamental. A titre liminaire, quoi de plus significatif que les enseignements de l'article 1107 du Code civil²⁰⁵¹ ? L'on y perçoit déjà que le droit commun est d'une importance prioritaire, « *capitale* »²⁰⁵², et que « *l'étude du contrat précède l'étude des contrats* »²⁰⁵³. Mais ce ne sont là que des généralités. Ce qui révèle véritablement l'absolue nécessité d'un droit commun opérationnel, c'est l'analyse des fonctions qui forment son empire légitime, car nécessaire. Elles sont fort classiques. A notre sens doit-on (au moins) en distinguer deux essentielles, éminemment liées et découlant au fond des prescriptions de l'article 1107.

574. – Première fonction essentielle : garantir la cohérence du système contractuel. Il n'y a cohérence du système contractuel qu'en ce que le droit commun existe pour poser les bases indispensables à son émergence. Les règles spéciales n'existent qu'en ce qu'elles dérogent aux règles générales²⁰⁵⁴. L'ensemble ainsi formé disparaîtrait aussitôt que le référentiel qui en est la raison d'être cesserait d'exister. Il n'y aurait alors que des droits des contrats, chacun spéciaux et autonomes. Il existerait certes des points de rencontre. Mais l'on ne distinguerait aucune articulation logique, aucune hiérarchie particulière. De la sorte, ces convergences se traduiraient bien davantage par de simples confrontations, que par d'harmonieuses relations. Il n'y aurait ainsi guère de nation contractuelle, autrement dit, de droit des contrats²⁰⁵⁵. Le droit commun insuffle les mêmes règles de base à tous les droits spéciaux, et les relie par là même en un ensemble. Il est le ciment indispensable de l'édifice, sans lequel celui-ci n'existerait pas. Le fonds commun de ces droits leur insuffle une part de fraternité, sans laquelle ils seraient de parfaits étrangers. C'est ce qu'indique, au fond, le classique adage *specialia*

²⁰⁴⁷ V. not. en ce sens Ch. Goldie-Genicon, th. préc., spéc. n° 287, p. 365

²⁰⁴⁸ Il faut not. lire sur cette question la stimulante étude de J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 et s. (les interactions entre droit commun et droits spéciaux sont si intenses et si variées que l'auteur s'interroge sur une redéfinition de notre façon de subdiviser le droit de la sorte ; en outre, la notion de droit commun a subi de nombreuses transformations sémantiques, qui empêchent le concept d'être non-équivoque aujourd'hui, à l'analyse. Le sens de l'autonomie, et partant de la spécialité prétendue de nombreuses branches du droit, semble à l'auteur tout aussi équivoque).

²⁰⁴⁹ D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 76, n° 4

²⁰⁵⁰ Non pas celles des droits spéciaux, qui ne traduisent guère une démarche suffisamment rigoureuse pour les identifier et véritablement les caractériser (J.-P. Chazal, art. préc., spéc. p. 298-299, parce qu'il existe des règles étrangères à certaines fonctions identifiées le cas échéant, et même parce qu'il est difficile d'observer, le plus souvent, d'« *unanimité doctrinale* » sur les fonctions exercées par tel ou tel droit spécial. Existence-elles seulement, de manière précise ?), mais celles du droit commun, afin de poser une base.

²⁰⁵¹ Art. 1107 C. civ. : « *les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre* », et précisant également que « *les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce* ».

²⁰⁵² B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 29, p. 38 ; Adde P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, n° 8, p. 19 (et not. : « *Les règles communes aux différents contrats sont plus importantes que les dispositions propres à chaque catégories* ») ; P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008, n° 13, p. 11 (et not. : « *La nécessité de l'entretenir (la théorie générale) et de la vivifier doit être constamment rappelée, ce n'est que sur un tronçon commun fort que peuvent se développer de saines ramifications* »).

²⁰⁵³ P.-H. Antonmattei et J. Raynard, op. cit., n° 2, p. 2 (et n° 13, p. 11, préc.)

²⁰⁵⁴ V. not. R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », D. 1961, p. 91 et s. (la distinction classique laissait à penser, certes, que le spécial est celui qui est d'application quantitativement plus rare (spéc. p. 91-92, nos 1-2). Mais l'on sait bien le sens contemporain du spécial, défini par opposition aux règles communes, générales (que l'auteur met particulièrement en perspective, spéc. p. 92 et s., nos 3 et s.).

²⁰⁵⁵ *Comp.* la position crit. de F. Grua, « Les divisions du droit », RTD civ. 1993, spéc. p. 62, n° 11

*generalibus derogant*²⁰⁵⁶.

575. – Seconde fonction essentielle : pallier les carences des droits spéciaux. La seconde fonction essentielle du droit commun, est de pallier les carences des droits spéciaux²⁰⁵⁷. Ceux-ci poursuivant un axe défini, dont la frontière est leur champ d'application, il va de soi que les règles qu'ils érigent ne se suffisent pas à elles-mêmes²⁰⁵⁸. Dans l'hypothèse où ne coexisteraient que des droits spéciaux, toute situation qui s'évincerait de leurs strictes prévisions n'aurait pas de régime juridique²⁰⁵⁹. Or l'on sait, depuis longtemps, que le « *bon législateur* »²⁰⁶⁰ ne peut ni ne doit chercher à tout prévoir²⁰⁶¹. Et ce d'autant plus que l'on a vu la créativité de la pratique, et la densité des innovations contractuelles²⁰⁶². Pour cette raison, les seuls droits spéciaux ne suffisent guère, tant ils sont menacés « *d'obsolescence continue, (...) d'un retard inéluctable* » face à celles-ci²⁰⁶³. Les situations qui s'évincent des prédictions spéciales du législateur doivent donc trouver leurs règles dans le droit commun, dont la flexibilité doit être apte à recueillir tout ce qui n'est pas spécialement régi²⁰⁶⁴. C'est donc en ce sens encore que le droit commun est fondamental, en tant que « *droit de superposition* »²⁰⁶⁵ à « *fonction complétive* »²⁰⁶⁶. Son « *rayonnement le rend apte à saisir l'imprévisible, à embrasser les assemblages les plus complexes nés de l'imagination des contractants* »²⁰⁶⁷.

²⁰⁵⁶ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 418, p. 843 et s.

²⁰⁵⁷ Ch. Goldie-Genicon traite en ce sens cette fonction comme celle de « *comblement des lacunes du droit spécial* » (th. préc., nos 288 et s., p. 366 et s.). F. Grua dit même, pour ce qui est du domaine contractuel, que cette fonction serait bien plus avérée que la précédente : « *Subsistent toujours des vides et des silences qu'il faut combler au moyen de règles générales. D'où l'indispensable recours au droit commun, droit de superposition. (...) Ce qu'il s'agit seulement de relever ici est que, si le droit commun conserve un certain empire dans les domaines particuliers, quelque originaux qu'ils soient, ce n'est pas à cause d'un lien de filiation, mais pour une raison technique : le besoin de combler les vides en se raccrochant à des règles plus hautes. Plutôt que de tronc, le droit commun fait figure de deuxième jambe dont chaque domaine du droit a besoin pour tenir debout* » (F. Grua, art. préc., p. 62, n° 10). *Adde* en ce sens N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, spéc. n° 761, p. 533-534

²⁰⁵⁸ C'est précisément, donc, cette fonction qui est bafouée (volontairement ou par négligence), par ex., lorsque le législateur, après avoir prévu à l'art. L. 1221-1 C. trav. que « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* », a introduit en 2002 la disposition suivante (art. L. 1222-1 C. trav.) : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* ».

²⁰⁵⁹ Précisons notre pensée : il est en réalité improbable que, même dans cette hypothèse, ces situations n'aient pas de régime juridique. L'on rejoint pour s'en apercevoir une autre raison de l'absolue nécessité du droit commun, que l'on pourrait qualifier d'économie de moyens juridiques. En effet : les droits spéciaux, en l'absence de droit commun, devraient chacun contenir la même part de règles communes.

²⁰⁶⁰ Lire sur ce thème not. J.-L. Sourieux, « *Le bon législateur selon Portalis* », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 515 et s.

²⁰⁶¹ L'idée est classique dans le Discours de Portalis : « *qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même (...)* » (J.-É.-M. Portalis, « *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX* », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. XXIII) ; et not., plus loin : « *Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre (...)* » (ibid., p. XXIV), et de poursuivre : « *Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout* » (ibid., p. XXV).

²⁰⁶² V. *supra* n° 19

²⁰⁶³ Ch. Goldie-Genicon, th. préc., n° 288, p. 366

²⁰⁶⁴ D'ailleurs, les nombreuses et profondes déformations du droit commun engendrées par la volonté de protéger la partie faible (préc.) ne sont-elles pas, malheureusement, un exemple percutant de la véracité de ce propos ?

²⁰⁶⁵ F. Grua, art. préc., p. 62, n° 10

²⁰⁶⁶ Ch. Goldie-Genicon, th. préc., n° 290, p. 369 ; l'expression fait d'ailleurs songer à celle que l'on emploie pour qualifier les obligations nées de l'art. 1135 C. civ. (V. *supra* nos 472 et s.).

²⁰⁶⁷ Ch. Goldie-Genicon, th. préc., n° 288, p. 367

576. – Généralités. Peut-on restaurer le droit commun ? Est-il mort ? Que reste-t-il de cohésion dans ce système, défiant par opportunité les principes élémentaires de distinction entre le droit commun et les lois spéciales ? Quelle intégrité du droit des contrats peut survivre, en effet, à une telle errance du droit commun ? Ces questions, découlant de la situation qui a été décrite, ont engendré des conclusions variées, souvent sombres²⁰⁶⁸. R. Savatier accordait de larges développements, au titre des *métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, à « l'éclatement de la notion traditionnelle de contrat »²⁰⁶⁹. Mais rejoignons plutôt Jossierand : ce serait là se hâter « un peu trop de reconduire le contrat jusqu'à sa demeure dernière » : « il figure encore au nombre de ces morts qui se portent assez bien »²⁰⁷⁰. Nous sommes de cet avis, tout en partageant certains pans des visions pessimistes de l'état du droit commun²⁰⁷¹. Le droit commun est fortement atteint, ainsi que la cohérence du système contractuel. Mais ils peuvent être restaurés²⁰⁷².

²⁰⁶⁸ V. not., les synthétisant, D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », préc., p. 73, n° 1 (« - pessimiste : les droits spéciaux « relèguent le droit commun au second plan » ; descriptif : « loin d'éliminer le droit commun, (les droits spéciaux) se combinent avec lui ; - militaire : le droit commun subit « les assauts » des droits spéciaux qui constituent une machine de guerre dirigée contre lui ; - alarmiste : les droits spéciaux conduisent à « une entreprise de démantèlement du droit commun », sont un ferment de dissolution, « de dilution » de celui-ci ; - euphorique : les droits spéciaux « renforce, dynamise, réactive le droit commun des obligations » ; - agressif : les droits spéciaux tendent « à réduire le droit commun comme une peau de chagrin en même temps qu'il le transforme insidieusement » ; - emphatique : les droits spéciaux ne sont que de « faux trublions du (droit commun) et de véritables aiguillons de son évolution » ; - dramatique : avec l'essor des droits spéciaux et la prolifération des codes, qui en constituent le support, « on en vient à abolir l'idée de droit commun, (lequel) perd sa raison d'être » ; - catégorique : le pullulement des régimes spéciaux s'est fait « au prix de multiples forçages et torsions qui ont fait perdre au droit (commun) sa simplicité et sa cohérence originaires » » (et les réf. citées à l'appui). Adde J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 2, p. 17 (« Que reste-t-il donc pour le droit civil des obligations ? ») ; et plus loin : « S'il y a lieu de s'interroger sur cet avenir [du droit civil des obligations], c'est qu'il peut sembler brouillé, sinon compromis » (ibid., n° 3, p. 18)) ; Ph. Malinvaud, « La protection des consommateurs », D. 1981, spéc. p. 62 (et not. : « Pêchant peut-être par pessimisme, nous aurions tendance à penser (...) qu'à tout le moins le droit de la consommation a fait perdre sa cohérence à la théorie générale des contrats ») ; Ph. Rémy, « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 102 (s'interrogeant : « Fêtons-nous donc le bicentenaire d'un Code vivant, solide d'avoir longtemps vécu, ou d'un Code mort d'avoir trop vécu, d'un fantôme de Code ? »).

²⁰⁶⁹ C'est d'ailleurs toute la première partie de l'ouvrage (*Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964, nos 16 et s., p. 21 et s.).

²⁰⁷⁰ L. Jossierand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, p. 5, n° 4 (le contexte était celui, fort similaire rétrospectivement, où d'aucuns (Jossierand vise, en l'occurrence, Ripert) s'inquiétaient de l'avenir du contrat suite à l'apparition du dirigisme. Et le discours de Jossierand de rappeler, de manière salutaire, celui de D. Mazeaud, plus d'un demi-siècle plus tard, à l'endroit des mêmes genres de formules désespérées (D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 96, n° 3 (et not. : « Marginalisation, banalisation, sécession, annexion, disparition... autant de termes qui, avouons-le, témoignent d'une appréhension excessivement conflictuelle et manichéenne des rapports entre ces Droits et en offrent une vision abusivement négative et polémique »)). Adde sur ce thème de la résistance du droit commun : P. Ancel, « Une régression du modèle légal ? », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 47 et s. ; V. aussi de belles comparaisons, not. celle de Th. Revet qui compare le Code civil au temple de Philae, majoritairement immergé après l'inondation par les eaux libérées du barrage d'Assouan : « si ce qu'on en voit encore suffit à rappeler sa gloire, l'eau qui le recouvre pour l'essentiel, en estompe chaque jour un peu plus le souvenir même » (« La recodification, entre tentation et illusions », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 453-454 ; à noter que l'apparent pessimisme de l'auteur est ensuite nuancé, et ne reflète donc pas le propos au plan général) ; et celle de A. Bénabent, selon lequel le Code civil est en réalité « un peu comme la méthode qu'on emploie dans les constructions modernes, dans un certain nombre de cas, pour restaurer : on garde la vieille façade, on remet tout à neuf à l'intérieur, mais la façade tient et l'extérieur demeure le bâtiment solide (...) » (« Rapport de synthèse », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 166).

²⁰⁷¹ Tant il est vrai que « pour pérorer avec clairvoyance sur les imbrications du droit commun et des droits spéciaux, convient-il encore de distinguer ce qui relève de l'un et des autres, ce qui aujourd'hui constitue une mission, sinon impossible, du moins, extrêmement délicate » (D. Mazeaud, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 74, n° 2).

²⁰⁷² V. not. la formule particulièrement percutante de J.-M. Guéguen, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999, p. 358, n° 37 (« Il est temps de repenser l'organisation du droit des contrats, des principes qui le dirigent, qu'ils soient généraux ou spéciaux, en restaurant la place naturelle et centrale que le droit commun doit continuer d'occuper »).

577. – Comment faire le lien entre notre proposition et une palingénésie du droit commun ?

Puisqu'il est avéré que le droit commun est bien indispensable et que sa restauration, au vu des phénomènes qui l'ont entamé, apparaît théoriquement possible, il faut maintenant dire en quoi la proposition de recourir au Code civil pour y établir la protection de la partie faible contribuerait à atteindre cet objectif. Il faut, pour ce faire, démontrer concrètement que cette proposition contribue à réhabiliter les fonctions du droit commun. Autrement dit, il faut procéder à la propre palingénésie des prescriptions de l'article 1107 du Code civil.

578. – Régénérer la cohérence du système contractuel (première fonction) par l'intégration de règles dignes du droit commun en matière de partie faible.

C'est la fonction première du droit commun, on l'a vu : faire naître une cohérence, à l'origine même de la cristallisation d'un droit des contrats, dans lequel le spécial déroge au général qu'il pose. A l'heure où les droits spéciaux entendent même ériger leurs propres théories générales, l'impérieuse nécessité est donc de contribuer à refaire du Code civil un « *Code pilote* »²⁰⁷³, en dotant le droit commun des contrats de règles dignes d'une applicabilité générale. Ce serait là remédier au fait qu'il a aujourd'hui tendance à dégénérer en un droit commun « *par synecdoque, à cause des quelques règles générales qu'il contient* »²⁰⁷⁴, et à l'obsolescence de ses règles qui rend leur généralité inopérante. Or, doter le droit commun de la notion de partie faible et de régime complet contribuerait inmanquablement à tendre vers cet objectif. Cela reviendrait en effet à établir une nouvelle réalité, dans laquelle le faible ne se dirige plus par principe vers un droit spécial (essentiellement le droit de la consommation), mais bien, d'abord, vers le droit commun des contrats. Et le droit spécial de ne trouver, dès lors, à s'appliquer que par dérogation à ces règles, et non par priorité à celles-ci.

579. – Et par la clarification de la théorie générale (renvoi).

En outre, il faut noter que les multiples atteintes au droit commun par la spécialisation de la protection de la partie faible rendent illisible l'idéologie poursuivie par le droit des contrats, autrement dit sa théorie générale. Or, il relève normalement du droit commun de poser des règles qui, après coup, sont interprétées pour cristalliser son esprit. Et le rôle de cet esprit, dans un cercle vertueux, est de faire du système contractuel un modèle cohérent et fonctionnel. Contribuer à régénérer cette cohérence en matière contractuelle passera donc inévitablement par proposer clairement une nouvelle façon d'expliquer le contrat²⁰⁷⁵.

580. – Pallier les lacunes des droits spéciaux (seconde fonction) par l'intégration de règles dignes du droit commun en matière de partie faible.

Ceci est étroitement lié aux développements précédents, comme sont d'ailleurs liées les fonctions qui sous-tendent ces propos. Instaurer les règles précitées en matière de protection du consentement de la partie faible en droit commun du Code civil, c'est, dans un second temps, faire disparaître le quasi-exclusivisme consumériste et ses graves

²⁰⁷³ Avant-projet Catala, commentaire des art. 1108 à 1115-1 par Y. Lequette, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, p. 20 (« *Refaire du Code civil un Code pilote serait aussi une manière de répondre à la critique qui veut que la réglementation générale des contrats ait perdu sa vigueur et sa capacité créatrice au profit du droit de la consommation qui, plus nouvellement codifié, incarnerait le droit vivant* »).

²⁰⁷⁴ J.-P. Chazal, art. préc., p. 285. Et pour cause : « *il relègue le droit commun au second plan, car il est d'application quotidienne et surtout intéresse les relations entre les deux principaux acteurs de la vie économique que sont les professionnels et les consommateurs* » (J.-P. Pizzio, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », préc., p. 55, n° 4).

²⁰⁷⁵ V. sur cette question *infra* nos 763 et s.

conséquences. L'on a vu en détails, en effet, la mesure dans laquelle cette situation (qui dote le droit de la consommation de moyens de droit commun pour protéger la partie prétendument faible) engendrait tout à la fois de nombreuses incertitudes et incohérences, mais surtout de nombreux laissés pour compte ou, au contraire, de nombreux contractants surprotégés²⁰⁷⁶. Partant, l'existence d'un socle de protection du faible en droit commun viendrait pleinement prendre en charge les contractants chassés du monde consumériste, et limiterait également, au contraire, la protection excessive dont d'autres contractants bénéficient parfois. Voici donc en quoi un tel droit commun oeuvrerait au « *comblement des lacunes du droit spécial* »²⁰⁷⁷.

²⁰⁷⁶ Titre premier de la première partie de notre étude.

²⁰⁷⁷ Cette expression de Ch. Goldie-Genicon a déjà été citée (th. préc., n^{os} 288 et s., p. 366 et s.).

CONCLUSION DU CHAPITRE I

581. – L’environnement de la question de protection générale de la partie faible est fixé. Vient d’être clarifié, pourrait-on dire, l’environnement intellectuel dans lequel va s’inscrire la protection générale du consentement de la partie faible en droit commun. D’abord, on le voit nettement, cette création aurait de nombreux effets salutaires. En effet, avant tout, la clarification du droit en la matière serait stimulée, et avec elle la sécurité juridique des parties faibles, mais aussi celle de leurs cocontractants. D’autres effets souhaitables ont été soulignés. C’est le cas, bien sûr, de l’efficacité économique. Mais c’est aussi le cas de ce que l’on a appelé l’efficacité sociologique, en l’occurrence psychosociologique et pédagogique. Par ailleurs, l’on a vu en quoi le recours au Code civil pour ériger un système de protection du consentement de la partie faible en droit commun était parfaitement légitime, notamment par le prisme de l’exigence générale d’un consentement intègre. L’on a précisé, enfin, l’importante mesure dans laquelle le recours au Code civil serait possible et utile. La proposition apparaît donc assise, car légitime, opportune et utile. Reste à examiner sa faisabilité.

CHAPITRE II

LA CONCEPTUALISATION DE LA PARTIE FAIBLE

« L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition ».

J.-E.-M. Portalis²⁰⁷⁸

582. – Plan. Après avoir démontré en quoi l'entreprise proposée était légitime, opportune et utile, il reste tout naturellement à voir en quoi elle est réalisable. Il faut donc prouver que la confection d'un critère satisfaisant et sûr est possible pour qualifier la partie faible (**Section I**), et mettre en lumière les différents fondements qui cristalliseraient l'assise de ce concept (**Section II**).

²⁰⁷⁸ J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX », préc., p. LII

SECTION I : LE CRITERE : L'INFERIORITE INFORMATIONNELLE LEGITIME

583. – Terminologie. L'on a retenu le terme *partie faible* pour ses vertus d'intelligibilité, et parce que les autres dénominations apparaissaient assez péjoratives²⁰⁷⁹. En revanche, au point de vue du critère qui la qualifie, l'on se trouve assez décomplexé de ces considérations. Il faut bien davantage se préoccuper de savoir quel terme est le plus juste pour qualifier la situation de la partie faible au point de vue informationnel. Mais la *faiblesse informationnelle* n'est (un peu paradoxalement) pas une terminologie satisfaisante. Elle semble soutenir l'idée que l'on pourrait distinguer une partie faible en tant que telle, dans l'abstrait, sans référentiel. Or, elle n'existe que si l'on perçoit une situation de « *vulnérabilité de relation* », fonction de la puissance du cocontractant qui en constitue l'indispensable référentiel²⁰⁸⁰. Aussi préfère-t-on (au point de vue du sens, pas de la lettre) le terme *infériorité*, duquel ressort correctement l'idée qu'il faut aussi démontrer la *supériorité* tangible du cocontractant pour pouvoir être qualifié de partie faible. Par ailleurs, le terme *asymétrie informationnelle* ne nous convainc pas davantage, car il induit que la seule démonstration d'une situation d'inégalité informationnelle²⁰⁸¹ suffit pour caractériser une partie faible. Or ceci n'accentue pas suffisamment la particulière vulnérabilité de l'une des parties²⁰⁸².

584. – Plan. Voici donc brièvement pourquoi nous retiendrons *l'infériorité informationnelle légitime* comme critère²⁰⁸³. Celui-ci s'appréciera nécessairement de manière concrète (§I), et sa substance devra être précisée (§II).

§I - Pour une appréciation *in concreto* du critère

585. – Choix de l'appréciation *in concreto*. Seul moyen d'ériger une protection juste. *Jus ex facto oritur*. La faiblesse moderne est, on l'a vu, une faiblesse relative. Il faut donc à tout prix distinguer la partie faible de l'incapable (faiblesse inhérente)²⁰⁸⁴ au stade de sa qualification. Cette faiblesse relative est conjoncturelle, et il faut donc se baser sur les circonstances pour la détecter. Par là même, le droit jaillissant des faits, l'on affirmera, avec M. Chazal, qu'il vaudrait mieux « *privilégier une appréciation particulière et concrète des compétences* »²⁰⁸⁵ pour protéger le faible²⁰⁸⁶. L'appréciation *in concreto*

²⁰⁷⁹ V. *supra* nos 51-52

²⁰⁸⁰ V. pour l'expression et en ce sens : J.-P. Chazal, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 249-251 ; Adde en ce sens Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, spéc. n° 14, p. 29

²⁰⁸¹ Qui existe au reste, dans des mesures raisonnables, dans à peu près tous les rapports contractuels. Or ce n'est pas à l'égalité parfaite des connaissances qu'il faut tendre (impossible), mais à une connaissance suffisante pour la partie manifestement faible au point de vue informationnel. La protection ne doit donc pas seulement trouver sa « *justification dans l'inégalité d'information* » (J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 635, p. 615).

²⁰⁸² Au reste, l'imprécision de l'expression *asymétrie informationnelle* se vérifie aisément : n'existe-t-elle pas dans toutes les relations contractuelles, par essence passées entre des contractants qui ne peuvent détenir l'exact même niveau d'information ?

²⁰⁸³ *Comp.*, retenant le « *besoin* » comme critère de la partie faible, A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, nos 386 et s., p. 346 et s., spéc. nos 399 et s., p. 355 et s. ; la conception de la partie faible de l'auteur est dès lors (tandis que l'étude portait d'une logique exacte, tenant au dépassement de la démarche fonctionnelle d'identification de la partie faible, de nos jours) très incomplète. En effet, le besoin renvoie, dans les développements de l'auteur, d'abord à la dépendance juridique (sur le seul modèle, d'ailleurs, du travailleur), ensuite à la dépendance économique (dont on a vu l'insuffisance pour décrire la faiblesse. V. *supra* nos 33 et s.), et enfin à la contrainte, soit par violence soit par état de nécessité.

²⁰⁸⁴ V. *supra* nos 35

²⁰⁸⁵ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 130

est en effet la seule à pouvoir garantir une prise en compte véritablement personnalisée de l'état des connaissances de la partie qui se prétend faible, en un mot, à permettre une protection juste²⁰⁸⁷. Il faut donc se ranger auprès de « *tous ceux qui considèrent qu'en droit, la nuance est préférable au stéréotype* »²⁰⁸⁸, et au reste de garder à l'esprit les sages prescriptions de Demogue : « *ce qui est souvent vrai ne l'est pas toujours* »²⁰⁸⁹. L'on ne peut donc faire l'économie de considérer ces « *singularités individuelles* »²⁰⁹⁰.

586. – Plan. Reste encore, pour s'en convaincre définitivement, à réfuter les critiques adressées à l'utilisation de l'appréciation *in concreto* en matière d'évaluation des connaissances au moment de conclure (B), après avoir démontré par l'exemple que les domaines contractuels où la règle est fixée sur ce modèle fonctionnent d'une manière souhaitable, sans que les maux préconisés par ses détracteurs ne se vérifient (A).

A – L'efficacité empirique de l'appréciation *in concreto*

587. – Plan. Pour démontrer que le système de prise en compte concrète des compétences, pour attribuer ou non une protection, est juste et efficace, deux séries d'illustrations peuvent être invoquées. Bien sûr, les domaines dans lesquels cette méthode est d'actualité constitueront de solides appuis. Nous évoquerons particulièrement la matière bancaire (2). En outre, les autres domaines qui ont connu la solution, mais dans lesquels elle est malheureusement révolue, seront aussi utilement invocables, démontrant tout autant que les décisions rendues sous son empire sont sûres et équitables. Nous

²⁰⁸⁶ V. dans le même sens C. Manara, « L'abus par le consommateur de son droit », LPA 18 mai 1998, p. 4 (et not., à l'égard du droit de la consommation : « *Quel paradoxe que ce droit récent puisse empêcher l'appréciation des situations in concreto, en cela contraire à l'évolution jurisprudentielle positive prenant en compte la qualité des parties. Aveuglé par ce droit particulier, le juge ne peut connaître de la qualité des parties qu'un seul paramètre. Son office est réduit à poser sur chacune d'entre elles des calques intitulés « professionnel » et « consommateur* ») ; V. aussi V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000, spéc. n° 220, p. 221-222 (et not. : « *En effet, une analyse concrète de chaque situation éviterait une application systématique du droit de la consommation avec les risques de surprotection qui en découlent. Il est des situations dans lesquelles un consommateur, de par ses connaissances ou sa puissance patrimoniale, n'est pas aussi vulnérable que ce que la loi et le juge présumant* »).

²⁰⁸⁷ V. not. N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, LGDJ, 1965, qui consacre not. la seconde partie de sa thèse au mode d'appréciation « *à l'égard des bénéficiaires d'une protection juridique* » (nos 214 et s., p. 178 et s.). V. not., en ce qui concerne notre propos, ibid., n° 249, p. 204 (« *D'un certain point de vue, sans doute, ce problème peut au premier abord sembler artificiel. S'il ne s'agissait que de protéger le consentement, en effet, il ne fait pas de doute que l'appréciation in abstracto serait arbitraire et incompréhensible. C'est la volonté d'une personne déterminée que l'on prétend viciée : comment, dès lors, considérer autre chose que la psychologie individuelle de cette personne ?* ») ; et, par ex., à l'égard de l'erreur : « *Il n'est pas besoin de longues explications pour faire comprendre que l'appréciation du caractère déterminant de l'erreur ne peut s'opérer, en principe, qu'in concreto* ». Elle « *n'a donc de sens et de portée que si elle peut conduire à écarter la nullité quand une qualité normalement essentielle n'était pas décisive, dans le concret, pour celui qui s'est trompé* » (ibid., n° 274, p. 220)). V. aussi J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « *Clauses abusives* », sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 65 (et not. : ce mode d'appréciation « *permet d'assurer une protection à la fois efficace et juste du consommateur, en évitant de le surprotéger par un excès d'abstraction* ») ; A. Racllet, « *L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle* », LPA 06 août 2001, p. 17 et s., spéc. n° 6 (et not. : « *Pour que chacun soit également protégé ou lié par le droit, il faut donc s'attacher aux inégalités de fait, aux situations d'inaptitude. Il ne s'agit pas là d'une notion juridique, mais d'une manière d'appliquer et de pratiquer le droit* »). Adde H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 195, p. 188

²⁰⁸⁸ D. Mazeaud, « *Les clauses abusives sont valables et ont force obligatoire à l'égard des contractants professionnels* », D. 1995, p. 89 ; et l'auteur d'ajouter (ibid., p. 90) que seules l'égalité et la justice contractuelle doivent « *constituer les critères d'application de la protection et non la simple étiquette abstraite de consommateur ou de professionnel* ».

²⁰⁸⁹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911, p. 235 (« *En formulant des principes, la doctrine ou le législateur créent des idées forces. Et chacun ne réfléchissant pas toujours et même ne pouvant réfléchir à toutes les conséquences du principe qu'il applique, on en fait une sorte de dogme qu'on applique sans réserve. Or ce qui est souvent vrai ne l'est pas toujours* ») ; et de poursuivre not. que : « *Telle appréciation relative de deux intérêts qui a inspiré tel principe peut se trouver être fautive dans un cas donné. La responsabilité qui a parue établie dans telle catégorie de cas peut ne pas l'être toujours* ») ; Adde J.-P. Chazal, art. préc., p. 132, rappelant « *que le droit est avant tout une science aporétique axiologique et rhétorique, qui ne peut se construire sans dialectique* ».

²⁰⁹⁰ N. Dejean de la Bâtie, th. préc., *passim*, spéc. n° 249, p. 203

soulignerons à ce titre l'exemple²⁰⁹¹ de la protection, un temps, des professionnels-consommateurs (1).

1 - L'illustration issue d'une solution révolue : l'exemple de la protection des professionnels-consommateurs

588. – Plan. On l'a entrevu lors de l'analyse de ce thème, les professionnels-consommateurs ont pu être protégés, un temps, par le droit de la consommation, en fonction de leurs compétences concrètes. Après quelques rappels sur cette solution prétorienne malheureusement révolue aujourd'hui (a), nous en examinerons des illustrations, qui en montrent parfaitement toute la pertinence (b).

a – Rappels sur la solution

589. – La prise en compte des compétences des professionnels-consommateurs. Rappels. L'on a largement vu de quelle manière étaient désormais traités en jurisprudence ces professionnels, se situant souvent dans l'exacte même position qu'un consommateur²⁰⁹². L'on a également vu que la solution ayant précédé celle du *rapport direct* impliquait une prise en compte des compétences effectives des professionnels au moment de conclure, afin que certains d'entre eux puissent utilement prétendre à la protection²⁰⁹³. L'on a enfin constaté que, même sous l'empire du *rapport direct*, un certain nombre de juridictions résistaient et invoquaient l'ancien critère de la compétence professionnelle, sous des formes plus ou moins explicites, à dessein le plus souvent de leur attribuer la protection. Reste à mettre plus en lumière certaines de ces décisions, particulièrement symptomatiques, afin de démontrer que les troubles prétendument générés par une telle solution²⁰⁹⁴ ne se sont guère vérifiés, et que l'équité en sortait en outre satisfaite.

590. – La prise en compte des compétences des professionnels-consommateurs, admises par les décisions anciennes. Jurisprudence. Solution souhaitable. Dans l'une des plus importantes de ces décisions, la Haute Cour a décidé d'accorder la protection issue des clauses abusives à un professionnel agent immobilier, dont l'activité a été jugée « étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et qui, relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur »²⁰⁹⁵. Dans cette espèce, le système présentait des dysfonctionnements fréquents. Installatrice de ce matériel dans un immeuble appartenant au professionnel, la société cocontractante invoqua alors la clause du contrat suivant laquelle l'installateur ne contractait qu'une obligation de moyens et non de résultat. La clause énonçait également que les désagréments, quelle qu'en soit la raison, ne pourraient ouvrir droit ni à une indemnité, ni à la résiliation du contrat. Elle énonçait même

²⁰⁹¹ Mais ce n'est pas le seul qui pourrait être utilement invocable. Il suffit de songer aux solutions passées qui, en matière notariale, modulaient le devoir de conseil en fonction des compétences/du comportement du client (V. sur ce point *supra* nos 364 et s.).

²⁰⁹² Partie faible, préférons-nous d'ailleurs, car l'on a vu que tous les consommateurs n'étaient pas faibles (V. not. *supra* nos 258 et s.).

²⁰⁹³ V. not. *supra* n° 68

²⁰⁹⁴ V. sur ces questions *infra* nos 610 et s.

²⁰⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 (85-13.674) : Bull. civ. I, n° 134 ; D. 1987, p. 455, obs. J.-L. Aubert ; D. 1988, p. 1, note Ph. Delebecque ; JCP G 1987, II, 20893, note G. Paisant ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. Mestre

que diverses indemnités seraient dues le cas échéant, quel que soit le motif invoqué pour mettre fin audit contrat.

b – Illustrations de la pertinence de la solution

591. – Illustrations. Même sens. Solution salubre. La même solution a été transposée, au moins depuis 1982, au domaine des dispositions protectrices du démarchage à domicile²⁰⁹⁶. Dans une affaire un peu ultérieure et particulièrement marquante²⁰⁹⁷, elle a ainsi permis à un ecclésiastique se procurant un photocopieur de bénéficier de ladite protection, au terme d'une motivation qui ne convainc malheureusement guère²⁰⁹⁸ mais qui restera heureusement assez isolée, au sein de ce courant²⁰⁹⁹. Une série de douze arrêts rendus dans les mêmes termes le même jour²¹⁰⁰, marque une sorte d'apogée du mouvement. Les espèces étaient similaires : un agriculteur avait été démarché par le commercial d'une société spécialisée dans la protection contre les incendies. Le premier se rendait alors acquéreur du matériel approprié, sans que les exigences légales relatives à la faculté de renonciation ne soient respectées. Alors que celui-ci invoquait plus tard cette faculté devant les juges, la société cocontractante soutenait que la loi excluait les acquisitions faites notamment pour les besoins d'une activité agricole. La solution de la Haute Cour est alors particulièrement nette et étayée. Elle approuve les juges du fond d'avoir considéré que l'activité de l'agriculteur ne lui donnait pas compétence en la matière concernée, comme elle lui « *donnerait les compétences pour apprécier l'opportunité de cet achat [lors de l'acquisition de] de semences, d'engrais, ou de matériel agricole* », et qu'ainsi il « *avait droit à la même protection qu'un particulier pour toute offre à lui faite sortant du cadre spécifique de son activité* ». Et de conclure « *que le contrat échappait à la compétence professionnelle* » de l'agriculteur, « *qui se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* ».

592. – La prise en compte des compétences des professionnels-consommateurs subsiste dans certaines décisions du fond, qui encourent la cassation. Beaucoup a déjà été dit sur ces décisions, mais l'essentiel a été porté sur la confusion et le désordre qui en résultaient. L'on peut ainsi, dans ces développements, insister davantage sur la pertinence de ces décisions des juges du fond, tentant de

²⁰⁹⁶ Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1982 (80-14.757) : Bull. civ. I, n° 133 ; D. 1984, p. 439, note J.-P. Pizzio, où la Haute Cour affirme que « *c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu qu'en l'espèce, le contrat litigieux, qui concernait l'expertise d'un sinistre, échappait à la compétence professionnel* » du professionnel démarché, « *agriculteur, et devait en conséquence, être soumis aux dispositions* » protectrices de la loi régissant le démarchage à domicile (en l'occurrence la loi du 22 déc. 1972).

²⁰⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 mai 1988 (85-18.466) : Bull. civ. I, n° 125 ; D. 1990, p. 61, note J. Karila de Van ; D. 1988, p. 407, obs. J.-L. Aubert

²⁰⁹⁸ Il fut en effet affirmé qu'« *il ne suffisait pas que le photocopieur eût été acheté aux fins d'être utilisé par la paroisse pour que cet achat fut considéré comme effectué pour des besoins professionnels* » et « *qu'ayant constaté que l'achat ne concernait pas de tels besoins, la cour d'appel a justifié sa décision, sans avoir à rechercher si l'abbé Pétillon était un consommateur expérimenté ou non, condition qui ne figure pas dans la loi* ». La Haute Cour procède curieusement dans cet arrêt, qui s'institue pourtant dans le courant visant à prendre en compte les connaissances véritables du contractant, à une application plutôt généreuse du rapport direct, non encore proclamé à l'époque, en se bornant à contester la nécessité immédiate du photocopieur à l'exercice de la profession d'homme de foi.

²⁰⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992 (89-15.860) : Bull. civ. I, n° 162 ; D. 1992, p. 401, obs. J. Kullmann ; D. 1993, p. 87, note G. Nicolau, qui reconnaît l'application des dispositions protectrices en matière de démarchage et de crédit mobilier à l'exploitante d'un commerce de détail de vêtements, pour un contrat relatif à un système d'alarme, dans la mesure où ledit contrat échappait « *à la compétence professionnelle* » de celle-ci, « *qui se trouvait dès lors dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur* ».

²¹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1993 (n° 90-20.726) : Bull. civ. I, n° 4 ; RTD com. 1993, p. 706, obs. B. Bouloc ; *Adde*, le même jour, les pourvois n°s 90-20.727, 90-20.728, 90-20.729, 90-20.730, 90-20.731, 90-20.732, 90-20.733 (D. 1993, p. 237, obs. G. Paisant), 90-20.734, 90-20.735, 90-20.736, 90-20.737

résister à l'indifférence, exigée par la Haute Cour, aux connaissances concrètes pour attribuer ou non la protection. A titre liminaire, répétons que ces décisions concernent en totalité des contrats dont l'objet n'est jamais précisément celui de l'activité professionnelle concernée. C'est ainsi que l'on distingue nettement, pour reprendre l'un des précédents évoqués, un agriculteur qui acquiert de l'engrais, d'un même agriculteur qui acquiert un extincteur. Or, c'est précisément ce genre de démarche que se proposent encore d'effectuer, à contre courant, certains juges du fond, certes de plus en plus rarement. Non pas que la méthode ait perdu de sa pertinence. Mais la solution est simplement contraire à la position de la Cour de cassation, et il est donc normal qu'elle s'évince avec le temps et les censures.

593. – Illustrations de solutions pour autant souhaitables. Un exemple récent concernait un contrat de location-vente relatif à du matériel informatique, souscrit par un masseur-kinésithérapeute. Celui-ci a pu être protégé par des juges du fond, au motif que ne s'évinçait pas suffisamment des faits « *un lien direct entre sa profession et son achat, d'autant que rien ne permet de retenir que l'intimé n'était pas profane en matière informatique* »²¹⁰¹. D'autres décisions ont statué en ce sens, soulevant le même argument, dans des cas où l'objet du contrat échappait à la compétence du professionnel, déduite de son activité professionnelle²¹⁰². Qu'ajouter, par rapport aux décisions précédentes, sur la pertinence et la justice de telles solutions ? Dans tous ces cas, l'on constate que le professionnel était effectivement dans le même état d'ignorance qu'une partie faible dûment caractérisée (qu'un consommateur, disent les juges). En effet, son activité professionnelle ne lui procurait aucune connaissance supplémentaire.

2 – L'illustration issue d'une solution actuelle : l'exemple de l'obligation de mise en garde du banquier

594. – Plan. Il conviendra d'abord de mettre en lumière la consistance de la solution retenue en matière de devoir de mise en garde du banquier, caractérisée par prise en compte concrète des connaissances (a). Il faudra ensuite apprécier cette solution, ce qui en révélera la pertinence (b).

a – Consistance de la solution

595. – Choix de la distinction averti/profane en droit bancaire, enjeu de l'obligation de mise en garde du banquier. Le banquier dispensateur de crédit aurait pu être tenu, si l'on avait ici encore suivi la logique d'attribution aveugle de la protection, d'un devoir de mise en garde²¹⁰³ envers tous ses clients

²¹⁰¹ CA Colmar, 7 nov. 2012 (RG n° 11/03099), « SAS Locam » (inédit)

²¹⁰² Ainsi, un prêtre, même à le considérer professionnel, n'a « *aucune compétence objective lui permettant d'apprécier, mieux qu'un particulier, la portée tant technique que commerciale* » d'un contrat de location d'un photocopieur (CA Aix-en-Provence, 23 mai 2001 (n° JurisData : 2001-151551)) ; V. aussi, de manière aussi nette : CA Besançon, 2 avr. 2002, préc. (« *si l'appareil devait faciliter le paiement par chèques et par cartes, l'intéressé, qui exerce une activité liée aux loisirs et saisonnière, n'avait pas la compétence pour apprécier l'intérêt de l'acquisition et le bénéfice pour son exploitation commerciale* ») ; CA Chambéry, 26 sept. 2001 (n° JurisData : 2001-173689) (« *les dispositions de l'article L 121-22 du Code de la consommation sont applicables au contrat de maintenance d'un lecteur de chèques passé par une fleuriste : l'appréciation des capacités et des performances de cet appareil exige en effet des connaissances en bureautique et en informatique qui dépassent celles d'une fleuriste* ») ; CA Rennes, 11 sept. 1998 (n° JurisData : 1998-047858) (« *mais en dépit même de son caractère nécessaire, la fourniture de gaz n'est qu'un accessoire par rapport à l'exploitation avicole proprement dite et pour apprécier les modalités de la vente conclue avec le fournisseur, l'aviculteur ne bénéficiait pas de la technicité d'un professionnel* »).

²¹⁰³ Distinct de l'obligation d'information ou du devoir de conseil. V. not. sur ce point, parmi une abondante doctrine : M. Mekki, « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », RD banc. fin. nov. 2007, p. 79 et s. ; D.

cocontractants, sans distinction. C'est une tout autre voie qui a été choisie, et qui est encore de droit positif : celle de la distinction entre le client averti (avisé) et le client profane (insuffisamment informé)²¹⁰⁴. Enfin constate-t-on en droit positif un véritable mouvement de prise en compte concrète des connaissances, pour attribuer à la prétendue partie faible une protection, le cas échéant²¹⁰⁵. Enfin est fait le choix de la justice, et de l'assainissement de la protection du consentement des parties faibles. C'est que « *le devoir de conseil ne peut-être justifié que par un déséquilibre entre les contractants* »²¹⁰⁶ ! Ainsi, « *Mis en garde, le client non-averti, parfois encore dit profane, est finalement... averti... et il lui appartient d'agir sous sa seule responsabilité. Le non-averti est destiné à la métamorphose* »²¹⁰⁷.

596. – Avènement. L'on prête volontiers l'avènement de cette solution à quatre arrêts rendus le même jour par la première chambre civile de la Cour de cassation²¹⁰⁸. La chambre commerciale a adopté une solution démontrant du même esprit, en tenant activement compte des compétences, mais sans aller jusqu'à proclamer la dichotomie précitée²¹⁰⁹. Que les positions aient pu être, à ce stade, quelque peu divergentes n'a pas véritablement d'importance ici : un regard précis sur l'ensemble jurisprudentiel qui en a découlé permet de mettre en lumière des solutions intéressantes, et de démontrer que le système qui en résulte est juste et efficace.

597. – Illustrations de la prise en compte du besoin de protection par les compétences concrètes. Divergence de méthode entre les chambres, convergence d'effets. La première chambre s'appuie donc sur une distinction profane/averti pour attribuer la protection (mise en garde). C'est ainsi que des époux « *cadres supérieurs ayant créé une société qui avait pour objet la réalisation d'opérations immobilières, étaient des emprunteurs avertis* »²¹¹⁰. La chambre commerciale, comme on l'a dit, n'a pas

Legeais, « L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution », in *Mélanges AEDBF-France II*, J.-P. Mattout et H. de Vauplane (dir.), Banque éd., 1999, p. 257 et s. ; N. Bourdalle et J. Lasserre-Capdeville, « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », Banque et Droit 2006, p. 17 et s. ; D. Tricot et H. Causse, « Le devoir de mise en garde du banquier », RD banc. fin. 2007, dossier 25 ; J. Stoufflet, « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », RD banc. fin. 2007, dossier 26 ; J. Daniel, « Le devoir de mise en garde du banquier », LPA 18 févr. 2008, p. 5 et s. ; J. Djoudi et F. Boucard, « La protection de l'emprunteur profane », D. 2008, p. 500 et s. ; N. Mathey, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur professionnel », JCP E 2011, 1542 ; J. Attard, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », RTD com. 2011, p. 11 et s. ; V. aussi sur le devoir de mise en garde au point de vue général, *infra* n° 935.

²¹⁰⁴ Le cœur de la dichotomie est immanquablement la notion de profane : celui qui est averti s'y oppose.

²¹⁰⁵ Ce qui a inspiré des titres de commentaires particulièrement inspirants (V. not. V. Avena-Robardet, « Obligation de mise en garde : « client non averti » et « client non professionnel » ne sont pas synonymes », D. 2007 p. 1950 et s. ; ou encore (parmi de nombreux) : X. Delpech, « L'asymétrie d'information, cause de responsabilité du banquier dispensateur de crédit », D. 2005, p. 2588 et s.).

²¹⁰⁶ J. Attard, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », RTD com. 2011, p. 23 (et l'ensemble de l'étude sur la question ici développée, ainsi que les nombreuses réf. citées (*ibid.*, p. 11 et s.)).

²¹⁰⁷ D. Tricot et H. Causse, « Le devoir de mise en garde du banquier », RD banc. fin. 2007, dossier 25, spéc. n° 20

²¹⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2005 (02-13.155, 03-10.770, 03-10.921 et 03-10.115) : Bull. civ. I, n° 327 ; D. 2005. 3094, note B. Parance ; *ibid.*, p. 2276, obs. X. Delpech ; JCP G 2005, II, 10140, note A. Gourio ; JCP E 2005, 1359, note D. Legeais. Précisons le propos : la variation de l'obligation en fonction de la qualité des parties n'est en ce domaine pas si novatrice : « *ce qui est en revanche novateur, c'est qu'elle consacre explicitement une dichotomie qui, jusqu'alors, n'était exprimée que de manière latente par la jurisprudence* » (X. Delpech, obs. préc.).

²¹⁰⁹ Cass. com., 3 mai 2006 (04-15.517, 02-11.211 et 04-19.315) : Bull. civ. IV, n° 101 ; D. 2006, p. 1618, note J. François ; *ibid.*, p. 1445, obs. X. Delpech ; D. 2007, p. 760, obs. D.-R. Martin ; JCP G 2006, II, 10122, note A. Gourio ; JCP E 2006, 1890, note D. Legeais ; Gaz. Pal. 2006, p. 1927, note S. Piedelièvre ; RDC 2007, p. 300, obs. G. Viney ; RTD civ. 2007, p. 103, obs. J. Mestre et B. Fages. Il est vrai que la chambre commerciale « *a choisi le même modus operandi que la première Chambre civile : la publication, le même jour, d'une série d'arrêts - destinés à marquer fortement les esprits* » (X. Delpech, obs. préc.), ce qui semble attester d'autant plus de l'importance (salutaire) conférée à ce mouvement, bien décidé à distinguer entre celui qui sait de celui qui ne sait pas pour attribuer la protection.

²¹¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2005 (02-13.155), préc.

explicitement adopté cette voie. Pour autant, les solutions convergent vers la même logique satisfaisante. L'on saluera pour commencer l'une des décisions rendues le 3 mai 2006. Suite à l'octroi de prêts à une femme dont le mari s'était porté caution, et devant la poursuite en paiement par la banque, il est soutenu que le dispensateur de crédit avait manqué à son devoir de mise en garde. Approuvant les juges du fond d'avoir retenu que le mari exerçait des fonctions importantes dans l'établissement prêteur, et qu'il avait assisté sa femme lors de l'octroi des prêts, la Haute Cour retient, en effet, que celui-ci avait « toute compétence pour apprécier la portée des obligations ainsi contractées par rapport aux capacités pécuniaires du ménage », et que « l'intéressée avait été en mesure d'obtenir de son conjoint toutes les informations utiles pour lui permettre d'apprécier l'opportunité des engagements qu'elle souscrivait pour l'amélioration de son propre patrimoine »²¹¹¹.

598. – Autre illustration. Dans une autre des décisions rendues le même jour, voilà que la Haute Cour reprochait aux juges du fond, dans le même sens, de n'avoir pas recherché si la banque n'avait pas manqué à son devoir de mise en garde compte tenu de l'âge de l'intéressée lors de l'engagement litigieux, de sa situation d'étudiante et de la modicité de son patrimoine. Elle relevait enfin que celle-ci n'exerçait aucune fonction de direction ni aucune responsabilité au sein de la SCI en l'espèce²¹¹². Force est de constater, à ce stade, que la prise en compte concrète des connaissances de la prétendue partie faible apporte, quelle que soit sa manifestation (distinction averti/profane explicite ou pas), des solutions qui tendent vers une justice réaliste. La protection, en droit, ne joue qu'à l'égard de celui qui en a besoin, dans les faits.

599. – Alignement de la méthode. La chambre commerciale s'est ensuite alignée assez vite sur la méthode de la première chambre civile, consacrant ainsi la distinction averti/profane. C'est alors que le bénéfice d'un éventuel devoir de mise en garde fut mis en perspective de la constatation du caractère « profane » des emprunteurs²¹¹³. D'aucuns considéraient que, par cet arrêt, « l'unification de la jurisprudence est réalisée »²¹¹⁴. Le point d'orgue fut toutefois constitué par deux arrêts d'une chambre mixte le 29 juin 2007²¹¹⁵. Ceux-ci consacraient explicitement l'harmonie de la solution, par le prisme de la dichotomie profane/averti.

²¹¹¹ Cass. com., 3 mai 2006 (02-11.211), préc.

²¹¹² Cass. com., 3 mai 2006 (04-19.315), préc.

²¹¹³ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006 (04-14.114) : Bull. civ. IV, n° 145 ; D. 2006, p. 1887, obs. X. Delpech ; JCP E 2006, 2271, note D. Legeais ; RDC 2007, p. 300, obs. G. Viney ; RTD com. 2006, p. 645, obs. D. Legeais

²¹¹⁴ D. Legeais, obs. préc. ; V. aussi Cass. com., 12 déc. 2006 (05-15481) : Bull. civ. IV, n° 243 ; JCP E 2007, 1310, note D. Legeais ; RTD com. 2007, p. 214, obs. D. Legeais (où un emprunteur est jugé « averti », étant retenu qu'il était un « professionnel déjà expérimenté, s'était inscrit au répertoire des métiers le 29 août 1994 au titre d'une activité de tournage, commande numérique, fraisage et serrurerie, qu'il avait connaissance du bilan de sa première année d'activité ainsi que de celui du début de la seconde lors de la conclusion de l'opération de financement », et qu'il était ainsi « en mesure d'appréhender les risques et l'opportunité du crédit qu'il se préparait à souscrire »).

²¹¹⁵ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (05-21.104 et 06-11.673) : Bull. mixte, nos 7 et 8 ; D. 2007, p. 1950, obs. V. Avena-Robardet ; ibid., p. 2081, note S. Piedelièvre ; D. 2008, p. 871, obs. H. Synvet et D. R. Martin ; RTD civ. 2007, p. 779, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2007, p. 579, obs. D. Legeais

600. – Illustrations de la prise en compte du besoin de protection par les compétences concrètes. Convergence de méthode, solutions justes. L'alignement des solutions a eu pour mérite de continuer à rendre des solutions justes et légitimes, mais cette fois sous une unique bannière²¹¹⁶, « à l'unisson »²¹¹⁷. Ce fut ainsi le cas, par exemple²¹¹⁸, pour un emprunteur, qui s'était présenté lui-même comme « un ancien comptable », et avait même indiqué « que sa grande expérience de comptable lui serait logiquement d'une grande utilité ». Son caractère averti fut naturellement retenu, et la banque ne put ainsi se voir reprocher aucun manquement au devoir de mise en garde²¹¹⁹. Les motivations invoquées pour rendre de telles décisions furent souvent exemplaires, rigoureuses et justes²¹²⁰. Pour illustrer l'actualité de la solution, l'on peut également citer une décision rendue le 18 juin 2013. Une prétendue partie faible est considérée comme avertie, et se trouve donc exclue du champ du devoir de mise en garde. Il avait en effet été constaté qu'elle était « dirigeant de la société cautionnée », et que, « selon son curriculum vitae, elle était titulaire d'un DESS d'administration des entreprises, obtenu en 1988, et se prévalait d'une expérience professionnelle de gestion de sociétés/management, et de compétences en stratégie d'entreprises, développement commercial et analyse de gestion, acquises dans la banque à compter de 1988, puis dans le courtage d'assurances à compter de 1997 »²¹²¹. L'on voit qu'à un tel degré de motivation, les solutions sont justes et sûres²¹²² : elles reflètent une protection saine du consentement de la partie faible. Mais c'est déjà là porter une appréciation sur ces solutions.

b – Appréciation de la solution

601. – Qualité de la solution. Dépassement de la dichotomie artificielle et abstraite professionnel/non-professionnel. Un avantage soulageant de cette solution est qu'elle s'émancipe de considérations abstraites, tenant au professionnel présumé fort et au non-professionnel (consommateur et non-professionnel en tant que tel) présumé faible, simplistes et inadéquates²¹²³. Bien que des illustrations notables l'aient précédée²¹²⁴, la plus éclatante et salutaire illustration de cette solution

²¹¹⁶ V. not. en ce sens Cass. com., 11 déc. 2007 (03-20.747) : Bull. civ. IV, n° 260 ; D. 2008, p. 220, obs. V. Avena-Robardet ; JCP G 2008, II, 10055, note A. Gourio ; JCP E 2008, 1192, note D. Legeais

²¹¹⁷ V. Avena-Robardet, obs. préc.

²¹¹⁸ La jurisprudence est foisonnante et ne peut donc être retranscrite de manière exhaustive.

²¹¹⁹ Cass. com., 8 janv. 2008 (06-17.659) : JCP G 2008, II, 10055, note A. Gourio

²¹²⁰ V. not. Cass. com., 17 nov. 2009 (08-70.197) : Bull. civ. IV, n° 144, où la Haute Cour approuve la cour d'appel d'avoir relevé que la cliente « était employée en qualité d'agent d'entretien et n'avait aucune expérience dans la gestion d'entreprise, ne disposait d'aucune compétence pour apprécier elle-même la pertinence du montage financier », et était donc une emprunteuse non avertie.

²¹²¹ Cass. com., 18 juin 2013 (12-21.283) ; V. aussi, par ex. et récemment, pour une motivation rigoureuse : Cass. com., 1^{er} oct. 2013 (12-24.118) : ayant, notamment, été relevé, concernant la cliente, que « jusqu'à la fin de l'année 2004, elle a passé elle-même sur le compte PEA « libre titre » sur lequel elle n'a pas donné de mandat de gestion à la banque, ses ordres de bourse après avoir souscrit un abonnement au service Vocalia bourse dont les conditions générales rappellent que l'abonné est réputé connaître le fonctionnement et les règles des marchés réglementés et avoir pris connaissance des notices d'information visées par la commission des opérations de bourse », et « qu'elle sollicitait et recueillait des conseils avant de passer ses ordres sur internet, disposait d'informations sur l'évolution des cours et avait connaissance des mécanismes boursiers », et qu'ainsi « de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que, tant lors de l'ouverture du compte qu'avant la survenance des pertes litigieuses, la cliente avait la qualité d'opérateur averti, la cour d'appel a pu déduire que la banque n'avait pas manqué à ses obligations à son égard » ; Rappr. Cass. com., 3 déc. 2013 (12-23.976).

²¹²² V. *infra* nos 610 et s.

²¹²³ Ayant été plus qu'amplement décrites et dénoncées (titre premier de la première partie de notre étude).

²¹²⁴ C'est ainsi, que se distingue un client professionnel ou non, que l'obligation est faite aux juges (du fond, en l'occurrence) de préciser, en le recherchant, si le client doit être vu comme averti : Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006 (04-18.845) : Bull. civ. I, n° 331 ; D. 2006, p. 1887, obs. X. Delpéch ; RDC 2007, p. 300, obs. G. Viney ; RTD com. 2006, p. 890, obs. D. Legeais ; Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006 (02-19.066) : Bull. civ. I, n° 91 ; JCP E 2006, 1522, note D. Legeais ; RTD com. 2006, p. 462, obs. D. Legeais ; Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2006 (05-12.699) : Bull. civ. I, n° 398 ; D. 2007, p. 723, obs. V. Avena-Robardet ; CCC 2007, n° 38, obs. G. Raymond ; Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2007 (04-17.287) : Bull. civ. I, n° 59

résulte immanquablement de l'un des arrêts du 29 juin 2007²¹²⁵. Alors que les juges du fond avaient relevé, d'une manière que l'on connaît désormais malheureusement trop, que « *l'établissement bancaire qui consent un prêt n'est débiteur d'aucune obligation à l'égard du professionnel emprunteur* », voilà que la Haute Cour censura cette décision : « *qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si M. Forest était un emprunteur non averti (...), la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». La solution continue d'irriguer la matière²¹²⁶, parfois même d'ailleurs pour protéger des laissés pour compte du droit de la consommation²¹²⁷. La jurisprudence semble donc lui accorder une particulière importance, en se montrant rigoureuse sur la question de l'appréciation par les juges du fond du caractère averti du client. L'émancipation de la dichotomie professionnel/non-professionnel est stimulée, et cette rigueur confirme l'importance conférée à la recherche de la véritable faiblesse informationnelle légitime²¹²⁸.

602. – Qualité de la solution. Flexibilité en cas de contractant averti. La solution est aussi salutaire à un autre égard. En effet, il est désormais solidement installé en jurisprudence que toute protection n'est pas exclue, même dans l'hypothèse où le contractant serait averti. Il peut sembler curieux de conforter une telle solution. Pour autant, elle participe elle aussi d'une meilleure justice en matière de protection du consentement de la partie faible. La flexibilité doit y présider, et aucun contractant (à de rares exceptions) ne doit être irrémédiablement coincé dans la catégorie qui lui a, même légitimement, été attribuée. C'est ainsi qu'il est souhaitable que même l'emprunteur averti puisse invoquer la devoir de mise en garde du banquier, mais à des conditions plus rudes. C'est précisément ce que la Haute Cour retient : un tel contractant devra démontrer que la banque avait « *sur sa situation financière des renseignements que lui-même avait ignorés* »²¹²⁹. La jurisprudence tente de s'approcher au maximum, sans complication excessive, de la réalité : l'on peut être averti, c'est-à-dire disposer des compétences pour obtenir ou interpréter l'information, et pourtant ignorer, par exception, certaines informations.

603. – Qualité de la solution. La déloyauté évince la protection. L'on se rangera bien évidemment du côté de l'absence de protection d'un client dont la déloyauté est indubitable. Il est donc de bon sens que l'emprunteuse qui dissimule l'existence de prêts en cours de remboursement à l'établissement de crédit pour obtenir un prêt, ne puisse invoquer un manquement au devoir de mise en garde, surtout lorsque ledit établissement ne pouvait valablement déceler de tels mensonges²¹³⁰.

²¹²⁵ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (05-21.104), préc.

²¹²⁶ Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009 (07-21.382) : Bull. civ. I, n° 231 ; D. 2009, p. 2859, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2010, p. 109, obs. P. Jourdain

²¹²⁷ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2011 (09-70.651) : Bull. civ. I, n° 3 ; D. 2011, p. 486, note R. Routier ; RTD com. 2011, p. 401, obs. D. Legeais

²¹²⁸ L'on notera d'ailleurs que la démarche ainsi suivie en matière bancaire est parfois souhaitée dans d'autres matières, comme en matière de franchise, pour sortir d'une même sorte de logique visant à tenir irréfragablement pour partie faible le franchisé : V. not. N. Dissaux, obs. sous Cass. com., 4 oct. 2011 (n° 10-20.956), D. 2011, p. 3052 et s., (et not. : « *certain candidats sont rompus aux affaires ? Assurément. Victime de son succès, la franchise draine cependant aussi toute une armée d'anciens salariés en reconversion ou de néophytes. A telle enseigne qu'une distinction imaginée en droit bancaire mériterait ici d'être importée : aux franchisés avertis s'opposeraient les franchisés non avertis* »).

²¹²⁹ V. parmi une jurisprudence abondante : Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2005 (03-10.770), préc. ; Cass. com., 8 janv. 2008, préc. ; Cass. com., 11 avr. 2012 (11-15.429) : Bull. civ. IV, n° 77 ; D. 2012, p. 1117, obs. X. Delpech ; D. 2013, p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD com. 2012, p. 381, obs. D. Legeais ; ibid., p. 608, obs. B. Bouloc

²¹³⁰ Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007 (06-17.003) : Bull. civ. I, n° 330 ; D. 2007, p. 2871, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2008, p. 256, note E. Bazin ; ibid., p. 645, obs. C. Creton ; JCP E 2007, 2576, note D. Legeais ; Dr. et patr. mars 2008, p. 81, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; RTD com. 2008, p. 163, obs. D. Legeais

604. – Regret. Mari avisé, femme avertie ? Malheureusement, la solution en cette matière est imparfaite, en certains points. Et notamment sur une question que la jurisprudence avait pourtant tranché dans le un sens plus opportun : l'assistance d'un tiers averti. Revenant sur la solution passée²¹³¹, l'un des arrêts du 29 juin 2007 affirmait ainsi que, dans l'hypothèse d'un prêt souscrit par un couple, il fallait préciser si chacun des coemprunteurs avait la qualité d'emprunteur non averti. La seule constatation que le mari était en mesure d'appréhender la nature et les risques de l'opération était insuffisante²¹³². Autant dire que le devoir de mise en garde « *s'apprécie par rapport au maillon le plus faible* »²¹³³. Or la solution semble peu satisfaisante²¹³⁴. La décision étant prise à deux, il apparaît évident que les lumières de l'un l'emportent sur les lacunes de l'autre. C'est que celui qui est à même de s'apercevoir du risque, du fait de ses compétences, est censé en avertir son conjoint. Ainsi, une telle solution n'aligne pas le droit sur les faits, et n'est donc pas rigoureuse. Au reste, elle constitue une protection excessive d'une partie qui avait, plus que jamais, les moyens d'obtenir l'information de manière à correctement apprécier les enjeux de son engagement. L'on souhaiterait ainsi qu'à « *mari avisé, femme avertie* »²¹³⁵.

605. – Regret. L'assistance d'un conseiller ne rend pas averti le client. La solution n'est malheureusement pas différente lorsque l'assistance provient pourtant d'un véritable professionnel du conseil²¹³⁶. Voilà un emprunteur qui était assisté d'un conseil financier au moment de souscrire. La Haute Cour retient néanmoins que le devoir de mise en garde est maintenu en toute hypothèse face à un client non averti, même en cas de « *présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie* »²¹³⁷. Il doit toutefois être relevé que la chambre commerciale semble encore manifester quelques salutaires réticences à adopter une telle solution, de manière certes moins resplendissante²¹³⁸. Cette indifférence au conseil de la prétendue partie faible doit, selon une doctrine autorisée, être approuvée : « *elle prévient des débats infinis sur la possibilité pour une personne d'avoir, ou non, été conseillée* »²¹³⁹. Or, ce n'est pas précisément cette question qui doit faire débat. Il s'agit de ne plus considérer comme averti un client, dès lors qu'il a bénéficié de l'information prétendument tue par le banquier, par le prisme d'un conseil particulier. Une telle solution semblerait en outre de bon sens, comme d'ailleurs en matière notariale où elle est pourtant également écartée²¹⁴⁰. Le but du droit positif doit être, sur ce point, fermement rappelé et recentré sur la protection de celui qui en a véritablement besoin.

²¹³¹ Cass. com., 3 mai 2006 (02-11.211), préc.

²¹³² Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (06-11.673), préc.

²¹³³ H. Synvet et D. R. Martin, obs. sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (06-11.673), préc.

²¹³⁴ Au même titre qu'en matière notariale (V. *supra* nos 363 et s.).

²¹³⁵ D. R. Martin, obs. sous Cass. com., 3 mai 2006 (n° 02-11.211), préc.

²¹³⁶ Au même titre encore qu'en matière notariale.

²¹³⁷ Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2009 (07-18.334) : Bull. civ. I, n° 85 ; D. 2009, p. 1351, obs. V. Avena-Robardet ; Gaz. Pal. 2009, p. 1979, obs. S. Piedelièvre ; Dr. et patr. sept. 2009, p. 90, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; RTD com. 2009, p. 604, obs. D. Legeais

²¹³⁸ Cass. com., 12 nov. 2008 (07-15.949), affirmant que « *les juges du fond ayant relevé que les époux étaient assistés d'un conseiller, lors de la souscription de leurs engagements de caution* », et que ces constatations faisaient « *ressortir que les époux étaient des cautions averties, de sorte que la banque n'était pas tenue à leur égard d'un devoir de mise en garde, et qu'ils avaient souscrit leurs engagements en pleine connaissance de la situation de la société* ».

²¹³⁹ D. Legeais, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2009, préc.

²¹⁴⁰ V. *supra* nos 363 et s.

606. – Regret. Insuffisance du caractère profane. Condition supplémentaire tenant à un risque d'endettement. La présence d'un client non averti ne suffit plus pour reconnaître ou non qu'il existait à la charge du banquier une obligation de mise en garde. C'est ainsi qu'une seconde condition s'y est plus récemment ajoutée : celle de la constatation d'un risque d'endettement pour le client partie faible. Partant, des opérations non spéculatives²¹⁴¹ ou tout simplement inoffensives eu égard à un patrimoine largement suffisant²¹⁴² évincent, le cas échéant, le devoir de mise en garde : pas de risque particulièrement grave, pas d'information particulière.

607. – Critique. Effets potentiellement néfastes : le risque d'endettement n'est que l'un des risques potentiels du contrat. La solution est largement critiquable car elle engendre des effets peu admissibles. C'est que le critère du *risque d'endettement* peut vite trouver ses propres limites, puisqu'il ne représente que l'un des risques qu'un contrat peut induire. A cet égard, l'on sait qu'il n'est pas nouveau qu'une « *sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui n'est pas un cautionnement* », puisque, « *limitée au bien hypothéqué* », elle est donc « *nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son souscripteur* »²¹⁴³. Pour autant, la solution prend une mesure éminemment contestable lorsque la Haute Cour en tire comme conséquence l'exclusion subséquente d'un devoir de mise en garde du banquier. Peu importe, dès lors, que le client en cause soit une partie faible : pas de risque d'endettement, pas de mise en garde²¹⁴⁴. Si l'engagement d'un immeuble peut être imaginé comme nécessairement proportionné aux biens et revenus, cela n'en reste pas moins porteur « *d'un risque spécifique pour le constituant qui justifierait qu'elles s'accompagnent d'une mise en garde* »²¹⁴⁵. L'on rejoindra ces sages prescriptions, en considérant également que le risque d'endettement ne reflète que très imparfaitement l'idée entière de risque, contre lequel il faut protéger le consentement de la partie faible²¹⁴⁶.

608. – Critique. Idéologique véhiculée. Ensuite, l'on comprend la solution, sans approuver pour autant l'esprit qu'elle véhicule. En effet, l'idéologie qui doit sous-tendre le système de protection de la

²¹⁴¹ Cass. com., 19 juin 2007 (05-22.037) : Bull. civ. IV, n° 162 ; D. 2007, p. 1952, obs. X. Delpech ; RTD com. 2007, p. 815, obs. D. Legeais

²¹⁴² Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009 (08-11.221) : Bull. civ. I, n° 36 ; D. 2009, p. 625, obs. V. Avena-Robardet ; ibid, p. 756, obs. C. Creton ; ibid, p. 1179, note J. Lasserre-Capdeville ; JCP G 2009, II, 10091, obs. A. Gourio ; JCP E 2009, 1364, note S. Piedelièvre ; Dr. et patr. sept. 2009, p. 90, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; RTD com. 2009, p. 422, obs. D. Legeais ; RTD civ. 2009, p. 536, obs. P. Jourdain ; V. aussi, très clairement : Cass. com. 7 juil. 2009 (08-13.536) : Bull. civ. IV, n° 92 ; D. 2009, p. 2034, obs. X. Delpech ; ibid., p. 2318, note J. Lasserre-Capdeville ; ibid., p. 2580, obs. M.-L. Béval ; D. 2010, p. 2671, obs. I. Gelbard-Le Dauphin ; RTD com. 2009, p. 795, obs. D. Legeais (« *à la date de la conclusion du contrat, le crédit était adapté au regard des capacités financières des emprunteurs et du risque de l'endettement né de l'octroi de ce prêt, ce dont il résulte que la banque, en l'absence d'un tel risque, n'était pas tenue à l'égard de ceux-ci d'un devoir de mise en garde* »). V., encore : Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009 (08-13.601) : Bull. civ. I, n° 232 ; D. 2009, p. 2859, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2010, p. 522, obs. C. Creton ; RTD civ. 2010, p. 109, obs. P. Jourdain

²¹⁴³ Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2008 (07-11.692) : D. 2008, p. 2036, note S. Piedelièvre ; Dr. et patr. oct. 2008, p. 95, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; RD banc. fin. 2008, n° 36, obs. D. Legeais

²¹⁴⁴ Cass. com., 24 mars 2009 (08-13.034) : Bull. civ. IV, n° 43 ; D. 2009, p. 943, obs. V. Avena-Robardet ; ibid., p. 1661, note N. Borga ; Gaz. Pal. 2009, p. 1982, obs. S. Piedelièvre ; Dr. et patr. sept. 2009, p. 48, obs. P. Pailler ; ibid., 90, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; RTD com. 2009, p. 425, obs. D. Legeais

²¹⁴⁵ N. Borga, obs. sous Cass. com. 24 mars 2009, préc.

²¹⁴⁶ C'est ainsi qu'il était d'ailleurs retenu, dans un domaine voisin, que le notaire devait, en cas d'hypothèque, attirer l'attention des cautions « *sur l'importance et les risques des engagements même proportionnés à leurs facultés auxquels il se proposaient de souscrire* » (Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000 (96-21.732) : Bull. civ. I, n° 282 ; RTD civ. 2001, p. 627, obs. P. Crocq ; Defrénois 2001, p. 261, obs. J.-L. Aubert ; JCP G 2001, I, 315, obs. Ph. Simler).

partie faible, est celle qui qui cultive la liberté²¹⁴⁷. Or, c'est en ne négligeant jamais l'information de la partie faible que sa liberté se trouve véritablement garantie, et que sa dignité humaine est sauvegardée. En ce qu'elle rappelle partiellement des positions en matière médicale où, en l'absence d'alternatives, l'information n'était au total plus véritablement obligatoire²¹⁴⁸, la position actuelle dérange. En effet, l'information, quelle que soit son intensité (en l'occurrence la mise en garde), ne doit être imposée qu'à raison de la faiblesse informationnelle concrète. Y adjoindre d'autres conditions, c'est dire arbitrairement, en définitive, que la protection est inutile en tel ou tel cas. Voilà donc que l'on pourrait conclure dans l'ignorance certaines fois : ceci est dangereux et n'est guère respectueux de la liberté de chacun.

B – La relativité des critiques adressées à l'appréciation *in concreto*

609. – Plan. L'appréciation *in concreto* semble donc de mise pour une protection appropriée du faible. Ses détracteurs sont pourtant nombreux, et les critiques tout autant. Comme l'a brillamment illustré H. Mazeaud, il y a, entre appréciation *in concreto* et *in abstracto*, « un conflit qui n'est que l'un des aspects du conflit entre les deux buts de la règle de droit : assurer la sécurité – qui commande une appréciation *in abstracto* selon des normes connues à l'avance –, faire régner la justice (...), [par une] appréciation *in concreto* »²¹⁴⁹. Il est donc assez naturel que la principale critique d'un tel mode d'appréciation concerne l'insécurité juridique. Or celle-ci n'est guère incontestable (1). D'autres critiques, plus secondaires, sont parfois exprimées, et seront tout autant réfutées (2).

1 – La critique principale : l'insécurité juridique

610. – Plan. La critique qui tend à brandir l'argument de l'insécurité juridique excessive, qui jaillirait d'une méthode de prise en compte concrète des compétences pour attribuer la protection, résulte en vérité d'une confusion entre le principe d'une appréciation *in concreto* et la qualité des critères sur lesquels elle porte (a). Le risque d'insécurité subsistant, au reste et par essence omniprésent devant les prétoires, peut être surmonté en érigeant un garde-fou au sein des conditions d'appréciation de la partie faible : le caractère manifeste (b).

a – *Une critique hautement réfutable*

611. – Généralités. L'insécurité comme fer de lance de la critique de la prise en compte des connaissances concrètes. L'argument le plus souvent et vigoureusement invoqué pour attaquer l'appréciation *in concreto* (en l'occurrence des connaissances) est distinctement celui de la création

²¹⁴⁷ V. not. *infra* nos 801 et s.

²¹⁴⁸ V. not. *infra* nos 1008, 1010 et s.

²¹⁴⁹ H. Mazeaud, préf. de la th. de N. Dejean de la Bâtie (th. préc., p. II, se référant au contenu de la démonstration initiée, sur ce point et en ce sens, dans l'introduction de la th.). V. aussi, évoquant ce sempiternel conflit, D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 25 (« *En toile de fond, transparait l'opposition traditionnelle, et quelque peu manichéenne, qui innerve notre droit contractuel entre le besoin de justice contractuelle et le souci de sécurité juridique* »).

subséquente d'une insécurité juridique profonde²¹⁵⁰, car engendrant un résultat par essence systématiquement aléatoire²¹⁵¹. Cette même critique s'applique donc naturellement à l'idée d'instauration d'une partie faible conceptuelle. Ainsi, un binôme compétent/profane – et donc partie faible ou non – serait « *théoriquement satisfaisant, mais perdrait toute précision. Il ne peut, pour cette raison, être sérieusement envisagé* »²¹⁵². La critique a même trouvé une consistance devant les prétoires²¹⁵³. Elle rejoint d'ailleurs, au fond, l'idée selon laquelle plus le terrain d'élection de ces protections (i.e. plus l'on protège de contractants) s'élargirait, et plus le niveau corrélatif de celles-ci tendrait à s'amoindrir²¹⁵⁴.

612. – L'insécurité juridique est une inquiétude légitime, mais pas décisive. L'ordre et la Justice.

La crainte de l'insécurité juridique est, à plus forte raison de nos jours où la surproduction normative et l'explosion judiciaire n'ont jamais été aussi fortes, toujours légitime²¹⁵⁵. Elle doit pour autant être surmontée lorsque cela est possible. En effet, l'insécurité juridique est bien souvent invoquée pour se dissuader d'admettre une solution que l'on sait pour autant fondée et plus satisfaisante²¹⁵⁶. Elle est souvent un prétexte, davantage qu'une émanation de sagesse. En l'occurrence, elle est ici insuffisante à justifier le refus d'un progrès en matière de justice contractuelle. Elle n'est qu'une exigence essentielle, mais pas la seule, et doit donc être conciliée, sans priorité absolue²¹⁵⁷ : c'est que « *la règle de droit résulte*

²¹⁵⁰ V. not. sur ce point N. Dejean de la Bâtie, th. préc., n° 249, p. 204 (et not. : « *On comprend aisément les dangers que peuvent faire courir à la sécurité juridique, en ce domaine [vices du consentement] comme en d'autres, des solutions purement subjectives* »). V. aussi, par le prisme de la question de l'élargissement des titulaires de la protection consumériste, le regard critique de D. Mazeaud que nous rejoignons : « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 102 et s., n°s 15 et s.

²¹⁵¹ V. not., en droit de la consommation : J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 13, p. 13 (et not. : « *il faut procéder au cas par cas, à une recherche dont le résultat est toujours aléatoire. Or les contractants ont besoin de connaître par avance le droit qui sera applicable à leur relation. La conception stricte du consommateur, relativement précise, apporte une sécurité juridique que ne fournit pas la conception large, trop floue* »). Ou en matière notariale, pour réfuter la modulation de l'obligation de conseil du notaire vis-à-vis d'un contractant averti (V. not. J.-L. Aubert note sous Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 1995 (93-15.659) et sous Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1996 (93-18.684), Defrénois 1996, p. 361, relevant qu'il s'agit là « *de considérations primordiales de sécurité juridique* ») ; Adde P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1997 (95-10.629), D. 1998, p. 198 (cette solution présente « *l'avantage de couper court à toute discussion sur les compétences réelles ou supposées (...) lesquelles peuvent souvent prêter à des difficultés d'appréciation* ») ; B. Boccara, « Pistes sur la responsabilité des rédacteurs d'actes et conseils », JCP G 1993, I, 3651 (relevant qu'il s'agit d'argumentations le plus souvent radicalement irrecevables, et qu'il importe peu que le client soit partie faible, car, « *s'il en était autrement, les conseils d'entreprises n'auraient plus aucune responsabilité, ni les entreprises aucune sécurité* »). V. aussi P. Chauvel, *Le vice du consentement*, th. Paris II, 1981, n° 742, p. 271 (« *La sécurité des transactions est généralement avancée pour justifier la réserve éprouvée à l'égard de l'admissibilité même des causes de nullité fondées sur un vice du consentement, et, surtout, pour en cantonner l'application par une appréciation in abstracto* »). V. enfin Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, n° 9, p. 23

²¹⁵² J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 13, p. 13

²¹⁵³ C'est ainsi, par ex., que l'on invoquait au pourvoi dans un arrêt récent que « *le principe de sécurité juridique impose que la norme soit suffisamment claire, précise et intelligible pour que ses destinataires soient raisonnablement en mesure de la comprendre et de s'y conformer* ». Le pourvoi était formé contre une décision du fond qui avait accordé la protection sur le démarchage à une coiffeuse pour l'acquisition d'un terminal de paiement. Si la Haute Cour ne reprend pas la critique dans sa décision, l'on constate que celle-ci trouve un véritable écho en pratique (Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013 (11-27.698) : JCP G 2013, 958, note G. Paisant ; CCC 2013, n° 225, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2013, p. 3299, obs. S. Piedelièvre).

²¹⁵⁴ V. *infra* n°s 633 et s.

²¹⁵⁵ V. not. Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009, n° 112, p. 189 : « *Si le droit est fait pour l'Homme et ne peut donc s'apparenter à une machinerie abstraite, il ne peut pas plus se désintéresser, pour la même raison, de l'opportunité qu'il offre aux sujets de droit de vivre une vie juridique paisible, à l'abri des imprévus* ». Ceci est indéniable.

²¹⁵⁶ Il faut lire sur ce thème les propos de E. Thaller (« *Avant-propos* », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Libr. A. Rousseau, 1914, p. 5 et s.), vigoureusement en faveur, en parallèle du reproche de manque de clarté de Saleilles, de l'inventivité plutôt que de l'absolue clarté.

²¹⁵⁷ V. not. sur ce point J.-P. Chazal, « *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?* », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 123 (et not. la belle synthèse suivante : « *La question du conflit entre la sécurité et la justice contractuelles n'est point technique, mais philosophique. Elle revient à réfléchir sur les fins du droit. Selon que l'on donne au droit pour finalité la sécurité ou la justice, la conception du contrat qui en découle restreint ou favorise l'intervention du juge, sacralise ou relativise le rôle de la volonté des parties, rigidifie ou assouplit la loi contractuelle. La sécurité juridique n'est pas en soi un argument suffisant pour bannir de la sphère contractuelle l'intervention du juge, la recherche de la justice et partant la création de devoirs imposés aux contractants. Le débat n'est pas clos par la seule invocation du spectre de l'insécurité ; il ne fait que commencer, car si la sécurité est, à*

souvent d'un compromis entre des exigences d'équité et des besoins de clarté »²¹⁵⁸. Une autre voie que celle d'une confrontation brutale existe : il n'y a pas nécessairement « *la Justice contre le Parti de l'Ordre* »²¹⁵⁹. Même à le considérer, la part d'insécurité prétendument générée ne suffirait pas à se convaincre d'abandonner l'adhésion à une solution qui tend vers la justice, qui est le corollaire, rappelons-le, de l'appréciation *in concreto*²¹⁶⁰.

613. – L'épouvantail de l'insécurité engendre l'inertie. Au fond, un tel argument reviendrait au fond à songer à l'extinction même de toute protection, pour revenir à la solution la plus sûre : *qui dit contractuel dit juste*. Or, la sécurité absolue est impossible à atteindre. Elle est un fantasme, à propos duquel l'on rejoindra une nouvelle fois les propos lumineux de Demogue, selon lequel « *La clarté des notions est plus un besoin de l'esprit affamé de sécurité qu'une traduction de la réalité complexe des choses* »²¹⁶¹. L'on osera à peine ajouter que la sécurité juridique est une préoccupation de chacun, et non pas cette sorte d'opinion que l'on oppose à des idées auxquelles on n'adhère peu sur le fond. C'est que « *Personne, sauf erreur, ne plaide en faveur du chaos contractuel ou de l'arbitraire du juge* »²¹⁶².

614. – Confusion. L'insécurité que l'on prête à l'appréciation du juge *in concreto* lui est en réalité étrangère, mais découle des critères utilisés en amont. Le cœur de la remise en cause de la critique tenant à l'insécurité juridique générée est là. En effet, l'insécurité, le cas échéant, découle en réalité des critères dégagés pour apprécier les connaissances des contractants invoquant une protection, ainsi que d'un manque de contrôle de la Haute Cour²¹⁶³, mais pas du mode d'appréciation *in concreto* en tant que tel. Et encore, cette remarque est vraie lorsque le législateur a pris la peine de poser une définition avec des critères ! Prenons l'exemple du *rapport direct*. L'on a vu à quel point le flou de ce critère a engendré la plus grande insécurité que la matière ait connue²¹⁶⁴. L'on constate bien, en outre, combien il est erroné de croire qu'un système abstrait tend à la sécurité absolue²¹⁶⁵. Comment dès lors reprocher à l'appréciation *in concreto* en elle-même l'impermanence et l'insécurité ainsi générées ? Il est erroné de reprocher à une méthode des effets néfastes, qui sont en réalité la conséquence des lacunes de l'objet sur lequel elle porte ! Mais c'est déjà traiter du lien étroit entre la crainte systématique de l'insécurité juridique et la méfiance du juge.

l'évidence, une valeur dont le droit tient compte, il en existe d'autres avec lesquelles elle doit se concilier ou devant lesquelles elle doit céder. En somme, c'est la prétention de la sécurité juridique à l'hégémonie qu'il s'agit de combattre »).

²¹⁵⁸ J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 13, p. 13

²¹⁵⁹ D. Mainguy, « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », D. 2009, p. 310

²¹⁶⁰ V. not., pour une démonstration profonde en matière de vices de consentement : P. Chauvel, th. préc., n°s 749 et s., p. 273 et s. (l'intitulé du paragraphe est, d'ailleurs, le suivant : « *Appréciation in concreto : justice* »).

²¹⁶¹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911, p. 11

²¹⁶² J.-P. Chazal, art. préc., p. 127

²¹⁶³ V. not. en ce sens D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 103-104, n° 15

²¹⁶⁴ La question a été largement traitée (V. *supra* n°s 73 et s.).

²¹⁶⁵ V. not. en ce sens J.-P. Chazal, art. préc., p. 132 ; *Rappr.* F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Sirey, 1914, p. 130 et s. (sur l'abstraction, au point de vue fondamental, et sur les limites du procédé et ses artifices).

615. – Lien étroit avec la crainte du juge (arbitraire judiciaire). La crainte de l'appréciation *in concreto* démontre le plus souvent d'une méfiance profonde à l'égard du juge, particulièrement en matière contractuelle. Cette fameuse phobie d'un « gouvernement des juges »²¹⁶⁶ date au moins²¹⁶⁷ de l'Ancien Régime et des Parlements²¹⁶⁸. L'on sait qu'ils pouvaient apprécier les suites à donner aux normes de l'époque avec une vaste liberté²¹⁶⁹, notamment par leurs célèbres arrêts de règlement²¹⁷⁰. « Dieu nous garde de l'équité des parlements », disait-on en réponse, dès le XVI^e siècle²¹⁷¹. C'est donc la crainte de l'arbitraire qui justifie cette phobie : « l'esprit de notre législation moderne est d'enchaîner le juge pour prévenir l'arbitraire », disait Laurent²¹⁷². Même deux siècles après l'interdiction des arrêts de règlement²¹⁷³, la crainte est restée²¹⁷⁴ en France²¹⁷⁵, même chez les plus grands²¹⁷⁶. Aujourd'hui, l'on ne

²¹⁶⁶ L'expression a semble-t-il été dégagée par E. Lambert (*Le gouvernement des juges*, Dalloz, 2005 (rééd. 1921)).

²¹⁶⁷ Au moins, en effet, puisqu'elle ne résulte pas seulement de l'expérience des Parlements (qui, elle, peut être datée du Moyen Âge : V. not. A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2003, n° 337, p. 116), mais également d'une philosophie que les Lumières ont révélée, celle d'une nécessité impérieuse de séparation des pouvoirs. La peur des tribunaux est donc avant tout la peur de ce que les exécutants soient les mêmes que les légiférants. Montesquieu, par ex., exprimait cette idée, not. de la façon qui suit : « Il n'y a point de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur » (*De l'esprit des lois*, vol. I, GF Flammarion, 1993, livre XI, chap. VI, p. 294).

²¹⁶⁸ Sur lesquels V. not. *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, L. Bély (dir.), PUF, 2^{ème} éd., 2003, p. 960 et s. (ainsi que, outre la très fine description de l'ouvrage, les nombreuses réf. citées).

²¹⁶⁹ A. Castaldo relève que ces décisions de portée générale intervenaient sur « un point sur lequel les coutumes ou les ordonnances royales sont muettes » (op. cit., n° 337, p. 116). Mais la liberté fut vaste pour apprécier ce qui relève ou non de tels silences. Cela ne veut pas dire, comme le relève O. Tournafond, qu'aucune motivation n'existait et que les décisions étaient purement arbitraires (« Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, spéc. p. 548, n° 1) ; *Addé* sur ce point Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000, spéc. nos 140 et s., p. 86 et s.

²¹⁷⁰ Aubry et Rau en disaient ceci : il revenait aux « tribunaux de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur seraient soumises, c'est-à-dire d'attribuer à leurs décisions la force d'un règlement général applicable à tous les cas analogues qui pourraient se présenter (...). Les cours royales étant indépendantes les unes des autres, et souveraines dans leur ressort, il était à craindre qu'elles ne se missent au-dessus de la loi » (*Cours de droit civil français*, t. I, Ed. F. Lagier, Strasbourg, 1839, § 39, p. 73). Ceci est surtout vrai à l'endroit de certains de ces arrêts, rendus en dehors d'un procès. Ces arrêts *proprio motu* (de « propre mouvement ») « ressemblaient en tout point à des textes législatifs ou réglementaires » (O. Tournafond, art. préc., p. 549, n° 2). V. aussi sur ce point A. Castaldo, op. cit., n° 337, p. 116

²¹⁷¹ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 93, p. 163 et s.

²¹⁷² F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XV, Libr. A. Durant et Pedone Lauriel, 1875, p. 240

²¹⁷³ L'art. 5 C. civ. date du 15 mars 1803 (« Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »).

²¹⁷⁴ Ainsi remarque-t-on un certain nombre d'études traitant de ce thème, s'interrogeant même parfois sur une « résurgence des arrêts de règlement ». V. not. H. Sinay, « La résurgence des arrêts de règlement », D. 1958, p. 85 et s. (mais analysant avec pertinence, sans les dramatiser, les sources nouvelles de ces arrêts, en vérité désormais bien davantage causés par l'uniformisation des rapports contractuels que par une volonté des prétoires de se poser nouveaux Parlements). V. aussi le brillant article d'O. Tournafond, art. préc., p. 547 et s. (où la démonstration est beaucoup plus tranchée, s'attachant à mettre en lumière que « la résurgence des arrêts de règlement est une question désormais tout à fait actuelle (...). L'importance de la jurisprudence des cours suprêmes, notamment la Cour de cassation, dans l'ordre juridique français et le caractère général et abstrait des règles qu'elles édictent révèlent clairement que les arrêts de règlement n'ont jamais disparu, mais ont continué à exister sous le masque plus ou moins déformant de l'interprétation de la loi »). V. *contra* A. Audinet, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges offerts à J. Brethe de La Gressaye*, Ed. Bière, Bordeaux, 1967, p. 99 et s. (s'interrogeant, au contraire, sur l'éventuelle opportunité de faire revivre des arrêts de règlement, dans une certaine mesure ; l'opinion est, au total, assez favorable, envisageant même la manière d'organiser cette résurrection) ; et, sur le même genre de thème, à l'égard des lacunes de la motivation des décisions de justice, A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », RTD civ. 1974, p. 487 et s. (tant, not., « L'obligation de motiver est en effet une garantie contre l'arbitraire du juge (...) ») ; Ph. Conte, « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », JCP G 1988, I, 3343. *Addé* L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel, un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004, spéc. p. 190, n° 20 (et not. : « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère », comme l'a si bien dit Lacordaire. La loi, pas le juge, car le juge c'est l'arbitraire »). V. aussi, à un plan plus large : J. Mestre et A. Laude, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9 et s. ; S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation) », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 761 et s. ; G. Cornu, « La jurisprudence aujourd'hui. Libre propos sur une institution controversée », RTD civ. 1992, p. 342 et s.

²¹⁷⁵ C. Jauffret-Spinosi décrit d'ailleurs ceci d'une manière intéressante, en affirmant not. que « C'est l'histoire qui explique cette méfiance à l'égard du juge, la crainte des révolutionnaires (se rappelant de l'opposition des Parlements aux édits du roi), que le juge ne remette en cause la loi faite par le peuple souverain. C'est la même idée pour l'expression dans le contrat de la volonté des parties qui leur

peut dire que cette situation a véritablement changé en profondeur, d'autant qu'elle est stimulée, à juste titre pour l'essentiel, par la question plus vaste de la jurisprudence comme source de droit²¹⁷⁷, en perspective du déclin de la loi²¹⁷⁸. L'adage semble encore raisonner haut et fort, lorsque se lèvent vigoureusement les boucliers que l'on sait, alors même qu'une démarche protectrice est entamée²¹⁷⁹. D'aucuns aimeraient donc le rôle des juges le moins fréquent et le plus contingenté possible dans le contrat, classiquement la chose des parties la plus absolue : « *le juge est l'ennemi contractuel numéro un !* »²¹⁸⁰. Pour autant que ces craintes perdurent, enracinées dans la phobie atemporelle de l'insécurité juridique, « *d'une façon générale, l'intervention du juge dans le contrat, que ce soit pour la loi ou « hors » la loi n'a jamais semblé aussi importante* »²¹⁸¹.

616. – Critique globale de cette phobie. Cette non-immixtion classique du juge en matière contractuelle est de plus en plus relativisée²¹⁸². Et pour cause, il semble archaïque de considérer de nos jours que le rôle du juge devrait se réduire, en droit des contrats, à « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* »²¹⁸³, ou presque²¹⁸⁴. Cela n'a rien à voir avec une défiance du volontarisme : et pour cause, nous le cultiverons même en tant que fondement²¹⁸⁵. Au contraire, c'est parce qu'il existe ici encore une confusion. Critiquer, à juste titre, le glissement de la jurisprudence vers une véritable source de

tient lieu de loi. (...) Se méfiant du juge, le droit français n'aime pas beaucoup les notions ou principes généraux, flexibles, flous (...) qui pourraient permettre de modifier le contrat (...). Cette conception, peut-être un peu caricaturale en raison des évolutions qu'a connu le droit français, est encore, en fond, la conception française du contrat (...) » (« Les grands systèmes contractuels européens », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), Soc. de légis. comp., 2008, p. 13).

²¹⁷⁶ Saleilles ou Gény semblaient en être profondément imprégnés (V. sur ce point F. Chénéde, « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (1^{re} partie) », RDC 2012, p. 241 et s., spéc. p. 252 et s., n^{os} 13 et s., et les nombreuses réf. citées).

²¹⁷⁷ Il y a là en effet une controverse vertigineuse, qui tient au fond non pas à l'interprétation des libertés que prend effectivement la jurisprudence, mais davantage à la force et à la symbolique à leur donner. Ainsi, d'aucuns, comme Carbonnier, ont maintenu contre vents et marrées que la jurisprudence n'est pas devenue une source de droit « *comparable à la loi* », reconnaissant qu'elle est néanmoins « *une autorité, et une autorité considérable en droit civil* » (*Droit civil. Introduction*, PUF, 20^{ème} éd., 1991, n^o 144, p. 256) ; d'autres, assurément plus pragmatiques, constatent (sans nécessairement l'approuver voire même parfois en le regrettant amèrement) qu'elle est bien devenue une véritable source de droit (V. not. Ph. Jestaz, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », D. 1987, p. 11 et s. ; et du même auteur, plus tard « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », RTD civ. 1996, p. 299 et s. ; O. Tournafond, art. préc. ; *Adde* les importants développements consacrés à la question par Th. Piazzon, th. préc., n^{os} 130 et s., p. 234). Qu'on le veuille ou non, n'y a-t-il pas, c'est vrai, une véritable « *politique jurisprudentielle* », politique telle qu'il ne devrait en exister qu'au sein du Parlement ? (V. not. G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 79 et s. (problématique de la concurrence avec le législateur d'ailleurs très tôt relevée dans l'étude, *ibid.*, p. 80, n^o 3 : « *le choix d'une politique ne devrait-il pas être l'apanage du législateur ?* » ; en substance, l'étude considère que, comme il s'agit d'une réalité irréfutable, autant chercher à en comprendre correctement les mécanismes, les tenants et les aboutissants)).

²¹⁷⁸ *Rappr.* not. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, spéc. p. 61

²¹⁷⁹ C'est, pour un ex. percutant, le cas en matière de protection des professionnels-consommateurs, un temps encadrés par la jurisprudence, dont les contre-arguments fondent l'essentiel du présent propos.

²¹⁸⁰ Formule employée, sans bien sûr approuver l'idée, par D. Mazeaud (« Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295 et s., spéc. n^o 39 : « *Lorsqu'on envisage, dans une perspective classique, les rapports que le juge entretient avec le contrat, on a tendance à les formuler par l'énoncé d'un principe de non-ingérence du juge dans le contrat, et lorsqu'on s'interroge sur l'opportunité d'accroître ses pouvoirs dans la sphère contractuelle, on provoque une véritable levée de boucliers : le juge est l'ennemi contractuel numéro un !* »).

²¹⁸¹ D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 24 (il est vrai que la liste dressée est conséquente, avec not. la révision des clauses pénales, des contrats de crédit conclus par un débiteur de bonne foi surendetté, des indemnités d'immobilisation, suppression des clauses abusives sans décret...).

²¹⁸² V. not. D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, spéc. p. 486-489

²¹⁸³ Selon la fameuse expression de Montesquieu (Ch.-L. de Secondat), *De l'esprit des lois*, vol. I, GF Flammarion, 1993, livre XI, chap. VI, p. 301 (formule exacte : « *Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur* »).

²¹⁸⁴ Sans adhérer pour autant à la réalité d'aujourd'hui, dans laquelle c'est bien plutôt « *la loi qui devient la bouche du juge, lorsqu'il lui fait dire ce qu'il veut* » (Ph. Rémy, « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 113).

²¹⁸⁵ V. *infra* n^{os} 778 et s.

droit²¹⁸⁶ ; et craindre la moindre intervention du juge dans le contrat par crainte de l'arbitraire et de l'insécurité juridique sont deux choses différentes. Le juge ne peut être tenu pour responsable de l'impermanence et de l'incertitude de certaines solutions, lorsque ce sont les critères érigés par le législateur (ou leur absence) qui conduisent directement à d'inéluctables divergences prétoriennes²¹⁸⁷. En outre, l'on ne peut valablement remettre en cause la légitimité du juge, notamment technique, somme toute élémentaire²¹⁸⁸. En définitive, soulignons que le juge est la « *clef de voûte de la dialectique* », en ce qu'il « *assure la médiation du juste et du sage, de l'individuel et du collectif, de la Justice et de l'Ordre, des règles et des valeurs* »²¹⁸⁹. L'intervention du juge « *évite, et c'est heureux, qu'en matière contractuelle, la raison du plus fort soit toujours la meilleure* »²¹⁹⁰. L'on voit bien d'ailleurs que, dans les secteurs ayant cédés à la tentation judiciaire, l'anarchie ne règne guère. Observons brièvement.

617. – Exemple de régulation de l'équilibre contractuel : la modulation des clauses pénales²¹⁹¹.

Ce sont là, par exemple²¹⁹², les fortes réticences que l'on a pu observer lors des réformes de l'article 1152 du Code civil autorisant le juge à réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires²¹⁹³. De manière symptomatique, presque automatique, celles-ci étaient fondées sur la contrariété d'une telle faculté avec la force obligatoire du contrat. En un mot, la crainte de l'insécurité juridique se manifestait à nouveau sensiblement²¹⁹⁴. Or, aujourd'hui, ces critiques semblent ni plus ni moins dépassées (du moins en ce domaine). L'on semble s'être aperçu, en effet, qu'elles n'avaient finalement trouvé aucun écho pratique considérable²¹⁹⁵. Nous rejoignons ainsi l'opinion selon laquelle la

²¹⁸⁶ V. not. les réf. préc. sur ce thème ci-avant.

²¹⁸⁷ On l'a vu, essentiellement en matière de rapport direct (V. *supra* n^{os} 73 et s.).

²¹⁸⁸ V. not. sur ce point le propos de C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. n^{os} 469 et s., p. 241 et s. (et not. : « *L'idéalisme consubstantiel aux principes et l'abstraction inhérente aux lois sont fort mal adaptés au contrôle de l'équilibre contractuel, lequel exige au contraire réalisme et pragmatisme* » (ibid., n^o 471, p. 242)).

²¹⁸⁹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n^o 274, p. 181

²¹⁹⁰ D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », préc., 1993, p. 25

²¹⁹¹ V. not. sur ce thème D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, LGDJ, 1992

²¹⁹² Par exemple, seulement, tant la méfiance de l'intervention des juges dans le contrat n'est plus même pragmatique depuis plusieurs décennies (V. not. sur ce point D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », préc., n^{os} 40 et s.).

²¹⁹³ L. n^o 75-597 du 9 juillet 1975, introduisant un al. 2 dans l'article 1152 C. civ., selon lequel « *Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». La L. n^{os} 85-1097 du 11 oct. 1985 y a ajouté la faculté « *même d'office* » (désormais, l'art. 1152 al. 2 C. civ. est donc ainsi libellé : « *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* »).

²¹⁹⁴ V. not., sur ces réticences, parfois profondes, l'étude de D. Mazeaud (th. préc.). L'auteur le souligne d'ailleurs dès l'introduction. Si la clause pénale ne semblait guère intéresser la doctrine auparavant, « *c'est lorsqu'on a annoncé son déclin, c'est-à-dire quand la loi du 9 juillet 1975 est entrée en vigueur, que la clause pénale a suscité une sorte de frénésie doctrinale* » (ibid., p. 3). Mais pas pour saluer les mérites de la solution adoptée, en faveur d'une modulation judiciaire de ces clauses : « *Sans doute n'était-ce point innocent. Il est, en effet, certain que l'on s'est interrogé sur la notion dans le but de canaliser les excès des juges du fond qui, forts du pouvoir d'équité que leur avait conféré le législateur, risquaient de s'immiscer abusivement dans la loi contractuelle. Par conséquent, il s'agissait, en premier chef, de limiter la portée du pouvoir de révision judiciaire. La réflexion sur la notion était donc orientée, voire faussée, par des impératifs de politique juridique* » (ibid.). Plus en détails sur ces craintes, il faut lire les développements dédiés aux consécutions des deux lois (1975 et 1985), pour prendre plus amplement connaissance du climat doctrinal qui les a entourées (ibid., spéc. n^{os} 55 et s., p. 43 et s., et les nombreuses réf. citées). Il était alors question, dès la réforme de 1975, « *d'atteinte* », de « *recul* », voire de « *remise en cause* », rien que cela, de la force obligatoire. Quant à l'adjonction du « *même d'office* » en 1985, l'encre a également coulé. L'auteur établit pourtant une importante nuance à la portée de l'adjonction issue de cette loi (ibid., spéc. n^o 81, p. 55-56).

²¹⁹⁵ Ce que constate une doctrine spécialiste, avec le recul sur ce thème depuis la loi de 1975. V. not. en ce sens D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », préc., n^{os} 42-43 (et not. : « *Ainsi, lorsque le législateur a réformé le régime de la clause pénale, beaucoup ont prédit sa disparition et ont même proposé d'entonner un requiem en sa mémoire. (...) Pour la clause pénale, non seulement la réforme de 1975 n'a pas provoqué sa disparition des contrats, mais encore, grâce au contrôle vigilant de la Cour de cassation, le pouvoir de révision judiciaire a été rigoureusement canalisé* »). et, parlant à cet égard de « *modération et de sagesse* », D. Mazeaud, « Les

modulation judiciaire des clauses pénales est un exemple de ce que l'intervention du juge dans le contrat ne mène pas au chaos, bien au contraire²¹⁹⁶.

618. – Exemple de régulation du niveau informationnel : la modulation de la protection en matière bancaire (renvoi). Lorsque l'on permet au juge de s'introduire dans le contrat pour en moduler le contenu completif²¹⁹⁷, tenant par exemple au devoir de mise en garde du banquier, l'on s'aperçoit que le chaos ne règne pas davantage que dans l'exemple précédent. Les juges parviennent à dégager avec clarté l'aspect profane ou averti du client, ce qui justifie de déclencher ou non la protection précitée²¹⁹⁸.

619. – Le problème ne dépend donc pas de l'adoption d'un mode d'appréciation *in concreto*. Il peut être surmonté au moyen de critères dûment précisés. Le postulat de ces critiques peut donc être résumé ainsi : l'on préfère ne pas tenir compte des véritables faiblesses ou forces de certains contractants, et appliquer une protection excessivement objective à dessein de tendre vers une sécurité juridique absolue. Or, d'une part, l'on a vu que cette sécurité absolue était un fantasme. D'autre part, l'on vient de voir que cette logique découlait d'une confusion, et que l'insécurité juridique générée le cas échéant provenait en vérité de critères imprécis, non de leur appréciation²¹⁹⁹. La conclusion logique est donc de retenir ce mode d'appréciation en ce qu'il conduit aux solutions les plus justes. Il nous appartiendra de fournir des critères de la partie faible rigoureux et clairs.

620. – Ce que confirme la pratique. Pour preuve, il apparaît nettement à l'aune de l'analyse jurisprudentielle qu'un certain objectif de clarté et de sécurité peut être atteint lorsque le critère érigé n'est pas affecté d'une particulière imprécision. A l'instar du domaine bancaire et de sa distinction emprunteur averti/profane, l'on voit que des motivations rigoureuses peuvent venir évincer l'insécurité

nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 149. Adde H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 641-2, p. 776 (et not. : « *Trop largement interprétée, elle risquait [la loi de 1975] d'entraîner la mort de la clause pénale. Fort heureusement, grâce à la vigilance de la Cour de cassation et à la sagesse des tribunaux, on peut affirmer après de nombreuses années d'application de la réforme de 1975, que la clause pénale a conservé une vitalité certaine* »).

²¹⁹⁶ V. not. en ce sens G. Paisant, « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives », D. 1986, spéc. p. 303, n° 19 (« *Cette solution, qui fait du juge le redresseur [l'auteur traite de l'hypothèse, fiction à l'époque, dans laquelle le juge pourrait trancher sur le caractère abusif d'une clause] des excès contractuels, est a priori la plus simple et la plus souple qui soit. Certes, cette voie a été rejetée en France par le législateur de 1978, qui craignait l'arbitraire du juge et l'insécurité juridique. Toutefois, à la lumière de l'application raisonnable par la jurisprudence de la loi du 9 juil. 1975 sur la clause pénale, on peut penser que désormais cette crainte n'est plus justifiée* »). C'est en effet ce qui semble ressortir de l'analyse de la pratique : V. not. G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) », RTD civ. 1985, p. 647 et s. (spéc. p. 678-679, n° 71 : la normalité reste l'application de la clause pénale ; c'est la raison pour laquelle l'auteur distingue une exigence particulière de motivation dans les seules hypothèses où la modulation est opérée. Ceci semble tout à fait cohérent ; outre que l'ensemble de l'étude en atteste, l'auteur conclut d'ailleurs en soulignant que la « *clause pénale n'est pas morte et la réforme de 1975 n'est pas mort-née* » (ibid., p. 685, n° 87). Est mise en exergue la manière « *sélective* » avec laquelle le juge agit lorsqu'il module une clause pénale, conformément aux souhaits du législateur (ibid., p. 686, n° 87). L'auteur relève une proportion presque égale de clauses modulées (53%) et de clauses non-modulées (47%), ce qui traduit non une incohérence avec l'aspect exceptionnel de la mesure, mais avec le nombre importants d'excès qui ont justement menés à la réforme. Il n'y a donc « *pas à regretter de s'en être remis à la « sagesse des juges »* » (ibid., n° 89), et l'auteur de conclure sur un constat d'« *application raisonnable* » (ibid.).

²¹⁹⁷ L'obligation d'information, not. en matière bancaire, résulte des obligations complétives de l'art. 1135, qui font partie intégrante du contrat (V. sur cette question, *supra* nos 472 et s.).

²¹⁹⁸ V. sur le devoir de mise en garde en cette matière, *supra* nos 594 et s.

²¹⁹⁹ C'est en ce sens qu'il faut lire Carbonnier, lorsqu'il affirme que « *Partie d'une position secondaire dans le tableau classique des sources du droit, elle [la jurisprudence] a conquis la parité avec la loi, même si la dégradation de la loi y a concouru non moins que sa propre ascension* » (*Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 61).

juridique qui est pourtant censée imprégner l'appréciation *in concreto*²²⁰⁰. En effet, il apparaît alors très souvent de manière éclatante que le contractant était ou non vulnérable au point de vue informationnel, et donc véritablement digne ou pas d'invoquer des protections particulières du consentement²²⁰¹.

621. – Remarque annexe : la critique se réclame d'une vision curieusement restreinte de la sécurité juridique. Il faut ajouter que ces considérations prioritaires de sécurité (du moins, de sécurité-intangibilité) mènent, au vrai, à la sécurité du fort, en dépit de celle du faible²²⁰². En effet, quelle est la sécurité du faible qui ignore tout d'un contrat, dont la force obligatoire inébranlable est garantie par l'inertie du juge ? La sécurité de l'un n'est pas nécessairement celle de l'autre. Encore une raison de se méfier de l'invocation d'une telle notion à des fins de méfiance du progrès contractuel. Comme l'a relevé M. Chazal²²⁰³, Demogue avait déjà identifié cette problématique et surtout ses limites. La sécurité parfaite découlerait d'une « *immobilité indéfinie* »²²⁰⁴. La protection du faible appelle ainsi probablement de manière incidente à renouveler la réflexion sur l'ensemble des aspects de la sécurité juridique. Ne pourrait-elle pas être ainsi, celle qui met un terme à la précarisation si fréquente des faibles en matière contractuelle²²⁰⁵ ?

622. – Remarque annexe : au-delà de la part du sentiment due à une confusion, une autre résulte d'une peur irrationnelle. On le voit, l'argument de la sécurité juridique n'est guère convaincant, car, au fond, justice et sécurité ne semblent pas véritablement et frontalement s'exclure mutuellement. Il existe bien une part d'insécurité, mais l'on a vu qu'elle résultait pour beaucoup d'une confusion et, partant, qu'elle pouvait assez être traitée. Au reste, ce qui subsiste de crainte paraît davantage dû à une peur irrationnelle, semblable à celle de l'inconnu en général. L'on rejoindra en effet la position selon laquelle « *L'angoisse de l'insécurité relève, en vérité, plus du sentiment que de la réalité* »²²⁰⁶. Parfois relève-t-elle peut-être même du mythe²²⁰⁷. Pour le vérifier, l'on renverra à nouveau vers les exemples pratiques qui ont été

²²⁰⁰ V. *supra* nos 587 et s.

²²⁰¹ Ceci est en effet éclatant dans la plupart des espèces (et des motivations) étudiées en matière de devoir de mise en garde du banquier (sur ce thème, V. *supra* nos 594 et s.). V. aussi, parmi d'innombrables exemples, Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1994 (92-13.377) : Bull. civ. I, n° 163 ; D. 1994, p. 236, obs. G. Paisant ; RTD com. 1994, p. 768, obs. B. Bouloc (« *attendu qu'appréciant souverainement le degré de connaissances que pouvait avoir en l'espèce l'acquéreur compte tenu de son expérience réduite de la culture du cerfeuil tubéreux, la cour d'appel a justement décidé que la société Royal Sluis, vendeur d'un produit très récemment commercialisé, avait l'obligation de donner à l'utilisateur tous renseignements utiles pour sa mise en œuvre ; qu'ayant constaté qu'en l'espèce, les lacunes de la notice transmise à M. X... ne permettaient pas à cet utilisateur, bien qu'il fut agriculteur, de connaître les conditions précises exigées pour une germination correcte des graines dans les conditions d'utilisation envisagées, les juges du second degré en ont exactement déduit que la société Royal Sluis avait manqué à son obligation d'information envers l'acquéreur* »). V. aussi Cass. 1^{re} civ., 20 juin 1995 (93-15.948) : Bull. civ. I, n° 276 ; D. 1996, p. 12, obs. G. Paisant ; RTD civ. 1996, p. 177, obs. P. Jourdain (« *l'obligation d'information et de conseil du vendeur à l'égard de son client sur l'adaptation du matériel vendu à l'usage auquel il est destiné existe à l'égard de l'acheteur professionnel dans la mesure souverainement appréciée en l'espèce où sa compétence ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques du dispositif en cause* ») ; Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 2004 (01-14.314) : Bull. civ. I, n° 298 ; RTD civ. 2005, p. 381, obs. J. Mestre et B. Fages

²²⁰² J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 124-125

²²⁰³ J.-P. Chazal, loc. cit.

²²⁰⁴ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911, p. 86

²²⁰⁵ V. not. J.-P. Chazal, loc. cit.

²²⁰⁶ J.-P. Chazal, art. préc., p. 127 (et not. : « *Donc de deux choses l'une : ou bien le discours sécuritaire défend, consciemment ou non, les intérêts économiques dominants, et alors il faudrait le dire clairement ; ou bien il cède naïvement à l'utopie d'un monde contractuel figé et sclérosé par de trompeuses certitudes. La seconde branche de l'alternative pourrait tenter les esprits épris de solutions simples et de notions claires* »). Adde sur ce « *sentiment d'insécurité juridique* » en droit contractuel contemporain : D. Mazeaud, « Rapport de synthèse », in *9^e congrès des notaires (Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique)*, Defrénois 1998, spéc. p. 1139 et s.

²²⁰⁷ *Rappr.* Ph. Malaurie, « L'utopie et le bicentenaire du Code civil », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, spéc. p. 5, n° 8 (parlant de « *mythe de la sécurité juridique* » par le recours à la codification).

analysés²²⁰⁸.

623. – Souhait conclusif. Vaincre le spectre inertiel de l'insécurité juridique. Les solutions justes sont celles qui s'attachent aux subtilités de chaque situation. Or, le seul auteur possible de ce genre de mission, c'est le juge²²⁰⁹. Vouloir la justice, c'est donc ne pas craindre le juge, mais lui allouer les moyens de parvenir à cet objectif. Garantir sagement la liberté prime amplement l'obsession de l'insécurité. Montesquieu le disait brillamment : « *Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne) mais qui frappent infailliblement les petits* »²²¹⁰. La réalité est donc dans la complexité. Par où l'on comprend que craindre l'insécurité, fuir la complexité des choses, c'est nécessairement renoncer à la justice concrète. Même ! En invoquant une certaine philosophie, la complexité n'est pas une fin en soi, mais la recherche de la simplicité par la conscience de la difficulté²²¹¹. Le souci de sécurité empêche de conceptualiser des notions à contenu variable, tandis qu'il s'agit peut-être là d'une nécessité de notre temps, que l'empirisme laisse apparaître²²¹² : « *rien ne serait pire qu'un enlèvement crispé du droit français quand tout bouge alentour* »²²¹³.

b – Le garde-fou du risque d'insécurité : le caractère manifeste

624. – L'insécurité juridique peut être surmontée au moyen d'un correctif adéquat, complémentaire d'un critère dûment érigé : le caractère manifeste. Malgré ce qui vient d'être démontré, l'on ne saurait aller jusqu'à nier que l'appréciation *in concreto* ne comporte strictement aucun risque d'incertitudes, d'aléa. Nous venons simplement de montrer en quoi les craintes étaient excessives, ce qui ne signifie pas qu'aucun égard ne doive être accordé à ces questions. Admettons ainsi que des critères d'attribution de la protection, à les considérer adaptés et corrects, ne peuvent sembler suffire à garantir une sécurité juridique optimale. Au-delà, un garde-fou n'est jamais surabondant. C'est pour cela qu'il s'agit ici d'ériger un correctif, à la fois cadre pour le juge et garde-fou de tout excès de protection de la partie faible. Pour éviter tout doute et donc tout risque d'arbitraire, il convient ainsi, nous semble-t-il, d'exiger qu'il n'y aura partie faible que lorsque celle-ci apparaît manifestement²²¹⁴.

²²⁰⁸ V. *supra* nos 587 et s.

²²⁰⁹ Gounot le disait déjà merveilleusement il y a plus d'un siècle : « *Si l'on pose en principe que tout acte de volonté a par lui-même une valeur juridique, et que le contrat comme tel a droit à la protection de la loi, (...) le juge ne doit être qu'un greffier, qui docilement enregistre et rend exécutoires toutes les conventions. Si l'on admet, au contraire, que le libre contrat n'est efficace que dans la mesure de sa conformité aux exigences de la justice et de la solidarité sociale, alors (...) le juge, ministre d'équité et représentant de la société, reçoit, avec des pouvoirs de contrôle étendus, la haute mission d'assurer dans les contrats le respect de la justice* » (*Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Ed. Arthur Rousseau, 1912, p. 122-123).

²²¹⁰ Montesquieu (Ch.-L. de Secondat), *De l'esprit des lois*, vol. II, GF Flammarion, 1999, livre XXIX, chap. XVIII, p. 307

²²¹¹ L'on songe ici aux tout à la fois émouvantes et pertinentes prescriptions rapportées par C. Thibierge-Gelfucci (« *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », RTD civ. 1997, p. 371-372, n° 19, nbp n° 85), rendant hommage à un proche qui se plaisait à les énoncer, selon lesquelles il y aurait « *deux simplicités : celle d'avant la complexité et celle d'après. Peut-être une simplicité de l'ignorance - celle de celui qui n'a pas encore plongé dans la complexité - et une simplicité de la conscience, de celui qui ayant traversé la complexité l'a dépassée* ».

²²¹² V. not. en ce sens C. Thibierge-Gelfucci, art. préc., n° 33 (et not. : peut-être les temps sont-ils « *aux principes à géométrie variable, à la combinaison d'impératifs complémentaires, à la conciliation des fondements (...)* »).

²²¹³ L. Aynès, A. Bénabent et D. Mazeaud, « *Projet de réforme du droit des contrats : éclosion ou enlèvement ?* », D. 2008, p. 1421

²²¹⁴ V. *supra* nos 624 et s.

625. – Signification globale du caractère *manifeste*. En quoi consiste juridiquement ce caractère manifeste ? La doctrine la plus autorisée le définit de manière similaire à son sens commun²²¹⁵ : le doyen Cornu l'assimile à *l'évident*, sous plusieurs nuances, que l'on peut d'ailleurs citer car elles sont toutes convergentes et pertinentes. Le manifeste est ainsi « *criant* » (« *qui appelle et justifie incontestablement une intervention, une réaction* »), « *très apparent* » (en se révélant de lui-même et étant en ce sens incontestable), et enfin « *grave* » (« *parce que nécessairement perceptible et grossier* »)²²¹⁶. L'on voit bien ce qu'une telle exigence est sécurisante. C'est que l'on ne doit déroger aux règles communes par des protections spéciales qu'en cas de motif impérieux, qui ne peut être constitué que par la faiblesse indubitable d'un contractant. Si l'on doute, alors les protections risquent d'être plus néfastes que le mal lui-même.

626. – Applications connues et concluantes du recours exprès au caractère *manifeste*. Ce correctif a également ceci d'attrayant qu'il est déjà éprouvé par le droit positif depuis longtemps, et que l'exigence est donc familière aux juges. C'est notamment le cas en matière de modération de clauses pénales « *manifestement excessives ou dérisoires* »²²¹⁷, ou d'éviction de la solidarité entre époux en cas de « *dépenses manifestement excessives* »²²¹⁸. Dans ces cas, les juges du fond²²¹⁹ établissent un rapport d'évidence entre plusieurs critères, leur permettant de retenir ou non le caractère manifeste. Pour une clause pénale, ils comparent le montant de la peine conventionnellement fixé à celui du préjudice effectivement subi²²²⁰ ; pour des dépenses prétendument excessives, ils comparent le montant de la dépense et, notamment, le « *train de vie du ménage* »²²²¹.

627. – Applications connues et concluantes du recours implicite au caractère *manifeste*.
Exemple de l'appréciation *in concreto* du caractère déterminant du dol. Evidence. Le thème est des plus vastes. Il s'agira donc seulement d'illustrer notre propos par l'exemple simple du dol²²²². Certains propos sont riches d'enseignements : « *La considération que l'on doit avoir pour la sécurité du commerce inciterait à apprécier le caractère déterminant du dol (et donc, de la réticence dolosive), par référence à un modèle abstrait, le contractant normalement avisé. On s'accorde néanmoins à penser que doivent prévaloir ici des considérations de justice. Il paraît bien acquis que la question de savoir si le dol a emporté le consentement est résolue in concreto, en fonction de la personnalité de la victime. (...). La constatation de la faiblesse de la victime*

²²¹⁵ Dictionnaire Larousse, 1990, « Manifeste », p. 610 : « *Dont la nature, la réalité, l'authenticité s'imposent avec évidence* ».

²²¹⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Manifeste », p. 637

²²¹⁷ Art. 1152 C. civ. « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

²²¹⁸ Art. 220 C. civ. : « *Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement. La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant* ».

²²¹⁹ Une telle question de fait leur revient souverainement, naturellement. V. par ex. Cass. 3^e civ., 30 janv. 2008 (06-21.145) : D. 2008, p. 485, obs. A. Vincent (clause pénale) ; Cass. 1^{re} civ., 12 juin 1990 (88-18.808) : Bull. civ. I, n° 158 (solidarité entre époux).

²²²⁰ V. not. Cass. com., 11 févr. 1997 (95-10.851) : Bull. civ. IV, n° 47 ; CCC 1997, n° 75, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1997, p. 740, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1997, p. 654, obs. J. Mestre

²²²¹ Art. 220 al. 2 C. civ., préc.

²²²² Dans le même développement (recours implicite au caractère manifeste), l'on peut citer le pan de l'erreur excusable, où l'on observe que les erreurs inexcusables étaient *in fine* des erreurs grossières, guère véritablement crédibles (V. *infra* nos 690 et s.).

incitera le juge à admettre plus facilement le caractère déterminant du dol »²²²³. Une très dense jurisprudence abonde effectivement en ce sens, prenant en compte, pour moduler l'appréciation du caractère déterminant ou non du dol, l'âge, la crédulité, les « *dispositions psychologiques* »²²²⁴, ainsi qu'une incroyable panoplie d'autres critères comme le caractère, l'instruction ou encore, bien sûr, les compétences, et donc notamment la profession. A l'issue de l'analyse de cette jurisprudence²²²⁵, il ressort que ce genre de critères ne suffit à établir le caractère déterminant de l'information que lorsque se déduit « *l'évidence* » de l'article 1116 du Code civil, ou, du moins, une extrême vraisemblance »²²²⁶.

628. – Autres exemples. Mentionnons aussi un arrêt particulièrement significatif de la chambre commerciale du 28 juin 2005²²²⁷. La protection y est refusée à une prétendue partie faible. Or, comme un auteur l'a très justement souligné, devait-on, en effet, « *expliquer, dans le détail, à un ancien élève de l'ENA, ancien inspecteur des finances, cadre dirigeant d'une grande entreprise, le mécanisme d'une opération à terme, somme toute élémentaire ?* »²²²⁸. La cour d'appel, avant d'être confirmée par la Haute Cour, avait déjà tranché dans le sens de l'évidence : l'absence manifeste de besoin de protection²²²⁹. Pour finir de s'en convaincre, opposons ainsi la protection par le droit de la consommation d'un dirigeant de société sur le fondement des mentions manuscrites dans le cautionnement, alors qu'il résulte *manifestement* qu'il s'agit là d'une manœuvre et non d'un besoin²²³⁰ ; et à l'inverse, par une approche civiliste nimbée d'évidence, un même dirigeant est exclu de toute protection (devoir de mise en garde) en matière bancaire, après une rigoureuse motivation démontrant *manifestement* qu'il n'avait aucun besoin de protection²²³¹.

²²²³ P. Chauvel, Rép. civ. Dalloz, « Dol », juin 2014 (m.a.j. 2014), n^{os} 114-115 ; *Adde*, du même auteur, l'équivalent de ces propos dans sa fameuse thèse dédiée aux vices du consentement (*Le vice du consentement*, th. Paris II, 1981, n^{os} 742 et s., p. 271 et s.).

²²²⁴ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, LGDJ, 1965, spéc. n^o 285, p. 227

²²²⁵ Pour ne citer que ces affaires, V. par ex. Cass. com., 17 juin 2008 (07-15.398) : RTD civ. 2008, p. 671, obs. B. Fages (« *au détriment de cessionnaires vulnérables, ignorant tout de la vie des affaires, des risques encourus par un associé d'une société civile ainsi que des perspectives économiques réelles de la société, la cour d'appel, qui en a déduit que MM. X... et Y... avaient commis une réticence dolosive, dès lors que les cessionnaires n'auraient pas acquis ces parts sociales s'ils avaient été renseignés sur la situation financière exacte de la SCI* »). V. déjà Cass. 3^e civ., 14 mai 1970 (68-12.048) : Bull. civ. III, n^o 329 (« *la veuve Digard, qui sous le nom d'Isnomis, écrit des livres et fait des conférences ésotériques, avait pris une grande influence sur les dames Roussière, femmes simples, crédules et âgées, à qui elle prodiguait des marques d'affection et des promesses, donnait des soins à distance et adressait des textes de prières, des images pieuses et des prophéties, qu'il est ainsi établi que les époux Digard ont obtenu le consentement des dames Roussière en usant à leur égard de mensonges répétés et accompagnés d'artifices et ont pu décider [les juges de renvoi] qu'il y avait donc lieu d'annuler la convention pour cause de dol* »).

²²²⁶ P. Chauvel, Rép. civ. Dalloz, préc., n^o 114

²²²⁷ Cass. com., 28 juin 2005 (03-16.794) : Bull. civ. IV, n^o 140 ; D. 2006, p. 2774, note P. Chauvel ; D. 2005, p. 2838, obs. S. Amrani-Mekki ; CCE 2005, n^o 158, note Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2005, p. 591, obs. J. Mestre et B. Fages

²²²⁸ P. Chauvel, note sous Cass. com., 28 juin 2005, préc.

²²²⁹ « *Il ne pouvait soutenir ne pas avoir compris ce qu'il signait car, compte tenu du fait qu'il était diplômé de l'ENA et qu'il était inspecteur des finances, il pouvait, même s'il n'avait connaissance a priori des mécanismes utilisés, les appréhender rapidement. Comme il avait reconnu avoir la capacité de financer 30 000 bons, il ne pouvait pas non plus soutenir avoir voulu souscrire un simple prêt et s'être fait imposer la signature du contrat de couverture* » (CA Paris, 2 mai 2003 (n^o JurisData : 2003-217703)).

²²³⁰ Cass. com., 10 janv. 2012 (10-26.630) : D. 2012, p. 276, obs. V. Avena-Robardet ; Rev. sociétés 2012, p. 286, note I. Riassetto ; RTD com. 2012, p. 177, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 28-29 mars 2012, p. 14, obs. M.-P. Dumont-Lefrand (« *attendu que toute personne physique, qu'elle soit ou non avertie, doit, dès lors qu'elle s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel, faire précéder sa signature, à peine de nullité de son engagement, qu'il soit commercial ou civil, des mentions manuscrites exigées par les textes susvisés* »). La Cour tranche donc, devant une loi finaliste, en défaveur d'un pourvoi pourtant fort convaincant : « *il serait inexact de considérer M. X... comme un consommateur inexpérimenté et dépassé par ses engagements ; que la forme de la société Etablissements X... est une EURL ce qui veut dire que son dirigeant est son associé unique et son gérant ; qu'il connaît parfaitement la société et comprend le sens du cautionnement lorsqu'il s'engage* ».

²²³¹ Celui-ci était en effet « *dirigeant de la société cautionnée* » et que « *selon son curriculum vitae, elle était titulaire d'un DESS d'administration des entreprises, obtenu en 1988, et se prévalait d'une expérience professionnelle de gestion de sociétés/management, et de compétences en stratégie d'entreprises, développement commercial et analyse de gestion, acquises dans la banque à compter de 1988, puis dans le courtage d'assurances à compter de 1997* » (Cass. com., 18 juin 2013 (12-21.283)).

629. – Bilan préliminaire : l’appréciation *in concreto* mène à des solutions justes et sûres. Un système de prise en compte *in concreto* de tous les facteurs utiles pour apprécier la faiblesse d’un contractant, lorsqu’il est combiné avec une exigence d’évidence (et de motivation) concernant le rapport entre l’information tue et cette même faiblesse, aboutit à un système juste, et le plus sûr possible. L’on parvient à s’approcher au plus près du caractère avéré ou non de la faiblesse. La solution apparaît dès lors effectivement « *éminemment protectrice des faibles* »²²³². Exceptionnellement, le doute raisonnable profitera à la partie prétendument forte, mais tiendra toujours éloignées les prétendues parties faibles. Si elles n’apparaissent pas de manière limpide comme telles, c’est au fond que la faiblesse n’est pas suffisamment profonde pour que se déclenche une telle protection, spéciale et dérogoire. Partant, il n’est en rien critiquable que le principe selon lequel chacun doit être vigilant reprenne ses droits, si la faiblesse du contractant est insuffisante pour l’en dispenser²²³³. La règle procure donc un remède efficace aux vastes injustices dénoncées²²³⁴. Elle embrasse « *tous les faibles, mais rien que les faibles* »²²³⁵. L’on osera à peine rappeler, au surplus, que la sécurité juridique connaît nécessairement un effet bénéfique, puisque le droit est beaucoup plus intelligible et plus clair²²³⁶.

630. – Appréciation en matière de partie faible *de lege ferenda*. A admettre cette solution, comment procéder en matière spécifique de partie faible, *de lege ferenda* ? L’on entend caractériser une faiblesse d’une manière qui saute aux yeux. Cela s’oppose naturellement à l’hypothétique, le probable, l’éventuel. Il faudra transposer cette méthode à la prise en compte des éléments pertinents pour détecter une partie faible. Quels sont-ils globalement ?

631. – Application du caractère manifeste aux éléments utiles pour déterminer l’existence d’une partie faible. La partie faible nous semble mettre en lumière la seule dichotomie qui devrait importer, qui n’est pas celle – particulière – du professionnel/consommateur, mais celle – générale – du contractant avisé (averti, éclairé, documenté concluant)/profane (novice, inexpérimenté, ignorant les spécificités de la matière concernée)²²³⁷. Concrètement, l’infériorité informationnelle tient donc à deux choses : soit à l’objet du contrat (chose concernée), soit à sa nature (opération concernée). Au-delà de cette assiette de l’ignorance, les éléments à prendre en compte sont les suivants : le niveau de complexité de l’information prétendument ignorée, couplé, comparé, au degré de faiblesse relevé chez la

²²³² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 238, p. 250 ; *Adde* clairement en ce sens H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n° 195, p. 188 (et not. : « *l’auteur du dol, comme l’escroc, choisit une dupe particulièrement naïve ; il ose les manœuvres et mensonges d’après le degré d’intelligence qu’il suppose chez sa victime ; ce sont donc les personnes les plus faibles, les moins expérimentées qui doivent être le mieux défendues* »).

²²³³ Par où l’on entend donc réfuter le genre de critiques lancées contre une appréhension concrète de la faiblesse des contractants, qui tend à dénoncer l’absence de prise en compte des faibles degrés de faiblesse (V. not. Ch. Bourrier, *La faiblesse d’une partie au contrat*, Academia, 2004, n° 11, p. 25).

²²³⁴ Tout au long de la première partie de notre étude (soulignant les effets néfastes d’une démarche abstraite).

²²³⁵ La formule est empruntée à J.P. Chazal (*De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 231 (formule exacte, sous le prisme de la thèse de l’auteur : « *La protection des économiquement faibles doit couvrir tous les faibles, mais rien que les faibles* »).

²²³⁶ V. not. en ce sens : M. Fontaine, « La protection du consommateur et l’harmonisation du droit européen des contrats », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 397, n° 30, affirmant que le droit commun serait plus adéquat pour recueillir les règles gouvernant la situation particulière de la partie faible, à titre d’exception, pour des raisons de cohérence et de lisibilité.

²²³⁷ Une idée similaire a été très brièvement évoquée, dans un contexte quelque peu différent, les auteurs critiquant toute extension de la protection consumériste aux professionnels. Il s’agissait d’envisager un « *binôme compétent-profane* », ces auteurs concédant même que « *le critère serait théoriquement satisfaisant* » (J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 13, p. 13, avant d’en établir une critique).

prétendue partie faible. Ainsi, il est tout à fait possible qu'un contractant puisse être une partie faible, tout en étant certes informé dans un domaine, mais de manière trop insatisfaisante par rapport à des informations qui étaient indispensables et qui présentaient une forte complexité²²³⁸. Il est, à l'inverse, admissible qu'une partie qui ignore tout d'un contrat lors de sa conclusion ne puisse pas être qualifiée de partie faible, parce que l'information était jugée à la portée de tous. C'est de ce rapport que doit jaillir l'évidence, le manifeste. L'on voit déjà à quel point la légitimité de l'ignorance irrigue la notion de partie faible²²³⁹.

2 - *Les critiques secondaires*

632. – Plan. Ces critiques secondaires peuvent être globalement ramenées à deux sortes. Elles tendent, d'une part, à dénoncer des risques (a) et, d'autre part, pour le moins paradoxalement après ce qui a été étudié, des discriminations (b).

a – *De prétendus risques*

633. – 1° Un élargissement excessif des titulaires de la protection conduirait à un système dangereux, inversant le principe et l'exception. L'appréciation *in concreto* ayant vocation à détecter, au premier abord, davantage de parties faibles, une doctrine autorisée a pu affirmer qu'un tel élargissement des bénéficiaires d'une protection spéciale réduirait d'autant le niveau corrélatif de celle-ci. « *Qui trop embrasse, mal étreint* », reprend M. Leveneur pour illustrer le propos²²⁴⁰. Il y aurait alors une forme d'inversion du principe et de l'exception²²⁴¹. Alors, en réduisant la spécificité des protections accordées, l'on en réduirait nécessairement la portée²²⁴². La démarche serait donc incohérente par rapport au but profond poursuivi. A l'endroit de notre proposition, cet argument peut être relativisé voire renversé pour au moins deux raisons.

634. – Non. Car la partie faible générique n'implique pas un élargissement particulier. La conceptualisation d'une partie faible de droit commun n'a nullement pour objet d'élargir quantitativement les titulaires d'une protection spéciale du consentement. En effet, la prise en compte non seulement des faiblesses de certains contractants actuellement exclus, mais également des forces de contractants actuellement protégés, mènerait vraisemblablement à que le nombre de contractants

²²³⁸ Songeons, pour illustrer le propos, à l'exemple des contrats dits informatiques, qui, parce qu'ils contiennent le plus souvent une forte complexité technique, sont soumis à un régime informatif plus rigoureux à l'égard du vendeur ou du concepteur (en bref du fournisseur) : V. not. sur ce point J. Huet et N. Bouche, *Les contrats informatiques*, LexisNexis, 2011, spéc. nos 24 et s., p. 15 et s. (et les nombreuses et diverses réf. citées). V. not. la solution de Cass. com., 19 févr. 2008 (06-17.669).

²²³⁹ Sur ce point, V. not. *infra* nos 676 et s.

²²⁴⁰ L. Leveneur, « Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », CCC 1996, n° 4, spéc. p. 2

²²⁴¹ V. sur ce point G. Paisant, « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », JCP G 2003, I, 121 (spéc. n° 1 : « *ceux s'en trouvant exclus apparaissant alors soumis à un statut spécial, comme par inversion du principe et de l'exception* »)

²²⁴² V. not. en ce sens : J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 13, p. 13 ; L. Leveneur, « Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité », CCC 1994, n° 3, p. 2 ; A. Sinay-Cytermann, « Protection ou surprotection du consommateur ? », JCP G 1994, I, 3804, n° 15 ; V. aussi G. Paisant, « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, spéc. p. 31, n° 29 ; N. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000, spéc. n° 398, p. 250-251

encadrés sous l'empire de cette nouvelle méthode soit sensiblement le même. La différence résidera cependant en un point fondamental : la protection sera saine, car elle n'aura été accordée que dans des cas où elle est effectivement nécessaire. En outre, il est même envisageable que le nombre de contractants protégés soit inférieur. La critique, transposée à notre proposition, n'est donc pas un obstacle. Si l'assiette des contractants protégeables est plus large, les conditions de protection sont resserrées et le résultat obtenu est donc régulé.

635. – Non. Car les règles de protection ne perdraient pas leur efficacité, même à admettre l'hypothèse de l'extension quantitative. La spécificité des règles spéciales de protection du consentement ne serait pas atteinte. C'est que changer le mode d'attribution des règles protectrices ne revient pas à désincarner un système protecteur. En outre, les règles consuméristes se trouveraient recadrées dans leur strict champ d'application²²⁴³. Dans le même temps, les autres parties faibles seraient potentiellement accueillies par le droit commun. L'on voit mal, il est vrai, où se situe la véracité de cette prétendue corrélation avec une carence en efficacité, même à admettre l'extension quantitative : « *L'argument ne tient pas. On ne voit pas pourquoi protéger tous les contractants qui le méritent aboutirait à les protéger de façon moins efficace* »²²⁴⁴. Il nous semble en effet que la critique vise en réalité à affirmer qu'il ne vaut mieux pas protéger tous les faibles, car cela affecterait le statut spécial de certains, en l'occurrence des consommateurs. Cet élitisme est difficile à admettre.

636. – 2° Les cordonniers seraient les plus mal chaussés. L'appréciation *in concreto* devant conduire à détecter si un contractant avait des connaissances suffisantes ou des compétences propres à lui permettre de détenir ou d'acquérir une information, une autre raison a pu être invoquée, en ce sens, contre ce système. Ainsi, « *Psychologiquement, il est avéré, en tous domaines, que le spécialiste n'est jamais le meilleur juge de ses propres affaires et qu'il lui sera toujours utile d'avoir l'avis objectif d'un tiers éclairé* »²²⁴⁵. Nous n'en sommes, pour ce qui est de notre sujet, guère convaincus.

637. – Et la responsabilisation de chacun ? Devant le lieu commun qu'elle constitue, cette idée semble difficile à contester. Pour autant, en matière contractuelle, nous la trouvons contestable. En effet, l'on prône la responsabilisation de chacun, et la protection lorsque le besoin est avéré. Il faut garder à l'esprit que « *le privilège extraordinaire de la liberté, c'est d'être responsable lorsqu'on est éclairé* »²²⁴⁶. La « *Tentation de l'innocence* »²²⁴⁷ doit être combattue. Or considérer que celui qui sait ne serait pas suffisamment compétent pour gérer ses affaires, c'est à plus forte raison encore considérer que l'ignorant est un parfait incapable ! D'ailleurs, J.-L. Aubert précisait avec raison que la remarque précitée valait bien davantage pour le « *client compétent* » que pour le « *professionnel avisé* », le premier

²²⁴³ C'est-à-dire aux consommateurs au sens strict (V. *supra* n° 508).

²²⁴⁴ Et l'auteur de poursuivre, avec raison : « *Que l'on sache le fait que l'erreur spontanée (art. 1110 c. civ.) ou provoquée (art. 1116 c. civ.) engendre, lorsqu'elle a été déterminante, l'anéantissement du contrat à la demande de tous les contractants dont le consentement n'a pas été exprimé avec lucidité n'affaiblit pas l'efficacité de la théorie des vices du consentement* » (D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », RTD com. 1998, p. 103, n° 15). Et les exemples d'être développés à l'envi : n'est-ce pas l'exacte même conclusion qui devrait dès lors présider à l'admission de la réticence dolosive ? Du vice de violence économique ?

²²⁴⁵ J.-L. Aubert, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 juil. 1991 (90-12.065), Defrénois 1991, p. 1272 ; idée reprise dans l'ouvrage du même auteur consacré à la question : J.-L. Aubert, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2008, spéc. n° 101, p. 134

²²⁴⁶ Ph. Malaurie, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2002 (99-15.217), Defrénois 2003, p. 316

²²⁴⁷ P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Grassat, 1995 (V. plus en détails sur ces idées, *infra* nos 676 et s.).

constituant en effet une catégorie plus « *diffuse et compréhensive* »²²⁴⁸. Voilà une raison pour laquelle l'appréciation concrète des connaissances devra être effectuée en toute hypothèse. Un client compétent peut détenir l'information dont il invoque l'ignorance, et un professionnel avisé peut au contraire véritablement l'ignorer. C'est que le client compétent est peut-être un professionnel bien plus avisé que celui avec lequel il contracte²²⁴⁹... L'importance du critère érigé pour construire juridiquement la partie faible prend encore une fois toute son importance.

638. – 3° Ce système engendrerait un encombrement supplémentaire des tribunaux (renvoi).

L'on pourrait enfin opposer au système d'appréciation *in concreto* du critère de la partie faible qu'il contribuerait encore davantage à l'« *explosion judiciaire* »²²⁵⁰. Il est impossible, en effet, de démontrer que la création d'une nouvelle notion et de l'appréciation concrète de ses différents critères n'engendrera pas un nouveau contentieux relativement conséquent. De là à dire que cette création alimenterait considérablement l'encombrement des tribunaux, il y a un cap que nous ne franchirons pas. La création de la partie faible clarifiera davantage de points de droit qu'elle ne cristallisera de doutes susceptibles d'engendrer des procès inutiles²²⁵¹. Autrement dit, la part des contentieux qui en naîtra sera plus que largement compensée par la disparition des multiples autres contentieux où l'incertitude a généré jusqu'à ce jour un gaspillage de moyens juridiques abyssal, qui aurait pu, au reste, quant à lui, être évité. Encore un grief qui n'est donc intellectuellement guère un obstacle.

b – De prétendues discriminations

639. – 1° L'égard aux connaissances concrètes engendrerait un système discriminatoire. L'on a pu affirmer qu'un système qui modulerait ainsi la protection du consentement serait discriminatoire, à plus forte raison encore quand le service de conseil est spécialement rémunéré, comme en matière notariale²²⁵². En effet, certains contractants en position similaire ou à rémunération égale ne bénéficieraient pas de la même protection. Tout ceci peut être réfuté.

640. – A titre liminaire, la critique est curieuse tant le système actuel est déjà discriminatoire et tant l'argument conduit à le perpétuer. Il serait curieux d'opposer l'argument de la discrimination à une proposition qui a précisément pour vocation d'y remédier ! En outre, c'est bien davantage le système actuel qui en est source. En ce qui concerne les contrats où l'information n'est pas particulièrement rémunérée, par exemple lorsque les professionnels-consommateurs acquièrent du matériel qui n'est pas directement lié à leur activité, l'on constate que le système actuel mène à de véritables et injustifiables discriminations. Comme il a été vu, il n'est pas rare qu'un même type de professionnel pour un même contrat soit protégé ou non selon l'année, la ville²²⁵³... En outre, peu contestent que le consommateur est davantage protégé qu'un contractant qui ne l'est pas, ou qu'un

²²⁴⁸ J.-L. Aubert, obs. préc.

²²⁴⁹ Repensons à l'exemple, qui constitue certes un cas d'école, de Bill Gates (V. *supra* n° 260).

²²⁵⁰ V. *supra* n° 612

²²⁵¹ V. sur ces questions *supra* nos 497 et s.

²²⁵² V. not. J.-L. Aubert, obs. préc.

²²⁵³ V. *supra* nos 73 et s.

acheteur le soit plus qu'un vendeur, abstraction faite de leur détresse concrète éventuelle. Ainsi, le reproche de la discrimination est surabondant. C'est que l'on voit mal pourquoi il y aurait des discriminations soudainement blâmables dans un système qui protège véritablement le faible.

641. – L'argument est contestable même lorsque le conseil est rémunéré. Le but est l'information du client. Concernant les contrats qui impliquent une rémunération particulière de l'information, la critique est également discutable, et d'ailleurs à plus forte raison encore. Pour reprendre l'exemple du domaine notarial, l'on a vu que l'obligation de conseil se distinguait de l'obligation de certification d'acte, de telle sorte que la rémunération perçue concerne un tout. Et cet ensemble qui s'apprécie par le résultat envisagé : un acte valable car authentique, et pleinement efficace grâce au conseil à l'endroit du client. Or, l'on a vu la distinction existant entre ces deux obligations²²⁵⁴. Le conseil ne répond pas de la même logique que le devoir de certification de l'acte, et n'en a guère les mêmes sources. Si tous les clients doivent bénéficier de l'acte authentique qu'ils sont venus obtenir, la modulation du conseil selon les clients ne constitue en rien une source de discriminations. Comment obliger le notaire à dispenser un conseil parfaitement inutile à un client dont la compétence est avérée²²⁵⁵ ?

642. – L'argument est contestable même lorsque le conseil est rémunéré. La pratique n'impliquerait jamais de discrimination. Le rôle négatif de la partie faible, l'exception de faiblesse. La discrimination serait un mirage. En effet, notre proposition n'impliquera jamais de distinction entre les contractants, au moment de conclure, pour la simple raison que la notion de partie faible jouera ici un rôle négatif. En pratique, pour prolonger encore cet exemple, le notaire dispensera utilement son conseil à tous ses clients, sans distinction. Ce n'est que devant les prétoires, et lorsqu'un client reconnu averti contestera le conseil rigoureux du notaire, que l'on pourra lui rétorquer qu'il ne constitue pas une partie faible, et qu'il ne peut ainsi reporter les conséquences de sa légèreté sur l'officier public. Dès lors, l'argument de la discrimination est fictif, puisque le conseil sera dispensé uniformément. C'est ce que l'on a décrit comme *l'exception de faiblesse*²²⁵⁶. La solution empêchera simplement les recours dilatoires, qui sont actuellement légions, et favorablement reçus.

643. – 2° Dans la même veine, la discrimination naîtrait d'une prise en compte imparfaite de la faiblesse, seulement la plus grave (thèse de M. Bourrier). Pour M. Bourrier, qui a consacré sa thèse à mettre en lumière la faiblesse d'une partie au contrat²²⁵⁷, l'on doit nécessairement distinguer, et les faire s'entrelasser, les faiblesses dites *inhérente à la situation personnelle dans le contrat* et *inhérente à la position dans le contrat*. Celle que nous cultivons (la première), se trouve plutôt dénigrée ; tandis que celle que nous dénigrions (la seconde), se trouve clairement cultivée. Ceci est cohérent, puisque la première implique une appréciation *in concreto*, « *il ne fait aucun doute que les contractants les plus faibles, ceux dont la*

²²⁵⁴ V. *supra* n° 370

²²⁵⁵ L'on perçoit d'ailleurs l'in vraisemblance de la jurisprudence dont il ressort, comme on l'a vu, que le notaire doit apparemment presque forcer le client à recevoir les informations qu'il connaît déjà, voire celles dont il affirme expressément ne pas avoir besoin (V. *supra* nos 363 et s.).

²²⁵⁶ V. *supra* nos 500, 512-513

²²⁵⁷ Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004

vulnérabilité est la plus flagrante, seront entièrement protégés », tandis que « *le contractant qui ne présente pas une telle gravité dans la faiblesse dont il est victime ne sera pas protégé ou alors seulement dans des cas bien précis. Seule la faiblesse présentant des caractères de gravité sera traitée par le droit positif, la faiblesse plus bénigne sera toujours délaissée* »²²⁵⁸.

644. – Opposition radicale avec notre position. Notre premier sentiment n'est guère tourné vers la critique. En effet, la position idéologique poursuivie par l'étude précédente et par la nôtre est si opposée qu'il n'y a pas, *a priori*, à en critiquer la résultante²²⁵⁹. Disons simplement ceci. Nous ne croyons pas à une telle mise à l'écart de faibles méritant protection par le prisme du développement de notre proposition, attachée à ces *faiblesses inhérentes à la personne*, et donc à l'appréciation *in concreto*. Il nous semble que, soit l'on est manifestement faible et il devient justifié d'entraver les principes de notre droit des contrats pour accorder une protection dérogatoire ; soit on ne l'est pas, et le principe de la liberté contractuelle et de la responsabilisation de chacun doit reprendre ses droits. Dire que cette voie méconnaît des degrés de faiblesse qui devraient trouver le secours d'une protection nous semble dès lors inapproprié, car revenant, à notre sens, à considérer que des faiblesses dont la légitimité serait douteuse devraient être encadrées. Après tout, cette faiblesse *plus bénigne* ne mérite tout simplement pas de déclencher un régime protecteur si important. Peut-être, en effet, que le remède travestirait le bien espéré en mal caractérisé.

§II – La substance du critère

645. – L'infériorité suppose l'étude plus large de la puissance informationnelle. Son référentiel se trouve précisément dans l'altérité constituée par le cocontractant. L'on ne peut définir l'infériorité informationnelle en elle-même : il ne conviendrait pas de protéger la faiblesse objective d'un contractant, mais bien sa possible vulnérabilité informationnelle eu égard à la compétence de son cocontractant. Notre critère a ainsi été préféré à celui de *faiblesse informationnelle*²²⁶⁰. C'est que l'on ne peut se désintéresser du cocontractant de la prétendue partie faible, en tant qu'il constitue l'indispensable référentiel à partir duquel on va pouvoir évaluer l'infériorité informationnelle manifeste et légitime. « *Reste à savoir sur quoi porte le déséquilibre* »²²⁶¹.

646. – Plan. C'est ainsi que nous tracerons les contours de la notion de compétence, reflet de la puissance informationnelle (A), afin de mettre en lumière les outils servant à déterminer s'il existe une partie avertie et une partie en situation d'infériorité informationnelle. Mais même avérée, cette

²²⁵⁸ L'idée est celle de l'étude entière de Ch. Bourrier (plus précisément, de sa première partie consacrée à ce genre de faiblesse dite inhérente), ce passage (ibid., n° 11, p. 25) n'en constituant qu'une synthèse fort éclairante et pouvant être reproduite.

²²⁵⁹ Là où nous voyons des abus dans la protection abstraite, l'auteur semble y voir plutôt des effets bénéfiques. Par ex., là où nous distinguons de nombreux consommateurs abusifs, l'auteur voit davantage que nombre de consommateurs sont protégés grâce à une telle abstraction, tandis qu'ils seraient (à son sens) délaissés si une autre voie avait uniquement été privilégiée. L'on a suffisamment insisté sur l'extrême défiance que nous manifestons à l'endroit des protections abstraites (i.e. *inhérentes à la position*) (V. le titre premier de la première partie de notre étude).

²²⁶⁰ V. *supra* n° 583

²²⁶¹ H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. Montero, Larcier, 2010, n° 29, p. 63 (et not. : « *S'il y a faiblesse de l'un des parties, c'est parce que, par la conjugaison d'une série de facteurs, elle n'est pas sur un pied d'égalité avec l'autre partie. Reste à savoir sur quoi porte le déséquilibre* »).

infériorité informationnelle (par hypothèse manifeste à ce stade) devra encore être légitime, pour être accueillie (B). En effet, la justice contractuelle ne doit jouer qu'à l'égard du faible qui n'a pas les moyens de détenir ou d'obtenir soi-même l'information. La question de la preuve sera enfin traitée (C).

A – L'objet du critère : la compétence

647. – Chaque Homme est également doué de raison. La puissance informationnelle, et avec elle la faiblesse ou non, c'est donc (seulement) la compétence . Ce qui suit nous semble fondamental. On ne saurait mieux le dire : la protection, et notamment l'information²²⁶², ne trouve sa source que dans un « déséquilibre de compétences »²²⁶³. En effet, la compétence, c'est précisément l'aptitude informationnelle par les connaissances personnelles et l'expérience professionnelle²²⁶⁴. C'est donc, par là même, la substance opportune du critère de qualification de la partie faible. L'on a également pu lire qu' « *A l'évidence, profession et catégorie socioprofessionnelle seront à prendre en considération. Pour le reste, les juges du fond devront s'attacher à l'ensemble des éléments du dossier* »²²⁶⁵. Nous nous en tiendrons là, et non point à des considérations d'intelligence, de courage, de sang-froid, d'habileté..., autant de caractéristiques dont la prise en compte serait éminemment réductrice de certains au profit d'autres²²⁶⁶, et qui traduirait une vision des hommes, et de la manière d'appréhender la faiblesse en droit des contrats, lourde de conséquences²²⁶⁷. L'équité, en effet, ne peut aller jusqu'à traiter toutes les inégalités naturelles des hommes²²⁶⁸. Cette « tension »²²⁶⁹ ne peut être intégralement apaisée par le droit de la protection du faible, car il n'est ni apte ni habilité pour égaliser parfaitement les individus entre eux. Et, à la réflexion, il n'apparaît guère souhaitable qu'il le soit, tant il est suffisamment répandu que ce sont les différences des hommes qui permettent précisément à l'humanité d'exister. Aussi retiendrons-nous les sages

²²⁶² V. not. P. Jourdain, « Le devoir de « se » renseigner », D. 1983, spéc. p. 139 (« *L'obligation de renseignement a sa source dans un déséquilibre des connaissances entre contractants, généralement présumé à partir d'une inégalité des compétences* »).

²²⁶³ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », préc., p. 129

²²⁶⁴ Le terme compétence connaît d'abord une signification objective, relative aux matières qui appartiennent à tel ou tel tribunal (XV^e-XVI^e siècles). Puis, à partir du XVII^e siècle, le sens du mot renvoie également à la qualité de celui qui est « *capable par ses connaissances et son expérience* » (*Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), t. I, 4^e éd., Le Robert, 2012, p. 784)). Ceci correspond parfaitement à ce qu'il faut mesurer chez une prétendue partie faible.

²²⁶⁵ V. Avena-Robardet, note sous Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 2005 (03-17.443), D. 2005, p. 3084

²²⁶⁶ Pour reprendre Aristote, il y a là des vertus particulières (*Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997, Livre II, spéc. p. 108 et s.), qui n'entrent pas dans le cœur de la réflexion à propos des actes volontaires (sur lesquels *ibid.*, Livre III, p. 119 et s.), qui se définissent comme ceux qui sont libres et éclairés (sans contrainte, sans ignorance). Des actes effectués sous les passions du désir sont donc volontaires. Transposé à notre propos, l'on ne peut considérer qu'un contractant a besoin de protection que lorsqu'il ne dispose pas des éléments nécessaires pour choisir. Le reste de son humanité, et ses excès potentiels, lui appartient. Sans quoi il ne serait pas libre.

²²⁶⁷ V. par ex., pour un point de vue parfaitement opposé au nôtre, L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002, spéc. n° 122, p. 91 (et not. : « *la thèse de la volonté rationnelle permet certes de protéger le plus faible mais dans un seul objectif : lui donner les moyens de se décider de manière rationnelle. Or, l'absence de valeurs supérieures autorise un exercice incontrôlé de la liberté individuelle, retrouvant les excès auxquels avait conduit la conception classique de l'autonomie de la volonté. Seuls ceux qui savent utiliser ces moyens d'aide à la décision bénéficient en réalité de la protection, mais non les autres. En réalité considérer la volonté subordonnée à la raison, c'est lui donner une image aussi idéaliste et abstraite que celle attribuée à l'autonomie de la volonté. N'est-ce pas utopique de considérer chaque homme doué du même esprit raisonnable, de surcroît de manière permanente ?* »).

²²⁶⁸ Rappr. Ph. Bénétou, *Introduction à la politique*, PUF, 1997, spéc. p. 286 (à l'égard de l'égalité de statut juridique issu de la Révolution, *leitmotiv* de nos jours : « *Cette égalité de statut ne remet nullement en question les inégalités économiques et sociales en tant que telles mais elle en fixe différemment les sources légitimes. (...) En d'autres termes, les hommes doivent disposer d'une égale liberté pour accéder à des positions sociales inégales* ») ; et, plus loin (*ibid.*, p. 296) : « *ce principe égalitaire ne s'étend pas au-delà de l'égalité de statut (...), les hommes ont des facultés inégales que consacrent les distinctions sociales* »).

²²⁶⁹ Ph. Bénétou, *op. cit.*, p. 298 (formule exacte : « *Cette tension entre l'égalité juridique et politique et l'inégalité sociale demeure l'un des traits caractéristiques des sociétés démo-libérales* », mais reconnaissant (et l'on se situe alors bien plus précisément encore dans le thème de cette étude) que « *la frontière entre la sphère régie par l'égalité et le domaine « abandonné » aux inégalités s'est très sensiblement déplacée* »).

prescriptions de M. Dejean de la Bâtie : « *si l'intelligence est inégalement distribuée aux hommes, la raison (...) leur est pourtant commune* »²²⁷⁰. Descartes, trois siècles plus tôt, l'exprimait déjà avec une perfection déconcertante²²⁷¹. La faiblesse ne devra donc être appréhendée qu'à partir de cette communauté non discriminatoire²²⁷², en considérant que chacun est à même d'agir raisonnablement, si et seulement s'il dispose des informations, de la *vertu*²²⁷³ (et non des *vertus particulières*²²⁷⁴), nécessaires pour apprécier la nature et la portée du contrat. C'est en ce sens aussi qu'il faut comprendre les préceptes d'Aristote selon lesquels on ne peut subir volontairement l'injustice : nul ne peut en effet consentir volontairement, « *à être traité injustement, car personne ne souhaite cela, pas même l'homme intempérant (...)* »²²⁷⁵. Ces idées nous semblent transposables au droit, par le recours à la thèse d'un volontarisme rationalisé²²⁷⁶. En outre, ceci nous paraît être, à l'origine, le sens de la distinction du professionnel et des autres : le premier sait ou a les moyens de savoir²²⁷⁷. Nous voici parvenus au bout du raisonnement : si une telle sorte d'ignorance est caractérisée, alors y aura-t-il lieu de considérer que la volonté n'a pu sainement s'élaborer²²⁷⁸, et il sera donc nécessaire de protéger *la partie faible*.

648. – Plan. Ceci traduit fort bien les propos qui vont suivre. Si la raison est commune, alors la manière de distinguer ne peut résider qu'en l'aptitude à raisonner sainement. Or cette aptitude ne peut donc découler que des compétences de chacun, la raison étant une caractéristique commune. Les facteurs de la puissance informationnelle semblent ainsi pouvoir être constitués par les compétences professionnelles²²⁷⁹ (1), mais aussi par les potentielles compétences personnelles²²⁸⁰ (2).

²²⁷⁰ N. Dejean de la Bâtie, th. préc., n° 191, p. 159 (et l'auteur d'ainsi poursuivre son propos : « *Or si cette idée, mal comprise, prête aux pires abus (on en déduit, au mépris de toute vraisemblance psychologique, que n'importe qui est toujours à même d'agir rationnellement), il est légitime de la retenir pour observer que l'évidence rationnelle est la même pour tous. Il s'ensuit que même un homme d'intelligence médiocre peut, s'il se trouve dans des conditions psychologiques favorables, comprendre pourquoi telle conduite est raisonnable et telle autre est déraisonnable* »).

²²⁷¹ Par ex. : « *la puissance de bien juger, et distinguer le vrai d'avec le faux, qui est proprement ce qu'on nomme le bon sens ou la raison, est naturellement égale en tous les hommes ; et ainsi que la diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverses voies et ne considérons pas les mêmes choses* » (*Discours de la méthode*, GF Flammarion, 2000, p. 29-30).

²²⁷² Qui n'exclut donc pas les autres particularités classiquement prises en compte comme l'« *affaiblissement des facultés mentales ou physiques, notamment du fait l'âge ou de la maladie* » ou même l'« *éducation* » (N. Dejean de la Bâtie, th. préc., n° 282, p. 225-226), car il n'y a pas ici de parti pris, de jugement de valeur du contractant en cause. V. aussi en ce sens A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, spéc. n° 385, p. 346

²²⁷³ Parallèle avec certains préceptes d'Aristote dédiés à la vertu, distinguant entre vertu *intellectuelle* et vertu *morale* (*Ethique à Nicomaque*, préc., Livre II, p. 87 et s.). La première procède essentiellement de l'enseignement, tandis que la seconde est tirée de l'habitude, dans la connaissance par la pratique.

²²⁷⁴ V. réf. préc. ci-avant.

²²⁷⁵ Aristote, op. cit., Livre V, p. 260

²²⁷⁶ N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1988, spéc. nos 226 et s., p. 175 et s. (V. en détails sur ce point et la conception du volontarisme que nous nous faisons, *infra* nos 778 et s.).

²²⁷⁷ Comme le souligne S. Vialle dans sa thèse consacrée à la question, l'état professionnel n'est pas qu'économique (activité de production, habitude, organisation, lucratif), il est aussi « *technique* » (V. sur ce point les développements consacrés : *La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. I, th. Grenoble, 1990, p. 42 et s.). Le professionnel est donc assimilé « *à la possession d'un certain savoir, d'un minimum de compétence conféré par l'expérience ou par l'acquisition de connaissances* » (ibid., p. 42). C'est précisément ceci qu'étudie l'auteur dans ses développements ultérieurs consacrés à la « *compétence professionnelle* », véritable caractéristique (du moins normalement, scientifiquement, contrairement à la dénaturation consumériste que l'on connaît du professionnel (ibid., p. 54 et s.), par le prisme d'une « *qualification individuelle* » (ibid., p. 56 et s.), qui détermine tout à la fois l'accès à la profession et l'exercice de celle-ci (ibid., p. 58 et s.). Sous l'Ancien Régime, déjà, « *l'exercice d'une activité professionnelle nécessitait l'acquisition d'un certain nombre de connaissances qui étaient dispensées et contrôlées par l'organisation corporative* » (ibid., p. 56). Puis, ce système s'effondra. Pour autant, plus tard, la complexification des activités et la multiplication des accidents menèrent à exiger des qualifications, et le professionnel allait donc revenir sur le devant de la scène. Depuis, ceci n'a cessé de se développer. Le lien, rompu un temps avec les qualifications et donc le savoir, est ainsi réapparu avec vigueur (ibid., p. 57).

²²⁷⁸ Sur le processus psychologique que constitue la volonté, V. *supra* n° 546

²²⁷⁹ *Rappr.* spéc. de la première partie de la *Méthode* (R. Descartes, op. cit., p. 29 et s.), dans laquelle Descartes explicite

649. – Plan. Les compétences professionnelles sont des éléments de premier ordre dans la détermination de la puissance informationnelle d'un contractant. Elles constituent en effet de la source première de toute connaissance détaillée en une matière. L'étendue de ces compétences professionnelles doit être précisée (a). En outre, la pertinence avec laquelle elles devront être retenues doit être rigoureuse pour tendre au juste : c'est la question de la spécialité. C'est en effet que seules celles qui engendrent véritablement un niveau informationnel suffisant doivent être retenues, sous peine de basculer à nouveau dans l'abstraction (b).

a – Le champ des compétences professionnelles

650. – Le cas général : les connaissances tirées de l'activité elle-même. Les compétences professionnelles sont essentiellement entendues comme les connaissances techniques tirées de l'activité concernée, c'est-à-dire acquises grâce à elle. Il semble en effet de bon sens de considérer que l'exercice répété d'une activité, en l'occurrence professionnelle, engendre l'accumulation d'un savoir considérable dans un domaine.

651. – Illustration. L'on saluera ainsi, en ce sens, de nombreuses décisions faisant peser des obligations plus lourdes sur certains vendeurs de biens immobiliers (n'agissant pas en tant que professionnels mais en tant que simples particuliers), du fait de la profession exercée ainsi que du travail fait sur ces biens²²⁸¹. C'est qu' « *il faut bien admettre que le professionnel ne perd pas ses compétences du seul fait qu'il s'engage à titre privé* »²²⁸² !

652. – Le cas particulier : les compétences acquises de manière annexe à l'activité professionnelle. Certaines compétences, parfois, ne sont pas directement issues de l'activité professionnelle *stricto sensu*, mais naissent d'actes répétés, liés à son exercice. Un fleuriste n'est ainsi pas

pourquoi il a abandonné, après un certain succès, ses études pour se livrer à l'appréciation du monde et de la diversité : pour finalement être apte, car suffisamment expérimenté, à établir sa propre ligne de conduite, « *employer toutes les forces de mon esprit à choisir les chemins que je devais suivre* », « *après que j'eus employé quelques années à étudier ainsi dans le livre du monde et à tâcher d'acquérir quelque expérience* » (ibid., p. 40, le dénouement de la première partie).

²²⁸⁰ V. not. en ce sens J. Attard, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », RTD com. 2011, p. 23 et s. (et not. p. 24-25 : « *Positivement, la formation ou l'expérience acquise du fait d'une pratique professionnelle ou extra-professionnelle, ont toujours joué un rôle important pour apprécier si (...)* » le contractant « *méritaît d'être considéré comme averti* »).

²²⁸¹ Cass. 3^e civ., 5 avr. 1978 (76-14.764) : Bull. civ. III, n° 155 (contremaître dans une entreprise de maçonnerie, considéré comme un « *technicien du bâtiment* » et qui, ainsi, « *ne pouvait ignorer les vices* » et « *devait être assimilé à un vendeur qui les connaissait* ») ; Cass. 3^e civ., 26 févr. 1980 (78-15.556) : Bull. civ. III, n° 47 (architecte, en outre concepteur des plans, d'où la solution, affirmant que « *doit être assimilé au vendeur tenu de connaître le vice, le technicien du bâtiment qui a vendu un immeuble après l'avoir conçu ou construit* ») ; Cass. 3^e civ., 26 avr. 2006 (04-18.466) : Bull. civ. III, n° 106, CCC 2006, n° 155, note L. Leveneur (« *M. X..., ingénieur des travaux publics, avait dirigé pendant de nombreuses années une entreprise de bâtiment qui avait construit de multiples immeubles d'habitation, et qu'un ancien salarié de l'entreprise ayant rénové la charpente du château de Buno entre 1947 et 1950 avait attesté que le bois de charpente ayant servi à ces travaux, avait été fourni par l'entreprise que dirigeait M. X... et que ce dernier se rendait régulièrement sur le chantier, la cour d'appel a pu en déduire que la vente avait été consentie par des vendeurs dont l'un était un professionnel de la construction immobilière* »). L'on notera toutefois que, si la fin est louable, le moyen est inadéquat : l'on qualifie de vendeur professionnel des contractants qui ne sont ni vendeurs, ni professionnels de la vente. Ceci serait corrigé par le système de la partie faible, *de lege ferenda*, qui surpasse les dichotomies rigides.

²²⁸² G. Paisant, « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », JCP G 2003, I, 121, n° 15

un spécialiste de la location. Mais le fait de louer régulièrement un véhicule pour effectuer ses livraisons ou un appareil de paiement pour gérer les règlements ne doit pas être indifférent. C'est qu'il y a une nécessaire distinction entre celui qui n'a agit qu'une fois, et celui qui le fait depuis un certain temps²²⁸³. La pratique régulière et durable de certains contrats, de manière annexe à l'activité professionnelle, doit donc pouvoir constituer un sérieux élément en défaveur d'une infériorité informationnelle légitime (et inversement, le cas échéant, si elle vise le cocontractant). Ainsi, en même temps que ces compétences peuvent exclure la protection de celui qui l'invoque, elles peuvent la permettre au profit du cocontractant d'une partie qui les détient.

653. – Illustration. Retenir une telle solution permettrait par exemple d'assainir la situation en matière de cautionnement, notamment à l'égard des dirigeants de société qui ne sont certes pas des cautions professionnelles (savoir tiré de l'activité même), mais qui sont pour autant souvent manifestement aguerris à cette pratique (savoir acquis de manière annexe à l'activité)²²⁸⁴.

654. – Précision. Ces compétences particulières doivent être rigoureusement entendues. Pour autant, il ne faut pas pousser trop loin la prise en compte de ces compétences annexes à l'activité. C'est qu'elles sont en effet moins certaines que celles qui résultent de l'activité elle-même. Il faut donc les entendre rigoureusement. Il a ainsi pu être jugé que « *le professionnel avait conclu un contrat de même nature quelques années plus tôt et portant sur le même objet qui a été exécuté sans que sa validité ne soit mise en cause, ce qui exclut derechef l'application des dispositions protectrices des consommateurs* »²²⁸⁵. La solution est probablement excessive. L'on exigerait au moins, pour qu'elle soit saine, que soit recherchée une certaine répétition du contrat. Une seule expérience, ou plusieurs expériences éloignées dans le temps, ne rendent pas un contractant averti.

b – La pertinence des compétences professionnelles

655. – Généralités. Il ne suffit pas de préciser l'amplitude du champ couvert par les compétences professionnelles pour identifier les éléments précis devant être pris en compte pour évaluer la puissance informationnelle. Ils ne forment que le panel des compétences qui peuvent découler de la profession. Reste à choisir ce qui est véritablement pertinent pour déterminer, dans un cas donné, si un contrat est averti ou non. C'est la question de la spécialité²²⁸⁶.

²²⁸³ Et les illustrations et applications sont nombreuses. Songeons par ex. à une affaire dans laquelle un tel raisonnement était opposé par la Haute Cour à l'acheteur d'un progiciel, en matière de contrats informatiques, en l'espèce expert-comptable : « *l'acquisition du progiciel avait été précédée d'une visite de la société ADS au cabinet X... ainsi que d'une démonstration, en présence de plusieurs membres du personnel, l'arrêt retient que M. X..., utilisateur de longue date de programmes informatiques pour les besoins de sa profession, "était à même d'évaluer si les performances du logiciel qu'il avait choisi de commander étaient adaptées à ses besoins"* ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » (Cass. com., 14 mars 2000 (97-16.299) : JCP G 2000, II, 10367, note D. Talon). Et, sur cette question appliquée aux contrats informatiques, V. not. J. Huet et N. Bouche, *Les contrats informatiques*, LexisNexis, 2011, spéc. n° 27, p. 18). *Adde* Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 2004 (01-14.314) : Bull. civ. I, n° 298 ; RTD civ. 2005, p. 381, obs. J. Mestre et B. Fages (solution similaire à l'égard d'un pruniculteur quant à l'utilisation d'un produit phytosanitaire).

²²⁸⁴ Tandis que, *de lega lata*, ces cautions sont protégées au même titre qu'un profane (V. not. *supra* nos 288 et s.).

²²⁸⁵ CA Aix-en-Provence, 20 juin 2001 (n° JurisData : 2001-148710)

²²⁸⁶ L'on reproduira ici la formule amusante et pertinente de D. Bureau, « Vers un critère général ? », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), Economica, 2002, p. 73 (énonçant, à l'égard du critère de l'ignorance concrète : « *ceux qui n'enseignent pas la matière pourront s'en réjouir, les professeurs de droit de la consommation devant quant à eux se*

656. – 1° La spécialité : enjeux d'une prise en compte pertinente des compétences professionnelles. Les compétences professionnelles ne doivent être retenues qu'en ce qu'elles sont pertinentes pour évaluer la puissance informationnelle d'un contractant lors de la conclusion d'un contrat donné. En effet, un professionnel n'est pas toujours un « *technicien* »²²⁸⁷, selon le contrat passé. Dans ce cas, les obligations qui découlent normalement de sa compétence doivent s'effacer. Ainsi, « *l'utilisation du critère d'identité de la spécialité professionnelle trouve sa cohérence et sa légitimité dans l'égalité sur le plan de la puissance informationnelle* »²²⁸⁸. Partant, il faut nécessairement les analyser le plus finement, de la manière la plus adaptée au contrat²²⁸⁹. C'est ainsi que deux professionnels disposant apparemment des mêmes compétences professionnelles (ils sont par exemple informaticiens) ne disposent guère pour autant des mêmes connaissances selon les cas, car ils n'ont pas nécessairement la même spécialité²²⁹⁰. L'informaticien réseau n'est guère aussi compétent que l'informaticien développeur, par exemple, selon le contrat conclu. Tenir compte de la spécialité est le seul moyen d'éviter l'écueil de l'abstraction. C'est aussi le seul moyen de tirer les conséquences pertinentes des compétences professionnelles. Au fond, cette démarche n'est jamais que la version rigoureuse de l'analyse des compétences professionnelles. Il est donc éminemment juste de parler de « *qualité de non-spécialiste* » à l'égard des professionnels-consommateurs protégés pendant un temps²²⁹¹.

657. – Précision. La spécialité doit être correctement entendue. Encore faut-il que cette importante notion de spécialité, clef de voûte de l'émancipation de la partie faible du clivage professionnel/non-professionnel, soit correctement appréciée. Un curseur imparfaitement fixé peut engendrer une distorsion dans la détection des situations de faiblesses. Des vues pragmatiques permettront de diluer les réticences qui peuvent exister à l'endroit d'une telle démarche²²⁹².

658. – Illustrations satisfaisantes. L'on a vu que certaines pistes intéressantes, aujourd'hui abandonnées, avaient donné des solutions satisfaisantes. Ce fut le cas pour les professionnels-consommateurs. Les juges établissaient une distinction entre le professionnel-partie forte qui concluait dans sa spécialité professionnelle, et celui potentiellement partie faible qui contractait dans une spécialité différente de la sienne. De telle sorte que l'infériorité informationnelle de ce dernier n'était pas

résoudre à ne pas être les sujets du droit dont ils sont devenus les spécialistes »).

²²⁸⁷ Th. Ivainier souligne en effet cette notion, qui recoupe les conditions de caractérisation du professionnel, mais qui les dépasse aussi, en distinguant selon le « *niveau du savoir* » notamment (« De l'ordre technique à l'ordre public technologique », JCP G 1972, 2495, spéc. nos 19 et s.).

²²⁸⁸ J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 557, p. 543 ; V. dans le même sens les développements de V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000, spéc. nos 222 et s., p. 223 et s. (ceux-ci sont présentés ainsi : « *Pourtant, le professionnel ne dispose pas des mêmes compétences que son partenaire lorsqu'il agit en dehors de sa spécialité. Le droit privé tient-il compte de l'inégalité des compétences entre professionnels ?* » (ibid., n° 222, p. 223).

²²⁸⁹ Pour illustrer le propos, l'on relèvera une formule de G. Raymond (en droit de la consommation) : « *si tous ceux qui exercent une profession devaient être exclus du champ d'application du droit de la consommation, celui-ci ne concernerait plus que les retraités, les enfants ou les rentiers* » (*Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n° 35, p. 23).

²²⁹⁰ V. not. en ce sens Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, spéc. n° 82, p. 89-90 (et not. : « *Néanmoins, tout professionnel n'implique pas nécessairement qu'il soit technicien. Son éventuelle incompétence peut aussi résulter de l'ignorance légitime du professionnel envers certains domaines trop techniques par rapport à son expérience et sa propre compétence* »).

²²⁹¹ G. Paisant, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 (85-13.674), JCP G 1987, II, 20893, n° 10

²²⁹² Que d'aucuns manifestent. V. par ex. J. Beauchard, « *Remarques sur le Code de la consommation* », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 19 (et not. : « *Même la solution consistant à distinguer entre ce qui rentre dans la spécialité du professionnel où l'on présume qu'il est compétent et ce qui n'y est pas, où l'on pense qu'il ne l'est pas, n'est pas fiable* »).

différente de celle de tout autre consommateur (i.e. partie faible) situé dans la même situation²²⁹³. L'on en a aussi trouvé de justes applications dans la vente²²⁹⁴, entre autres²²⁹⁵.

659. – Illustrations insatisfaisantes. Des applications beaucoup moins réjouissantes de la spécialité peuvent être détectées, comme par exemple en matière de restriction conventionnelle de la garantie contre les vices cachés, dans la vente²²⁹⁶. De telles clauses sont, on le sait, admises entre professionnels de même spécialité²²⁹⁷. La solution est souhaitable, lorsque le lien est directement établi entre l'identité de spécialité et le fait d'avoir « *une réelle capacité de contrôle de la chose vendue* »²²⁹⁸. Elle l'est beaucoup moins, lorsque la Haute Cour sanctionne une cour d'appel, pour avoir simplement omis de rattacher rigoureusement les constatations de faiblesse dûment relevées à la notion de professionnel de même spécialité²²⁹⁹. L'erreur nous semble bien plus accessoire qu'essentielle, de n'avoir pas, tout à fait formellement, rattaché ces évaluations du savoir avec le seul fondement juridique qui compte, l'identité de spécialités. La cassation est alors mécanique²³⁰⁰. Bien sûr « *les juges s'étaient borné à relever que l'acquéreur était un vendeur de carburant depuis huit ans, ce qui était insuffisant pour établir qu'il était un professionnel de la même spécialité que le vendeur* »²³⁰¹. Cela n'est pas à dire que l'absence de référence explicite à l'identité de spécialité soit décisive, surtout lorsque toute la substance de ce critère, c'est-à-dire la suffisance de l'information détenue, est démontrée. Par ailleurs, dès lors que ce lien est rétabli, la Haute Cour valide le raisonnement des juges du fond, souverains en la matière²³⁰².

²²⁹³ V. not. *supra* nos 61 et s.

²²⁹⁴ V. not. la formulation particulièrement salubre de Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1994 (92-13.377) : Bull. civ. I, n° 163 ; D. 1994, p. 236, obs. G. Paisant ; RTD com. 1994, p. 768, obs. B. Bouloc (« *attendu qu'appréciant souverainement le degré de connaissances que pouvait avoir en l'espèce l'acquéreur compte tenu de son expérience réduite de la culture du cerfeuil tubéreux, la cour d'appel a justement décidé que la société Royal Sluis, vendeur d'un produit très récemment commercialisé, avait l'obligation de donner à l'utilisateur tous renseignements utiles pour sa mise en oeuvre ; qu'ayant constaté qu'en l'espèce, les lacunes de la notice transmise à M. X... ne permettaient pas à cet utilisateur, bien qu'il fut agriculteur, de connaître les conditions précises exigées pour une germination correcte des graines dans les conditions d'utilisation envisagées, les juges du second degré en ont exactement déduit que la société Royal Sluis avait manqué à son obligation d'information envers l'acquéreur* »). V. aussi les réf. citées par G. Paisant dans ses obs. sous l'arrêt préc.

²²⁹⁵ *Rappr.* (bien que la solution concerne davantage les compétences personnelles, dont l'analyse suit, mais permettant de bien saisir ce qu'il faut entendre par rigueur dans l'appréciation de la spécialité) Cass. com., 23 févr. 1993 (91-10.960) : Bull. civ. IV, n° 68 ; RTD com. 1993, p. 557, obs. B. Teyssié et M. Cabrillac (il faut que la compétence soit correctement (précisément) appréciée. Ainsi « *le devoir d'informer le client des risques courus cesse - ou s'affaiblit sensiblement - lorsque l'intéressé est une personne expérimentée. Mais l'expérience s'apprécie par type d'opération. Le fait que le client soit averti des risques inhérents à la spéculation sur le marché à règlement mensuel où il a opéré régulièrement pendant près de deux ans, n'exonère pas le banquier du devoir de l'informer spécialement des risques particuliers inhérents aux opérations de stelage* » (obs. B. Teyssié et M. Cabrillac, préc.)).

²²⁹⁶ Art. 1643 C. civ. : « *Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie* ».

²²⁹⁷ V. not. Cass. com., 6 nov. 1978 (76-15.037) : Bull. civ. IV, n° 250 ; RTD civ. 1979, p. 392, obs. G. Cornu ; JCP G 1979, II, 19178, note J. Ghestin ; *Adde* Cass. 3^e civ., 30 oct. 1978 (77-11.354) : JCP G 1979, II, 19178, note J. Ghestin

²²⁹⁸ En l'occurrence, la solution était ici négative : « *c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel, qui s'est appropriée les motifs du jugement, a considéré qu'un transporteur de personnes, même disposant d'un atelier d'entretien et de réparations courantes, n'a pas la même spécialité que le garagiste professionnel ; qu'elle n'a donc pas inversé la charge de la preuve en relevant que la société Mercedes Benz France n'établissait pas que la société Transports Glenat et fils avait une réelle capacité de contrôle de la chose vendue* » (Cass. 1^{re} civ., 21 juil. 1987 (84-15.987) : Bull. civ. I, n° 241).

²²⁹⁹ En effet, des juges du fond avaient conclu en faveur de l'application de ladite clause, après avoir relevé, avec nuance, « *qu'on doit admettre le jeu des clauses limitatives dans les relations entre professionnels dès lors que l'acheteur possède la compétence technique nécessaire pour apprécier l'éventualité d'une défaillance du matériel qu'il achète et les conséquences pour lui d'une telle défaillance* », et « *qu'en l'espèce les époux X... vendaient du carburant au moins depuis février 1981, qu'ils connaissaient donc les risques de détérioration des cuves qui leur ont été rappelés avec l'indication de l'âge des cuves, lors de la cession du 18 juillet 1985, que le prix des cuves a été fixé à 11 860 francs TTC en fonction des risques ainsi rappelés et de l'état du matériel* ».

²³⁰⁰ Cass. com., 22 juin 1993 (91-13.598) : Bull. civ. IV, n° 267 ; RTD com. 1994, p. 342, obs. B. Bouloc (« *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans relever que l'acheteur était un professionnel de la même spécialité que le vendeur et qui par conséquent pouvait déceler, lors de la livraison, non pas « les risques de détérioration » dus à l'âge des cuves, mais, les vices cachés de la chose vendue, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »).

²³⁰¹ B. Bouloc, obs. préc.

²³⁰² Cass. com., 19 mars 2013 (11-26.566) : Bull. civ. IV, n° 45 ; D. 2013, p. 835, obs. X. Delpech ; D. 2013, p. 1947, obs. A.

660. – 2° Le discrédit sur la prise en compte des compétences professionnelles ? L'exemple prétendument critique de l'avocat. Il existe des réticences au système de prise en compte des compétences. Il serait trop compliqué²³⁰³, voire incohérent, en certains cas. L'on retrouve parfois (souvent) l'exemple de l'avocat, dans le but de démontrer les prétendues limites de la démarche. Ainsi, par exemple, « *l'avocat qui, à sa descente d'avion, loue une automobile pour aller plaider devant tel tribunal de grande instance, pourra-t-il (...) obtenir l'annulation de telle ou telle clause du contrat qu'il a conclu au motif qu'il n'est pas un spécialiste de la location d'automobile ? Ne pourra-t-on pas lui objecter qu'un avocat a toute compétence pour lire et apprécier la portée d'un contrat ?* »²³⁰⁴. L'on a déjà montré que la pratique du critère de la compétence menait à des solutions tout à fait justes²³⁰⁵. Outre cet argument liminaire, des éléments peuvent être invoqués à l'encontre de ces critiques.

661. – La critique est aisément réfutable, par le recours à un système précis de prise en compte des compétences. L'hypothèse ne nous semble guère problématique. En effet, l'on a précisé que la compétence doit être appréciée non seulement à l'aune de l'objet du contrat et de sa nature. Ainsi, pour reprendre l'exemple précité, un avocat tire probablement de ses compétences professionnelles les connaissances juridiques nécessaires pour donner un consentement éclairé à un contrat de location quelconque. Rien n'implique donc qu'il soit nécessairement compétent pour apprécier la spécificité de l'objet du contrat, à savoir la possession momentanée d'une voiture pour effectuer des déplacements contre rémunération. En effet, et plus que jamais à l'heure actuelle, la compétence professionnelle ne doit pas être confondue avec la spécialité. En droit, peut-être plus qu'ailleurs, la compétence générale n'implique guère un savoir pertinent globalisé. L'avocat généraliste n'est guère plus compétent qu'un profane renseigné, face à un type de convention qu'il ne pratique pas et un contrat d'adhésion pouvant cacher d'innombrables subtilités. Et puis, *a contrario*, faudrait-il ainsi considérer que tout avocat est compétent pour exercer dans n'importe quelle spécialité, et apprécier n'importe quel contrat ? Ou qu'un médecin généraliste est assimilable à un chirurgien ? Il ne nous semble guère que, dans le cadre d'un système suffisamment construit et précis, le seul recours au système des compétences professionnelles puisse mener à de tels retours de l'abstraction. La critique ne nous paraît donc guère recevable. Elle a au moins pour mérite de souligner les enjeux de prendre en compte l'objet et la nature du contrat ainsi que la spécialité des contractants.

Hontebeyrie ; JCP G 2013, p. 705, note G. Pillot ; JCP E 2013, 1309, note S. Le Gac-Pech ; CCC 2013, n° 129, note L. Leveneur (« *qu'après avoir souverainement constaté que le vendeur et l'acheteur n'étaient pas des professionnels de même spécialité, l'arrêt retient que ce dernier ne disposait pas des compétences techniques nécessaires pour déceler les vices affectant la chose vendue ; que de ces seuls motifs, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a exactement déduit que la société Goss ne pouvait opposer à la société DDM la clause limitative de responsabilité* »).

²³⁰³ V. not S. Vialle, th. préc., spéc. p. 352 (« *certaines d'entre eux [professionnels] devront donc être assimilés « à la catégorie réputée naïve de la population » lorsqu'ils n'agissent pas « dans le cadre des compétences générales nécessaires à la conduite » de leur entreprise mais « dans un domaine de technicité pointue » et sauf lorsqu'ils cherchent à compléter leur activité. Cette solution paraît bien compliquée à mettre en œuvre. Il nous semble qu'à partir du moment où le professionnel agit pour les besoins de son activité, les règles protectrices du consommateur n'ont pas à s'appliquer. C'est à lui de défendre ses intérêts (...)* »).

²³⁰⁴ G. Paisant, « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », JCP G 2003, I, 121, spéc. n° 15. V. aussi J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 13, p. 13 (affirmant, pour mieux le critiquer, « *qu'un avocat, par exemple, pourrait être jugé assez compétent pour déjouer, sans le secours de la loi, les pièges juridiques des contrats qu'il signe pour un usage non-professionnel* »).

²³⁰⁵ V. *supra* nos 585 et s.

662. – 3° Précisions pour les personnes morales. Généralités. Plutôt que des appréciations variées et des critères confus (comme le but lucratif, par exemple), il convient de prendre en compte, tout comme pour les personnes physiques, l'information effective dont dispose la personne morale contractante. Bien sûr, cette démarche va connaître ici une déclinaison qui lui est propre. En effet, la puissance informationnelle ne peut s'apprécier de la même façon que pour une personne physique, la personnalité morale étant une fiction juridique.

663. – Comment ? Par la structure de la personne morale. Comment décliner la prise en compte des compétences et de la spécialité au cas des personnes morales ? Un auteur proposait d'« étendre la protection au professionnel qui n'a pas les compétences juridiques ou techniques face à un autre professionnel, sans qu'elle puisse bénéficier pour autant à celui qui a les moyens de s'informer - eu égard à la structure juridique de son entreprise »²³⁰⁶. La nouvelle définition du consommateur rend le premier volet de cette proposition improbable²³⁰⁷. En revanche, le second volet correspond en tout point à la position que nous entendons cultiver : protéger selon les connaissances concrètes tirées de la compétence ou de l'accessibilité de l'information²³⁰⁸. Il convient alors, semble-t-il, de tenir compte de la structure de la personne morale. La question à se poser est donc la suivante : eu égard au contrat passé et à son objet précis, la personne morale dispose-t-elle en son sein d'un service ou d'un organe dédié à ce domaine, de telle manière qu'elle ne puisse légitimement invoquer sa faiblesse informationnelle au moment de conclure²³⁰⁹ ? Voilà le critère qui devrait être retenu. Il faut imaginer que la connaissance spécifique sur un point donné est, dans l'esprit de la personne physique, la caractérisation métaphorique de cet organe structurel, cette fois bien réel, chez les personnes morales. Il s'agira aussi de jauger l'ampleur de cette structure, le cas échéant. La personne morale était-elle ainsi dotée « d'organes et d'une capacité structurelle » lui permettant « de s'informer et de se défendre face à un professionnel »²³¹⁰ ?

664. – Illustration de la pertinence du système. Cette capacité à s'informer est extrêmement hétérogène chez les professionnels, et l'est tout autant chez les personnes morales. Ainsi, « le distributeur concentré dispose d'ingénieurs, d'hommes de marché, de juristes qui constituent son organisation permanente et qui émargent aux frais généraux ; le consommateur ne peut pas se permettre de solliciter plusieurs consultations pour un achat isolé. Pas davantage d'ailleurs la petite ou moyenne entreprise, le professionnel libéral, l'artisan, pourtant non protégés »²³¹¹. Et une telle prise en compte de la structure des personnes morales, eu égard à un contrat donné, est précisément en la preuve de sa propre pertinence, puisque elle relève le défi de la diversité de ces contractants²³¹². Cette démarche permet d'éviter l'écueil de l'abstraction de la manière

²³⁰⁶ Y. Picod, *ibid.*

²³⁰⁷ V. *supra* nos 102 et s.

²³⁰⁸ V. *supra* nos 647 et s.

²³⁰⁹ La solution a déjà pu être observée en jurisprudence, de manière subtilement rigoureuse, et donc à juste titre, semble-t-il. V. ainsi par ex. CA Toulouse, 12 mai 1997 (n° JurisData : 1997-042612), qui retient qu'il n'était « pas démontré que le cocontractant bénéficiait d'une structure fiscale et financière lui permettant de connaître les arcanes de la législation fiscale applicable », et qu'ainsi la personne morale (en l'espèce une société spécialisée dans les enseignes lumineuses) pouvait, *in fine*, être considérée comme une partie faible et bénéficier d'une protection.

²³¹⁰ K. de la Asuncion Planes, « La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? » : LPA 3 mars 2010, p. 6, n° 10

²³¹¹ R. Martin, « Le consommateur abusif », D. 1987, p. 151, n° 7

²³¹² V. en ce sens J.-P. Chazal, *th. préc.*, n° 161, p. 258 se basant sur le rapport de la Cour de cassation pour l'année 1986, qui excluait que la Régie Renault puisse être traitée en consommateur, même si elle contractait en dehors de sa spécialité. Or, à

la plus complète, dans la mesure où elle va jusqu'à distinguer entre les personnes morales. La sécurité juridique, pas plus qu'en ce qui concerne les autres potentielles parties faibles, n'est au reste mise en danger²³¹³.

2 – Les compétences personnelles

665. – Plan. Les compétences personnelles ne sont pas en reste. Même si leur importance pratique est vraisemblablement inférieure à celle des compétences professionnelles (car plus difficiles à prouver), elles gardent une importance capitale et doivent naturellement être comprises dans le processus d'appréciation de la puissance informationnelle²³¹⁴. Elles peuvent être soit originaires (détenues personnellement) (a), soit dérivées (obtenues d'un tiers lors de la conclusion du contrat, ou concomitamment) (b).

a – Les compétences personnelles originaires

666. – Signification. L'on vient de suggérer que ces compétences auraient potentiellement moins d'importance pratique que celles professionnelles. Mais ceci n'est vrai, semble-t-il, qu'au point de vue quantitatif, pourrait-on dire, parce qu'elles seront souvent plus difficiles à établir. Mais dans l'hypothèse où elles le sont, elles revêteront une importance tout aussi capitale que les compétences professionnelles. C'est que les compétences personnelles sont très larges. Elles peuvent même être définies négativement, puisqu'elles recouvrent en définitive toutes les connaissances qui ne découlent pas d'une activité professionnelle. Elles s'étendent ainsi de l'éducation reçue des parents ou des proches, à l'auto-information (dont les vecteurs sont de nos jours décuplés, notamment grâce à Internet²³¹⁵), en passant par l'ensemble des interactions humaines de la vie courante, les loisirs²³¹⁶, et même l'activité régulière mais non professionnelle²³¹⁷. En un mot, l'expérience²³¹⁸.

l'instar de l'auteur, « nous ne voyons pas ce qu'il y aurait de choquant à protéger la Régie Renault dans un domaine qui n'est pas couvert par ses compétences. La réalité est beaucoup plus complexe et il faut distinguer si ce constructeur automobile, à l'évidence non-spécialiste en matière informatique, dispose ou non d'un service informatique interne capable de traiter sur un pied d'égalité avec le prestataire de services spécialisé. Si un tel service n'existe pas, le constructeur devra bénéficier, pour son information, de toutes les garanties offertes à un contractant en position d'infériorité. Le cocontractant de la Régie Renault aura une obligation d'information renforcée et une obligation de se renseigner sur les besoins de son partenaire afin d'installer un système informatique fonctionnel et conforme à l'attente légitime de son client ».

²³¹³ D'aucuns affirmaient la position contraire, not. sur cette question spécifique. V. not. R. Martin, loc. cit. (« Mais comment mesurer le seuil au-delà duquel l'agent économique est présumé détenir les moyens d'une information suffisante ? Initiera-t-on deux classes de professionnels, selon le chiffre d'affaires et le nombre de salariés, comme pour le redressement judiciaire ? Ici plus encore que là ce serait le comble de l'arbitraire. A partir de ce critère on se heurte comme précédemment à une difficulté insurmontable de mise en œuvre »).

²³¹⁴ Certes « la pratique d'une passion ne se confond pas avec l'exercice professionnel d'une activité » (CA Versailles, 4 oct. 2002 (n° JurisData : 2002-223803) : RTD civ. 2003, p. 292, obs. J. Mestre et B. Fages). Ce n'est pas à dire qu'elle n'est pas également une source de connaissances, que le droit doit prendre en compte.

²³¹⁵ V. sur ce point les développements consacrés, *supra* n°s 263, 686-687

²³¹⁶ Qui peuvent représenter une part importante de connaissances en certains domaines. Par exemple, une personne peut être particulièrement avertie en matière musicale, ou plus précisément concernant un instrument particulier. Ceci est couramment le cas : pratique régulière, échanges réguliers et durables avec d'autres passionnés et/ou professionnels, fréquentation des magasins, expositions spécialisées, etc...

²³¹⁷ Il y a tout lieu de prendre en compte les (potentiellement) importantes compétences et connaissances tirées, par exemple, d'une activité associative. Sans être une activité professionnelle, elle constitue une activité régulière qui enseigne beaucoup. Il paraîtrait ainsi évident qu'un membre bénévole d'une association de défense des consommateurs ne soit pas considéré pareillement, selon l'hypothèse, qu'un autre contractant qui ne pratiquerait pas cette activité.

²³¹⁸ V. déjà en ce sens Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, spéc. p. 103 (et les réf. citées, en ce qui concerne l'expérience sommaire, pourrait-on dire, c'est-à-dire, par ex., l'acquéreur qui s'est

667. – Illustrations. Nature du contrat. La Haute Cour a pu rendre des décisions suivant cette démarche. C'est ainsi qu' « acquiert la qualité de vendeur professionnel, dès lors réputé connaître les vices de la chose vendue et tenu de tous les dommages-intérêts envers l'acheteur, la personne qui se livre de façon habituelle, à une fréquence inhabituelle pour un particulier, à des opérations d'achat et de revente de véhicules d'occasion dont elle tire profit »²³¹⁹. Un chef d'agence bancaire était ainsi présumé averti, vendant régulièrement des véhicules en dehors de son activité professionnelle²³²⁰. Quarante et une ventes ayant été relevées en deux ans, la solution semble satisfaisante, sur le fond, en ce qu'elle prend en compte des compétences acquises de manière personnelle pour en tirer des conséquences dans le processus d'évaluation du niveau informationnel²³²¹.

668. – Le détour par la notion de vendeur professionnel est cependant insatisfaisant. Sur la forme, la solution est moins salubre, car le qualificatif *vendeur professionnel* décrit une fausse réalité. L'habitude, caractéristique de l'activité professionnelle, est irréductible à de simples considérations de fréquence²³²² (au demeurant discutables, comparativement à ce qu'implique véritablement une activité professionnelle classique journalière²³²³). En outre, cette méthode en dit long sur l'idéologie de la démarche : celui *qui sait*, celui qui exploite et qui trompe, c'est le professionnel, sur qui pèse dès lors une sorte de présomption de mauvaise foi. L'on a vu à quel point ceci était caricatural. Ici encore, l'on en voit une illustration : si ce vendeur régulier doit effectivement être considéré comme une partie *qui sait* (une partie forte, du moins guère faible), il n'y a aucune raison de le considérer comme un professionnel. Pourquoi devoir passer par ce prisme pour décrire la seule réalité qui importe, c'est-à-dire le degré de son niveau informationnel ?

669. – Confusion entre nature et objet du contrat. La solution est critiquable à un autre égard. En effet, la vente répétée de véhicules d'occasion permet davantage de connaître la pratique de ce contrat, qu'elle ne mène à détenir des connaissances techniques sur les véhicules. Autrement dit, ces constatations indiquaient, chez le vendeur, une connaissance de la nature du contrat, mais pas

plusieurs fois équipé, ou qui a déjà rencontré maintes fois tel ou tel problème. Dans ces cas, l'ignorance, à la juger avérée selon les cas, ne peut à tout le moins pas être envisagée de la même façon qu'à l'égard d'un véritable « néophyte » (ibid., p. 103).

²³¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2008 (07-16.876) : Bull. civ. I, n° 216 ; D. 2008, p. 2503 ; CCC 2009, n° 4, obs. L. Leveneur ; RDC 2009, p. 111, obs. A. Bénabent ; RTD com. 2009, p. 201, obs. B. Bouloc

²³²⁰ V. aussi dans le même sens, concernant une habituée des opérations boursières se voyant refuser la protection : Cass. com., 26 avr. 1994 (91-19.021) (« l'arrêt relève que Mme X... pratiquait les opérations à terme depuis de nombreuses années "à une grande échelle" et en déduit qu'elle n'était pas un client profane en 1983 ; que par ce seul motif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision retenant qu'alors la banque n'avait plus d'obligation de conseil à l'égard de Mme X... »). Rappr. Cass. com., 23 févr. 1993 (91-10.960) : Bull. civ. IV, n° 68 ; RTD com. 1993, p. 557, obs. B. Teyssié et M. Cabrillac

²³²¹ Et ceci semble de bon sens de relever ainsi que « La répétition d'actes précis entraîne l'acquisition d'une compétence (...) » (J. Kullmann, « Clauses abusives et contrat d'assurance », RGDA 1996, p. 39).

²³²² Nous avons dit, en effet, que l'activité professionnelle se définissait, au plan général (différemment, donc, de la déformation consumériste du terme) par les caractères productif, habituel, organisé et lucratif de l'activité. Ici, si les trois autres critères peuvent être admis dans une telle hypothèse (cela pourrait déjà être réfuté), l'habitude fait défaut. Pour le comprendre, il faut not. se référer aux développements de S. Vialle, dans sa thèse consacrée à la profession, afin de mieux appréhender ce que constitue véritablement l'habitude. Elle n'est pas, en effet, uniquement constituée d'un élément matériel (la fréquence) ; encore faut-il qu'un certain élément psychologique se distingue (V. not. *La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. I, th. Grenoble, 1990, spéc. p. 83-84), de telle sorte que « Finalement, la notion de profession implique moins celle d'activité habituelle au sens matériel du terme, c'est-à-dire de fréquence, que l'habitude, au sens de pratique, d'expérience commune à l'ensemble des professionnels d'une même activité, et à laquelle par son comportement, on prétend être rattaché » (ibid., p. 86).

²³²³ Car il faut garder à l'esprit que c'est, not., « La pratique habituelle d'une activité » qui « permet d'acquérir une supériorité technique par l'expérience qu'elle confère (...) » (S. Vialle, th. préc., spéc. p. 87). Or, dans les hypothèses qui viennent d'être mentionnées, cette fréquence matérielle, si elle existe, n'est en rien comparable à celle d'une véritable activité professionnelle. L'assimilation est donc critiquable.

nécessairement de l'objet du contrat (des véhicules). Cela rejoint la critique que nous venons de mentionner, concernant le détournement inadéquat que constitue l'emploi de la notion de vendeur professionnel. Au total, l'on voit que les juges prennent déjà en compte, en filigrane, les compétences personnelles, mais que les précisions qu'apporterait le régime de la partie faible constitueraient vraisemblablement de salutaires clarifications.

670. – Autres illustrations. Objet du contrat. A l'égard de l'objet du contrat, l'on peut noter qu'une autre tendance jurisprudentielle est allée encore plus loin, en retenant la qualité de professionnel à des particuliers, du fait de leur comportement. Ceux-ci avaient en l'occurrence contribué à la construction de la chose concernée par le contrat²³²⁴. Ainsi, dans le domaine des vices cachés²³²⁵, un particulier a pu être qualifié de vendeur professionnel dans la mesure où il avait largement participé à la conception de l'installation litigieuse, de telle sorte qu'il devait ainsi être irréfablement considéré comme connaissant les vices de la chose²³²⁶. Encore plus récemment, une décision des juges du fond est censurée, car ces derniers avaient retenu l'absence de compétences et de connaissances particulières du vendeur, en matière de vice cachés, concernant la construction de cheminée à foyer ouvert ou fermé. Or ce dernier « *avait lui-même conçu et installé la cheminée en foyer ouvert, puis en foyer fermé lors de nouveaux travaux* »²³²⁷.

671. – Détournement par la notion de vendeur professionnel à nouveau insatisfaisante. Ces solutions s'orientent, au fond, dans le bon sens : c'est que la compétence s'acquiert aussi de manière personnelle. Mais, une fois encore, la qualification de professionnel est dérangeante, car peu rigoureuse. Un connaisseur du bâtiment n'est pas nécessairement un vendeur professionnel. Il est regrettable que l'on doive systématiquement, par un mécanisme d'assimilation très contestable²³²⁸, ranger certains contractants au sein d'une dichotomie inadéquate afin d'obtenir un système de protection basé, *in fine*, sur une prise en compte concrète des connaissances. Autant de nouveaux arguments en faveur de la construction d'une protection de la partie faible générique en droit commun²³²⁹.

²³²⁴ Ceci est traité dans ce développement, et non dans le précédent, car ces compétences ont été retenues davantage par le prisme du comportement que comme découlant des aptitudes tirées de la profession.

²³²⁵ Comme on le sait, « *le vendeur professionnel est tenu de connaître les vices affectant la chose par lui vendue et ne peut donc se prévaloir d'une stipulation excluant à l'avance sa garantie pour vices cachés* » (Cass. com., 17 déc. 1973 (72-11.017) : Bull. civ. IV, n° 367 ; Gaz. Pal. 1974, p. 429, note A. Plancqueel).

²³²⁶ Cass. 3^e civ., 9 févr. 2011 (09-71498) : Bull. civ. III, n° 24 (retenant que le vendeur « *s'était comporté en qualité de maître d'œuvre, qu'il avait acheté les matériaux, conçu l'installation litigieuse et l'avait en partie réalisée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant qu'il devait être assimilé au vendeur professionnel tenu de connaître le vice* »). Une telle solution, tirée du comportement, dont découle une présomption prétorienne de connaissance, par le prisme, inapproprié, de l'assimilation au vendeur professionnel, n'est pas véritablement nouvelle. V. déjà : Cass. 3^e civ., 27 sept. 2000 (99-10.297) : D. 2001, p. 2628, note J.-P. Storck ; Cass. 3^e civ., 26 avr. 2006 (04-18.466) : Bull. civ. III, n° 106, CCC 2006, n° 155, note L. Leveneur ; Cass. 3^e civ., 26 févr. 1980 (78-15.556) : Bull. civ. III, n° 47

²³²⁷ Cass. 3^e civ., 10 juil. 2013 (12-17.149) : CCC 2013, n° 234, obs. L. Leveneur ; JCP N 2013, 1379, obs. M. Mekki ; LEDC 1^{er} oct. 2013, p. 6, obs. O. Sabard

²³²⁸ L'on préférera donc, pour une fois, le raisonnement rigide de la matière consumériste, qui refuse de voir ainsi un professionnel. Bien sûr les compétences sont évincées du raisonnement, d'une manière que l'on connaît désormais fort bien, mais elles respectent, au moins dans cette hypothèse, une rigueur en matière de qualification (V. l'arrêt quelque peu anecdotique et original, qui considère que l'attachement au maintien d'une certaine race de chats constitue une passion, et que « *la pratique d'une passion ne se confond pas avec l'exercice professionnel d'une activité* » (CA Versailles, 4 oct. 2002 (n° JurisData : 2002-223803) : RTD civ. 2003. 292, obs. J. Mestre et B. Fages).

²³²⁹ D'autant que les exemples sont nombreux : rappelons not., par exemple, qu'il était clairement établi dans la célèbre affaire « Baldus » que l'acquéreur était plus qu'averti en matière d'art. Il n'est ainsi pas rigoureux d'accorder la protection lorsqu'il est prouvé que la prétendue partie faible manifestait des compétences tirées de son expérience personnelle, la faisant apparaître

672. – Assimilation à la connaissance personnelle du comportement qui semble nettement l'induire. Il nous faut évoquer un dernier point : le comportement du contractant laissant ouvertement supposer qu'il détient la connaissance suffisante, devra mener à l'assimiler à celui qui sait. Et, partant, à l'exclure de la protection de la partie faible²³³⁰. Nous renvoyons ici, pour l'essentiel, aux développements largement consacrés à la question lors de l'étude critique de certaines solutions rendues en matière notariale, ou de tels comportements ne mènent malheureusement pas à décharger le débiteur de la protection²³³¹. L'on peut également songer à un étroit parallèle avec l'étendue de l'obligation d'information, devant être strictement cantonnée aux informations dont la partie faible (par hypothèse) a explicitement manifesté l'importance²³³².

b – Les compétences personnelles dérivées

673. – Compétences personnelles dérivées. Signification. Dans certaines hypothèses, un contractant est assisté au moment de conclure par une personne particulièrement avertie²³³³. C'est alors que l'obligation d'information (*lato sensu*) de son cocontractant, le cas échéant, doit pourvoir être écartée. En effet, si la prétendue partie faible n'est plus frappée d'ignorance, elle n'a plus à être légitimement créancière d'une protection. Il faut rappeler, pour prendre la mesure de ces prescriptions, toute l'injustice véhiculée par les solutions qui sanctionnent certains professionnels, alors même que leur client était dûment assisté et informé²³³⁴. Il serait donc de bon sens que la protection disparaisse lorsque l'information est assurée par une voie dérivée, autrement dit par l'assistance²³³⁵.

674. – La protection ne doit être évincée que s'il est prouvé que l'assistance a produit des effets informatifs suffisants. La solution tenant au refus de la prise en compte de l'assistance, pour évincer potentiellement la protection, semble justifiée, en ce qu'il « *serait en effet étrange de voir chacun des professionnels arguer de la présence des autres pour alléger sa propre obligation au préjudice du client* »²³³⁶. Il serait en effet inadmissible que le seul fait d'être assisté conduise à une solution déterminée abstraitement. C'est évidemment pour cette raison que le juge devra apprécier si ladite assistance avait produit ses effets informatifs. A cet égard, notons qu'il semble difficile d'admettre que le concours d'un avocat ou d'un notaire ne puisse conférer aucune connaissance supplémentaire utile à la prétendue

comme avertie.

²³³⁰ V. not. déjà en ce sens Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, spéc. p. 103

²³³¹ V. *supra* nos 363 et s.

²³³² V. *infra* nos 933 et s.

²³³³ J. Djoudi et F. Boucard, « La protection de l'emprunteur profane », D. 2008, p. 500 et s. (spéc. n° 15, qui parlent de partie « avertie par production »).

²³³⁴ Et not. en matière notariale (V. *supra* nos 343 et s.) ou d'avocature (V. *supra* nos 376 et s.).

²³³⁵ Ce qui est encore plus salutaire lorsque ces compétences dérivées sont alliées avec les compétences originaires pour trancher. V. not. la très intéressante solution, en matière d'assurance, Cass. 2^e civ., 24 oct. 2013 (12-27.000) : RGDA 2014. 236, obs. D. Langé ; D. act. 18 nov. 2013, obs. Th. de Ravel d'Esclapon. La Haute Cour affirme en effet « *qu'il ne saurait être reproché au courtier d'avoir manqué de diligence en n'avisant pas son client de l'existence de la prescription biennale et des procédés à mettre en œuvre pour l'interrompre, dès lors que Mme X..., mandataire judiciaire, dispose des compétences nécessaires pour connaître de cette prescription spéciale, rappelée expressément aux conditions générales du contrat d'assurances, et qu'elle était assistée d'un conseil professionnel du droit* ». En effet, « *Voilà un courtier qui aurait dû conseiller, selon l'argumentation du demandeur au pourvoi, un mandataire judiciaire sur une question de droit. Certes, en tant que professionnel de l'assurance, il pratiquait souvent ces questions. Mais l'assurée, en tant que professionnel du droit, qui plus est assistée, ne pouvait manquer de les maîtriser* » (Th. de Ravel d'Esclapon, obs. préc.).

²³³⁶ P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1997 (95-10.629), D. 1998, p. 198

partie faible. En outre, serait-ce seulement vraisemblable de considérer que l'assistance, au moment de conclure, n'est pas précisément destinée à obtenir un niveau informationnel considérable ?

B - La portée du critère : la légitimité de l'infériorité informationnelle

675. – Plan. L'infériorité informationnelle ne suffit pas. Il faut encore, en effet, que celle-ci soit légitime, pour que la partie faible soit dûment caractérisée. Légitimité dont le principe doit être explicite (1), avant que ne soit déterminée son étendue (2).

1 - Principe de la légitimité

676. – Plan. Le principe de la légitimité appelle tout d'abord une précision de ses contours généraux, qui tiennent au fond à une idée de responsabilisation (a)²³³⁷. Au point de vue juridique, il s'agit d'une réhabilitation de l'obligation élémentaire de s'informer (b).

a – *Contours généraux : la responsabilisation*

677. – Signification de la légitimité de l'infériorité informationnelle. Ecueil du capable-incapable, de la *tentation de l'innocence*. « *Le privilège extraordinaire de la liberté, c'est d'être responsable lorsqu'on est éclairé* »²³³⁸. La légitimité de l'ignorance de celui qui se prétend créancier d'une obligation d'information n'est pas nouvelle. Cette condition a été dégagée nettement par la doctrine²³³⁹, à ceci près que nous en faisons pour notre part une condition de caractérisation de la partie faible. L'on ne saurait en effet admettre qu'un contractant soit protégé, alors que son ignorance résulte d'une sorte d'insouciance, de béotisme. Des résultats aussi néfastes que ceux qui ont été dénoncés apparaîtraient, puisque les conséquences de ces comportements pèseraient à tort sur le cocontractant de cette fautive partie faible. La condition de légitimité appuie donc sur un point cardinal : le fondement de l'obligation d'informer la partie faible n'est pas son ignorance en tant que telle, mais également la difficulté d'accès à l'information²³⁴⁰. Le but est ainsi de fuir absolument le modèle de la protection consumériste, et de n'ériger nullement « *un personnage incapable d'un calcul économique, d'un choix libre et éclairé, d'une décision mûrie ; et que l'on doit protéger non seulement contre autrui mais aussi contre lui-même* »²³⁴¹. Il faut que la norme renoue avec l'ancien principe, selon lequel « *les engagements sont normalement pris par une personne*

²³³⁷ Et pour cause : « *Pour autant, si l'on s'accorde sur la nécessité de limiter le devoir de conseil (...), en fonction des connaissances de son cocontractant, la question n'en reste pas moins posée des critères à retenir pour apprécier ce que pouvait légitimement ignorer ce dernier* » (J. Attard, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », RTD com. 2011, p. 23).

²³³⁸ Ph. Malaurie, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2002 (99-15.217), Defrénois 2003, p. 316

²³³⁹ V. not. ce point M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (réed. 1992), nos 253 et s., p. 197 et s. ; V. aussi J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 646, p. 623 (et, pour l'ensemble de cette doctrine, les importantes réf. citées).

²³⁴⁰ *Rappr.* M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 254, p. 197 (« *Or le fondement principal de l'obligation d'information étant l'inégalité d'accès des deux parties à l'information (...)* »).

²³⁴¹ G. Rouhette, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 255, n° 10 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 3, p. 19 (« *Oncle plutôt que père, il se contente d'avoir l'esprit de tutelle en réponse à l'esprit d'enfance : le consommateur est un majeur que son contrat replace en état de minorité* »). La problématique est inversement semblable, dans le propre domaine des incapacités, où il s'agit de rechercher, sans disloquer la protection, plus d'autonomie : V. not. S. Bernheim-Desvaux, « La difficile conciliation de la protection et de l'autonomie de la personne vulnérable », RJPF 2010, n° 4, p. 8 et s.

capable ayant un consentement sain »²³⁴². Diligence élémentaire oblige, la « Tentation de l'innocence »²³⁴³, cette « maladie de l'individualisme qui consiste à vouloir échapper aux conséquences de ses actes, cette tentative de jouir des bénéfices de la liberté sans souffrir aucun de ses inconvénients »²³⁴⁴, dont le consumérisme est l'emblème²³⁴⁵, perverse et dangereuse à tant d'égards, doit être combattue. « La difficulté aguerrit, stimule, elle oblige à trouver des solutions »²³⁴⁶. C'est le « métier d'homme »²³⁴⁷.

678. – De non vigilantibus non curat praetor. Responsabilisation. La partie faible doit (aussi) être curieuse. Cicéron critiquait déjà ceux qui « se conduisent comme par boutade, sans mesure et sans discernement, (...), obéissant, pour ainsi dire, au premier vent qui les pousse »²³⁴⁸. Ainsi pourrait-on transposer le célèbre adage *emptor debet esse curiosus*²³⁴⁹ à la partie faible en général : *ignarus debet esse curiosus*²³⁵⁰. Il en va là de considérations élémentaires de responsabilisation. Cette démarche de « diététique juridique »²³⁵¹ tend donc vers un équilibre théorique optimal, conciliant la responsabilisation et la protection²³⁵². Il faut donc que cette exigence joue également à l'endroit de la partie faible. Il semblerait au demeurant opportun que celle-ci serve de condition générale d'appréciation de la légitimité de l'ignorance des contractants²³⁵³. Il semblerait s'agir là, en effet, d'un garde-fou nécessaire à toute prise en compte de la faiblesse²³⁵⁴. Et l'idée semble des plus classiques : *de non vigilantibus non curat praetor*²³⁵⁵.

²³⁴² G. Rouhette, loc. cit.

²³⁴³ P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Grasset, 1995

²³⁴⁴ P. Bruckner, op. cit., p. 14 (et de poursuivre : « Elle s'épanouit dans deux directions, l'infantilisme et la victimisation, deux manières de fuir la difficulté d'être, deux stratégies de l'irresponsabilité bienheureuse. Dans la première, l'innocence doit se comprendre comme parodie de l'insouciance et de l'ignorance des jeunes années ; elle culmine dans la figure de l'immature perpétuel. Dans la seconde, elle est synonyme d'angélisme, signifie l'absence de culpabilité, l'incapacité à commettre le mal et s'incarne dans la figure du martyr autoproclamé » (ibid., p. 14-15)). « Ils consacrent néanmoins ce paradoxe de l'individu contemporain soucieux jusqu'à l'excès de son indépendance mais qui réclame en même temps soin et assistance, qui entend combiner la double figure du dissident et du poupon, parler le double langage du non-conformisme et de la demande insatiable » (ibid., p. 16).

²³⁴⁵ V. not. P. Bruckner, op. cit., *passim*. (spéc. p. 15 : « c'est qu'il dispose dans nos sociétés de deux alliés objectifs qui l'alimentent et le secrètent continuellement, le consumérisme et le divertissement, fondés l'un et l'autre sur le principe de la surprise permanente et de la satisfaction illimitée (...) : tu ne renonceras à rien ! »).

²³⁴⁶ A. Jollien, *Eloge de la faiblesse*, Marabout, 1999, p. 34 (et l'ouvrage est en lui-même une magnifique illustration de ces préceptes, et de leur justesse).

²³⁴⁷ Ibid., spéc. p. 38 (« résoudre les difficultés, une par une, assumer notre condition, rester debout »).

²³⁴⁸ Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), p. 49

²³⁴⁹ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 110, p. 199 et s.

²³⁵⁰ Il faut relever, d'ailleurs, que l'ignorance n'a pas toujours désigné une situation objective, comme c'est le cas aujourd'hui (de nos jours, en effet, le faible (ou la faiblesse) renvoie à une situation objective, celle d'un manque de force, de vigueur, de talent, de capacité, de caractère. Un manque objectif, donc (*Le nouveau Littré*, 2004, « Faible », « Faiblesse », p. 546)). En effet, notamment à la fin du XIV^e siècle, l'ignorant a pu revêtir un sens subjectif, et ainsi être synonyme d'« être négligent ». Le terme a néanmoins toujours eu une signification objective, à laquelle s'est adjoint le sens subjectif mentionné, un temps. En outre, l'ignorance a une part de connotation négative (subjectivement blâmable, donc), selon les domaines, au moins jusqu'au XVII^e siècle, renvoyant encore, au tout début de ce siècle, à une « faute qui indique le manque de connaissances ». A partir de là, le sens du terme s'est de plus en plus rangé vers la seule signification objective, le « manque d'instruction, de savoir » (*Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), t. I, 4^e éd., Le Robert, 2012, p. 1677-1678), même s'il renvoie parfois, encore aujourd'hui, à une considération péjorative

²³⁵¹ En effet, le fait de refuser la protection lorsque les informations en cause sont de notoriété commune ou aisément accessibles, est une « façon de promouvoir une « diététique de l'information », tant il est vrai que « trop d'information tue l'information » » (L. Mayaux, Rép. civ. Dalloz, « Contrat d'assurance », juin 2014 (m.a.j. 2014), n° 223).

²³⁵² La responsabilisation n'étant en rien contradictoire avec la protection du faible. V. not. en ce sens F. Fiechter-Boulvard, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, spéc. p. 31-32, et not. : « Il n'est pas contradictoire d'affirmer que l'individu est un être responsable bien que vulnérable »).

²³⁵³ C'est que l'encadrement de certains contractants « ne saurait être consacré sans limite sous peine de ruiner la sécurité des transactions. Un contractant ne peut pas se plaindre de n'importe quoi. Non seulement, certaines plaintes ne doivent pas apparaître comme sérieuses, mais encore, même lorsqu'elles pourraient l'être, il faut tenir compte d'un principe essentiel selon lequel il appartient à chacun de s'informer ou de défendre ses intérêts, sans qu'il soit besoin de toujours s'en remettre à la protection de la loi ou des juges » (S. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n° 319, p. 290).

²³⁵⁴ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il conviendrait de rétablir cette condition au sein du dol. L'on doit tendre vers

Ou, selon une belle formule, conférer au « *non-averti une réelle protection (vive l'équité), mais en lui laissant un choix de vie (vives la responsabilité, la « responsabilisation»* »²³⁵⁶. La responsabilité, c'est le « *complément nécessaire* » de la liberté²³⁵⁷. Y. Loussouarn relevait, en préface d'un ouvrage dédié à l'information, qu'« *Etre traité en adulte est devenu l'une des aspirations non seulement des peuples, mais aussi des individus* »²³⁵⁸. Souhaitons ainsi que le droit fasse écho à ces salutaires aspirations. Juridiquement, ce n'est là, ni plus ni moins, que plaider pour une large réhabilitation de l'obligation de s'informer.

679. – Outre les connaissances, accentuer la prise en compte du comportement. Outre la prise en compte des compétences et, partant, des connaissances, la légitimité implique de tenir compte du comportement du contractant²³⁵⁹. M. Mestre a pu d'ailleurs le souligner, avec justesse : « *Parce que sa raison d'être est d'unir des individus (...), le contrat est aussi, et sans doute surtout, une affaire de personnes* »²³⁶⁰. Le droit des contrats, notamment, s'est donc « *progressivement accoutumé au comportement* »²³⁶¹. Il est devenu « *un rouage essentiel de la vie du contrat* »²³⁶². Notre étude a montré qu'en matière de protection de la partie faible, cette prise en compte était défaillante. Etablir la légitimité de l'ignorance comme condition de la faiblesse participe donc d'une volonté d'accentuer la prise en compte du comportement en matière contractuelle.

b – Contours juridiques : l'obligation de s'informer

680. – Une réhabilitation de l'obligation de s'informer. Le principe selon lequel on doit d'abord s'informer avant d'être informé semble tendre vers l'oubli, surtout depuis que le consommateur (assimilé à la partie faible) est invariablement protégé, et donc totalement déresponsabilisé. Or la légitimité de l'ignorance n'est jamais, en filigrane, qu'une traduction générique de la notion juridique d'obligation de s'informer soi-même²³⁶³, théoriquement à la charge de toute partie²³⁶⁴. Nous souscrivons à cette analyse : « *Le devoir de se renseigner est donc un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception* »²³⁶⁵. Cette obligation doit être réhabilitée²³⁶⁶, et par là même répondre de la légitimité

l'harmonisation, et non la marginalisation, d'une telle condition (V. *supra* nos 332 et s.).

²³⁵⁵ H. Roland et L. Boyer, op. cit., n° 84, p. 152-153 (« *Des insouciants le prêteur n'a cure* »). D'autres adages traduisent d'ailleurs clairement cette même idéologie, aussi ancienne que pertinente : *Sibi vigilavit suum recepit* (ibid., n° 412, p. 833-834 : « *Celui qui est vigilant reçoit son dû* ») ; *Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa* (ibid., n° 192, p. 367 et s. : « *Aux vigilants les droits, aux retardataires les os* ») ; *Jura vigilantibus non dormientibus prosunt* (ibid., n° 191, p. 367 et s. : « *Les droits profitent aux éveillés non aux endormis* »), ou encore *Vigilantibus jura subveniunt* (ibid., n° 463, p. 945 : « *Aux vigilants le droit est secourable* »).

²³⁵⁶ D. Tricot et H. Causse, « Le devoir de mise en garde du banquier », RD banc. fin. 2007, dossier 25, spéc. n° 25

²³⁵⁷ J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 250, p. 225

²³⁵⁸ Y. Loussouarn, « Préface », in *L'information en droit privé*, Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), LGDJ, 1978, p. I

²³⁵⁹ V. not. la thèse de B. Fages consacrée à la question (*Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997).

²³⁶⁰ J. Mestre, préf. de la th. préc. de B. Fages

²³⁶¹ B. Fages, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997, n° 20, p. 27

²³⁶² B. Fages, th. préc., n° 834, p. 456 (et d'ajouter, not. : « *Ce nouveau contrat, où le comportement importe beaucoup, est un contrat plus pragmatique, plus humain, plus proche des individus, en somme plus complet* », ibid., n° 834, p. 457).

²³⁶³ V. not. la formule salubre de Cass. 3^e civ., 26 oct. 2005 (04-15.354) : CCC 2006, n° 45, note L. Leveneur : « *l'annulation d'un contrat ne peut être fondée que sur une erreur excusable résultant d'une ignorance légitime, celle-ci trouvant sa limite dans le devoir pour tout contractant de s'informer soi-même* ».

²³⁶⁴ V. not. sur la question l'étude désormais classique de P. Jourdain, « Le devoir de « se » renseigner », D. 1983, p. 139 et s. ; V. aussi Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, p. 101 et s.

²³⁶⁵ P. Jourdain, art. préc., p. 139

²³⁶⁶ Tandis qu'elle est défendue par les plus illustres : V. not. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 51, p. 110 (« *La réticence suppose, en tout cas, que le silence a été gardé sur une circonstance que l'autre partie était excusable de ne pas connaître* », visant à l'appui un arrêt Cass. com., 8 déc. 1987).

de l'ignorance invoquée²³⁶⁷. Ceci n'enlève rien à la volonté de protéger le faible : sa protection est bien loin, dans notre esprit, de celle de l'insouciant. La distinction est précisément fondée sur ce que la partie faible, en amont et comme tout un chacun, doit « *veiller à ses propres intérêts et ne pas imputer à autrui sa propre négligence* »²³⁶⁸. Par où, à l'évidence, la mesure de cette diligence élémentaire s'effectuera-t-elle, aussi, à l'aune des compétences²³⁶⁹. Mais pas uniquement : ce sont ces facteurs extérieurs qui vont maintenant retenir notre attention²³⁷⁰.

681. – Référentiels : la nature et l'objet du contrat. Cette obligation de s'informer n'est pas abstraite de tout référentiel : elle va nécessairement être évaluée, non seulement en fonction des compétences du contractant, mais aussi par rapport à la nature et l'objet du contrat. Leurs niveaux de complexité respectifs, mis en corrélation avec les compétences détectées en amont, permettront précisément cette évaluation.

682. – Remarque liminaire. Les informations expressément connues. Il va de soi, en amont même de l'obligation de s'informer, que l'on ne peut tenter de reprocher à son cocontractant, même professionnel et même spécialiste, d'avoir manqué à son obligation d'information ou de conseil, alors que l'on avait connaissance de l'information objet du prétendu manquement. S'il semble ainsi élémentaire qu'il ne faut informer que celui qui ne sait pas²³⁷¹, la précision est nécessaire dans la mesure où l'on a à l'esprit de nombreuses solutions se désintéressant mécaniquement des connaissances de la prétendue partie faible²³⁷². Ceci n'aurait plus lieu, sur le fondement de notre proposition *de lege ferenda*.

683. – Les informations devant être connues. Bon sens élémentaire. Dans la même idée, l'on approuvera pleinement la solution qui énonce que nul n'est tenu d'attirer l'attention d'un contractant « *sur les conséquences d'une fausse déclaration dès lors que l'obligation de loyauté et de sincérité s'impose en matière contractuelle et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé à une partie ce principe de bonne foi élémentaire ou les conséquences de sa transgression* »²³⁷³. Il est naturel que l'on ne puisse

²³⁶⁷ V. en ce sens et sur ce point M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (rééd. 1992), spéc. n° 259, p. 201-202 (affirmant not. que « *Même lorsque les éléments constitutifs de l'obligation d'information sont réunis (...), l'existence de cette obligation est en réalité subordonnée à l'ignorance légitime du cocontractant. (...) Dire qu'il existe un devoir de s'informer revient en pratique à qualifier l'ignorance de l'information d'illégitime* »). V. aussi J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 646, p. 624 (soulignant tout autant ce lien).

²³⁶⁸ M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 259, p. 202 ; V. aussi, parlant de « *conservation de ses propres intérêts* », P. Jourdain, art. préc., spéc. p. 144

²³⁶⁹ V. not. P. Jourdain, art. préc., spéc. p. 142-143

²³⁷⁰ Evoquant déjà ces « *circonstances extérieures au créancier* » (de l'obligation d'information), V. déjà P. Jourdain, art. préc., spéc. p. 143

²³⁷¹ M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. nos 252, p. 197 (et not. : « *Il est évident que si le prétendu créancier d'une obligation d'information connaissait en réalité l'information, il n'y a pas d'obligation d'information. Il n'y a en effet lieu d'informer que celui qui ne connaît pas une information* »).

²³⁷² V. not. en matière notariale, où la protection reste accordée alors même que le niveau informationnel suffisant du client est manifeste (V. *supra* nos 345 et s.).

²³⁷³ Cass. 1^{re} civ., 31 oct. 2012 (11-15.529) : Bull. civ. I, n° 222 ; RTD civ. 2013. 109, obs. B. Fages ; confirmant Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007 (05-16.789) : RTD civ. 2008, p. 676, obs. B. Fages (et précise d'ailleurs que l'obligation de conseil de l'avocat ne saurait l'amener à vérifier les informations de son client, s'il n'est pas établi qu'il disposait d'informations de nature à les mettre en doute). Par ailleurs, des solutions très similaires avaient déjà été affirmées : Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000 (97-18.737) : Bull. civ. I, n° 101 ; D. 2000, p. 574, note B. Beignier ; RCA 2000, n° 244, note H. Groutel ; RTD civ. 2000, p. 565, obs. J. Mestre et B. Fages (« *l'obligation de répondre avec loyauté et sincérité aux questions posées par l'assureur à l'occasion de l'adhésion à une assurance relève de l'obligation de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle, et que nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé ce principe, ou les conséquences de sa transgression, à une autre partie* ») ; *Adde* dans le même sens pour un huissier : Cass. 1^{re}

reprocher à son cocontractant de ne pas avoir fourni une information particulière sur des éléments de notoriété commune. Si mentir ou retenir une information est moralement condamnable, nul n'a à être sanctionné du fait de la turpitude d'autrui²³⁷⁴. Il est également de notoriété commune, par exemple, qu'une vente constitue un transfert de propriété en l'échange d'un prix, et que transmettre de fausses informations à son cocontractant entraîne certaines conséquences. En un mot, « *L'obligation d'information, comme on le sait, ne porte pas sur ce qui est de la connaissance de tous* »²³⁷⁵. Il est bien naturel que le débiteur potentiel d'une obligation d'information ne soit alors pas sanctionné²³⁷⁶. Ici, ce sont moins les qualités subjectives du contractant que l'évidence, notamment l'apparence²³⁷⁷, de l'information prétendument ignorée, qui mène à évincer la légitimité de son ignorance.

684. – Les informations devant être connues. Exigences légales dépassant le seul cadre du contrat conclu. Les informations qui doivent être connues, et dont l'ignorance ne peut donc être reprochée au prétendu débiteur d'une obligation d'information, se trouvent aussi sur le terrain de ce qu'exigent la loi et le règlement²³⁷⁸. C'est ainsi que le propriétaire d'un navire de plaisance ne peut reprocher à l'assureur, qui refuse d'indemniser le naufrage dudit navire, de ne l'avoir informé d'une telle conséquence en cas de non détention des titres nécessaires, somme toute résultant d'exigences réglementaires²³⁷⁹. Cela rappelle de salutaires solutions, dans lesquelles l'ignorance d'exigences légales élémentaires ne peut être commodément reprochée au débiteur d'une obligation d'information²³⁸⁰.

685. – Ce qui peut être recherché. Informations privilégiées et informations communes. La ligne directrice semble pouvoir être tracée au moyen de la dichotomie information privilégiée/commune. En effet, pour caractériser la légitimité de l'infériorité informationnelle, il faut nécessairement déterminer la nature de l'information qui aurait dû être sue. Or, la distinction précitée sert à placer un tel curseur. Si

civ., 25 mars 2010 (09-12.294) : Bull. civ. I, n° 72 ; AJDI 2010, p. 911, note M. Thioye ; JCP E 2010, 1656, obs. J.-B. Seube ; Gaz. Pal. 2010, p. 1720, obs. M. Mekki ; Defrénois 2010, p. 1684, obs. J.-B. Seube ; RDC 2010, p. 851, note G. Viney

²³⁷⁴ C'est not. ce qu'affirment J. Mestre et B. Fages (obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, préc.) : « *Cette solution apparaît assurément opportune, dès lors qu'il s'agit d'éviter qu'un plaideur malhonnête ne fasse supporter à son cocontractant les conséquences de sa propre turpitude, en lui reprochant de ne pas l'avoir averti du principe de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle, ainsi que des sanctions auxquelles il s'exposait en ne le respectant pas. En l'occurrence, retenir la responsabilité de l'établissement de crédit souscripteur aurait eu pour conséquence de faire peser sur celui-ci le coût de la nullité de l'adhésion au contrat d'assurance-groupe, et donc de le rendre en quelque sorte... assureur de la déloyauté de son client* ».

²³⁷⁵ B. Fages obs. sous Cass. 1^{re} civ., 31 oct. 2012, préc. ; V. not. Cass. 3^e civ., 20 nov. 1991 (90-10.286) : Bull. civ. III, n° 284 ; Cass. 3^e civ., 6 mars 2002 (99-20.637) : RTD civ. 2003, p. 81, obs. J. Mestre et B. Fages

²³⁷⁶ L'on a aussi un sentiment mitigé, à l'égard de la sanction qui est prononcée contre un notaire, qui « *avait constaté la mauvaise connaissance de la langue française par son client* » mais qui ne l'avait pas invité à se faire assister d'un interprète (Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2014 (13-13.509) : D. 2014, p. 1715, obs. I. Darret-Courgeon). Bien sûr l'on saisit bien la vulnérabilité du client qui maîtrise mal la langue française. Mais de là à faire peser sur le notaire la nécessité franchement élémentaire, dans un tel cas, de se faire assister, il y a un cap qu'il est difficile de franchir.

²³⁷⁷ V. not. Cass. 3^e civ., 6 mars 2002, préc. (disparition d'un verger entier).

²³⁷⁸ Ph. Le Tourneau employait ainsi une tournure fort intéressante (en l'occurrence attribuée au domaine notariale mais dont la généralité est inspirante) : « *Et même un « spécialiste » n'a pas à se substituer à son client dans l'accomplissement des tâches qui ne sont pas de son ressort (...). Le conseil n'est pas l'assistance technique. Cette dernière n'est pas non plus la gestion directe : elle ne doit pas compromettre l'indépendance du partenaire* » (« Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, p. 23).

²³⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2002 (99-14.765) : Bull. civ. I, n° 178 ; D. 2003, p. 169, note B. Beignier ; RTD civ. 2003, p. 81, obs. J. Mestre et B. Fages (« *l'obligation de conseil de l'assureur ne peut s'étendre à des circonstances qui excèdent le cadre de l'opération d'assurance qu'il propose ; qu'en se déterminant comme elle a fait, alors que la possession d'un certificat de navigabilité conforme aux exigences réglementaires s'imposait à M. X..., en dehors même de toute assurance du navire, sans qu'il incombe à l'assureur de lui rappeler cette obligation* »). Comme l'a relevé un auteur, « *Pour qu'il y ait assurance, il faut d'abord qu'il y ait contrat. Celui d'assurance n'a pas lieu d'être mué en « contrat d'assistance »* » (B. Beignier, note préc.).

²³⁸⁰ V. not. une salutaire solution en matière notariale, dont l'actualité est d'ailleurs incertaine : Cass. 3^e civ., 12 juin 1996 (94-14.862) : JCP N 1997, II, 241, note M. Nanzir (« *l'immatriculation au registre du commerce constitue une obligation légale qu'un commerçant ne peut ignorer (...)* »).

l'information est considérée comme privilégiée, de telle sorte que la seule partie *qui sait* pouvait valablement la connaître, alors l'infériorité informationnelle de son cocontractant sera légitime. En revanche, si l'information était *commune*, au sens où elle pouvait être obtenue aisément au prix d'un effort de celui *qui ne sait pas*²³⁸¹, alors la solution sera inverse. Toutefois, l'expression étant empruntée au droit boursier²³⁸², elle n'a d'autre consistance plus précise en droit des contrats. L'on en retiendra l'idée : l'obligation de s'informer est constituée de manière idéologique par une diligence minimum, en bref par un comportement responsable.

686. – En outre, l'époque est à l'accessibilité de l'information. Notre temps est indubitablement, au moins au premier abord, à l'accessibilité du droit²³⁸³. Bien sûr, la fonction de diffusion et de communication du droit par les codes est indubitable, regroupant des milliers de lois éparses en un document²³⁸⁴. Mais y avoir recours reste peu commode pour les profanes. Et l'intelligibilité de leur contenu demeure hautement improbable²³⁸⁵. Le constat semble être similaire pour les ouvrages de doctrine, peut-être certes à un degré moindre, du fait de la pédagogie qu'ils contiennent²³⁸⁶. L'on peut aussi songer à l'information professionnelle. Ainsi, l'information télévisuelle, si elle est désormais permanente et accessible à tous, n'est pas nécessairement décisive²³⁸⁷. Pas davantage que l'enseignement du droit, réservé pour l'essentiel aux étudiants du supérieur²³⁸⁸. Non. Si les informations que l'on pourra qualifier de communes tendent à se développer, c'est parce que notre temps cristallise le « *sacre de l'amateur* »²³⁸⁹, du « *pro-am* »²³⁹⁰. La diffusion numérique de l'information, et donc aussi de l'information

²³⁸¹ G. Dari-Mattiacci et D. Houtcieff, « Vice du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive », in *Droit et économie des contrats*, Ch. Jamin (dir.), LGDJ, 2008, p. 45 et s., spéc. p. 54 et s., n^{os} 110 et s. (l'information privilégiée implique donc, dans cette perspective contractuelle, « *que l'autre partie est dans l'impossibilité de se renseigner elle-même* », tandis que l'information dite commune est « *de notoriété publique* » et qu'il « *suffit à chacun de déployer ses efforts pour la connaître* »).

²³⁸² V. not. M. Malaurie-Vignal, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », D. 1997, p. 207. L'expression a un sens relativement différent, tendant plus à la problématique du conflit d'intérêt (informations commerciales, financières et boursières essentiellement) qu'à celle de l'asymétrie d'information et de coopération contractuelle, dernier sens auquel il sera ici fait appel, au contraire.

²³⁸³ Il faut sur ce thème de la multiplicité des moyens actuels d'« *assimilation du droit* », lire F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n^{os} 443 et s., p. 371 et s. (et les nombreuses réf. citées).

²³⁸⁴ Par ailleurs, la publication des lois et règlements au Journal officiel de la République française participe d'une même mouvance, celle de la transmission présumée de la connaissance du droit par l'écrit.

²³⁸⁵ Lire, et comprendre, chaque jour le Journal officiel, s'emparer d'un Code civil pour ne pouvoir y trouver – au mieux –, qu'une partie infime de ce droit (souvent constitué de manière importante, voire plus importante, des solutions jurisprudentielles), sont des comportements improbables, à juste titre, pour des profanes.

²³⁸⁶ Les ouvrages de doctrine apportent effectivement leur part à la diffusion par moyens physiques, par une vision globale, théorisée et synthétique, que la seule prise de connaissance, même comprise, des lois et des décisions de justice ne peut refléter. Pour autant, la sociologie juridique reprend ici ses droits : l'on ne peut attendre de tous les profanes une prise en main d'un manuel de droits des obligations, de droit de la consommation, mais aussi de droit de la concurrence et des affaires, destinés au minimum à des étudiants en Droit.

²³⁸⁷ Elle relaie un message biaisé, car ce discours est souvent altéré par le prisme des clivages politiques qui sous-tendent la transmission de l'information juridique. En outre, celle-ci reste rudimentaire, très globale et surtout extrêmement peu fiable et spécialisée en ce qu'elle a moins vocation à informer les citoyens de leurs droits que de relayer des controverses. Le droit n'est d'ailleurs, pas plus que par la grande presse, convenablement transmis par la technique en vogue des communiqués de presse (V. sur ce point G.-J. Guglielmi, « Le droit s'écrit-il dans les communiqués de presse ? », in *Mélanges en l'honneur d'A. Fenet*, Litec, 2008, p. 675 et s. ; et sur l'ensemble de la question : F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n^o 449-1, p. 382-383).

²³⁸⁸ V. sur ce point *infra* n^o 1141

²³⁸⁹ P. Flichy, *Le sacre de l'amateur. Sociologie des passions ordinaires à l'ère numérique*, éd. du Seuil et La République des Idées, 2010 (l'ouvrage est riche. Il retrace la *démocratisation des compétences* que permet l'ère numérique, autrement dit, à peu de choses près, *l'internet de masse*. Chaque parcelle de cette révolution est évoquée, de la musique à la politique, en passant par l'auto-évaluation de sa santé. En un mot, le « *web participatif* » (ibid., p. 10). Comme le souligne l'auteur dès l'introduction, « *un simple amateur peut mobiliser des connaissances identiques à celles de l'expert* » (ibid., p. 8). Or il peut ainsi (ce qui légitimerait, comme nous le suggérons, de renforcer l'obligation de s'informer, de nos jours) « *prendre ses distances face à l'autorité de l'auteur ou de l'expert* » (ibid., p. 16)).

juridique²³⁹¹ et technique, connaît une effervescence inédite. « *Comment ignorer le bouleversement qui a eu lieu, alors que les enfants jouent avec des ordinateurs dès le secondaire, bientôt dès la maternelle ?* », relevait déjà, en 1987, M. Le Tourneau²³⁹². C'est que la banalisation de l'accès à Internet a révolutionné l'accessibilité et parfois même l'intelligibilité de l'information²³⁹³. L'on peut ainsi prendre connaissance de la quasi-totalité du droit positif²³⁹⁴. L'obligation de s'informer ne peut s'en trouver que stimulée, nous semble-t-il. Et ce n'est là qu'une petite partie du contenu disponible²³⁹⁵. Cette présentation est bien sûr extrêmement schématique²³⁹⁶, mais reflète l'essentiel : l'accessibilité « matérielle » est indéniablement et hautement stimulée par l'informatisation du droit. Et probablement, aussi, l'accessibilité « intellectuelle »²³⁹⁷, quoi que, à notre sens, dans une mesure beaucoup plus nuancée.

687. – Nuance. Les risques de l'accessibilité matérielle de l'information. L'Internet est libre, et l'on perçoit immédiatement les risques de l'auto-information²³⁹⁸. D'abord, l'information n'est pas nécessairement de qualité²³⁹⁹. Le danger de l'ignorance n'est donc pas le seul risque existant : plus grave que l'ignorance, Cicéron le disait déjà²⁴⁰⁰, est la croyance du savoir. « *Savoir mal est pire qu'ignorer* »²⁴⁰¹, car la méfiance élémentaire s'évapore²⁴⁰². Même ! La diligence que suscite l'accessibilité

²³⁹⁰ Professionnel-amateur (P. Flichy, op. cit., p. 8, citant des auteurs américains à l'origine de la notion).

²³⁹¹ J. Huet, « La modification du droit sous l'influence de l'informatique : aspects de droit privé », JCP G 1983, I, 3095 ; M. Vivant, « Quelques mots sur l'informatique juridique », JCP G 1985, I, 3211. Et pas uniquement : la documentation et la productivité juridiques y ont également hautement gagné. V. not. J.-L. Bergel, « Informatique et Légistique », D. 1987, p. 171 et s. ; H. Manzanarès, « Les banques de données juridiques après le rapport Leclercq », Gaz. Pal. 1985, p. 582 et s. ; E. Bertrand et P. Julian, « Logique et éthique judiciaire », D. 1973, p. 75 et s. ; S. Bories, « A la rencontre du droit vécu (l'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires », JCP G 1985, I, 3213 ; P. Le Minoir, « Traitement et production des actes notariés par l'automatisation », JCP G 1969, I, 2240

²³⁹² Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, p. 101

²³⁹³ Lepage (A.), « Avant-propos », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, 3^{ème} partie, étude : le droit de savoir*, p. 80 (et not. « Plus qu'une évolution, c'est une véritable révolution, un changement de paradigme. L'accès aux médias traditionnels – presse écrite, radio, télévision – repose sur des filtres, en ce sens que n'importe qui ne peut décider quand bon lui semble de s'y exprimer. Mais n'importe quel internaute peut, dès lors qu'il dispose du matériel informatique adéquat, se projeter à la face du monde »).

²³⁹⁴ Avec essentiellement <http://www.legifrance.gouv.fr/>, dans la mesure où l'article 1^{er} du décret du 7 août 2002, dont l'art. 2 crée Légifrance, parle de « service public de diffusion du droit par l'internet », pour « faciliter l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence ». V. not. sur ce point J. Carton, « Légifrance, naissance de l'information juridique officielle sur le web », RFD adm. 1998, p. 689 et s. ; V. aussi le site de la Cour de cassation pour de plus amples informations concernant la jurisprudence qui en émane : <http://www.courdecassation.fr/> ; ou encore le site <http://www.service-public.fr/>, également d'une importance remarquable en matière de démarches administratives, synthétique et ludique. V. pour une liste approfondie des nombreux autres principaux sites internet relayant l'information juridique : F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, p. 380-381, n° 448-1

²³⁹⁵ Que l'on songe aux blogs de professeurs de droit ou d'avocats, ou encore aux nombreuses revues en ligne parfois totalement gratuites.

²³⁹⁶ Th. Piazzon explore cette question d'une manière fouillée (th. préc., spéc. n°s 133 et s., p. 244 et s.).

²³⁹⁷ V. sur cette distinction Th. Piazzon, th. préc., spéc. n° 13, p. 18-19

²³⁹⁸ *Rappr.* not. P. Flichy, op. cit., spéc. p. 90 (l'œuvre de l'amateur, entre profane et spécialiste, qui croit savoir, est parfois médiocre).

²³⁹⁹ V. not. l'intéressante note crit. de P.-Y. Gautier (sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2009 (08-15.899) : Bull. civ. I, n° 92, RTD civ. 2009 p. 744 et s.).

²⁴⁰⁰ V. not. Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), spéc. p. 26 (qui parle de « défauts à éviter » : « de prendre pour connues les choses inconnues, et de les adopter imprudemment »).

²⁴⁰¹ J. Casanova, *Mémoires de Jacques Casanova de Seingalt*, t. VIII, Libr. J.-P. Meline, Bruxelles, 1833, p. 36 (formule exacte : « Je jugeai que l'homme qui veut s'instruire doit lire d'abord, et puis voyager pour rectifier ce qu'il a appris. Savoir mal est pire qu'ignorer, et Montaigne dit qu'il faut bien savoir »).

²⁴⁰² Particulièrement en matière contractuelle, où l'essentiel du droit est à ce jour jurisprudentiel et, partant, difficile à saisir dans sa globalité. V. par ex., tant il y a d'études qui traitent de près ou de loin de ce vaste sujet : A. Lacabarats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », D. 2007, p. 889 et s. ; S. Tournaux, « L'obiter dictum de la Cour de cassation », RTD civ. 2011, p. 45 et s. ; F. Zénati-Castaing, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », D. 2007, p. 1553 et s. ; *Adde* les intéressantes réflexions de Ch. Atias (et not. « La « simple affirmation » du juge », D. 2010, p. 221 et s. ; « La condition ajoutée à la loi par le juge », D. 2009, p. 2654 et s. ; « Moyens de dire le droit et « façons de parler » de la Cour de cassation : une distinction nécessaire », D. 2008, p. 177 et s.). C'est en ce sens que l'exhaustivité des bases de données des décisions (V. not. E. Serverin, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond », D. 2009, p. 2882

matérielle peut se retourner contre celui même qui en fait preuve. Qui, de ceux qui auraient entrepris ainsi de s'informer eux-mêmes, ne serait pas découragé « *par la surabondance des informations, y compris celles que transmettent des lois et décrets trop nombreux* »²⁴⁰³ ? La jurisprudence pose le même problème, car en saisir la substance résulte de l'analyse de multiples décisions, ainsi que d'une immersion dans le contexte du problème posé²⁴⁰⁴. Il est improbable qu'un profane puisse se livrer à de telles activités. La doctrine spécialiste, elle-même, dont la mission est entre autre de rendre intelligible cette masse informe²⁴⁰⁵, y parvient de moins de moins, ce dont témoigne sa propre densité²⁴⁰⁶, reflet de l'excès de droit. Rapporté à notre sujet, le risque de se retrouver dans une situation d'infériorité informationnelle illégitime reste donc immense²⁴⁰⁷.

688. – Dénouement : la négligence évince la protection. En définitive, dans le cas où cette obligation de s'informer ne serait pas remplie par une partie prétendument faible, la protection ne peut trouver à s'appliquer. C'est tout l'enjeu de la légitimité de l'infériorité informationnelle. Son cocontractant ne pourra ainsi être sanctionné : « *Il n'y a pas déloyauté en effet à exploiter une situation favorable dès lors qu'on ne l'a pas créée en violation de ses obligations* »²⁴⁰⁸.

2 - Etendue de la légitimité

689. – Plan. La légitimité est une idée qui doit être encore précisée, afin d'être utilement usitée dans le régime de droit commun de la partie faible. Quelle est son étendue ? Pour répondre à cette question, l'on fera utilement appel à d'autres domaines du droit des contrats, dans lesquels l'idée est fortement et correctement imprégnée. C'est ainsi que l'excusabilité de l'erreur (a) et l'apparence des vices cachés dans la vente (b) constitueront des modèles instructifs pour saisir les implications de la condition de légitimité au sein du régime de la partie faible.

et s.) est tout à la fois indispensable et insuffisant à informer le grand public.

²⁴⁰³ F. Terré, « Synthèse », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), Economica, 2002, p. 188

²⁴⁰⁴ C'est ce que souligne Th. Piazzon, en affirmant, septique à l'endroit de la révolution de l'informatique en matière d'accessibilité intellectuelle du droit, qu'« *il y a un gouffre entre la lecture d'une décision de justice et la compréhension d'une jurisprudence* » (th. préc., n° 133, p. 248). Cela pose, évidemment, le problème de la clarté de la jurisprudence (question également développée en détails, *ibid.*, n°s 135 et s., p. 250, et dont l'un des centres d'impulsion est indéniablement la motivation des décisions de la Haute Cour, ainsi que les divergences entre les chambres).

²⁴⁰⁵ Sur le rôle de la doctrine, V. de manière générale F. Terré, *op. cit.*, n°s 197 et s., p. 164 et s. (et les nombreuses réf. citées).

²⁴⁰⁶ V. not. F. Terré, « La doctrine de la doctrine », in *Etudes offertes au Doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 59 et s. ; S. Pimont, « A propos de l'activité doctrinale civiliste, quelques questions dans l'air du temps », *RTD civ.* 2006, p. 707 et s. ; D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in *Etudes à la mémoire du professeur B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 45 et s.

²⁴⁰⁷ Bien que, indéniablement, « *la diffusion dématérialisée des règles* » constitue, comme le prescrit Th. Piazzon dans ses propositions, un « *moyen de promotion de l'impératif de sécurité juridique* » (th. préc., n°s 251 et s., p. 478 et s.).

²⁴⁰⁸ V. not. sur ce thème et cette nuance F. Magnin, « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », *JCP G* 1976, I, 2780, n° 41 (et aussi : « *Dans la mesure où le cocontractant respecte ces obligations fondamentales de ne pas provoquer d'erreur, de ne pas exercer de violence et, si l'on se trouve dans un des cas où cette obligation spécifique est prévue, d'informer son partenaire, il n'est pas possible de considérer qu'il puisse néanmoins avoir un comportement déloyal et qu'il faille en conséquence trouver une voie pour le sanctionner* » (*ibid.*); « *il serait tentant de remédier à ces situations par l'extension du champ d'application de l'article 1116 du Code civil pour faire du dol la sanction générale de l'obligation de bonne foi dans la formation des actes juridiques. (...) il n'est pas possible, hormis certaines situations expressément prévues et sanctionnées par la loi, d'exiger des parties à l'acte une bonne foi sans limite. Tout ce que l'on est en droit d'attendre de chacune d'elles, c'est qu'elle ne trompe pas son partenaire, qu'elle n'exerce pas de manœuvres destinées à l'induire en erreur* » (*ibid.*, n° 55)).

690. – Ignorance *crassa* ou *supina*. Signification de l'erreur inexcusable. Il y a, dans le modèle de l'excusabilité de l'erreur, matière à s'inspirer²⁴⁰⁹. Certes, aucun texte du Code civil ne prévoit cette exigence, pas davantage que ses travaux préparatoires²⁴¹⁰. Par ailleurs, l'analyse que nous avons faite de ces travaux, si elle ne devait mener qu'à une conclusion, confinerait à l'idée d'équité²⁴¹¹. Équité selon laquelle il apparaît impensable de sanctionner l'erreur de l'insouciant. D'ailleurs, depuis le droit romain, l'erreur, pour être admise, doit être excusable : la méprise *crassa* est ainsi sans effet²⁴¹². Les commentateurs du Code civil, connaissaient donc la notion. La position de Laurent, notamment, est très inspirante²⁴¹³. Au-delà, qu'est-ce qu'une erreur excusable ? Rien d'autre, semble-t-il, qu'une erreur légitime. Une telle exigence démontre de la même mouvance (responsabilisatrice, tenant compte du comportement) que le devoir de s'informer²⁴¹⁴. La notion entend désigner, en effet, un genre d'erreur qui ne doit pas être accueilli²⁴¹⁵, trop imprégné de négligence²⁴¹⁶, de « *légèreté coupable* »²⁴¹⁷, de « *bêtise* », lisait-on parfois²⁴¹⁸. C'est ainsi que l'absence de compétence entraîne aisément une erreur excusable²⁴¹⁹,

²⁴⁰⁹ V. d'ailleurs, dans le sens de sa propre démonstration, une telle démarche d'inspiration par Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. nos 305 et s., p. 392 et s.

²⁴¹⁰ P. Chauvel, *Le vice du consentement*, th. Paris II, 1981, n° 414, p. 155

²⁴¹¹ V. *supra* nos 542 et s.

²⁴¹² V. not. M. Jouve, *Des vices de la volonté dans le contrat en droit romain et en droit français*, th. Aix, 1879, spéc. p. 25-26 (et not. : « La protection accordée à l'erreur est exceptionnelle. Chacun doit en principe supporter la responsabilité entière de cet état de l'âme puisqu'il est spontané et qu'aucune cause étrangère n'agit directement pour le produire (...). Le jour où les prudents donnèrent à l'erreur une influence annulatrice, ils s'inspirèrent de ces réflexions. De là une foule de textes qui posent la règle suivante : pour que l'erreur soit protégée, il faut qu'elle soit excusable ; il faut qu'elle ne soit pas telle qu'un homme insouciant seul ait dû la commettre (...). Tel est à notre point de vue le principe qui se dégage du droit romain en matière d'erreur. L'erreur n'est protégée que si elle est excusable »). Un autre auteur de l'époque affirme ainsi ceci, dans un développement consacré au droit romain : « On nomme erreur grossière, celle qui suppose cette négligence, cette ignorance que les textes appellent *summa negligentia, supina, crassa, ignorantia* » (P. de Place, *De l'erreur dans les conventions de droit privé*, th. Paris, 1859, p. 8). Adde D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, spéc. p. 509 ; N. Dejean de la Bâtie, th. préc., spéc. nos 225 et s., p. 206 et s. ; ce que concède d'ailleurs Laurent, au sein des propos rapportés dans la note suivante (à l'égard de la solution de l'excusabilité, en substance, « Cela nous paraît très-douteux, bien que l'on puisse invoquer la tradition romaine à l'appui de la décision. Doneau dit que la faute lourde est assimilée au dol ; de même, ajoute-t-il, celui qui est dans l'erreur par suite d'une ignorance inexcusable est en faute, et il ne peut pas se prévaloir de sa faute pour attaquer le contrat qu'il a consenti » (*Principes de droit civil français*, t. XV, Libr. A. Durant et Pedone Lauriel, 1875, n° 509, p. 584).

²⁴¹³ « celui qui est dans l'erreur par suite d'une ignorance inexcusable est en faute, et il ne peut pas se prévaloir de sa faute pour attaquer le contrat qu'il a consenti. Il nous semble que cette doctrine rigoureuse ne tient pas compte du caractère purement individuel des vices de consentement. Que l'ignorance soit grossière ou non, qu'importe ? Si elle a produit une erreur substantielle, cela suffit pour que le consentement soit vicié. La loi ne considère pas l'ignorance, elle ne considère que l'erreur qui en résulte ; cela est en harmonie avec la théorie générale des vices qui annulent le consentement. Telle violence fait impression sur un esprit faible, elle n'en ferait aucune sur un caractère énergique. Le juge dira-t-il au premier qu'il a tort d'être un esprit faible ? » (F. Laurent, op. cit., n° 509, p. 584 (et la suite de ces propos, tout aussi inspirante)). Ce que nous trouvons en outre profondément intéressant dans ces propos, c'est la sincérité avec laquelle est alors conçu le faible. C'est dans l'optique de protection du faible d'alors, véritablement et abyssement démuné, que l'on semble capter la réticence de Laurent pour le garde-fou que constitue l'excusabilité de l'erreur. Au-delà, de telles positions ne nous semblent pas recevables : l'excusabilité s'apprécie *in concreto* et, partant, en fonction des dispositions de chacun. Il est donc hautement improbable que cette exigence défavorise systématiquement le faible, davantage que le fort, car l'appréciation de l'excusabilité de leur erreur sera proportionnelle à leurs compétences et connaissances.

²⁴¹⁴ Ce qu'une doctrine spécialiste conforte : « A l'heure actuelle, il est possible d'inclure cette notion d'erreur inexcusable dans celle, plus large, de devoir de s'informer » (M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 258, p. 201).

²⁴¹⁵ Cette tendance, qui s'attache donc concrètement à n'accorder la protection qu'en cas de besoin et qu'en cas d'ignorance justifiée, est si avérée qu'elle a également imprégné le domaine des contrats administratifs, dont on sait qu'il a suivi, par le prisme de la jurisprudence, fidèlement les règles du droit commun des contrats (V. *supra* nos 197 et s.).

²⁴¹⁶ V. sur ce point J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, Rép. civ. Dalloz, « Erreur », sept. 2006 (m.a.j. 2014), nos 293 et s., affirmant notamment, au-delà de la très large reconnaissance doctrinale de la notion, qu'elle date, au moins explicitement en terme de principe, de Pothier, qui déjà affirmait « qu'une personne n'est pas recevable à alléguer l'ignorance de son propre fait ou de quelque chose dont il lui aurait été facile de s'informer afin d'obtenir l'annulation ». D'ailleurs, l'on a pu relever en jurisprudence que cette négligence est indifféremment sanctionnée par l'inexcusabilité de l'erreur ou par le caractère fautif de l'ignorance (*ibid.*, n° 300).

²⁴¹⁷ J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. Boulanger, LGDJ, 2014 (réed. 1971), n° 107, p. 133

²⁴¹⁸ V. not. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd.,

tandis que des compétences particulières en la matière concernée rendent au contraire l'erreur souvent inexcusable²⁴²⁰. Il y a là une salutaire « *norme minimale de vigilance* »²⁴²¹. Par où l'on distingue une illustration intéressante de la dialectique, dans les vices du consentement au sens large, entre la psychologie et la morale²⁴²². En l'occurrence, cède ici la psychologie²⁴²³.

691. – Implications de la notion. La sanction de l'in vraisemblance et de l'aspect fautif de l'ignorance. Pour s'éclairer sur ce qui est de la légitimité de l'ignorance de la partie faible, clarifions concrètement ce qu'implique l'excusabilité de l'erreur. L'on dira ainsi, de manière générale, que l'erreur inexcusable est celle qui est « *facile à éviter* »²⁴²⁴, résultant « *d'une légèreté ou d'une négligence excessives* »²⁴²⁵, grossière²⁴²⁶. Au vrai, ces clarifications datent de certains auteurs de l'après Code civil²⁴²⁷. Ceci conforte encore davantage le fait que cette condition d'excusabilité (i.e. de légitimité) est destinée à fonder une prudence, une diligence minimales. La gossière s'appréciera nécessairement par référence au comportement du contractant, et en fonction de ses compétences et autres subjectivités²⁴²⁸. Par où l'on voit encore une fois à quel point la juste mesure ne s'atteint que par une appréciation *in concreto*²⁴²⁹.

1986, n° 420, p. 145 (dont la formule mérite d'ailleurs d'être reproduite, outre le terme préc. : « *Socialement, la bêtise ne justifie pas l'atteinte constante portée à la stabilité du lien contractuel. Moralement, il est légitime d'exclure la protection légale lorsque la prétendue victime a commis une faute impardonnable en se laissant porter par des chimères : le chineur qui a peu déboursé et qui n'aurait pas déboursé davantage ne peut se plaindre, après coup, que la croûte des puces ne se révèle pas un Corot...* »). Rappr. aussi de l'expression de L. Mazeaud : « *le masque facile de la bêtise* » (D. 1933, « L'assimilation de la faute lourde au dol », p. 53)). Preuve d'une métamorphose profonde du politiquement correct, on ne retrouve en effet plus avec la même fréquence ce genre d'expression.

²⁴¹⁹ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1959 : Bull. civ. I, n° 320 (erreur excusable d'un cultivateur ayant confondu deux types d'assurances) ; Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 1964, Bull. civ. I, n° 477 (erreur excusable de propriétaires ayant concédé l'exploitation d'une sablière, étant « *démunis de compétence technique* ») ; Cass. 3^e civ., 26 oct. 2005 (04-15.354) : CCC 2006, n° 45, note L. Leveneur (erreur excusable d'acheteurs ayant découvert après l'achat la structure en bois de l'immeuble, dans la mesure où aucun indice ne la laissait présager pour des contractants non avertis) ; Cass. 3^e civ., 9 avr. 2013 (12-14.454) (absence de compétence en matière de bornage excluant l'erreur inexcusable).

²⁴²⁰ V. par ex. : Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1964 : Bull. civ. I, n° 575 (erreur inexcusable d'un amateur d'art arguant d'une méprise sur la signification d'une signature artistique élémentaire) ; Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1964 : Bull. civ. I, n° 122 ; RTD civ. 1965, p. 112, obs. J. Chevallier (erreur inexcusable de l'architecte qui prétendait ignorer l'inconstructibilité du terrain acquis) ; Cass. 3^e civ., 4 janv. 1985 (83-14.768) : Bull. civ. III, n° 3 (la cessionnaire d'un terrain ne peut invoquer une erreur (excusable), « *sa qualité de conseil juridique pratiquant habituellement la promotion immobilière [impliquait qu'] elle ne pouvait se méprendre sur l'étendue de ses droits et obligation* »).

²⁴²¹ P. Chauvel, th. préc., n° 462, p. 172

²⁴²² Sur laquelle reviennent de manière limpide J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, nos 191 et s., p. 168 et s. ; *Adde* A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014, n° 71, p. 58

²⁴²³ Car comme le relève, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 206, p. 186 (et not. : « *Psychologiquement, le consentement n'en est pas moins vicié, et il peut l'être très profondément. Mais la faute – par exemple, s'être fait des illusions ridicules ou avoir omis de se renseigner, alors qu'on le pouvait facilement – exclut, moralement, la protection légale* »). P. Chauvel, dans sa thèse, étudie la question de l'erreur inexcusable dans le cadre (de l'étude de l'erreur) d'un chapitre intitulé « *Données morales* » (P. Chauvel, th. préc., nos 412 et s., p. 154 et s.).

²⁴²⁴ Pour la formule : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 506, p. 252

²⁴²⁵ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 206, p. 185 ; *Adde* Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n° 182, p. 140

²⁴²⁶ Pour l'expression, V. not. P. Chauvel, th. préc., n° 413, p. 155 ; A. Bénabent, op. cit., n° 83, p. 68

²⁴²⁷ V. not. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Libr. A. Durand, Paris, 1857, spéc. n° 6, p. 47 (et not. : « *Si l'erreur a été grossière, inexcusable, on n'y croira pas ; sa grossièreté même fait douter de sa réalité. Alors tant pis pour celui qui s'est trompé ; aussi bien n'a-t-il de reproches à adresser qu'à lui-même, quand il lui a été facile de s'assurer de la vérité* »). Demogue, au début du XX^{ème} siècle, reliait expressément cette exigence comme devant conditionner la nullité du contrat (V. not. *Traité des obligations en général*, t. I, Libr. A. Rousseau, Paris, 1923, spéc. n° 245, p. 403, la qualifiant de fautive), tout comme les spécialistes contemporains (V. not. J. Ghestin, th. préc., spéc. nos 119 et s., p. 146 et s.).

²⁴²⁸ V. not. J. Ghestin, th. préc., spéc. nos 125 et s., p. 153 et s., instituant l'analyse de l'excusabilité dans le cadre de la prise en compte du comportement de la victime de l'erreur. Retenons, pour illustration, l'idée de protection méritée : « *Le juge n'examine pas seulement l'influence exercée par l'erreur sur la psychologie du demandeur, il recherche également si celui-ci mérite protection, et il la lui refuse si l'erreur lui paraît inexcusable* » (ibid., n° 136, p. 166).

²⁴²⁹ V. not. N. Dejean de la Bâtie, th. préc., spéc. n° 256, p. 208 (en matière d'erreur excusable) (et not., à l'égard du modèle *in abstracto* : « *s'il en était ainsi, on ne saurait parler d'erreur « excusable » : celui qui se comporte raisonnablement, même s'il tombe dans*

692. – Illustrations. Le refus de sanctionner des erreurs manifestement illégitimes. L'on a considéré inexcusable l'erreur d'acquéreurs d'un immeuble, qui n'avaient pas vérifié sa surface réelle avant d'en invoquer la méconnaissance²⁴³⁰. Une solution similaire fût retenue, à l'endroit d'un acquéreur arguant de l'ignorance du coût total de l'achat, tandis que le contrat l'énonçait de manière limpide²⁴³¹. Ce fût également le cas dans une espèce où un bail avait été pris sans visite des lieux²⁴³². Il est également peu crédible qu'une caution invoque l'ignorance de la situation du débiteur, quand ce dernier n'est autre que la société dans laquelle elle est associée à 50%²⁴³³. L'ignorance est semble-t-il jugée illégitime, d'ailleurs, toutes les fois où les relations entretenues entre les différents protagonistes sont de nature à rendre inexcusable le fait de (prétendre) méconnaître certaines informations²⁴³⁴.

693. – Condition qui embrasse les hypothèses où le silence de la prétendue partie faible a empêché sa propre information par son cocontractant. L'on peut rapprocher ces hypothèses du cas où la prétendue partie faible argue de son ignorance alors même qu'elle n'a pas exprimé ses exigences particulières à son cocontractant. Comment en effet reprocher à ce dernier de ne s'être cantonné qu'aux attentes légitimes et de ne pas avoir fourni une information spéciale portant sur un besoin spécifique tu²⁴³⁵ ?

694. – Pertinence de la solution. Juste mesure de la légitimité. Encadrement équilibré de l'ignorance. S'il convient de prendre modèle sur ce qui est fait en matière d'erreur excusable, c'est parce que l'on peut également constater que celle-ci a parfois servi en filigrane la protection du consentement de la partie manifestement faible, dans une mesure qui échappe à l'erreur traditionnelle, à savoir au-delà d'une responsabilisation élémentaire.

695. – Illustrations. Ce fut par exemple le cas pour un ancien boulanger. L'arrêt relève qu'il était « *peu initié aux affaires* », pour admettre qu'il a pu confondre deux types de prêts²⁴³⁶. Ce fut aussi le cas pour des contractants « *frustes et sans instruction* », concernant une erreur sur la périodicité d'un loyer²⁴³⁷, ou pour une personne âgée, qualifiée de vulnérable, à l'égard de son ignorance pour un cautionnement manifestement trop élevé comparativement à ses ressources²⁴³⁸.

l'erreur, n'a nul besoin d'être « excusé ». (...) en recourant à un tel critère on assurerait bien médiocrement la protection du consentement puisqu'on refuserait cette protection à ceux qui précisément, par leur manque de perspicacité ou d'instruction, en ont le plus grand besoin »).

²⁴³⁰ Cass. 3^e civ., 9 nov. 2005, (04-15.073) : Bull. civ. III, n° 219 ; D. 2003, p. 2998, obs. J.-R. Bouyeure

²⁴³¹ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2000, (97-22.157)

²⁴³² Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1957 : Bull. civ. I, n° 104

²⁴³³ Cass. com., 19 avr. 2005, (03-12.879). La formule employée par la Cour de cassation est d'ailleurs fort bien motivée : « *Mais attendu qu'il était acquis aux débats que la société Pradier industries était, à la date des cautionnements litigieux, associée à concurrence de 50 % de son capital de la société Matériaux modernes ce dont il se déduisait qu'étant, de ce fait même, déjà renseignée ou, du moins, en mesure d'obtenir sur la situation de la société Matériaux modernes toutes les informations propres à lui permettre d'apprécier l'opportunité des engagements qu'elle se proposait de souscrire, elle n'était fondée à aucun titre à prétendre que son consentement avait été vicié* ».

²⁴³⁴ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1987 (84-15.236) : D. 1987, p. 445, note L. Aynès (« *M. X..., qui avait entrepris de devenir le principal actionnaire et le dirigeant de cette société, ne pouvait ignorer la situation financière de celle-ci lorsqu'il avait donné sa caution* »).

²⁴³⁵ V. sur ce point *infra* nos 933 et s.

²⁴³⁶ Cass. com., 18 juil. 1956 : Bull. civ. III, n° 220

²⁴³⁷ TGI Fontainebleau, 9 déc. 1970 : D. 1972, p. 89, note J. Ghestin

²⁴³⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 juil. 1979 : D. 1979, IR, p. 536 (« *la caution, âgée de 73 ans, était de condition modeste et sans expérience des affaires et de la terminologie juridique (...)* »).

696. – Appréciation. Au vrai, l'on distingue ici des parties faibles symptomatiques. Elles ne répondent ni d'une faiblesse économique particulière, ni d'une particulière vulnérabilité au sens où le droit positif la conçoit²⁴³⁹. En outre, l'on perçoit bien le contraste qui existe avec le courant qui excuse l'erreur du simple fait de l'absence de compétence. En effet, c'est une infériorité informationnelle légitime *in concreto* qui est ici retenue, preuve, encore une fois, qu'une protection convenable du consentement de la partie faible passe nécessairement par ce second mode d'appréciation²⁴⁴⁰.

697. – Bilan préliminaire. Tout est ainsi vrai, à la fois : approuver la notion d'erreur inexcusable en ce qu'elle prend en compte, pour apprécier l'intégrité du consentement, la compétence et le comportement de celui qui invoque l'erreur²⁴⁴¹ ; mais aussi affirmer que « *ce problème est étranger à la notion d'erreur* »²⁴⁴² et qu'il s'agit donc d'une sorte de déformation nécessaire. Si la fonction est utile, mais qu'elle ne relève pas de l'erreur, alors une raison supplémentaire de recourir à un système de droit commun de la partie faible se cristallise. En effet, l'on vient de démontrer en quoi le problème soulevé par l'erreur inexcusable dépasse en réalité largement son contenant (l'erreur), et constitue bien davantage une manifestation d'une exigence générale, qui doit être affirmée. Le socle de droit commun de protection du consentement de la partie faible doit naturellement la recueillir.

b – Modèle de l'apparence des vices cachés dans la vente

698. – Signification très semblable à l'excusabilité de l'erreur. La logique suivie en matière d'apparence des vices cachés dans la vente est idéologiquement similaire à la question de l'excusabilité de l'erreur. Ainsi, l'on ne peut invoquer un vice caché, bien sûr, d'abord, si l'on avait les compétences nécessaires pour le déceler, mais également, et à plus forte raison, lorsque celui-ci était apparent : « *le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même* »²⁴⁴³. C'est tout l'enjeu de cette question. Manquer de percevoir un vice apparent est, par analogie, une erreur inexcusable.

699. – Illustrations. La jurisprudence est foisonnante, et l'on ne prendra ainsi qu'un exemple particulièrement significatif. Ainsi, l'on approuve la Haute Cour de refuser l'accès à la protection des vices cachés à des non professionnels, pour l'achat d'une maison, alors que des fissures étaient visibles et préoccupantes dès le moment de la vente, de telle sorte que même un profane aurait dû s'interroger²⁴⁴⁴.

²⁴³⁹ V. *supra* nos 32, 34 et s.

²⁴⁴⁰ V. *supra* nos 5887 et s.

²⁴⁴¹ J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, spéc. n° 523, p. 485

²⁴⁴² J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 266, p. 394

²⁴⁴³ Art. 1642 C. civ.

²⁴⁴⁴ Cass. 3^e civ., 3 avr. 2013 (12-14.507). L'attendu est particulièrement instructif : « *attendu qu'ayant constaté qu'un certain nombre de fissures existaient au moment de la vente, que certaines d'entre elles étaient visibles et devaient être vues des acquéreurs, qu'elles étaient visibles aussi bien de l'intérieur que de l'extérieur et revêtaient au moment de la vente un caractère assez prononcé suffisant pour alerter les acquéreurs sur l'existence d'une cause agissante qu'ils ne pouvaient considérer a priori comme anodine et non évolutive, la cour d'appel, qui en a souverainement déduit que les vices n'étaient pas cachés aux yeux des acquéreurs qui avaient été à même de prendre conscience de l'ampleur du phénomène de fissuration* ».

700. – Décisions inégalement justes. Importance de la position du curseur dans l'évaluation de la légitimité. Encore faut-il toujours conférer une portée appropriée à l'apparence dont il est question, sous peine de précariser des parties faibles. Il semble ainsi excessif de prétendre que l'acquéreur d'un bateau ne peut opposer des vices considérés comme apparents, alors qu'ils n'étaient décelables que par un essai en mer accompagné de techniciens. La Haute Cour tranche pourtant en ce sens, ne prêtant pas même attention à la qualité de l'acquéreur, affirmant qu'il faut en toute hypothèse procéder aux vérifications appropriées²⁴⁴⁵. L'on voit bien comment une appréciation déréglée de l'obligation de diligence de la partie faible peut dériver en une solution difficile à admettre. Pourtant, l'on se souvient que, en 2006, une décision importante de l'Assemblée plénière avait apporté une solution équilibrée. En effet, il avait été reconnu que la négligence de l'acquéreur ne pouvait être retenue du simple fait qu'il n'avait pas procédé à une expertise, même sur une chose complexe. Il avait aussi été rappelé que le vice, pour être qualifié d'apparent, doit manifestement l'être, et continue donc d'être considéré comme caché s'il n'est seulement visible que dans une zone difficilement accessible lors d'une visite²⁴⁴⁶.

C - La preuve de l'infériorité informationnelle légitime

701. – Principe, preuve par tous moyens. La preuve portera donc sur deux éléments : une infériorité informationnelle (double preuve, d'une partie ignorante, et d'une partie avertie) légitime. L'existence et l'intégrité du consentement étant des faits juridiques, les conditions précitées se prouveront naturellement par tout moyen, et, en outre, selon les précisions apportées précédemment. Toutefois, l'on sait bien que la faiblesse résulte souvent de situations dans lesquelles sont placés les contractants²⁴⁴⁷. Il n'est donc pas inutile de s'interroger sur ces situations à risques, afin de faciliter la question de la preuve de l'existence d'une partie faible.

702. – Plan. En effet, ces situations pourront constituer autant d'indices (1), que de présomptions simples (2) ou irréfragables (3), pour établir l'infériorité informationnelle légitime. Les présomptions irréfragables seront réduites à un strict minimum, car renvoyant à des solutions abstraites automatiques dont nous avons suffisamment souligné l'inadéquation.

²⁴⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012 (11-22.399) : Bull. civ. I, n° 192 ; RDI 2014, p. 112, obs. Ph. Malinvaud ; RDC 2013, p. 161, obs. Ph. Brun ; *ibid.*, p. 164, obs. F. Viaud. L'attendu mérite encore une fois d'être reproduit : « attendu que pour débouter M. X... de ses demandes, l'arrêt énonce qu'il appartenait à ce dernier, quel que soit son niveau de qualification, de faire procéder aux essais nécessaires et de prendre toute initiative utile pour s'assurer de l'absence de vice affectant les moteurs, seule une sortie en mer, en présence de techniciens, étant de nature à établir ces vices, ce qui, compte tenu du prix du navire, constituait une précaution élémentaire ; que les époux Y... sont donc fondés à prétendre que les vices affectant le moteur babord n'étaient pas cachés, mais apparents, dès lors qu'il appartenait à M. X... d'essayer le navire acheté ». Que l'acquéreur ait été quelque peu négligent, soit. Que l'on déforme de la sorte, pour autant, la notion de vice caché pour le sanctionner est tout autre chose.

²⁴⁴⁶ AP, 27 oct. 2006 (05-18.977) : Bull. civ. n° 13 ; D. 2006, p. 2812, obs. I. Gallmeister ; JCP G 2007, II, 10019, note L. Leveneur ; *ibid.*, I, 104, obs. A. Constantin ; JCP N 2007, 1157, obs. S. Piedelièvre ; Defrénois 2007, p. 431, note Y. Dagorne-Labbe ; RCA 2007, n° 27, note H. Groutel ; RDI 2007, p. 256, obs. G. Trébulle

²⁴⁴⁷ V. par ex. sur celles-ci M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, spéc. p. 616-617, n° 2 (qui cite not. la domination économique de la partie faible, ou ses besoins pressants qui la forcent à agir dans la précipitation, par nécessité).

703. – Plan. Ces simples indices constituent des hypothèses que l'on peut qualifier d'entre-deux : suffisamment identifiables et évocatrices pour constituer des indices fiables propres à aider le juge dans le processus de caractérisation de la partie faible ; mais insuffisantes pour constituer une véritable présomption. Ces hypothèses nous semblent être au moins de quatre sortes : la nécessité de contracter (**a**), la confiance légitimement accordée (**b**), la prestation de celui qui s'oblige (**c**) et enfin les contrats d'occasion, pour ce qui concerne spécifiquement les professionnels (**d**).

a – La nécessité de contracter

704. – Une nécessité particulière. Il est évident que l'on contracte toujours par nécessité, suite à un certain besoin²⁴⁴⁸. Il y a inexorablement une raison derrière chaque décision contractuelle²⁴⁴⁹. Mais l'hypothèse ici visée est différente. Il s'agit d'une nécessité plus pressante, plus immédiate, plus contrainte, plus urgente²⁴⁵⁰. L'on comprend ainsi bien la différence entre une nécessité normale comme celle de s'habiller et d'impérieuses nécessités, comme celle de se nourrir, de se chauffer, de se loger, de travailler, qui sont également distinctes de situations d'urgence, comme le besoin d'un dépannage, d'une assistance²⁴⁵¹.

705. – Pourquoi cette hypothèse doit être un indice d'une infériorité informationnelle légitime. Dans ces hypothèses, la densité de la nécessité fait naître une forme de pression, une forme de contrainte. Comprenant un grand rôle de la psychosociologie juridique²⁴⁵², cette situation doit ainsi s'analyser comme un indice de la présence potentielle d'une partie faible, de la caractérisation d'une infériorité informationnelle légitime. Le risque est particulièrement grand, en effet, car l'indispensabilité impliquera que ces contrats seront le plus souvent passés dans un certain empressement. Or celui-ci va souvent conduire, comme en toute chose²⁴⁵³, à une certaine négligence. Pire encore, ces situations vont même pouvoir provoquer une sorte d'asservissement intellectuel. En effet, si l'on croit ne pas avoir le choix ou un choix très réduit, alors à quoi bon s'informer sur les subtilités du contrat, puisque celui-ci doit nécessairement être conclu. L'on voit donc bien que l'obligation de s'informer doit être infléchie, lorsque des considérations comme la nécessité de contracter ont perverti l'épanouissement normal de la diligence du contractant. L'on rejoint alors l'idée d'un lien entre faiblesse et mode de conclusion du

²⁴⁴⁸ L'on distinguera bien le besoin ici visé des désirs, lesquels ne peuvent valablement pas être ici considérés comme un indice d'une potentielle faiblesse. Certes peuvent-ils avoir le même genre d'effets (court-circuiter la diligence), mais ils relèvent de subjectivités ontologiques telles, que le droit ne peut que les reléguer à la responsabilité de chacun, sous peine, cette fois, de courir à l'insécurité juridique la plus profonde.

²⁴⁴⁹ V. not. Ch. Demolombe, *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Libr. A. Durand et L. Hachette, 2^{ème} éd., 1870, spéc. n° 357, p. 342 : « on ne saurait se figurer raisonnablement une personne qui, ayant contracté une obligation, ne pourrait pas dire pourquoi et dans quel but elle l'a contractée »).

²⁴⁵⁰ V. not. C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, spéc. n° 448, p. 348-349 (qui place « L'urgence ou la nécessité » au rang des facteurs de la faiblesse (que l'auteur conceptualise, dans une démarche assez différente, toutefois, de la nôtre).

²⁴⁵¹ Ex. mentionnés par C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, loc. cit.

²⁴⁵² V. sur la notion *supra* n° 532 et s.

²⁴⁵³ Le parallèle semble tout indiqué avec le contexte législatif (V. *supra* n° 18).

contrat²⁴⁵⁴. Par hypothèse, ses tenants seront donc dans une position de force, et ses souscripteurs dans une position de vulnérabilité²⁴⁵⁵. C'est ce que le besoin de l'un, face à l'offre d'un autre, a toujours engendré.

b – La confiance légitimement accordée

706. – La confiance accordée. Généralités. Rien n'est pire que l'espoir déçu. Et, déçu, l'est-il indéniablement lorsque, la confiance accordée, et son intimité ainsi confiée, se trouve contrariée. Le doyen Carbonnier, déjà en 1986, appelait de ses vœux que la confiance soit « *solemnellement pris[e] en charge dans le Titre III rénové* »²⁴⁵⁶. Voilà donc encore ici une notion qui découle de considérations psychologiques²⁴⁵⁷. Ainsi, semble-t-il parfaitement compréhensible de croire sur parole un vendeur, à propos d'un bien dont l'acquisition est envisagée, tout autant que de se croire complètement informé après la consultation d'un notaire. Mais la confiance que l'on accorde s'analyse aussi comme une faille dans la vigilance. Il y a donc bien des manières de l'entendre, et par là même de la retenir en droit. Et c'est entre autres pour cette seconde conception qu'il convient de la retenir comme un indice d'une situation d'infériorité informationnelle légitime. C'est qu'elle désarme en effet la potentielle partie faible en distrayant son esprit, en apprivoisant la méfiance dont elle ferait preuve normalement²⁴⁵⁸. Ces considérations nous semblent devoir infléchir, à nouveau, la rigueur de l'obligation de s'informer. Mais l'on sait bien qu'il n'est guère aisé de transposer en droit des considérations qui appartiennent à l'origine au domaine des croyances, des *sentiments*²⁴⁵⁹. D'autant que l'influence du comportement jouera, ici encore, un rôle important. Il faut donc apporter des précisions sur la manière de procéder.

707. – Prisme de la notion de confiance légitime. Déjà mise en exergue il y a plus d'un siècle²⁴⁶⁰, la notion de confiance connaît un certain essor²⁴⁶¹ en droit²⁴⁶², et se trouve naturellement étudiée en

²⁴⁵⁴ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 382 et s., p. 288 et s. (traitant essentiellement, sur ce thème, du contrat d'adhésion).

²⁴⁵⁵ V. not. C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, th. préc., spéc. n° 448, p. 348 (et not. : « *Une personne placée dans une situation d'urgence n'a pas toujours conscience des engagements qu'elle prend ni des risques qu'elle peut courir. L'urgence implique qu'une décision doit être prise rapidement par le contractant (...)* ». Or cette décision n'en est pas vraiment une, tant « *Dans ce type de situation, le contrat devient une nécessité et l'utilité qu'il procure est un besoin vital (...)* » (ibid., n° 448, p. 349)). Rappr. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit., n° 380, p. 286

²⁴⁵⁶ J. Carbonnier, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 35

²⁴⁵⁷ Puisque relevant de la croyance : « *Croyance en la bonne foi, loyauté, sincérité et fidélité d'autrui (tiers, co-contractant) ou en ses capacités, compétence et qualification professionnelles (ex. confiance en vers un médecin)* » ; « *Action de se fier à autrui (...)* » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Confiance », p. 230).

²⁴⁵⁸ V. not. en ce sens J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 657, p. 634

²⁴⁵⁹ G. Cornu l'a si bien montré (« Du sentiment en droit civil », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 71 et s. ; et ses propos introductifs sont dignes d'être reproduits ici en partie : « *Ce serait une gageure de doser la part que tient le sentiment du juge dans l'application du droit. (...). C'est une autre audace, à peine moins déraisonnable, de vouloir situer la vie affective des individus par rapport à l'ordre juridique, sinon dans l'ordre juridique, car tout le problème est là : l'amitié, l'amour, la douleur, la pitié, la colère, la haine, nos états affectifs, somme toute, entrent-ils dans les relations juridiques ou leur demeurent-ils étrangers, réalités transcendantes du non-droit ?* »).

²⁴⁶⁰ V. not. E. Lévy, « La confiance légitime », RTD civ. 1910, p. 717 et s. (cette doctrine n'a pas rencontré son public à l'époque. L'auteur le vivait d'ailleurs assez mal. Preuve que les visionnaires sont parfois moqués de leur vivant, et mieux compris bien plus tard, à titre posthume, en l'occurrence de nos jours où le concept redouble d'actualité. V. sur ceci F. Melleray, « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et société* 2004/1 n° 56-57, p. 143 et s.).

²⁴⁶¹ D. Mazeaud parle de « *vitalité du concept* » (« La confiance légitime et l'estoppel : rapport français », in *La confiance légitime et l'estoppel*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Soc. de législ. comp., 2007, p. 250 et s., n^{os} 6 et s.).

²⁴⁶² V. not. sur celle-ci : *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008 ; *La confiance légitime et l'estoppel*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Soc. de législ. comp., 2007 ; Th. Genicon, « Contrat et protection de la

retour²⁴⁶³. L'on a ainsi décelé une « *omniprésence actuelle de la confiance* » légitime, invitant « *certainement à interroger la juridicité de la notion* »²⁴⁶⁴. Tandis que la confiance légitime provoque chez certains une certaine méfiance²⁴⁶⁵, il s'agit, ailleurs, d'un axe directeur²⁴⁶⁶, et, pour d'autres, d'un fondement de la force obligatoire du contrat²⁴⁶⁷. L'on s'interroge sur la question de son entrée en droit commun des contrats²⁴⁶⁸. Elle devrait d'ailleurs faire son entrée en droit commun des contrats, mais pas en tant que principe, seulement par le prisme de l'obligation d'information²⁴⁶⁹. Il est vrai qu'un certain flou entoure encore la notion²⁴⁷⁰, et qu'elle reste imprécisément perceptible²⁴⁷¹. C'est là une autre raison d'ailleurs pour laquelle nous la cantonnerons à un simple indice. Quoi qu'il en soit, la confiance doit, pour être prise en compte comme un tel indice de la caractérisation d'une partie faible, être légitime. L'inverse reviendrait à évincer le caractère lui-aussi légitime du critère de la partie faible, en reconnaissant des effets à une confiance qui ne l'était pas elle-même ! Et, plus encore, cela reviendrait à encourager les contractants à accorder aisément leur confiance, ce qui n'est probablement guère souhaitable²⁴⁷². Elle doit donc être raisonnablement entendue.

708. – La confiance légitime, raisonnablement accordée, est celle qui est assise sur des éléments dont la pertinence est vérifiable. Il s'agira de déterminer les situations où existe une telle confiance légitime, pour apprécier l'étendue de l'infériorité informationnelle, voire l'existence même de l'obligation de s'informer²⁴⁷³. Au total, elle devra avoir été raisonnablement accordée. Comment le déterminer ? Globalement, disons qu'elle s'oppose à une naïveté coupable²⁴⁷⁴. Au fond, elle participe de

confiance », RDC 2013, p. 336 et s. ; et l'étude consacrée par A. Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, th Nice, 1977 ; et plus récemment par S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001 et par V. Edel, *La confiance en droit des contrats*, th. Montpellier I, 2006

²⁴⁶³ Bien que, curieusement (comme le relève d'ailleurs D. Mazeaud (art. préc., p. 247), peu (très peu) d'ouvrages de droit des obligations consacrent un intérêt particulier à la notion.

²⁴⁶⁴ V.-L. Bénabou et M. Chagny, « Préface », in *La confiance en droit privé des contrats*, préc., p. VII

²⁴⁶⁵ V. not. sur ce point D. Mazeaud, art. préc., spéc. n° 2, p. 248

²⁴⁶⁶ V. not. en ce sens, l'analyse de la portée de la confiance légitime en droit suisse par le prisme de l'art. 3 du Code civil suisse relatif à la bonne foi (A. Morin, « La confiance légitime en droit suisse des contrats », in *La confiance légitime et l'estoppel*, préc., p. 377 et s.).

²⁴⁶⁷ V. not. sur cette question : H. Kenfack, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? » in *La confiance en droit privé des contrats*, préc., spéc. p. 117 et s. (en faveur d'une réponse négative, spéc. p. 129).

²⁴⁶⁸ V. not. la table ronde « Faut-il introduire un principe de confiance dans le Livre III du titre III du Code civil », in *La confiance en droit privé des contrats*, préc., p. 131 et s.

²⁴⁶⁹ L'on se souvient en effet que, déjà, des prescriptions en ce sens de l'avant-projet Catala (art. 1110 al. 2 : « *Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant (...)* »). Les projets de la Chancellerie reprennent globalement cette idée (V. not. l'art. 37 al. 1^{er} du projet Chancellerie III (2013), qui précise que « *Celui des contractants qui connaît ou devait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* » ; reprenant d'ailleurs de manière quasi identique les prescriptions du projet Chancellerie II (2009), art. 44 al. 1^{er} ; règles reprises par l'art. 1129 al. 1^{er} du projet Chancellerie IV (2015)). Ceci répond semble-t-il aux réticences qui résultaient de l'analyse de la question d'introduire un principe de confiance en droit des contrats (V. sur ce point le rapport de synthèse de L. Aynès, in *La confiance en droit privé des contrats*, préc., p. 153 et s.).

²⁴⁷⁰ H. Kenfack, art. préc., spéc. p. 129 ; *Adde* l'opinion similaire de L. Weiller, in *La confiance en droit privé des contrats*, préc., p. 143-144

²⁴⁷¹ V. aussi sur ces incertitudes Th. Genicon, art. préc., p. 345 et s., spéc. nos 12 et s.

²⁴⁷² En effet, « *Surtout, on peut se demander si en fin de compte la confiance est bien le sentiment idoine qu'on se doit de favoriser dans un univers inconnu, car la torpeur de ce doux sentiment constitue un risque pour le contrat, tandis que la défiance le laisse en éveil* » (V.-L. Benabou, « La confiance dans l'économie numérique », in *La confiance en droit privé des contrats*, préc., p. 76).

²⁴⁷³ *Rappr.* M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 255, p. 198-199, qui fait de la confiance légitime un accès, outre l'égalité avec son cocontractant dans l'accès à l'information, au droit de bénéficier de l'obligation d'information.

²⁴⁷⁴ J. Calais-Auloy dit ceci, traitant de la matière très voisine de l'attente légitime, mais dont le propos peut aisément nous inspirer ici : « *Il ne me suffit pas d'attendre quelque chose pour y avoir droit ; il faut que mon attente soit, d'une façon ou d'une autre, justifiée* » (J. Calais-Auloy, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 179).

la même idéologie que l'ignorance légitime²⁴⁷⁵, à ceci près que le référentiel est ici la confiance. Concrètement, pour convaincre les prétoires, il faudra prouver que cette confiance découlait d'éléments dont la pertinence est vérifiable²⁴⁷⁶. Dans le cas contraire, l'on s'est soi-même convaincu de faire confiance, sans que cette éviction de sa propre prudence ne se trouve justifiée²⁴⁷⁷.

709. – Les éléments dont la pertinence est vérifiable. Ceux-ci sont nombreux²⁴⁷⁸ : nature du contrat (induisant ou non une confiance particulière, complexité), objet du contrat (nouveau, complexe, dangereux), qualités respectives des parties²⁴⁷⁹, comportement des parties²⁴⁸⁰, liens intimes ou familiaux entre les parties, stratégies ou instruments usités afin de susciter la confiance, plus ou moins grande difficulté de procéder aux vérifications nécessaires²⁴⁸¹... En ce sens, il peut donc y avoir confiance avec ou sans « *effort* »²⁴⁸². Dans les autres cas, la confiance accordée n'apparaît pas raisonnable²⁴⁸³, et son rôle de protection du faible cesse. C'est ainsi que la simple éloquence ou le charisme du cocontractant ne peuvent être invoqués par la partie prétendument faible, pour apporter la preuve d'une situation de confiance légitime. C'est qu'il s'agirait là d'éléments éminemment subjectifs. Ils traduiraient un ressenti très personnel fort peu vérifiable et, par là même, improuvable. En ce cas, la confiance ne peut qu'apparaître comme un manque de diligence normal. Et de témoigner, le cas échéant, d'une ignorance illégitime classique. C'est ainsi, en définitive, qu'il convient de mettre en lien le double aspect qu'implique la confiance légitime : le comportement de celui qui la provoque, et celui de la prétendue partie faible qui la perçoit²⁴⁸⁴.

²⁴⁷⁵ Sur celle-ci, V. *supra* nos 676 et s.

²⁴⁷⁶ Ainsi (Cass. 3^e civ., 29 mars 2006 (04-15.253) : Bull. civ. III, n^o 91 ; RTD civ. 2006, p. 759, obs. J. Mestre et B. Fages), une SAFER « *ne saurait donc se reposer sur une information spontanée* » de son cocontractant en outre particulier et *a priori* profane (en l'espèce un couple) (J. Mestre et B. Fages, obs. préc.).

²⁴⁷⁷ Et c'est en ce sens qu'on retiendra la perception suivante de la confiance : « *Faire confiance c'est s'en remettre à autrui, s'abandonner à l'aléa d'une situation non maîtrisée. Ce n'est pas s'engager en connaissance de cause mais bien admettre que quelque chose échappe à l'individu, sans que toutefois cette incertitude ne remette en cause sa volonté d'agir* » (V.-L. Benabou, art. préc., p. 71).

²⁴⁷⁸ V. globalement, pour la jurisprudence rendue en matière de confiance légitime, les nombreuses réf. citées par Th. Genicon (art. préc., spéc. p. 341 et s., n^{os} 9 et s.).

²⁴⁷⁹ Les projets de la Chancellerie ne mentionnent aucune piste pour déterminer la légitimité de la confiance. Mais l'avant-projet Catala évoquait déjà les deux premiers éléments cités (art. 1110 al. 2 : « (...) *a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties* »).

²⁴⁸⁰ V. not. J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n^o 663, p. 643 (illustrant not. l'idée par la fourniture spontanée d'informations par un contractant, qui dispense légitimement, par suite, l'obligation de diligence de son cocontractant, puisque « *fait disparaître dans l'esprit de l'autre [celui-ci] la nécessité de rechercher le renseignement* », au moins en apparence ; V. aussi H. Kenfack, art. préc., p. 117 et s. (où l'auteur traite, outre le comportement des parties, du contenu du contrat, ce qui est à rapprocher du premier élément préc. dans notre développement (la nature du contrat englobe *lato sensu* son contenu), parlant ainsi respectivement de manifestations « *indirectes* » et « *directes* » de la confiance).

²⁴⁸¹ V. sur cette « *Importance des personnes en présence et des domaines concernés* » : Th. Genicon, art. préc., p. 345 et s., spéc. n^{os} 13 et s. ; Adde F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n^o 259, p. 269 ; et aussi, dans le domaine voisin des attentes légitimes, J. Calais-Auloy, art. préc., spéc. p. 179 (et not. : « *Elle l'est [légitime], par exemple, si elle se fonde sur une apparence qui masque la réalité, ou sur les déclarations faites avant la conclusion du contrat (...)* » ; et traitant, comme facteur, de ne pas avoir « *les moyens de procéder à des recherches approfondies* » pour remettre en cause cette situation) ; V. aussi sur ces facteurs J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, spéc. n^{os} 657 et s., p. 634 et s.

²⁴⁸² Pour l'idée : N. Reboul-Maupin, « *Avant-propos* », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. IX

²⁴⁸³ V. par ex. Cass. com., 17 juin 2008 (07-15.398) : RTD civ. 2008, p. 671, obs. B. Fages, où la Cour de cassation affirme que « *si M. E... avait des connaissances en matière économique, il ne disposait pas pour autant d'une formation en droit des sociétés lui permettant de connaître la règle de la responsabilité indéfinie de l'associé d'une société civile à l'égard des tiers, l'arrêt retient que M. E... avait fait confiance à M. Y... en croyant, de bonne foi, en la prospérité de la SCI et en ses chances de développement futur ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ». La solution, en ce qu'elle invoque la confiance, n'est guère convaincante. Rien n'est dit, en effet, de cette confiance : liens particuliers (au-delà de liens professionnels) entre les parties ? Qualités particulières ? Il ne suffit pas de faire confiance : encore faut-il que cette dernière soit raisonnable.

²⁴⁸⁴ V. sur ce point Th. Genicon, art. préc., spéc. p. 336, n^o 2 (et not. : « *Le principe de confiance légitime entend donc lier ensemble l'attitude de celui qui délivre un « signal » de confiance légitimement compréhensible comme tel (une invitation à agir en fonction du*

710. – Généralités. Ne peut-on pas encore distinguer un indice d'un risque d'une situation d'infériorité informationnelle légitime, dans le cas fort répandu où cette prétendue ignorance a pour objet la prestation du cocontractant qui s'oblige ? Autrement dit, ne convient-il pas de considérer qu'il y a plus probablement un risque de partie faible, lorsqu'elle prétend ignorer une information concernant les obligations de son cocontractant, et non les siennes ? Nous le pensons. Pour s'en convaincre, il faut mettre le propos en perspective du débat fort similaire qui a existé en matière d'erreur sur la propre prestation de celui qui s'oblige.

711. – Consistance du débat. Domaine voisin de l'erreur sur la propre prestation de celui qui s'oblige. En matière d'erreur, il est vrai qu'un certain instinct pousse à se montrer plus rigoureux envers celui qui prétend s'être trompé sur la prestation de son cocontractant, plutôt que sur la sienne²⁴⁸⁵. La question a pour autant été controversée²⁴⁸⁶. D'aucuns voyaient là des erreurs directes sur la valeur ou sur les mobiles, indifférentes. Même ! Une analyse exégétique de l'article 1110 du Code civil aurait commandé de n'y voir la possibilité d'une sanction qu'en cas d'erreur sur la contre-prestation. Surtout, cette erreur s'assimilerait à une faute, et serait dès lors inexcusable, tant le vendeur²⁴⁸⁷ « *beaucoup mieux que l'acheteur* » est disposé par essence à détenir une meilleure connaissance de la prestation qu'il propose²⁴⁸⁸. Au reste, l'admission de l'erreur sur sa propre prestation tend davantage vers la déresponsabilisation que vers l'initiative. Aujourd'hui, pourtant, ces controverses sont pour l'essentiel apaisées. La solution de droit positif est largement celle de l'admission de l'erreur sur la propre prestation de celui qui s'oblige. Cette solution a d'ailleurs semble-t-il toujours présidé, malgré les controverses²⁴⁸⁹.

712. – Justification de l'indice, malgré tout. L'on retiendra toutefois, en ce qui concerne la partie faible de droit commun, que seul le fait que l'ignorance prétendue ait portée sur la contre-prestation constitue un indice de l'existence d'une infériorité informationnelle légitime. La solution semble mesurée. D'une part, le simple rang d'indice prend bien en compte les nombreux et pertinents arguments qui attestent de ce que l'on peut se tromper, et donc ignorer légitimement dans notre cas,

message émis qui fait croire ou laisse croire quelque chose), et l'acte de foi (si l'on veut retrouver l'étymologie du mot « confiance ») du récipiendaire »).

²⁴⁸⁵ V. not. sur ce point J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, Rép. civ. Dalloz, « Erreur », sept. 2006 (m.a.j. 2014), n^{os} 193 et s. ; J. Ghestin, op. cit., n^{os} 515-516, p. 478-481

²⁴⁸⁶ V. not. sur ce point P. Chauvel, th. préc., n^{os} 131 et s., p. 52 et s. (et spéc. sur la controverse et son histoire, n^{os} 184 et s., p. 69 et s.) ; J. Ghestin, th. préc., spéc. n^{os} 79 et s., p. 90 et s. ; Adde M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n^{os} 190 et s., p. 152 et s. ; J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, op. cit., n^{os} 196 et s.

²⁴⁸⁷ Généralité utilisée par commodité : elle désigne bien sûr dans l'ensemble celui qui s'oblige.

²⁴⁸⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n^o 48, p. 107 (« *C'est un principe raisonnable (...), que le propriétaire, donc le vendeur, est celui sur qui pèse le devoir de connaître la chose, le fort et le faible de celle-ci ; beaucoup mieux que l'acheteur, il a été à même de la manier et de l'ausculter* »).

²⁴⁸⁹ V. not. en ce sens P. Chauvel, th. préc., n^{os} 131 et s., p. 52 et s. (et spéc. sur la réfutation des objections à l'admission de l'erreur sur sa propre prestation, n^{os} 184 et s., p. 69 et s.). V. aussi J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, op. cit., n^{os} 201 et s. (et les nombreuses réf. citées) ; J. Ghestin, op. cit., n^o 515, p. 478-479 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n^o 504, p. 251 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n^{os} 184-185, p. 141-144

nombre de choses sur sa propre prestation²⁴⁹⁰. D'autre part, il ne nous semble pas moins avéré que celui qui prétend ignorer une information qui concerne sa propre prestation doit être traité avec plus de rigueur : il est indubitablement dans une position bien plus favorable pour s'informer. Au reste, cette rigueur supplémentaire n'est guère assommante : il y a d'ailleurs plutôt un avantage pour celui qui invoque une infériorité informationnelle légitime portant sur la contre-prestation, qu'un véritable inconvénient pour celui qui l'invoque à l'égard de sa propre prestation²⁴⁹¹.

d – Professionnels et contrats d'occasion

713. – Rappels liminaires sur les professionnels-consommateurs. On l'a vu²⁴⁹², les nombreuses demandes de professionnels-consommateurs cherchant à obtenir la protection consumériste portaient toutes, ou presque, sur des contrats proprement accessoires, voire franchement annexes, à l'activité professionnelle exercée. Pour d'aucuns, opinion que nous rejoignons, refuser de les protéger se comprenait mal : la compétence qu'ils puisaient dans leur activité professionnelle se trouvait en effet déconnectée de l'objet ou de la nature du contrat passé.

714. – La distinction entre les contrats de situation et d'occasion. C'est en ce sens que l'on peut invoquer la distinction dégagée par M. Cabrillac, entre les contrats de situation et d'occasion²⁴⁹³. L'on perçoit alors, d'une part, des « *Contrats de situation en ce sens que, par leur objet, ils sont déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité (...)* », et, d'autre part, des « *contrats d'occasion, qui correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence de l'entreprise (...)* »²⁴⁹⁴. La situation des professionnels-consommateurs y fait un écho saisissant : *de facto* se trouvent-ils en effet évincés de toute protection en ce qui concerne ces contrats d'occasion, accessoires et non indispensables à l'activité professionnelle.

715. – Utilisation de la distinction pour contribuer à détecter la faiblesses d'un professionnel. Les contrats d'occasion comme indice. M. Cabrillac ajoutait que les contrats de situation sont « *le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique* », reconnaissant que les contrats d'occasion « *ne sont pas pour autant à l'abri de cette forme de déséquilibre* »²⁴⁹⁵. Nous sommes effectivement de cet avis, mais en ce qui concerne spécifiquement, et seulement, la faiblesse de type économique²⁴⁹⁶. En revanche, pour ce qui est du risque de faiblesse informationnelle, nous serions tentés de tirer une conclusion inverse. Observons. Le professionnel nous semble moins probablement dans une situation d'infériorité informationnelle légitime lorsqu'il conclut un contrat de situation : intéressant le cœur de son activité, il

²⁴⁹⁰ Nous renvoyons aux références citées pour ce qui est de la teneur de la controverse.

²⁴⁹¹ V. en revanche le point de vue beaucoup plus ferme de M. Fabre-Magnan, pour qui « *l'obligation d'information ne peut pas porter sur la prestation reçue ou à recevoir du cocontractant* » (th. préc., spéc. nos 193 et s., p. 157 et s.).

²⁴⁹² V. *supra* nos 61 et s.

²⁴⁹³ M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, spéc. p. 238, n° 8 ; Adde D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 165 et s.

²⁴⁹⁴ Ibid.

²⁴⁹⁵ Ibid.

²⁴⁹⁶ V. sur la typologie des faiblesses que nous avons proposée, *supra* n° 31

apparaît que l'ignorance qui peut exister n'est vraisemblablement guère excusable²⁴⁹⁷. En revanche, dans un contrat d'occasion, qui est donc frappé de ponctualité et n'intéresse pas le cœur de l'activité exercée, le risque d'une situation d'infériorité informationnelle légitime est plus grand. Le professionnel se trouvera potentiellement, on l'a vu en détails, dans une situation absolument classique de faiblesse informationnelle. L'indice que l'on peut tirer de l'utilisation de cette distinction est donc le suivant : pour ce qui est des contrats d'occasion, du fait que la compétence professionnelle n'est plus d'aucune aide puisque ces contrats sont ponctuels et annexes à l'activité, les professionnels en ignorent potentiellement tout autant les subtilités que n'importe quel autre contractant.

716. – Pourquoi un simple indice, et non une présomption. Il nous semble que cette probabilité, tout en existant suffisamment pour constituer une piste non négligeable dans la recherche de la faiblesse, est insuffisante pour caractériser une présomption, même simple. En effet, si les contrats d'occasion correspondent à des besoins ponctuels (et accessoires) de l'activité exercée, il n'est pas exclu que leur objet ou leur nature entrent pleinement dans le champ des compétences que le professionnel tire de son activité. Il ne faudrait donc pas confondre si intensément le motif (et l'importance) du contrat, avec la faculté intellectuelle concrète du professionnel, tirée de l'exercice de son activité. Raisonner ainsi, par présomption, reviendrait à prôner une forme d'abstraction injustifiée, que nous condamnons fermement depuis le début de cette étude.

2 - Présomptions simples de caractérisation du critère

717. – Plan. D'autres éléments doivent être autrement considérés, en l'occurrence comme de véritables présomptions, dans la mesure où ils démontrent de risques d'infériorité informationnelle légitime sérieux. C'est au moins le cas pour ce qui est des destinataires de contrats d'adhésion (**a**), ou encore des contractants subissant une situation d'asymétrie économique profonde (**b**). La présomption, le cas échéant, restera simple, c'est-à-dire susceptible de preuve contraire, car le risque que ces situations induisent n'est pas absolu, et le doute doit donc pouvoir être suivi d'effets devant les prétoires.

a – Les destinataires de contrats d'adhésion

718. – Un contrat non négocié : le prisme du contrat d'adhésion. Voici une piste séduisante : accorder la protection à toute partie confrontée à l'un de ces fameux et omniprésents contrats non négociés²⁴⁹⁸. En effet, l'on sait qu'il s'agit de contrats rédigés par la partie qui les propose. S'en déduit donc un danger potentiel pour le cocontractant qui souscrit, supposé tout ignorer de ce contrat que son adversaire maîtrise au contraire parfaitement²⁴⁹⁹. C'est ainsi que l'on a justement établi le lien entre

²⁴⁹⁷ Mais l'on n'en tirera pas non plus une présomption : seuls les professionnels qui agiront dans leur domaine de spécialité souffriront en effet d'une présomption irréfragable d'exclusion de la protection offerte à la partie faible (V. *infra* nos 726 et s.).

²⁴⁹⁸ Sur cette notion, V. *supra* n° 10

²⁴⁹⁹ V. not. en ce sens R. Martin, « Le consommateur abusif », D. 1987, p. 151, n° 9 (et not. « *Il est offert par le vendeur en même temps que le bien, et il a été produit par lui. On doit donc présumer que son contenu est à l'avantage de celui qui l'a conçu à son usage, avec l'aide de ses « légistes ».* C'est ce qui le rend suspect (...) »).

faiblesse et mode de conclusion du contrat²⁵⁰⁰. La piste est également intéressante par son opportunité, autrement dit son actualité. En effet, la dernière version du projet de réforme consacre la distinction entre les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion, et en apporte une définition²⁵⁰¹. A l'heure actuelle, il n'y en a toujours pas, même en droit de la consommation²⁵⁰².

719. – Une voie non décisive. Pourquoi retenir une présomption simple. La voie est donc séduisante de faire du contrat d'adhésion une présomption de faiblesse d'un contractant²⁵⁰³. Cette situation contractuelle est d'ailleurs souvent confondue avec une situation de faiblesse en tant que telle. Nous ne sommes pas de cet avis. Le contrat d'adhésion ne doit pas impliquer invariablement une partie faible. Le fait même de s'en voir proposer un, n'implique en rien, en tant que tel, que l'on ne dispose pas des connaissances ou des compétences pour appréhender correctement son contenu et ses implications. En outre, la démarche prendrait le contrepied d'une protection subjective des contractants, que nous défendons. En effet, la détection d'un contrat d'adhésion serait alors une condition objective, et donc abstraite, du déclenchement de la protection. C'est un écueil à éviter. Si le contrat d'adhésion est assurément l'indicateur d'un risque de partie faible, il n'est pas invariablement décisif. Toute partie faible n'est pas, à notre sens, partie à un contrat d'adhésion, et toute partie à un contrat d'adhésion n'est pas nécessairement une partie faible. Il s'agit donc d'en faire une présomption simple : une récurrence doit pouvoir être contestée lorsqu'elle est fautive. Certes, « *qui tient la plume, pâtit du doute* »²⁵⁰⁴ : sauf à l'éclaircir.

720. – Confusion sur les implications d'un contrat d'adhésion. Par ailleurs, le contrat d'adhésion n'implique pas inexorablement, comme on le lit souvent, que ses stipulations soit excessivement avantageuses pour celui qui l'a rédigé. C'est qu'il n'est guère opportun, à l'heure des associations de consommateurs, de pratiquer des conditions contractuelles excessivement défavorables. Au-delà, encore une fois, ce qui est souvent vrai ne l'est pas toujours. Le problème n'est pas là. Il s'agit de prendre en compte le risque d'infériorité informationnelle de la partie potentiellement faible, pas nécessairement de savoir si la partie adverse veut par imposer des avantages à son profit. Il faut uniquement s'assurer que la prétendue partie faible puisse, le cas échéant, conclure en toute connaissance de cause pour pouvoir sainement accepter, mieux négocier ou ne pas contracter. Faire, en ce sens, des contrats d'adhésion une

²⁵⁰⁰ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit., nos 382 et s., p. 288 et s.

²⁵⁰¹ Art. 11 al. 2 du projet Chancellerie II (2009) : « *Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la discussion, ont été unilatéralement déterminées à l'avance* » (repris à l'art. 1108 al. 2 du projet Chancellerie IV (2015)). Le propos est toutefois à nuancer, dans la mesure où l'avant-projet Catala tirait quelques conséquences intéressantes de cette distinction (l'art. 1102-5 définissait ainsi naturellement le contrat d'adhésion : « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions, soustraites à la discussion, sont acceptées par l'une des parties telles que l'autre les avait unilatéralement déterminées à l'avance* », et tirait de l'absence de négociation une révision facilitée dans certains cas : V. not. G. Paisant, « Le Code de la consommation et l'avant-projet de réforme du droit des obligations. Quelle influence et quelle harmonisation ? », JCP G 2006, act. 429), qui n'ont pas été reprises à ce jour.

²⁵⁰² Une définition avait été retenue dans le projet de texte préparant la loi de 1978 sur les clauses abusives. Mais la suite des débats, not. devant l'Assemblée Nationale, a montré de fortes réticences, et la définition n'a jamais vu le jour (V. sur ce point M. Borysewicz, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. I, PUAM, 1979, spéc. p. 98-99). Ceci est représentatif du doute qui entoure cette notion, et explique qu'une définition ne risque de voir le jour que lors de la réforme du droit des contrats, alors qu'elle est au centre des préoccupations depuis plus d'un siècle (V. sur ce point *supra* n° 10).

²⁵⁰³ Not. sous la pression doctrinale qui veut voir enfin cette notion produire tous ses effets. V. not. F.-X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP G 1993, I, 3673

²⁵⁰⁴ V. pour la formule (mais non sur le même thème) : D.-R. Martin, « Consécration d'une figure : la stipulation de contrat pour autrui », D. 2008, p. 1955

présomption simple semble donc approprié²⁵⁰⁵.

b – Le contractant subissant une situation d'asymétrie économique profonde

721. – Le lien entre l'argent et l'information. Il est indéniable que la puissance économique est souvent synonyme de puissance informationnelle, raison pour laquelle l'on parle souvent, *a contrario*, pour désigner la partie faible, d'infériorité « *intellectuelle, technique, économique* »²⁵⁰⁶. Et le lien entre l'argent, l'information et donc *in fine* le pouvoir n'est en effet plus à faire, et ne saurait donc guère être contesté²⁵⁰⁷ : « *Tout vaut tant, disent les économistes* »²⁵⁰⁸. Concrètement, « *la différence n'est pas faite par le poids économique en lui-même, mais par l'accès à l'information que permet l'importance des moyens : information technique, commerciale, juridique* »²⁵⁰⁹. C'est ainsi que le point de vue intellectuel n'est pas le seul à prendre en compte : celui matériel est aussi, à un certain stade, un facteur de puissance informationnelle²⁵¹⁰.

722. – L'asymétrie économique profonde induit donc un risque d'infériorité informationnelle d'un contractant. Ce lien est donc tel que, s'il existe une asymétrie économique profonde entre deux contractants, il y a de fortes probabilités que l'économiquement faible puisse se trouver en situation d'infériorité informationnelle. De même, l'économiquement puissant a tout lieu d'être exclu de la protection accordée à la partie faible. L'on souligne bien la condition que l'asymétrie économique soit profonde, c'est-à-dire que les fortunes des contractants ne soient guère vraisemblablement comparables. L'on rejoint l'idée de constatation manifeste. Dans le cas contraire, les effets produits seraient insatisfaisants, en suggérant qu'une fortune simplement supérieure induit nécessairement une information parfaite. Et pour cause : tout comme pour les contrats d'adhésion, la corrélation n'est également ici qu'imparfaite, entre l'asymétrie économique profonde et la faiblesse informationnelle. Ainsi, si la puissance économique n'est qu'un facteur de la partie faible et non pas son critère, c'est parce que la faiblesse informationnelle déborde largement les hypothèses d'asymétrie économique²⁵¹¹. Ceci justifie de ne faire de cette dernière qu'une présomption simple d'infériorité informationnelle. Reste à démontrer ceci.

723. – La partie faible existe dans des hypothèses où la puissance économique est proprement indifférente. L'infériorité informationnelle s'observe d'abord dans des cas où la puissance économique est indifférente, comme en matière médicale. L'on y voit bien, en effet, que l'ignorance précarisante d'un

²⁵⁰⁵ L'on se rapprochera donc davantage de la démarche européenne de la directive de 1993 sur les clauses abusives (qui tire du contrat d'adhésion une présomption), que de celle du droit interne qui, toujours en matière de clauses abusives, a marqué une certaine indifférence, du moins textuelle, à la notion de contrat d'adhésion.

²⁵⁰⁶ D. Mazeaud, « Les clauses abusives sont valables et ont force obligatoire à l'égard des contractants professionnels », D. 1995, p. 89

²⁵⁰⁷ V. la très pénétrante analyse sur ce point J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, spéc. nos 542 et s., p. 531 et s. ; *Adde* les développements et les réf. citées plus récemment par le même auteur (« Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 243 et s.).

²⁵⁰⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 317 (et la démonstration de l'auteur, au-delà de la formule).

²⁵⁰⁹ R. Martin, « Le consommateur abusif », D. 1987, p. 151, n° 7

²⁵¹⁰ J. Attard oppose ainsi le « déséquilibre intellectuel de traitement de l'information » et le « déséquilibre matériel d'accès à l'information » (« Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », RTD com. 2011, p. 24).

²⁵¹¹ On l'a envisagé, au plan général, en introduction (V. not. *supra* nos 38 et s.).

contractant est véritablement et intégralement constituée par la technicité importante de l'objet et de la nature du contrat, ainsi que, en outre, par la confiance légitime accordée au médecin en raison de sa qualité de spécialiste. La puissance économique n'a donc guère à voir avec ces cas, où il existe pourtant bel et bien de nombreuses parties faibles.

724. – La partie faible existe dans des hypothèses où l'asymétrie économique profonde n'existe pas. Il existe bien des hypothèses où la puissance économique, si elle n'est pas strictement indifférente comme dans le cas précédent, ne fonde pas l'asymétrie informationnelle. C'est ainsi le cas lorsque la puissance économique des parties est semblable, tandis qu'une asymétrie informationnelle caractérisée existe pourtant. Concrètement, cela représente par exemple l'essentiel des cas où le professionnel est en situation de consommateur²⁵¹², ou des hypothèses dans lesquelles l'acquéreur n'est pas tenu d'une obligation d'information²⁵¹³.

725. – L'asymétrie économique profonde n'implique pas nécessairement que l'économiquement faible soit une partie faible au point de vue informationnel. L'on constate également que, bien des fois, la détection d'une partie économiquement puissante n'implique pas nécessairement que son cocontractant soit une partie faible au plan informationnel (le seul qui devrait compter²⁵¹⁴). L'exemple des dirigeants bénéficiant des dispositions consuméristes protectrices en matière de cautionnement, face à de puissants établissements bancaires, est frappant²⁵¹⁵. Quoi qu'il en soit, l'aspect économique est le contenu, pas le contenant de l'infériorité informationnelle, et doit donc figurer au rang des facteurs, non des critères. En définitive, une présomption simple constitue encore une fois une voie appropriée, car le risque existe, sans être absolu.

3 - Présomptions irréfragables d'exclusion du critère

726. – Situations exceptionnellement tranchées. La volonté de s'émanciper de tout type de démarche objective est, comme on le sait, l'axe central de notre étude. L'idée même de présomptions irréfragables semble donc contradictoire²⁵¹⁶. Pour autant, il faut bien reconnaître que certaines situations exceptionnelles (et fortement éloignées de la simple abstraction consumériste personne physique/personne morale, professionnel/non-professionnel) appellent une solution irrémédiable. Celle-ci ne peut néanmoins consister qu'en une exclusion, car nul ne peut être protégé, à l'instar du consommateur, de manière invariable. Mais, en effet, certains peuvent être systématiquement exclus de la protection. Les certitudes ne peuvent être qu'unidirectionnelles, en la matière.

²⁵¹² V. *supra* nos 61 et s.

²⁵¹³ V. *supra* nos 312 et s.

²⁵¹⁴ V. sur les raisons de cet axe, *supra* nos 33 et s.

²⁵¹⁵ V. *supra* nos 278 et s.

²⁵¹⁶ V. en ce sens A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, nos 377 et s., p. 339 et s.

727. – Plan. Cela doit, nous semble-t-il, être le cas du professionnel qui contracte dans sa sphère de spécialité (a), et du contractant qui prédomine une relation contractuelle imprégnée d'une asymétrie économique profonde (b), hypothèse volontairement laissée de côté dans le développement précédent.

a – Le professionnel dans sa sphère de spécialité

728. – Situation (renvoi). La question a été traitée²⁵¹⁷. Il y a une distinction à faire entre activité professionnelle et spécialité professionnelle. C'est ainsi que certains professionnels agissent dans des sphères d'allures identiques, ce qui ne doit pas occulter la distinction de leur spécialité respective. Par où l'on voit que le recours à la notion de contrat de situation (pas davantage d'ailleurs que celle de contrat d'occasion) ne doit guère engendrer de règle, en tant que telle²⁵¹⁸. La spécialité n'est pas plus réductible à l'activité professionnelle, que la compétence tirée de celle-ci n'est réductible à l'objet ou à la nature du contrat. Ces situations se rapprochent, sans se confondre.

729. – Pourquoi ces professionnels doivent être irréfragablement exclus de la protection de la partie faible. Le professionnel qui agit dans sa sphère de spécialité professionnelle participe de ces contractants qui ne peuvent être plus compétents, plus informés. Ainsi, l'infériorité informationnelle même avérée (improbable) ne pourrait être légitime²⁵¹⁹. Si un spécialiste ignore une information, c'est qu'il est négligent. Un tel individu a un devoir de compétence²⁵²⁰. Or l'on ne peut aller jusqu'à protéger les incompetents, sous peine, cette fois, de mettre à mal la sécurité juridique de tous les protagonistes. L'ignorance cède devant la négligence. La solution semblera d'autant plus convaincante qu'elle n'exclura pas les professionnels qui agissent simplement dans le cadre de leur activité professionnelle, ce qui est plus large²⁵²¹. La solution sert donc la justice contractuelle et la sécurité juridique, dans la mesure où elle s'aligne sur les faits²⁵²².

730. – Précision. La présomption fonctionne en sens inverse. Il est utile de noter que la présomption fonctionne aussi en sens inverse. La partie prétendument faible sera ainsi dispensée de

²⁵¹⁷ V. *supra* nos 655 et s.

²⁵¹⁸ V. sur ce point *supra* n° 123

²⁵¹⁹ V. sur ce point *supra* nos 676 et s.

²⁵²⁰ V. not. pour l'utilisation de l'expression par la Haute Cour dans le domaine de l'avocature : Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2009 (08-15.899) : Bull. civ. I, n° 92 ; RTD. civ., p. 725, obs. P. Jourdain ; RTD. civ. 2009, p. 493, obs. P. Deumier ; JCP G 2009, 94, H. Slim ; RCA 2009, n° 219, obs. S. Hocquet-Berg (« un avocat n'engage pas sa responsabilité professionnelle en ne soulevant pas un moyen de défense inopérant ; toutefois, tenu d'accomplir dans le respect des règles déontologiques, toutes les diligences utiles à la défense des intérêts de son client et investi d'un devoir de compétence, l'avocat, sans que puisse lui être imputé à faute de n'avoir pas anticipé une évolution imprévisible du droit positif, se doit de faire valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont il a la charge, a des chances sérieuses de la faire prospérer »), à propos de la connaissance d'un arrêt d'Assemblée plénière rendu un an auparavant (l'arrêt « Costedoat », en l'occurrence).

²⁵²¹ La nuance mérite d'être soulignée en ce qu'elle apporte ici une réponse appropriée et nuancée au problème que la matière consumériste règle par l'exclusion pure et simple des professionnels. Prenons l'exemple d'un garagiste qui acquiert un extincteur ou du matériel destiné à créer un site internet. La protection pourra potentiellement s'appliquer, si les conditions sont remplies, dans la mesure où celui-ci agit alors en dehors de sa spécialité professionnelle, mais simplement dans le cadre de son activité professionnelle. Réserve faite bien sûr du cas où ce professionnel aura pratiqué ce contrat de manière suffisamment habituelle pour en avoir acquis la compétence (V. *supra* nos 665 et s.).

²⁵²² Par exemple, (pour reprendre l'exemple du garagiste) un garagiste concessionnaire qui revend une voiture d'occasion ne pourra se prévaloir de son infériorité informationnelle vis-à-vis d'un acquéreur, même effectivement plus averti, dans la mesure où ses compétences devaient nécessairement induire de lui des connaissances appropriées. L'on attend donc d'un garagiste, qui exerce dans son domaine, des connaissances. L'on sait en revanche pertinemment, en démarchant ce même garagiste, qu'il n'a a priori aucune façon d'apprécier plus qu'un autre un contrat de développement et d'installation de matériel informatique.

prouver que son cocontractant, s'il est un tel professionnel agissant dans sa sphère de spécialité, est bien averti. Mais cela ne fera pas automatiquement du premier une partie faible, comme en matière consumériste. Il lui appartiendra toujours, bien entendu, de prouver sa propre ignorance légitime, qui ne saurait découler de ladite présomption.

b – Le contractant prédominant une situation d'asymétrie économique profonde

731. – Le cas où l'asymétrie économique profonde joue un rôle décisif. Le contractant prédominant cette relation est exclu de la protection de la partie faible. L'on a vu que la puissance économique n'était pas déterminante de la faiblesse. Il y a là un facteur, mais pas un critère. Au premier abord, il ne semble pas même intellectuellement exclu qu'une partie économiquement puissante puisse pour autant être informationnellement faible. Tout est question de référentiel. A la vérité, le contractant qui prédomine une relation contractuelle imprégnée d'une profonde asymétrie économique²⁵²³ ne doit jamais pouvoir être protégé par le système de la partie faible. En effet, par hypothèse, il s'agira d'un contractant dont la fortune est élevée, puisque prédominant (largement) une relation où l'asymétrie économique est profonde. Ainsi, par renvoi au lien qui a été précisé entre l'argent et l'information, l'on considérera que cette infériorité informationnelle, même possible en théorie, ne pourra jamais être légitime car ledit contractant aurait dû mettre ces moyens économiques en œuvre pour s'informer. La présomption d'illégitimité de la faiblesse de tels contractants sera donc irréfragable. Par ailleurs, tout comme dans l'hypothèse précédente, la présomption fonctionnera également de manière inverse. Ainsi, le cocontractant d'une telle partie forte, s'il invoque le régime de protection de la partie faible, sera déjà dispensé de prouver qu'il avait en face de lui un contractant averti.

732. – Illustration fictive. Pour illustrer le propos, admettons que la société Carrefour contracte avec une petite société informatique, pour la confection d'un nouveau logiciel de gestion très perfectionné. Cela ne fera potentiellement pas moins de la première une potentielle partie faible, malgré sa puissance. En effet, elle peut très bien ne pas posséder un service interne suffisamment compétent pour conclure sur un pied d'égalité avec les spécialistes informatiques de la seconde²⁵²⁴. Ceci étant dit, il ne serait guère vraisemblable de faire écho, *de lege ferenda*, à cette possibilité théorique. Il serait en effet difficile d'admettre que Carrefour puisse être aussi facilement protégé qu'un boulanger ou un dentiste, qui souscriraient le même contrat d'informatisation. En effet, l'on doit considérer que les moyens financiers de la société Carrefour lui permettent de se défaire de sa condition, en lui permettant l'accès à l'information. Ainsi, le contractant qui prédomine une relation d'asymétrie économique profonde ne doit valablement pas pouvoir accéder à la protection du consentement de la partie faible. Exceptionnellement, la solution sera pour ces raisons purement objective.

²⁵²³ Au sens que nous avons précisé (*V. supra* nos 721 et s.).

²⁵²⁴ L'optique est la même dans un exemple brillamment mis en lumière par J.-P. Chazal (th. préc., n° 161, p. 258). L'auteur relève, à la suite de l'exemple préc., qu'un raisonnement par l'absurde confirme que le besoin de protection est bien là : l'on approuverait alors que la Régie Renault n'a pas besoin de protection vis-à-vis d'une petite société spécialisée en informatique, tandis qu'il serait choquant de refuser la protection à une petite entreprise de mécanique qui contracterait avec IBM pour informatiser ses services. L'asymétrie informationnelle n'est-elle pas, pour autant, potentiellement la même ?

SECTION 2 : LES FONDEMENTS D'UN SYSTÈME GÉNÉRAL DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

733. – Plan. La protection de la partie faible, légitimée puis conceptualisée, doit encore être fondée. En effet, « *si la faiblesse occupe une place de choix au sein du droit de la protection du contractant, c'est davantage en tant que révélateur d'un besoin de protection qu'en tant que fondement parce qu'elle décrit plutôt qu'elle ne justifie* »²⁵²⁵. C'est ainsi que la protection de la partie faible doit être intellectuellement fondée, au point de vue idéologique (§I) tout autant qu'au point de vue juridique (§II).

§I - Les fondements idéologiques

734. – Plan. Il y a nous semble-t-il deux types de fondements idéologiques qui sous-tendent l'idée générale de protection de la partie faible. Ceux-ci sont d'abord philosophiques (A), mais existent également au point de vue contractuel, sans basculer encore véritablement dans le monde juridique (B).

A - En matière philosophique : la justice distributive moderne

735. – Plan. Comment justifier intellectuellement d'accorder une protection de manière générale à l'ensemble des contractants qui démontrent d'une faiblesse informationnelle ? Un tel système se justifie-t-il par un recours préalable à la raison pure, notamment par le biais de la notion de justice que d'aucuns décrivent même comme un principe général du droit²⁵²⁶ ? C'est ce qui semble se vérifier, du moins à l'aune d'une acception complète de la notion de justice. Celle-ci implique, appliquée à la problématique de la protection de la partie faible, non pas de garantir une équivalence entre les obligations réciproques, mais d'assurer que chacun soit véritablement en mesure d'exercer son libre arbitre. C'est ainsi qu'il faut souligner les différentes conceptions de la justice pour accéder à ces exigences modernes (1), tout autant que préciser les idées qui la sous-tendent, à savoir l'égalité et l'équité (2).

1 – La quête du juste

736. – Plan. Les enjeux d'une acception plénière de la justice sont grands. Celle-ci sera donc analysée par ses deux facettes classiques (a). Il conviendra ensuite, pour en asseoir le principe, de les confronter à notre proposition de protection générale de la partie faible (b).

²⁵²⁵ L. Bruneau, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. Toulouse, 2005, n° 17

²⁵²⁶ V sur ce point J.-P. Chazal, th. préc., n°s 31 et s., p. 166 et s. (et les réf. citées)

737. – Distinction classique entre justices correctives (commutatives) et distributives²⁵²⁷. Si le droit est communément considéré comme basé sur la poursuite d'un idéal de justice²⁵²⁸, celle-ci est suffisamment polysémique pour être, en tant que telle, dénuée de sens. On le vérifie fort bien, depuis bien longtemps, en la disséquant. L'on tient en effet d'Aristote une distinction entre deux acceptions de la justice *spéciale ou particulière*²⁵²⁹. L'une est dite *distributive* parce qu'elle tend à l'égalité *géométrique*, l'autre est décrite comme *corrective, commutative* plus tard sous la célèbre plume de Saint Thomas d'Aquin prolongeant la pensée aristotélicienne²⁵³⁰, car elle tend vers une égalité *arithmétique*²⁵³¹. *Géométrie*²⁵³², donc, dans la répartition des richesses et autres honneurs, car de manière adaptée aux mérites, plus largement aux subjectivités, de chacun. *Arithmétique*²⁵³³, dès lors que la justice a pour vocation de rééquilibrer les échanges privés. Saint Thomas le dira aussi nettement²⁵³⁴. En définitive, dire simplement qu'une règle est juste, considération au demeurant omniprésente, n'a donc pas de sens en tant que tel, d'autant que l'on distingue souvent une confusion avec le concept de morale, qui n'est guère plus précis²⁵³⁵.

738. – Rapports complexes entre les deux acceptions de la justice : antithèse et complémentarité. Opposées dans leur définition à des fins de compréhension, ces deux facettes de la

²⁵²⁷ Nombreuses sont les thèses, au demeurant souvent excellentes, qui traitent, souvent de manière fouillée, de ce fameux pan de la pensée aristotélicienne. C'est tout particulièrement le cas de celles qui s'intéressent au vaste domaine de l'équilibre en valeur dans le contrat. Peut-être certaines d'entre-elles peuvent être soulignées, comme l'étude de F. Chénéde (*Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008), intégralement imprégnée de la pensée d'Aristote.

²⁵²⁸ V. not. sur ce point M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001 (rééd. t. I et II 1984-1986), n^{os} 25 et s., p. 39 et s. ; Adde G. del Vecchio, *Philosophie du droit*, Dalloz, 2004 (rééd. 1953), p. 36 et s.

²⁵²⁹ Elle-même déjà distinguée de la justice *universelle* (générale) (sur la distinction : Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997, Livre V, p. 213 et s.), laquelle impose de respecter la norme au sens large (d'ailleurs, Aristote considère cette forme de justice comme un synonyme de la loi (« *Justice universelle ou légale* », s'intitule le développement consacré à ce thème (ibid., p. 217)). En revanche, la « *justice spéciale ou particulière* » (ibid., p. 220) implique pour chaque individu de ne prendre que ce qui lui revient, ni plus ni moins (ibid., p. 220 et s.). La justice, dans son ensemble, c'est alors « *ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte l'égalité* » (ibid., p. 216).

²⁵³⁰ V. not. *Somme théologique*, par l'Abbé G. Malé, t. II, Libr. Catholique De Perisse Frères, 1857, chap. V. consacré à la Justice, p. 112 et s., *passim*, spéc. p. 117-118, Q. LXI, consacrée aux « *Différentes sortes de justice* ».

²⁵³¹ Aristote, op. cit., Livre V, p. 223 et s. (spéc. p. 224-225 : « *De la justice particulière et du juste qui y correspond, une première espèce est celle qui intervient dans la distribution des honneurs, ou des richesses, ou des autres avantages qui se répartissent entre les membres de la communauté politique (car dans ces avantages il est possible que l'un des membres ait une part ou inégale ou égale à celle d'un autre), et une seconde espèce est celle qui réalise la rectitude dans les transactions privées* » ; les termes « *distributive* » et « *corrective* » sont visés dans les développements consacrés à chacune de ces acceptions de la justice (ibid., p. 226 et s.)). V. aussi sur ces notions M. Villey, op. cit., n^{os} 43 et s., p. 58 et s. ; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005, spéc. n^{os} 31 et s., p. 271 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2000, n^{os} 27 et s., p. 14 et s.

²⁵³² Le terme est employé (ibid., spéc. p. 230).

²⁵³³ Ce terme également (ibid., p. 232).

²⁵³⁴ V. not. *Somme théologique*, préc., spéc. p. 117, Q. LXI, consacrée aux « *Différentes sortes de justice* », et not. : « *Ces deux ordres distincts nous indiquent la distinction de la justice en commutative et en distributive. La première met l'égalité, de justes proportions entre les membres de la communauté considérés isolément ; la seconde, entre la communauté et chacun de ses membres, auxquels elle distribue équitablement les biens communs* ».

²⁵³⁵ Sur lequel, et parmi une littérature aussi ancienne et abondante que qualitative, V. not. : Ph. Jestaz « Les frontières du droit et de la morale » RRRJ 1983, p. 334 et s. ; R. Boudon, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Juriscasseur éd., 1999, p. 11 et s. ; ainsi que, bien évidemment, le célèbre ouvrage de Ripert (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927 ; et des thèses consacrées en grande partie au thème, comme S. Darmaison, *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 2000 ; et, enfin, quelques autres, not. : P. Roubier, op. cit., spéc. n^{os} 6 et s., p. 40 et s. ; G. del Vecchio, op. cit., spéc. p. 431 et s. ; lire aussi les profonds développements sur la morale de M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n^{os} 31 et s., p. 24 et s.

justice ne sont pourtant pas véritablement « *antithétiques* »²⁵³⁶. Elles répondent simplement différemment à l'objectif commun de justice. Elles n'agissent pas séparément, indépendamment : elles sont cumulatives, indispensablement complémentaires. La justice commutative implique « *une forme d'égalité devant la loi, qui tout en donnant les moyens de rétablir le juste en aménageant des sanctions, oblige à ne pas distinguer entre les parties* »²⁵³⁷. C'est en ce sens qu'elle présuppose une égalité préexistante dans les droits détenus. La justice distributive, quand à elle, rompt d'emblée avec ce présupposé d'égalité en y apportant des exceptions, en fonction des situations particulières. En ce sens servent-elles toutes deux, aussi, le juste le plus classique : cette « *volonté constante et continue de rendre à chacun ce qui lui revient* »²⁵³⁸. En définitive, appliquée au droit des contrats, cette complémentarité peut être ainsi synthétisée : la justice commutative, qui impose l'égalité, est indispensable en ce qu'elle présuppose le droit pour tous à la liberté contractuelle ; par ailleurs, la justice distributive est tout autant indispensable en ce qu'elle permet de moduler en amont les conséquences du postulat de l'égalité préexistante, afin de tenir compte des situations dans lesquelles certains en souffriraient²⁵³⁹. Ceci étant dit, il convient de voir comment ces préceptes peuvent être véritablement rapprochés de la proposition tenant à protéger la partie faible en matière contractuelle. Ce lien en effet, contrairement aux apparences, ne va pas de soi.

b – Transposition à la protection générale de la partie faible

739. – Terrain d'élection de la justice corrective (commutative). Le lien n'est pas impossible à établir entre justice commutative et protection de la partie faible au point de vue informationnel²⁵⁴⁰. Mais il faut souligner que le but premier de cette parcelle de la justice relève du correctif arithmétique. Il y a là, autrement dit, une confrontation de mathématiques nécessairement objective avec une dimension qui suscite bien au contraire toute la force du subjectivisme. Ceci convoque donc globalement, transposé au contrat, une forme d'équivalence quantitative entre les prestations réciproques. Concrètement, ce qui relève de la justice corrective (commutative) en droit des contrats, c'est, avant tout, l'égalité des contractants devant le principe de liberté contractuelle. L'article 1104 du Code civil répute ainsi les prestations réciproques « *équivalentes* », du simple fait qu'elles sont *commutatives*, au sens de réciproques²⁵⁴¹. En effet, Aristote n'a « *jamais prétendu que les prestations échangées par les parties à une commutation volontaire devaient être arithmétiquement égales. (...) La « justice*

²⁵³⁶ V. *contra* B. Starck, H. Roland et L. Boyer, op. cit., n° 31, p. 16 (« *On le voit, les deux notions de la justice sont antithétiques. L'une est juridique, conservatrice, individualiste ; l'autre est politique, corrective, sociale* »).

²⁵³⁷ D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, 1999, n° 308, p. 171

²⁵³⁸ V. sur ce point P. Roubier, op. cit., spéc. n°s 23 et s., p. 211 et s.

²⁵³⁹ C'est ainsi que l'on paie l'impôt sur le revenu en fonction de l'importance de ses revenus, et non pas selon un forfait égal pour tous qui favoriserait les puissants et accablerait les faibles. Ou encore. Chacun est égal devant le juge, mais seul le plus fortuné est à même d'exercer ce droit, chimérique pour les autres. Et l'on fournit donc à ceux qui ne peuvent l'exercer les moyens de le faire. Et ceci ne retire en rien l'indispensabilité de garantir l'égalité en question : ses correctifs doivent simplement indispensablement s'y adjoindre.

²⁵⁴⁰ En effet, l'on pourrait confronter les préceptes de la justice commutative (rendre à chaque ce qui lui revient) aux prescriptions de l'art. 1108 C. civ., qui exigent le consentement de chacun. La protection de la partie faible pourrait s'en trouver justifiée, si l'on considérait que cette exigence implique de répartir les connaissances comme les valeurs. Et partant, en exigeant que, selon les contractants, l'on s'assure que ce consentement soit intègre. C'est en ce sens, nous semble-t-il, que d'aucuns considèrent que « *Sans doute, l'impératif de la justice commutative veut-il que l'on protège le contractant qui n'a pas donné son consentement en connaissance de cause* » (S. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n° 319, p. 290).

²⁵⁴¹ Art. 1104 al. 1^{er} : « *Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle* ».

commutative » (...) ne doit pas s'entendre en effet d'une commutativité objective (stricte équivalence des prestations, mais d'une commutativité subjective : si chaque contractant doit recevoir une « contrepartie » en échange de sa prestation (...), il n'est pas nécessaire que la valeur de cette contrepartie soit égale à la valeur de la prestation consentie (...))²⁵⁴². Il est donc erroné, contrairement à ce qu'une vue superficielle peut commander, de considérer, dans cette logique classique, que la lésion (en droit positif, l'article 1118 du Code civil) serait l'émanation la plus étincelante de l'idée de justice commutative : la cause l'est bien davantage²⁵⁴³. De nos jours, c'est pourtant souvent à ces conceptions aristotéliennes de la justice commutative, que font référence les auteurs qui plaident pour une prise en compte d'une forme d'équivalence des obligations, notamment par l'extension de la lésion²⁵⁴⁴. Sans le prisme d'une clarification de ce que signifierait une notion moderne de justice commutative, ces références sont pourtant inexacts²⁵⁴⁵.

740. – Confrontation avec la protection de la partie faible : inadéquation. Cette forme de justice semble, outre les débats de fond qui précèdent, fondamentalement étrangère au traitement de la faiblesse informationnelle, telle que conçue dans notre étude. Celle-ci procède d'attentions objectives et quantitatives²⁵⁴⁶, tandis que l'on recherche une appréciation subjective et inquantifiable (le savoir). En outre, ce n'est pas, nous semble-t-il, en droit des contrats qu'une telle forme de justice doit trouver son principal terrain d'élection²⁵⁴⁷. Voyons si la justice distributive embrasse plus harmonieusement notre proposition.

741. – Terrain d'élection de l'acception classique de la justice distributive. La justice distributive, au contraire, porte un intérêt aux particularités des personnes, déterminant directement ce qui doit leur revenir. C'est pour cela qu'elle est dite *géométrique* : elle est flexible, s'adapte aux sujets qui lui servent de

²⁵⁴² F. Chénéde, th. préc., n° 12, p. 18

²⁵⁴³ F. Chénéde affirme d'ailleurs clairement : « Ce constat n'est pas neutre, car il permet de comprendre que le droit des commutations ne commande pas la prise en compte de la lésion, mais le contrôle de l'existence d'une cause pour chaque obligation » (th. préc., n° 12, p. 18).

²⁵⁴⁴ Comme on l'a vu, en très grand nombre (V. *supra* nos 45 et s.).

²⁵⁴⁵ F. Chénéde développe d'ailleurs fort justement ce point dans un paragraphe intitulé, assez significativement, « *Un fondement erroné : la justice commutative* » (th. préc., nos 256 et s., p. 236 et s. (et les réf. citées)).

²⁵⁴⁶ La justice correctrice ne fait intervenir un rapport qu'entre deux choses, c'est un correctif mathématique des transactions privées. Transposé au contrat, un équilibre dans les prestations (au sens, toutefois, que l'on vient de préciser). Elle est impersonnelle, se désintéresse (d'où l'opposition avec la justice distributive) de la qualité des protagonistes (V. sur cette question Aristote, op. cit., p. 230 et s. ; et not. (ibid., p. 232-233) : « *Au contraire, le juste dans les transactions privées, tout en étant une sorte d'égal, et l'injuste une sorte d'inégal, n'est cependant pas l'égal selon la proportion de tout à l'heure, mais selon la proportion arithmétique. Peu importe, en effet, que ce soit un homme de bien qui ait dépouillé un malhonnête homme, ou un malhonnête homme un homme de bien, ou encore qu'un adultère ait été commis par un homme de bien ou par un malhonnête homme : la loi n'a égard qu'au caractère distinctif du tort causé, et traite les parties à égalité, se demandant seulement si l'une a commis, et l'autre subi, une injustice, ou si l'une a été l'auteur et l'autre la victime d'un dommage* »).

²⁵⁴⁷ En outre, nous ne considérons pas que protéger la qualité du consentement de la partie faible soit inexorablement lié à la poursuite d'un équilibre arithmétique (justice commutative, donc). C. Noblot (*La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. n° 411, p. 210) affirme ceci : « *La formule de l'article 1104 alinéa 1^{er} du Code civil (...) enchaîne l'équilibre à la volonté des contractants* ». Nous ne croyons pas que ceci soit inexorable. Considérer que le contrat est nécessairement équilibré parce qu'il est convenu avec lucidité ne revient pas forcément à dire qu'un contrat conclu dans l'ignorance est indubitablement déséquilibré. Nous croyons que la protection du niveau informationnel de chacun est abstraite de tout motif de proportionnalité des obligations : elle existe bien plus fondamentalement que cela. D'ailleurs, nous sommes d'avis que même devant la certitude que le contrat sera équilibré, une ignorance préexistante doit être combattue et sanctionnée. Lier l'un à l'autre de manière invariable revient à considérer que l'on peut bafouer la dignité humaine de certains contractants, du moment qu'il n'y pas de conséquences mathématiquement tangibles. Ceci n'est guère souhaitable, et nous défendons d'ailleurs cette position lors de l'analyse du préjudice né du manquement à l'obligation d'information (V. *infra* nos 1012 et s.).

référentiel. L'idéologie suivie n'est donc plus celle d'une équivalence dans la répartition des valeurs, mais d'une corrélation avec les subjectivités concrètes. La justice distributive, indéniablement, est plus humaine, et moins comptable.

742. – Confrontation avec la protection de la partie faible : persistance de l'inadéquation. La logique de la justice distributive, certes, se trouve en adéquation avec la protection de la partie faible : distribuer en fonction des subjectivités, « *traiter différemment le riche et le pauvre, le fort et le faible (...)* »²⁵⁴⁸. C'est bien davantage son champ d'application classique qui convoque l'inadéquation. En effet, la justice distributive a, dans cette acception classique, vocation à répartir les droits et les devoirs des citoyens à l'endroit de l'Etat²⁵⁴⁹. Le rapport est donc bien plus vertical qu'horizontal. Par où l'on comprend parfaitement l'invocation de la notion de mérite, qui renvoie à la « *place dans la société* »²⁵⁵⁰.

743. – Terrain d'élection de l'acception contemporaine de la justice distributive. Comme le souligne M. Chénéde, « *Presque tous les grands philosophes ont puisé dans la pensée féconde d'Aristote sans qu'il soit aisé, ici comme ailleurs, de faire le départ entre la pente et la trahison des idées* »²⁵⁵¹ ; indéniablement, « *c'est bien le sens et le rôle des deux « justices » qui furent profondément remaniés par les philosophes modernes et contemporains* »²⁵⁵². Il y a donc d'autres manières d'appréhender les concepts de justices distributive et correctrice. Le lien avec la protection de la partie faible n'est donc pas nécessairement impossible à établir. Et certains de considérer aujourd'hui, d'une manière plus décisive, que la justice distributive constitue le fondement de ce que nous nommons la justice sociale. D'origine anglo-saxonne²⁵⁵³ bien qu'aujourd'hui largement partagée par une doctrine française²⁵⁵⁴, cette acception moderne de la justice distributive justifierait « *la correction de certaines inégalités économiques, sociales ou naturelles* »²⁵⁵⁵. En un tel sens, c'est bien sur le fondement de la justice distributive que l'on attribue des prérogatives en fonction de causes d'inégalité, et non plus seulement à la mesure des *mérites* au sens aristotélicien (les fonctions occupées dans la société). Même ! L'on aurait même pu court-circuiter cette partie du raisonnement. En effet, Aristote plaçait, dès l'origine, l'équité au-dessus de ces formes de justice²⁵⁵⁶. Or, l'on sait qu'elle a précisément pour vocation de corriger les cas dans lesquels la généralité de la règle provoque une situation inadéquate²⁵⁵⁷. La justice a toujours été considérée comme « *une volonté perpétuelle et constante de*

²⁵⁴⁸ F. Chénéde, th. préc., n° 9, p. 13

²⁵⁴⁹ Aristote, op. cit., Livre V, p. 224 et s.

²⁵⁵⁰ F. Chénéde, th. préc., n° 9, p. 13

²⁵⁵¹ F. Chénéde, th. préc., n° 8, p. 10

²⁵⁵² F. Chénéde, th. préc., n° 8, p. 10

²⁵⁵³ L'on pense not. et inévitablement à la doctrine de J. Rawls (*Théorie de la justice*, trad. C. Audart, Ed. du Seuil, 1987), et l'idée développée de « *justice comme équité* » tout au long de l'ouvrage. Cette équité réside dans l'articulation d'un principe d'égalité et d'un principe de différence, lorsqu'il s'agit de rétablir l'égalité des chances au profit de certains, défavorisés socialement et/ou économiquement. *Adde* sur cette pensée B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, spéc. n° 62, p. 82. Ainsi, cette « *théorie de la justice distributive* » renvoie à « *une justice qui, en l'absence d'un critère a priori de sélection du résultat correct, aboutit à ce résultat par le seul moyen d'une procédure correcte ou équitable – d'où le nom dont il qualifie souvent sa théorie (...)* » (J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 448, p. 335).

²⁵⁵⁴ F. Chénéde, th. préc., n° 8, p. 12 (et les nombreuses réf. citées). V. aussi en ce sens J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », in *Arch. phil. dr.* 1981, t. XXVI « L'utile et le juste », spéc. p. 46.

²⁵⁵⁵ V. sur cette modernisation, chez certains, de l'acception de la justice distributive et l'écart avec la pensée classique, F. F. Chénéde, th. préc., n° 8, p. 11

²⁵⁵⁶ « *De là vient que l'équitable est juste, et qu'il est supérieur à une certaine espèce de juste, non pas supérieur au juste absolu, mais seulement au juste où peut se rencontrer l'erreur due au caractère absolu de la règle* » (Aristote, op. cit., Livre V, p. 268).

²⁵⁵⁷ V. sur ce point *infra* nos 749 et s.

rendre à chacun ce qui lui est dû »²⁵⁵⁸. En définitive, il n'y a là rien de très éloigné, au fond, de la conception moderne de la justice distributive, déclinée à notre époque et confrontée à ses nouvelles réalités.

744. – Confrontation avec la protection de la partie faible : adéquation. Il y a dès lors peu à dire sur l'adéquation complète de tout ceci avec la protection générale du consentement de la partie faible. L'acceptation moderne de la justice distributive permet de garder cette méthode subjective et concrète, tout en étendant le terrain d'élection des droits-citoyens aux droits-contractants. Partant, nécessairement, la protection des plus nécessiteux par une protection informationnelle particulière se justifie-t-elle naturellement.

745. – Etat de la réception de cette position en droit positif. Voie erronée de la personnalisation (renvoi). Comment le droit positif reçoit ces acceptations de la justice ? La justice commutative est fort contingente, puisque la lésion est toujours tenue, pour l'essentiel, à l'écart, et que les autres démarches visant à l'équilibre quantitatif des prestations réciproques sont d'une portée mesurée²⁵⁵⁹. La justice distributive est plus sensiblement reçue en droit contractuel positif, notamment avec l'avènement des protections modernes du consentement visant à rehausser le niveau informationnel. Mais on lui a assigné une portée curieusement réduite : la protection de certains, en raison de leur fonction, de leur qualité²⁵⁶⁰, et non de *leurs qualités*²⁵⁶¹. Ces protections personnalistes se sont manifestement et malheureusement déconnectées de la justice distributive (sens moderne), pour converger vers d'autres objectifs, comme la stimulation du marché²⁵⁶².

746. – Justification subséquente d'un système général de protection de la partie faible. La solution est dès lors tout indiquée. Il faut renouer avec les préceptes de la justice distributive, dans cette matière où l'on a vu que les précarités informationnelles étaient innombrables. Ceci ne peut passer que par un système de protection de portée générale, au-delà des fonctions, au-delà des catégories. Par une forme de contre-abstraction, un système qui s'attache aux subjectivités indépendamment des personnes doit être érigé.

747. – Propos conclusifs. Le droit n'a de sens que s'il sert la justice de tous les hommes. Défense du modèle civiliste. Le droit a pour dessein la justice. Plus encore, il est, du moins doit être, la justice. C'est ce que la philosophie nous enseigne²⁵⁶³, au moins depuis la Grèce antique²⁵⁶⁴ : le « *sentiment*

²⁵⁵⁸ Saint Thomas d'Aquin, dans ses propos consacrés à la justice (*Somme théologique*, préc., Chap. V (« *La justice* »), spéc. p. 113, Q. LVIII (« De la justice »))

²⁵⁵⁹ V. sur tout ceci, en introduction, *supra* nos 43-44

²⁵⁶⁰ V. sur ce thème l'étude de C. Noblot (th. préc.) ; et son analyse en introduction, postulat de notre étude, *supra* nos 23 et s.

²⁵⁶¹ C'est-à-dire « *la condition juridique, civile, sociale, ou, plus généralement, la situation, les caractéristiques d'une personne, englobant l'ensemble des éléments de son état, sa notoriété et ses particularités physiques (âge, état de santé, sexe, etc.)* » (C. Noblot, th. préc., n° 13, p. 10-11).

²⁵⁶² La poursuite de cet objectif par le droit de la consommation explique tout le dérèglement que connaît la de protection de la partie faible contemporaine (V. not. *supra* nos 132 et s.).

²⁵⁶³ V. not. la netteté du propos de Saint Thomas d'Aquin (*Somme théologique*, préc., Chap. V (« *La justice* »), spéc. p. 112, Q. LVII (« Du droit ») : « *Le droit est l'objet de la justice. Le mot latin (jus), qui signifie droit, est une abréviation du mot justus de sorte que ces deux mots droit et juste sont synonymes et se prennent souvent l'un pour l'autre* »).

²⁵⁶⁴ V. not. M. Villey, op. cit., nos 25 et s., p. 39 et s. ; Adde G. del Vecchio, op. cit., p. 36 et s. ; B. Oppetit, op. cit., n° 8, p. 29 ; V. aussi F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n° 86, p. 153-154 (et les nombreuses réf. citées)

juridique »²⁵⁶⁵ de la justice est au cœur des préoccupations. Et cette justice n'a de sens que si elle sert les hommes²⁵⁶⁶ : par où l'on comprend que « *le droit est plus grand que la règle de droit* »²⁵⁶⁷. La protection de toutes les parties faibles a vocation à stimuler l'unité perdue, à favoriser la paix sociale troublée²⁵⁶⁸. L'« *intérêt général est dialectique en ce qu'il s'affirme comme une vérité médiane, compromis circonstanciel, une moyenne entre des pressions multiples* »²⁵⁶⁹, vérité dont l'« *incomplétude* », qui lui est consubstantielle, rend « *toujours imparfaite* », devant donc « *être en permanence affinée* »²⁵⁷⁰. Une protection juste doit bénéficier à tous les faibles, mais rien qu'aux faibles : c'est la dialectique entre l'enthousiasme du cœur et le pessimisme de la raison. Il y a là toutes les raisons pour lesquelles il est éminemment souhaitable de défendre vigoureusement notre modèle civiliste. Souhaitons ainsi que la nécessité d'une protection de la partie faible en droit commun soit, un jour, ainsi entendue. Espérons, au-delà, que les parlementaires, « *trop dans la dépendance des puissances d'argent* »²⁵⁷¹, considèrent à nouveau les réformes civilistes et non point seulement économiques comme dignes d'intérêt²⁵⁷², à l'heure des rapports *Doing Business*²⁵⁷³, à une époque où « *La loi du marché pensée et poussée aussi loin est liberticide* »²⁵⁷⁴, « *se diffuse de façon croissante et tend à tout absorber* »²⁵⁷⁵. Souvenons-nous des enseignements sages qui soulignent les dangers de privilégier l'argent à l'homme, de Cicéron²⁵⁷⁶ à Ripert²⁵⁷⁷. Souhaitons que les propositions qui

²⁵⁶⁵ G. del Vecchio, op. cit., p. 409 et s. (et not. p. 409 : « *L'homme a originairement une faculté, que l'expérience ne peut lui donner, qui lui permet de distinguer la justice de l'injustice* »).

²⁵⁶⁶ P. Roubier (op. cit., spéc. nos 23 et s., p. 211 et s., spéc. n° 23, p. 212) disait à cet égard que « *Le sentiment de la justice ne peut naître qu'à partir du moment où l'esprit humain, libéré des terreurs barbares, peut opérer un choix entre plusieurs conduites, et il est à la base du développement de la civilisation et du progrès des sociétés humaines* ».

²⁵⁶⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 21 et s.

²⁵⁶⁸ Il faut relire Jossierand sur ce thème, craignant déjà cette dislocation par les multiples atteintes personalistes à l'unité du peuple (V. not. « *Sur la reconstitution d'un droit de classe* », DH 1937, p. 1 et s.).

²⁵⁶⁹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghustin, LGDJ, 2004, n° 260, p. 174 (la seconde partie de la phrase est une citation de H. Batiffol). Et bien plus loin, dans ses propos conclusifs : « *Le contrat est donc l'élément d'un Tout, l'ordre social et l'ordre juridique, auquel il doit s'intégrer. D'un côté, l'intérêt général, au fondement de l'ordre social et de l'ordre juridique étatique, s'impose au contrat. D'un autre côté, l'intérêt général doit veiller à l'épanouissement du contrat. De manière circulaire et récursive, l'intérêt général et le contrat entretiennent des rapports dialectiques* » (ibid., n° 1275, p. 815).

²⁵⁷⁰ M. Mekki, th. préc., n° 266, p. 177

²⁵⁷¹ G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, n° 104, p. 204

²⁵⁷² Tant on sait que « *l'économiste ne s'interroge pas sur le caractère plus ou moins volontaire du contrat. Les parties s'engagent seulement si c'est leur intérêt* » (P. Garelo, « *Les économistes et le contrat* », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. I, Litec, 1998, p. 38, n° 5).

²⁵⁷³ V. sur ces rapports et pour un regard scientifique critique formidable des voies qu'ils entendent prôner : *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, vol. 1-2, 2006 (globalement, ces rapports, établis par des économistes orientés et non des juristes, entendent élever au rang le plus haut l'efficacité économique propre au système dit de *common law*. La perspective unique pour juger d'un système entier est donc celle du développement économique, laissant à part l'intégralité des autres exigences de la vie en société qu'entend pourtant précisément régir un système juridique. La méthode employée est donc légitimement au cœur des critiques).

²⁵⁷⁴ F. Terré, « *Destinée du Code civil* », JCP G 2004, I, 193, n° 26

²⁵⁷⁵ M. Mekki, th. préc., n° 30, p. 25

²⁵⁷⁶ Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), *passim.*, spéc. p. 63 : « *Rien n'annonce plus une âme étroite et petite, que la passion de l'argent ; et il n'est rien de plus honnête et de plus beau que de dédaigner les richesses quand on n'en a pas, et, quand on en a, de les consacrer à la libéralité et à la bienfaisance* »).

²⁵⁷⁷ V. not., parmi une infinité de passages de ses différents ouvrages qui auraient pu convenir ici, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998 (rééd. 1955), n° 15, p. 42-43 (« *Quelque chose est plus grave dans la prétention des scientifiques, c'est de vouloir donner aux juristes l'esprit scientifique, j'entends par là celui des sciences exactes. Il existe une antinomie entre un tel esprit scientifique et l'esprit juridique et, si le premier s'est développé chez les juristes, ce ne peut être qu'au détriment du second. Le droit s'occupe des rapports entre les hommes, les sciences ne connaissent pas les hommes mais les nombres. Si le juriste veut établir des lois sur les nombres, il est obligé de dédaigner l'être humain* »), et ibid., n° 177, p. 417 (en conclusion de l'œuvre), not. : (à l'égard du pouvoir politique) : « *Son dessein est d'ailleurs différent : ce qu'il veut saisir dans la conduite de l'homme c'est moins le perfectionnement de l'esprit que l'activité économique. Le corps lui importe plus que l'âme ; le bien-être matériel plus que la perfection morale* ») ; ou encore, dans la conclusion de *La règle morale* : « *L'obligation n'est pas une simple relation entre deux patrimoines ; elle a toujours été et elle reste la soumission d'un homme à un autre homme, soumission qui ne peut être demandée et permise que pour des fins légitimes, qui doit être contrôlée dans son*

intéressent chacun, et non point seulement des catégories néo-corporatistes, reconquièrent une attention de premier ordre, et que les « *buts particuliers* » cèdent, par l'œuvre de politiques métamorphosées, au « *destin collectif* »²⁵⁷⁸. Chacun peut devenir ce faible protégé, sans avoir à s'inscrire dans une sempiternelle lutte claniste. La dialectique entre morale et politique est plus que jamais d'actualité²⁵⁷⁹. Le changement nécessitera, plus encore aujourd'hui qu'hier, une volonté politique digne ce nom²⁵⁸⁰, « *de la magie, un charisme de géant* »²⁵⁸¹, qu'une « *croissance invincible* » devra générer²⁵⁸².

2 – Le lien étroit avec le diptyque égalité/équité

748. – Plan. Il faut, dans une démarche similaire à celle qui précède, préciser les enjeux de cumuler l'égalité et l'équité (a). Ceux-ci expliqueront la transposition que l'on en fera à la proposition d'une protection générale de la partie faible (b).

a – *Enjeux d'une acception équitable de l'égalité*

749. – Analogie avec la double dimension de la justice : l'équité corrige l'égalité. Complémentarité. Le régime démocratique garantit l'égalité des prérogatives juridiques, *l'égalité des conditions* chère à Tocqueville²⁵⁸³, mais évidemment pas l'égalité de fait, concrète, entre les hommes²⁵⁸⁴. C'est précisément pour cette raison qu'intervient l'équité²⁵⁸⁵. Pour Aristote, « *l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale* »²⁵⁸⁶. Ensuite notamment relayé par Saint Thomas d'Aquin, il considérait donc l'équité comme une « *notion qui permet d'obtenir la solution la*

existence et dans son exécution par le législateur et par le juge » (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 203, p. 410).

²⁵⁷⁸ Ph. Bénétou, *Introduction à la politique*, PUF, 1997, p. 360 (« *La politique est désormais au service des buts particuliers, elle arbitre vaillamment que vaillent entre les intérêts et les droits, elle renonce à toute responsabilité dans l'ordre de la civilisation. En conséquence, le destin collectif échappe à toute délibération et à tout choix rationnel, il se forge à tâtons, simple résultante d'une myriade de préférences dispersées* »).

²⁵⁷⁹ V. not. Ch. Debbasch et J.-M. Pontier, *Introduction à la politique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, spéc. nos 111 et s., p. 122 et s.

²⁵⁸⁰ V. d'ailleurs sur celle de Napoléon au temps de l'élaboration du Code civil, sous un jour intéressant, B. Marquesinis, « Deux cents ans dans la vie d'un code célèbre », RTD civ. 2004, spéc. p. 49 et s. (et not. un chef d'Etat pourvu d'« *une vision claire des objectifs qu'il souhaitait atteindre (...)* », capable « *d'anticiper les événements à venir (...)* », et sachant « *utiliser tous les talents et énergies qui l'entourent (...)* »). Nécessité d'autant plus pressante aujourd'hui, que « *notre époque est régie par les lois du marché, que la démocratie moderne se méfie des personnalités fortes, que l'histoire contemporaine est associée à des événements marquants et non plus (à tort ou à raison) aux grands hommes (ni, convient-il d'ajouter, aux grandes femmes)* »).

²⁵⁸¹ J. Carbonnier, « Le Code civil des français dans la mémoire collective », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1053

²⁵⁸² La formule clôture *La règle morale* : « *Si on veut que le droit, résistant à ces intérêts divers [les forces créatrices du droit, outre la morale], reste imprégné d'idéal, il faut entretenir une communion à des idées morales que nous jugeons supérieures à toutes autres, soit par une croyance invincible, soit par une constatation scientifique du progrès qu'elles ont apporté dans la société des hommes* » (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 208, p. 423).

²⁵⁸³ Il y a là la caractéristique fondamentale de la société démocratique : garantir *l'égalité des conditions*, malgré les inégalités naturelles des hommes (*De la démocratie en Amérique*, GF Flammarion, 2010, *passim*. (dès l'*incipit*, même)).

²⁵⁸⁴ Dont Pascal disait not. ceci : « *Les grands et les petits ont mêmes accidents, et mêmes fâcheries, et mêmes passions. Mais l'un est au haut de la roue, et l'autre près du centre, et ainsi moins agité par les mêmes mouvements* » (*Pensées*, Le Livre de Poche, 2000, p. 384).

²⁵⁸⁵ Sur l'équité, V. not. parmi une littérature abondante et de qualité : l'étude consacrée par Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000 ; V. aussi E. Agostini, « L'équité », D. 1978, p. 7 et s. ; H. Sak, « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », RRJ 2002, p. 1679 et s. ; P. Kayser, « Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », RRJ 2001, p. 15 et s. ; Adde Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005, spéc. nos 28 et s., p. 49 et s.

²⁵⁸⁶ Aristote, op. cit., Livre V, spéc. p. 265 et s. (et not., p. 266-267 : « *Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude* »).

plus adaptée aux cas d'espèce »²⁵⁸⁷. Par où l'on voit bien le lien étroit avec la justice commutative et la justice distributive. Par où, aussi, l'on conçoit aisément que ce couple ait entretenu une relation instable, même si cela tend à s'estomper de nos jours²⁵⁸⁸. Actuellement, l'on retrouve cette idéologie à travers des thèmes importants, comme l'égalité des chances. Le concept d'équité est alors appliqué aux problématiques contemporaines d'injustice sociale, comme celle de l'école²⁵⁸⁹, afin de lutter contre une reproduction sociale inéluctable et exclusiviste²⁵⁹⁰. L'équité nuance là où l'égalité déshumanise, car cette dernière serait une chimère dans la réalité de la diversité des hommes²⁵⁹¹. L'équité révèle toute l'ampleur de la règle de droit²⁵⁹² : c'est l'égalité effective²⁵⁹³. C'est ainsi que Rawls a permis, certes tardivement²⁵⁹⁴, l'imprégnation dans l'opinion de ce qu'une société n'est juste que si elle est égalitaire mais aussi équitable, n'accablant ni, bien sûr, les défavorisés par un égalitarisme rigide, ni même les favorisés²⁵⁹⁵. Et qu'un principe d'égalité règne en droit, droit des contrats inclus, si bien que l'on distingue des discriminations justifiées et égalisatrices²⁵⁹⁶. C'est déjà, en filigrane, traiter de l'équité dans le Droit.

750. – L'équité dans le Droit. Bien au-delà de la philosophie, la notion d'équité a fortement et logiquement imprégné le droit, progressivement et non sans vicissitudes²⁵⁹⁷. Elle a en effet connu de multiples applications, dans divers pans du droit²⁵⁹⁸. Elle irrigue tout particulièrement l'article 1135 du Code civil, une disposition de la matière contractuelle longtemps dormante²⁵⁹⁹, mais qui a permis, de manière relativement récente, de nombreuses découvertes par le prisme du juge²⁶⁰⁰. On voit donc que l'équité mène à corriger les inégalités intrinsèques ... à la notion même d'égalité. Elle est en cela une

²⁵⁸⁷ Ch. Albiges, th. préc., n° 15, p. 11-14

²⁵⁸⁸ F. Terré, « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », in *Arch. phil. dr.* 2008, t. LI « L'égalité », p. 21 et s.

²⁵⁸⁹ V. tout particulièrement sur ce point l'œuvre du célèbre sociologue F. Dubet, not. l'ouvrage récent consacré à l'école sous le prisme de cette notion d'égalité des chances, d'équité scolaire, devant un constat de reproduction mais également d'aggravation des inégalités (qui enferme par ailleurs les dominés dans leur domination, par le prisme de l'échec et surtout du sentiment d'échec) (*L'école des chances. Qu'est-ce qu'une école juste ?*, Seuil, 2004).

²⁵⁹⁰ V. au-delà de la reproduction sociale marxiste spécifiquement liée à une accumulation et une transmission du capital, l'analyse sociologique bien plus humaine de Pierre Bourdieu (not. dans P. Bourdieu et J.-C. Passeron, *Les héritiers : les étudiants et la culture*, éd. de Minuit, 1964 ; au fond, l'accumulation du capital se situe au point de vue culturel, au point de vue du savoir. V. aussi, dans le prolongement, la théorie de la violence symbolique développée par l'école ou toute autre institution légitime (télévision, cinéma), qui perpétuent cette reproduction sociale et y adjoignant, en plus, l'idée de cercle vicieux au détrimement des « dominés », puisque le vecteur de communication élude le rapport de force qui sous-tend la société et donne à croire que la pensée ainsi transmise est celle qui convient, celle qui est légitime, alors qu'elle résulte de la bien-pensance des « dominants » (P. Bourdieu et J.-C. Passeron, *La reproduction : éléments pour une théorie du système d'enseignement*, éd. de Minuit, 1970).

²⁵⁹¹ Demogue disait ceci : « L'idée égalitaire, dont l'importance a été si grande dans les temps modernes et qui est à la base de tant d'institutions du droit public ou privé, repose au fond sur ce que les hommes sont tous exposés à la souffrance. Elle ne peut en effet se fonder sur l'égalité des hommes au point de vue de l'intelligence ou des mérites, laquelle n'existe pas » (*Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911, p. 136).

²⁵⁹² Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5^{ème} éd., 2006, n° 139, p. 81

²⁵⁹³ F. Dubet, op. cit.

²⁵⁹⁴ Il est vrai que l'ouvrage datait de 1971, et la première traduction de 1987... L'on voit bien que ces idées n'irriguaient pas profondément la société, du moins que les mœurs d'alors n'étaient pas particulièrement réceptives, et que les choses ont bien changé. Autant d'arguments en faveur de l'admission d'une protection de la partie faible.

²⁵⁹⁵ J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audart, Ed. du Seuil, 1987

²⁵⁹⁶ V. not. l'étude consacrée à la question par D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriou, LGDJ, 1999, spéc. n°s 107 et s., p. 57 et s.

²⁵⁹⁷ Ch. Albiges, Rép. civ. Dalloz, « Equité », sept. 2009 (m.a.j. 2011), spéc. n°s 1 et s. (not. sous l'Ancien Régime : V. sur ce point l'analyse profonde de Ch. Albiges, th. préc., spéc. n°s 140 et s., p. 86 et s.)

²⁵⁹⁸ Ch. Albiges, op. cit., spéc. n°s 11 et s.

²⁵⁹⁹ Art. 1135 C. civ. : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

²⁶⁰⁰ Et not. l'obligation de renseignement (V. *supra* n°s 472 et s.).

« *fiction nécessaire* »²⁶⁰¹. Il est vrai que le mérite et les compétences sont de meilleures bases pour répartir la protection que des critères dits intrinsèques comme le milieu, le nom²⁶⁰² et aujourd'hui la qualité dans le contrat. En droit aussi, donc, l'équité corrige-t-elle²⁶⁰³. Pas davantage que l'égalité, l'équité n'évince-t-elle toutefois le réel, à savoir les inégalités humaines naturelles, économiques et sociales. Mais elle les compense avec justice : elle les traite, et les rend ainsi tolérables²⁶⁰⁴.

b – Transposition à la protection générale de la partie faible

751. – Concept insatisfaisant pour fonder une règle autonome de protection de la partie faible.

Légitimité de la proposition de législation. L'équité est, à l'instar de la bonne foi, probablement, tout à la fois, une source insatiable de vertus et d'incertitudes²⁶⁰⁵. C'est la raison essentielle²⁶⁰⁶ qui justifie que l'équité « *ne peut en aucun cas constituer un système de règles autonomes* »²⁶⁰⁷. Appliqué à notre étude, cela justifie l'élaboration légale d'un système général de protection de la partie faible. Le recours à l'équité ne peut servir qu'à légitimer intellectuellement la proposition, mais pas à fonder ses solutions pratiques, de manière autonome²⁶⁰⁸. Le flou qui l'entoure ne constitue d'ailleurs pas un reproche, mais lui est tout simplement intrinsèque, par nature. Elle est une base philosophique, qui sert à élaborer des règles de droit les plus justes, sans être véritablement une source de droit²⁶⁰⁹. Autant donc produire directement une règle de droit juste car équitable : elle vaudra bien mieux qu'une règle injuste corrigée à la marge.

²⁶⁰¹ V. not. sur la pensée de F. Dubet spécifiquement sur ce point, l'entretien donné par le sociologue à L'observatoire des inégalités le 22 sept. 2004 (<http://www.inegalites.fr/spip.php?article260>), consacré au volet relatif au mérite.

²⁶⁰² Que la victoire sur l'Ancien Régime a, fort heureusement, écarté de manière durable.

²⁶⁰³ Sur cette fonction correctrice, V. not. Ch. Albiges, th. préc., n^{os} 253 et s., p. 167 et s. (c'est la fonction de « *tempérer le droit positif* », quand il est « *considéré comme inadapté en raison des circonstances liées à l'espèce (...)* ». L'auteur distingue d'ailleurs une seconde fonction essentielle, une fonction « *supplétive* » (ibid., n^{os} 402 et s., p. 267 et s.) : plus exceptionnellement, cela ne correspond plus à « *l'existence d'un texte ou d'un principe qui doit être tempéré* », mais à « *l'hypothèse d'une déficience de ce texte, qu'il s'agisse d'une loi ou d'un contrat* » (l'auteur y analyse not. la règle du droit à un procès équitable, ou encore l'équité de l'art. 1135 C. civ.). *Adde* les vues plus récentes sur ces mêmes points (et par le même auteur) au Rép. civ. Dalloz, « *Equité* », sept. 2009 (m.a.j. 2011), respectivement n^{os} 37 et s. et n^{os} 47 et s.).

²⁶⁰⁴ *Rappr.* Ph. Bénéton, op. cit., spéc. p. 286 (à l'égard de l'égalité de statut juridique issu de la Révolution, *leitmotiv* de notre époque : « *Cette égalité de statut ne remet nullement en question les inégalités économiques et sociales en tant que telles mais elle en fixe différemment les sources légitimes. (...). En d'autres termes, les hommes doivent disposer d'une égale liberté pour accéder à des positions sociales inégales* ») ; et, plus loin (ibid., p. 296) : « *ce principe égalitaire ne s'étend pas au-delà de l'égalité de statut (...), les hommes ont des facultés inégales que consacrent les distinctions sociales* »).

²⁶⁰⁵ Ch. Albiges, op. cit., spéc. n^{os} 29 et s., affirmant notamment que « *Les recours à l'équité ont été la source de critiques liées, notamment, à la délicate ou même impossible détermination d'une définition de la notion. Cette difficulté est génératrice d'incertitudes opposées aux impératifs de prévisibilité inhérents à la matière juridique* » (et les nombreuses réf. citées, ainsi que les nuances apportées ensuite).

²⁶⁰⁶ V. aussi sur la question voisine des limites intrinsèques à la règle de l'art. 1135 C. civ., qui justifient aussi la création d'un véritable droit de la partie faible, *supra* n^{os} 472 et s.).

²⁶⁰⁷ Ch. Albiges, th. préc., n^o 19, p. 16 (c'est là, en effet, tout l'objet de la première partie de l'étude : prendre le contrepied de la classique dualité d'acceptions de l'équité en droit privé (conception d'Aristote (correction des effets de la loi au cas par cas) et conception de Cicéron (équité générale, idée selon laquelle l'équité formerait un véritable système de règles non écrites)), dualité décrite dans l'introduction de la th. préc. (spéc. n^{os} 15 et s., p. 11 et s.). Ch. Albiges démontre donc, par le prisme historique et empirique, la nécessaire unicité d'acception de l'équité, seule sa dimension subjective (aristotélicienne) subsistant, au terme de l'analyse.

²⁶⁰⁸ V. en ce sens, sur ce que l'équité est un « *fondement pertinent* » de la protection du contractant (not. en ce que l'obligation d'information rétablit l'égalité) : L. Bruneau, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. Toulouse, 2005, spéc. n^{os} 435 et s.

²⁶⁰⁹ Ch. Albiges, op. cit., spéc. n^{os} 23 et s. ; même dans certains cas, comme l'amiable composition, où l'on pourrait justement songer à s'affranchir de toute motivation juridique pour conclure uniquement en équité : Ch. Albiges, op. cit., spéc. n^o 22

752. – Problématique de la partie faible suffisamment systématique. Légitimité de la proposition. Au reste, la situation actuelle ne peut plus trouver une légitimation dans les bienveillantes prescriptions d'Aristote à l'égard de l'équité : être un « *correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité* »²⁶¹⁰. L'on a démontré dans cette étude que le problème de la partie faible n'avait rien de ces « *cas d'espèce pour lesquels il est impossible de poser un énoncé général* », par essence irréguliers²⁶¹¹. En effet, il s'agit précisément d'un cas général et suffisamment systématique pour être encadré par la loi.

753. – Ecueils à éviter. Outre les précisions qui viennent d'être apportées, le véritable enjeu est celui du curseur, du dosage. Une discrimination positive dégénère bien vite en injustice, si elle sort du strict cadre de ce qu'exige l'équité. En effet, de tels excès mèneraient à une forme de domination paradoxale du faible sur le fort, comme on le constate d'ailleurs parfois de nos jours en droit de la consommation²⁶¹². L'approche concrète²⁶¹³ ainsi que la densité des protections offertes prennent ici tout leur sens. Il s'agit de donner toute sa signification à l'égalité, et non de l'anéantir au nom des plus faibles. Il s'agit encore de ne pas blesser directement²⁶¹⁴ ou indirectement²⁶¹⁵ la dignité de chacun, davantage que ce qui se produirait sous l'empire d'une inégalité non corrigée. Au-delà, il est fascinant de constater avec quelle pertinence une réflexion philosophique vieille de plus de deux millénaires²⁶¹⁶ trouve, en notre temps, une actualité décisive.

B - En matière contractuelle : le volontarisme social

754. – Plan. Le choix d'une clarification de la vision française du contrat doit être précédé d'une analyse de la situation actuelle en la matière, caractérisée par l'obscurité (1). Celle-ci justifiera la clarification que nous venons d'évoquer (2).

1 – L'état de la théorie générale du contrat

755. – Plan. La nécessité de clarifier la théorie générale du contrat découle du fait que sa version actuelle ne correspond plus à la réalité contractuelle (a). Des pistes ont été proposées en ce sens, mais sans parvenir à notre sens à une explication pleinement satisfaisante (b).

²⁶¹⁰ Aristote, op. cit., Livre V, p. 268

²⁶¹¹ « *La raison est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il est impossible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude. Dans les matières, donc, où on doit nécessairement se borner à des généralités et où il est impossible de le faire correctement, la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner. La loi n'en est pas moins sans reproche, car la faute n'en est pas à la loi, ni au législateur, mais tient à la nature des choses, puisque par leur essence même, la matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité* » (Aristote, op. cit., Livre V, p. 267).

²⁶¹² L'ex. du cautionnement est emblématique (V. *supra* nos 278 et s. ; *Adde infra* nos 914 et s.).

²⁶¹³ RV. *supra* nos 587 et s.

²⁶¹⁴ Par ex. par le terme employé pour désigner les contractants en situation de vulnérabilité : sur ce débat et l'adoption du terme *partie faible*, V. *supra* nos 51-52

²⁶¹⁵ Par ex. en évitant d'évincer le rôle de la volonté au motif qu'il s'agit d'une protection (V. not. *supra* nos 914 et s.).

²⁶¹⁶ Si l'on se fixe sur l'œuvre d'Aristote.

756. – L'autonomie de la volonté, en quelques mots. La teneur de l'autonomie de la volonté peut tout à la fois donner lieu à d'immenses réflexions²⁶¹⁷, et être synthétisée en quelques mots²⁶¹⁸. Dès lors, référons nous à Gounot²⁶¹⁹, qui mena la célèbre critique que l'on connaît²⁶²⁰, précédée d'une analyse profonde indispensable du concept. Il désignait ainsi la teneur de l'idée (et non encore le dogme, apparu plus tard²⁶²¹) d'autonomie de la volonté, dans un premier temps, par les « *deux postulats fondamentaux de la doctrine individualiste classique* »²⁶²² : « *Nul ne peut être obligé sans l'avoir voulu* »²⁶²³, et « *Tout engagement librement voulu est juste* »²⁶²⁴. « *Source d'où tout émane, la liberté est aussi la fin à laquelle tout aboutit, l'idéal auquel tout doit tendre* »²⁶²⁵. Comme le souligne Gounot, la force du propos est extrême : la société civile, elle-même, est un contrat, le contrat social²⁶²⁶, « *entre des êtres libres qui se commandent à eux-mêmes* »²⁶²⁷. Transposé au contrat²⁶²⁸, l'idée devient concept. Le dogme de l'autonomie de la volonté implique alors ceci : « *non seulement la volonté individuelle est la source unique des droits et des obligations, mais elle jouit dans l'exercice de cette autonomie d'une absolue liberté* »²⁶²⁹, sous la seule réserve du « *respect de la liberté d'autrui* »²⁶³⁰, dont on sait la provenance²⁶³¹. Il n'y a donc guère « *besoin de grands efforts pour résoudre le problème de la force obligatoire des contrats* » (son fondement, en vérité) : « *Le contrat oblige, tout simplement parce qu'il est le contrat, c'est-à-dire l'accord libre de deux volontés naturellement créatrices de droit, la manifestation la plus haute et la plus réfléchie de l'autonomie initiale du vouloir individuel. Telle est au fond la pensée des auteurs classiques* »²⁶³². L'on distingue déjà ici deux choses différentes : les idées classiques de l'individualisme juridique (philosophiques), et le dogme (juridique) de l'autonomie de la volonté. Cette distinction sera utile.

²⁶¹⁷ Innombrables, au vu du classicisme du sujet. Pour quelques études incontournables, V. not. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Ed. Arthur Rousseau, 1912 ; J. Chabas, *La déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1961 ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980 ; V. aussi J.-P. Chazal, « L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique » », RDC 2004, p. 624 et s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, nos 30 et s., p. 30 et s.

²⁶¹⁸ Seuls dignes d'intérêts, en outre, dans le cadre de ce propos.

²⁶¹⁹ E. Gounot, th. préc. (l'étude révèle dès l'introduction son dessein d'exposer, certes, cette doctrine, mais aux fins d'en déterminer la valeur, et de la critiquer. C'est même là l'objectif de cette célèbre étude : l'on sait qu'elle ne s'est pas attelée à construire, mais conceptualiser pour mieux critiquer (ibid., spéc. p. 26)).

²⁶²⁰ La critique est omniprésente dans l'étude. Son cœur, car le plus profond (s'attaquant aux postulats de l'autonomie de la volonté en eux-mêmes et non plus seulement à leurs applications) se trouve néanmoins aux p. 318 et s. (« *Réfutation générale de la doctrine de l'autonomie* »).

²⁶²¹ L'on va revenir sur ces questions et ces subtiles distinctions. Globalement, retenons pour l'instant que l'idée d'autonomie de la volonté a largement précédé le concept (dogme) de l'autonomie de la volonté.

²⁶²² E. Gounot, th. préc., p. 61 et s.

²⁶²³ E. Gounot, th. préc., p. 61 et s.

²⁶²⁴ E. Gounot, th. préc., p. 73 et s.

²⁶²⁵ E. Gounot, th. préc., p. 28

²⁶²⁶ Par où l'on voit l'influence de la philosophie bien connue du *contrat social* de Rousseau. Certes des philosophes comme Locke ou Hobbes ont aussi recouru à l'idée de contrat social pour justifier la limitation de la liberté pour et par les hommes, au profit d'un ordre supérieur collectif. Mais c'est surtout l'œuvre de Rousseau qui, par son ampleur et son rayonnement, a consolidé ces idées. E. Gounot revient d'ailleurs sur son influence prédominante, dans le cadre de la cristallisation de l'autonomie de la volonté (th. préc., p. 45 et s.).

²⁶²⁷ E. Gounot, th. préc., p. 62

²⁶²⁸ C'est l'objet du Chapitre III de la th. préc. de E. Gounot (ibid., p. 119 et s.).

²⁶²⁹ E. Gounot, th. préc., p. 73

²⁶³⁰ E. Gounot, th. préc., spéc. p. 75-76

²⁶³¹ C'est ni plus ni moins la définition de la liberté dans l'art. 4 de la DDHC de 1789.

²⁶³² E. Gounot, th. préc., p. 129 ; et reprenant plus en détails le principe selon lequel la volonté est créatrice de droit, de façon autonome (ibid., p. 131 et s.).

757. – La théorie générale du contrat, prenant pour base de réflexion le droit des contrats du Code civil, n’a jamais été assimilable à l’autonomie de la volonté. Notre théorie générale du contrat correspond-elle à une forme d’autonomie de la volonté, comme d’aucuns, pas des moindres, l’ont affirmé²⁶³³ et l’affirment encore parfois²⁶³⁴ ? Vaste question, mais la réponse, néanmoins, est indéniablement négative. Observons.

758. – Anachronisme (*a contrario*) avec la naissance du concept (juridique). Il est indéniable que l’adhésion du Code civil à ce dogme était dès 1804 fort douteuse, sauf à admettre un anachronisme saisissant²⁶³⁵. Une doctrine spécialiste s’est attelée à le mettre en lumière²⁶³⁶. Il apparaît ainsi que l’autonomie de la volonté, ou du moins sa formule, est apparue dans la doctrine du droit international privé à partir des années 1870-1880, comme justifiant le pouvoir des parties de déterminer la loi devant encadrer leur convention²⁶³⁷. Ce n’est qu’à la toute fin du XIX^e siècle que le dogme fera son apparition en droit civil interne, avant de connaître une expansion au XX^e afin, le plus souvent, d’être mieux démantelé²⁶³⁸. Pas plus tôt : même à rattacher le concept à la pensée de Kant bien connue de la fin du

²⁶³³ L’art. 1134 al. 1^{er} a toujours servi de base privilégiée. V. not. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Libr. Dalloz, 7^{ème} éd., 1932, spéc. n° 9, p. 9 (et not. : « *Le trait caractéristique de la convention, prise au sens large, c’est qu’elle est, disons-nous, un accord de volontés. Cet accord détermine librement, sans aucune réserve, les effets juridiques du rapport de droit établi par les parties. (...) elles organisent comme elles le veulent, comme elles le jugent bon, les droits et les obligations qu’elles créent entre elles. Nous sommes ici dans un domaine où la volonté des particuliers règne en souveraine maîtresse. C’est elle qui dit le droit (art. 1134, 1^{er} al.)* ») ; V. aussi E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004 (rééd. 1937), spéc. p. 27 (« *Le droit français actuel repose sur le principe de l’autonomie de la volonté ; c’est le principe inverse [du droit romain] : la volonté, en règle générale, est capable par elle-même de créer des obligations (...)* »).

²⁶³⁴ V. déjà J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 16, p. 50-51 (« *Cette théorie a marqué le C.C., en harmonie avec l’idéologie individualiste de 1804* ») ; et, à la suite : « *même en 1804, l’affirmation philosophique avait dû, pour passer dans le Code, se tempérer de restrictions* » (ibid.)) ; V. plus récemment Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n° 78, p. 61 (et not. : « *en dépit des atteintes qui lui ont été portées, il n’en demeure pas moins la ligne directrice – tantôt droite, tantôt brisée, tantôt sinusoïdale –, du droit des contrats* ») ; mais reconnaissant presque aussitôt que « *Le principe de l’autonomie de la volonté ne permet plus aujourd’hui d’expliquer le droit des contrats, tel qu’il a évolué sous l’effet de la loi et de la jurisprudence* » ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011, n° 9, p. 10 (et not. : « *la théorie de l’autonomie de la volonté est potentiellement beaucoup plus riche que toutes les constructions récentes proposées pour expliquer certains aspects du phénomène contractuel* ») ; mais de préciser immédiatement : « *La volonté, certes contrôlée, demeure l’élément essentiel du contrat* ») ; *Adde*, plus nuancé, n’affirmant seulement que malgré une transformation, le droit des contrats reste gouverné « *par l’idée de liberté* » : A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014, n° 27, p. 22

²⁶³⁵ V. not. pour l’expression : C. Mouly-Guillemaud, *Retour sur l’article 1135 du Code civil. Une nouvelle source de contenu contractuel*, préf. D. Ferrier, LGDJ, 2006, spéc. n° 66, p. 71 (et not. : « *L’anachronisme de l’appellation mérite d’être relevé, puisqu’il dénote l’ignorance de cette théorie par les législateurs de 1804* »).

²⁶³⁶ V. Ranouil, op. cit.

²⁶³⁷ Sous l’influence, essentiellement, de Foelix, Savigny (V. Ranouil, op. cit., p. 19 et s.), et, après eux, de Laurent (ibid., p. 29 et s.). L’on parle alors d’autonomie des parties, mais toujours pas d’autonomie de la volonté. Quoi que l’évolution est déjà là : alors que les deux premiers auteurs invoquaient l’idée pour « *justifier a posteriori la loi qu’il convient d’appliquer à l’acte (...)* », Laurent allait plus loin en affirmant qu’elle « *permet, a priori, de déterminer la législation du contrat* » (ibid., p. 29). Après que Brocher ait d’abord rapproché les notions d’autonomie et de volonté (en 1883, dans son Cours de droit international privé), c’est véritablement en 1886, date du célèbre traité élémentaire de droit international privé de Weiss, que l’expression autonomie de la volonté est dégagée, « *avec permanence* » (ibid., p. 42). Le vocable entrait dans le vocabulaire de la matière (ibid., p. 44 et s.).

²⁶³⁸ En droit civil interne, il est percutant de constater que « *L’expression d’autonomie de la volonté ou même des formules approchantes sont restées inconnues du vocabulaire des civilistes jusqu’à la fin du XIX^e siècle* » (ibid., p. 76) : absence totale chez Maleville, Portalis, Toullier, Duranton, Troplong, Aubry et Rau ou encore Demolombe, Marcadé ou Larombière. Il faut attendre Gény (après un rapprochement des deux termes par Worms dans sa thèse en 1891), en 1899, pour voir éclater la formule d’autonomie de la volonté (ibid., p. 84). La doctrine commence à s’évincer de l’exégèse, et s’emploie à se diriger vers ces réflexions, mais dans le but, semble-t-il, uniquement de réagir face aux thèses socialistes vues comme devant déstabiliser l’ordre établi (ibid., p. 86 et s.). Au tout début du XX^e siècle, l’idée est là (mais pas encore la formule) chez Demogue. La formule est en revanche claire chez Capitant, alors qu’elle n’apparaissait pas dans l’édition précédente (de 1898) de son introduction à l’étude du droit civil (ibid., p. 94). L’on en a déjà assez dit pour démontrer que l’autonomie de la volonté n’a certainement pas sous-tendu la cristallisation de la lettre du Code civil. Le XX^e siècle est mieux connu sur ce point : ce que V. Ranouil qualifie, dans la seconde partie de son étude, de « *crise de l’autonomie de la volonté* » (ibid., p. 97 et s.). En effet (cette présentation est nécessairement schématique), à partir de la célèbre et percutante critique de Gounot en 1912 (th. préc.), l’autonomie de la volonté ne cessera d’être invoquée et approfondie pour être mieux critiquée. D’ailleurs, l’étude de V. Ranouil s’arrête aux alentours du premier quart du XX^e, preuve (explicite, d’ailleurs) que la critique a atteint en ces temps son point

XVIII^e siècle²⁶³⁹, à tort d'ailleurs car le sens diffère²⁶⁴⁰, il demeure surtout que les commentateurs du Code civil « ignorent totalement l'expression et la pensée kantienne »²⁶⁴¹. Aujourd'hui, la critique des excès du célèbre dogme relève du lieu commun²⁶⁴².

759. – Question additionnelle indispensable : influence des rédacteurs du Code civil par les idées individualistes classiques (philosophiques), socle de l'autonomie de la volonté (non encore conceptualisée) ? Parfois peut-on lire que l'autonomie de la volonté, soit a imprégné le droit des contrats du Code civil (opinion désormais rare)²⁶⁴³, soit, au contraire, ne l'a jamais nimbé, mais a seulement servi à justifier ses solutions *a posteriori*²⁶⁴⁴. Tout ceci est insuffisant. L'analyse la plus juste semble pouvoir résulter d'une combinaison des études de Mme Ranouil et de Gounot. De la première, l'on vient de puiser l'idée que le concept d'autonomie de la volonté n'avait valablement pu influencer en tant que tel le droit des contrats du Code civil, puisque le premier est né lui-même près d'un siècle après la promulgation du second²⁶⁴⁵. De la seconde, il faut déduire une autre question : si les rédacteurs n'ont donc certes pas pu être influencés directement par le dogme de l'autonomie de la volonté, n'ont-ils pas pu, en revanche, être frappés par la puissance des idées individualistes classiques²⁶⁴⁶, puissantes à

culminant.

²⁶³⁹ La paternité de l'autonomie de la volonté, telle qu'on en traite en droit des contrats, est en effet souvent rattachée à la pensée de Kant, car l'expression paraît effectivement dans son œuvre (V. not. *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. H. Lachelier, Libr. Hachette, 3^{ème} éd., 1915, dans la fameuse deuxième section étroitement liée à la morale (spéc. p. 85 et s., dans un développement spécifiquement consacré à l'autonomie de la volonté et à la morale). Comme on va immédiatement le préciser, le sens est différent, et cette paternité, au-delà du plan terminologique, n'a donc pas véritablement lieu d'être sur le fond.

²⁶⁴⁰ Kant est un penseur de la dialectique, c'est-à-dire des dichotomies et des limites. C'est un penseur de la liberté de l'homme, qu'il atteint grâce à la raison (l'on sait l'importance de la raison et de la volonté chez Kant). Mais c'est aussi un théoricien de la morale. Pour Kant, la volonté libre et la volonté soumise à la morale représentent un même ensemble : dichotomie et limite. La liberté n'est pas arbitraire, au sens d'une action sans aucune contrainte. Elle se doit d'être rationnelle, en conformité avec la raison, qui respecte inévitablement la morale. Elle n'est pas le jouet des désirs et des caprices infinis. Ceci n'est donc guère assimilable aux significations de l'autonomie de la volonté, telle que nous l'avons précisée (ces quelques prescriptions s'observent dans l'ensemble de l'œuvre de Kant. Cette idée de conciliation est particulièrement sensible dans la *Métaphysique des mœurs* (t. II, *Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*, GF-Flammarion, 1994, *passim.*, par ex. p. 18 : « En ce sens, la loi universelle du droit : Agis extérieurement de telle manière que le libre usage de ton arbitre puisse coexister avec la liberté de tout homme selon une loi universelle (...) »). Certes l'autonomie de la volonté est définie comme « cette propriété qui lui appartient d'être à elle-même sa loi » (*Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. H. Lachelier, Libr. Hachette, 3^{ème} éd., 1915, p. 85). Mais ce serait omettre l'essentiel : Kant ne considère-t-il pas, en effet, « L'autonomie de la volonté comme principe suprême de la moralité » ? (Ibid.). Adde E. Kant, *Critique de la raison pratique*, trad. F. Picavet, Libr. Germer Baillière, 1888, *passim.*, spéc. p. 55. L'on rejoint alors aisément l'idée de la morale classique : faire à autrui ce que l'on aimerait qu'il fasse pour nous (V. *supra* n° 3).

²⁶⁴¹ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2^{ème} éd., 2012, n° 93, p. 143. Il y aurait donc, quoi qu'il en soit, un anachronisme à considérer le Code civil comme consacrant l'autonomie de la volonté. Au rang des concepteurs, certes, Portalis avait-il une connaissance des idées de Kant. Mais il manifeste une telle opposition à leur égard qu'il ne peut être soupçonné de les avoir introduites en France (V. not. en ce sens Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 2^{ème} éd., 2004, n° 75, p. 324). Ce n'est qu'à l'émergence des travaux des internationalistes qu'un effet fut seulement donné aux idées autonomistes. Pas avant.

²⁶⁴² V. déjà G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, nos 37 et s., p. 33 et s.

²⁶⁴³ V. pourtant par ex. G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 18, p. 21-22 (« Certes un tel reproche ne saurait être compris avec la théorie de l'autonomie de la volonté qui a manifestement inspiré le Code civil et qui veut situer le fondement de l'obligation contractuelle uniquement dans la volonté des parties en considérant que, loin de donner au contrat sa force obligatoire, le législateur ne fait que reconnaître celle qu'il possède en lui-même et se borne à s'effacer devant la volonté autonome ») ; nuancant plus loin le propos, semble-t-il (ibid., n° 46, p. 38) : « Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas l'habitude de prendre position sur les principes de philosophie juridique, ils n'ont donc pas formulé celui de l'autonomie de la volonté mais ce dernier a pu être dégagé par les interprètes de l'ensemble des solutions positives du Code qui en consacrent les conséquences ». A considérer ceci comme une opinion véritablement différente de la préc., elle rejoindrait alors l'opinion assez commune (dont les réf. suivent ci-après) selon laquelle le dogme a servi à interpréter les solutions du Code civil après coup. V. aussi la position plus nuancée de F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, nos 27 et s., p. 32 et s. (est décrite une « adhésion partielle au postulat de l'autonomie de la volonté »).

²⁶⁴⁴ V. not. J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, nos 41 et s., p. 30 et s. ; V. aussi J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, nos 104 et s., p. 86 et s.

²⁶⁴⁵ On vient de l'évoquer.

²⁶⁴⁶ L'on avait souligné, un peu plus haut, que la distinction entre les idées individualistes classiques et le dogme de l'autonomie de la volonté allait s'avérer utile.

l'époque²⁶⁴⁷, qui furent le socle, plus tard, du dogme de l'autonomie de la volonté²⁶⁴⁸ ? C'est qu'il ne suffit guère, pour affirmer que l'autonomie de la volonté n'a eu aucune influence sur le Code civil, de dire qu'elle n'existait pas en tant que telle en 1804. En effet, il faut aussi vérifier que ses idées fondatrices, qui lui préexistaient, n'ont pas quant à elles exercé une influence sur les rédacteurs du Code civil. Il y a donc lieu de distinguer, comme on l'a suggéré un peu plus haut, entre l'apparition de l'idée (philosophique) et l'apparition du concept (dogme, juridique).

760. – Non, pas davantage que la pensée individualiste. Au vrai, c'est bien davantage la question que nous venons de présenter qui nous semblait fondamentale, plutôt que sa réponse. En effet, celle-ci semble d'une relative netteté. L'on sait en effet que les rédacteurs du Code civil furent bien plus profondément imprégnés des éminentes pensées juridiques de Domat et Pothier²⁶⁴⁹. Or les préceptes véhiculés par ceux-ci étaient partout teintés de morale, d'équité²⁶⁵⁰. Il en a résulté un droit des contrats bien moins sensible aux idées individualistes que l'on a bien voulu le dire, et qu'on veut bien le dire encore parfois aujourd'hui. La liberté contractuelle n'a jamais été le bras armé de l'individualisme le plus exacerbé. Pas davantage que l'article 1134, qui n'a jamais été, comme on le lit si souvent, le général de l'autonomie de la volonté²⁶⁵¹.

²⁶⁴⁷ E. Gounot retrace l'évolution de ces idées individualistes classiques, ainsi que les facteurs de leur succès (th. préc., p. 30 et s.). Principalement (l'étude est trop riche pour être synthétisée), il établit une sévère critique de la doctrine de son temps, jugée (dès l'introduction, mais l'idée est reprise, encore, ici) obéissante à « la grande « loi du moindre effort », qui consiste à user partout des mêmes explications, à tâcher toujours de réduire le nouveau à l'ancien, l'inconnu au connu, le complexe au simple (...) » (ibid., p. 31). Voici donc, en tout premier lieu pour Gounot, que cette inertie doctrinale aurait permis de « préparer les voies » à l'imprégnation des idées individualistes classiques de l'autonomie de la volonté (ibid., p. 30-32). Au titre des facteurs, Gounot souligne aussi, inévitablement, l'influence des idées révolutionnaires, éminemment individualistes, contre un Etat passé tout puissant, qui accouchèrent not. de la DDHC, bras armé de ces acquis (ibid., p. 36 et s.). Il y eut, aussi, un décloisonnement des échanges économiques, qui déboucha sur davantage de liberté, afin de fluidifier ce commerce nouveau (ibid., p. 40-45). Pour ce qui est des idées, elles ont donc trouvé un terrain propice : elles n'avaient plus qu'à être énoncées clairement, « pour en constituer un véritable système de philosophie juridique » (ibid., p. 45). Ce sont surtout les idées de Rousseau et de Kant qui sont alors visées (ibid., p. 45 et s.). Rousseau, bien sûr, par l'idée de contrat social (que l'on a brièvement vue plus haut), et Kant, not. par sa célèbre *Doctrine du droit*. Mais l'accent reste placé sur Rousseau, dont la pensée est d'une part antérieure à Kant (lequel s'en sert d'ailleurs lui-même comme base), d'autre part bien plus répandue not. chez les juristes français (les deux sont en revanche d'une illustre célébrité en Allemagne). C'est ce qui fait dire à Gounot que « si Kant ne fut pas l'initiateur de l'individualisme français, il lui fournit du moins des formules qui l'exprimaient excellemment » (ibid., p. 54). D'autant que ce disciple de la doctrine du contrat social défendait l'individualisme avec « plus d'énergie et de fougue » (ibid., p. 56) : « Jamais la souveraineté illimitée du vouloir humain et son affranchissement, dans le domaine du droit, de toute restriction d'ordre moral ne furent exaltés avec plus d'exubérance » (ibid., p. 57). Rappelons, afin que le lien entre cette doctrine classique de l'individualisme et l'autonomie de la volonté soit nettement entendu, que l'idée est alors claire : la volonté individuelle est source unique du droit.

²⁶⁴⁸ Ce lien est très important, car il permet de saisir la complexité de la question de l'apparition profonde (et non explicite) de l'autonomie de la volonté. E. Gounot l'avait déjà largement établi dans sa thèse (th. préc., p. 27 et s., le premier chapitre étant intégralement consacré à « La doctrine individualiste classique de l'autonomie de la volonté »). Or, comme il le souligne, « Sur l'autonomie juridique des volontés individuelles, il existe depuis deux siècles dans notre pays une doctrine, que ses adeptes considèrent (d'où le classicisme de cette pensée individualiste) comme « la tradition nationale et vraiment française » » (ibid., p. 27). « Quelques axiomes la résumant », poursuit-il. « A la base de l'édifice social et juridique se trouve l'individu, c'est-à-dire une volonté libre. La liberté fait de l'être humain son propre maître et son seul maître ; elle le rend infiniment respectable et sacré ; elle l'élève à la dignité de « fin en soi ». Au sens le plus général du mot, le droit n'est autre chose que cette liberté initiale et souveraine qui appartient à tout homme. De la volonté libre tout procède, à elle tout aboutit » (ibid.).

²⁶⁴⁹ V. sur ce point *supra* nos 542-543

²⁶⁵⁰ Ibid.

²⁶⁵¹ V. sur ce point *supra* n° 543. L'on reproduira simplement ici la cinglante formule de G. Rouhette, contre ce présupposé inexact (*Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, spéc. p. 596, analysant ce qu'il présente déjà à l'époque comme un lieu commun, visant à considérer que le « Code Napoléon consacrerait l'Autonomie de la volonté » (ibid., p. 595), voici not. ce qu'il affirme, concernant l'argument de la règle de l'art. 1134 : « Il faut n'avoir jamais lu Domat (...), ni ouvert un Digeste, à quoi renvoie Domat, pour proposer une interprétation aussi dramatique d'un texte qui énonce simplement que le contrat est obligatoire. Pour des raisons de moralité et d'équité, s'il faut en croire les travaux préparatoires. Il est plus significatif encore que les premiers commentateurs du Code n'aient pas parlé un autre langage que les législateurs »).

761. – Un certain nombre de dispositions du Code civil prouvent d'ailleurs que l'adhésion des rédacteurs à ces idées est improbable. Au-delà d'une critique de fond²⁶⁵², une lecture de certaines dispositions emblématiques du droit des contrats du Code civil de 1804, permet de se convaincre assez aisément de l'évidence de la non-adhésion des rédacteurs aux idées qui allaient muter en dogme de l'autonomie de la volonté²⁶⁵³. Mentionnons-en certaines. L'illustration la plus classique et la plus probante réside probablement dans les prescriptions de l'article 1134 al. 1 du Code civil, selon lesquelles « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». D'une part, les conventions sont soumises à la loi : la volonté n'est donc pas source autonome de droit. D'autre part, la référence à la « *loi* » n'est évidemment, on l'a démontré, qu'une « *simple analogie* »²⁶⁵⁴. Même ! Le principe de la force obligatoire ainsi posé devrait aller, en toute logique, en tant que tel à l'encontre de l'autonomie de la volonté²⁶⁵⁵. Par ailleurs, au-delà du postulat de la source de la force obligatoire du contrat, peut-être tout autant réfuté le postulat de l'étendue infinie de la liberté contractuelle. On sait fort bien, en effet, que l'article 6 du Code civil a toujours prévu que l'« *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». L'on pourrait aussi invoquer l'article 1108, qui pose les conditions de validité que l'on connaît, autant de restrictions évidentes à l'idée d'une puissance volontaire infinie. Ce très bref panorama suffit à conclure que l'autonomie de la volonté n'a jamais véritablement constitué le cœur de notre théorie générale. Par ailleurs, si les idées individualistes classiques ont certes influencé la société et la façon de penser d'alors, elles n'ont pas transpercé l'esprit des rédacteurs. Le dogme ne serait alors qu'un « *fondement supposé du droit classique des contrats* »²⁶⁵⁶, dépourvu d'« *assise textuelle* »²⁶⁵⁷.

762. – Aggravation de la distorsion entre autonomie de la volonté et droit contemporain (brève critique de fond). Notre théorie générale est encore plus incertaine aujourd'hui qu'hier. La déconnexion entre le dogme de l'autonomie de la volonté et notre droit des contrats est de nos jours abyssale²⁶⁵⁸. Partant, son célèbre « *déclin* »²⁶⁵⁹ devrait être achevé, à plus forte raison encore que les mutations socio-économiques se multiplient. Tout comme celles du droit positif. L'intervention de la loi

²⁶⁵² Déjà amplement menée par E. Gounot (th. préc., spéc. p. 318 et s., critiquant dans ces développements précisément le fond des postulats de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la volonté comme fondement du droit, et plus particulièrement la volonté comme fondement de l'acte juridique).

²⁶⁵³ Déjà Gounot confrontait-il ses critiques théoriques à ces preuves positives (th. préc., spéc. p. 348 et s.).

²⁶⁵⁴ Pour la formule et sur ce thème, il faut lire la brillante étude de Ch. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002, p. 901 et s.). *Comp.* L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Libr. A. Durand, Paris, 1857, p. 360 (sous la plume duquel on pouvait lire qu'il y avait là des « *paroles énergiques qui, en élevant les contrats à la hauteur de la loi, leur en communiquent la grandeur et la majesté* »).

²⁶⁵⁵ Gounot l'avait d'ailleurs déjà brillamment souligné (th. préc. ; spéc. p. 344), affirmant not. que « *D'ailleurs, si le droit a vraiment pour suprême raison d'être d'assurer « la liberté de la volonté », ne va-t-il pas tout au rebours de sa mission en proclamant la force obligatoire des contrats ? Qu'on invoque les droits supérieurs des volontés libres pour repousser l'exécution forcée des promesses, rien de mieux* »).

²⁶⁵⁶ V. not. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 106, p. 87-88 (et qui relèvent not. dans les commentaires du Code civil l'invocation assez fréquente de la volonté des parties, en expliquant ensuite que celle-ci ne signifiait nullement la reconnaissance d'un principe par lequel on s'engage par la seule volonté : « *loin de fonder l'ensemble du régime du contrat, le respect de la volonté des parties n'en constitue donc qu'un élément, même s'il est essentiel* »).

²⁶⁵⁷ C. Mouly-Guillemaud, th. préc., nos 62 et s., p. 67 et s.

²⁶⁵⁸ Pour l'utilisation de cette expression V. not. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, op. cit., n° 77, p. 61

²⁶⁵⁹ V. déjà sur ce déclin L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, spéc. p. 8 et s. ; lire not., plus récemment, sur ce thème, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986, nos 18 et s., p. 7 et s. ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014, nos 25 et s., p. 20 et s. ; et, encore plus récemment, S. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, nos 120 et s., p. 96 et s.

sur le pouvoir de la volonté, dont l'exemple le plus symptomatique est le droit de la consommation, est représentative. En effet, c'est que ces nombreuses protections modernes tendent à désintégrer l'idée même que la volonté suffit à constituer la source et la mesure des obligations des parties²⁶⁶⁰. Les législations de protection ont en ce sens aggravé la « *crise du contrat* » qu'évoquait Batiffol²⁶⁶¹. Plus encore aujourd'hui qu'hier, l'autonomie de la volonté est ainsi un « *mythe périmé* »²⁶⁶². En définitive, la protection de la partie faible et l'autonomie de la volonté sont proprement incompatibles : la première chasse nécessairement la seconde, en ce qu'elle est nécessairement asservie par ses effets²⁶⁶³. Les alarmistes y voient une mort imminente de notre théorie générale du contrat. Nous sommes d'un avis différent : il y a bien plus qu'une disparition, une évolution, une transformation²⁶⁶⁴.

763. – Impérieuse nécessité d'enfin clarifier la conception française du contrat. Enjeux. Ch. Atias soulignait avec raison que « *plus les notions juridiques occupent une position centrale, moins elles sont définies* »²⁶⁶⁵. Il faut y remédier, et « *prendre parti sur une certaine conception du contrat* »²⁶⁶⁶. Car la véritable crise du contrat, si elle existe, est précisément celle-ci : le contrat est écartelé entre une conception volontariste et une conception humaniste²⁶⁶⁷. Or, faute de mieux, enseigne-t-on toujours aux étudiants que l'autonomie de la volonté est le point de départ de l'explicitation de notre théorie générale du contrat, en s'empressant immédiatement de nuancer fortement le propos. Puis, ces nuances prennent une telle ampleur qu'à la fin de la leçon, nul n'est véritablement apte à restituer l'idéologie claire de la théorie générale du contrat. Pour ainsi dire, aujourd'hui, tout a évolué dans le contrat, sauf la manière de présenter son idéologie. Même contestée, même réfutée, l'autonomie de la volonté se trouve encore au centre de ce thème²⁶⁶⁸. Voilà pourtant plus d'un siècle que l'on en dénonce l'inadéquation. Seul ne compte pas le regard porté sur les règles de droit positif, qui caractérise une préférence pour la physique

²⁶⁶⁰ Il est vrai que l'opposition avec l'autonomie de la volonté semble radicale : formalisme, rétractation, contenu contractuel imposé ou proscrit... V. not. sur cette question E. Agostini, « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice », D. 1984, p. 235 et s.

²⁶⁶¹ H. Batiffol, « La crise du contrat et sa portée », in *Arch. phil. dr.* 1968, t. XIII « Sur les notions de contrat », p. 13 et s.

²⁶⁶² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986, n° 22, p. 9

²⁶⁶³ Une formule de Gounot, il y a plus d'un siècle, doit en ce sens être reproduite : « *laisser par suite les égoïsmes humains face à face, sans frein ni loi pour amortir leurs chocs et discipliner leur action, c'est consacrer juridiquement le triomphe de la force, de la ruse ou de toute autre supériorité de fait (...). (...) les forts et les habiles vivant aux dépens des faibles et des simples ; les riches toujours plus riches, les indigents toujours plus indigents ; serait-ce là l'idéal de vie d'une société ?* » (th. préc., p. 371). *Rappr.*, jugeant très habilement que ces techniques de protection réhabilitent l'autonomie de la volonté en permettant à ses postulats (rationalité de la volonté) de renaître : N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1988 (nous reviendrons en détails sur ces idées brillantes (V. *supra* nos 545-546)). Nous aurions tendance à nous opposer à cette vision des choses, quoi que la conception de l'autonomie de la volonté défendue par l'auteur se rapproche au fond d'un volontarisme classique, moins extrême que ce que Gounot décrit dans sa thèse. Or nous proposons précisément que la protection informationnelle du faible s'inscrive dans une démarche volontariste régulée, modulée : un volontarisme social (V. *supra* nos 778 et s.).

²⁶⁶⁴ V. en ce sens l'étude de C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357 et s., spéc. p. 369 et s., nos 15 et s.

²⁶⁶⁵ Ch. Atias, « Restaurer le droit du contrat », D. 1998, p. 137

²⁶⁶⁶ J. Mestre, « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 241, n° 22

²⁶⁶⁷ Ph. Jestaz, « La nouvelle crise du contrat. Rapport de synthèse », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 243 et s.

²⁶⁶⁸ La situation n'a guère changé depuis longtemps. Déjà G. Rouhette le posait avec réalisme : « *On reconnaît que le dogme de l'autonomie de la volonté a souffert de nombreuses atteintes. Mais ceux-là même qui critiquent le plus vivement ses propositions essentielles, considèrent en définitive que ses altérations ne sont que des exceptions, et que, si l'autonomie de la volonté n'est plus absolue, elle n'en demeure pas moins la règle. Et telle paraît être l'opinion générale [seul point qui a peut-être changé] : épurée de certaines exagérations contenues dans les limites posées par la loi, l'autonomie de la volonté a valeur de principe* » (th. préc., p. 579).

tangible davantage que pour la métaphysique, plus difficile à saisir²⁶⁶⁹. Or, en conséquence, qui peut dire aujourd'hui ce que représente la théorie française du contrat ? Quelle en est la substance, l'axe transversal suivi²⁶⁷⁰ ? Cette situation est fort dangereuse, à l'aune des fonctions qui devraient être assurées par une théorie générale clairement dégagée. Périlleuse, aussi, est l'accoutumance à une idée que l'on sait pourtant inexacte : « *Elle tend fatalement à se déposer dans les esprits à l'état d'habitude de plus en plus tyrannique, à devenir un pli du cerveau, une sorte de tempérament intellectuel* »²⁶⁷¹. Or, l'éminente nécessité de clarifier la théorie générale du contrat tient dans son enjeu essentiel : éclairer la pratique contractuelle²⁶⁷². Les débris de l'autonomie de la volonté jonchent le sol, mais la réticence perdure (certes, de moins en moins) à se proposer de les balayer, par crainte de l'inconnu, de peur que tout s'effondre sous nos pieds. C'est que la question n'est pas, au vrai, celle de la crise du contrat, mais de la crise « *des valeurs fondamentales de la société* »²⁶⁷³. Il faut donc plus que jamais se prononcer sur ces questions.

764. – Les craintes sociétales d'une époque passée, qui empêchaient de trancher, ne sont plus d'actualité. Temps de l'apostasie. Ripert l'avait dit merveilleusement : « *C'est chose difficile de bien juger à une époque où le trouble des esprits est extrême* »²⁶⁷⁴. L'on comprend bien qu'il fut un temps où la prise de position nette sur ce point a pu s'avérer malaisée. C'est que « *l'angoisse des désordres sociaux, du chaos juridique* » a dissuadé un temps la doctrine la plus autorisée de plaider le renouveau idéologique²⁶⁷⁵. Or les circonstances ont changé. La République de notre époque, dont les troubles sont néanmoins réels et sont même devenus récemment sensiblement profonds, ne se caractérise plus, pour autant, par l'instabilité d'antan, propre à emporter tout entière la nation. L'atmosphère est sans doute bien plus propice à de tels changements, d'autant que leur justification est passée, de ces temps aux nôtres, de

²⁶⁶⁹ V. not., déjà, E. Gounot, th. préc., spéc. p. 8-9 (et not. : « *Uniquement préoccupés de fournir à la pratique judiciaire les solutions des problèmes que soulève la vie juridique de chaque jour les civilistes classiques sont sans rivaux dans l'art de traiter avec un sens pratique merveilleux et une rare délicatesse de touche les questions « d'espèce » ; ils triomphent dans l'annotation du Dalloz ou du Sirey. Mais instruits peut-être, ou plutôt découragés par le spectacle stérile de l'ivresse idéologique de l'époque révolutionnaire, ils s'abstiennent presque systématiquement – à part quelques trop rares exceptions que nous n'ignorons pas – de toute étude d'ensemble sur les principes fondamentaux du droit* ». Ils usent alors de justifications « *dont, à vrai dire, ils sentent plus ou moins vaguement l'insuffisance, mais auxquelles ils s'attachent cependant et qu'ils conservent malgré tout parce que, superficielles et pauvres, elles leur paraissent claires, et que, Français, ils aiment les « idées claires* ». Dans la question qui nous occupe, les divers traités de droit civil se bornent à citer l'article 1134, à déclarer que les conventions sont libres et que la volonté jouit d'une large sphère d'autonomie, que c'est là une des règles fondamentales du droit moderne (...) »).

²⁶⁷⁰ V. not. en ce sens H. Kenfack, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? » in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, spéc. p. 118-119

²⁶⁷¹ E. Gounot, th. préc., p. 10

²⁶⁷² V. déjà E. Gounot, th. préc., spéc. p. 131 : « *Qu'il est opportun que les juristes prennent plus nettement conscience des principes dont s'inspire, souvent sans qu'ils s'en doutent, leur théorie du contrat. Car alors ils seront incités à les examiner de près, et probablement à les corriger ou à les compléter ; et d'utiles conséquences pratiques pourront être le fruit de ce travail* ».

²⁶⁷³ L. Bruneau, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. Toulouse, 2005, n° 570 (formule exacte : « (...) cela ne signifie pas pour autant que le droit de la protection du contractant ne soit pas préoccupant. Ce qu'il révèle, moins qu'une crise du contrat, c'est une crise des valeurs fondamentales de la société »).

²⁶⁷⁴ G. Ripert, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, p. V (préf.)

²⁶⁷⁵ V. not. J.-P. Chazal, « La protection de la partie faible chez Jossierand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », préc., p. 12 (et not. « *comment maintenir l'égalité des citoyens héritée de la Révolution, et donc l'égalité en droit des contractants, tout en tenant compte des inégalités de fait révélées par l'étude de la réalité économique et sociale ? Comment protéger les faibles, sans recréer un droit de classes qui met en péril l'unité de la république ? Finalement, dans les années 1930, Jossierand se rapproche de cette génération de juristes qui, après avoir entrouvert la voie d'une rénovation de la science juridique (en y faisant pénétrer la question sociale, et ce afin de maintenir le compromis républicain en recherchant une balance des intérêts contradictoires entre une bourgeoisie ayant acquis, depuis 1789, le pouvoir politique qui lui manquait et les pauvres, notamment les ouvriers, dont les aspirations à une amélioration de leur condition sociale étaient avivées par le système démocratique fonctionnant sur la base du suffrage universel non censitaire), la réforme à cause de l'angoisse des désordres sociaux, du chaos juridique* »).

l'intuition à l'évidence²⁶⁷⁶. Comme l'affirmait M. Bénétou au crépuscule du siècle dernier, « *Le XX^e siècle s'achève sur ce fait sans précédent à l'époque moderne : la guerre des régimes a pris fin, ou presque. La question politique par excellence, la question du régime, apparaît comme une affaire réglée. La démocratie libérale est devenue le modèle dominant, hégémonique, à l'échelle de la planète* »²⁶⁷⁷. En outre, l'évolution en matière contractuelle n'a plus rien à voir avec le début du XX^e siècle, où elle en était à ses balbutiements. Au vrai, la clarification d'aujourd'hui ne serait plus tant une révolution, dont on attendrait de profonds clivages, qu'une mise à jour de ce qu'est, qu'on le veuille ou non, le contrat d'aujourd'hui. Il est donc temps d'établir une vision actualisée de notre théorie générale du contrat, dans laquelle trouverait pleinement à s'épanouir le thème de la protection du consentement de la partie faible, omniprésent en pratique, inexistant dans le Code civil. Ceci mettrait un terme à l'errance conceptuelle du droit des contrats, qui va et vient entre le monde gouverné par le rayonnement encore sensible de l'autonomie de la volonté et le monde de l'équité moderne. « *Et que voulez-vous donc de plus ? nous objectera-t-on. Que le juriste abandonne le terrain solide des réalités juridiques pour s'aventurer parmi les abstractions de la philosophie ? Qu'après avoir proclamé la liberté des conventions, il recherche le fondement de cette liberté, et puis le fondement de son fondement ? Croyez-vous donc que quand il l'aura fait, il en sera plus avancé ? Sera-t-il mieux à même de résoudre les problèmes juridiques que soulève la vie quotidienne et de donner aux juges les directions qu'ils attendent de lui* »²⁶⁷⁸ ? Avec Gounot, nous le pensons²⁶⁷⁹.

765. – Identification du concept de théorie générale du contrat (distinction d'avec le droit commun positif) et de ses fonctions (thèse de M. Savaux²⁶⁸⁰). Rôle de l'hypothèse (subjectivisme ontologique), corrélative à tout processus d'identification d'une théorie générale. La théorie générale du contrat ne s'assimile en rien aux règles positives du droit commun des contrats : le mythe réside ainsi dans la positivité dont on cherche à affubler la théorie générale du contrat²⁶⁸¹. Or, elle est

²⁶⁷⁶ Les classes dont la confrontation faisait peur à l'époque ne sont plus les mêmes aujourd'hui. En ce temps, il fallait donc éviter de généraliser un socialisme juridique pour garantir l'intégrité de la société, par crainte que la majorité s'affronte à la dominante bourgeoise (crainte en partie fondée en partie sur les stigmates révolutionnaires). Aujourd'hui, l'on sait que la classe dominante est la classe moyenne. Les catégories qui s'opposent aujourd'hui sont bien davantage liées aux fonctions sociales et économiques : consommateurs, locataires, salariés... L'affrontement est donc bien moins à craindre que ces classes sont bien plus poreuses qu'autrefois. L'affrontement est politique, mais ces classes nouvelles, bien davantage *lobbies*, ne font plus peser directement un vrai risque d'éclatement du corps social, de guerre civile (Josserand n'avait ainsi pas pris « *le risque politique d'alimenter les aspirations à une révolution sociale, de contribuer à provoquer le chaos qu'il redoute tant. Pour lui, la prise en compte nécessaire des nouveaux problèmes économiques et sociaux par le droit, ne doit pas se traduire par un socialisme juridique dans lequel l'affrontement des classes est inévitable* » (J.-P. Chazal, art. préc., p. 9) ; « *Il est probable que le républicain modéré qu'était Josserand n'a pu qu'être inquiet par l'arrivée au pouvoir du Front populaire au printemps 1936 et les mouvements de grève qui l'ont suivie. Le climat politique, économique et social des années 1930 n'étant plus celui des années 1910 et 1920, il a peut-être éprouvé le sentiment que son époque avait plus besoin de stabilité que de nouveauté, surtout dans une matière aussi importante que le droit des contrats* » (J.-P. Chazal, art. préc., p. 11)). D'ailleurs, l'on sait que le problème était essentiellement axé à l'époque sur l'extension de la lésion : la crainte du retour d'un droit de classes était ainsi bien plus palpable, dans le contexte social qui vient d'être décrit, et vis-à-vis d'un instrument spécifiquement basé sur l'exploitation économique. Il ne faut pas oublier, en outre, qu'à l'époque, le risque de subir des remontrances, et d'être traité de socialiste, revêtait une ampleur démesurée. L'on ne peut donc qu'imaginer l'impact de virulentes critiques, not. celles de Ripert, qui faisait même le lien entre le socialisme soviétique et la doctrine de Josserand : « *une menace pour l'ordre de nos sociétés occidentales* » (V. sur ce point : J.-P. Chazal, loc. cit.). Il s'agissait donc de contingenter ses propres aspirations idéologiques pour garantir un objectif plus grand : le compromis républicain. Le gouffre de contexte entre alors et nos jours apparaît d'autant plus nettement à l'aune de ces précisions.

²⁶⁷⁷ Ph. Bénétou, *Introduction à la politique*, PUF, 1997, p. 281

²⁶⁷⁸ E. Gounot, th. préc., p. 9

²⁶⁷⁹ *Rappr.* J. Rivero, « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », D. 1951, p. 99 et s.

²⁶⁸⁰ E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997

²⁶⁸¹ On peut lire, en effet, assez souvent la confusion entre droit commun et théorie générale du contrat (E. Savaux en relève d'ailleurs quelques ex., spéc. th. préc., n° 1, p. 19, dans des ouvrages, pourtant, de premier ordre). Ces notions n'ont pour autant rien d'assimilable (l'auteur consacre la première partie de sa thèse à démontrer clairement le « *mythe de la positivité de la théorie*

bien plus que cela, un édifice intellectuel surpassant largement ce référentiel. Elle répond nécessairement, pour ces raisons, du subjectivisme ontologique de celui qui s'essait à la concevoir²⁶⁸². Néanmoins, ceci ne veut pas dire que les liens n'existent pas, voire que ceux-ci ne sont pas étroits, entre la théorie générale et le droit commun²⁶⁸³. En effet, la première est loin de n'être qu'un mythe, comme le révèle joliment M. Savaux²⁶⁸⁴. Ainsi, l'incertitude qui caractérise aujourd'hui la théorie générale est préoccupante, comme l'est la marginalisation du droit commun. En effet, son manque de clarté engendre une certaine déficience à exercer ses fonctions²⁶⁸⁵, la plus significative résidant probablement dans la recherche perpétuelle du « *bon droit* »²⁶⁸⁶. En définitive, aussi fondamentale qu'elle soit, et alors que l'autonomie de la volonté est fustigée depuis plus de cent ans, nulle idéologie ne l'a pour autant distinctement remplacée au rang de (ce qui se rapproche le plus de notre) théorie générale du contrat. Elle s'effrite donc, faute de remplaçante²⁶⁸⁷. Il serait en revanche profondément erroné d'affirmer qu'aucune proposition doctrinale n'a été émise pour remédier à cette situation.

b – Les pistes proposées

766. – Généralités. D'importantes pistes doctrinales ont naturellement été proposées, pour tenter de traduire les évolutions du contrat, devant la nécessité de renouvellement et de clarification qui vient d'être décrite²⁶⁸⁸. Celles-ci sont toutes pertinentes et magistralement soutenues, mais certaines de leurs

générale du contrat » (ibid., nos 1 et s., p. 19 et s.). En effet, le droit commun est constitué par l'ensemble des dispositions applicables aux contrats en général (en l'occurrence, les art. 1101 et s. C. civ.). La théorie générale du contrat, quant à elle, n'a pas cette substance positive, elle n'est pas « *une portion du droit positif des contrats* » (ibid., n° 356, p. 256), vision excessivement « *réductrice de la théorie générale* » (ibid., nos 10 et s., p. 25 et s., c'est l'objet de tout le premier chapitre). Elle est une création intellectuelle visant à conceptualiser l'esprit du droit des contrats dans son entier : « *Ce que les civilistes appellent théorie générale du contrat n'est donc qu'une forme savante du droit commun et le mythe de la positivité repose principalement sur une confusion du droit commun positif et du droit commun savant des contrats* » (ibid., n° 256, p. 256).

²⁶⁸² Etant une construction de l'esprit, la théorie générale est imprégnée, inéluctablement, d'un subjectivisme, ontologique pourrait-on dire car inhérent à l'être humain qui a confronté son intellect à la question (et elle n'a donc en rien la même texture, la même consistance, encore sur ce point, que les simples règles de droit positif : il y a une « *tendance indéniable de la doctrine qui a inventé le concept à s'oublier elle-même, à projeter ses propres vues du contrat (...). (...), à hypostasier ses créations* » (ibid., n° 357, p. 256-257)).

²⁶⁸³ C'est l'objet de la seconde partie de la thèse préc. d'E. Savaux

²⁶⁸⁴ Contrairement à ce que nombre de synthèses lapidaires de sa pensée indiquent souvent. E. Savaux souligne d'ailleurs expressément cette nuance (si besoin était, car l'idée ressort de l'œuvre entière) en conclusion de son étude : « *La théorie générale existe bien, mais avec une nature autre que celle qu'on lui reconnaît ordinairement. C'est son appartenance à l'ordre positif qui est un mythe* » (th. préc., n° 532, p. 345)).

²⁶⁸⁵ Comme le précise E. Savaux, la théorie générale est, au-delà du mythe issu de sa prétendue positivité, « *une vue de la science sur le droit des obligations et des systèmes du contrat, des propositions émises relativement à l'essence du phénomène et à l'inspiration des règles générales du contrat* » (th. préc., n° 361, p. 259). Elle a en ce sens une véritable réalité, qui peut d'ailleurs s'observer par ses fonctions (« *Dans la science du droit qui a inventé la formule et qui en donne des définitions trompeuses, le mythe de la positivité de la théorie générale du contrat a sûrement une utilité, il assume probablement un rôle qu'il faut s'efforcer de découvrir* » (ibid., n° 362, p. 260)). Schématiquement (car l'analyse est bien sûr vaste et fouillée), reprenons ces fonctions à la manière de J.-L. Aubert dans la préface de cette thèse, évoquant « *une triple fonction : connaître, enseigner et guider l'évolution du droit positif* » (ibid., p. XVIII ; V. spéc. sur ces fonctions, ibid., nos 421 et s., p. 289 et s. (paragraphe intitulé « *La connaissance pratique du droit commun des contrats* ») ; nos 459 et s., p. 311 et s. (paragraphe intitulé « *Un instrument de connaissance du phénomène contractuel* ») ; nos 443 et s., p. 300 et s. (paragraphe intitulé « *Le droit commun des amphithéâtres et des livres* ») ; nos 385 et s., p. 273 et s. (paragraphe intitulé « *L'évolution du contrat et sa place dans le monde moderne* ») et nos 433 et s., p. 295 et s. (paragraphe intitulé « *La transformation du droit commun des contrats* »). En définitive, la théorie générale du contrat est *in fine*, et un peu paradoxalement, un cadre du droit commun qui, pourtant, la fait elle-même exister, d'un point de vue primaire (et non par une assimilation, une juxtaposition).

²⁶⁸⁶ E. Savaux, th. préc., n° 437, p. 297

²⁶⁸⁷ C. Mouly-Guillemaud (th. préc., n° 81, p. 83-84) énonce, en ce sens, la chose suivante : « *Le vestige de la théorie de l'autonomie de la volonté nimbe encore la théorie générale du contrat, en dépit des transgressions qui en discréditent la légitimité. Son déclin incontestable s'éternise, sans pour autant qu'il n'y soit mis un terme. La persistance de la théorie de l'autonomie de la volonté, malgré sa décadence si souvent proclamée, semble pouvoir s'expliquer par le défaut de proposition susceptible de lui succéder* » (et ibid., nos 81 et s., p. 83 et s., pour une analyse critique de cette situation).

²⁶⁸⁸ V. aussi sur ce point C. Thibierge-Guelfucci, art. préc., p. 357 et s., spéc. nos 20 et s.

facettes nous empêcheront d'y adhérer pleinement.

767. – Le positivisme juridique. Confrontation radicale. Les thèses du positivisme juridique sont variées²⁶⁸⁹. En lien avec notre thème, ses plus célèbres promoteurs sont d'abord Kelsen, mais aussi G. Rouhette²⁶⁹⁰, notamment dans sa célèbre thèse consacrée à l'étude critique de la notion de contrat²⁶⁹¹. Schématiquement, la règle de droit tire sa force contraignante, sa juridicité, de sa conformité avec les normes supérieures dans la hiérarchie des normes²⁶⁹². Ainsi, pour Kelsen²⁶⁹³, « *La raison de validité de la convention se ramène donc à celle de la loi ou de la norme coutumière qui instituent la convention comme état de fait créateur de droit (...)*²⁶⁹⁴. L'analyse sera brève. Certes le contrat n'est-il, au fond, obligatoire que parce que la loi le permet fondamentalement. Un effet collatéral vertueux de cette position est ainsi d'avoir mené à réfuter clairement les excès du dogme de l'autonomie de la volonté. Mais, avec M. Ghestin, l'on retiendra que l'idée est perturbante : elle écarte d'emblée et « *de façon radicale le rôle de la volonté dans le contrat* »²⁶⁹⁵. En outre, et c'est une critique classique de la pensée kelsénienne, cette idéologie « *aboutit à s'accommoder des lois injustes et des régimes totalitaires pour peu que les normes édictées aient été adoptées régulièrement (...)* »²⁶⁹⁶. L'idéologie étant purement technique (ne portant un jugement de valeur sur la norme), nous ne pouvons dès ici l'envisager comme une remplaçante possible de la théorie générale du contrat, propre, en outre, à conforter la protection de la partie faible.

²⁶⁸⁹ V. not., pour l'analyse détaillée des doctrines positivistes, B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, nos 36 et s., p. 57 et s.

²⁶⁹⁰ V. sur les tenants du positivisme et leurs thèses, l'analyse profonde de J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, nos 187 et s., p. 168 et s.

²⁶⁹¹ G. Rouhette, th. préc. (l'analyse est d'une qualité rare. L'on sent qu'elle se veut la plus objective, G. Rouhette ayant porté au cours de celle-ci un regard critique sur le dogmatisme inhérent à toutes les appréhensions passées (la première partie du livre I étant dédiée au droit romain) et présentes (la deuxième partie du même livre étant dédiées au droit continental contemporain ; la troisième, à la *common law*) de la notion de contrat. L'idée que le contrat dépasse la volonté est donc omniprésente. Peut-être peut-on mentionner, pour l'illustrer, quelques passages du livre second de l'étude, dont l'intérêt (l'auteur y propose ses conclusions) est inversement proportionnel à la taille (très réduite, une quinzaine de pages (ibid., p. 627 et s.), le reste de l'étude en comptant 626). Ainsi G. Rouhette affirme-t-il not. que « *Sans nourrir d'illusions quant à l'intérêt que peut offrir une définition qui serait objective, c'est-à-dire dépouillée de tout postulat philosophique, ou autre, disons qu'il ne paraît pas impossible de raisonner, en la matière, en des termes spécifiquement juridiques, en tenant compte des seules règles de droit, sans leur prêter un « esprit » dont il n'est pas assuré qu'elles soient agitées, et sans porter sur elles un jugement de valeur, au nom d'une certaine idée de ce que devraient être les rapports sociaux. Il n'est pas même nécessaire de parler de positivisme ; car il n'est pas dit que ce jugement doive être, en tout cas, interdit au juriste ; nous pensons seulement qu'il serait déplacé au cours d'une étude descriptive, et qu'on peut envisager une telle étude, qui se proposerait de représenter le Droit tel qu'il est, sans ignorer, ni déprécier, aucune de ses manifestations. Du moins est-ce l'étude que nous voudrions faire* » (ibid., p. 628).

²⁶⁹² V. sur ces points B. Oppetit, op. cit., spéc. nos 41-42, p. 61-62

²⁶⁹³ V. not., outre son œuvre colossale et particulièrement sa *Théorie pure du droit*, une étude dédiée à la convention, faisant souvent office de référence pour situer sa pensée au sein de cette matière (H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », in *Arch. phil. dr.* 1940, t. X, p. 33 et s.).

²⁶⁹⁴ H. Kelsen, art. préc., p. 47, §13

²⁶⁹⁵ J. Ghestin, op. cit., n° 194, p. 175

²⁶⁹⁶ B. Oppetit, op. cit., n° 42, p. 63

768. – Le solidarisme contractuel. Description de l'idée²⁶⁹⁷. Il ne fait guère de doutes que le solidarisme contractuel constitue une proposition intellectuelle située à l'exact opposé du dogme de l'autonomie de la volonté²⁶⁹⁸. L'idée est, il faut bien le dire, hautement séduisante et bienveillante²⁶⁹⁹. L'on y distingue clairement l'influence de Demogüe²⁷⁰⁰, si ce n'est même, nous semble-t-il, et toute proportion gardée, de la morale chrétienne de Domat²⁷⁰¹. Le contrat est sous-tendu par l'harmonie sociale, contre l'individualisme²⁷⁰². Bien sûr ce mouvement a fait l'objet de travaux importants, et la description qui en suit est, on l'admet volontiers, assez schématique²⁷⁰³. Il peut sous cette réserve être décrit de la manière suivante. Critiquant le fondement individualiste de l'indépendance parfaite de la volonté, le solidarisme contractuel prône une vision qui considère les parties d'une manière moins antagoniste que coopérative. Il s'agit de veiller sur les intérêts de son cocontractant. Le contrat est

²⁶⁹⁷ Une thèse nous semble devoir être ici rapprochée du solidarisme contractuel, celle du contrat moral, proposée par S. Darmaison (*Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 2000). Ce rapprochement saute aux yeux, à vrai dire, dès l'accroche de l'introduction (ibid., n° 1, p. 1) : l'auteur décrit une toile de Goya (*Hommes se battant avec des bâtons*). Deux hommes s'y livrent un combat acharné. Sans le savoir, des sables mouvants se trouvent sous leurs pieds. Mais, obnubilés par leur affrontement, ils n'y prêtent guère attention. S. Darmaison écrit alors ceci, marquant de manière remarquable le fil conducteur de son étude : « On l'a maintenant compris, personne ne sortira vainqueur puisqu'au lieu de s'aider à s'extirper du marécage, ils se précipitent vers une mort certaine laissant la passion prendre le pas sur la raison ». En bref, l'aveuglement de l'individualisme obscurcit l'essentiel, un accord (le contrat) devant être formé et exécuté dans la loyauté réciproque la plus profonde pour atteindre la justice et l'efficacité. Le prisme du contrat moral est alors, à l'instar du solidarisme contractuel, une manière d'expliquer le contrat et ses évolutions contemporaines (l'auteur cherche not. à donner une explication intellectuelle au foisonnement des chartes de bonne conduite, de déontologie, d'engagements d'honneur, et même plus largement à la protection contemporaine du faible, l'expansion de la loyauté, etc...). Concrètement, la thèse est celle-ci : il y a une adhésion implicite à un « contrat moral » chaque fois qu'une relation contractuelle voit le jour ; et le but, le suivant : « ramener dans le champ contractuel la dimension humaine qui lui fait trop souvent défaut (...) » (ibid., n° 7, p. 12). L'auteur s'emploie donc à « objectiver » la règle morale afin de la rendre juridiquement utilisable. Mais il faut, not., concilier ceci avec les importants principes qui régissent le droit des contrats, comme la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat (l'auteur parle, de manière inexacte nous semble-t-il, de l'autonomie de la volonté). Finalement, la thèse conclut à ce que le contrat moral s'impose à ces valeurs (ibid., nos 116 et s., p. 85 et s.). L'auteur construit dans sa seconde partie un régime juridique spécifique attaché à ce contrat moral, distinct de celui des obligations classiques du contrat (not. une obligation « d'implication », « entre altruisme et égoïsme » (ibid., nos 392 et s., p. 249 et s. ; c'est là, entre autres, que la pensée se distingue du solidarisme puisque l'auteur reconnaît explicitement qu'« un comportement purement altruiste ne saurait être exigé du sujet de droit (...) » (ibid., n° 392, p. 249)).

²⁶⁹⁸ V. not. sur le solidarisme contractuel : Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s. ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 603 et s. ; du même auteur, « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905 et s. ; A.-S. Courdir, *Le solidarisme contractuel*, th. Dijon, 2003 ; D. Mazeaud, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », D. 2005, p. 1828 et s. ; J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2003*, 2^e partie : études et documents, Etudes diverses, p. 186 et s. ; *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004.

²⁶⁹⁹ Séduisante, d'ailleurs, parce que, pourrait-on dire, bienveillante. Il s'agit pour les idées solidaristes, en effet, de constituer « les pièces clefs d'un droit des contrats qui conjuguerait harmonieusement les idées de liberté et de loyauté, d'égalité et d'équité, de sécurité et de solidarité, lesquelles peuvent être conciliées et doivent, à cet effet, être réconciliées, plutôt qu'être appréhendées, non sans manichéisme, dans une logique de confrontation et d'irréductible opposition » (D. Mazeaud, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », D. 2005, p. 1829, n° 1).

²⁷⁰⁰ V. not. R. Demogüe, *Traité des obligations en général*, t. VI, Libr. A. Rousseau, Paris, 1931, n° 3, p. 9 (et not., citation classique : « les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer une certaine union »).

²⁷⁰¹ Franchement, à relire Domat, le pas à franchir ne semble, au fond, pas si grand pour lier ensemble toutes ces idées. V. par ex. qu'il « n'y a point d'amitié où l'amour ne soit réciproque ; au lieu que dans les engagements, l'amour qui devrait y être mutuel, ne l'est pas toujours » (*Traité des lois*, in *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Libr. P. Aubouin, Paris, 2^{ème} éd., 1697, p. XXVIII). Et même, par ex., d'écrire que « dans tous les engagements de personne à personne, soit volontaires ou involontaires (...) on se doit réciproquement ce que demandent les deux préceptes (...) ; l'un de faire aux autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous, & l'autre de ne faire à personne ce que nous ne voudrions pas que d'autres nous fissent (...). Que dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité pour se faire entendre réciproquement à quoy ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter (...) » (ibid., p. XXV-XXVI).

²⁷⁰² Il y a donc une différence avec Capitant, qui considère que l'individualisme doit rester le maître-mot, sous réserve d'adaptations d'obédience sociale, si nécessaire (V. sur ce point Ch. Jamin, « Henri Capitant et René Demogüe : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, spéc. p. 137).

²⁷⁰³ Le thème est en effet déjà trop connu pour que l'on puisse prétendre lui accorder de profonds développements, nécessairement insuffisants et, au reste, inutiles ici.

davantage conçu comme un but commun, comme une œuvre conjointe, que comme une confrontation égoïste²⁷⁰⁴. Cette collaboration constructive confinerait même, selon d'aucuns, à une forme d'amour fraternel²⁷⁰⁵. C'est cette idéologie qui fonde, dans ce courant, la protection du faible : l'on ne peut réussir une relation contractuelle sans que chacun soit suffisamment informé.

769. – Réception doctrinale essentiellement critique, voire hostile. Ce courant a de fidèles promoteurs²⁷⁰⁶. Il a aussi ses fervents détracteurs. Les critiques de certains furent même assez vigoureuses, tournant parfois à l'hostilité²⁷⁰⁷. Désigné comme un « monde contractuel meilleur »²⁷⁰⁸ par certains avec ironie, de « rêve puéril »²⁷⁰⁹ par d'autres avec mépris, ou encore de « mythe »²⁷¹⁰ ou de « rêve »²⁷¹¹, le solidarisme n'a semble-t-il pas reçu de jugement approprié. L'on s'étonne en effet que cette théorie soit ainsi fustigée : c'est qu'une dose d'humanisme dans un monde tout-économique, et qu'un peu de solidarité dans une société tout-individualiste, ne sont pas supposés engendrer tant de sentiments contraires, mais tout au plus une critique bienveillante. En outre, certaines manifestations de

²⁷⁰⁴ V. not., pour une formule synthétique D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », LPA 7 mai 2004, spéc. p. 49, n° 5 (« *Au fond, la théorie du solidarisme contractuel rime avec l'exigence d'un certain civisme contractuel, au nom duquel le contrat peut aussi être envisagé comme une union d'intérêts relativement équilibrés, un instrument de coopération loyale, une œuvre de mutuelle confiance* »). V. aussi, par ex., E. Savaux, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004, p. 44, n° 2 (« *le solidarisme substitue à la vision du contrat comme produit de la conciliation des intérêts égoïstes d'individus également aptes à les défendre celle du contrat comme œuvre de coopération entre des individus situés, unis par des liens de solidarité issus de leur appartenance au groupe social* »).

²⁷⁰⁵ V. not. la formule de A. Sériaux, désormais bien connue : le débat relatif à la bonne foi a « permis sur ce sujet de mettre en exergue deux écoles. Celle, minoritaire, que l'on veut bien nous voir représenter [citant aussi D. Mazeaud], pour laquelle la bonne foi culminerait dans l'amour fraternel entre cocontractants (...) » (Droit des obligations, PUF, 2^{ème} éd., 1998, n° 55, p. 230) ; et plus loin, not. : « *Le contrat n'est pas, ne peut pas être un simple point d'équilibre mettant un terme à une négociation conflictuelle entre deux personnes qui s'entendent parce qu'elles ne peuvent pas faire autrement. Il devient un haut-lieu de sociabilité et d'amitié où chacune des parties tâche de rendre toute justice à l'autre. C'est heureux* » (ibid., p. 231).

²⁷⁰⁶ V. not., outre leurs art. préc., les contributions de D. Mazeaud et Ch. Jamin, in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004 (respectivement « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », p. 57 et s. ; « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », p. 159 et s.).

²⁷⁰⁷ Ch. Jamin souligne d'emblée cette propension à la critique violente : « *Je sais maintenant d'expérience qu'il suffit d'évoquer le mot de solidarisme pour déchaîner de manière systématique les critiques les plus virulentes, et à peu près de tous les bords politiques. Les qualificatifs les plus péjoratifs ont en effet presque tous été employés depuis un siècle que les idées solidaristes ont commencé à voir le jour : indigence ou insipidité intellectuelle, sentimentalisme naïf, doctrine de faussaire, collectivisme doucereux, etc.* » (art. préc., p. 159, n° 1). V. not. en un tel sens critique, outre les art. préc., Y. Lequette, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 247 et s. ; et, du même auteur, « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 879 et s. ; et, plus modérément (la critique est portée sur l'artificialité du lien entre solidarisme et solidarité, par le prisme récurrent d'une critique collatérale des affinités que le solidarisme entretiendrait prétendument avec l'utile et le juste) : M. Mignot, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », RRI 2004, p. 2153 et s.

²⁷⁰⁸ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n^{os} 41 et s., p. 43 et s. ; V. aussi C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, n° 14, p. 25 (« *On pourrait concevoir, à la limite, que, dans un monde parfait où chacun aurait le sens du devoir, le créancier comme le débiteur, la solidarité serait une grande vertu. (...) Malheureusement, sans être pessimiste, ce monde parfait n'existe pas* »).

²⁷⁰⁹ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », préc., p. 106 (« *Loyauté, Solidarité, Fraternité, est-elle la nouvelle devise contractuelle. Cet exemple montre que la distinction, séduisante en théorie, ne doit pas être exagérée quant aux effets qu'on lui prête. Si l'on admet que l'obligation, qui a pour objet une prestation économique, se distingue du devoir, qui impose une norme de comportement, en revanche, il est artificiel de les opposer en les soumettant à des régimes différents. Par l'expression devoirs contractuels, nous désignerons donc, dans le présent travail, indistinctement les devoirs et les obligations imposés aux contractants indépendamment de leur volonté qui se substituerait à la trilogie Volonté, Intangibilité, Sécurité ? Dans l'affirmative, n'est-ce pas la traduction du rêve puéril de l'avènement d'un « monde contractuel meilleur » ? »).*

²⁷¹⁰ L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel, un mythe », préc., p. 173 et s.

²⁷¹¹ V., in fine, à propos de la solidarité, la fraternité contractuelle : J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 114, p. 219 (« *On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, d'aucuns aient rêvé de transformer tout contrat en mariage* ») ; *Addé* D. Bakouche, *L'exès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005, n^{os} 371 et s., p. 330 et s. (consacrant des propos dédiés à la « critique du solidarisme contractuel », affirmant not. (outre la démonstration qui suit le propos) que ces « revendications (...) nous paraissent totalement détachées de la réalité et même, dangereuses pour la sécurité juridique » (ibid., n° 317, p. 331).

ces idées ont été indubitablement détectées²⁷¹². C'est donc la voie d'une telle sorte de critique que nous choisissons.

770. – Pour notre part, appréciation critique bienveillante. A titre liminaire, il faut dire que nous saluons évidemment les idéaux relayés par le solidarisme contractuel²⁷¹³, d'autant que beaucoup des préceptes qui en émanent, peut-être même l'essentiel de ceux-ci, sont d'une actualité sensible. Comme l'est, sous ce prisme et sur ce point, une forme de revanche de Demogue sur Capitant²⁷¹⁴. Par ailleurs, le solidarisme contractuel a pour mérite incontestable de mettre enfin en question le modèle contractuel classique, qui n'appréhende le contrat que comme une relation entre « *étrangers* »²⁷¹⁵. Il est indéniable en effet que, jusqu'à une époque très récente si tant est que la situation ait véritablement changée, « *Le droit français appréhende difficilement la nouvelle conception du contrat. En principe, il ne s'attache pas aux éléments qui entourent le contrat proprement dit* »²⁷¹⁶. Ce sont d'ailleurs pour ces mêmes raisons qu'une doctrine importante œuvre depuis longtemps à faire éclater des notions telles que la confiance légitime²⁷¹⁷. Ces mérites étant soulignés, voici ce qui nous empêche d'adhérer pleinement au solidarisme contractuel.

771. – Critique. Théorie seulement transposable en pratique à une partie des contrats. Le solidarisme contractuel se propose d'ériger une nouvelle vision du contrat. Or, de nombreuses distinctions ont été développées en doctrine, depuis un certain temps, à dessein de mettre en lumière la complexité du phénomène contractuel. En effet, les contractants ne sont pas toujours des étrangers, et leurs relations ne sont pas seulement épisodiques et combatives, sur le modèle antique de la vente²⁷¹⁸. Suivent ainsi cette direction les distinctions entre contrats de situation et d'occasion²⁷¹⁹, entre contrats relationnels et impersonnels²⁷²⁰, entre les commutations et les distributions²⁷²¹, ou encore entre les

²⁷¹² V. not. les contributions de E. Savaux et D. Mazeaud in *Le solidarisme contractuel*, préc. (not. D. Mazeaud, qui entame son propos en posant ceci : « *la question de savoir si le solidarisme contractuel est un mythe ou une réalité est aujourd'hui, sinon une fausse question, du moins une question qui me semble quelque peu dépassée dans la mesure où le solidarisme contractuel me paraît indiscutablement constituer une réalité en doctrine et en droit positif* » (« Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », p. 57, n° 1)).

²⁷¹³ Plus complexes qu'il n'y paraît. Il faut lire sur ce point l'étude de M. Mignot, art. préc., p. 2153 et s.

²⁷¹⁴ Nous faisons ici référence à la brillante étude de Ch. Jamin sur la dialogue entre les deux illustres professeurs (art. préc., p. 125 et s., spéc. (sur le point du solidarisme et la perspective que nous offre les évolutions actuelles sur la pensée de Demogue et celle de Capitant) p. 135 et s.).

²⁷¹⁵ C. Boismain, *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2005, n° 21, p. 31

²⁷¹⁶ C. Boismain, th. préc., n° 10, p. 21 (V. l'ensemble de l'introduction, sur l'évolution en ce sens, en général).

²⁷¹⁷ V. sur ce point *supra* n° 706 et s.

²⁷¹⁸ C'est d'ailleurs ce que critiquait déjà G. Rouhette dans sa célèbre thèse. Ainsi, considérait-il qu'il était « *permis de penser que la notion actuelle de contrat est le fruit d'une abstraction et d'une généralisation abusives à partir de l'analyse à peu près exacte d'un type bien précis de contrat, le contrat synallagmatique, plus précisément la vente : la notion serait infectée par le sophisme de l'accident* » (th. préc., p. 567, et les p. suivantes pour la démonstration de l'idée). « *Ainsi, on élabore la théorie générale du contrat en ayant à l'esprit l'exemple de la vente ; l'analyse du contrat a un point de départ juste, et l'accord est spécifié exactement : c'est l'échange des prestations réciproques ; l'offre est une promesse subordonnée à certaines conditions ; l'acceptation est réception de la promesse aux conditions fixées, c'est-à-dire promesse de la prestation antagoniste requise ; chaque obligation est la raison de la sanction légale de l'autre. Mais, ou bien on maintient cette vue, et on déforme les contrats qui ne peuvent être coulés dans ce moule ; ou bien on vide l'accord de sa précision et de sa signification, on le spiritualise afin de le généraliser* » (ibid., p. 569-570).

²⁷¹⁹ V. not. sur ce point M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, spéc. p. 238, n° 8 (« *Contrats de situation en ce sens que, par leur objet, ils sont déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité (...). Les contrats d'occasion, qui correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence de l'entreprise (...)* »). V. sur cette question *supra* n° 123

²⁷²⁰ Ceci est à vrai dire proche de l'idée précédente. V. not. sur ce thème C. Boismain, th. préc. : l'idée est celle-ci. D'inspiration américaine, la notion de contrat relationnel impliquerait une relation personnelle, générant un lien entre les parties. A l'inverse, les contrats impersonnels (« *discrets* », dans la théorie américaine) correspondraient aux contrats ponctuels, similaires aux

contrats-échange et les contrats-organisation²⁷²². Ceci étant dit, devrions-nous nuancer sur le fond, dès lors, le propos qui vient d'être tenu à l'endroit de l'indiscutable individualisme dans le phénomène contractuel ? Il ne nous le semble pas. En effet, même lorsque l'on coopère dans un contrat de situation (ou relationnel, ou organisation, ou distribution), il ne s'agit jamais que d'un moyen de parvenir à une fin (son propre intérêt), et nullement d'une fin en soi (la coopération). L'antagonisme dans le contrat représente bien la source du phénomène contractuel : la motivation du contrat est toujours, au point de vue objectif, celle de créer des effets juridiques, et au point de vue subjectif, de poursuivre son propre intérêt. Des préceptes élémentaires de psychosociologie indiquent en effet, peut-être malheureusement, que l'on n'agisse jamais sans but, sous peine d'avoir perdu la raison, qui fonde notre humanité²⁷²³. Même l'intention libérale est un dessein, qui satisfait la conscience. Il est donc bien plus sain que maladif d'agir inexorablement dans un but déterminé. Il nous semble donc que le solidarisme veut appliquer une logique de portée générale à un phénomène contractuel polymorphe, dont seule une des facettes constituerait un terrain potentiellement propice à la réception de ses préceptes²⁷²⁴. Ainsi, M. Chénéde souligne par exemple très clairement que seules les « distributions » ont vocation à engendrer une coopération entre les parties²⁷²⁵. Le solidarisme soutient donc des idées qui ne peuvent être rejetées en bloc, comme le font certains auteurs. Mais elles ne peuvent pas non plus être envisageables pour l'ensemble des contrats. Cette applicabilité potentielle à une partie du phénomène contractuel reste, en outre, soumise nous semble-t-il à certaines critiques.

772. – Critique. Insuffisance du rôle de la volonté et de la responsabilisation. Le solidarisme contractuel évince nous semble-t-il la puissance de la volonté, et la réalité pragmatique de ce qu'est le contrat²⁷²⁶. Pour ce qui concerne directement notre thème, il est vrai que la protection du faible ne peut tout à la fois s'expliquer et se fonder sur une idée de coopération, car c'est laisser à l'autre ses propres intérêts et oublier le rôle fondamental que doit jouer la responsabilisation de chacun dans le contrat²⁷²⁷. Ne travestissons pas la pensée solidariste, qui n'ignore évidemment pas l'importance du rôle de la volonté²⁷²⁸. Elle favorise simplement une autre propension, qui tend pour le contractant « non pas à

contrats d'occasion que nous venons de mentionner. Contrairement à la théorie américaine fondatrice, l'auteur propose de substituer aux multiples critères un critère unique à dessein de caractériser un contrat relationnel : la difficulté à trouver, pour l'un des contractants au moins, un partenaire équivalent. Le régime s'en suivrait, globalement destiné à stimuler la pérennité d'une telle relation contractuelle. Ces distinctions sont presque sociologiques, contrairement à d'autres qui identifient la finalité du contrat, comme celles qui suivent en notes. *Adde* sur ce point Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », D. 2006, p. 1003 et s.

²⁷²¹ V. not. F. Chénéde, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008 (l'auteur s'attache à refaçonner le droit des obligations autour de plusieurs distinctions, celle des commutations et des distributions (*Rappr.* de la distinction de P. Didier ci-dessous)).

²⁷²² V. sur cette distinction P. Didier, « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 635 et s.

²⁷²³ Une doctrine éminente ne l'affirmait pas autrement : « *En effet, le contractant ne s'oblige qu'en vue d'atteindre un but déterminé. Il n'y a pas d'obligation sans but* » (A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Libr. Dalloz, 7^{ème} éd., 1932, spéc. n° 24, p. 23).

²⁷²⁴ La critique se retrouve souvent : V. not. en ce sens L. Leveneur, « Le solidarisme contractuel, un mythe », préc., spéc. p. 177-179, n° 5 ; V. aussi F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 42, p. 44 et n° 79, p. 95-97

²⁷²⁵ V. not. th. préc., nos 49 et et s., p. 56 et s. (et not. : « *Ce qui sépare les deux opérations, ce n'est pas le nombre de participants, mais la nature des relations qu'ils entretiennent entre eux : alors que les parties à une commutation s'efforcent de concilier des intérêts distincts, les membres d'une distribution s'unissent autour d'un intérêt commun* » (ibid., n° 49, p. 56-57).

²⁷²⁶ V. not. en ce sens S. Bros et Ch. Larroumet, op. cit., n° 135, p. 116

²⁷²⁷ C'est là une critique assez similaire à celle formulée à l'encontre de la bonne foi (V. *supra* nos 792-793).

²⁷²⁸ V. not. Ch. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », préc., spéc. p. 166, n° 9, qui le précise et l'explique à juste titre.

défendre naturellement ses intérêts propres », mais « à sauvegarder ceux d'autrui »²⁷²⁹. Le solidarisme ne suggère pas suffisamment que le contrat reste malgré tout le principal vecteur des échanges économiques. Contracter, c'est faire des affaires²⁷³⁰ ; mais, parce que « c'est bien chacune des parties, et non pas seulement la plus puissante, qui doit pouvoir tirer un bénéfice du contrat »²⁷³¹, dans un cadre qui assure à chacun de consentir de façon éclairée²⁷³². L'Homme, s'il est *bon par nature*, reste le bras armé de l'individualisme. Le contrat, de l'utilitarisme²⁷³³. L'on n'agira jamais davantage pour son cocontractant que pour soi-même²⁷³⁴. « Vouloir juridique, c'est vouloir pour un but »²⁷³⁵. Pas que nous nous en félicitons : mais nous préférons en prendre acte avec réalisme, et fonder la protection du faible, par sécurité, sur des règles imposées plutôt que sur des attentes probablement excessives des comportements humains²⁷³⁶. L'on protège donc le faible précisément parce que le contrat reste selon nous une relation antagoniste, dont il souffrira s'il n'est pas encadré. Même dans un contexte marqué par les inégalités, et peut être même encore plus dans celui-ci, la responsabilisation doit rester une invariable fin²⁷³⁷. En outre, il a été mis en lumière que le solidarisme ne trouvait pas son terrain d'élection essentiel au stade de la formation du contrat, phase sur laquelle nous plaçons au contraire notre curseur²⁷³⁸.

773. – Critique. Termes excessifs. Les termes employés sont sûrement excessifs²⁷³⁹, ce qui a probablement causé, d'ailleurs, l'essentiel de la violence des critiques. C'est que l'excès formel d'un discours peut dissuader d'y adhérer, alors qu'on l'approuve volontiers sur le fond. Montaigne le soulignait déjà gracieusement²⁷⁴⁰. « L'outrance peut perdre une idée juste », enseignait bien plus tard Carbonnier²⁷⁴¹. C'est ainsi que nous ne dénoncerons pas si violemment ce qui constituerait « l'écueil de

²⁷²⁹ Ph. Brun, « Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 160, n° 41

²⁷³⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 42, p. 44 : « Contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de "faire ses affaires" » (l'on désapprouve en revanche la vigueur de l'hostilité du discours environnant cette remarque, et parfois même l'excès de libéralisme qui s'y trouve).

²⁷³¹ Ch. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 19

²⁷³² Ce qui marque donc une vaste nuance avec une position purement volontariste et libérale, et justifie le volontarisme social qui sous-tend, au niveau de la théorie générale du contrat, la protection du faible telle qu'elle est conçue par la présente étude. V. en ce sens, un tel lien nous semblant établi : « Plutôt que de tableur sur une hypothétique solidarité humaine, il convient donc de conserver comme pierre angulaire du droit des contrats le fait que les hommes portent, très naturellement, dans leur grande majorité, plus d'attention à leurs propres intérêts qu'à ceux d'autrui. Cela conduit à privilégier la mise en œuvre de procédures contractuelles qui favorisent une rencontre équilibrée des volontés et par là même une certaine justice contractuelle » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 42, p. 46).

²⁷³³ V. not. la brillante démonstration, très fouillée, de J. Rochfeld, th. préc., spéc. nos 76 et s., p. 73 et s. (qui s'attache à mettre en lumière la force du lien entre contrat et utilitarisme, par le prisme de la cause constituant alors, dans cette démarche, l'intérêt poursuivi par les contractants ; ce qui fait dire d'emblée à l'auteur, not., que « L'exigence de la cause dans le contrat plonge ses racines dans une philosophie utilitariste et rationaliste des actes. Nulle autre que cette notion ne révèle mieux, d'ailleurs, les véritables fondements du Code civil français et de la philosophie juridique qui le sous-tend » (ibid., n° 76, p. 73)).

²⁷³⁴ V. not. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, n° 119-1, p. 97

²⁷³⁵ E. Gounot, th. préc., p. 141

²⁷³⁶ C'est ainsi que nous rejetterons l'utilitarisme au stade des fondements de la règle (V. not. *infra* nos 775-776). Ce que nous venons d'exposer (le contrat, c'est l'utilitarisme) constituant simplement une constatation sociologique dont il faut s'accommoder.

²⁷³⁷ C'est un argument similaire qu'évoque L. Leveneur (art. préc., spéc. p. 187, n° 18).

²⁷³⁸ E. Savaux, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », préc., p. 43 et s.

²⁷³⁹ J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », préc., spéc. p. 121 (qui affirme que c'est là « galvauder des sentiments nobles et élevés »).

²⁷⁴⁰ « Il est ordinaire de voir les bonnes intentions, si elles sont conduites sans modération, pousser les hommes à des effets très vicieux » (Montaigne, *Essais*, Pocket, 1998, p. 221).

²⁷⁴¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 114, p. 219 ; c'est d'ailleurs pour cela que l'on s'attache tout au long de cette étude à respecter les anciens préceptes du « rien de trop », not. dans la construction du régime de la partie faible (V. *supra* nos 844 et s.).

l'utopie contractuelle »²⁷⁴². L'on se laissera bercer par son enthousiasme. Celui-ci inspire bien davantage qu'il n'exaspère. Une protection satisfaisante du faible nous semble simplement devoir nécessairement être fondée de manière plus réaliste. D'ailleurs, certains des plus célèbres promoteurs du solidarisme ont tenté de nuancer le sens qu'ils entendent donner à leur pensée, réfutant par exemple l'idée de fraternité qui cause tant de tort à leur thèse²⁷⁴³. Cette nuance est néanmoins difficile à établir, tant l'idée est intrinsèque à celle de solidarité²⁷⁴⁴.

774. – L'utile et le juste. Brève description. De manière différente, M. Ghestin a proposé de fonder le contrat sur l'utile et le juste²⁷⁴⁵. Un contrat ne serait ainsi obligatoire que parce qu'il est à la fois socialement utile²⁷⁴⁶, et conforme à la justice contractuelle. L'on comprend immédiatement toute la problématique posée par ce couple, dont, nous semble-t-il, le divorce précède même l'union : « *Lorsque ces deux impératifs ne concordent pas, il faut, et c'est là le véritable problème législatif du contrat, préciser le domaine qui revient à l'un et à l'autre* »²⁷⁴⁷. L'analyse, bien sûr, est brillante²⁷⁴⁸. L'on se permettra pour autant d'émettre les modestes réserves qui nous empêchent à nouveau d'y adhérer pleinement.

775. – Appréciation critique. Idéologie. L'on y salue une analyse positiviste de la puissance de la volonté, qui tranche d'emblée avec l'autonomie de la volonté : « *Sans nier l'utilité des droits subjectifs ils doivent être conçus comme des éléments de l'organisation de la société et être subordonnés au droit objectif* »²⁷⁴⁹. L'objection principale est ailleurs²⁷⁵⁰. Il nous semble que le rôle central de la volonté dans le contrat est insuffisamment prôné, voire directement contingenté²⁷⁵¹. En effet, l'idée selon laquelle il faut contrôler les motifs d'un contrat, et par là même son opportunité, apparaissent en contradiction avec l'idéologie suivie par notre étude. C'est que nous plaçons pour le rééquilibrage informationnel des rapports contractuels, afin que chacun soit pleinement libre de décider ce qui est bon ou mauvais pour lui-même. Le fondement profond du contrat (outre la loi), c'est l'intérêt que des volontés véritablement libres et

²⁷⁴² J.-P. Chazal, art. préc., p. 120 et s.

²⁷⁴³ V. not. Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », préc., p. 441 et s.

²⁷⁴⁴ V. not. en ce sens L. Leveneur, art. préc., spéc. p. 176, n° 4

²⁷⁴⁵ J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, p. 1 et s. ; V. aussi, du même auteur : *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, nos 223 et s., p. 200 et s. ; « La notion de contrat », D. 1990, spéc. p. 149 et s. ; et « L'utile et le juste dans les contrats », in *Arch. phil. dr.* 1981, t. XXVI « L'utile et le juste », p. 35 et s.

²⁷⁴⁶ J. Ghestin intitule les développements consacrés à cette question « *L'utilité publique* », afin de mettre en lumière que l'utilité fondamentale concerne la société, et non pas à « *l'utilité particulière du contrat pour chacune des parties* » (op. cit., nos 228 et s., p. 203 et s.), puisque celle-ci est « *un élément constitutif de la volonté (...), et elle se rattache ainsi à la liberté contractuelle inséparable de cette volonté* ».

²⁷⁴⁷ J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », in *Arch. phil. dr.* 1981, préc., p. 40-41

²⁷⁴⁸ L'on a conscience de n'évoquer ici que de maigres traits, au reste schématiques, de cette pensée, les seuls que le cadre de la présente étude nous permet toutefois de retranscrire.

²⁷⁴⁹ J. Ghestin, op. cit., n° 224, p. 201 (et plus loin : « *La force obligatoire du contrat ne trouve donc pas son fondement dans la volonté des parties mais dans le droit objectif* »).

²⁷⁵⁰ Comme pour le solidarisme, la proposition est profondément fouillée et documentée, et la confrontation au droit positif est fort rigoureuse.

²⁷⁵¹ D'ailleurs, le diptyque (l'utile et le juste) a fait place à un tryptique dans la nouvelle édition de l'ouvrage de J. Ghestin, ajoutant à ces deux composantes la liberté contractuelle (et l'on remarque, en outre, que le rôle de la volonté est nettement plus souligné que dans l'édition de 1993, preuve que ces critiques étaient fondées : J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, nos 169 et s., p. 135 et s. (c'est l'objet de tout le Titre II de ce tome : « *Les principes directeurs à concilier : liberté, utilité et justice* »). Or, certes, un tel tryptique semble difficilement contestable : et pour cause, puisqu'il rassemble toutes les composantes de règles objectivement optimales en matière contractuelle. Mais il nous semble que l'utilité est encore de trop, la véritable conciliation ne devant exister qu'entre la justice et la liberté. Autrement dit, le volontarisme social semble encore tout indiqué.

éclairées lui insufflent²⁷⁵². Ce n'est pas son utilité pour la société²⁷⁵³, notion discutable parce que de portée bien moins universelle que la justice²⁷⁵⁴. C'est la différence fondamentale entre *l'intérêt général* moderne et le *bien commun* de Saint Thomas d'Aquin. Il s'agit, pour reprendre la formule de M. Villey, de ne pas confondre les moyens et les fins²⁷⁵⁵. L'on a bien sûr à l'esprit, en énonçant ces propos, les rapports *Doing Business* et les formidables travaux en réponse des juristes de tradition civiliste²⁷⁵⁶. Par où il faut comprendre que, si l'utile ne peut fonder le contrat, cela n'empêche pas qu'il inspire heureusement la façon de l'encadrer²⁷⁵⁷. D'ailleurs, en ce sens, même l'autonomie de la volonté est plus souhaitable qu'une philosophie utilitariste : car c'est bien la justice (certes, à tort, rétrospectivement) qui justifie alors de laisser les libres volontés s'accorder, pas l'utilité²⁷⁵⁸. Ce que l'utilitarisme interdirait parfois, le juste le permettrait toujours²⁷⁵⁹. Cicéron s'était précisément prononcé sur ces rapports entre

²⁷⁵² Admettrait-on, par l'absurde, que la liberté de chacun soit cantonnée à des actes ou des déplacements qui soient utiles ou mêmes légitimes ? N'aurait-on plus ni droit au plaisir inutile, à la futilité de la fête ou au gaspillage du tourisme ? Voilà que, pourtant, dès lors que l'on contracterait, il faudrait que cette rationalité relativement stricte vienne s'abattre sur la force obligatoire de la convention conclue. Or le contrat existe pour donner une vie juridique aux faits libres des hommes : pas pour définir autrement leurs bornes. Mettre « *la satisfaction des besoins qu'il [le contrat] permet de réaliser et sa conformité à la justice commutative* » au cœur de la justice contractuelle (J. Ghestin, op. cit., n° 253, p. 229), c'est nous semble-t-il assimiler sa fonction entière à son utilité : c'est dire que ce qui ne doit être efficace n'est que ce qui est jugé bon pour la société. C'est dire que la liberté n'est qu'une chimère au service d'objectifs, parfaitement étrangers à l'accomplissement de chacun, si irrationnel, si inutile soit-il (J. Ghestin est donc logiquement d'une opinion parfaitement inverse : « *Le dogme de l'autonomie de la volonté a habitué les esprits à voir dans l'intégrité du consentement une fin en soi. Il s'agit, dans cette optique, de veiller à la qualité de l'élément essentiel du contrat. (...) En réalité la démarche doit être exactement inverse* » (ibid.)).

²⁷⁵³ D'ailleurs, preuve de la conscience de cette vérité, J. Ghestin s'était déjà employé (avant la nouvelle éd. de son traité, préc.) à donner plus de place à la volonté. Ainsi écrivait-il d'abord à son propos (« L'utile et le juste dans les contrats », in *Arch. phil. dr.* 1981, préc., p. 40), « *qu'elle n'est qu'un instrument au service du droit objectif et, à ce titre, elle n'est qu'un simple élément, important certes, mais non essentiel, dont le droit tient compte* ». Et de moduler semble-t-il sérieusement cette pensée dans un article ultérieur consacré à la notion de contrat (« La notion de contrat », préc.), en affirmant distinctement que l'accord des volontés reste le critère du contrat (et not. : « *L'utile et le juste apparaissent ainsi comme les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat. Cependant, en tant que procédure spécifique de création d'effets de droit, l'accord des volontés reste le critère du contrat* »), car apparaissant « *comme le trait commun de tous les contrats* » (ibid., p. 150). Mais la nuance reste sur une note ambiguë dans le célèbre traité de l'auteur (éd. de 1993) : « *Il faut en outre préciser immédiatement que le choix de la conciliation entre le juste et l'utile comme principe directeur ne méconnaît nullement le rôle spécifique de la volonté dans la formation du contrat. Le consentement, l'accord des volontés, est la procédure nécessaire et spécifique de la formation du contrat ; mais ce n'est pas la volonté des parties qui justifie, de façon autonome, sa force obligatoire* » (op. cit., n° 223, p. 200-201). Bien que, plus loin, les mêmes propos qu'en 1990 soient réitérés (ibid., n° 238, p. 212) : mais plus clairement encore lit-on que l'accord des volontés n'est le « *critère* » du contrat qu'en ce qu'il est son « *élément spécifique* », un « *trait commun à tous les contrats* ». Ceci ne coïncide guère avec la vision de la volonté que nous partageons. La mise à jour récente de ce traité constitue donc une évolution.

²⁷⁵⁴ L'utilité publique, reflet de l'intérêt général, que l'on qualifierait plus volontiers (car le terme est plus doux) d'utilité sociale n'en reste pas moins dédiée à une partie du peuple, et non au tout (V. sur ces points, abstraitement de notre vision critique, J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », in *Arch. phil. dr.* 1981, préc., spéc. p. 42-43 ; V. aussi en ce sens, en ce que Bentham, considéré comme le père de l'utilitarisme, « *annexe le droit à l'économie politique pour en faire l'ensemble des règles de conduite permettant d'obtenir le plus grand bonheur pour le plus grand nombre avec le moins de peine possible* » (ibid., p. 42)). La justice, quant à elle, s'épanouit dans l'universel, elle ne fait pas de compromis. En ce sens, la protection du consommateur est emblématique de l'utilitarisme. Au contraire, la protection générale de la partie faible que nous prônons est emblématique de la justice.

²⁷⁵⁵ M. Villey, « Préface historique », in *Arch. phil. dr.* 1981, t. XXVI « L'utile et le juste », p. 6 (« *Nous payons l'erreur de l'utilitarisme. L'Occident moderne s'est livré à la recherche des moyens de l'efficacité, en escamotant, en bâclant la question des fins (...)* »).

²⁷⁵⁶ *Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, vol. 1-2, 2006

²⁷⁵⁷ V. en ce sens J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 120, p. 97 (l'utile et le juste, en effet, sont des constantes indispensables pour tracer les contours des normes qui encadrent le processus contractuel : la création d'une partie faible de droit commun en est d'ailleurs un exemple éclatant, qui entend bien, sans être fondé sur l'utile, être pour autant une œuvre aussi utile que possible (V. not. *supra* nos 517 et s.). La nuance est fondamentale).

²⁷⁵⁸ *Rappr.* Ph. Jestaz, « La nouvelle crise du contrat. Rapport de synthèse », in *La nouvelle crise du contrat*, préc., spéc. p. 245 (et not. : « *oui ! le contrat doit être utile, mais il doit d'abord être juste ; et même si nous divergeons, le cas échéant, sur les moyens de le rendre plus juste, nous restons inébranlables sur le principe* »).

²⁷⁵⁹ V. not. J. De Sousa E Brito, « Droits et utilité chez Bentham », in *Arch. phil. dr.* 1981, préc., spéc. p. 110 : « *Pas d'obligation sans utilité : cela signifie aussi certainement chez bentham que l'utilité est, non seulement le critère – ou la raison – des obligations qui existent, mais aussi le critère – ou la raison – des obligations qui doivent exister (...)* ». Or le juste, au contraire, permet précisément d'accéder librement à l'inutile. Il s'agit même là du point culminant de son aboutissement : ce qui est juste, c'est d'être libre d'agir. En ce sens le contrat déséquilibré ne résulte d'aucune oppression ni de l'exploitation d'aucune ignorance est encore plus juste que celui que l'on a rééquilibré abstraitement en dépit même de la personne qui l'a conclu.

l'honnête et l'utile. Il avait déjà perçu la concurrence qui pourrait exister entre eux, concurrence qui devrait alors se solder par une prééminence indubitable de l'honnêteté (qui comprend la justice)²⁷⁶⁰. La solution contraire nous semblerait faire vaciller d'une manière décisive notre droit des contrats, d'obédience civiliste, en permettant sa dilution dans le tourbillon actuel du tout-économique. Or, le jour où l'ensemble de la matière contractuelle sera réductible à une telle logique, les êtres humains qui s'allient dans le contrat auront définitivement perdu toute humanité aux yeux du droit. Le droit de la consommation illustre encore une fois ces excès. Insidieusement, on le prétend juste parce qu'il protège, alors même que cette fonction n'est qu'une modalité collatérale de sa démarche, presque accidentelle²⁷⁶¹. Or, les excès ou lacunes de ce système n'ont, on l'a vu, rien de souhaitable²⁷⁶².

776. – Et même davantage. Précision. Distinction entre utilitarisme et analyse économique. Il nous faut faire ici une brève remarque supplémentaire. Il est vrai que l'on défend en France des valeurs dites civilistes, de justice. On les oppose volontiers à la logique anglo-saxonne, réputée aveuglée par des considérations d'efficacité économique (l'analyse économique du droit et ses origines américaines l'expliquent aisément) : « *On admet mal que le marché puisse dicter ses lois au droit. (...). Ce n'est pas qu'un instrument censé contribuer à la création de richesse. Défendre l'opinion contraire, c'est pervertir la règle de droit, en ne la concevant pas comme une norme respectable en soi, mais comme une règle que l'on manipule selon le bénéfice escompté* »²⁷⁶³. Les auteurs français vont croissant, qui s'emploient à dévoiler ces complexes analyses en France, à en expliquer les subtilités, les utilités. Surtout, c'est la manière de présenter leurs apports qui change : ces thèses sont présentées, le plus souvent, par la doctrine française non plus comme des valeurs primordiales devant guider, avant tout, la règle de droit, mais comme des facteurs de qualité de la norme. Entendues comme telles, à l'instar de M. Laithier dans sa thèse²⁷⁶⁴, l'analyse économique du droit, déclinaison de l'utilitarisme la plus connue dans notre matière²⁷⁶⁵, ne nous dérange pas. Même ! Elle se présente comme une corde supplémentaire à l'arc de la recherche du bon droit. Le problème ne réside donc pas dans l'analyse économique elle-même, mais dans la place qui lui est réservée dans l'élaboration du droit. En effet, comme on l'a pertinemment souligné, « *il importe de ne pas confondre la philosophie utilitariste avec le libéralisme économique, lequel n'exclut aucunement que le droit impose ses décisions politiques au marché ; il convient pareillement de dissocier les services que peut rendre une approche économique en tant qu'outil d'analyse du raisonnement juridique, des choix idéologiques qui peuvent*

²⁷⁶⁰ Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), *passim*, spéc. p. 236 et s. (et not., p. 237-238 : « *Souvenez-vous donc toujours que ce qui est contre l'honnêteté ne peut jamais être utile, pas même lorsqu'il semble nous procurer quelque avantage ; car c'est déjà un malheur de regarder comme utile ce qui n'est pas honnête* ». Il faut poursuivre ces propos par l'histoire du marchand de Rhodes, et les conclusions de Cicéron, en faveur de la solution honnête (juste), et non utile (sur ce point *supra* n° 3).

²⁷⁶¹ Et c'est en levant cette ambiguïté que l'on se dissuade de considérer de telles démarches comme des arguments en faveur de la conciliation harmonieuse entre l'utile et le juste (comme le fait not. J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *préc.*, spéc. p. 39 et 51-52).

²⁷⁶² Titre premier de la première partie de notre étude.

²⁷⁶³ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004, n° 11, p. 27 (exposant les réticences françaises).

²⁷⁶⁴ Y.-M. Laithier, th. préc. (spéc. n° 11, p. 28, pour une formulation claire de cette idée qui imprègne l'ensemble de l'étude : « *Il s'agit plutôt, d'abord, de faire prendre conscience que l'application des règles de droit, des sanctions par exemple, entraînent des coûts variables de l'une à l'autre, ensuite, d'intégrer ce paramètre dans le raisonnement juridique, à l'instar de ce que les praticiens et les juges font quotidiennement (...)* »).

²⁷⁶⁵ J. Ghestin relève d'ailleurs que Bentham, considéré comme le père de l'utilitarisme, « *annexe le droit à l'économie politique pour en faire l'ensemble des règles de conduite permettant d'obtenir le plus grand bonheur pour le plus grand nombre avec le moins de peine possible* » (*préc.*).

ensuite être effectués en connaissance de cause »²⁷⁶⁶. C'est que l'« homme n'est pas réductible à la seule efficacité »²⁷⁶⁷. Or c'est un euphémisme de rappeler que la théorie de l'utile et du juste est profondément imprégnée... de l'idéologie utilitariste. Certes y a-t-il conciliation (la formule est claire) avec le juste²⁷⁶⁸ : mais c'est précisément celle-ci que nous contestons, car le juste est au-dessus de l'utilité. Les facteurs qui concourent à l'élaboration du droit sont innombrables, mais une seule fin leur est unanimement supérieure, la justice. Ripert l'évoquait brillamment : « *Le droit s'occupe des rapports entre les hommes, les sciences ne connaissent pas les hommes mais les nombres. Si le juriste veut établir des lois sur les nombres, il est obligé de dédaigner l'être humain* »²⁷⁶⁹.

777. – Appréciation critique. Méthode. Il faut enfin relever qu'il y a une divergence de méthode avec ce que nous entendons proposer. Il nous semble préférable de proposer d'établir directement un droit juste, construit de telle sorte à être autant que possible utile ; plutôt que d'ériger un prisme idéologique par lequel il faudra faire passer le contrat afin de déterminer s'il mérite d'être obligatoire ou non. Enfin, cette théorie de l'utile et du juste constitue une proposition qui tendrait à supplanter l'autonomie de la volonté, et non à l'adapter²⁷⁷⁰. Or nous allons voir que la voie la plus souhaitable et la plus cohérente est probablement adaptative. Prolongeons ainsi la logique suivie par l'avant-projet Catala, celle, en vue de la réforme, non d'« *un code de rupture, mais d'ajustement* »²⁷⁷¹.

2 – Le choix d'une acception clarifiée du contrat

778. – Plan. L'obscurité persiste. Or la théorie générale du contrat doit toujours être clarifiée. A l'instar, peut-être, de *toute personne incapable de décision*, fera-t-on ainsi *le choix d'une solution moyenne*²⁷⁷², médiane, entre un rôle nécessairement important de la volonté et la nécessité d'encadrer le plus rigoureusement possible la partie faible (a). Il semble que ce que l'on connaît déjà comme le volontarisme social constitue dès lors le choix le plus approprié (b).

²⁷⁶⁶ H. Muir Watt, préf. de la th. préc. de Y.-M. Laithier, p. VII

²⁷⁶⁷ B. Oppetit, « Droit et économie », in *Arch. phil. dr.* 1992, t. XXXVII « Droit et économie », p. 26 (dans l'exact même sens que les propos qui précèdent. Et d'ajouter, not. (p. 26), formulant ainsi une tout aussi bonne synthèse de ce que nous décrivons : « *Doit-on alors conclure que l'analyse économique du droit méconnaît la nature du droit et qu'elle présente une radicale incompatibilité philosophique avec la théorie juridique ? Sans doute pas, à condition de ne pas attendre de l'analyse économique qu'elle assigne au droit la recherche d'objectifs préférables ; ce qu'elle peut offrir au juriste, c'est une aide technique à la vérification de ses hypothèses, et donc une contribution à l'élimination du dogmatisme : mais elle ne saurait se substituer purement et simplement au raisonnement juridique* »).

²⁷⁶⁸ V. not. sur ce constat (outre son analyse détaillée, dans la suite de l'étude) J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », préc., spéc. p. 40-41 ; *Adde* sur la conciliation J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, spéc. n° 177, p. 141

²⁷⁶⁹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998 (rééd. 1955), n° 15, p. 42-43 (cette formule est not. précédée de ceci : « *Quelque chose est plus grave dans la prétention des scientifiques, c'est de vouloir donner aux juristes l'esprit scientifique, j'entends par là celui des sciences exactes. Il existe une antinomie entre un tel esprit scientifique et l'esprit juridique et, si le premier s'est développé chez les juristes, ce ne peut être qu'au détriment du second* »).

²⁷⁷⁰ V. par ex. J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 225, p. 202 (parlant de « substitution »). V. aussi J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, *passim.*, spéc. n° 174, p. 139

²⁷⁷¹ Avant-projet Catala, n° 5, p. 4

²⁷⁷² La formule est inspirée de J. Carbonnier, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 30

779. – Adopter la voie parfaitement inverse de ce que l'on se propose de faire évoluer n'est précisément pas une évolution, mais une régression. Le progrès idéal n'est pas une œuvre radicale. Le phénomène d'oscillation du droit, sur de longues périodes, est d'ailleurs une belle illustration de ce qu'une telle démarche est bien plus régressive qu'évolutive²⁷⁷³. Devant la critique d'un modèle, la séduction qu'opère son opposé ne doit pas être décisive. Si la frustration d'avoir subi ses excès est en effet légitime, d'autres viendraient, à suivre cette voie, immédiatement les remplacer. Dans le même temps, les aspects positifs de l'ancien modèle seraient effacés, rançon de la disparition de ses aspects négatifs²⁷⁷⁴. Il nous semble ainsi qu'une solution médiane soit la meilleure, conservant ce qu'il y a de bon dans l'autonomie de la volonté, adaptant ce qui est erroné ou dépassé²⁷⁷⁵. L'on rejoint ici la dialectique, magistralement retracée par M. Hauser, entre l'objectivisme et le subjectivisme dans l'acte juridique²⁷⁷⁶. La voie de l'extrême serait donc inappropriée, en ce qu'elle rejoindrait, comme sur le thème précité, les rangs d'une mystique imaginaire, d'un « *postulat de base toujours affirmé, jamais démontré : l'opposition irréductible de l'homme et de son milieu en évolution* »²⁷⁷⁷. Ainsi, M. Atias soulignait qu'une « *théorie du contrat digne de ce nom donnerait leur place aux besoins, aux intérêts, aux possibilités et aux circonstances de chaque opération* »²⁷⁷⁸. Espérons que les développements qui suivent convergent vers ce but légitime.

780. – Une solution médiane souhaitable : entre volonté libre et volonté encadrée. La volonté (et avec elle, bien sûr, le consentement, qui n'en est que l'expression) reste l'élément fondamental des contrats²⁷⁷⁹. Ceci doit être tenu pour intangible²⁷⁸⁰. Mais (c'est cette nuance qui manquait à l'idéologie individualiste classique) elle doit être cultivée, stimulée, rehaussée, protégée, sans quoi certains en subiront d'âpres conséquences²⁷⁸¹. Elle ne doit donc, en outre, pas être supplantée par d'autres idéaux

²⁷⁷³ V. sur cette question la brillante étude de B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 et s.

²⁷⁷⁴ C'est cette sorte d'idée que défend C. Thibierge-Guelfucci, art. préc., spéc. p. 372-373, n° 21 (et not. : « *Le changement par réaction, par le puissant mouvement de balancier qu'il provoque, suscite une transformation radicale. Son inconvénient, lorsqu'il est poussé à l'extrême, consiste à rejeter en bloc le cadre de référence antérieur, non seulement avec ses aspects critiquables ou obsolètes, mais aussi avec ses éléments positifs, acceptables, vecteurs de continuité* »).

²⁷⁷⁵ Et pour cause : « *Est-ce pour autant faire resurgir le spectre de l'autonomie de la volonté que de prôner une conception volontariste du contrat ? Le concept de volonté est suffisamment riche pour autoriser une conception volontariste du contrat qui ne soit pas la simple traduction de la théorie de l'autonomie de la volonté* » (P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », D. 2007, p. 321).

²⁷⁷⁶ J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971 (V. spéc. nos 38 et s., p. 50 et s., pour les données de la question).

²⁷⁷⁷ J. Hauser, th. préc., n° 2, p. 2 (formule entière : « *L'époque moderne a vu fleurir ces catégories fondées sur l'antinomie entre le subjectif et l'objectif sans qu'on s'aperçoive toujours de ce qu'avaient de trop systématique de telles simplifications, ni non plus de ce qu'elles devaient à un postulat de base toujours affirmé, jamais démontré : l'opposition irréductible de l'homme et de son milieu en évolution* »).

²⁷⁷⁸ Ch. Atias, « Restaurer le droit du contrat », D. 1998, p. 140

²⁷⁷⁹ V. not. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, 9. 75 ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014, n° 54, p. 43 ; S. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n° 231, p. 206 ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011, n° 9, p. 10

²⁷⁸⁰ V. déjà L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Sirey, 3^{ème} éd., 1939, n° 41, p. 29 (et not. : « *Le consentement n'est autre chose, ici, que l'accord des volontés en vue de créer des obligations ; sa définition se confond donc avec celle du contrat lui-même, dont il constitue la trame, le substratum* »). Et la comparaison est éclairante pour comprendre la nuance qui existe alors : « *En réalité, il ne paraît pas possible de justifier le contrat autrement que par la volonté. Ce n'est pas parce que le rôle de la volonté a été réduit par le développement du dirigisme contractuel que ce rôle a disparu, de la même façon que ce n'est pas parce que le dirigisme économique a restreint les prérogatives du propriétaire, que le droit de propriété ne constitue plus de nos jours le droit qui confère à son titulaire les prérogatives les plus complètes sur une chose* » (S. Bros et Ch. Larroumet, op. cit., n° 136, p. 117).

²⁷⁸¹ Rapp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd.,

prétendument supérieurs²⁷⁸² : ceux-ci ne peuvent que s'y adjoindre²⁷⁸³. S'il s'agit de néo-libéralisme, alors soit²⁷⁸⁴ : reste que, avec E. Gaudemet, nous considérons que la tendance à critiquer l'autonomie de la volonté est évidemment salutaire en ce qu'elle en dénonce les excès ; mais que « *les exagérations en seraient dangereuses* »²⁷⁸⁵. Autrement dit, que le contrepied d'un rôle fondamental de la volonté serait une erreur. Le Code civil, en imposant un consentement comme condition de validité des conventions, a en effet toujours exigé une volonté éclairée, et un consentement librement exprimé²⁷⁸⁶. L'autonomie de la volonté doit donc être adaptée, mise à jour des réalités actuelles, dont le contrat doit être le reflet²⁷⁸⁷. C'est ainsi que la théorie générale du contrat doit être une idéologie médiane, entre l'importance du rôle de la volonté et l'indispensabilité de l'encadrer, de telle sorte à dégager, en creux, l'idée globale que la volonté n'est pas la source profonde du contrat : c'est la loi. Et celle-ci d'avoir pour objectif de conférer à la volonté toute sa force en garantissant sa lucidité²⁷⁸⁸. Il s'agirait de « *restaurer une véritable liberté contractuelle afin de remédier à l'inégalité de fait existant entre certains contractants* »²⁷⁸⁹. Nous opposerions ainsi à ceci : « *le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile et à la condition d'être juste* »²⁷⁹⁰ ; cela : *le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est légalement formé par la volonté des contractants, et à la condition que celle-ci ait été éclairée et librement manifestée*. Le *volontarisme social* constitue dès lors, selon nous, la voie idoine.

b – Pour le volontarisme social

781. – Le volontarisme social : une théorie adéquate. L'idéologie qui reflète le mieux la substance moderne de notre théorie générale du contrat nous semble tout indiquée. Il faut ainsi introduire « *l'idée de solidarité, mais éviter qu'elle n'anéantisse celle de liberté* »²⁷⁹¹. C'est le sens d'une « *thèse volontariste restaurée* »²⁷⁹² : en l'occurrence, le volontarisme social²⁷⁹³ nous semble exact²⁷⁹⁴. A titre liminaire, la dose

1986, spéc. n° 34, p. 12 (l'exprimant très bien : « *Il est, certes, hautement désirable que, même en matière contractuelle, la volonté reste aussi libre que possible. Encore faut-il que ceux qui utilisent cette liberté ne s'en servent pas pour dominer et exploiter les autres qui, faute d'être sur un même plan économique ou social, subiront la liberté bien plus qu'ils n'en profiteront* »).

²⁷⁸² V. not. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, n° 86, p. 67, dont les prescriptions à l'endroit des protections modernes consuméristes ne peuvent qu'être reproduites ici (transposables à la partie faible en général) : « *Au total, le droit d'aujourd'hui ne récuse pas le rôle de la volonté ; il libère la volonté des plus faibles des contraintes qui pesaient sur elle de telle sorte que le contrat ne soit pas l'expression de la volonté d'un seul, le plus puissant* ».

²⁷⁸³ V. en ce sens la formule assez nette de M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, spéc. p. 64 (et not. : « *Il ne faudrait pas cependant passer à un autre extrême. Le rôle de la volonté demeure de l'essence du contrat et son critère le plus sûr (...)* »).

²⁷⁸⁴ L'on se fera ainsi les tenants d'un néo-libéralisme, du moins celui selon lequel il conviendrait « *de placer les parties dans un environnement qui leur permette d'user au mieux de leur liberté et de leur responsabilité* », et en vertu duquel il n'y a égalité contractuelle qu'en ce que « *le consentement des deux parties doit être pareillement libre et éclairé, lors de la conclusion du contrat, de telle sorte que chacune ait la pleine maîtrise des éléments qui sont susceptibles d'influer sur sa décision* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 45, p. 50).

²⁷⁸⁵ E. Gaudemet, op. cit., p. 30 (est visée la thèse de Gounot)

²⁷⁸⁶ V. not. *supra* n°s 545-546

²⁷⁸⁷ V. en ce sens les sages propos de C. Thibierge-Guelfucci, art. préc., spéc. p. 385, n° 33 (et not. : « *Garder le souci de l'individu, de sa liberté tout en développant le souci de l'autre, du contrat et de l'ordre juridique ; garantir la sécurité du contrat sans pour autant sacrifier la justice contractuelle, c'est dépasser la contradiction pour entrer dans la complémentarité de ces aspirations faites principes. Plutôt que de déployer l'un d'eux jusqu'à l'absolu au mépris des autres, il conviendrait, dans une harmonie dialectique, de donner à chacun sa juste place parmi les autres* »).

²⁷⁸⁸ Refouler l'autonomie de la volonté n'est ainsi en rien incohérent avec une adhésion au volontarisme. V. not. en ce sens C. Thibierge-Guelfucci, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », RTD civ. 1997, spéc. p. 374-375, n° 23).

²⁷⁸⁹ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 45, p. 50

²⁷⁹⁰ J. Ghestin, op. cit., n° 265, p. 239

²⁷⁹¹ E. Gaudemet, op. cit., p. 31

²⁷⁹² C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, th. préc., n°s 15 et s., p. 26 et s. (dans le sens d'une telle idéologie, mais sans référence au

de positivisme²⁷⁹⁵ que renferme cette théorie est salutaire : « *La volonté ne peut pas être un pouvoir créateur de droit à la fois autonome et initial ; elle ne peut être qu'un pouvoir délégué et, comme tel, réglementé* »²⁷⁹⁶. Comme une doctrine éminente l'a souligné, il y a là bien moins un véritable *fondement* qu'une *justification*, le fondement étant « *l'intégration dans le système juridique* »²⁷⁹⁷. La théorie générale n'en reste pas moins capitale, car elle permet d'asseoir les solutions pratiques, ce qui est « *indispensable à la compréhension historique de notre droit* »²⁷⁹⁸. Ceci permet de clarifier enfin la position de notre théorie générale vis-à-vis du dogme de l'autonomie de la volonté. La volonté n'est pas la source et la mesure des obligations des contractants, car un principe d'égalité régule son jeu²⁷⁹⁹. Elle reste pour autant, et c'est un autre aspect que nous saluons pleinement, le centre d'impulsion du contrat. Mais elle ne trouve à s'appliquer que dans les bornes de la loi²⁸⁰⁰. Il s'agit alors d'un volontarisme modernisé, *rationalisé*²⁸⁰¹. La liberté contractuelle, fondée sur la volonté, prime. Mais les parties faibles doivent être protégées pour pouvoir exprimer une volonté saine, protections que la loi fixe. Par où l'on distingue dans cette théorie la seule conciliation semblant valable : celle qui intervient entre la volonté et la justice²⁸⁰². Néanmoins, la connaissance rend lucide, et c'est ainsi, également, que « *savoir doit rendre responsable* »²⁸⁰³. Et de renouer ainsi sans complexe avec le véritable sens de la plus célèbre formule de Fouillée : « *qui dit contractuel dit juste* »²⁸⁰⁴, à savoir, comme le disait Gounot, que les « *volontés qui contractent n'ont pas à se*

volontarisme social).

²⁷⁹³ Développé en doctrine par J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, spéc. nos 111 et s., p. 90 et s.

²⁷⁹⁴ D'ailleurs, certains auteurs, plus sympathisants qu'hostiles au solidarisme, reconnaissent parfois expressément que la volontarisme social correspond mieux à ce que recouvre la réalité contractuelle, au moins au stade de la formation du contrat : « *On peut même se demander, plus généralement si c'est bien le solidarisme qui décrit le mieux l'état du droit positif. Nous serions plutôt tentés d'y voir une nouvelle forme de volontarisme que nous avons nommée ailleurs volontarisme social. Volontarisme parce que la volonté reste l'élément essentiel, caractéristique du contrat (...). Mais volontarisme social parce que l'exercice de ce pouvoir ne doit ignorer ni l'intérêt général, ni les intérêts légitimes des contractants qui limitent naturellement le jeu des volontés privées* » (E. Savaux, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », préc., p. 52-53, n° 15).

²⁷⁹⁵ La présente étude entend en effet clarifier cette évidence que la force obligatoire du contrat découlent nécessairement de la loi et non des seules volontés. Sans aller jusqu'aux idées positivistes qui ont été décrites plus haut et que nous avons écartées (V. *supra* n° 767), il faut bien reconnaître que la volonté ne trouve à s'épanouir que parce que la loi lui permet de le faire.

²⁷⁹⁶ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 120, p. 97 ; à ce seul stade, l'on aurait pu s'en tenir à une vision rénovée de l'autonomie de la volonté, selon laquelle ce dogme désignerait désormais « *la faculté laissée aux sujets d'organiser leurs échanges comme ils l'entendent, dans les limites fixées par le droit objectif* » (ibid., n° 110, p. 90). Mais la notion est désormais trop suggestive, et une clarification du fond appelle tout autant une clarification de la forme.

²⁷⁹⁷ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit., spéc. n° 175, p. 139-140

²⁷⁹⁸ J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit., n° 179, p. 143

²⁷⁹⁹ V. sur ce point l'étude consacrée par D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriaux, LGDJ, 1999, spéc. nos 107 et s., p. 57 et s. (et not., n° 108, p. 57 : « *Appliqué au contraire le principe d'égalité détecté obligerait à une non-discrimination entre les parties, mais pourrait incliner à faire admettre dans certains cas une discrimination justifiée par la situation de l'une d'entre elles, ou même plus positivement à rétablir une inégalité constatée* »).

²⁸⁰⁰ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 120, p. 97

²⁸⁰¹ Ces idées ne sont alors guère éloignées de la thèse de N. Chardin, dont la substance (volonté rationnelle) a été vue (V. *supra* nos 545-546).

²⁸⁰² D'ailleurs, le diptyque de J. Ghestin (l'utile et le juste) a fait place à un tryptique dans la nouvelle édition de son célèbre ouvrage, ajoutant à ces deux composantes la liberté contractuelle (et l'on remarque, en outre, que le rôle de la volonté est, par ce prisme, nettement plus souligné que dans l'éd. de 1993).

²⁸⁰³ A. Lepage, « Avant-propos », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, 3^{ème} partie, étude : le droit de savoir*, p. 92

²⁸⁰⁴ V. not. sur ce point l'étude de J.-F. Spitz, « *Qui dit contractuel dit juste* » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », RTD civ. 2007, p. 281 et s. (et not., pour synthétiser l'idée, ibid., p. 282 : « *les relations entre les contractants ne sont pas équitables parce qu'elles sont volontaires, mais qu'elles sont volontaires - ou libres, ou consenties - donc justes, parce qu'elles sont équitables : c'est parce que les partenaires étaient placés dans un contexte équitable que l'on est en droit de considérer que les accords qu'ils ont passés sont d'authentiques contrats, qu'ils sont authentiquement voulus et qu'ils préservent leur liberté (...). A la fin du 19^e siècle, Alfred Fouillée avait clairement perçu cette idée que la justice du contexte est la condition du caractère authentiquement contractuel des accords qui y sont passés (...). Lorsqu'il écrit que tout ce qui est contractuel est juste, Fouillée n'entend donc pas dire que tout ce qui est formellement consenti crée un lien de droit et d'obligation, mais au contraire que seuls les accords authentiquement contractuels sont susceptibles de produire de tels effets (...)* ». Voilà comment comprendre cette si fameuse formule, une fois explicitée et replacée dans son contexte originel : « *En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste* » (A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Libr. Hachette, 2^{ème} éd., 1885, p. 410). Notons qu'il s'agit

plier à une justice supérieure : elles créent elles-mêmes le juste »²⁸⁰⁵, si elles sont libres. La première partie de notre étude a démontré que la seconde composante de cette équation faisait défaut, pour d'innombrables contractants.

782. – Le volontarisme social : pragmatique. Au-delà du fait que ce choix nous paraît pleinement approprié pour mener la théorie du contrat vers une position souhaitable, il nous semble conforté par l'évolution de la matière contractuelle. L'heure n'est-elle pas, en effet, plus que jamais aux mécanismes destinés à permettre aux contractants présumés faibles (au-delà des critiques tenant à leur qualification) de rehausser leur consentement lorsqu'ils sont en situation de faiblesse informationnelle²⁸⁰⁶ ? Et ce, d'ailleurs, tandis que la sanction de l'objectivement juste est toujours refusée en droit français (i.e. la lésion)²⁸⁰⁷ ? Cette tendance à se préoccuper de la qualité du consentement, au moins en apparence, en dit long sur l'idéologie suivie, en ce qui concerne le rôle de la volonté. Le volontarisme social est donc représentatif, nous semble-t-il, du droit positif en la matière²⁸⁰⁸. Souvenons-nous que Gounot s'interrogeait déjà, il y a plus de cent ans, à l'endroit de l'ère de l'autonomie de la volonté, et de l'œuvre doctrinale et jurisprudentielle : « *N'ont-elles pas été portées à ne considérer dans le contrat que l'élément volonté et à laisser de côté tous les autres ?* » ; « *le principe de liberté n'est pas seul à régir la matière des obligations et particulièrement celle des contrats. Le Code consacre aussi le principe d'équité et celui de la bonne foi (...)* » ; peut-être pouvait-on alors déjà distinguer « *l'affirmation de la nécessaire subordination de la volonté contractuelle à la justice, ou même la reconnaissance de l'élément de fonction sociale inclus dans chaque manifestation juridique des droits individuels* »²⁸⁰⁹.

783. – Le volontarisme social : un compromis terminologique approprié. Le plus important réside dans la combinaison terminologique de cette théorie. En effet, nuancer la source originelle du pouvoir de la volonté n'est pas suffisant. Encore faut-il expliquer correctement pourquoi ces mêmes bornes sont fixées par la loi, et la raison pour laquelle elles devraient protéger la partie faible. Et c'est bien là que le prisme du social est approprié. Les salutaires instigateurs du social dans le droit ne caractérisaient-ils pas la nécessité de protection du faible, précisément par l'indispensable prise en compte des circonstances socio-économiques qui entourent la conclusion des contrats²⁸¹⁰ ? Ainsi le volontarisme social permet-il de juguler les excès de l'autonomie de la volonté, et d'en prendre un contrepied raisonnable par le rappel essentiel que « *le contrat est un fait social* »²⁸¹¹, et que l'enjeu de son régime n'est pas uniquement de réguler les échanges, mais d'être un « *instrument d'organisation sociale* »²⁸¹². Ce rappel

alors bel et bien, ni plus ni moins, de l'idéologie qui imprègne l'intégralité de notre étude.

²⁸⁰⁵ E. Gounot, th. préc., p. 73

²⁸⁰⁶ V. not. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, op. cit., n° 117, p. 94

²⁸⁰⁷ V. *supra* n° 45

²⁸⁰⁸ Et l'argument vaut donc tout autant pour l'ensemble des tentatives prétorienne d'adaptation du droit commun en faveur d'un contractant (considéré comme) faible, V. le titre second de la première partie de notre étude.

²⁸⁰⁹ E. Gounot, th. préc., p. 24

²⁸¹⁰ V. *supra* n° 15

²⁸¹¹ E. Gounot, th. préc., spéc. p. 142 : « *par le fait de l'interdépendance des hommes, chaque exercice de nos droits se répercute forcément, en bien ou en mal, sur les conditions sociales ou économiques de l'activité de nos semblables ; que, par conséquent, dans la qualité même de cette répercussion, nos droits peuvent trouver une limite* » (ibid., p. 330). Cela mènera donc à « *orienter d'autorité les volontés contractantes dans le sens exigé par la justice sociale et le bien commun* » (ibid., p. 331).

²⁸¹² J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, n°s 12, p. 447 et s. ; Adde G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, n°s 40 et s., p. 35 et s. (sur l'introduction de « *plus de sens social* » dans le contrat, en réponse aux excès de l'autonomie de la volonté).

permet deux choses essentielles, qui nous confortent dans l'adhésion : d'une part, percer la fiction d'égalité parfaite et concrète entre les hommes (qui forme le postulat de l'individualisme classique)²⁸¹³, car cette « *conception robinsoniste de l'homme est la fausseté même* »²⁸¹⁴ ; d'autre part, se souvenir que c'est « *au nom du bien commun que la société sanctionne le contrat* »²⁸¹⁵. Le contrat ne procède pas, en tant que tel, de la volonté : il est en revanche un fait volontaire, auquel la loi accorde une certaine puissance. Le volontarisme social trancherait enfin la sempiternelle « *antithèse de la justice et de la liberté, sur la nécessaire conciliation à établir entre l'autonomie individuelle et les exigences de la solidarité sociale* »²⁸¹⁶.

784. – Pensée d'Aristote et volontarisme social : une convergence inattendue. A notre point de vue, ce n'est là, au reste, que la transposition à nos faits sociaux de la philosophie deux fois millénaires d'Aristote. Comme on l'a vu, la justice commutative ne commande nullement, comme on l'invoque pourtant le plus souvent, une équivalence entre les prestations, mais une équivalence dans l'existence des prestations. Autrement dit, il faut recevoir quelque chose que l'on regarde comme l'équivalent de ce que l'on donne, ce qui est diamétralement opposé à des considérations simplement quantitatives²⁸¹⁷. C'est en ce sens qu'Aristote considère que l'on ne peut subir une injustice volontairement²⁸¹⁸. La volonté visée renvoie à une acception élémentaire de cette notion, rationnelle car éclairée chez l'homme libre. Ainsi, nul ne peut consentir volontairement à l'injustice, « *à être traité injustement, car personne ne souhaite cela, pas même l'homme intempérant (...)* »²⁸¹⁹. La réalité dans laquelle elle s'institue est incomparable à celle que nous connaissons aujourd'hui. Il faut donc transposer ces prescriptions, et leur donner leur véritable sens, dès lors que l'on se propose de les convoquer aujourd'hui, sauf à transformer Aristote en tenant de l'asservissement des faibles. La volonté implique d'être saine pour engendrer les effets qu'il envisage. Il faut donc comprendre que ce à quoi l'on s'engage de la sorte est nécessairement juste. Ce à quoi, en ces termes précis, nous adhérons.

785. – Adéquation globale avec notre conception du volontarisme (et volontarisme rationalisé, thèse de Mme Chardin). Le volontarisme social fait ici écho à toute l'idéologie que suit en filigrane la présente étude : le compromis entre volontarisme et dirigisme, entre responsabilisation et protection.

²⁸¹³ V. en ce sens (pour ce qui est du postulat de l'autonomie de la volonté), E. Gounot, th. préc., spéc. p. 138-139 (et not. : « *On suppose deux volontés idéales, autonomes et souveraines, vivant dans un monde quelconque, ou plutôt ne vivant dans aucun monde, n'appartenant à aucun milieu social et ne dépendant que d'elles-mêmes dans l'organisation de leur vie juridique. (...) Ils ne prennent pas garde que ces volontés idéales, conçues comme absolument autonomes et indépendantes, ne sont que des fictions ; que les hommes réels en chair et en os vivent dans un milieu social déterminé, dont l'influence à chaque instant les pénètre et les domine, et auquel ils empruntent tous leurs moyens d'action (...)* »). V. plus en détails sur la réfutation de ce postulat de l'autonomie de la volonté : *ibid.*, p. 319 et s. (développements consacrés).

²⁸¹⁴ E. Gounot, th. préc., p. 321

²⁸¹⁵ E. Gounot, th. préc., p. 370

²⁸¹⁶ E. Gounot, th. préc., p. 23

²⁸¹⁷ V. sur ce point F. Chénéde (not. lorsqu'il développe fort justement ce point dans un paragraphe intitulé, assez significativement, « *Un fondement erroné : la justice commutative* » (*Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008, n^{os} 256 et s., p. 236 et s. (et les réf. citées) ; et not., de manière explicite : « *Affirmer que la justice commutative commande une équivalence objective des prestations contractuelles n'est rien moins que la trahison de la pensée aristotélicienne* » (*ibid.*, n^o 259, p. 239)). En revanche, la logique de la lésion qualifiée (sanction de déséquilibres contractuels issus de l'exploitation d'une situation de faiblesse, ou lésion subjective) est conforme à la pensée aristotélicienne (*ibid.*, spéc. n^o 278, p. 260). En effet, la limite du rôle de la volonté dans le juste avait déjà, pour Aristote, des limites, en cas, selon l'appellation adoptée, de « *fraude* » ou de « *dol* » du cocontractant.

²⁸¹⁸ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997, Livre V, p. 257 et s.

²⁸¹⁹ Aristote, *op. cit.*, Livre V, p. 260

En un mot, et l'on rejoint ici la thèse pénétrante de Mme Chardin²⁸²⁰, un volontarisme *rationnalisé*²⁸²¹. Ceci ne nous semble pas si éloigné de l'objectif aristotélicien de l'homme *prudent*²⁸²². Ainsi conçu, ce n'est pas le volontarisme qui mène à asservir le faible, mais son abandon à un pur libéralisme. Il n'y a aucune raison de ne pas placer la volonté au cœur du contrat, si l'on fournit les efforts nécessaires pour garantir à chacun d'exercer son libre arbitre, de manifester une « *volonté rationnelle* »²⁸²³. Seules les compétences du contractant doivent ainsi être appréciées pour déterminer sa faiblesse, nullement les autres considérations qui tiennent à juger sa raison²⁸²⁴ (intelligence, courage, sang-froid, habileté...), qui sont autant de caractéristiques dont la prise en compte serait éminemment réductrice de certains au profit d'autres, et qui traduirait d'une vision des hommes (et d'une manière d'appréhender la faiblesse en droit des contrats) lourde de conséquences²⁸²⁵. Nous nous rangerons donc auprès des tenants d'une conception de l'Homme digne, à l'instar de M. Dejean de la Bâtie : « *si l'intelligence est inégalement distribuée aux hommes, la raison (...) leur est pourtant commune* »²⁸²⁶. Descartes, trois siècles plus tôt (et Cicéron, deux millénaires avant²⁸²⁷), l'exprimait déjà avec une perfection déconcertante²⁸²⁸. Il s'agit donc

²⁸²⁰ N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1988. L'étude est même très ambitieuse, car elle relie ce volontarisme rationnalisé (*volonté rationnelle*) à l'autonomie de la volonté. Au lieu de le critiquer, encore, il s'agit de montrer que celle-ci serait toujours d'actualité, dans la mesure où le législateur lui a fourni la matière nécessaire pour garantir sa propre applicabilité (protections des consommateurs, par le seul prisme du contrat de crédit ; mais, en vérité, il s'agit de toute protection consumériste. Même : la thèse est une véritable encyclopédie du processus décisionnel au sens large). Autrement dit, l'autonomie de la volonté n'est pas à écarter, mais à ajuster (ibid., n^{os} 226 et s., p. 175 et s.), dès lors que ces protections modernes du consentement permettent aux contractants d'agir véritablement librement. C'est ainsi que, loin de parachever sa dislocation, ces protections, bien au contraire, alimenteraient plus que jamais sa réalité. De telle sorte que, décomplexés des excès de l'autonomie de la volonté, nous serions à même de pouvoir prôner à nouveau un volontarisme puissant. Nous pourrions synthétiser cette pensée par la formule suivante : « *C'est la volonté qui crée les effets du droit et qui en détermine le contenu. Ce principe est devenu une vieille habitude, dont le juriste moyen ne peut plus se passer. Malheureusement dans cette affirmation péremptoire, il semble y avoir un oubli impardonnable. En ajoutant l'adjectif rationnel, la définition de l'autonomie de la volonté devient celle-ci : c'est la volonté rationnelle qui crée les effets du contrat et qui en détermine le contenu. L'autonomie de la décision est l'aboutissement lointain de la méthode cartésienne* » (ibid., n^o 223, p. 172). Nous n'allons pas jusqu'à un tel rapprochement. L'autonomie de la volonté reste à nos yeux excessive, et son abandon est rendu inéluctable, même à plaider pour une forme de volontarisme comme c'est notre cas.

²⁸²¹ Le rationnel renvoyant précisément à ce qui ne se « *conçoit que par l'entendement* » (*Le nouveau Littré*, 2004, « Rationnel », p. 1154).

²⁸²² « *De l'avis général, le propre d'un homme prudent c'est d'être capable de délibérer correctement sur ce qui est bon et avantageux (...)* » (Aristote, op. cit., Livre VI, p. 284).

²⁸²³ C'est cette terminologie qui est adoptée par l'auteur dans l'ensemble de l'étude (V. spéc. ibid., n^{os} 222 et s., p. 171 et s.).

²⁸²⁴ Ce qui n'exclut donc pas les autres particularités classiquement prises en compte comme l'« *affaiblissement des facultés mentales ou physiques, notamment du fait l'âge ou de la maladie* » ou même l'« *éducation* » (N. Dejean de la Bâtie, th. préc., n^o 282, p. 225-226), car il n'y a pas ici de parti pris, de jugement de valeur du contractant en cause, seulement une considération des subjectivités qu'il revêt. V. aussi J. Carbonnier, affirmant qu'il semble donc « *raisonnable de penser qu'un individu capable est sensible à ses intérêts et en a une suffisante intelligence* » (*Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n^o 78, p. 149) (principe) ; encore faut-il qu'il soit correctement informé (exception : protection de la partie faible) ; V. aussi J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n^o 265, p. 239 (et not. : « *la preuve que l'une des parties n'a pas été en situation d'apprécier ou de défendre normalement ses intérêts justifie l'intervention des pouvoirs publics* »). V. aussi en ce sens A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, spéc. n^o 385, p. 346 (jugéant que seul « *l'environnement économique, social ou juridique* » doit être pris en compte pour déterminer la partie faible, nullement les « *qualités individuelles de la personne* »).

²⁸²⁵ V. par ex., pour un point de vue parfaitement opposé au nôtre, L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002, spéc. n^o 122, p. 91 (et not. : « *la thèse de la volonté rationnelle permet certes de protéger le plus faible mais dans un seul objectif : lui donner les moyens de se décider de manière rationnelle. Or, l'absence de valeurs supérieures autorise un exercice incontrôlé de la liberté individuelle, retrouvant les excès auxquels avait conduit la conception classique de l'autonomie de la volonté. Seuls ceux qui savent utiliser ces moyens d'aide à la décision bénéficient en réalité de la protection, mais non les autres. En réalité considérer la volonté subordonnée à la raison, c'est lui donner une image aussi idéaliste et abstraite que celle attribuée à l'autonomie de la volonté. N'est-ce pas utopique de considérer chaque homme doué du même esprit raisonnable, de surcroît de manière permanente ?* »).

²⁸²⁶ N. Dejean de la Bâtie, th. préc., n^o 191, p. 159 (et l'auteur d'ainsi poursuivre son propos : « *Or si cette idée, mal comprise, prête aux pires abus (on en déduit, au mépris de toute vraisemblance psychologique, que n'importe qui est toujours à même d'agir rationnellement), il est légitime de la retenir pour observer que l'évidence rationnelle est la même pour tous. Il s'ensuit que même un homme d'intelligence médiocre peut, s'il se trouve dans des conditions psychologiques favorables, comprendre pourquoi telle conduite est raisonnable et telle autre est déraisonnable* »).

²⁸²⁷ V. not. Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), passim., spéc. p. 50

de considérer que chacun est à même d'agir raisonnablement (volontarisme), si et seulement s'il dispose des compétences nécessaires pour saisir la nature et la portée du contrat en cause (social). Si ce n'est pas le cas, alors le droit doit intervenir pour rétablir une véritable liberté. Sinon, la protection personnaliste, objective et automatique, « *revient à admettre que les contractants, quels qu'ils soient puisqu'aucune distinction n'est faite, n'ont pas les moyens ni les capacités d'apprécier leur propre intérêt. (...) L'indifférence devant les causes du déséquilibre conduit à nier que les contractants, de manière générale, sont dotés d'une raison suffisante pour apprécier leurs intérêts* »²⁸²⁹. En définitive, retenons deux choses. D'abord, prôner le volontarisme n'est pas ignorer la faiblesse que la liberté pure suscite, c'est vouloir au contraire rétablir les conditions du libre arbitre de chacun. Ensuite, la fuite vers la protection des individus contre eux-mêmes, supposée soigner les maux d'un volontarisme dévastateur, réduit tout au contraire l'homme à un agent, si ce n'est un esclave.

786. – Adéquation globale avec le sens même du terme *volonté*. Perspectives philosophiques et psychologiques sur les implications de la volonté, qui ne peut être entendue qu'au sens de rationnelle, discursive. Il est à peine utile de redire ici que l'exigence fondamentale d'un consentement, exprimée par l'article 1108 du Code civil, renvoie à l'extériorisation de la volonté de ceux qui s'obligent par le contrat. Il est ainsi classiquement caractérisé, en droit français, par un accord de volontés. Il relève donc du truisme d'affirmer que la volonté est au cœur du contrat. Or ceci nous semble suffisant pour affirmer que l'exigence fonde, en germe, en elle-même, la protection de la partie faible. Nous renvoyons sur cette démonstration aux développements consacrés²⁸³⁰, dans lesquels nous montrons que le sens même des termes *consentement* et *volonté* convergent en ce sens. Partant, il est possible d'affirmer que la protection spéciale de la partie faible découle directement de l'article 1108 du Code civil, en transposant l'exigence d'un consentement aux nouvelles réalités socio-économiques.

787. – Adéquation globale avec une juste proportion d'interventionnisme. D'aucuns reprochent au volontarisme social qu'il pourrait impliquer « *de réduire le contrôle de la loi sur le contrat à un strict minimum* »²⁸³¹. C'est là ce qu'on lirait chez ses promoteurs²⁸³². Ce n'est pas la lecture que nous faisons de leurs prescriptions. Tout au plus insistent-ils sur la place de la volonté, qui doit prédominer la part d'intervention de la loi, qui doit rester la plus exceptionnelle possible²⁸³³. Or un contrôle de la loi *marginal* et *le plus exceptionnel possible* (éviter le dirigisme généralisé) n'engendrent en rien les mêmes

²⁸²⁸ V. par ex., car les passages pourraient être multipliés à l'envi : « *la puissance de bien juger, et distinguer le vrai d'avec le faux, qui est proprement ce qu'on nomme le bon sens ou la raison, est naturellement égale en tous les hommes ; et ainsi que la diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverses voies et ne considérons pas les mêmes choses* » (R. Descartes, *Discours de la méthode*, GF Flammarion, 2000, p. 29-30).

²⁸²⁹ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, n° 14, p. 25 (et c'est en ce sens que ce genre de système semble « *néfaste et lourd de conséquences* » pour l'auteur. Et de poursuivre : « *en détachant le contrat des volontés qui l'ont créé, la loi se place alors au-dessus de la raison humaine en considérant qu'elle sait mieux que les contractants ce qui est bon pour eux. (...) Mais est-ce le rôle de la loi de vouloir le bien des gens malgré eux ? Il nous semble dangereux d'admettre l'idée qu'une entité, quelle qu'elle soit, puisse savoir mieux que les citoyens ce qui est bon pour eux. C'est d'ailleurs sur un tel principe que se sont fondés les totalitarismes (...)* » (ibid., n° 14, p. 26).

²⁸³⁰ V. *supra* nos 545-546

²⁸³¹ Ch. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004, p. 166, n° 9

²⁸³² A savoir J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, spéc. n° 120, p. 97-98

²⁸³³ V. not. ibid., n° 120, p. 97 (et not. : « *le contrôle instauré sur les conventions (...) ne peut intervenir qu'à la marge ; il doit être strictement limité et soumis à la même appréciation de la conformité à l'intérêt général et aux intérêts privés* »).

effets. Le premier postule une limite quantitative, tandis que le second prescrit simplement, de manière d'ailleurs salubre, une règle d'équilibre. Cette dernière ne commande pas nécessairement une faible protection, mais que toute mesure soit pleinement justifiée. Certes la protection de la partie faible que nous proposons en droit commun serait, *de lege ferenda*, un dispositif important et dense : il n'en resterait pas moins, au plan intellectuel, le plus petit dénominateur commun de la conciliation entre liberté et protection des faibles. Autrement dit, le fait que le volontarisme social implique une intervention de la loi la plus fine possible rend selon nous la cohésion avec notre proposition bien plus forte que nuancée.

§II - Les fondements juridiques

788. – Plan. Les fondements juridiques peuvent également être ramenés au nombre de deux. Il y a d'abord une déclinaison de la liberté transposée au domaine contractuel, soit un aspect de la liberté contractuelle, telle qu'elle nous semble devoir être aujourd'hui interprétée (**A**). Il y a ensuite la dignité humaine, qui englobe selon nous le droit pour chacun de pouvoir exercer son libre arbitre, et ce, notamment, au moment de s'engager contractuellement (**B**).

A - En matière contractuelle : un aspect de la liberté contractuelle

789. – Plan. Il convient tout d'abord de préciser certains éléments de la notion de liberté contractuelle (1), qui seront autant d'arguments pour plaider l'adéquation de la protection générale du consentement de la partie faible avec celle-ci (2).

1 – La substance de la liberté contractuelle

790. – Plan. La liberté contractuelle n'est pas proclamée, en tant que telle, dans le Code civil. Il faut donc dire quelques mots de cette notion apparemment inexistante et pourtant omniprésente (**a**). Elle est d'ailleurs désormais pourvue d'une valeur constitutionnelle (**b**).

a – *La quête et le sens de la liberté contractuelle*

791. – Remarques liminaires explicatives. Le recours à la liberté contractuelle ne va pas de soi pour fonder la protection de la partie faible. En effet, il est vrai, certes sous une acception exacerbée, qu'elle a contribué à l'exploitation de toutes les parties faibles, aussi longtemps que les législations de protection ont manqué. Il faut donc prendre la mesure du véritable sens à donner à la liberté contractuelle pour éviter l'écueil du contresens. Cette mise en lumière nous semble devoir passer par un détour préalable. L'hypothèse du recours à la bonne foi, en lieu et place de la liberté contractuelle, permettra de comprendre pourquoi la seconde est la plus indiquée, du moins en toute cohérence avec l'idéologie de notre étude²⁸³⁴.

²⁸³⁴ J. Mestre, not., appelait à « *proclamer, en très bonne place* » la liberté contractuelle dans le titre consacré à la théorie générale

792. – La bonne foi. Hypothèse (critique) de la notion comme fondement juridique contractuel de la protection de la partie faible. Il faut consacrer quelques brèves remarques à la bonne foi²⁸³⁵, tant son utilisation pour fonder, au point de vue contractuel, la protection du consentement de la partie faible aurait potentiellement pu être choisie. Et pour cause : la notion a été ces dernières années à l'origine d'un nombre important d'évolutions en matière de justice contractuelle, essentiellement de source jurisprudentielle²⁸³⁶. A tel point, que certains travaux portant sur la réforme du droit des contrats l'avait érigée en principe directeur²⁸³⁷, et que les projets en matière d'harmonisation du droit des contrats en Europe la placent aussi globalement sur un piédestal²⁸³⁸. Elle est en outre intimement liée à l'émergence, directement ou indirectement, de nombreux concepts qui tendent à rendre le contrat plus loyal²⁸³⁹, plus coopératif²⁸⁴⁰, plus cohérent²⁸⁴¹. Le lien avec le solidarisme contractuel est étroit²⁸⁴². Mais surtout, l'adhésion avec la protection de la partie faible semble hautement établie, d'autant qu'elle a vocation à embrasser, contrairement à ce que pose l'article 1134 al. 3 du Code civil²⁸⁴³, la phase de formation du contrat²⁸⁴⁴. Indéniablement s'est-elle « accomplie » en droit des contrats²⁸⁴⁵.

793. – Raisons, pour autant, de l'exclusion de la bonne foi comme fondement juridique contractuel de la protection de la partie faible Pour autant, nous réfutons que la bonne foi constitue le fondement juridique contractuel de la protection de la partie faible. Pas que nous ayons un quelconque ressentiment envers le fait de considérer que les contractants coopéreraient, seraient

du contrat (« Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 239, n° 16).

²⁸³⁵ Brèves, nécessairement, car on l'évoque ici pour mieux en justifier la non-utilisation, et tant elle « a donné lieu à une littérature tellement abondante, que tout nouveau couplet qui lui serait consacré aurait fatalement un air de déjà vu » (D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295 et s., spéc. n° 29). V. not., sur la bonne foi, J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, nos 457 et s., p. 340 et s. (et les réf. citées).

²⁸³⁶ V. not. D. Cohen, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 517 et s.

²⁸³⁷ C'était le cas du projet Chancellerie I (2008), qui contenait un Chapitre II intitulé « Principes directeurs », au sein duquel on trouvait un art. 18 consacré à la bonne foi (« *Chacune des parties est tenu d'agir de bonne foi* »). Ces principes directeurs ont disparu dès la seconde version du projet (projet Chancellerie II (2009)). Mais la substance a, on peut le penser, subsisté, puisqu'on retrouve l'essentiel du contenu de ces anciens principes directeurs dans des dispositions introductives (précédent celles qui intéressent la formation du contrat), et not. dans un art. 6 selon lequel « *Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi* » (et de manière similaire, dans des « *Dispositions préliminaires* », à l'art. 1103 dans le projet Chancellerie IV (2015)). Ceci est repris à l'identique dans le projet Chancellerie III (2013) (art. 3). V. sur ces questions M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p. 816 et s.

²⁸³⁸ V. not. sur ce point D. Mazeaud, « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », LPA 7 mai 2004, spéc. p. 56 et s., nos 25 et s. ; *Adde* D. Cohen, art. préc., spéc. p. 529-530, n° 29

²⁸³⁹ V. not. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989. *Adde* pour un regard croisé de la notion avec le droit de la consommation (l'identifiant, essentiellement, aux protections existantes en la matière) : A. Outin-Adam, « La loyauté dans le droit de la consommation », Gaz. Pal. 5 décembre 2000, p. 36 et s.

²⁸⁴⁰ Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP G 1988, I, 3318 ; J. Mestre, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ. 1986, p. 101 et s.

²⁸⁴¹ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I et II, PUAM, 2001 (comme le souligne l'auteur (ibid., t. I, n° 2, p. 22), l'idée est ancienne mais son qualificatif est récent, et revient à B. Célice dans sa thèse (*Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968, spéc. n° 173). L'étude tourne autour de deux axes, qui reflètent selon l'auteur les deux facettes qu'implique le principe de cohérence : la cohérence appliquée au contrat (dit « *principe de cohérence contractuelle* »), et la cohérence appliquée au comportement du contractant (qualifié « *devoir de cohérence* »). V. déjà sur la cohérence B. Fages, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997, spéc. nos 592 et s., p. 320 et s.

²⁸⁴² Sur le solidarisme contractuel, V. *supra* nos 768 et s.

²⁸⁴³ « *Elles doivent être exécutées de bonne foi* » (souligné par nous).

²⁸⁴⁴ V. par ex. J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 262, p. 236-237

²⁸⁴⁵ D. Mainguy énonce en effet une formule synthétique et intéressante : « *la bonne foi n'est plus utilisée de façon simplement statique, incantatoire. La bonne foi s'est accomplie, transformée, déclinée, dynamisée, en des exigences ou obligations concrètes, particulières et nouvelles* » (« Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 169, n° 4).

loyaux. Il nous semblerait en effet intellectuellement inadéquat de croire que le système visant à garantir un consentement éclairé pour tous, et donc à protéger les parties faibles, repose sur l'idée que son partenaire soit bon²⁸⁴⁶. Tout à la fois, cela crée pour la partie faible une dépendance vis-à-vis de celui-ci et génère une forme de redevabilité de sa part : la partie forte serait louable parce qu'elle aurait aidé la partie faible. Or la réalité nous semble hautement différente : la partie forte doit rehausser le consentement de la partie faible non pas par bonne foi, par bonne conscience ou par idée de collaboration : mais très simplement parce que la loi lui impose de le faire²⁸⁴⁷. En outre, une protection basé sur le bon vouloir ne présenterait guère les attraits d'un système précis. C'est pour cela que nous retiendrons bien davantage l'idée profonde que sous-tend le principe de liberté contractuelle : plutôt que d'espérer les effets de la bonne foi, il faut les fixer.

794. – La définition de la liberté contractuelle. La liberté contractuelle, c'est « l'abandon d'une certaine liberté en vue de la création d'un rapport contraignant jugé acceptable en raison des conséquences profitables qui en émergeront (...) »²⁸⁴⁸. Plus concrètement, on la désigne le plus souvent par ses composantes : contracter ou pas, choisir son cocontractant, fixer le contenu du contrat (et, par extension) selon la forme (incluant l'absence de forme) que l'on désire²⁸⁴⁹. C'est déjà le sens et l'utilité de la notion que l'on trouve chez Domat : « *Que les engagements volontaires entre les particuliers devant être proportionnés aux différens besoins qui leur en rendent l'usage nécessaire ; il est libre à toutes personnes capables des engagements, de se lier par toute sorte de conventions, comme bon leur semble (...)* »²⁸⁵⁰. Doit-on pour autant attribuer à la liberté contractuelle les méfaits de la domination progressive des faibles ? Cette définition en fait-elle de manière décisive le bras armé de la précarisation contractuelle ? Est-elle-même nécessairement liée au volontarisme le plus exacerbé²⁸⁵¹ ? « *faut-il se résigner à une liberté contractuelle constamment rongée par ses propres excès* »²⁸⁵² ? « *La liberté fait-elle toujours aussi peur qu'il faille en préserver la personne ? Sous prétexte que le titulaire de cette liberté risque d'en faire mauvais usage, serait-il préférable de la lui reprendre ?* »²⁸⁵³. Bien sûr, nous ne le pensons pas.

²⁸⁴⁶ V. en ce sens D. Cohen, art. préc., spéc. p. 531-532, n° 32

²⁸⁴⁷ « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* » (art. 1, *Déclaration universelle des droits de l'homme*). Ces prescriptions nous semblent ainsi tout autant devoir être garanties par les exigences de la loi, et non pas être considérées comme suffisantes en tant que telles. La protection de la partie faible, entre autres, ne saurait être abandonnée à la diligence de chacun. Lorsqu'il y a contrat et lorsqu'il y a des affaires, la politique des bons sentiments ne peut suffire à garantir la protection des faibles.

²⁸⁴⁸ P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, Dalloz, 2008, n° 2, p. 2 ; *Adde* de manière plus élémentaire sur la liberté contractuelle : L. Leveneur, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », *AJDA* 1998, p. 676 et s.

²⁸⁴⁹ V. par ex. M. Latina, *Rép. civ.* Dalloz, « Contrat (Généralités) », déc. 2013 (m.a.j. 2014), nos 70 et s. ; cette sorte de définition entrera probablement au sein du droit positif. En effet, le projet Chancellerie I (2008), qui contenait un Chapitre II intitulé « *Principes directeurs* » (mentionné ci-avant) au sein duquel on trouvait des art. 15 et 16 faisant écho à cette acception de la notion). Ces principes directeurs ont disparu dès la seconde version du projet, comme on l'a vu. Mais la substance a, on peut le penser, subsisté, puisqu'on retrouve l'essentiel du contenu de ces anciens principes directeurs dans les « Dispositions préliminaires » du projet Chancellerie IV (2015) (art. 1101 et s.). V. sur ces questions M. Mekki, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816 et s.

²⁸⁵⁰ J. Domat, *Traité des lois*, in *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Libr. P. Aubouin, Paris, 2^{ème} éd., 1697, IX (9^e règle. Liberté de toutes sortes de conventions)

²⁸⁵¹ V. not. P.-Y. Gahdoun, th. préc., n° 17, p. 19 (et not. : « *De toutes les grandes libertés habituellement recensées, la liberté contractuelle est sans doute l'une de celles dont on a le plus débattu. Plus ou moins fermement rattachée à l'individualisme outrancier en marche dans la France du XIX^e siècle, la liberté contractuelle passionne et ne suscite que rarement l'indifférence (...)* ») ; *Adde* plus en détails sur cette assimilation *ibid.*, nos 31 et s., p. 33 et s.

²⁸⁵² M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 247

²⁸⁵³ E. Dreyer, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730

795. – L'évolutivité du sens de la liberté contractuelle. La liberté d'un temps a montré ses excès : mais l'on peut renouer avec elle, en en métamorphosant l'acception. La liberté contractuelle n'a pas été un levier de la domination contractuelle en vertu de sa définition propre, d'implications immuables et intrinsèques. Il s'agit nous semble-t-il d'une notion évolutive et donc malléable. Elle s'étend à la mesure du sens que lui insuffle la philosophie sociétale d'un temps. Si celle-ci est autre, c'est le sens de la liberté contractuelle qui change avec elle : « *Vouloir prolonger cette liberté dans un contexte où elle ne joue plus également pour les deux parties contractantes est une illusion, un sophisme ou une utopie* »²⁸⁵⁴. En 1804, elle a nécessairement le sens d'un volontarisme extrême, et laisse donc pour compte les faibles²⁸⁵⁵. De nos jours, ce sens nous semble tout autre. Domat disait déjà que la liberté contractuelle n'était absolue qu'à la condition que le contrat conclu soit « *conforme à l'ordre de la société* », faisant bien sûr référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁸⁵⁶. Or les lois d'un temps divergent bien de celles d'un autre. L'on sait bien que l'universalisme est un « *mythe* »²⁸⁵⁷. Si bien qu'à l'aune de la prise de conscience contemporaine que l'on connaît, et d'une acception renouvelée du contrat tout à la fois volontariste et sociale²⁸⁵⁸, la liberté contractuelle prend un tout autre sens : il s'agit « *de retrouver la lucidité requise pour réévaluer ses vues, son rôle et ses bases et ainsi la mettre en accord avec la société contemporaine* »²⁸⁵⁹. Ainsi la liberté contractuelle ne défie-t-elle plus en rien la protection du faible : elle en devient même partie intégrante²⁸⁶⁰.

796. – Synthèse déjà perceptible chez Gounot. La célébrité de la thèse de Gounot s'explique aisément à l'aune de la richesse de son contenu. Celui-ci, notamment, s'interrogeait déjà, il y a plus de cent ans, à l'endroit de l'ère de l'autonomie de la volonté, et de l'œuvre doctrinale et jurisprudentielle : « *N'ont-elles pas été portées à ne considérer dans le contrat que l'élément volonté et à laisser de côté tous les autres ?* » ; « *le principe de liberté n'est pas seul à régir la matière des obligations et particulièrement celle des contrats. Le Code consacre aussi le principe d'équité et celui de la bonne foi (...)* » ; peut-être y avait-il déjà là « *l'affirmation de la nécessaire subordination de la volonté contractuelle à la justice, ou même la reconnaissance de l'élément de fonction sociale inclus dans chaque manifestation juridique des droits individuels* »²⁸⁶¹. Plus loin fournissait-il déjà les moyens intellectuels de souscrire à nouveau pleinement aux préceptes d'une liberté contractuelle renouvelée : « *nous croyons pourtant qu'il n'est pas impossible, sans rien abandonner des principes antérieurement établis, d'asseoir la liberté des conventions sur des bases plus larges et plus solides, et de la présenter autrement que comme un mal nécessaire. (...). Liberté et raison sont deux termes qui s'impliquent* »²⁸⁶². Ainsi, « *Puisqu'elles sont douées de raison et de liberté, ni l'une ni l'autre ne consentira d'elle-même à se dépouiller*

²⁸⁵⁴ G. Trudel, « Des frontières de la liberté contractuelle », in *Mélanges L. Baudouin*, Presses de l'Univ. de Montréal, 1974, p. 221

²⁸⁵⁵ Une formule de Gounot doit en ce sens être reproduite : « *laisser par suite les égoïsmes humains face à face, sans frein ni loi pour amortir leurs chocs et discipliner leur action, c'est consacrer juridiquement le triomphe de la force, de la ruse ou de toute autre supériorité de fait (...). (...) les forts et les habiles vivant aux dépens des faibles et des simples ; les riches toujours plus riches, les indigents toujours plus indigents ; serait-ce là l'idéal de vie d'une société ?* » (th. préc., p. 371).

²⁸⁵⁶ J. Domat, op. cit., IX (9^e règle. Liberté de toutes sortes de conventions) et XX (10^e règle. Tous engagements qui blessent les lois et les bonnes mœurs sont illicites).

²⁸⁵⁷ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010, nos 33 et s., p. 19 et s.

²⁸⁵⁸ V. *supra* nos 778 et s.

²⁸⁵⁹ G. Trudel, art. préc., p. 221 (brillamment en ce sens, outre l'ensemble de l'étude, particulièrement *ibid.*, p. 223-224).

²⁸⁶⁰ Ce qui fera l'objet de développements consacrés ci-après.

²⁸⁶¹ E. Gounot, th. préc., p. 24

²⁸⁶² E. Gounot, th. préc., p. 382

sans motif ou à faire des sacrifices hors de proportion avec les avantages correspondants (...) »²⁸⁶³. Mais (et là se trouve absolument l'essentiel) « ce n'est là qu'une présomption. Or cette présomption peut être contredite par les faits. L'égalité qu'elle suppose entre les contractants, il faut, pour la croire toujours réalisée, tout l'optimisme robuste de l'individualisme classique. Le plus superficiel regard sur le monde réel nous découvre partout entre les hommes des inégalités profondes en besoins, en savoir, en puissance économique, inégalités que la complexité croissante des rapports humains et les progrès de la division du travail social n'ont fait souvent qu'accentuer »²⁸⁶⁴. En un mot : « Lors donc que la réalité contredit la présomption, limiter la liberté au nom de la justice, ce n'est pas s'insurger contre les principes juridique suprêmes, c'est les appliquer »²⁸⁶⁵.

b – La valeur constitutionnelle

797. – Le temps de l'hostilité. Cette reconnaissance a été, il faut bien le dire, assez laborieuse²⁸⁶⁶. D'abord, au plan général, il est vrai que « longtemps, la matière a préféré les rapports politiques aux rapports personnels, la chose publique à la chose privée »²⁸⁶⁷. Ensuite, au plan particulier, le Conseil constitutionnel lui a dans un premier temps manifesté la plus grande hostilité²⁸⁶⁸. Ainsi, dans sa célèbre décision du 3 août 1994, affirmait-il brutalement « qu'aucune disposition de la Constitution ne garantit le principe de liberté contractuelle »²⁸⁶⁹. Plusieurs explications furent avancées en doctrine. En substance, la liberté contractuelle manquait de remplir les conditions élémentaires pour bénéficier d'un statut constitutionnel : une justification externe (à savoir « l'autorité du principe dans l'ordonnement juridique ») et une justification interne (visant à savoir si ce principe peut « se recommander d'un fondement constitutionnel »)²⁸⁷⁰.

798. – La dilution des critiques. Vers une valeur constitutionnelle. L'on admettra bien qu'« avec le recul, ces arguments étaient sans doute peu convaincants »²⁸⁷¹. En effet, le fondement paraissait, somme toute, relativement aisé à trouver, l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 garantissant la liberté en général, avec la force que l'on connaît²⁸⁷². En outre, cette exigence fait tout de

²⁸⁶³ E. Gounot, th. préc., p. 382

²⁸⁶⁴ E. Gounot, th. préc., p. 385

²⁸⁶⁵ E. Gounot, th. préc., p. 388

²⁸⁶⁶ V. sur cette question l'étude consacrée par P.-Y. Gahdoun, th. préc. (la première partie de l'étude est intégralement consacrée à cet avènement et ses vicissitudes).

²⁸⁶⁷ Et l'auteur de poursuivre qu'« avec l'avènement du contrôle de constitutionnalité, le contrat s'est progressivement invité dans la Constitution ; il est devenu un objet d'étude des constitutionnalistes et jalonne désormais les considérants du Conseil constitutionnel » (P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », in *Dossier. Le Conseil constitutionnel et le droit des biens et des obligations*, Cahiers cons. const. 2011, n° 31, p. 51).

²⁸⁶⁸ V. not. sur ce point l'ensemble de l'étude : E. Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », AJDA 1998, p. 651 et s.

²⁸⁶⁹ CC, 3 août 1994 (94-348 DC), « Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés » : D. 1996, p. 45, obs. X. Prétot ; D. 1995, p. 344, obs. F. Mélin-Soucramanien ; ibid., p. 351, obs. P. Gaïa ; RTD civ. 1996, p. 151, obs. J. Mestre ; P.-Y. Gahdoun parle ainsi de « constat d'un rejet explicite » (P.-Y. Gahdoun, th. préc., n° 115, p. 111).

²⁸⁷⁰ V. not. P.-Y. Gahdoun, th. préc., n° 18-19, p. 20 (et plus généralement, ibid., n°s 17 et s., p. 19 et s., car c'est autour de ces deux axes que l'auteur s'attache à mettre en lumière la découverte du statut constitutionnel de la liberté contractuelle). V. aussi M. Latina, Rép. civ. Dalloz, « Contrat (Généralités) », déc. 2013 (m.a.j. 2014), n° 12 (qui présente également ces prétendues justifications du refus d'un tel statut, avec encore l'absence de fondement constitutionnel, ou le trop grand nombre d'exceptions pour qu'il existe bien là un véritable principe ; mais aussi la limitation néfaste qu'une telle reconnaissance induirait dans l'action du législateur).

²⁸⁷¹ Gahdoun (P.-Y.), art. préc., n° 31, p. 53

²⁸⁷² Art. 4, *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces

même partie du bloc de constitutionnalité, et elle n'est donc guère difficile à détecter, et la liberté contractuelle, guère difficile à déduire²⁸⁷³. Une telle démarche avait, au surplus, abouti depuis 1982 en ce qui concerne la liberté d'entreprendre²⁸⁷⁴, pas si différente au fond de la liberté contractuelle. Sur ce qui est de l'argument du trop grand nombre d'exception pour qu'existe un principe, le raisonnement était tout aussi réfutable. En effet, il est tout à fait concevable, au contraire, d'encadrer fortement le principe afin de faire en sorte de ne conserver que ses applications les plus pleinement justifiées, pour mieux le stimuler en retour²⁸⁷⁵.

799. – Cristallisation de la valeur constitutionnelle. L'évolution s'est presque faite de manière calquée sur le renversement de ces critiques. En « *prémises d'une acceptation implicite* »²⁸⁷⁶, le Conseil constitutionnel a d'abord admis qu'elle était invocable si une atteinte lui étant portée enfreignait également un ou plusieurs autres droits constitutionnellement garantis²⁸⁷⁷. Plus que la valeur antérieure mais moins qu'une valeur constitutionnelle, la liberté contractuelle était ainsi dans un entre-deux, un principe « *sentinelle* »²⁸⁷⁸. Vint alors l'évolution partielle²⁸⁷⁹, puis décisive : la liberté contractuelle, dans sa facette tenant non plus à la protection du contrat formé mais au choix, au sens large, de conclure²⁸⁸⁰, décrochait une valeur constitutionnelle²⁸⁸¹. Le revirement était opéré²⁸⁸². Des décisions récentes ont semblé parachever cette évolution en l'unifiant, notamment en ciblant l'aspect de la liberté contractuelle portant à la fois sur le choix du cocontractant et sur le contenu du contrat²⁸⁸³. L'on voit ainsi que la

mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

²⁸⁷³ Et c'est d'ailleurs précisément ce qui sera fait. V. sur une analyse profonde de l'art. 4 DDHC, sous le prisme de sa transposabilité au domaine contractuel P.-Y. Gahdoun, th. préc., spéc. nos 60 et s., p. 56 et s.

²⁸⁷⁴ CC 16 janv. 1982 (81-132 DC), « Loi de nationalisation ».

²⁸⁷⁵ V. not. H. Barbier, obs. sous CC, 13 juin 2013 (2013-672 DC) : RTD civ. 2013, p. 832 et s. (et not., p. 832 : « *Plus une liberté est affaiblie, plus elle est clamée. Les fissures de la façade conduisent à renforcer les fondations. Serait-ce le cas de la liberté contractuelle qui gagne en profondeur ce qu'elle a perdu en étendue ?* »).

²⁸⁷⁶ P.-Y. Gahdoun, th. préc., n° 119, p. 115 (à propos de la déc. qui suit, du 20 mars 1997).

²⁸⁷⁷ CC, 20 mars 1997 (97-388 DC), « Loi créant les plans d'épargne retraite » : D. 1999, p. 234, obs. L. Favoreu ; JCP G 1997, I, 4039, obs. M. Fabre-Magnan ; JCP G 1997, I, 4066, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux (cons. n° 48 : « *Considérant que le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle ; que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis* »).

²⁸⁷⁸ V. la cristallisation de cette métaphore par B. Mathieu (obs. sous CC, 20 mars 1997, préc.) ; V. aussi sur celle-ci, et l'hommage rendu à B. Mathieu pour cette découverte, « *en ce qu'elle a rendu lisible et compréhensible – donc légitime – la position du juge constitutionnel en matière de liberté contractuelle* » (P.-Y. Gahdoun, th. préc., spéc. nos 137 et s., p. 131 et s.).

²⁸⁷⁹ D'abord par CC, 10 juin 1998 (98-401 DC), « Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail » : RTD civ. 1998, p. 796, obs. N. Molfessis ; RTD civ. 1999, p. 78, obs. J. Mestre ; JCP G 1998, I, 179, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux (cons. n° 29 : « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ») ; *Adde* CC, 13 janv. 2003 (2002-465 DC), « Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi » : D. 2003, p. 638, obs. B. Mathieu ; RDC 2003, p. 9, obs. Th. Revet (spéc. cons. n° 4, adjonction de l'art. 16 de la DDHC comme fondement).

²⁸⁸⁰ Ainsi la doctrine spécialiste détectait-elle naturellement, à partir d'ici, un « *dédoulement en matière de liberté contractuelle* » (P.-Y. Gahdoun, th. préc., nos 143 et s., p. 136 et s.). Désormais, il ne s'agissait plus seulement « *d'une liberté contractuelle visant à protéger les contrats en cours ; (...) il s'agissait d'une liberté contractuelle visant à protéger les contrats futurs, les contrats à venir* » (ibid., n° 149, p. 143). Sur l'analyse détaillée de ces deux fonctions de la liberté contractuelle, telle que constitutionnellement reconnue : ibid., nos 209 et s., p. 187 et s. (que l'auteur nomme la « *pérennité contractuelle* ») et nos 322 et s., p. 287 et s. (l'« *impulsion contractuelle* »).

²⁸⁸¹ CC, 19 déc. 2000 (2000-437 DC), « Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 » (cons. n° 37 : « *Considérant, par ailleurs, que, s'il est vrai que le dispositif institué par le législateur a notamment pour finalité d'inciter les entreprises pharmaceutiques à conclure avec le comité économique des produits de santé, (...) une telle incitation, inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution* ») ; V. aussi sur cette décision et ses profondes implications P.-Y. Gahdoun, th. préc., nos 142 et s., p. 136 et s. ; *Adde* M. Latina, Rép. civ. Dalloz, préc., nos 13 et 14 (et les réf. citées).

²⁸⁸² Gahdoun (P.-Y.), art. préc., n° 31, p. 54, parlant même, à l'égard de la décision de 2000, de solution « *révolutionnaire* ».

²⁸⁸³ CC, 17 janv. 2013 (2012-660 DC), « Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social » (spéc. cons. n° 5 : où la liberté contractuelle est d'ailleurs

liberté contractuelle puise directement sa force de l'article 4 de la Déclaration de 1789, et qu'elle a donc un fondement profond. De manière générale, elle est aujourd'hui « *sans contredit une liberté constitutionnelle* »²⁸⁸⁴. De même, la formation du contrat, par le prisme de la liberté contractuelle, est aujourd'hui vastement²⁸⁸⁵ encadrée par le Conseil constitutionnel²⁸⁸⁶.

2 – L'adéquation avec la protection de la partie faible

800. – Plan. La valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle constitue un enjeu du rattachement de cette dernière à la protection de la partie faible. C'est ainsi qu'il faut souligner que ce rattachement existe, par le prisme du lien étroit existant entre la liberté contractuelle et l'intégrité du consentement (a). Il faudra dire quelques mots, également, des implications de la valeur constitutionnelle sur la protection de la partie faible (b).

a – *Le lien avec l'intégrité du consentement*

801. – Remarque liminaire. Fondement direct : l'exigence de droit commun d'un consentement éclairé. Le premier fondement juridique d'un système de droit commun de protection de la partie faible est indéniablement à puiser dans l'exigence, de droit commun, d'un consentement. En effet, l'on a insisté sur le fait que cette exigence n'impliquait pas seulement, dans l'idée des rédacteurs du Code civil, l'expression d'une volonté (extériorisation), mais bien que celle-ci soit en outre lucide, éclairée²⁸⁸⁷. La liberté contractuelle, en ce qu'elle se confond avec le choix d'exprimer un tel consentement, constitue déjà sous cet angle l'un des fondements de la protection de la partie faible.

802. – La liberté contractuelle. Adéquation douteuse avec la protection de la partie faible, au premier abord. L'idée de fonder la protection du faible sur la liberté apparaît, pour d'aucuns, « *assez vague* »²⁸⁸⁸. Plus encore, au premier abord, la corrélation entre protection des faibles et liberté contractuelle ne saute pas aux yeux. Et pour cause : l'on a de la liberté contractuelle une image liberticide, car reliée, voire assimilée, (inexactement) à l'autonomie de la volonté²⁸⁸⁹. Elle participerait

placée sur le même plan que le droit de propriété : « *du droit de propriété des personnes privées, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et à la liberté contractuelle, qui découle de son article 4* » ; CC, 13 juin 2013 (2013-672 DC), « Loi relative à la sécurisation de l'emploi » : Dr. soc. 2013, p. 673, étude J. Barthélémy ; *ibid.*, p. 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud ; RTD civ. 2013, p. 832, obs. H. Barbier ; JCP G 2013, 929, note J. Ghestin (spéc. cons. n° 11 : « *il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini ; que, par suite, les dispositions de ce premier alinéa méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre* »).

²⁸⁸⁴ P.-Y. Gahdoun, th. préc., n° 207, p. 207

²⁸⁸⁵ Une doctrine opposerait ce « *vastement* » au « *pleinement* » : V. sur les réticences pouvant encore exister : F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », RFDA 2006, p. 2 et s.

²⁸⁸⁶ V. not. les nombreuses réf. not. jurisprudentielles citées dans l'étude de P.-Y. Gahdoun (th. préc., n° 18-19, p. 20) et leur profonde analyse, qui atteste de ce constat (particulièrement dans la seconde partie, consacrée aux fonctions : n°s 209 et s., p. 187 et s.). *Adde*, avec plusieurs années de recul en plus : P.-Y. Gahdoun, art. préc., n° 31, p. 51 et s.

²⁸⁸⁷ V. *supra* nos 545-546

²⁸⁸⁸ J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 852, n° 14

²⁸⁸⁹ V. not. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 16, p. 51 (« *L'autonomie de la volonté n'en conserve pas moins, même aujourd'hui, valeur de principe, fut-ce sous le nom plus courant de liberté contractuelle* »).

dès lors davantage de la précarisation du faible que de sa protection²⁸⁹⁰. Il n'y qu'à se rappeler la formule de Lacordaire²⁸⁹¹. Peut-être tout ceci est-il toujours partiellement vrai. Peut-être l'est-ce beaucoup moins, dès lors que l'on apporte les précisions nécessaires à la compréhension de la liberté contractuelle²⁸⁹².

803. – Corrélation avérée entre liberté contractuelle et protection du faible, ensuite. D'abord, au point de vue positiviste, la liberté contractuelle s'exerce comme on l'a vu dans le respect de la loi. Or, *de lege ferenda*, c'est résolument la loi qui protégerait la partie faible. Plus profondément, ensuite, la liberté contractuelle implique de contracter de la manière la plus arbitraire, la plus libre. Or ce serait contredire la portée d'une telle liberté que de ne pas encadrer le consentement de contractants dont on sait que les carences informationnelles vont en biaiser l'exercice. C'est au vrai dans sa facette négative que la liberté contractuelle peut être perçue comme étroitement liée à l'exigence d'un consentement intègre : si chacun est certes libre de conclure, comment choisir librement sans savoir²⁸⁹³, sans égalité avec l'autre²⁸⁹⁴ ? C'est ainsi que « *Contextualisée, la liberté contractuelle c'est donc, aussi, la quête d'une égalité dans le contrat* » : au-delà d'un « *libre accès au contrat* », un « *égal accès au contrat* »²⁸⁹⁵. En définitive, la liberté contractuelle contribue bel et bien à fonder la protection de la partie faible parce qu'elle n'a précisément de sens qu'à l'égard de contractants pleinement lucides.

804. – Adéquation particulière avec notre démarche de rétablissement du lien entre liberté et responsabilité. Par là-même, elle stimule la responsabilité, le « *complément nécessaire* » de la liberté²⁸⁹⁶. En effet, garantir une volonté éclairée à tous, c'est exiger de penser l'Homme comme devant pouvoir faire sagement ses choix, pour en être, ensuite, responsable. L'Homme conçu autrement est un esclave de ceux qui, en feignant volontairement ou non de vouloir le protéger, en définitive, l'asservissent. Alors oui, la liberté est celle d'agir déraisonnablement, celle de se tromper. Mais « *se tromper, c'est déjà choisir et choisir c'est être libre* » : « *Ce n'est pas être injuste que d'affirmer qu'il faut assumer ses mauvais choix. Soyons*

²⁸⁹⁰ On vient de l'évoquer.

²⁸⁹¹ « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit* » (cité, par ex. (la formule est omniprésente dans les études et ouvrages), par M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 61).

²⁸⁹² Une doctrine éminente relevait déjà, au début du XX^e siècle, que « *Le législateur ne limite cette liberté que dans les cas où des raisons supérieures* » l'imposent ; conçues à l'époque comme procédant « *soit de la nécessité de protéger les incapables, soit de l'intérêt général et de l'ordre public, soit des bonnes mœurs, le déterminent à édicter des règles impératives que les parties ne peuvent pas écarter* » (A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Libr. Dalloz, 7^{ème} éd., 1932, spéc. n° 9, p. 9). Or, à nouvelles *raisons supérieures* (apparition massive de la problématique de la partie faible), nouvelles *restrictions*.

²⁸⁹³ L'on est ici extrêmement proche, également, du principe de dignité humaine, autre fondement juridique de la protection générale de la partie faible, nous semble-t-il, développé ci-après (V. *infra* nos 809 et s.).

²⁸⁹⁴ V. not. sur ce point l'étude consacrée par D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriou, LGDJ, 1999 (et not. n° 108, p. 57 : « *Appliqué au contraire le principe d'égalité détecté obligerait à une non-discrimination entre les parties, mais pourrait incliner à faire admettre dans certains cas une discrimination justifiée par la situation de l'une d'entre elles, ou même plus positivement à rétablir une inégalité constatée* ») ; Adde la conception volontariste « *restaurée* » de C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, spéc. n° 17, p. 30

²⁸⁹⁵ P.-Y. Gahdoun, th. préc., n° 376-377, p. 333-334 (formule exacte, à laquelle nous adhérons particulièrement : « *L'homme est pluriel, divers, ouvrier, salarié, locataire, consommateur ou usager, et de ce constat de la diversité, de la réalité concrète de la société, on en a logiquement déduit que la liberté elle-même était plurielle, donc inégale. La revendication va alors se faire non plus sur une parfaite liberté, abstraite, mais sur une pareille liberté, concrète ; l'exigence d'un même accès au contrat, la jouissance d'un même droit et finalement le désir d'une liberté effective et raisonnée. Contextualisée, la liberté contractuelle c'est donc, aussi, la quête d'une égalité dans le contrat. A cet égard, il ne fait pas de doute que le législateur a été l'artisan majeur d'une plus grande effectivité de la liberté contractuelle de la partie jugée la plus faible* »).

²⁸⁹⁶ J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 250, p. 225

même heureux de pouvoir les réaliser car ils sont la preuve de notre liberté »²⁸⁹⁷. Avec Ripert, disons que la lésion, sauf lorsqu'elle résulte d'une « exploitation »²⁸⁹⁸ (que nous entendons de toute façon combattre à sa source par la protection informationnelle), est « la rançon de la liberté »²⁸⁹⁹. Nous ne dirions pas, pour nuancer ce propos, qu'il faille accepter l'asservissement de nombreux contractants sous le seul prétexte qu'ils exercent leur liberté. Ce ne serait d'ailleurs absolument pas le reflet de nos propositions. Mais l'idée est là : si l'on ne trouve rien d'injuste dans les mesures de protection du consentement de certains contractants, alors ne peut-on pas, dans le même temps, adresser de quelconques reproches à leur subséquente responsabilisation. Et de rejoindre ainsi la justesse de M. Malaurie : « *Le privilège extraordinaire de la liberté, c'est d'être responsable lorsqu'on est éclairé* »²⁹⁰⁰.

805. – Remarque sur le lien avec l'équité. Il y aurait, ici aussi, un lien à faire avec ce qui a été dit des rapports entre égalité et équité²⁹⁰¹. En effet, il y a bien égalité des contractants devant le principe de liberté contractuelle : chacun est libre de choisir de conclure, avec qui et sur quoi. Mais l'équité rattrape ici encore la liberté : comment considérer que le principe de liberté contractuelle est respecté, lorsque l'exigence qu'il pose ne s'exerce sainement qu'à l'égard de certains ? C'est en ce sens que l'égalité de la règle n'a guère de portée, sans le correctif de l'équité. Considérer que la liberté contractuelle fonde aussi la protection des faibles, c'est admettre la part d'équité qui doit nécessairement l'imprégner, pour être juste. C'est, en définitive, rejoindre l'éternel débat entre libertés *formelles* et libertés *réelles*²⁹⁰². Gageons que la vision de la liberté contractuelle que nous défendons s'inscrit dans une démarche qui tend à faire converger, le mieux possible, la première et la seconde.

b – Les implications de la valeur constitutionnelle

806. – Un fondement de valeur constitutionnelle : un avantage. Le lien précité établi, la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle sera autant de puissance conférée à la protection de la partie faible elle-même. Il va de soi qu'il s'agit là d'une assise confortable. Au-delà de cet argument de bon sens, l'on peut noter que cette valeur est d'autant plus souhaitable que l'intégrité du consentement tirée

²⁸⁹⁷ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, th. préc., n° 16, p. 29

²⁸⁹⁸ V. ci-après en note.

²⁸⁹⁹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927, n° 63, p. 114 (soyons précis : cette formule ne désigne pas véritablement l'opinion de Ripert, il faut la replacer dans son contexte. « *La lésion dans le contrat n'est, pour le défenseur de l'autonomie de la volonté, que la conséquence fatale de la lutte des intérêts. Le législateur a donné sa protection aux incapables et relevé ceux dont le consentement a été vicié. Que les autres se défendent eux-mêmes. Le danger de la lésion est la rançon de la liberté* »). Ceci étant dit, sa pensée n'est guère éloignée, en substance. V. not. *ibid.*, spéc. nos 69 et s., p. 124 et s., qui critique précisément l'idée de simple équivalence (n° 69, p. 124 : « *On ne saurait en effet réduire sans danger l'idée de lésion à la disproportion des obligations avec ou sans limite de calcul, car, pour donner une forme juridique à la règle, on la dépouille alors de son caractère moral, ruinant son fondement sans pour cela arriver à la précision technique que l'on vise* » ; et aussi, plus loin (*ibid.*, n° 85, p. 156 : « *Ce n'est pas la différence de valeur des prestations qui, par elle-même, dans le contrat, est constitutive de la lésion* »)), préférant bien davantage la lésion qui résulte d'une « *exploitation du contractant* » (n° 70, p. 126, soit, not., que celui-ci « *s'est trouvé dans la nécessité de contracter ou bien il s'est trompé sur la valeur de la chose et l'autre partie a abusé de cette situation pour lui extorquer une promesse* »). Par où l'on comprend l'importance de l'idée morale dans l'admission d'un tel mécanisme : « *La lésion change alors de caractère. Elle apparaît comme l'injustice commise par l'abus du contrat. Le résultat montre la déloyauté de la lutte entre les contractants. L'inégalité des prestations n'est pas la cause de la nullité du contrat, mais la preuve qu'il existe une autre cause de nullité : l'exploitation de l'un des contractants par l'autre* » (*ibid.*, n° 70, p. 126). Partant, lorsqu'il n'y a pas faiblesse exploitée, la lésion est bien pour Ripert la rançon de la liberté.

²⁹⁰⁰ Ph. Malaurie, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2002 (99-15.217), Defrénois 2003, p. 316

²⁹⁰¹ V. *supra* nos 749 et s.

²⁹⁰² V. not. sur cette dialectique, R. Aron, *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, 1965, spéc. p. 71 et s. (chapitre II spéc. consacré à la confrontation des deux notions).

de l'exigence d'un consentement de l'article 1108 du Code civil, si elle était suffisante à fonder l'idée de protection du faible²⁹⁰³, ne disposait naturellement que d'une valeur légale. Toute norme de valeur supérieure aurait donc relégué la protection de la partie faible à un rang inférieur. De par les fortes valeurs qu'elle véhicule²⁹⁰⁴, ceci n'aurait guère été tolérable. Condorcet ne liait-il pas, déjà, au lendemain de la Révolution, la liberté de *juger* et le principe d'une *constitution libre*²⁹⁰⁵ ?

807. – Un fondement de valeur constitutionnelle : une contrainte ? L'on a brièvement dit que la liberté contractuelle recouvre au vrai deux facettes : celle, positive, qui tend à un absolutisme de la liberté contractuelle, et celle, négative, qui tend à prendre en compte les implications implicites de cette exigence, autrement dit l'intégrité du consentement. Avouons-le pour autant, la première de ces acceptations prime, à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel²⁹⁰⁶. Il y aurait donc semble-t-il une crainte légitime que la propre valeur de la liberté contractuelle ne se retourne au final contre l'objectif qu'on a tenté de lui prêter : en garantissant une liberté absolue et constitutionnelle, voilà que l'intensité de la règle jouerait contre sa tangibilité par des aménagements législatifs en faveur de l'équité et donc du faible²⁹⁰⁷. C'est ainsi que la liberté contractuelle marquerait à la fois l'émancipation de la partie faible mais aussi son asservissement, selon la manière avec laquelle elle est encadrée et perçue.

808. – Une contrainte imaginée, un avantage pragmatique. Au vrai, la critique semble imaginaire. En effet, ce qui vient d'être dit n'évince bien évidemment pas, comme certaines critiques l'avaient affirmé, toute possibilité de limiter la liberté contractuelle : « *Reconnaître, c'est admettre mais c'est aussi soumettre* »²⁹⁰⁸. La solution est d'ailleurs assez classique²⁹⁰⁹, et s'applique naturellement à la liberté contractuelle²⁹¹⁰. Les critiques n'ont donc guère lieu d'être, d'autant que ces limitations de la liberté contractuelle apparaissent salutaires, car « *nombre de ces interventions législatives ont précisément pour but de protéger la partie faible en lui restituant la liberté que sa faiblesse rendait illusoire* »²⁹¹¹. D'ailleurs, même à

²⁹⁰³ V. *supra* nos 545-546

²⁹⁰⁴ V. not. sur la dignité humaine, *infra* nos 809 et s.

²⁹⁰⁵ N. de Condorcet, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, GF-Flammarion, 1994, spéc. p. 80-81 (« *Mais une constitution vraiment libre, où toutes les classes de la société jouissent des mêmes droits, ne peut subsister si l'ignorance d'une partie des citoyens ne leur permet pas d'en connaître la nature et les limites, les oblige de prononcer sur ce qu'ils ne connaissent pas, de choisir quand ils ne peuvent juger* »). Les Mémoires datent de 1791.

²⁹⁰⁶ Préc.

²⁹⁰⁷ Il y aurait en effet limitation du champ d'action législatif, subséquent à la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle (P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », in *Dossier. Le Conseil constitutionnel et le droit des biens et des obligations*, Cahiers cons. const. 2011, n° 31, p. 59-61, et les réf. citées).

²⁹⁰⁸ H. Barbier, obs. sous CC, 13 juin 2013 (2013-672 DC), RTD civ. 2013, p. 833 (« *Tant de lauriers normatifs ne feront pas oublier que la liberté contractuelle n'est ainsi reconnue et protégée qu'à la mesure de la nécessité et la proportionnalité des atteintes qui lui sont portées dans un but d'intérêt général, avec toute la marge de manœuvre du législateur que cela comporte. Reconnaître, c'est admettre mais c'est aussi soumettre* »).

²⁹⁰⁹ Il est vrai que l'on comprenait mal cet argument, dans la mesure où il est classique pour le Conseil constitutionnel de considérer que le législateur peut continuer à ériger des limites à de tels principes, sous réserve, simplement, qu'il s'agisse de défendre l'intérêt général et qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée : sont-ce vraiment là des raisons suffisantes pour songer à l'extinction des exceptions possibles à une norme ? (V. ainsi, pour prolonger l'ex. de la liberté d'entreprendre, CC, 16 janv. 2001 (2000-439 DC), « Loi relative à l'archéologie préventive », spéc. cons. n° 13 : « *Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »).

²⁹¹⁰ V. not. CC, 17 janv. 2013, préc. (spéc. cons. n° 5 : il « *est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice du droit de propriété des personnes privées, protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et à la liberté contractuelle, qui découle de son article 4, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »).

²⁹¹¹ M. Latina, Rép. civ. Dalloz, préc., n° 12 ; V. aussi, distinctement en ce sens, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. I,

admettre que cette valeur nouvelle limiterait les hypothèses de législation encadrant la liberté contractuelle, il n'est guère certain qu'il s'agirait d'un mal. En effet, il y a fort à parier que cette raréfaction jouerait davantage en faveur de l'intérêt général (comme la partie faible générique) qu'en faveur d'intérêts sectoriels (comme *les parties faibles*, telles qu'on les connaît aujourd'hui).

B - En matière de droit fondamental : un aspect de la dignité humaine

809. – Plan. Les enjeux de rattacher la protection générale du consentement de la partie faible à la protection de la dignité humaine²⁹¹² devront être précisés (1), avant que ne soit entreprise la démonstration d'un tel rattachement (2).

1 – Les enjeux de fonder la protection du faible sur la dignité humaine

810. – Plan. Les enjeux nous semblent de deux ordres. Le premier est idéologique et se rapproche, nous le concédons, d'une question de principe (a). Le second est bien plus objectif, tenant au parachèvement salutaire de l'acception juridique du concept de dignité humaine (b).

a – *L'enjeu idéologique*

811. – L'intérêt n'est pas la valeur constitutionnelle de la dignité humaine²⁹¹³. L'intérêt n'est pas ici d'évoquer la dignité humaine afin de fournir un fondement de valeur constitutionnelle à l'idée de protection générale de la partie faible. Bien que la dignité humaine ait effectivement cette valeur²⁹¹⁴, l'on vient de voir que le seul recours à la liberté contractuelle permettait déjà d'obtenir une solution d'une telle intensité²⁹¹⁵.

Contrat et engagement unilatéral, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 61

²⁹¹² Un auteur s'est not. proposé d'examiner la pertinence de la dignité humaine comme fondement de la protection du contractant (au sens large) « *dans sa réalité humaine* » (par opposition à la seconde partie de l'étude consacrée à la dimension patrimoniale, dont l'équité est examinée comme fondement) : L. Bruneau, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. Toulouse, 2005, nos 21 et s.

²⁹¹³ V. not., parmi une littérature bien trop abondante pour être exhaustivement citée : *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), Economica, 1999 ; Adde B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D. 1997, p. 185 et s. ; B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire », D. 1996, p. 282 et s. ; M. Houser, « Protéger la vie et la dignité de la personne humaine : une obligation source de responsabilité pour l'Etat », RDSS 2013, p. 671 et s. ; V. Saint-James, « Réflexions sur la dignité de l'être humain, en tant que concept juridique en droit français », D. 1997, p. 61 et s. ; V. aussi les importants développements consacrés à la dignité humaine par M. Mekki (*L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, nos 423 et s., p. 258 et s.).

²⁹¹⁴ V. not. CC, 27 juil. 1994 (94-343/344 DC), « Loi relative au respect du corps humain » : D. 1995, p. 237, note B. Mathieu ; ibid., p. 205, chron. B. Edelman ; ibid., p. 299, obs. L. Favoreu ; RFDA 1994, p. 1019, note B. Mathieu ; RTD civ. 1994, p. 831, obs. J. Hauser (spéc. cons. n° 2 : « *Considérant que le Préambule de la Constitution de 1946 a réaffirmé et proclamé des droits, libertés et principes constitutionnels en soulignant d'emblée que : "Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés"* ; qu'il en ressort que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle » ; Adde CC, 1^{er} août 2003 (2013-674 DC), « Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique » (spéc. cons. n° 14, exacte même formulation).

²⁹¹⁵ V. *supra* nos 797 et s.

812. – L'idée de protection du faible nous semble correspondre à l'idéal attaché à la dignité humaine. Certes, « *l'idée peut paraître audacieuse* »²⁹¹⁶. Nous tenterons pour autant de démontrer qu'une protection de droit commun de la partie faible, c'est-à-dire enfin de tous les faibles, a pour enjeux des considérations de dignité humaine. En clair, il faut souligner que chaque fois qu'une partie faible n'est pas protégée, alors qu'elle se trouve dans une situation de faiblesse informationnelle, sa dignité humaine se trouve précisément bafouée. Et ce, en tant que cette notion doit impliquer la possibilité pour chacun d'exercer toujours pleinement son libre arbitre. C'est que l'égalité *suggère l'idée de la perfectibilité indéfinie de l'homme*²⁹¹⁷. Il « *n'est qu'un roseau, le plus faible de la nature, mais c'est un roseau pensant. (...). Toute notre dignité consiste donc en la pensée. C'est de là qu'il faut nous relever, et non de l'espace et de la durée, que nous ne saurions remplir* »²⁹¹⁸.

813. – Contribuer à l'imprégnation des droits et libertés fondamentaux en droit des contrats.

L'enjeu est aussi de contribuer au processus d'imprégnation des droits et libertés fondamentaux dans le contrat²⁹¹⁹, lorsque cela est constructif et nécessaire²⁹²⁰, tout autant qu'en débloquent, sous les mêmes réserves, l'invocabilité « *aux rapports inter-individuels* »²⁹²¹. Car la dignité humaine n'aurait pas à souffrir d'une telle interaction avec les droits sociaux : plus encore ne trouverait-elle selon nous qu'une portée bien décevante si elle n'avait pas vocation à encadrer « *l'individu, aux prises avec les contradictions et les tensions du champ social* »²⁹²². Certes, pourraient naître de nouvelles discussions sur les connexions et interférences entre droit des contrats et droit des personnes²⁹²³.

²⁹¹⁶ J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 853, n° 14

²⁹¹⁷ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, GF Flammarion, 2010, p. 170-172

²⁹¹⁸ B. Pascal, *Pensées*, Le Livre de Poche, 2000, p. 171

²⁹¹⁹ Déjà largement initiée, not. par le mouvement de « *constitutionnalisation du droit privé* » sous l'œuvre du Conseil constitutionnel, relayant parfois, souvent, les positions de la CEDH. V. not. sur ces questions J.-P. Marguénaud, « L'influence de la convention européenne des droits de l'Homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p. 45 et s. ; et, surtout, la belle étude de N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1997 ; *Adde* du même auteur, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p. 65 et s. ; V. aussi Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, nos 58 et s., p. 83 et s. ; *Adde* Ch. Jamin, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), Dalloz, 2009, p. 175 et s. ; J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, spéc. p. 851 et s., nos 13 et s. ; M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 121 et s.

²⁹²⁰ Nous avons d'ailleurs examiné la cristallisation de la constitutionnalisation de la liberté contractuelle par le prisme de l'art. 4 DDHC (*V. supra* nos 797 et s.).

²⁹²¹ J. Rochfeld, art. préc., p. 853, n° 14 ; V. aussi M.-E. Ancel, « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux) », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, spéc. p. 124 et s., nos 5 et s.

²⁹²² Ce que conteste *in fine*, semble-t-il, B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire », D. 1996, p. 285 (à l'égard de la reconnaissance du droit à un logement décent comme objectif de valeur constitutionnelle not. fondé sur la dignité humaine, « *C'est ainsi non plus la personne humaine, mais l'individu, aux prises avec les contradictions et les tensions du champ social, qui est protégé. Le principe de dignité perd alors de sa spécificité : il est dilué, rabaissé au niveau des autres droits sociaux avec lesquels il entre alors en concurrence* »). V. aussi sur l'applicabilité « *horizontale* » de la dignité humaine : L. Bruneau, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. Toulouse, 2005, nos 80 et s.

²⁹²³ V. déjà sur cette question C. Labrusse-Riou, « De quelques apports du droit des contrats au droit des personnes », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 499 et s.

814. – Confirmer, en outre, que la protection du faible ne peut être uniquement abstraite et spécialisée. Un autre enjeu idéologique existe à établir que la protection du consentement de la partie faible relève plus fondamentalement de la protection de la dignité humaine. En effet, le considérer, c'est par là même établir l'indispensable nécessité d'une protection du faible en droit commun. Comment justifierait-on autrement que celle-ci ne fut-ce que personnaliste, spéciale ? Cela reviendrait à considérer que la dignité humaine n'est pas également garantie à tous les contractants, ce qui est bien sûr impensable²⁹²⁴. Ce n'est pas à dire, en revanche, que ce recours à la dignité humaine doit impliquer de protéger invariablement toutes les personnes. Certes ont-elles toutes le droit à la protection de leur dignité, mais seulement si elle risque d'être négligée, et non selon une logique abstraite et automatique²⁹²⁵.

815. – Dépasser la fiction de la personne morale. Bien sûr, la proposition de protéger le faible en droit commun couvrira des professionnels autant que des particuliers, des personnes morales autant que des personnes physiques. Or, recourir à la dignité humaine pourrait apparaître problématique pour les personnes morales : le fondement ne fonctionnerait pas, la fiction juridique faisant écran. Nous ne le pensons pas. Il a été dit que cette fiction était une commodité juridique utile, mais qu'elle ne devait pas masquer la réalité qu'elle déguise : derrière une personne morale, il y a une ou des personnes physiques, bien réelles et humaines²⁹²⁶. Partant, heurter la personne morale revient bien à heurter des êtres humains. Il est donc, selon nous, aisé de considérer que la protection du consentement de la partie faible est sous-tendue, en toute hypothèse, par la protection de la dignité humaine. Le mode d'organisation et la forme juridique se situent à un autre plan que celui qui intéresse le libre arbitre du contractant qui se cache derrière la personne morale.

b – L'enjeu notionnel

816. – Un enjeu notionnel : dépasser la conception actuelle de la dignité humaine qui ne couvre que l'intégrité physique. Le concept de dignité humaine n'a imprégné profondément le droit positif que récemment²⁹²⁷, eu égard à l'aspect « *matriciel* »²⁹²⁸ qu'il présente pourtant. Il est à rapprocher de la dialectique contemporaine entre *personne*, concept abstrait désignant de manière fonctionnelle le sujet de

²⁹²⁴ *Rappr.* C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. n° 118, p. 68 (et not. : « *Le contractant en qualité de personne physique est protégé dans sa dignité humaine et cette valeur est suprême. La qualité du cocontractant de la personne physique doit donc être indifférente. Il serait paradoxal que le législateur s'attache à l'identité du cocontractant qui se trouve à l'autre extrémité du lien contractuel, car le respect de la dignité humaine s'impose indistinctement à tous* »).

²⁹²⁵ L'on s'oppose alors aux propos qui suivent : « *La loi de 1998 est applicable à toute personne physique (...). Doit-on considérer que cette généralisation n'est pas juste ? Un argument critique est parfois avancé : seules les cautions profanes ont besoin d'être protégées en raison de leur inexpérience, à la différence des cautions non profanes telles les dirigeants d'entreprise. Nous ne sommes pas convaincus par ce raisonnement. (...). En outre, préconiser une distinction entre les cautions profanes et les autres, c'est prendre en considération l'activité exercée par la personne physique ; or, la personne physique n'est pas protégée ès qualités dans sa fonction contingente d'agent, en raison de l'exercice de telle ou telle activité, mais, comme le rappelle le législateur lui-même, en raison de « l'égalité de tous les êtres humains », c'est-à-dire de la valeur transcendante que représente la personne physique perçue dans sa dignité humaine* » (C. Noblot, th. préc., n° 143, p. 80-81).

²⁹²⁶ *V. supra* nos 142 et s.

²⁹²⁷ *V. not.* M.-L. Pavia, « La découverte de la dignité de la personne humaine », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), Economica, 1999, p. 3 et s. ; *V. aussi* B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185 et s. ; *V. aussi* sur la dignité humaine dans l'ordre juridique, les importants développements de L. Bruneau, th. préc., nos 22 et s.

²⁹²⁸ B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire », *D.* 1996, p. 285

droit, et *personne humaine*, tenant au « constat substantiel de l'existence d'un être humain » au-delà du sujet²⁹²⁹. Or cette personne humaine, socle de la protection de la dignité, apparaît naturellement comme « l'intégration, dans la notion de personne, de ses dimensions corporelle et spirituelle »²⁹³⁰. Pourtant, ce n'est pas ce qui s'évince du droit positif. En effet, force est de constater que la notion de dignité humaine peut être résumée à une fonction : protéger l'intégrité physique, autrement dit le corps humain²⁹³¹. En tant que « concrétisation charnelle de la personne »²⁹³², le corps physique semble donc, probablement pour la raison essentiellement prosaïque que ses atteintes sont aisément perceptibles, avoir décroché tous les rôles. L'enjeu, ici, de rattacher la notion à la protection du consentement de la partie faible est donc de permettre ce qui nous semblerait être un parachèvement de la notion juridique de dignité humaine, en la faisant passer le seuil de l'intégrité physique, pour parvenir jusqu'au psychique (le savoir, en l'occurrence). Autrement dit, plaider pour une conception extensive (ou simplement plénière) de la dignité humaine²⁹³³.

817. – Substance de ce cantonnement au seuil de l'intégrité physique. De nombreux éléments, à commencer par son apparition²⁹³⁴, illustrent assez ouvertement ce cantonnement à l'intégrité physique. On retrouve des preuves explicites dans certains des plus célèbres développements de la dignité humaine, tant textuels²⁹³⁵ que prétoriens²⁹³⁶. L'affirmation vaut même en droit civil²⁹³⁷, essentiellement par le relais, lui-même explicite, de l'article 16 du Code civil²⁹³⁸. Cette logique couvre, comme on le sait,

²⁹²⁹ V. sur tout ceci les développements consacrés et organisés de la sorte par J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, n^{os} 1 et s., p. 9 et s.

²⁹³⁰ J. Rochfeld, op. cit., n^o 4, p. 17 ; L. Bruneau (th. préc., n^o 20) relève aussi que « la dignité humaine impose le respect de la personne (...) dans sa dimension individuelle, comme étant corps et esprit (...) ».

²⁹³¹ D'ailleurs, et alors même que la dignité humaine y est conçue de manière large comme recouvrant corps et esprit, l'analyse de L. Bruneau (th. préc.), consacrée pour moitié (première partie de l'étude) à la confrontation du fondement de la dignité humaine et de la protection du contractant, n'aboutit, lors de la vérification pratique de la pertinence du fondement (titre II, première partie (ibid., n^{os} 116 et s.), que sur des développements liés au corps (l'on n'évoque pas la seconde partie, consacrée à la protection patrimoniale, qui s'évince donc naturellement de l'esprit) : c'est d'ailleurs l'intitulé d'une section (ibid., n^{os} 118 et s.), qui concerne essentiellement l'obligation de sécurité ; l'essentiel des autres développements est réservé à la dignité humaine au sens d'existentielle, c'est-à-dire sociale (ibid., n^{os} 203 et s.), avec le logement, le travail.

²⁹³² J. Rochfeld, op. cit., n^o 5, p. 18

²⁹³³ « L'appliquer à la protection de la partie faible dans ses rapports contractuels signifierait, d'une part, adopter la conception large de la dignité qui dépasse le seul aspect matériel de l'existence (...) pour en saisir les conditions intellectuelles et affectives (J. Rochfeld, art. préc., p. 853, n^o 14).

²⁹³⁴ Que B. Edelman distingue, au moins sous forme d'esquisse, dans la tentative d'identification de l'humanité au sein des crimes contre l'humanité d'une part, et dans le domaine des lois sur la bioéthique, d'autre part, tout ceci ayant à l'évidence trait au corps humain, au plan physique (art. préc., p. 185, n^o 3). La dignité est donc immanquablement et étroitement liée aux droits l'homme : « Cette « découverte » majeure serait due à un double phénomène : la barbarie nazie et la biomédecine. L'une comme l'autre, en effet, aurait suscité une crainte - qu'on puisse nier l'homme dans son être même - et une défense - la protection, par la dignité, de cet être de l'homme » (ibid., p. 186, n^o 5) (mais, on le verra, l'auteur partage une vision bien plus large de la dignité humaine).

²⁹³⁵ L'on rattache ainsi la dignité humaine, par ex., à l'art. 3 CESDH qui prohibe la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. D'ailleurs, le protocole n^o 13 relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances précise notamment que « Convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ». V. aussi, par ex., les art. 225-1 C. pén., formant un chapitre expressément intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne », l'ensemble des dispositions portant sur la protection du corps humain au sens large (discriminations, traite de l'humain, proxénétisme, etc.).

²⁹³⁶ CC, 27 juil. 1994 (94-343/344 DC), préc. (spéc. cons n^o 2 : « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ») ; CC, 19 janv. 1995 (94-359 DC), « Loi relative à la diversité de l'habitat » (spéc. cons. n^o 6) ; CC, 16 juil. 1996 (96-377 DC), « Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme » (spéc. cons. n^o 4). Ou encore le Conseil d'Etat (V. par ex. le célèbre arrêt CE 27 octobre 1995 (136727), « Commune de Morsang sur Orge » : RFDA 1995, p. 1204, concl. P. Frydman ; AJDA 1995, p. 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; D. 1996, p. 177, note J.-P. Lebreton ; JCP G 199, II, 22630, note L. Hamon ; RTDH 1996, p. 673, note N. Deffains).

²⁹³⁷ N. Molfessis, « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine*, préc., 1999, p. 107 et s.

²⁹³⁸ Art. 16 C. civ. : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être

un terrain d'élection extrêmement étendu de nos jours²⁹³⁹. L'objectif poursuivi par la dignité semble en rester, dans l'ensemble de ces nombreux cas, à garantir la seule et unique intégrité du corps humain.

818. – Même en matière médicale, émancipée seulement en apparence. En ce qui concerne la protection du consentement par l'information, la matière médicale est particulièrement symptomatique²⁹⁴⁰. Le recueil du consentement y est ainsi fondamental, car répondant au principe de valeur constitutionnelle de dignité de la personne humaine²⁹⁴¹. Mais le consentement doit encore être en conformité avec le droit commun, c'est-à-dire être sain, et la volonté qui le sous-tend, éclairée²⁹⁴². Mais ce rattachement de l'intégrité du consentement à la dignité humaine n'apparaît en définitive que par le prisme du droit de chacun à consentir à toute atteinte médicale, autrement dit à son intégrité corporelle²⁹⁴³. Pourtant, le but poursuivi est identique à celui de la démarche bien plus générale de protection spéciale du consentement de la partie faible²⁹⁴⁴.

819. – Enjeu supplémentaire. S'opposer à une conception de la dignité humaine génératrice de devoirs pour les individus²⁹⁴⁵. L'invocation de la dignité humaine va aujourd'hui parfois, comme on le sait, dans le sens d'une « *protection de l'individu contre lui-même* »²⁹⁴⁶. La célèbre affaire dite du *lancer de*

humain dès le commencement de sa vie ». Le sens de cette disposition s'interprète essentiellement à l'aune de toutes les suivantes, qui portent exclusivement sur le corps humain (art. 16-1 et s. C. civ.). V. not. art. 16-1 : « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ».

²⁹³⁹ Moralité publique, santé, respect du corps humain, conditions de travail, traitements inhumains ou dégradants (notamment l'esclavage moderne, les droits des détenus), discriminations et même social (notamment le droit à un logement décent, etc...). V. not. sur ce point M. Houser, « Protéger la vie et la dignité de la personne humaine : une obligation source de responsabilité pour l'Etat », RDSS 2013, p. 671 et s. ; V. Saint-James, « Réflexions sur la dignité de l'être humain, en tant que concept juridique en droit français », D. 1997, p. 61 et s.

²⁹⁴⁰ Le devoir d'information est désormais légal, depuis l'adoption de la L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. V. not. les art. L. 1111-1 et s. CSP, spéc. l'art. L. 1111-2 précisant not. que « *toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». V. not. sur ce point J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, spéc. p. 18 et s.

²⁹⁴¹ Not. depuis le célèbre arrêt « Teyssier » (Cass. req., 28 janv. 1942 : DC 1942, p. 63 ; et not. : le médecin, « *en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, (...) commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux* (...)).

²⁹⁴² Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001 (00-14.564) : Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos et note D. Thouvenin ; RTD civ. 2002, p. 176, obs. R. Libchaber ; ibid., p. 507, obs. J. Mestre et B. Fages

²⁹⁴³ Résultant aujourd'hui essentiellement du CSP (spéc. l'art. 1111-4, disposant not. (al. 3) qu'« *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* »). C'est ce qui ressort, not., de l'analyse de M. Mekki lorsqu'il analyse le consentement éclairé en perspective de la dignité humaine, dans un paragraphe intitulé, de manière significative, « *L'emprise du corps humain sur le contrat* ». (th. préc., n°s 492 et s., p. 301 et s., où la matière médicale et l'idée de protection du corps humain apparaissent essentiellement, voire exclusivement).

²⁹⁴⁴ Preuve que la vocation en filigrane, encore une fois, de ce pan du droit protecteur concerne en réalité la protection du consentement de la partie faible d'un point informationnel, la loi du 4 mars 2002 avait pour vocation de « *rééquilibrer les relations entre le professionnel de santé et le malade, en faisant de ce dernier un véritable acteur de santé* », comme l'a d'ailleurs utilement relevé M. Borgetto, « Les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 : dix ans après », RDSS 2012, p. 411 et s. ; V. aussi O. Renaudie, « La confection des lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », RDSS 2012, p. 421 et s. (affirmant que « *figurait en bonne place la nécessité d'améliorer la protection des personnes malades et, plus largement, des usagers du système de santé* »). Rapp. G. Rousset, « Le droit à l'information de l'utilisateur et du patient depuis les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », RDSS 2012, p. 431 et s.

²⁹⁴⁵ Cette question n'est pas à confondre avec celle de l'effet horizontal des droits fondamentaux : dans ce dernier cas, l'on tranche la question de l'applicabilité de ces droits aux relations entre particuliers ; dans la première, que nous examinons maintenant, il s'agit de prendre position pour une conception de la dignité humaine. Il y a là une question d'une part de champ d'application *ratione personae*, d'autre part de champ d'application *ratione materiae*.

²⁹⁴⁶ D. Roman, « « A corps défendant ». La protection de l'individu contre lui-même », D. 2007, p. 1284 et s., où la logique reste d'ailleurs bien celle de la défense du corps humain, même au sens large (l'auteur cite les exemples particulièrement significatifs des sans domicile fixe (doit-on/peut-on les forcer à être sauvés ?), des malades en fin de vie (peut-on exaucer les souhaits d'une personne mourante ?), des mères porteuses ou encore du célèbre cas dit du *lancer de nain*. *Adde* sur ce thème l'analyse brillante de G. Pignarre, « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie » (partie 2), RDC

*nain*²⁹⁴⁷ est particulièrement symptomatique. Cette personne prétendait justement que la fameuse activité de cascadeur lui permettait de vivre, financièrement, et que, partant, il souhaitait voir sa volonté respectée. Pourtant, « *par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine* »²⁹⁴⁸, et le trouble à l'ordre public est ainsi caractérisé²⁹⁴⁹. Voilà donc qu'un comportement licite peut troubler l'ordre public, par le prisme d'une atteinte à la dignité humaine. Partant, l'on distingue une « *conception du respect de la dignité humaine, génératrice d'un devoir qui s'imposerait à chacun* »²⁹⁵⁰, et qui serait justifiée en ce que « *L'humanité de chacun des hommes détermine en effet la représentation de l'humanité de tous les autres* »²⁹⁵¹. Or le problème posé par cette « *conception péremptoire* » de la dignité « *tient au fait qu'elle repose sur l'idée - régressive - que tous les individus ne sont pas capables de se comporter de façon intelligente et libre de sorte qu'il faut veiller pour eux à la défense de leur dignité* »²⁹⁵².

820. – Appréciation critique. Opposition à l'idée de protection *contre soi-même*. Cette évolution nous paraît, avec M. Dreyer, tout à la fois « *dangereuse, incohérente et illégitime* »²⁹⁵³. La liberté se trouve ainsi réduite par des considérations arbitraires, *in fine*, de bonnes mœurs²⁹⁵⁴, à la différence que, tout à coup, elles ne généreraient plus seulement des obligations pour l'Etat envers les citoyens, mais pour ceux-là mêmes. Et de ne plus pouvoir s'adonner à des activités licites, parce qu'elles terniraient la dignité humaine universelle. Voilà que l'Homme serait enchaîné à sa propre condition humaine, prohibant tout comportement de nature à l'entacher. L'Homme « *ne s'appartient plus* »²⁹⁵⁵. De tels présages, fondés sur de grands principes mais dont les effets ont tout de tyranniques, nous semblent sombres²⁹⁵⁶. Car, opposé à la liberté, le concept d' « *intérêt supérieur* »²⁹⁵⁷ fait davantage craindre le pire

2011, p. 989 et s., spéc. p. 1003-1004, n° 28 ; lire aussi R. Desgorges, « Agir contre soi », RRJ 2003, p. 37 et s. (trouvant injustifiée, au terme de l'analyse, la tendance du droit à ne pas prendre parti nettement en faveur d'une protection des individus contre eux-mêmes). *Adde* sur l'écueil de l'assimilation partie faible/incapable, *supra* nos 358, 585, 677

²⁹⁴⁷ CE 27 octobre 1995 (136727), « Commune de Morsang sur Orge » : RFDA 1995, p. 1204, concl. P. Frydman ; AJDA 1995, p. 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; D. 1996, p. 177, note J.-P. Lebreton ; JCP G 199, II, 22630, note L. Hamon ; RTDH 1996, p. 673, note N. Deffains

²⁹⁴⁸ CE 27 octobre 1995, préc.

²⁹⁴⁹ « *la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public ; que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause* » (CE 27 octobre 1995, préc.).

²⁹⁵⁰ E. Dreyer, « La dignité opposée à la personne », D. 2008, p. 2731, n° 5

²⁹⁵¹ M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle », D. 2008, p. 38 (« *Le droit doit ainsi veiller à préserver l'humanité de chaque homme, non pas pour le protéger contre lui-même, mais parce que c'est à cette condition qu'une société peut être juste et décente. L'humanité de chacun des hommes détermine en effet la représentation de l'humanité de tous les autres* »).

²⁹⁵² E. Dreyer, art. préc., p. 2733, n° 10 ; et d'ajouter (nous approuvons) : « *En d'autres termes, cette conception de la dignité exprime du mépris, chez ceux qui la professent, à l'égard de leurs concitoyens dont la volonté ne mérite pas d'être entendue et leur liberté respectée* » (ibid.).

²⁹⁵³ Il faut lire l'ensemble de la démonstration de E. Dreyer, art. préc., et not. p. 2731, n° 6 : « *Le danger est évident dès lors qu'il s'agit de fixer une limite à la liberté individuelle qui n'est prévue et encadrée par aucun texte : « en viendra-t-on également à prohiber - toujours au nom de la dignité humaine - la boxe, la lutte, la pornographie, le strip-tease, la tauromachie, le travail dans l'industrie du sexe... et quoi encore ? ». Quid de la « lofieuse » ? Du « star académicien » ? » ; « *Elle semble d'autant plus dangereuse que l'improbable « principe » de respect de la dignité humaine, s'il peut remettre en cause une liberté aussi fondamentale que la liberté individuelle, peut sans doute aussi remettre en cause d'autres droits ou libertés de moindre importance* » (ibid.). Pour ce qui est de l'incohérence, V. not. : « *Cette conception de la dignité là nous paraît incohérente car elle méconnaît profondément ce qui est de l'essence de l'homme. C'est-à-dire l'intelligence et la volonté* » (ibid., p. 2732, n° 9). *Comp.* M. Fabre-Magnan, art. préc., p. 31 et s. (nous adhérons à la partie du raisonnement selon laquelle, si le droit n'a pas à intervenir dans le rapport « *de soi à soi* », car la liberté prime et autorise donc de s'en prendre à soi, l'on ne peut « *cependant pas demander au droit de cautionner toutes ces pratiques et de les légitimer* », en invoquant par un ex. un droit subjectif à « *se mutiler, de se tuer, ou encore le « droit d'être fou* » (sic) »).*

²⁹⁵⁴ Et c'est là l'axe essentiel de l'illégitimité de cette évolution (V. not. E. Dreyer, art. préc., p. 2734, n° 13 : « *Or, le respect de la dignité humaine est utilisé comme un moyen de « re-moraliser » le droit entre les mains de ceux qui ont la présomption de croire que ledit droit peut lutter contre l'évolution des mœurs* »).

²⁹⁵⁵ E. Dreyer, art. préc., p. 2733, n° 10

²⁹⁵⁶ V. aussi en ce sens, à l'endroit du droit des contrats, C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité*

qu'espérer le meilleur. Notre invocation de la dignité se cantonnera donc naturellement à la seule fonction qu'elle doit nous sembler remplir : constituer un fondement idéologique pour justifier (et, partant, exiger) des protections législatives. Soit un comportement est illicite, et doit être sanctionné ; soit il ne l'est pas, et il ne le doit guère. Pas de place pour ces sortes d'« indignes »²⁹⁵⁸. La dignité doit être protectrice, pas liberticide. Sauf à s'abandonner à un « moralisme rampant »²⁹⁵⁹, qui n'a paradoxalement rien d'humaniste. Il faut, absolument, garder à l'esprit l'indispensable paradigme dans lequel chaque personne est douée de raison²⁹⁶⁰, dont l'expression du consentement au contrat est une émanation qu'il faut respecter dans la mesure de ce qu'impose la loi.

2 – *Le rattachement de la protection du faible à la dignité humaine*

821. – Plan. Le rattachement de la protection du consentement de la partie faible au concept de dignité humaine passe donc par une remise en cause de sa seule dimension tenant à l'intégrité physique. En effet, l'être humain nous semble indivisible, de telle sorte que la dignité humaine concerne nécessairement la dimension psychique de la personne (a). En outre, une telle vision de la dignité humaine peut être très exceptionnellement discernée en jurisprudence, de telle sorte qu'elle apparaît praticable (b).

a – *L'être humain est indivisible*

822. – La définition du droit positif n'est pas décisive et implique naturellement l'aspect psychique de l'homme. Le droit positif est donc axé sur l'intégrité physique. De là à se résigner à considérer que la dignité humaine ne peut concerner l'intégrité spirituelle, il y a un pas que nous ne franchirons pas. Il faut en effet se méprendre de confondre les sens donnés par le droit positif au concept juridique de dignité humaine et les potentialités qu'il renferme véritablement²⁹⁶¹. L'on osera, par exemple, à peine rappeler combien la bonne foi, dont la polysémie est largement comparable, a connu d'innombrables conceptions au cours des temps, voire ne serait-ce qu'à notre époque²⁹⁶². En bref, le sens d'un terme n'est pas figé, il se façonne.

823. – L'humain est indissociablement corps et esprit. Or, pour déterminer les potentialités d'un concept, raisonnons simplement : son sens juridique actuel se confond-il avec sa sémantique profonde ?

des sanctions contractuelles, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, spéc. n° 14, p. 24-26 (et not. : « Mais est-ce le rôle de la loi de vouloir le bien des gens malgré eux ? Il nous semble dangereux d'admettre l'idée qu'une entité, quelle qu'elle soit, puisse savoir mieux que les citoyens ce qui est bon pour eux. C'est d'ailleurs sur un tel principe que se sont fondés les totalitarismes : la volonté des hommes n'a plus à être prise en compte puisqu'au-dessus d'elle se trouve un veillard et sait où est le bonheur »).

²⁹⁵⁷ E. Dreyer, loc. cit.

²⁹⁵⁸ E. Dreyer, art. préc., p. 2732, n° 7

²⁹⁵⁹ E. Dreyer, art. préc., p. 2735, n° 15

²⁹⁶⁰ V. sur cette nécessité philosophique de considérer l'Homme ainsi, *supra* n° 647

²⁹⁶¹ V. not. les prescriptions tout à fait sages de B. Edelman (art. préc., p. 185 et s.), selon lesquelles, not., « Le concept de dignité se situe sur un tout autre plan. Il ne désigne pas plus - ni moins - l'essence de l'homme, que les droits de l'homme ne la désignent, mais il la signifie autrement » (ibid., p. 186, n° 9) ; et plus loin, en ouverture : « Ne soyons pas trop timides devant un nouveau concept. Au lieu de nous enfermer dans une prudence frileuse, et de céder à de vieux réflexes, faisons preuve d'audace juridique. Ici, plus qu'ailleurs, le positivisme est notre pire ennemi » (ibid., p. 188, n° 22).

²⁹⁶² V. sur la bonne foi, *supra* nos 792-793

Rien n'est moins sûr²⁹⁶³. En outre, le sens (intégrité physique) actuellement donné au concept ne semble même pas correspondre à l'intégralité du terme, entendu au sens juridique²⁹⁶⁴ : l'humanité²⁹⁶⁵. Une doctrine spécialiste affirmait ainsi que la dignité humaine constitue « *le concept juridique qui désigne ce qu'il y a d'humain dans l'homme* »²⁹⁶⁶. Or l'homme n'aurait-il d'humain que le corps ? Bien sûr, nous ne le croyons pas²⁹⁶⁷. Kant, que l'on cite parfois pour faire état de cette « *primauté de la personne* »²⁹⁶⁸, semblait déjà en accord avec une telle conception de la dignité. Ainsi lui était caractéristique de considérer l'homme non comme un moyen, mais comme *une fin en soi*²⁹⁶⁹. Traiter de la dignité humaine sans l'une ou sans l'autre est donc erroné, comme il était d'ailleurs erroné de n'indemniser en son temps que le préjudice corporel ou matériel : le préjudice moral n'a-t-il pas trouvé à être indemnisé, depuis déjà longtemps, en tant que « *dimension supplémentaire de la personnalité, ignorée jusque-là* »²⁹⁷⁰ ?

824. – Même à admettre une hiérarchie, la dimension psychique y apparaîtrait plus prédominante que secondaire. La seule liberté que nul n'a pu et ne pourra jamais extorquer à un homme, c'est celle de penser. La maîtrise du for intérieur est donc en tant que telle inaliénable, et il n'est guère invraisemblable que ceci puisse plaider en faveur d'une prédominance, à admettre une hiérarchie, de la dimension psychique sur la dimension physique. Ceci réfute donc d'autant plus que seule la seconde soit actuellement prise en compte. N'est-ce pas d'ailleurs le psychique qui distingue, selon une *doxa* bien connue, l'homme des animaux²⁹⁷¹ ? Disons-le : « *notre humanité ne peut s'identifier purement et*

²⁹⁶³ Par ex., Larousse définit la dignité comme le « *Respect dû à une personne, à une chose ou à soi-même* » (*Dictionnaire Larousse*, 1990, « Dignité », p. 336). Appliqué à la personne humaine, il apparaît nettement que, tout autant que l'homme est corps et esprit, ledit respect ne peut être dû qu'à une seule de ces composantes.

²⁹⁶⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Dignité », p. 344 : le terme a ici un sens dérivé de son sens latin originel (*dignitas*, c'est-à-dire le fait d'être digne, honorable). Il recouvre aujourd'hui bien plus largement, notamment, « *la valeur éminente qui s'attache (...) à tout personne (dignité de la personne humaine)* ». Il est très incertain que cette *valeur éminente* ne concerne que le corps : ne protège-t-on pas, en droit pénal, par ex., les individus dans leur réputation, contre la diffamation, ou contre l'humiliation par l'injure ? Par ailleurs, l'on relève dans certaines consécutions textuelles de la dignité humaine que son acception, si elle semble effectivement fortement imprégnée de l'idée de protection du corps humain, semble induire une idée hautement plus ample. V. par ex. la DUDH de 1948, qui commence d'abord, dans son préambule, par rappeler toute l'importance accordée à la dignité humaine. Ensuite, elle fait mention de la « *raison* » et de la « *conscience* » des êtres humains (art. 1^{er} : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* »). Enfin, d'une manière significative, l'art. 22, tout en rappelant d'abord des composantes larges de ce qui constitue la dignité humaine en tant que protection physique (« *Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité* »), poursuit en accentuant semble-t-il de manière tangible la dimension psychique du concept (« *et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays* »).

²⁹⁶⁵ V. not. B. Edelman, art. préc., p. 185 et s. (et not., p. 186, n° 10 : « *Elle se présente comme la réunion symbolique de tous les hommes dans ce qu'ils ont de commun, à savoir leur qualité d'être humains. En d'autres termes, elle est ce qui permet la reconnaissance d'une appartenance à un même « genre » : le genre humain* »).

²⁹⁶⁶ M.-L. Pavia, « La découverte de la dignité de la personne humaine », préc., p. 7

²⁹⁶⁷ Il faut not. lire les prescriptions de M. Mekki sur cette question, dans sa thèse magistrale consacrée à l'intérêt général. Relevant également que la dignité humaine c'est l'humanité de l'homme, « *Il convient par conséquent de ne pas limiter ce principe aux seules atteintes à l'intégrité physique* », et une « *conception extensive va de pair avec la nature du principe de dignité de la personne humaine* ». Cette position relèverait même de la « *dignité fondamentale* », qui « *s'entend de celle qui touche à la personne même, à son intégrité en tant que personne enveloppée dans un corps* », tandis que (ce qui correspond, selon nous, aux applications actuelles de la dignité) la « *dignité sociale s'attache davantage aux conditions externes, à la qualité de vie de la personne* » (th. préc., n° 442, p. 271-272).

²⁹⁶⁸ P.-J. Delage, « La primauté de la personne », D. 2011, p. 173 et s.

²⁹⁶⁹ V. not. E. Kant, *Critique de la raison pratique*, trad. F. Picavet, Libr. Germer Baillière, 1888, *passim*, spéc. p. 239 (et not. : « *Que dans l'ordre des fins, l'homme (et avec lui tout être raisonnable), soit une fin en soi, c'est-à-dire qu'il ne puisse jamais être employé par personne (même pas par Dieu) simplement comme un moyen sans être en même temps une fin pour lui-même (...)* »). V. aussi *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. H. Lachelier, Libr. Hachette, 3^{ème} éd., 1915, *passim*.

²⁹⁷⁰ Ch. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 2^{ème} éd., 2004, n° 64, p. 251

²⁹⁷¹ Ce sont là les conceptions philosophiques classiques, dans lesquelles le psychique, notamment la conscience (l'accès à la connaissance de soi, le dépassement du stade animal de perception), distingue l'homme de l'animal (la cinquième partie de la

simplement au corps »²⁹⁷². La maladie ne nous rend pas moins humain. La déraison tend, au contraire, à une telle tragédie. Ceci indique toute l'illégitimité de l'éviction de la dimension psychique de l'homme dans les applications du concept de dignité humaine.

825. – Et si le lien existe entre dignité et prise en compte du psychique, alors le lien entre dignité et protection du faible au plan informationnel peut aussi être établi. Une fois démontrée l'évidence avec laquelle la dignité ne saurait légitimement concerner que le corps de l'homme, le lien avec la protection du faible peut être établi. Et pour cause, nous pensons, avec M. Atias, qu'une « *certaine conception de l'être humain siège au fondement du contrat. Elle devrait être en harmonie avec celles qui président notamment au droit de la famille, à ceux du patrimoine et la responsabilité. Une partie à un contrat est prise comme personne en relations avec d'autres, apte à s'engager et à répondre de ses engagements* »²⁹⁷³. Partant, il est alors indubitable qu'une partie faible subit une atteinte à sa propre dignité humaine (dans sa dimension psychique) lorsqu'elle constate qu'un contrat a été passé dans l'ignorance. L'atteinte est d'autant plus grande, lorsqu'elle réalise, le cas échéant, qu'on l'a ni plus ni moins exploitée. Cela n'est guère différent lorsqu'elle ne s'en aperçoit pas, à ceci près qu'elle n'éprouve pas un tel ressentiment. Multipliée par la quantité de contractants potentiellement faibles négligés par le droit positif, cette atteinte au plein exercice d'une volonté libre justifie indubitablement la proposition de protection générale du consentement de la partie faible. Comment considérer que cette dernière ne s'inscrit pas fort logiquement dans le cadre de la protection de la dignité humaine ? Rousseau le disait déjà distinctement, en rattachant directement la liberté à l'être²⁹⁷⁴.

b – Le rattachement est praticable

826. – Dignité et protection du consentement du faible par le prisme du droit de savoir. Il existe un « *droit de savoir* »²⁹⁷⁵. Ses facettes sont multiples et touchent à des questions « *qui empruntent autant au droit qu'à la morale : peut-on, faut-il tout savoir, a-t-on le droit de tout savoir ?* »²⁹⁷⁶. La notion du droit de savoir recouvre largement celle de la protection du consentement de la partie faible : cette dernière ne constitue en effet qu'une infime partie du droit de savoir générique²⁹⁷⁷. Or, ce droit de savoir est

Méthode de Descartes est emblématique de cette réflexion, et de cette opinion (*Discours de la méthode*, GF Flammarion, 2000, p. 77 et s.). V. déjà Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), spéc. p. 21-23 (qui distingue par la raison, la perception offerte à l'humain). Cela n'empêche pas de considérer la sensibilité des animaux, et leur âme, avec respect. Les mœurs ont d'ailleurs largement évolué (V. not. très récemment sur ce thème, l'abandon du statut de *bien meuble* au profit de la qualité d'*être sensibles* (une L. n°2015-177 du 16 février 2015 est à l'origine de cette réforme. L'art. 515-14 C. civ. dispose désormais que « *Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité (...)* » ; V. déjà sur ce point et en un sens favorable à cette évolution : S. Antoine, « L'animal et le droit des biens », D. 2003, p. 2651 et s. ; Adde J.-P. Marguénaud, « Droits des animaux : on en fait trop ou trop peu ? », D. 2010, p. 816 et s.). La Fontaine est ainsi d'une actualité saisissante.

²⁹⁷² G. Pignarre, art. préc., p. 999, n° 24 (et les nombreuses réf. citées dans cette étude, not. sur ce thème).

²⁹⁷³ Ch. Atias, op. cit., p. 291

²⁹⁷⁴ V. not. J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, 2008, spéc. p. 135-136

²⁹⁷⁵ V. de la manière la plus complète sur ce thème le rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, contenant une étude complète du même nom (http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/).

²⁹⁷⁶ A. Lepage, « Avant-propos », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, 3^{ème} partie, étude : le droit de savoir*, p. 65, et l'ensemble de l'Avant-propos (p. 65 et s.) pour une étude magistrale de la notion de savoir et de ses implications et sources, tant philosophiques que pratiques (et les très nombreuses réf. citées).

²⁹⁷⁷ Le droit de savoir, en effet, touche tout autant les différentes protections du consentement en matière contractuelle, que le droit de savoir du public, particulièrement dans des hypothèses où entrent en scène d'autres enjeux d'importance, tels que la

intimement lié à l'idée de dignité humaine²⁹⁷⁸. La dignité imprègne donc, par voie de conséquence, l'idée même de protection du faible²⁹⁷⁹. L'obligation d'informer celui qui ne sait pas est donc immanquablement nimbée d'humanisme et tend pour cette raison vers la protection de la dignité²⁹⁸⁰.

827. – La dignité semble parfois, exceptionnellement mais explicitement, fonder le droit de savoir d'une partie faible. Exemple du droit subjectif à l'information en matière médicale. Le constat est suffisamment exceptionnel pour être souligné. Il semblerait que la matière médicale ait déjà donné quelques solutions qui puissent être interprétées comme rattachant la dignité humaine à la protection du consentement d'une partie faible. C'est ainsi que l'on a pu distinguer l'admission de ce qui se présenterait comme une forme de droit subjectif à l'information²⁹⁸¹. Autrement dit, la Haute Cour a pu trancher en faveur de l'existence d'un préjudice indemnisable, dès lors qu'une information a manqué et alors même qu'elle n'a pas eu d'effets préjudiciables aux points de vue matériel ou corporel, parce que le contrat était inévitable²⁹⁸².

828. – Interprétation et approbation de la solution. Une telle solution peut nous servir à affirmer qu'il est praticable d'établir concrètement le lien entre la dignité humaine et la protection du consentement de la partie faible. En effet, l'on ne distingue bien qu'un préjudice d'ordre moral, puisque l'information tue n'aurait nullement servi à éviter un contrat, même divulguée. De la sorte, le lien avec l'intégrité physique semble s'éloigner pour laisser place au psychique. La dignité humaine serait ainsi violée chaque fois qu'une information qui devait être transmise ne l'a pas été. Et l'on ne saurait qu'approuver : c'est confondre existence d'un préjudice et valeur du savoir que de considérer qu'il n'y aurait pas à protéger le consentement du faible dès lors que le contrat lui est inévitable. Le droit de savoir de la partie faible n'est pas un droit de savoir pour agir, mais un « *droit de savoir pour savoir* »²⁹⁸³. L'on adhèrera donc aux prescriptions d'une doctrine autorisée, qui affirme que « *L'absence d'information constitue en soi un préjudice moral. Inversement son obtention est source de satisfaction morale, indépendamment de son éventuelle utilité pratique, en ce que sa délivrance atteste le respect de la dignité de la personne (...). Dans une accentuation de sa dimension théorique, le droit de savoir s'émancipe de tout lien avec une action tangible dont il serait la condition préalable. À la finalité pratique, utilitaire de l'information, se substitue la valeur morale, intellectuelle du fait de savoir, qui trouve sa finalité en lui-même* »²⁹⁸⁴.

protection de la vie privée, du secret professionnel, du secret d'Etat, du secret de la presse, ou encore du droit de connaître ses origines... Le droit de savoir s'étend donc, pour être concret, du consommateur à WikiLeaks, de l'idée de transparence à celle d'autonomie de la volonté (A. Lepage, loc. cit.).

²⁹⁷⁸ A. Lepage, loc. cit.

²⁹⁷⁹ En effet, « *À cette rigueur qui s'attache à la situation de celui qui sait, s'oppose, par un effet de symétrie, la bienveillance dont il peut être fait preuve à l'égard de la personne ignorante* » (A. Lepage, art. préc., p. 68).

²⁹⁸⁰ A. Lepage, art. préc., p. 85

²⁹⁸¹ V. plus en détails sur cette question, *infra* nos 1007 et s.

²⁹⁸² C'est not. le cas du désormais célèbre arrêt Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010 (09-13.591) : Bull. civ. I, n° 128 ; AJDA 2010, p. 2169, note C. Lantero ; D. 2010, p. 1522, obs. I. Gallmeister et note P. Sargos ; *ibid.*, p. 1801, obs. D. Bert ; *ibid.*, p. 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; D. 2011, p. 35, obs. Ph. Brun et O. Gout ; *ibid.*, p. 2565, obs. A. Laude ; RDSS 2010, p. 898, note F. Arhab-Girardin ; RTD civ. 2010, p. 571, obs. P. Jourdain ; RCA 2012, n° 222, obs. S. Hocquet-Berg ; JCP G 2010, 788, note S. Porchy-Simon. V. aussi, après lui, not. Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012 (11-18.327) : D. 2012, p. 1794, note A. Laude ; RDSS 2012, p. 757, obs. F. Arhab-Girardin ; Gaz. Pal. 2012, p. 2099, note M. Bacache ; JCP G 2012, 987, note O. Gout

²⁹⁸³ A. Lepage, art. préc., p. 90

²⁹⁸⁴ A. Lepage, art. préc., p. 91. *Adde* *ibid.*, p. 66 (où l'auteur décèle d'emblée « *les limites des enjeux utilitaires du savoir, perçus comme la condition à une action ou une décision ayant une traduction tangible. C'est parfois en lui-même, pour lui-même, que le savoir revêt une valeur aux yeux de celui qui le détient ou y aspire, indépendamment de toute utilisation concrète* »).

829. – Nuance. Ces affirmations semblent naturelles. Pour autant, les manifestations précitées doivent être nuancées. Et pour cause, ces solutions restent encore trop liées à des considérations de protection de la personne, en tant que corps physique²⁹⁸⁵, même si leur lecture suggère indéniablement un infléchissement de cette contingence. Il semble, quoi qu'il en soit, que leur idéologie (idée plénière de la dignité humaine) ne doive pas être exagérée. Il n'en reste pas moins que si le droit de savoir de la partie faible trouve nous semble-t-il sa finalité en lui-même, c'est parce qu'il est sous tendu par la dignité humaine. Cela n'est-il pas conforté par le droit, déjà présent dans certaines matières, de ne pas savoir²⁹⁸⁶ ?

²⁹⁸⁵ En visant expressément les art. 16 et 16-3, al. 2 C. civ. (dans lesquels le corps est omniprésent), ou encore, de manière suggestive, les « *principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain* »).

²⁹⁸⁶ A. Lepage, art. préc., p. 67 et s., et p. 92. L'on retrouve une manifestation de ceci, not., en matière médicale (art. 35 du Code de déontologie médicale, disponible sur <http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf>), qui prescrit not. que « *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension. Toutefois, lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination* » (codifié à l'art. L. 4127-35 al. 2 CSP). Mais, ceci étant dit, il semble que la matière contractuelle implique nécessairement une prise en compte de la seule composante positive du droit de savoir : les hypothèses semblent marginales où un contractant préférerait rester dans l'ignorance de ce à quoi il s'engage. Qui, en effet, prétendrait savoir tout en ayant « *conscience de ne pas positivement savoir* », ou encore « *ferait semblant de ne pas connaître* » (A. Lepage, art. préc., p. 68) ? L'on voit bien que ces hypothèses n'ont guère de sens, appliquées à la matière contractuelle, et d'autant plus à des parties faibles.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

830. – La partie faible est identifiable et sa protection est fondée. Le premier constat est le suivant : la protection de la partie faible en droit commun semble réalisable. D’abord, son critère a été précisé. Au sens de la présente étude, voici la définition que l’on peut retenir de la partie faible : *celle qui démontre manifestement d’une situation d’infériorité informationnelle légitime*. La puissance informationnelle ne peut être mesurée qu’à l’aune des compétences, professionnelles et personnelles, des contractants. Ceux-ci doivent, pour que leur ignorance soit légitime le cas échéant, s’informer eux-mêmes dans toute la mesure qu’implique une diligence élémentaire. La preuve est facilitée par la mise en lumière d’un certain nombre d’indices de l’existence potentielle d’une partie faible, ainsi que de certaines présomptions, simples et, plus exceptionnellement, irréfragables. Encore faut-il que les compétences soient appréciées concrètement. L’on a donc réfuté les critiques portées, par une doctrine importante, contre l’appréciation *in concreto* du savoir, tenant pour l’essentiel au risque d’insécurité juridique. L’adjonction du caractère manifeste nous a permis, dans ce contexte, de dépasser encore plus sereinement ces controverses. Ensuite, l’on devait immanquablement préciser les fondements profonds d’une telle protection de la partie faible. Au plan idéologique, deux fondements ont été proposés : une conception contemporaine de la justice distributive (perspective philosophique), le volontarisme social (en tant que théorie générale du contrat renouvelée). Au plan juridique, la liberté contractuelle dûment précisée a été choisie, pour ce qui est de l’horizon contractuel, tandis que la dignité humaine, en matière de droits fondamentaux, a été utilement analysée et invoquée.

CONCLUSION DU TITRE I

831. – La proposition est souhaitable, car tout à la fois légitime, opportune, utile et enfin possible. Une proposition, pour être souhaitable, ne doit pas être simplement légitime. Encore faut-il qu'elle soit opportune, utile et, enfin, possible. Le dernier maillon de cette indissociable chaîne vient d'être étudié et, semble-t-il, vérifié. De nombreux exemples ont démontré, en outre, le fonctionnement correct et souhaitable de protections basées sur une telle logique. Au-delà d'être réalisable au plan de sa construction, la proposition est également justifiable au point de vue de ses fondements. Ne reste, au vrai, qu'une ultime étape : parfaire la démonstration de ce que cette idée est constructible, en érigeant techniquement le système de protection du consentement de la partie faible.

TITRE II

LE SYSTEME DE PROTECTION DU CONSENTEMENT DE LA PARTIE FAIBLE

« Et de plus, si on le forçait à regarder en face la lumière elle-même, n'aurait-il pas mal aux yeux et ne la fuirait-il pas en se retournant vers ces choses qu'il est en mesure de distinguer ? Et ne considérerait-il pas que ces choses-là sont réellement plus claires que celles qu'on lui montre ? ».

Platon²⁹⁸⁷

832. – Plan. L'intérêt de la qualification est de déterminer l'applicabilité d'un régime juridique²⁹⁸⁸. En conséquence, après avoir précisé les conditions de la qualification de la partie faible, il faut déterminer son régime juridique, autrement dit, les différentes mesures de protection que l'on se propose de lui attribuer²⁹⁸⁹. Mais l'élaboration d'un tel système de protection (**Chapitre II**) passera nécessairement, au préalable, par une démarche tenant à identifier les différentes caractéristiques du système le plus satisfaisant (**Chapitre I**).

²⁹⁸⁷ Platon, *La République*, trad. G. Leroux, GF Flammarion, 2004, p. 360

²⁹⁸⁸ V. par ex. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Qualification », p. 827 (définissant notamment la qualification comme l'« *Opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (...) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable) (...)* »).

²⁹⁸⁹ *Comp.* A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, nos 428 et s., p. 378 et s. (globalement, proposant un mécanisme d'encadrement de l'imprévision, de l'abus dans la fixation du prix et, enfin, un système de lutte contre les clauses abusives). Sur les profondes divergences avec notre étude, V. *supra* n° 2

CHAPITRE I

LES CONDITIONS D'UN SYSTEME DE PROTECTION SATISFAISANT

« Et entre plusieurs opinions également reçues, je ne choisissais que les plus modérées : tant à cause que ce soit toujours les plus commodes pour la pratique et vraisemblablement les meilleures, tous excès ayant coutume d'être mauvais, comme aussi afin de me détourner moins du vrai chemin, en cas que je faillisse, que si, ayant choisi l'un des extrêmes, c'eût été l'autre qu'il eût fallu suivre ».

R. Descartes²⁹⁹⁰

833. – Plan. La vérification d'un système satisfaisant tient à deux sortes de choses. Il s'agit d'abord de s'intéresser globalement à la démarche poursuivie (**Section I**). Il s'agit ensuite de s'attarder sur les précisions tenant à la technique employée (**Section II**).

²⁹⁹⁰ R. Descartes, *Discours de la méthode*, GF Flammarion, 2000, p. 56

SECTION I : LES CONDITIONS TENANT À LA DEMARCHE

834. – Plan. Il est d'abord loisible de s'interroger sur la source des mesures envisagées. Non pas leur source textuelle, qui sera comme on l'a vu le Code civil. Mais leur source originelle, pourrait-on dire. D'où viendrait ces mesures ? A l'évidence du droit de la consommation (§I). La suite tiendra compte de la prudence dont on doit faire preuve pour construire le régime de protection de la partie faible. L'on sait, et la matière consumériste est encore à cet égard riche d'enseignement, qu'une masse de protections excessive engendrerait un remède pire que le mal combattu (§II).

§I – La source des mesures de protection de la partie faible

835. – Plan. La source des règles que l'on va analyser et, le cas échéant, retenir pour la protection du consentement de la partie faible, est inévitablement consumériste. L'on sait que la matière détient depuis longtemps tout le panel des mesures modernes de protection du consentement. Mais de quelle manière les réorganiser ? Doit-on retirer au Code de la consommation ce que l'on veut attribuer à la partie faible, c'est-à-dire procéder par répartition ? Non (A). Il semble que procéder par inspiration soit bien davantage la voie à suivre (B).

A – La voie de la répartition ?

836. – Plan. Au vrai, la solution d'une répartition entre règles de droit du marché revenant au droit de la consommation, et règles civilistes revenant au Code civil semble être idoine (1). Elle va pourtant s'avérer irréalisable (2).

1 – Une solution idoine

837. – Rappel. Le droit de la consommation renferme deux sortes de règles. L'on a vu que le droit de la consommation renfermait deux sortes de règles. En effet, et alors même que sa fonction de régulation du marché ne fait plus l'objet de doutes, il contient des règles purement régulatrices mais également des dispositions de protection du consentement, de type civiliste²⁹⁹¹.

838. – Procéder par répartition semble alors la solution la plus indiquée²⁹⁹². Au premier abord, le bon sens commande sans doute de séparer les dispositions qui n'ont pas le même esprit, pour les répartir au sein du socle approprié. Concrètement, puisqu'il est avéré et assumé que le droit de la consommation est véritablement, désormais, un droit du marché, alors seules les dispositions correspondant à une fonction de régulation du marché devraient être conservées par cette matière. Il

²⁹⁹¹ V. not. *supra* nos 132 et s.

²⁹⁹² L'on citera ici l'importante œuvre collective intitulée *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), *Economica*, 2002, qui a inspiré pour une bonne part ces développements, et qui a permis de saisir les enjeux de répartir et/ou de s'inspirer.

faudrait alors « *alléger le Code de la consommation de textes relevant du droit commun* »²⁹⁹³. Au contraire, les dispositions destinées à la protection du consentement de la partie faible, d'inspiration civiliste, devraient être réintégrées par le Code civil, socle du droit commun de la protection du consentement. De cette manière, la méthode de protection finaliste et aveugle retrouverait toute sa légitimité, puisqu'uniquement applicable au droit du marché, destiné à réguler de manière systématique les pratiques commerciales, et par là même la confiance d'une catégorie de contractants. Au contraire, la logique civiliste retrouverait ses droits en ce qui concerne les contrats de droit commun. A deux logiques, deux sortes de dispositions. Nous adhérons à ces prescriptions, en tant que partisans d'une clarté et d'une efficacité optimales. Malheureusement, cette solution idéaliste n'est guère envisageable.

2 – *Une solution irréalisable*

839. – Solution idoine mais inopportune voire dangereuse. Une voie trop complexe. Il paraît tout improbable de produire une telle translation, au moins au plan de la codification. Les dispositions concernées étant d'une quantité considérable²⁹⁹⁴, et surtout d'une importance qualitative majeure au sein du Code de la consommation, le travail de translation serait fort malaisé. Il serait à l'évidence lourd et complexe, et participerait de cette simplification du droit qui implique, paradoxalement, une complexification²⁹⁹⁵. En bref, une translation idéale appellerait un déficit sérieux de l'intelligibilité du droit pendant un temps, ce qui n'est guère souhaitable²⁹⁹⁶. A titre liminaire, notons que la suppression des règles consuméristes en cause, par l'importance évoquée, cristalliserait un trou béant dans la matière. Celui-ci laisserait de très nombreux contractants dans une situation très inconfortable, ignorant si ces mesures, qu'ils avaient appris à connaître, existent encore ou pas, et si oui, où les trouver. L'insécurité juridique serait déjà tangible. Mais elle serait surtout dopée par cette absorption de règles teintées de consumérisme. En effet, si ces règles sont de nature civiliste, elles ont bien évidemment été façonnées par le législateur, déguisées pourrait-on dire, pour le droit de la consommation. Un complexe travail d'adaptation devrait être fourni, à admettre qu'il soit même possible. Une simple translation est donc, en tout cas, inenvisageable²⁹⁹⁷. En outre, les développements jurisprudentiels et doctrinaux concernant ces règles sont légions. Qu'advierait-il de ces constructions si leur base textuelle s'échappait ainsi vers l'univers du droit commun ? Devraient-elles survivre ou disparaître ? A quels égards et sur quels points ? Une immense insécurité juridique résulterait de la translation, même par adaptation éventuelle, de textes créés pour le consommateur, mais qui trouveraient soudain à s'appliquer bien autrement, bien plus largement. Cette méthode est à exclure : il serait excessif

²⁹⁹³ H. Davo, « Le Code de la consommation, 20 ans et après ? », in *Le Code de la consommation : 20 ans et après ?*, Colloque INC du 15 mars 2013

²⁹⁹⁴ Ph. Stoffel-Munck, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, p. 705 et s., spéc. nos 11 et s.

²⁹⁹⁵ V. not. sur ces effets pervers de la simplification J.-M. Pontier, « Brèves remarques sur la simplification du droit », in *La simplification du droit*, J.-M. Pontier (dir.), PUAM, 2006, p. 7 et s.

²⁹⁹⁶ Il n'en reste pas moins, à la marge, que certaines dispositions devraient véritablement disparaître du Code de la consommation pour rejoindre, par translation-adaptation, le Code civil. C'est bien sûr le cas des dispositions intéressant le cautionnement (V. not. *supra* nos 26, 514).

²⁹⁹⁷ Ph. Stoffel-Munck, art. préc., p. 706, n° 4 (et not. : « *il semble donc raisonnable d'estimer qu'une codification à part suppose un ensemble de règles qui soit ont un objet différent de celles du Code civil, soit ont, à identité d'objet, un esprit qui leur est propre* »). Or c'est évidemment (et malheureusement, au fond) le cas du droit de la consommation.

d'étendre ainsi des règles protectrices du consommateur à tous les rapports contractuels²⁹⁹⁸, même si elles semblent proches de mécanismes qui pourraient relever du droit commun.

840. – Solution idoine mais impossible. L'impulsion européenne. Voici l'argument le plus décisif : la translation serait impossible. L'on sait en effet que le droit européen constitue la source de l'essentiel de nos règles internes en droit de la consommation²⁹⁹⁹. La transposition de certaines de ses règles dans le Code civil entrerait manifestement en contradiction avec les exigences de la hiérarchie des normes, qui impose naturellement de respecter les engagements européens, et notamment celui de transposer les directives européennes ayant érigé la plupart de ces règles. Il semble donc impossible que l'on puisse ainsi revenir sur des acquis du Code de la consommation, dictés par le droit européen.

B – La voie de l'inspiration

841. – Généralités. Une fois tranchée la question de la voie de la répartition, seule la voie de l'inspiration reste à examiner. Or celle-ci peut-être complète, en dupliquant les mesures consuméristes en droit commun de la protection de la partie faible, ou seulement sélective. L'on verra que seule la seconde voie est souhaitable.

842. – Inspiration complète. Solution guère souhaitable. Toutes les règles ne sont pas adaptées à la protection générale du consentement de la partie faible (renvoi). Doit-on procéder à une inspiration parfaite, et transposer complètement les règles consuméristes de protection du consentement ? L'œuvre paraît réalisable : c'est que l'on ne dépouille plus le Code de la consommation de telles mesures. Rien n'interdit, heureusement, que l'on protège d'autres contractants d'une manière semblable au consommateur. Pour autant, la voie ne semble guère satisfaisante. En effet, seules certaines mesures consuméristes méritent d'être transposées et adaptées dans le socle de protection du consentement de la partie faible. Les seules qui soient tout à la fois adaptées à cette mission, et aptes à la remplir³⁰⁰⁰.

843. – Solution souhaitable. Une transposition sélective. Il ne faut pas faire de confusion : des dispositions consuméristes peuvent véritablement servir d'inspiration à la mise à jour du droit commun, dans la mesure où ce travail a déjà été effectué en bonne partie au sein de ce droit. Et on verra toute l'aide qu'apportera la matière consumériste dans le travail de transposition-adaptation des mesures qui seront retenues. C'est ainsi qu'une inspiration sélective sera la voie la plus souhaitable.

²⁹⁹⁸ Ph. Stoffel-Munck, art. préc., spéc. p. 708 et s., n° 13 et s.

²⁹⁹⁹ V. *supra* nos 134, 561 et s.

³⁰⁰⁰ C'est la question des conditions tenant à la technique, que nous étudierons ci-après.

§II – L'indispensable modération du système de protection de la partie faible

844. – Plan. La modération du système de protection de la partie faible est un objectif de premier ordre, dans la quête d'un système satisfaisant. L'idée de compromis a toujours été au centre du Code civil³⁰⁰¹. C'est, en effet, qu'un système excessif mène tout à la fois à des effets néfastes (A) et à des effets pervers (B).

A – Les effets néfastes d'une protection excessive

845. – Plan. Une protection excessive, entendue au sens large, correspond à différents types de maux que nous souhaitons naturellement éviter dans le cadre de notre construction. Elle provoque en effet le dérèglement de la responsabilisation des contractants selon leur position (faible/fort) (1). Elle marque également souvent une prime à la mauvaise foi de ces contractants (2).

1 – Le dérèglement de la responsabilisation des contractants

846. – Plan. Le dérèglement de la responsabilisation des contractants est naturellement très différent selon qu'on se penche du côté de la partie protégée ou du côté du contractant contre qui l'on protège. La première tend à être déresponsabilisée (a) par une protection excessive, tandis que le second se voit précarisé (b).

a – La déresponsabilisation de la partie protégée

847. – Direction : un contrat encadré, pas dirigé. Rien de trop. Le droit est « *la médiation entre le juste et le raisonnable (...)* »³⁰⁰². L'on ne veut guère du « *contrat dirigé* » que Josserand décrivait³⁰⁰³. Il faut garder à l'esprit que la protection contractuelle du consentement n'a d'essence qu'en ce qu'elle rééquilibre. L'analyse des mécanismes de protection consuméristes précités ne saurait que l'illustrer : au même titre que la protection doit être mesurée qualitativement (seuls les faibles doivent en bénéficier), elle doit être mesurée quantitativement (nombre et intensité des mesures protectrices). Il y a là une « *limite intangible : toute justice réside dans la mesure* »³⁰⁰⁴. Elle n'a tout autant de sens que si elle permet à chacun d'exercer pleinement sa liberté, entamée par les nouvelles réalités socio-économiques. Elle perd en revanche sa signification dès lors que, sous le prétexte de protéger, elle abolit en vérité cette liberté. Le droit ne protège plus s'il infantilise³⁰⁰⁵, ou s'il est une prime « *à la roublardise* »³⁰⁰⁶ : alors asservit-il

³⁰⁰¹ J. Carbonnier, « Le Code civil des français dans la mémoire collective », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, spéc. p. 1048-1049

³⁰⁰² B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 20, p. 31 ; V. déjà, not., Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850), *passim.*, spéc. p. 73 et s.

³⁰⁰³ V. not. L. Josserand, « Le contrat dirigé », DH 1933, p. 89 et s.

³⁰⁰⁴ Y. Strickler, « La protection de la partie faible en droit civil », LPA 25 oct. 2004, p. 6

³⁰⁰⁵ V. not. P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Grasset, 1995, spéc. p. 15 : « *Qu'est-ce que l'infantilisme ? Non pas seulement le besoin de protection, en soi légitime, mais le transfert au sein de l'âge adulte des attributs et des privilèges de l'enfant* ».

³⁰⁰⁶ Ph. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 129 (à l'endroit du « *souci de protection* » qui peut engendrer des excès). *Adde* en ce sens A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, spéc. p. 617, n°

bien davantage qu'il n'élève³⁰⁰⁷. Comme l'affirme ainsi M. Malaurie : « *Cette partie du droit devrait être consommée avec modération, ou, comme le disait au VI^e siècle avant notre ère, Solon, un des plus grands législateurs de tous les temps : « rien de trop »* »³⁰⁰⁸. Si l'histoire semble mettre en exergue une forme de fatalité³⁰⁰⁹, gageons avec enthousiasme que la dégénérescence de toute protection en technique perverse n'est pas inéluctable³⁰¹⁰. Convoquons les classiques exigences de la dialectique dans l'art juridique, qui commandent de confronter les positions contraires pour en tirer l'essence, l'idée juste.

848. – Ecueil de la confusion du *Loup* et du *Chien* (partie faible/incapable). L'excès implique que l'on restreigne directement ladite liberté sans avoir au préalable tenté de la laisser s'exprimer, à l'aide de protections adaptées. Une telle démarche cède à la « *Tentation de l'innocence* »³⁰¹¹, à la confusion du *Loup* et du *Chien*³⁰¹². Ce cheminement mène *in fine* la partie faible à n'être plus libre, à n'être plus responsable³⁰¹³. En effet, « *il est évident que, plus une protection juridique est élevée et abstraite, plus le degré de responsabilité du citoyen moyen s'abaisse* »³⁰¹⁴, car la responsabilité est le « *complément nécessaire* » de la liberté³⁰¹⁵. Si un contractant sait qu'il dispose d'une panoplie de moyen de sortir d'un contrat à bon compte, pourquoi fournirait-il l'effort courageux de chercher à en comprendre les subtilités ? Celui qui ne risque rien devient naturellement paresseux, un « *ignorant et un incapable majeur* »³⁰¹⁶. Transposé à la matière contractuelle, l'on peut dire que celui qui ne risque rien devient irresponsable. Il faut donc à tout prix éviter l'écueil d'une partie faible considérée comme « *un personnage incapable d'un calcul économique, d'un choix libre et éclairé, d'une décision mûrie ; et que l'on doit protéger non seulement contre autrui mais aussi contre lui-même* »³⁰¹⁷. C'est lorsqu'il a conscience que ses intérêts sont entre ses mains, que le contractant prend la peine de les confronter sérieusement au contrat envisagé. C'est en ce sens que la

22 ; X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G 1999, I, 170, spéc. n° 2

³⁰⁰⁷ Ph. Malaurie dit aussi ceci : « *le droit de la consommation, soucieux de sécurité, fait perdre au consommateur le sens du risque et le goût de l'aventure, perte qui est un des dangers mortels de notre époque* » (« L'effet prophylactique du droit civil », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 670).

³⁰⁰⁸ Ph. Malaurie, note sous Cass. com., 27 févr. 1996 (94-11.241), D. 1996, p. 518

³⁰⁰⁹ Ph. Malaurie (« L'effet pervers des lois », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, spéc. p. 310, n° 5) affirme ceci : il existe « *une sorte de règle sociologique de l'esprit, résultant de deux axiomes enchaînés : 1 / toute protection juridique tend, avec le temps, à se développer et à devenir excessive ; 2 / toute protection excessive se retourne fatalement contre la personne protégée* ».

³⁰¹⁰ Reprenons ainsi l'enthousiasme de la fin de la même étude de Ph. Malaurie (ibid., spéc. p. 316, n° 18) : « *L'effet pervers n'est pourtant ni constant, ni fatal ; le pire n'est pas toujours sûr. L'impossibilité de faire un droit parfait n'interdit évidemment pas de perfectionner le droit, ni de lutter pour le droit, contre l'injustice, contre le désordre, contre les exploités et les voyous, ni de défendre les faibles et d'assurer la liberté* ».

³⁰¹¹ P. Bruckner, op. cit. (V. plus en détails sur cette œuvre et ce thème, *supra* nos 676 et s.).

³⁰¹² La Fontaine (J. de), *Fables*, Le Livre de Poche, 2002, p. 67 (« *Le Loup et le Chien* », et not. : « – *Attaché ? dit le Loup : vous ne courez donc pas où vous voulez ? – Pas toujours, mais qu'importe ? – Il importe si bien, que de tous vos repas je ne veux en aucune sorte, et ne voudrais pas même à ce prix un trésor* ». *Cela dit, maître Loup s'enfuit, et court encor* »).

³⁰¹³ Avec toutes les réserves que le pragmatisme consumériste nous a révélées, il faut en ce sens lire la formule de J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 22, p. 23 : « *En outre, il est dangereux de donner aux consommateurs l'impression que la loi les protège en toutes circonstances et de créer ainsi chez eux une mentalité d'assistés, voire d'incapables. La surprotection risque de perpétuer la situation de faiblesse dans laquelle se trouve la plupart des consommateurs* ».

³⁰¹⁴ J.-P. Chazal, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 262

³⁰¹⁵ J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 250, p. 225

³⁰¹⁶ Ph. Malaurie, « L'effet pervers des lois », préc., spéc. p. 311, n° 7 ; *Rappr.* C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, spéc. n° 14, p. 24-26 (et not. p. 25 : la protection objective et automatique « *revient à admettre que les contractants, quels qu'ils soient puisqu'aucune distinction n'est faite, n'ont pas les moyens ni les capacités d'apprécier leur propre intérêt. Cette incapacité à gérer leurs propres besoins est érigée en principe (...)* »).

³⁰¹⁷ G. Rouhette, « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 255, n° 10 ; sur la nette distinction de la partie faible de l'incapable, V. not. A. Combaluzier-Vaude, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008, nos 335 et s., p. 304 et s. (concluant qu'il s'agit d'une confusion regrettable).

partie faible doit à tout prix et plus que jamais être distinguée de la notion d'incapable³⁰¹⁸. Elle doit être pensée autrement que le consommateur, qui s'en distingue malheureusement, parfois, difficilement³⁰¹⁹. L'évidente distinction de ces deux sortes de vulnérabilité³⁰²⁰ l'écarte immédiatement au point de vue théorique : il faut donc particulièrement s'efforcer de ne pas non plus les faire converger en pratique, le cas échéant, par l'instauration d'un système de protection de la partie faible mal construit.

849. – Ecueil corrélatif de la protection des individus contre eux-mêmes. Sortir du carcan de l'incapacité, c'est se prémunir corrélativement contre toute protection des contractants contre eux-mêmes. En effet, seules les particularités des incapables le justifient. La partie faible n'y étant en rien assimilable, elle ne doit en aucun cas être encadrée par des mesures de cette sorte. Et ce, pas même dans des domaines contractuels où une pleine information pourrait dissuader de souscrire un contrat pourtant hautement nécessaire, comme un certain « *paternalisme médical* »³⁰²¹ l'impliquait par exemple³⁰²². Voilà que l'on tairait certaines informations sur un bien ou un service par peur que la révélation de certains risques, qui existent pourtant qu'on les avoue ou non, dissuadent de contracter. Mieux vaudrait donc la dissimulation que la transparence et ce dans l'intérêt même... de l'ignorant ! L'on comprendra bien que l'on ne peut retenir une telle argumentation dans le cadre idéologique que nous adoptons, à l'égard de la protection du faible. Plutôt, donc, que de tenter de légitimer la protection de la partie faible contre elle-même, concernant des « *risques qu'elle ne mesure pas* »³⁰²³, autant s'affairer à faire en sorte qu'elle puisse les mesurer. Rappelons, en outre, que la pédagogie et la bienveillance sont auto-correctrices³⁰²⁴, si tant est que la volonté d'informer soit véritable.

850. – Paradoxe : de la protection du consentement à l'éviction de la volonté. Voilà qu'un curieux paradoxe se cristallise. Alors même que les diverses protections analysées ont pour vocation annoncée de protéger – en l'éclairant – le consentement de parties faibles pour rééquilibrer le contrat, elles diminuent, voire évincent, par leur mécanisme même, tout rôle de la volonté. Et ce, alors pourtant que le consentement, qui de surcroît n'est pas ou peu protégé, est pourtant censé l'exprimer³⁰²⁵. C'est donc d'abord se fourvoyer sur l'effet des mécanismes érigés. C'est ensuite oublier que la volonté reste

³⁰¹⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 751, p. 369 : « *Les faibles seraient-ils des incapables, impuissants à exercer leur volonté ? Doit-on leur interdire le contrat ?* » ; J.-P. Chazal, loc. cit. (et not. : « *Pourtant, la difficulté de la question ne doit pas être sous-estimée car la vulnérabilité du consommateur, si elle est véritablement établie, ne se confond pas avec celle d'incapable* »).

³⁰¹⁹ Même en considérant le consommateur comme un agent économique, « *force est de reconnaître que le droit de la consommation participe d'une infantilisation des individus* » (J.-P. Chazal, loc. cit.). Rappr. P. Bruckner, op. cit., spéc. p. 15 : « *Qu'est-ce que l'infantilisme ? Non pas seulement le besoin de protection, en soi légitime, mais le transfert au sein de l'âge adulte des attributs et des privilèges de l'enfant* ».

³⁰²⁰ V. sur les différents types de faiblesse, *supra* n°s 31 et s.

³⁰²¹ L'on a aussi rencontré une autre expression emblématique : « *l'impérialisme médical* » (R. Savatier, « Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le « permis d'opérer » et les pratiques américaines », D. 1952, p. 157 et s.).

³⁰²² V. not. en ce sens P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, RTD civ. 1997, p. 434 (et not. : « *Il ne faut pas se dissimuler toutefois qu'en dehors des difficultés pratiques que la solution nouvelle ne manquera pas de susciter, elle pourrait engendrer quelques effets néfastes pour les victimes. On pourrait craindre en particulier que celles-ci, effrayées par les risques qui leurs sont révélés, se trouvent dissuadées de recourir à une intervention nécessaire ou utile à leur santé* »).

³⁰²³ E. Dreyer, « La dignité opposée à la personne », D. 2008, p. 2730, n° 3

³⁰²⁴ P. Jourdain, obs. préc., qui poursuit utilement en affirmant, toutefois, que « *ce risque - incontestable - peut sans doute être atténué par les explications verbales qui devront accompagner nécessairement les informations communiquées par écrit et permettront au médecin d'aider le patient dans sa décision en mettant en balance les risques et les avantages de l'acte médical envisagé* ».

³⁰²⁵ Sur la subtile distinction, en ce sens, de la volonté et du consentement : M.-A. Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573 et s., spéc. n° 2 ; V. en détails sur ce point, *supra* n°s 545-546

l'élément cardinal des contrats. C'est enfin nier, en le déresponsabilisant³⁰²⁶, que l'homme instruit est digne d'exercer son libre arbitre³⁰²⁷.

851. – Exemple. Indifférence consumériste à la qualité du consentement (renvoi). Faire l'économie de la prise en compte des connaissances concrètes des contractants pour attribuer la protection consumériste mène au genre d'excès qui vient d'être exposé. En effet, l'abstraction évince le rôle de la volonté de la prétendue partie faible. Des sanctions aussi mécaniques et désincarnées tendent à l'évidence à réduire, en définitive, le libre arbitre de parties faibles, alors que l'effet escompté était simplement celui d'un rééquilibrage. L'on voit donc bien comment cet ensemble conduit davantage à une nouvelle forme d'asservissement des parties protégées qu'à leur émancipation³⁰²⁸. Il est vrai que « *prendre en compte les déséquilibres contractuels sans se référer aux causes qui leur ont donné naissance relève d'un regard général sur la condition humaine qui nous semble néfaste et lourd de conséquence* »³⁰²⁹.

b – La précarisation de la partie contre qui l'on protège

852. – Un système surprotecteur des uns engendre une hostilité excessive et injustifiée envers les autres. L'on citera, ici, une lettre de 1936³⁰³⁰, adressée à Jossierand par Achille Mestre. Celui-ci écrivit notamment la chose suivante : « *Vous dites que Ripert est 'intéressé' par le fort plus que par le faible. J'incline à penser que la loi n'est pas assez intéressée par le fort, c'est-à-dire par celui qui a réussi économiquement et je trouve qu'il y a quelque injustice (sic) à le laisser discréditer et à faire peser sur lui je ne sais quelle fâcheuse présomption de voracité et d'immoralisme. Je ne dis certes pas que tel est votre cas, mais la malveillance réelle des pouvoirs publics à l'égard des entreprises qui réussissent (décrets-lois sur l'électricité, la sucrerie, etc.) et leur condescendance envers les 'ratés', finit par être irritante. Tout cela est question de mesure et le problème consiste à être humain envers les malheureux sans décourager les autres* »³⁰³¹.

³⁰²⁶ « *Le premier danger de sanctionner les déséquilibres objectifs indépendamment de leurs causes est de déresponsabiliser les débiteurs tout en responsabilisant injustement les créanciers* » (C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, th. préc., n° 14, p. 24).

³⁰²⁷ V. *supra* n° 647

³⁰²⁸ C'est d'ailleurs là l'un des exemples phares pris par Ph. Malaurie pour illustrer son propos préc. sur les résultantes néfastes des protections excessives (« L'effet pervers des lois », préc., spéc. p. 311, n° 7).

³⁰²⁹ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, th. préc., n° 14, p. 25 (et de poursuivre ainsi : « *en détachant le contrat des volontés qui l'ont créé, la loi se place alors au-dessus de la raison humaine en considérant qu'elle sait mieux que les contractants ce qui est bon pour eux. (...) Il nous semble dangereux d'admettre l'idée qu'une entité, quelle qu'elle soit, puisse savoir mieux que les citoyens ce qui est bon pour eux* » (ibid., n° 14, p. 26) ; V. aussi J.-P. Chazal, loc. cit. (« *A cet égard, force est de reconnaître que le droit de la consommation participe d'une infantilisation des individus* »). Adde Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., n° 751, n° 369

³⁰³⁰ La même année paraissait *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (LGDJ, 1936) de G. Ripert. De notre point de vue, A. Mestre a en partie raison de pointer dans sa lettre l'obsession que constitue la protection du faible (position similaire à celle de Ripert, V. not. ibid., nos 68 et s., p. 131 et s., spéc. n° 81, p. 157). De nos jours, l'on a bien vu les excès causés par l'obsession de protéger le consommateur. En revanche, Jossierand n'avait pas moins raison, pour ce concerne le jugement émis à l'endroit de Ripert : la lecture de ses travaux, aussi brillants et magistraux soient-ils sans aucune sorte de doute, ne peut conduire à le considérer comme un fervent défenseur du faible. Il émane en effet de sa pensée une certaine réticence en la matière. La protection n'est acceptée chez Ripert seulement par *nécessité pratique* (V. *supra* n° 15), sur laquelle il convient de réfléchir pour mieux la contrôler (c'est ce qui ressort nettement, outre l'ensemble de son œuvre et de l'ouvrage préc., du chapitre spécifiquement consacré à la protection des faibles (ibid., nos 68 et s., p. 131 et s., spéc., par ex., n° 81, p. 158 : « *Les petits sont plus nombreux que les gros. Les satisfaire, c'est s'assurer l'appui d'une majorité. Le législateur est, par suite, toujours favorable aux petits, et il le serait bien plus encore si les gros ne possédaient des moyens d'influence pour compenser les bulletins de vote !* », ainsi que du suivant, dont l'intitulé est évocateur à lui-seul : « *La lutte contre les forts* » (ibid., nos 105 et s., p. 205 et s.)).

³⁰³¹ Correspondance citée par la brillante étude de J.-P. Chazal, « La protection de la partie faible chez Jossierand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », 2014 (non publié. Présenté à l'Université de Lyon les 21 et 22 mars 2014, lors d'une conférence sur le thème « Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Jossierand ». Disponible sur http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_jossierand.pdf), p. 3. V.

853. – Appréciation. Malgré la référence aux *ratés* que l'on n'approuvera guère, ces prescriptions semblent être une ligne directrice tout à la fois juste et sage. Les faibles doivent être protégés, mais cela n'implique pas de précariser les autres. Si certaines *parties fortes* sont de mauvaise foi, il faut ici comme ailleurs se garder des généralités. Au reste, ces parties fortes ne sont pas en tant que telles responsables de la mutation contemporaine de l'atmosphère contractuelle, qui découle bien plus largement de la transformation des réalités socio-économiques³⁰³². Même ! L'excès avec lequel les forts se trouvent qualifiés, mène précisément à considérer comme tels des contractants qui ne s'y apparentent que très imparfaitement³⁰³³. Pour ces raisons, précariser à l'excès ces contractants en érigeant un système surprotecteur des présumés faibles apparaît davantage comme une vengeance que comme un procédé de rééquilibrage des situations informationnelles.

854. – *L'enfer est pavé de bonnes intentions* : quand l'excès trouve sa source dans le but légitime de protection du faible. Assez naturellement, cette hostilité abstraite engendre de manière corrélative un système de protection qui lui est cohérent. Autrement dit, un système où la protection est excessive. Le plus regrettable est que l'ensemble ainsi formé trouve aux yeux de tous, concepteurs et destinataires, sa justification dans la nécessité de protéger le faible. C'est la réalité bien connue de l'action/réaction. C'est du moins oublier que cette dernière ne sera intellectuellement justifiée qu'en tant qu'elle est proportionnée à la démarche qui la sous-tend. Concrètement, la nécessité de protéger le faible justifie qu'on lui apporte certaines protections spéciales au détriment de la partie forte : pas que celle-ci soit stigmatisée ou accablée en retour³⁰³⁴.

855. – Exemple consumériste. L'exemple du droit de la consommation est si symptomatique de ces prescriptions que la critique paraît forgée pour lui, alors même qu'elle lui précède largement. L'on renverra ici aux nombreux développements qui dénoncent, en effet, la manière abstraitement hostile avec laquelle sont considérés les professionnels³⁰³⁵ ainsi que les personnes morales³⁰³⁶, censés représenter uniformément les tenants de l'asservissement du faible. Et la seconde partie du phénomène précité se constate tout à fait. Les protections consuméristes sont effectivement excessives. Le consommateur est ainsi trop protégé par l'abstraction qui le présume toujours faible³⁰³⁷. L'excès se distingue également au point de vue des protections elles-mêmes, qui sont pour ainsi dire légions : information, clauses abusives, réflexion, rétractation, formalisme exigeant, interprétation favorable... Ceci cumulé à la manière dont est acquise la qualité de consommateur permet bien de conclure que le système qui en résulte excessif en ce qu'il accable trop et injustement le présumé fort, qui ne l'est au reste pas nécessairement.

aussi, à la même page, une autre lettre, celle de Jean Appleton, toujours adressée à Josserand suite à ses conférences de 1936 not. sur la partie faible : « *Le 'dirigisme' devrait s'inspirer avant tout de l'idée de contrebalancer par des mesures de sage équité certains abus de la force que commettent les grandes puissances économiques lorsqu'elles sont, dans un contrat, en face de contreparties économiquement faibles et incapables de résister. (...). Mais n'allons pas plus loin : le jour où l'on aura détruit la confiance dans la parole donnée, dans la valeur des contrats, les relations sociales seront terriblement et peut-être irrémédiablement troublées.* »

³⁰³² V. sur ces questions, *supra* nos 6 et s.

³⁰³³ Titre premier de la première partie de notre étude.

³⁰³⁴ L'un des *paradoxes* dont traite not. A. Lepage (« Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, spéc. p. 317, n° 23).

³⁰³⁵ V. *supra* nos 61 et s.

³⁰³⁶ V. *supra* nos 148 et s.

³⁰³⁷ V. not. sur les consommateurs abusifs, *supra* nos 258 et s.

856. – Protection excessive et développement de la mauvaise foi : phénomène psychosociologique prévisible. Le menteur, comme le *flatteur*, « *Vit aux dépens de celui qui l'écoute* »³⁰³⁸. Partant, il ne faut guère lui prêter une oreille attentive. Or un système de protection excessif engendre une tendance corrélative au développement de la mauvaise foi dans le comportement de ceux qui en bénéficient³⁰³⁹. Pour autant que l'on se situe du côté de la partie faible, on le comprend bien : aussi vulnérable qu'elle soit, elle n'est pas nécessairement plus vertueuse qu'un autre contractant. Et c'est là tout un pan de la dialectique de la vertu : l'on sait bien que le pauvre n'est pas nécessairement plus honnête que le riche. Dès lors, si l'on offre l'opportunité juridique à un contractant quel qu'il soit d'éviter d'exécuter ses obligations notamment dans l'hypothèse où il voudrait se délier du contrat à un moment fatidique, il semble qu'un regard lucide et réaliste force à conclure que celui-ci choisira souvent cette voie³⁰⁴⁰. A l'interpréter d'une certaine manière, ce phénomène est tout à fait lié à la déresponsabilisation qu'engendre une protection excessive³⁰⁴¹. Ces considérations psychosociologiques doivent aider à élaborer un système convenable. D'aucuns ont ainsi proposé de salutaires correctifs³⁰⁴².

857. – Exemple limpide. Formalisme excessif dans le cautionnement. Il n'est pas nouveau qu'un formalisme informatif sanctionné de manière « *automatique présente, dans de telles hypothèses, l'inconvénient de favoriser la mauvaise foi des créanciers d'information* »³⁰⁴³. C'est la question de l'instrumentalisation du formalisme par la partie protégée³⁰⁴⁴. L'exemple du cautionnement appelle ici à être prolongé tant il offre une illustration concrète de ce qui vient d'être dit. Les premiers commentateurs de la loi Dutreil l'avaient de suite souligné : le formalisme trop pointilleux qui venait de voir le jour³⁰⁴⁵ constituait une

³⁰³⁸ J. de La Fontaine, *Fables*, Le Livre de Poche, 2002, p. 64 (« *Le corbeau et le renard* »).

³⁰³⁹ D'ailleurs, même les plus fervents tenants du droit de la consommation le reconnaissent : « *La surprotection risque de perpétuer la situation de faiblesse dans laquelle se trouve la plupart des consommateurs. Elle risque aussi d'être abusivement utilisée par les consommateurs les plus malins* » (J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 22, p. 23) ; M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, spéc. p. 652, n° 56 (« *La surprotection conduit aussi à la modification des rapports de force, créant parfois une classe de « nouveaux forts » qui s'empressent d'abuser à leur tour de leur position* »).

³⁰⁴⁰ Surtout si son avocat, à admettre qu'un contentieux soit engagé, s'empare de la question (ce qui est, par hypothèse, systématiquement, ou presque, le cas).

³⁰⁴¹ Et il est tout aussi intéressant de recouper ceci avec ce que nous avons dit du rapport empressement législatif contemporain/médiocrité de la règle (V. *supra* n° 18). En l'occurrence, en ce qui concerne les nouvelles règles protectrices du cautionnement, l'on faisait déjà valoir que « *La précipitation avec laquelle la réforme est intervenue et la pauvreté des travaux préparatoires ne laissent rien augurer de bon* » (D. Legeais, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », JCP E 2003, 1433, p. 1610, n° 1).

³⁰⁴² Saluons ainsi, par ex., la proposition de correctif de H. Jacquemin (*Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. Montero, Larcier, 2010, spéc. n° 382, p. 512) : « *Pour autoriser le cocontractant de la partie faible à renverser la présomption lorsque les objectifs poursuivis par la règle de forme ont été atteints, la disposition suivante pourrait être introduite : « le juge peut refuser de sanctionner l'inobservation des formes prescrites par ... lorsque le [cocontractant de la partie faible] démontre que les objectifs poursuivis par celles-ci ont été atteints ». Ce faisant, on consacre le lien étroit entre les règles de forme et les règles de fond, en évitant qu'elles soient envisagées isolément, comme une fin en soi : le formalisme ne doit être vu que comme un moyen permettant d'atteindre un objectif donné. Si celui-ci est atteint, il est disproportionné et sans fondement de sanctionner sa méconnaissance ». Adde not. en ce sens Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. n° 309, p. 398 ; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, spéc. nos 225 et s., p. 190 et s.*

³⁰⁴³ V. Magnier, « Les sanctions du formalisme informatif », JCP G 2004, I, 106, n° 25

³⁰⁴⁴ H. Jacquemin, th. préc., spéc. nos 376 et s., p. 505 et s.

³⁰⁴⁵ Les mentions manuscrites des articles L. 341-2 et s. C. consom. ; mais la remarque vaut tout autant pour les autres règles formalistes de même sorte dans le cautionnement, citées ci-après.

véritable opportunité pour une caution de mauvaise foi, désireuse d'échapper à son engagement³⁰⁴⁶. C'est ainsi que le créancier, négligent ou ignorant, pourrait se voir opposer un défaut même minime dans le recopiage des formules légales. La nullité du cautionnement en étant l'enjeu, la caution a bien entendu tout intérêt à détecter, ou à créer, une telle opportunité. Bien sûr le juge s'est arrogé un salutaire pouvoir d'appréciation : mais celui-ci est réduit à peu de choses³⁰⁴⁷. Il reste un large champ ouvert à des défauts suffisamment marginaux pour n'avoir manifestement rien changé à l'information de la caution, mais suffisamment importants, eu égard aux textes et à la ligne jurisprudentielle, pour entraîner l'annulation du cautionnement³⁰⁴⁸.

858. – Vérifiable pratique. Cela se vérifie à l'aune des espèces concernées. Force est de constater qu'à ce jour, l'essentiel de ces affaires concernait des hypothèses où les cautions avaient naturellement soulevé une telle irrégularité, précisément au moment d'être actionnées par les créanciers. En outre, il n'est jamais invoqué que le défaut a causé une faiblesse informative, preuve que nul plaideur ne veut véritablement s'engager sur ce terrain dès lors qu'il est manifeste que la demande exploite les excès de la loi et ne défend pas vraiment une situation d'ignorance³⁰⁴⁹. L'analyse d'une jurisprudence abondante, à laquelle on fait ici renvoi, confortera largement cette position³⁰⁵⁰.

B – Les effets pervers d'une protection excessive

859. – Plan. Résonnent encore certaines mises en garde pionnières, à l'égard d'une protection globalement trop lourde : elle « *se retourne bien souvent contre ceux-là mêmes que l'on a voulu protéger et est source pour eux de dommages infiniment plus importants, plus graves et durables* »³⁰⁵¹. Ces dommages sont de deux sortes, à l'image des excès possibles de la protection, qualitatif et quantitatif. Autant d'écueils à

³⁰⁴⁶ V. not. Y. Picod, « Le juge au secours du législateur, comment la Cour de cassation réécrit l'article L. 341-3 du Code de la consommation », D. 2011, p. 1193 et s., spéc. p. 1194, n° 5 (et not. : « *en d'autres termes, les cautions non profanes peuvent tirer parti de la protection du faible* »). V. aussi en ce sens D. Legeais, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », JCP E, 2003, 1433, spéc. p. 1613, n° 17 ; F. Pasqualini, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », LPA 3 févr. 2004, p. 4 et s., spéc. n° 16. L'on rejoint alors l'idée plus générale de « *consommateur abusif* » développée antérieurement (V. *supra* nos 258 et s.).

³⁰⁴⁷ V. *infra* nos 917 et s.

³⁰⁴⁸ La remarque vaut tout autant pour l'exigence de proportionnalité du cautionnement (qui déborde l'idée et donc le champ de la présente étude, raison pour laquelle elle n'est mentionnée que brièvement) de l'art. L. 341-4 C. consom. En effet, une déchéance est prononcée, le cas échéant, en cas de disproportion de l'engagement de la caution. Si l'on peut se réjouir de l'éventuelle protection apportée, la sanction choisie n'est pas satisfaisante. C'est en effet sur le seul créancier que pèse le risque de la sanction (V. en ce sens D. Houtcieff et A.-S. Barthez, op. cit., n° 359, p. 262). Il semble que celle-ci soit, si ce n'est davantage, au moins aussi coupable que le créancier. Ne devrait donc pas naître une forme de « *devoir d'abstention* » à la seule charge de ce dernier (V. pour la formule P. Crocq, « Les développements récents de l'obligation d'information », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 364, n° 32), mais une sanction frappant véritablement les deux parties. L'on pourrait alors songer, par exemple, à un parallèle avec le régime du bénéfice de subrogation sur ce point. L'article 2314 du Code civil prévoit en effet que « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Or la jurisprudence a pu préciser que la caution n'est déchargée « *qu'à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation et dont elle a été privée par le créancier* » (sanction par réduction) (Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1994 (91-21.162) : Bull. civ. I, n° 169 ; RTD civ. 1994, p. 906, obs. M. Bandrac ; Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1998 (96-20.626) : Bull. civ. I, n° 361 ; D. 2000, p. 215, note A. Boujeka).

³⁰⁴⁹ V. not. Cass. com., 5 févr. 2013 (12-11.720) : Bull. civ. IV, n° 20 ; D. 2013, p. 1113, note R. Libchaber ; *ibid.*, p. 428, obs. V. Avena-Robardet ; JCP G 2013, 440, note Ph. Simler ; JCP N 2013, 1123, note S. Piedelièvre, où il est relevé « *qu'après avoir intégralement exécuté son engagement le 15 novembre 2005, la caution a assigné la banque, en nullité de cet engagement* », ayant probablement découvert, entre temps, la rigueur de la législation formaliste. A quoi l'on peut ajouter que la caution avait agi (au moment de conclure) « *en dépit des conseils contraires de son avocat et de son comptable et, qu'ainsi conseillée, elle avait agi en toute connaissance de cause* ».

³⁰⁵⁰ V. *infra* nos 917 et s.

³⁰⁵¹ E. S. de La Marnière, « Les législations de « protection » », D. 1950, p. 96

éviter pour la construction du régime de protection de la partie faible. Au point de vue quantitatif, l'excès passe simplement par un trop grand nombre de protections. L'effet pervers corrélatif est la recherche d'échappatoires de la partie contre qui l'on protège, au détriment de la partie faible (1). Au point de vue qualitatif, l'excès passe par une protection qui se désintéresse de la qualité du consentement qu'elle est pourtant censée protéger. L'effet pervers associé se cristallise quand ce propre rigorisme se retourne contre le contractant protégé (2).

1 – *Au plan quantitatif : les réactions de la partie contre qui l'on protège*

860. – Plan. Une protection excessive au point de vue quantitatif va engendrer une forme de résistance chez ceux qui la subissent. Cet excès va en effet avoir tendance à déclencher chez eux des mécanismes de défense qui vont faire basculer la situation de protection excessive vers précarisation de celui qui devait être protégé (a). Raison pour laquelle, sous réserve de certaines remarques, l'exigence d'une protection mesurée devra être respectée scrupuleusement dans le cadre de la protection générale de la partie faible (b).

a – *De l'excès de protection à la précarisation*

861. – Excès quantitatif et mécanismes de défense des parties contre qui l'on protège. Une protection quantitativement excessive engendre chez ceux qui en portent la charge un sentiment de prise en otage. Ils sont tout à la fois obligés de maintenir leur activité et d'en supporter les conséquences excessives. Or le risque que ces parties (prétendument) fortes trouvent des échappatoires se développe alors, au-delà des effets pervers pourrait-on dire intrinsèques aux protections excessives³⁰⁵². Un auteur a pu évoquer, à cet égard, le risque de développement subséquent, « à *fin contraire* », chez « *les plus forts des mécanismes de défense qui reviennent souvent à aggraver le risque* »³⁰⁵³. Et pour cause : quelle est la chose qui vient à l'esprit lorsqu'une pratique contractuelle devient excessivement lourde pour les uns ou les autres ? A l'image de l'exil fiscal : la fuite.

862. – Fuite vers d'autres techniques plus contraignantes. Transposé au domaine contractuel, voilà que ces parties fortes peuvent être amenées à se désintéresser de la figure contractuelle concernée, pour se tourner vers des techniques similaires beaucoup moins encadrées. En définitive, l'excès de protection desservira la partie faible qui, soumise aux exigences de son cocontractant, devra se plier à une technique bien plus dangereuse, du fait même que l'on a cherché à trop la protéger. Paradoxe. Et les dangers seront immenses, jusqu'à le législateur ou la jurisprudence prennent conscience du phénomène. Comme on a pu l'affirmer, il « *ne faudrait pas, en effet, que le souci d'une meilleure protection du consommateur,*

³⁰⁵² Comme le relèvent par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 44, p. 49 : « *Quant à la surprotection de certaines catégories, elle se retourne parfois contre ses bénéficiaires immédiats et a bien souvent pour corollaire des comportements malthusiens dont les premières victimes sont les générations futures : à trop protéger les locataires, on décourage l'investissement locatif ; à trop protéger certaines catégories de salariés, on décourage l'embauche, lorsqu'on n'organise pas la fuite des emplois vers l'étranger (...)* ». Et l'on pourrait en ajouter : à trop protéger le consommateur, on finit non plus par stimuler mais parfois par entraver le fonctionnement du marché (hausse de prix, ou encore contrats rétractés et qui ne seront donc jamais efficaces, etc...).

³⁰⁵³ P. Tercier, « La protection de la partie faible en droit suisse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, 1998, p. 614

si souhaitable qu'elle puisse paraître, aboutisse à placer ce dernier dans une situation plus défavorable en incitant les fournisseurs de biens ou de services à exiger de lui une garantie plus contraignante »³⁰⁵⁴. C'est précisément ce que l'on a pu détecter dans le cautionnement.

863. – Exemple topique : le cautionnement. Un contrat trop encadré. Le cautionnement, n'étant soumis par aucune disposition légale de droit commun à une quelconque exigence de forme, répond normalement au principe du consensualisme³⁰⁵⁵. L'on sait, néanmoins, que la « tentation » du formalisme³⁰⁵⁶, « grande et permanente »³⁰⁵⁷ en la matière, marque désormais de ses effets l'essentiel de ce contrat, par l'exigence consumériste de mentions manuscrites, dans la majorité des hypothèses³⁰⁵⁸ : « si le cautionnement de droit commun n'est pas solennel, il faut bien admettre que le commun du cautionnement est solennel »³⁰⁵⁹. Il faut ajouter à cela les multiples obligations d'information mises à la charge du créancier depuis plusieurs décennies, dont la doctrine s'efforce de préciser les contours et le contenu³⁰⁶⁰. Une obligation de proportionnalité de l'engagement de la caution, à portée désormais générale³⁰⁶¹, vient parfaire globalement cette fresque³⁰⁶² surprotectrice.

864. – Risque de fuite vers des techniques dangereuses. Le processus de précarisation de la situation du créancier semble donc avoir atteint un niveau inquiétant³⁰⁶³. Déjà qualifié « d'institution en danger », bien avant le paroxysme du mouvement consumériste d'aujourd'hui³⁰⁶⁴, le cautionnement semble dans ces conditions être destiné à être mis à l'écart au profit de solutions bien plus favorables pour le créancier, et bien plus dangereuses pour la caution. Ce risque a été vigoureusement dénoncé³⁰⁶⁵, et des alternatives, déjà, recherchées³⁰⁶⁶. Il faut aussi souligner que la banalisation et le succès du cautionnement tiennent originellement à la simplicité de sa constitution. C'est un facteur essentiel que le créancier va rechercher ailleurs, dès lors qu'il a quasiment disparu aujourd'hui dans le cautionnement³⁰⁶⁷. Ceci est transposable à tout contrat : la pratique recherche naturellement toujours la

³⁰⁵⁴ M. Cabrillac, « Protection du consommateur et chèque de garantie », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 215, n° 19, où la remarque concernait le thème très voisin visé dans le titre de l'article.

³⁰⁵⁵ D. Houtcieff et A.-S. Barthez, op. cit., nos 499-502, p. 362-363 ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, n° 202, p. 68 ; V. contra D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2011, n° 47, p. 53-54 (qui considère que la réforme de 2033 a inversé le principe et l'exception).

³⁰⁵⁶ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010, n° 113, p. 89

³⁰⁵⁷ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, loc. cit.

³⁰⁵⁸ Déjà antérieurement le formalisme en matière de cautionnement de baux d'habitation (art. 22-1 L. n°89-462 du 6 juillet 1989), de crédits immobiliers et à la consommation (art. L. 313-7 et L. 313-8 C. consom.), et depuis 2003, de tout cautionnement souscrit par un particulier envers un créancier professionnel (art. L. 341-2 et L. 341-3 C. consom.).

³⁰⁵⁹ D. Houtcieff et A.-S. Barthez, op. cit., n° 510, p. 371

³⁰⁶⁰ V. not. D. Houtcieff et A.-S. Barthez, op. cit., nos 691 et s., p. 517 et s.

³⁰⁶¹ V. not. Ch. Atias, « Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation : l'impossibilité de se prévaloir d'un engagement valable », D. 2003, p. 2620 et s.

³⁰⁶² V. not. les commentaires de D. Houtcieff, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi sur l'initiative économique », JCP G 2003, I, 161 ; D. Fenouillet, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution », RDC 2004, p. 304 et s. ; V. Avena-Robardet, « Réforme inopinée du cautionnement », D. 2003, p. 2083 et s. ; D. Legeais, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun », JCP E 2003, 1433 ; L. Aynès, « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », Dr. et patr. nov. 2003, p. 28 et s. ; F. Pasqualini, « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », LPA 3 févr. 2004, p. 4 et s.

³⁰⁶³ V. not. D. Legeais, art. préc., spéc. p. 1615, concluant que le cautionnement classique est devenu « une suite de mauvaises surprises ».

³⁰⁶⁴ J. Terray, « Le cautionnement : une institution en danger », JCP G 1987, I, 3295

³⁰⁶⁵ Ph. Simler, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, Litec, 4^{ème} éd., 2010, n° 4, p. 6

³⁰⁶⁶ Ph. Simler, « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP E 1990, II, 15659

³⁰⁶⁷ V. not. D. Houtcieff, art. préc., spéc. n° 5 (et not. : « la densification des devoirs à la charge des créanciers professionnels risquent de détourner ces derniers du cautionnement et de les conduire à se tourner vers des garanties plus implacables encore ») ; et sur ce qui

solution la plus simple et la moins chère.

865. – Notamment vers les garanties autonomes. L'on pense notamment aux garanties autonomes³⁰⁶⁸. La technique³⁰⁶⁹, déjà qualifiée de « *destructrice* »³⁰⁷⁰ n'est en effet soumise à aucune forme particulière³⁰⁷¹. Or elle présente une certaine similitude avec le cautionnement. Elle renferme aussi l'avantage pour le créancier de ne pas se trouver dans le cadre d'une sûreté aussi accessoire³⁰⁷² que le cautionnement³⁰⁷³, pouvant dès lors l'enclencher à n'importe quel moment³⁰⁷⁴. Au-delà de son opportunité, cette fuite s'est concrétisée. Le droit positif en témoigne. D'une part, l'on distingue un rigoureux mouvement jurisprudentiel de qualification, tentant manifestement de débusquer des cautionnements déguisés³⁰⁷⁵. D'autre part, l'on observe une interdiction législative pure et simple du recours à la garantie autonome dans les domaines pour lesquels le cautionnement est désormais très formalisé et donc susceptible de délaissement³⁰⁷⁶. Subsiste certes un mystérieux mutisme sur la généralisation de l'interdiction de cette garantie à tous les engagements souscrits par une personne physique envers un créancier professionnel³⁰⁷⁷. Le sens de l'histoire semble avoir déjà démontré, aussi, que l'affaiblissement du cautionnement par les réformes législatives donnait lieu à l'émergence ou le développement de garanties plus rudes³⁰⁷⁸. Tout ceci, bien sûr, en ayant à l'esprit que la fuite pourrait être partagée avec d'autres sûretés personnelles encore moins réglementées. L'on pense par exemple à la délégation³⁰⁷⁹, à laquelle le Code civil n'a consacré expressément que deux articles³⁰⁸⁰.

poussent à cette conclusion, *ibid.*, spéc. n^{os} 13 et s.

³⁰⁶⁸ V. not. D. Houtcieff, art. préc., spéc. n^o 35 (remarquant qu'il y aurait là l'annonce d'« *un automne du cautionnement et, peut-être, un printemps des garanties autonomes...* »). V. aussi sur cette question F. Jacob, « L'avenir des garanties autonomes en droit interne, 15 ans après », in *Etudes offertes au doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 341 et s.

³⁰⁶⁹ Art. 2321 al. 1 C. civ., consistant pour un garant à s'engager en considération de l'obligation d'un tiers (le donneur d'ordre ici, soit le débiteur principal au sein du cautionnement) à verser au créancier une somme, à première demande.

³⁰⁷⁰ J. Terray, art. préc., n^o 4

³⁰⁷¹ V. not. D. Houtcieff et A.-S. Barthez, *op. cit.*, n^{os} 1274 et s., p. 916 et s.

³⁰⁷² Il est fréquemment enseigné que les garanties autonomes sont... autonomes. Certes. Mais, au vrai et au fond des choses, la sûreté est immanquablement accessoire, puisque n'ayant aucune raison d'être sans rattachement à une créance principale. La garantie autonome est ainsi faiblement accessoire, tandis que le cautionnement l'est fortement.

³⁰⁷³ V. not. D. Legeais, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr. avr.* 2001, p. 68 et s.

³⁰⁷⁴ Sans qu'aucune défaillance du donneur d'ordre n'ait à être constatée et sans que le garant ne puisse opposer d'exception (art. 2321 al. 3 C. civ.). Et, avant la consécration textuelle, de jurisprudence constante (V. not. en ce sens : Cass. com., 2 février 1988 (85-17.276) : *Bull. civ. IV*, n^o 55 ; D. 1988. p. 239, obs. M. Vasseur). Ceci confère assurément une certaine sécurité au créancier (V. not. L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, p. 147).

³⁰⁷⁵ V. not. le fameux et symptomatique arrêt Cass. com., 13 déc. 1994 (92-12.626), « Magnetti » : *Bull. civ. IV*, n^o 375 ; D. 1995, p. 209, note L. Aynès. V. déjà Cass. com., 28 janvier 1992 (90-14.919) : *Bull. civ. IV*, n^o 35 ; D. 1992, p. 234, obs. M. Vasseur ; V. aussi Cass. 1^{re} civ., 23 février 1999 (97-10.008) : *JCP G*, I, 156, obs. Ph. Simler ; CCC 1999, n^o 69, note L. Leveneur

³⁰⁷⁶ Il en est ainsi pour les crédits à la consommation et les crédits immobiliers (art. L. 313-10-1 C. consom.), mais aussi de la garantie autonome souscrite en garantie des loyers d'un bail d'habitation (l'art. 22-1-1 de la loi du 6 juillet 1989 prévoit en effet que la garantie autonome ne peut être souscrite que pour se substituer à un dépôt de garantie. L'on en déduit donc qu'elle ne peut être utilisée pour garantir les loyers d'un bail d'habitation, à l'instar d'un cautionnement).

³⁰⁷⁷ Sur cet injustifiable exception législative, V. not. D. Houtcieff et A.-S. Barthez, *op. cit.*, n^o 22, p. 26, qui parlent « *d'oublis législatifs* ».

³⁰⁷⁸ C. Jallamion et C. Lisanti, « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines », *Dr. et patr. juil.* 2008, p. 46 et s. ; V. aussi en ce sens Ch. Mouly, « Pour la liberté des garanties personnelles », *Banque et Droit* 1987, p. 1166 et s.

³⁰⁷⁹ Opération juridique par laquelle un débiteur, nommé délégant, obtient d'un tiers, appelé délégué, qu'il s'engage envers un créancier, le délégataire. Sur son rôle de sûreté, V. not. D. Houtcieff et A.-S. Barthez, *op. cit.*, n^{os} 1473 et s., p. 1075 et s. ; et, plus récemment, sous une perspective crit., J.-D. Pellier, « La nature de la délégation imparfaite », *D.* 2014, p. 92 et s.

³⁰⁸⁰ Art. 1275 et 1276 C. civ.

866. – Résultat paradoxal. C'est ainsi que « *l'art de mal légiférer* »³⁰⁸¹ peut conduire la partie faible à être médiatement en position de vulnérabilité. Décidemment, le législateur ne semble guère conscient des subtilités de la problématique de protection du faible³⁰⁸². Ce mouvement est évidemment nocif. Le créancier professionnel est potentiellement amené à faire souscrire des engagements sévères en toute légalité à des garants pas plus éclairés qu'une caution située dans la même position. L'on s'aperçoit alors d'une boucle intéressante : la précarisation du faible résulte d'une démarche de protection excessive.

b – Transposition à la protection générale de la partie faible

867. – Transposition à l'hypothèse d'une protection de droit commun de la partie faible. Pas de fuite possible. Excès souhaitable pour autant ? L'on pourrait immédiatement rétorquer que, dans l'hypothèse d'une protection de droit commun du consentement de la partie, nulle fuite vers d'autres techniques dangereuses ne serait possible. C'est que l'on ne peut éviter le droit commun comme l'on évite un droit spécial comme celui du cautionnement, d'autant plus s'il s'agit de dispositions impératives³⁰⁸³. Reste que l'excès de protection n'est pour autant pas plus souhaitable. D'abord, les échappatoires ne se résument pas à celles qui résultent de l'exemple précité. Il existe bien d'autres réactions qui peuvent naître d'un excès de protection et desservir la partie faible. L'on pourrait d'ailleurs trouver au premier plan de celles-ci l'exigence par les parties fortes de garanties supplémentaires, de contrats plus désavantageux, la fixation de prix plus chers... Ainsi, et à plus forte raison ici où l'on parle du droit commun des contrats, n'est-il jamais opportun de déstabiliser le contrat en le rendant trop périlleux et trop pénible pour certains. C'est qu'il s'agit là du principal instrument des échanges économiques. Limiter la fluidité de sa pratique, diluer l'enthousiasme d'y recourir, c'est toujours entraver l'économie, et rompre la confiance qui fonde les interactions humaines.

2 – Au plan qualitatif : le rigorisme de la protection contre la partie faible

868. – Le piège d'une protection rigoriste, désintéressée de la qualité concrète du consentement. L'on a dépeint la fresque d'une partie faible à l'affût des excès protecteurs qu'elle pourrait exploiter. Celle-ci peut bien sûr, à l'inverse, être de bonne foi. Dans cette hypothèse, c'est une autre forme d'excès qui pourra aisément se retourner contre elle. En effet, l'excès de protection peut aussi être qualitatif, en se désintéressant de la qualité concrète du consentement. Dans ce cas, la protection pourrait devenir un piège qui se refermerait sur son bénéficiaire. C'est que celle-ci, une fois appliquée, serait alors réputée avoir suffisamment informé la partie prétendument faible : un jeu complet d'abstractions³⁰⁸⁴.

³⁰⁸¹ D. Legeais, « La réforme des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Etudes offertes au doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 367 et s.

³⁰⁸² Il est en effet regrettable que le législateur n'ait pas étendu son mouvement, horizontalement, à toutes les garanties personnelles, au lieu de l'amplifier à l'excès, verticalement, au sein du cautionnement. Voici encore, d'ailleurs, une illustration d'une protection maladroite et abstraite, qui vise à protéger en fonction de l'objet du contrat davantage qu'en vertu de critères rigoureusement établis (V. sur la personnalisation de la protection, au plan général, *supra* nos 23 et s.).

³⁰⁸³ V. sur ce point *infra* nos 1079 et s.

³⁰⁸⁴ V. not. en ce sens Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. n° 294, p. 374 (la protection informative se suffit à elle-même, « sans se préoccuper de savoir si le consommateur [en l'occurrence] en a compris le sens et si cette information a suffi à assurer l'intégrité (...) » de son

869. – Exemple topique : le formalisme informatif. Reprenons les règles formalistes précitées en matière de cautionnement (mais ces propos sont valables à l'égard de toute règle de même nature, ou suivant la même démarche). Admettons ainsi qu'une caution recopie parfaitement les mentions manuscrites légales. S'il s'avérait, dans une telle hypothèse, qu'elle n'avait effectivement pas compris la nature et la portée de son engagement, alors le piège du rigorisme légal se refermerait violemment sur elle. C'est que l'adéquation du recopiage avec la mention textuelle écarterait toute possibilité de contester la mauvaise compréhension de l'engagement, objectivation parfaite oblige. Comment pourrait-on, en effet, exiger que de telles mentions soient invariablement recopiées pour protéger toutes les cautions, et prétendre en même temps que leur parfait recopiage n'est pas suffisant ? Voilà donc qu'à se vouloir abstraite et automatique, la protection devient dangereuse pour son propre bénéficiaire. Ceci rejoint bien sûr les lacunes de certaines protections à informer véritablement³⁰⁸⁵. Il faut également souligner la part d'arbitraire du législateur, qui juge de ce qui est suffisant ou non, sans nuances.

870. – Illustration en matière de crédit. C'est ainsi que l'acquéreur d'un véhicule automobile avait souscrit un prêt par le biais d'une société affiliée au constructeur automobile. A la suite du vol ultérieur du véhicule, l'acheteur soutenait qu'en l'absence d'information sur l'étendue de ses obligations (en l'occurrence, concernant la poursuite du contrat de prêt même en cas de vol du véhicule), l'établissement de crédit avait manqué à son devoir de renseignement. Si les juges du fond furent convaincus par une telle argumentation, la Haute Cour en pris l'exact contrepied, illustrant précisément à quel point un formalisme protecteur peut se retourner contre la partie initialement protégée. En effet, celle-ci affirmait, pour accueillir le pourvoi de l'établissement de crédit, que l'offre de crédit « *avait été établie sur le modèle type n° 1 annexé au décret du 24 mars 1978 dont toutes les rubriques avaient été remplies et signées par l'emprunteur* », et « *qu'il ne pouvait être reproché à l'établissement de crédit d'avoir omis d'aviser son client de la poursuite du contrat de prêt en cas de vol du véhicule, dès lors que le législateur lui-même n'avait pas jugé utile de faire figurer cet avertissement sur le modèle-type qu'il avait lui-même rédigé* »³⁰⁸⁶. Bien évidemment, la solution n'est guère vertueuse³⁰⁸⁷, voire dangereuse : c'est que le déclenchement de la protection est déconnecté du besoin de protection concret. Mme Rzepecki en dit ainsi la chose suivante : « *Le législateur n'est pas omniscient. Qu'il se substitue au consommateur pour déterminer les éléments habituellement déterminants de son consentement est une chose, qu'il prétende agir de même pour tous les éléments susceptibles de déterminer le consentement du consommateur en est une autre* »³⁰⁸⁸.

871. – Illustrations en matière de cautionnement. Tout porte à croire qu'une telle solution a d'autant plus vocation à s'épanouir au sein du formalisme rigoriste du droit de la consommation, et

consentement).

³⁰⁸⁵ V. *infra* nos 904 et s.

³⁰⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1989 (88-12.665) : Bull. civ. I, n° 240 ; D. 1989, p. 338, obs. J.-L. Aubert ; JCP G 1991, II, 21632, note G. Virassamy ; RTD civ. 1995, p. 98, obs. J. Mestre ; RTD com. 1990 p. 243, obs. B. Bouloc

³⁰⁸⁷ Les commentateurs sont pourtant favorables à la solution rendue (V. not. B. Bouloc, obs. préc.). La position de G. Virassamy (note préc., spéc. nos 8 et s.) est plus nuancée. Ce dernier n'approuve la solution que si elle ne concerne que l'espèce concernée. Mais l'auteur est favorable au principe d'impuissance du juge en cas de modèle prévu par le législateur. J. Mestre ne se prononce pas sur ce point (obs. préc.). Il est étonnant de constater à quel point les opinions ont pu évoluer, cette solution n'étant guère citée, de nos jours, comme un modèle à suivre.

³⁰⁸⁸ N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, n° 586, p. 423 ; *Adde*, plutôt dans un sens critique, J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 997, p. 764-765

notamment celui résultant des articles L. 341-2 et s. du code abritant la matière. L'on se souvient en effet, notamment, que le texte précise lui-même, on ne peut plus clairement, que le recopiage concerne la mention qu'il prévoit « *et uniquement celle-ci* ». Il est aisé d'en déduire que le législateur a plus que jamais pu penser que cette mention était à la fois indispensable et suffisante. C'est effectivement ce que l'on peut constater, semble-t-il, en jurisprudence, parfois en filigrane³⁰⁸⁹, mais parfois de manière étincelante³⁰⁹⁰.

872. – Appréciation critique. Un lien est établi entre la substance du formalisme prévu par le législateur et le besoin de protection du consentement de la partie faible. C'est ainsi que si le premier n'a pas jugé bon d'y faire figurer certaines informations, c'est qu'elles sont irréfragablement présumées ne pas être utiles pour la partie faible. Ceci entraîne donc naturellement le rejet de toute prétention en ce sens, comme en l'espèce. L'on osera à peine rappeler à quel point une telle considération est contestable : il suffit d'avoir à l'esprit les multiples lacunes de la loi Dutreil en matière de formalisme pour admettre qu'une telle confiance dans le travail législatif est excessive. En outre, une protection ne doit jamais prétendre à la perfection, de telle sorte à condamner le contractant protégé aux propres lacunes du mécanisme, le cas échéant.

³⁰⁸⁹ CA Montpellier, 15 oct. 2013 (RG n° 12/03303), « SA BNP PARIBAS Personal Finance » (inédit) : alors qu'un plaideur avait prétendu que « *l'engagement de caution comporte les mentions manuscrites exigées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation* » et que, donc, la caution s'était « *engagée en toute connaissance de cause* », les juges du fond répondent curieusement à tous les autres moyens, à l'exception de celui-ci. L'on peut, dans une lecture extensive de l'arrêt, penser que les juges ont voulu, sans vouloir franchir le cap de l'affirmer explicitement étant données les implications d'une telle solution, donner raison à cet argument. La solution appuie notamment d'autant plus l'argument suivant, fondé sur le caractère averti de la caution, en l'espèce.

³⁰⁹⁰ C'est ainsi qu'un arrêt récent CA Montpellier, 23 avr. 2013 (RG n° 12/00320), « SA BANQUE DUPUY DE PARSEVAL » (inédit) affirme de manière limpide : que « *l'ajout de la mention manuscrite du cautionnement personnel et solidaire de M. Flande sur le contrat de prêt suivi de la signature de l'intéressé et l'acte de cautionnement contenant les mentions écrites de sa main exigées par les articles L-341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, attestent d'un engagement pris en toute connaissance de cause, ce qui rend sans fondement le moyen tiré d'une insuffisance d'information sur la portée du cautionnement* » ; V. aussi, *in fine*, CA Pau, 25 avr. 2013 (n° JurisData : 2013-013120) où l'arrêt, visant l'art. L. 341-2 C. consom., indique que ce mécanisme est « *destiné à garantir d'une part la parfaite compréhension de la portée de l'engagement du garant* » ; V. encore, *in fine*, « *l'unique signature apposée au bas des deux formules identiques aux mentions prescrites par les articles L.341-2 et L.341-3 du Code de la consommation reflète la parfaite connaissance de l'engagement de la caution dans son étendue et ne saurait constituer une irrégularité portant atteinte à la validité du cautionnement* ».

SECTION II : LA CONDITION TENANT À LA TECHNIQUE : PROTÉGER LE CONSENTEMENT

873. – Plan. Il ne reste qu'à préciser, après les exigences tenant à la démarche à employer, les exigences techniques dont devra faire l'objet notre système de protection. Il devra renfermer des mécanismes qui ont véritablement pour effet de protéger efficacement le consentement. La remarque semble aller de soi, mais l'on constate que tous les mécanismes consuméristes ne présentent pas cette qualité, à l'analyse. C'est ainsi que l'inspiration de ces mécanismes devra engendrer un choix. Choix qui ne peut être fait qu'en précisant les techniques dignes d'être retenues (§I) ou pas (§II) pour protéger le consentement de la partie faible.

§I – Les mesures qui encadrent efficacement le consentement

874. – Plan. Les mesures qui encadrent efficacement le consentement des contractants présumés faibles et dont l'application généralisée semble praticable sont au nombre de deux. L'obligation d'information, bien sûr (A). Plus indirectement mais tout aussi certainement, les clauses abusives, aussi (B). Autant de mesures qui seront donc retenues et précisées dans le cadre du régime de protection de la partie faible.

A – La garante de la protection du consentement : l'obligation d'information

875. – L'obligation d'information est la technique la plus efficace pour garantir une volonté éclairée. L'obligation d'information³⁰⁹¹, c'est la « *sincérité contractuelle* »³⁰⁹², le « *devoir de parler* »³⁰⁹³. C'est aussi l'une des « *facettes de la question du silence en droit* »³⁰⁹⁴. Mais c'est avant tout, concrètement, l'ultime mécanisme sur lequel doit être portée toute l'attention, tant son rôle est crucial en matière de protection du consentement³⁰⁹⁵. C'est qu'elle évince l'ignorance par hypothèse préexistante, en rendant leur réalité aux phases de conception, de délibération et donc de décision du processus de l'acte volontaire³⁰⁹⁶. L'information circonstanciée d'un contractant envers un autre est le plus direct des procédés de protection de la lucidité de la volonté. Comme on l'a encore très récemment et très pertinemment souligné, rien ne vaut l'explication, et il faut donc « *mettre l'accent sur la qualité du conseil ou de l'information* »³⁰⁹⁷. L'explication de ce postulat est assez simple : l'obligation d'information ne repose pas essentiellement sur la diligence de la partie faible. Elle sensibilise directement ses

³⁰⁹¹ V. not sur ce thème la thèse désormais classique de M. Fabre-Magnan (*De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (réed. 1992)) ; V. déjà J. Alisse, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, th. Paris, 1975 ; Y. Boyer, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, th. Aix, 1977 ; V. aussi C. Lucas de Leyssac, « L'obligation de renseignements », in *L'information en droit privé*, Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), LGDJ, 1978, p. 305 et s. ; V. enfin l'étude générale visionnaire de M. de Juglart, « L'obligation de renseignements dans les contrats », RTD civ. 1945, p. 1 et s.

³⁰⁹² J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n^{os} 82 et s., p. 161 et s. (parlant assez poétiquement et originalement de « *sincérité contractuelle* »).

³⁰⁹³ M. de Juglart, *Cours de droit civil*, t. I, 2^{ème} vol., *Biens – Obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 1982, n^o 483, p. 169

³⁰⁹⁴ M. Fabre-Magnan, th. préc., n^o 2, p. 2

³⁰⁹⁵ Informer des contractants, « *c'est admettre qu'ils sont capables de défendre eux-mêmes leurs intérêts : la loi se borne à leur donner les moyens de le faire* » (J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n^o 25, p. 25).

³⁰⁹⁶ V. sur ces phases, *supra* n^{os} 545-546

³⁰⁹⁷ V. Avena-Robardet, « Cautionnement : entre rigueur et rigorisme », D. act. 15 avr. 2011

connaissances ou au contraire son ignorance. Elle stimule la démarche de celui qui ne sait pas qui consiste à chercher à savoir, tant l'opportunité de s'enrichir de cette information est rendue immédiate et aisée. En outre, l'information prodiguée à l'oral est infiniment moins susceptible d'être ignorée par la partie faible que l'information écrite : l'on conçoit mal, en effet, qu'elle ignore totalement son cocontractant, s'adressant à elle.

876. – Confirmation à l'aune du but de l'obligation d'information. Certes le but annoncé d'une technique n'est pas nécessairement le garant de son efficacité, ni même d'ailleurs de son effectivité. Mais cette dernière question sera analysée plus tard. Seule nous intéresse ici la fonction de l'obligation d'information : « *faciliter l'émission d'un consentement éclairé* »³⁰⁹⁸. Et en quoi consiste-t-il concrètement ? Au fait de pouvoir soi-même comparer, en bon détenteur de la vérité, les avantages et inconvénients d'un contrat, de telle sorte à pouvoir exercer son plus élémentaire libre arbitre. En bref, une volonté éclairée, c'est avoir conscience³⁰⁹⁹ de la nature et de la portée de l'engagement³¹⁰⁰. L'ensemble de ces prescriptions existent de manière similaire, en substance, dans tous les domaines où il existe une obligation d'information³¹⁰¹.

877. – Perspective de la réforme du droit des contrats. Une précision doit être faite à l'aune de ce qui se dégage des projets de réforme du droit des contrats. A lire ces travaux³¹⁰², l'instauration d'une obligation d'information en droit commun est plus que probable, faisant écho à l'opinion d'une doctrine autorisée³¹⁰³. Or il se trouve que celle-ci aura tout lieu de s'appliquer à l'ensemble des contractants. Or il est vrai qu'exiger « *que les contractants s'avouent et se disent tout relève de l'utopie* »³¹⁰⁴. Du moins, les projets n'évoquent-ils pas expressément que seuls certains contractants seront bénéficiaires d'une telle protection. A cet égard, l'on trouve certes dans ces mêmes projets des critères d'application, de telle sorte que l'obligation d'information n'est pas due, en substance, à n'importe quel contractant. On distingue ainsi l'ignorance légitime, la confiance accordée ou encore l'aspect déterminant de l'information³¹⁰⁵. Autant de critères que l'on retrouve dans la qualification de notre proposition de partie

³⁰⁹⁸ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 258, p. 267. L'on retrouve ainsi, par ex., cette expression à l'art. 1111-4 al. 3 CSP prévoyant qu'« *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

³⁰⁹⁹ Pris en ce sens : « *Aptitude à comprendre ce que l'on fait, à être présent, en esprit, à un acte, intelligence élémentaire (...)* » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Conscience », p. 236).

³¹⁰⁰ L'on retrouve cette expression not. en droit du cautionnement, dans la jurisprudence s'attachant à déterminer la fonction profonde des mentions manuscrites prescrites par les art. L. 341-2 et s. C. consom., et tempérant la rigueur extrême de ce formalisme (V. *infra* nos 917 et s.).

³¹⁰¹ V. par ex. en matière de crédit à la consommation (art. L. 311-6 al. 1^{er} C. consom. : « *I. - Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement* ») ; ou en matière d'assurances (V. not. L. Mayaux, *Rép. civ. Dalloz*, « Contrat d'assurance », juin 2014 (m.a.j. 2014), nos 216 et s. ; *Adde* l'étude consacrée : P. Fil, *L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance*, PUAM, 1996 ; ainsi que d'autres profondes études consacrées à la question, et not. celle de J. Bigot, « L'assurance face à l'obligation de mise en garde : épouvantail ou épée de Damoclès ? », *JCP G* 2008, I, 135).

³¹⁰² V. not. l'art. 37 du projet Chancellerie III (2013) (« *Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son contractant* » ; règle reprise par l'art. 1129 du projet Chancellerie IV (2015)).

³¹⁰³ V. not. M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. nos 688 et s., p. 542 et s. ; *Adde* J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, spéc. n° 665, p. 646-647 ; C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. nos 548 et s., p. 292 et s.

³¹⁰⁴ J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, n° 282, p. 405

³¹⁰⁵ Art. 37, préc.

faible générique³¹⁰⁶. Ceci est à dire que les projets de réforme s'inscrivent dans une perspective de protection de la partie faible, mais ne signifie pas, pour autant, que le système qui en résulterait serait satisfaisant. Observons.

878. – Appréciation critique. Démarche parcellaire et donc insuffisante. La réforme irait indéniablement dans le bon sens, celui de la réhabilitation du droit commun, en lui insufflant des mécanismes modernes de protection du consentement. Mais la méthode employée fait défaut. L'on distingue en filigrane la protection de la partie faible, mais de manière trop désordonnée, trop imprécise pour pouvoir se permettre de produire une réflexion sur la protection du consentement de ce type de contractant. Ceci justifie la poursuite de cette étude malgré l'adoption fort probable de telles dispositions. D'une part, le contenu de la proposition textuelle est lacunaire, pour décrire une situation d'infériorité informationnelle légitime et manifeste³¹⁰⁷. D'autre part, l'étendue de la protection fait doublement défaut. D'abord, l'information serait due potentiellement à tous les contractants, ce qui n'est pas souhaitable³¹⁰⁸. Ensuite, voilà que l'on bénéficierait de cette information à ces conditions, mais seulement de cette protection. Cela ouvrirait-il un régime protecteur complet et spécifiquement taillé pour une partie faible uniforme ? Non. Pour bénéficier d'une autre protection, il faudra remplir... d'autres critères. Quel est, au reste, le fondement profond de cette protection ? Comment, par ailleurs, ne pas songer à évoquer, dans une disposition du droit commun, les différents types de faiblesses, alors même qu'elles sont aujourd'hui identifiées en doctrine, et trouvent d'innombrables échos en droit positif ? En définitive, la protection est ici conçue comme parcellaire³¹⁰⁹. Certes s'agirait-il d'un pas en avant. Un petit pas. Dès 1978 pouvait-on lire dans une étude souvent citée qu' « *Abandonnant l'idée controuvée d'égalité des parties au contrat, il faudrait reconnaître le principe de leur inégalité d'information. L'obligation précontractuelle de renseignements en découlerait* »³¹¹⁰. Oui, seulement lorsque l'on a dûment démontré cette inégalité. L'obligation d'information ne profitera ainsi qu'à la partie faible caractérisée, dans notre proposition.

B – Le garde-fou de la protection du consentement : les clauses abusives

879. – Plan. Il est loin d'aller de soi que le mécanisme des clauses abusives est destiné à protéger le consentement. Son allure laisserait même penser l'inverse. Il conviendra donc d'établir que cette technique protège bien, à sa manière, le consentement, et doit donc être retenue dans la socle de protection de la partie faible (1). Sa terminologie sera à cette occasion remise en cause, tant c'est l'excès plutôt que l'abus qui semble être le cœur de la technique (2).

³¹⁰⁶ V. *supra* nos 645 et s.

³¹⁰⁷ L'ignorance légitime et la confiance accordée apparaissent comme alternatives. Ceci semblerait excessif : tout au plus, la confiance (au reste légitime) accordée peut indiquer, par ex. par une présomption, que l'ignorance fut légitime, mais pas supplanter cette exigence. Au-delà, bien d'autres précisions manquent. *Comp.* avec le système retenu par notre étude (V. not. *supra* nos 645 et s., 703 et s.).

³¹⁰⁸ Nous ne prônons absolument pas une information uniforme et universelle, absolue, parfaite : celui qui aura tiré un bon prix de l'exploitation de ses connaissances pour acquérir un bien n'aura pas à informer son partenaire, s'il n'est pas une partie faible et si ce silence ne constitue pas une réticence dolosive. Or, c'est le résultat inverse que suggère la solution retenue par les projets de réforme. Elle abolit, davantage qu'elle ne la régule, la possibilité, cœur du contrat, de faire des affaires.

³¹⁰⁹ Ce même argument présidera naturellement aussi en ce qui concerne l'instauration, par les projets de réforme, d'un mécanisme de lutte contre les clauses abusives (V. *supra* n° 885).

³¹¹⁰ C. Lucas de Leyssac, « L'obligation de renseignements », art. préc., p. 341

880. – Généralités. Principe du mécanisme. « *Impensable* » en 1804³¹¹¹, le mécanisme des clauses abusives est désormais connu de tous. D’abord américain dans les années 1960³¹¹², puis européen à la décennie suivante³¹¹³, l’on en connaît bien le principe, grâce à sa plus étincelante émanation, en droit de la consommation³¹¹⁴. En effet, malgré la diversité de ses terrains d’élection et donc de ses particularités³¹¹⁵, il existe une « *remarquable homogénéité de la notion de clause abusive* »³¹¹⁶, dont la démarche consiste à éradiquer des « *clauses introduisant un déséquilibre injuste au détriment d’une partie faible ou supposée telle* »³¹¹⁷. Il est, en outre, évident qu’ « *il faut se garder de croire que le souci d’assurer la justice contractuelle en luttant contre les clauses abusives est l’apanage du droit de la consommation. (...) Dès lors, le concept de clauses abusives transcende le droit de la consommation et concerne toutes les relations contractuelles* »³¹¹⁸. C’est pourquoi les différents projets de réforme du droit commun prévoient l’entrée d’un tel mécanisme en droit commun. Restent une multiplicité de manières et de modalités pour y parvenir, et la voie souhaitable semble être celle de son application aux seules parties faibles³¹¹⁹.

881. – Le mécanisme des clauses abusives semble être étranger à la protection du consentement.

L’on a bien souligné que les logiques objectives et abstraites étaient néfastes et condamnables, tout autant en matière de caractérisation des bénéficiaires de la protection qu’en matière de mécanisme de protection. Partant, la technique de lutte contre les clauses abusives ne participe-t-elle pas de cette même logique, protégeant le consentement d’une manière artificielle ? En effet, elle semble évincer, dans une certaine mesure, le rôle de la volonté, par l’automatisme de sa sanction, qui se désintéresse parfaitement des volontés subjectives ayant conclu l’acte, laissant ainsi le contrat à une notion purement économique. Pourquoi retenir alors un tel mécanisme dans le régime de la partie faible ? Aussi original que cela puisse paraître de prime abord³¹²⁰, cette technique est globalement avancée, pourtant, comme visant à protéger le consentement³¹²¹. Et nous considérons en effet qu’elle participe bien, certes moins directement que l’obligation d’information, à la protection du consentement de la partie faible.

³¹¹¹ G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n° 444, p. 229

³¹¹² V. not. G. Raymond, op. cit., n° 444, p. 230 (ceci inclut le droit québécois).

³¹¹³ J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 176, p. 211

³¹¹⁴ Art. L. 132-1 C. consom.

³¹¹⁵ V. sur cette diversité et ses effets, not. N. Sauphanor-Brouillaud, Rép. com. Dalloz, « *Clauses abusives* », juin 2014 (m.a.j. 2015), nos 6 et s. (droit de la consommation), nos 99 et s. (entre professionnels en droit commercial (concurrence)), nos 117 et s. (droit commun).

³¹¹⁶ J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « *Clauses abusives* », sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 7

³¹¹⁷ J.-P. Chazal, op. cit., n° 8. L’on note que la référence à la partie faible, c’est-à-dire « *la plus faible* », se retrouve assez souvent : V. par ex. J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 175, p. 210 (est abusive la clause qui crée « *un déséquilibre significatif au détriment de la partie la plus faible* »). Cette référence semble évocatrice, dans des écrits relatifs pourtant au droit de la consommation, et donc visant ici le consommateur : ne doit-on pas y voir une reconnaissance inconsciente de la généralité d’un problème traité partiellement ? *Adde* P. Catala, « *Des contrats déséquilibrés* », in *Etudes à la mémoire de F. Ch. Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 77 et s.

³¹¹⁸ J.-P. Chazal, op. cit., n° 6

³¹¹⁹ Nous reviendrons sur cette question (V. not. *supra* n° 885).

³¹²⁰ C’est que l’on songe tout d’abord ainsi : comment un mécanisme curatif peut-il protéger le consentement, mission par essence préventive ?

³¹²¹ V. not. en ce sens J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 163, p. 196 ; J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « *Contrats d’adhésion et clauses abusives en droit français* », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (comparaisons franco-belges)*, LGDJ, 1998, nos 24 et s., p. 20 et s.

882. – Les clauses abusives protègent le consentement, indirectement. Un garde-fou. Le mécanisme d'information dont la partie faible bénéficiera est peut-être la plus efficace des techniques directes de rehaussement du consentement, mais elle n'est malheureusement pas infaillible. Dès lors, un mécanisme d'éradication de clauses intolérables est souhaitable, en tant que garde-fou dressé pour traiter les subtilités contractuelles malicieuses ayant survécu à l'information³¹²². Son rôle est donc idéalement résiduel, car c'est bien l'utilisation parcimonieuse d'un tel type de procédé qui permet de réduire d'autant les critiques qui lui sont potentiellement attribuables. Ainsi conçue comme un ultime rempart n'intervenant qu'après une véritable tentative de rééquilibrage informationnel, cette technique semble ainsi admissible, sans heurter la cohérence globale du propos. Elle protège indirectement le consentement parce qu'elle opère en dernier recours sur un contenu qui n'a valablement pas pu, à l'égard de la partie faible caractérisée, être consciemment consenti³¹²³. La part d'abstraction de ce raisonnement³¹²⁴ se trouve ainsi justifiée : ce qui explique le rattachement à la protection du consentement, c'est précisément le prisme de la partie faible³¹²⁵, par hypothèse caractérisée³¹²⁶. L'on ne considère ainsi pas le mécanisme des clauses abusives comme menant « à rétablir un équilibre contractuel rompu » et, *in fine*, à la lésion³¹²⁷.

883. – L'argument de l'effet prophylactique. Traitons encore brièvement de psychosociologie, domaine duquel relève indéniablement la prophylaxie³¹²⁸. Cela a été mentionné : les clauses abusives sont aujourd'hui un mécanisme connu, à tel point que leur aura peut générer, semble-t-il, à l'instar de la matière pénale³¹²⁹, une certaine crainte chez ceux qui envisageraient d'en insérer dans le contrat³¹³⁰.

³¹²² Et c'est en ce sens que nous lisons les prescriptions de D. Mazeaud (« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 612), selon lesquelles « le « civisme contractuel » implique un « équilibre minimum » ».

³¹²³ L'on empruntera alors l'idée (et la formule) de J. Mestre, qui proposait, dans un domaine voisin, de limiter ce genre de procédés (de contrôle de l'excès) aux « *disproportions flagrantes, qu'une volonté normalement constituée n'a pu raisonnablement tolérer* » (« Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat », RTD civ. 1998, p. 101).

³¹²⁴ Que l'on sait par ailleurs éminemment critiquable (V. not. le point de vue de Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, spéc. nos 355 et s., p. 300 et s.).

³¹²⁵ Ainsi peut-on relever cette voie dans les propos de D. Bakouche, qu'il juge « *séduisante* » (*L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005, n° 390, p. 348-350) Elle est décrite ainsi, comme reposant « *sur l'idée selon laquelle l'excès manifeste qui vicie le contrat témoignerait de l'absence d'une véritable rencontre des volontés des contractants* » (ibid., n° 390, p. 348). Si l'auteur ne la juge, à la suite, qu'insuffisante, ce n'est que dans le cadre de sa propre étude, visant à généraliser l'excès : partant, il est tout naturel de lire que « *La thèse est, a priori, séduisante et l'on serait tenté de la généraliser (...), en faisant valoir que s'il y a excès manifeste, c'est que l'une des parties au contrat a abusé de son pouvoir* » (...). *Mais il est bien évident qu'il ne peut en aller toujours ainsi parce qu'il serait sans doute caricatural d'affirmer, de façon générale, que l'abus est toujours à l'origine de l'excès* » (ibid., n° 390, p. 349). Mais la critique peut s'évaporer dans la mesure où, pour ce qui est notre proposition, l'équivalent de ce lien (car nous ne parlons pas d'abus) est généré par la démonstration de l'existence d'une partie faible au contrat. Partant, cette conception de la clause excessive, comme rattachée au consentement, est tout à fait viable.

³¹²⁶ Dont on sait les implications : la partie faible est celle à l'égard de laquelle est caractérisée une infériorité informationnelle légitime (V. *supra* nos 676 et s.), justifiant d'autant que la détection d'une clause abusive soit rattachée à l'idée qu'elle n'a pas pu valablement la consentir. C'est au reste ici une distinction fondamentale avec l'adoption d'un mécanisme de lutte contre les clauses abusives qui aurait une portée générale, ce qui nous semble tout autre chose et par là même guère souhaitable (V. *supra* n° 885). Et l'absence de prise en compte concrète du niveau informationnel des consommateurs par le droit de la consommation (que l'on a largement mise en lumière, not. dans le titre premier de la première partie de notre étude) rend le mécanisme de lutte contre les clauses abusives, tout autant en cette matière, guère autrement justifiable que par une idée malsaine de protection des individus contre eux-mêmes.

³¹²⁷ V. not. en ce sens J.-P. Chazal, op. cit., n° 59

³¹²⁸ Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 672 ; V. aussi J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 et s.

³¹²⁹ Ph. Malaurie parle d'ailleurs de « *valeur intimidante du droit pénal* » (art. préc., p. 672), en « *analogie profonde* » (nuancée par la suite) avec le rôle prophylactique du droit civil (ibid.). V. aussi pour une analogie avec le « *mieux vaut prévenir que guérir* » du domaine médical : ibid., p. 673 et s. ; et sur l'analogie avec le monde pénal : J. Rivero, art. préc., *passim*.

³¹³⁰ D'ailleurs, en cette matière, cet effet est d'autant plus réaliste que l'on a pu, selon d'aucuns, en constater les échos, not. à une époque où les clauses abusives ne pouvaient être interdites que par décret. L'on sait toute l'inefficacité qu'avait ce procédé.

Autrement dit, l'effet préventif généré, dès lors délibérément³¹³¹, par une protection connue peut évidemment agir indirectement sur le consentement de la partie faible, dès lors d'autant plus protégée que certains contenus auront tendance à être évincés d'office par certains rédacteurs. Au reste, il s'agira là tout autant d'un effet préventif que d'un effet régulateur, aux effets collatéraux indirects sur l'intégrité du consentement. Le champ de l'ignorance des parties faibles s'en trouvera réduit, et la protection de son consentement, dès lors, nécessairement améliorée. C'est qu'assainir le contenu contractuel au profit de la partie faible, c'est quelque part satisfaire à l'exigence d'un consentement de qualité dont une facette de la définition est très logiquement de ne pas s'engager à des obligations manifestement et profondément désavantageuses³¹³².

884. – L'argument de l'opportunité. Une dernière raison sera évoquée, tenant à des considérations d'opportunité. L'on a en effet vu que dans un certain nombre d'hypothèses de parties faibles délaissées par le droit consumériste, les prétentions étaient fondées sur les dispositions intéressant les clauses abusives. L'on ne peut ainsi se proposer de protéger ces contractants par le biais d'un régime de droit commun, sans prendre en compte la teneur des demandes que l'on a semblé distinguer en jurisprudence. En outre, il ressort de ces espèces que les clauses en question avaient bel et bien, souvent, participé de la logique qui a été décrite : des clauses que l'ignorance a empêché de connaître ou de comprendre, de telle sorte que le mécanisme qui lutte contre elles peut bien être considéré comme protégeant le consentement, indirectement³¹³³.

885. – Perspective de la réforme du droit des contrats. L'on sait que les projets de réforme du droit des contrats prévoient d'instaurer en droit commun un mécanisme de lutte contre les clauses abusives. Une fois encore, il faut d'abord souligner le bon sens liminaire d'une telle démarche, en ce qu'elle met à jour, et, partant, réhabilite, le droit commun. Mais cette nouveauté n'est pourtant, en l'état, guère souhaitable. L'argument essentiel est celui qui a été développé, déjà, en ce qui concerne l'obligation d'information, qui ferait également son entrée en droit commun³¹³⁴. Il consiste à soutenir que cette avancée serait immédiatement ternie par la méthode parcellaire qui la sous-tend. Il y aurait là une protection isolée, répondant à ses propres conditions d'application, et à une vision encore une fois autonome de la faiblesse³¹³⁵. La cohérence de la protection du faible ne serait donc en rien stimulée, mais plutôt ignorée. Par ailleurs, un autre argument, au moins, préside contre une telle généralité dans le champ d'application du mécanisme. Le contrat, tout contrat, pourrait potentiellement être déstabilisé

Pourtant, et alors qu'elles n'ont pas de force normative, « de nombreuses recommandations [de la Commission des clauses abusives] ont été spontanément suivies par les professionnels » (J. Mestre, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasser éd., 1999, p. 679). *Adde* en ce sens et sur le point spécifique des clauses illicites : Ph. Malaurie, art. préc., spéc. p. 677 et s. (et spéc. sur les clauses abusives, *ibid.*, p. 679).

³¹³¹ L'on sait en effet que « la prophylaxie ne se produit pas indépendamment de la volonté de la loi, (...) ; au contraire, elle relève d'une politique législative, généralement consciente et même délibérée » (Ph. Malaurie, art. préc., p. 670).

³¹³² Et l'on reproduira ainsi les propos dont nous citons plus haut la référence (J. Calais-Auloy et H. Temple, *op. cit.*, n° 163, p. 196) : « les deux théories sont étroitement liées, sur le plan de la politique juridique : l'exigence d'un consentement éclairé vise à éliminer les déséquilibres, et réciproquement la recherche d'un équilibre contractuel tend à éliminer les clauses qui n'ont pas à leur base une volonté éclairée », mais admettant qu' « il n'en demeure pas moins que, sur le plans de la technique juridique, les deux théories sont bien distinctes ».

³¹³³ V. par ex. en ce qui concerne les professionnels-consommateurs, *supra* nos 61 et s.

³¹³⁴ V. sur ce point et cette critique, *supra* nos 877-878

³¹³⁵ Différente donc des autres protections envisagées, not. de l'obligation d'information. Or l'on saisit immédiatement l'absence de cohérence d'une démarche qui tend, de fait, à protéger contre la faiblesse, sans pourtant faire le lien entre les dispositions qui participent du même objectif. Au vrai, ces interrogations semblent absentes, du moins en tant que telles, de ces travaux.

par l'éradication d'une ou plusieurs de ses clauses. Ceci n'est pas souhaitable, et nuirait au rayonnement du modèle français, qui pêcherait immanquablement d'efficacité. La confiance, en effet, souffrirait de telles dispositions, tout comme l'efficacité économique du contrat. Ce n'est, en droit commun, que lorsque l'on a souffert d'une ignorance légitime que le juge peut procéder à l'éradication d'une clause abusive. Sinon, procédant de la liberté contractuelle des contractants, elle ne peut être atteinte³¹³⁶. Sécurité juridique élémentaire et responsabilisation de chacun obligent. En effet, le droit commun ne peut procéder comme le droit de la consommation, dont l'automatisme est expliqué par la logique de régulation. Le droit civil doit être circonstancié. Or le mécanisme prévu s'écarte de ces prescriptions, par sa généralité, et s'avère donc dangereux³¹³⁷. Voici pourquoi, à nouveau, ces avancées probables n'entament en rien la légitimité et l'opportunité d'une telle étude sur la partie faible.

2 – Terminologie à retenir : des clauses plus excessives qu'abusives

886. – Généralités. Terminologie. Clauses abusives ou excessives ? L'enjeu de la question n'étant guère que terminologique, le propos sera bref. Mais il a bien lieu d'être : il est vrai que le terme de clauses *abusives* n'est pas anodin. L'abus est on le sait, transposé en droit, « *l'usage excessif d'une prérogative juridique* »³¹³⁸. Or cette référence à l'excès est plus paradoxale que synonymique³¹³⁹. En effet, là où l'abus est relatif, car fonction des situations où l'usage d'une prérogative dépasserait les bornes admissibles de son exercice, l'excès est quant à lui bien plus objectif, car correspondant abstraitement à l'outrance, à la démesure, à « *ce qui est trop* »³¹⁴⁰.

887. – Mise en perspective avec les clauses abusives du droit de la consommation. Terminologie semblant adaptée. Partant, le mécanisme que l'on connaît désormais fort bien en droit de la consommation correspond-il davantage à une forme d'abus ou d'excès ? On peut concevoir que la première option soit retenue en droit de la consommation. En effet, l'on sait que le postulat de ce droit est de présumer une asymétrie économique et informationnelle entre les consommateurs et les professionnels. En conséquence, ce type de clauses résulterait nécessairement de l'exploitation de cette invariable dépendance³¹⁴¹. Elles seraient donc davantage abusives³¹⁴² – car découlant, notamment, d'un

³¹³⁶ V. not. en ce sens R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », D. 2015, p. 339-340, spéc. nos 20-21 (qui ne trouve la sanction des clauses abusives justifiée qu'en cas d'identification d'une faiblesse. Dans les autres hypothèses, en effet, « *il n'y a aucune raison de corriger un déséquilibre significatif entre deux contractants anonymes, placés sur un pied d'égalité* »).

³¹³⁷ V. not. en ce sens R. Boffa, p. 340, nos 22-24

³¹³⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Abus », p. 7

³¹³⁹ D'où l'invitation par G. Cornu à « *comp. [arer]* » avec la notion d'excès (ibid.). D. Bakouche, dans sa thèse consacrée à l'excès (*L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005), consacre d'ailleurs une place importante à la distinction entre l'abus et l'excès (tout particulièrement au sein de certains développements, V. surtout ibid., nos 41 et s., p. 39 et s. ; l'essentiel de la distinction se situe sur la « *forte connotation morale* » et subjective que contiennent certaines autres notions voisines, telles que l'abus ou encore la bonne et la mauvaise foi). En effet, l'excès est objectif : il y a « *détachement de toute considération subjective ou psychologique tenant à la source de l'excès* » (ibid., n° 40, p. 39). Et il est vrai, comme l'auteur le souligne dans ces développements, qu'il y a une nette tendance en doctrine, contestable, à assimiler l'abus et l'excès. Par où la notion d'excès se distinguerait de l'abus, nécessairement (relativement) aléatoire (ibid., spéc. n° 47, p. 46).

³¹⁴⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Excès », p. 425

³¹⁴¹ C'est en ce sens et dans ce cadre consumériste que d'aucuns assimilent excès et abus (V. not. J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « Clauses abusives », préc., spéc. n° 50 (« *Cette jurisprudence est critiquable car elle distingue l'abus de puissance économique et l'avantage excessif, alors qu'il s'agit, en réalité, de la même chose ; l'abus s'incarnant dans l'excès* ») ; et ibid., n° 52 (« *Quant à l'abus de puissance économique, contrairement aux apparences, il demeure présent de manière sous-jacente, en ce qu'il est la cause efficiente du déséquilibre contractuel. Ce n'est que parce que le professionnel abuse de sa puissance économique présumée qu'il impose au consommateur un*

usage déviant de la liberté contractuelle – qu'excessives. Pourtant, nous ne sommes guère de cet avis. Observons.

888. – Mais... (l'abandon du critère de l'abus). Cette position est contestable : n'a-t-on pas précisément abandonné le double critère de l'avantage excessif issu, d'une manière assez évocatrice, d'un abus de puissance économique³¹⁴³ ? La terminologie aurait peut-être dû être adaptée, sauf à admettre qu'il n'y ait pas véritablement rupture entre les anciens critères et le nouveau (du moins l'actuel) critère du déséquilibre significatif³¹⁴⁴. En vérité, c'est bien davantage entre l'avantage excessif, seul, et le déséquilibre significatif que cette rupture³¹⁴⁵ n'existe pas³¹⁴⁶. Pour reprendre le propos de D. Mazeaud, « *les mots changent, mais l'idée est identique* »³¹⁴⁷. Dès lors que l'abus a disparu, et que les aspects moralisateur et subjectif se sont de même évaporés³¹⁴⁸, voilà que seul l'excès semble subsister sous le

contrat déséquilibré. Le déséquilibre, comme auparavant l'avantage excessif, c'est l'abus ! »).

³¹⁴² V. not. en ce sens G. Raymond, J.-Cl. conc. cons. LexisNexis, « Clauses abusives », sept. 2012 (m.a.j. 2012), spéc. n° 47 ; V. aussi X. Lagarde, « Qu'est-ce qu'une clause abusive », JCP G 2006, I, 110 (posant une définition d'obédience générale, impliquant cette vision de dépendance économique de celui qui subit la clause abusive. Cette définition est, pour cette raison de généralité, en décalage avec ce qui est retenu en droit de la consommation et qui fait office de définition).

³¹⁴³ Datant de la loi originelle de 1978 (art. 35 L. n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, prévoyant not. que « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées [...] lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif* »). Bien sûr l'on n'adhèrera guère aux regrets exprimés par certains concernant l'abandon de l'expression d'abus de puissance économique (V. not. J.-P. Chazal, op. cit., n° 51), dans la mesure où cet abandon nous semble refléter ce que doit véritablement constituer le mécanisme des clauses abusives. Il est par ailleurs relevé que l'abus de puissance économique était de toute façon, globalement présumé dès lors que l'avantage excessif était caractérisé (V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 182, p. 219). L'on rejoindra bien davantage le point de vue selon lequel, par le nouveau critère, « *le législateur a voulu que les clauses abusives puissent désormais être sanctionnées quelle que soit la puissance économique des professionnels* » (G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », D. 1995, p. 100, n° 7, et les réf. citées, tant des travaux parlementaires qui traduisent la volonté de s'émanciper des considérations de puissance économique ici, que des travaux doctrinaux, convergeant dans le même sens). Il est vrai que l'adjonction d'une telle condition, absente de la directive, rendait en outre la protection moindre : c'est qu'une clause peut être imposée par bien d'autres moyens que la puissance économique.

³¹⁴⁴ V. par ex. J.-P. Chazal, qui considère la clause abusive comme relevant encore d'un abus de puissance économique : « *Elle peut être définie comme toute clause qui, bien qu'acceptée par les parties contractantes, révèle un déséquilibre significatif entre les droits et obligations réciproques, causé par un abus de puissance économique, de sorte que la justice commande de la réputer non écrite sans, toutefois, que le contrat soit intégralement anéanti* » (J.-P. Chazal, op. cit., n° 7), en accord avec son étude consacrée (*De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996). Nous sommes d'avis que la source informationnelle est plus large et donc plus satisfaisante que l'explication économique (V. *supra* nos 33 et s.).

³¹⁴⁵ Rupture qu'une doctrine autorisée défend pourtant : V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 324, p. 340-341 (et not. « *En réalité, il n'est pas certain que ce changement terminologique soit aussi anodin qu'on a bien voulu le dire. (...) En d'autres termes, la loi de 1978 poursuivait une justice fruste mais sûre. Fruste parce que le caractère excessif de la clause était apprécié en lui-même abstraction faite de l'économie du contrat. Sûre parce que, de ce fait, il devenait possible d'identifier assez aisément les clauses abusives, en dressant une liste. Or, sur ce point, la loi du 1^{er} février 1995 paraît obéir à une philosophie différente. Renouant avec la formulation écartée en 1978, elle prévoit que la clause abusive est celle qui crée « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » ». (...). On le voit, le remplacement de « l'avantage excessif » par le « déséquilibre significatif des droits et obligations des parties » recouvre une mutation profonde de la législation sur les clauses abusives. A la justice fruste mais relativement prévisible que poursuivait la loi de 1978 se substitue une justice beaucoup plus fine mais difficilement prévisible »). Adde, dans le même sens car semblant adhérer à ces prescriptions : G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n° 464, p. 239 ; V. aussi, sur ce que l'abus serait toujours une condition des clauses abusives, irréfragablement présumé : A.-S. Choné, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. Teyssié, Economica, 2010, spéc. n° 142, p. 97-98 (parlant not. de « *survivance implicite du fondement de l'abus de domination* »).*

³¹⁴⁶ V. not. G. Paisant, art. préc., spéc. p. 100, n° 9 (et not. : « *Si la loi ne parle pas d'« avantage excessif », c'est évidemment la même idée qui est reprise en des termes différents. L'avantage excessif implique le déséquilibre significatif entre les prestations* »). Adde J.-P. Chazal, op. cit., n° 51 qui, au-delà de sa position sur l'évidence d'un abus de puissance économique, considère, et on l'approuvera naturellement sur ce point, que « *« l'avantage excessif » de l'ancien texte et le « déséquilibre significatif » du nouveau sont évidemment synonymes* ».

³¹⁴⁷ D. Mazeaud, « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », *Droit et patr.* juin 1995, p. 47

³¹⁴⁸ C'est la conséquence que nous tirons volontiers, avec Ph. Stoffel-Munck (th. préc., spéc. n° 403, p. 330-331).

voile du nouveau critère³¹⁴⁹. Partant, la terminologie peut être remise en question. D'ailleurs, devant l'abstraction de la méthode de protection du droit de la consommation, nul ne pourrait aujourd'hui plaider qu'une clause jugée abusive l'est systématiquement en vertu d'un quelconque abus, tant elles sont sanctionnées automatiquement dès que les qualités respectives de consommateur/professionnel sont détectées. La dénomination de clauses abusives relève donc déjà en ce sens du parallogisme.

889. – Droit commun de la partie faible. Terminologie : clauses excessives. Pour ce qui est du régime de protection de la partie faible en droit commun, l'on sort pleinement de la logique du droit de la consommation. Ainsi semble disparaître d'emblée une quelconque forme d'abus, si tant est que ceci n'était pas complètement acquis en droit de la consommation. L'infériorité informationnelle légitime est en ce sens plus *naturelle* : ni un dol, ni un abus de puissance. Par ailleurs, comme il a été dit, le mécanisme n'est plus ici conçu comme une technique de régulation du marché par une forme d'harmonisation des pratiques. Au contraire, il s'agit d'un garde-fou le plus exceptionnel possible, uniquement destiné, indirectement car *a posteriori*, à éradiquer ce qui résulte manifestement des lacunes, nécessairement subsistantes, de l'information de la partie faible. Au fond, il s'agit ni plus ni moins de clauses invraisemblables, exagérées, intolérables : « *des stipulations créatrices d'incontestables déséquilibres* »³¹⁵⁰. En définitive, des clauses bien plus excessives qu'abusives³¹⁵¹.

§II – Les mesures qui encadrent inefficacement le consentement

890. – Plan. D'autres techniques d'inspiration consumériste ont pour vocation de protéger le consentement. Présentées comme telles, elles ne nous semblent pas parvenir à ce but, du moins pas suffisamment pour être retenues dans le socle de protection du consentement de la partie faible. Il s'agit donc de démontrer les lacunes des délais de réflexion et de rétractation (**A**), mais aussi du formalisme informatif (**B**).

³¹⁴⁹ V. not. en ce sens les propos de D. Bakouche (th. préc., nos 22 et s., p. 21 et s.), pour qui il est net, comme à nos yeux, que la condition d'abus a bien disparu (soulignant également la volontaire mise à l'écart de certains souhaits parlementaires de réintroduire, lors des travaux de 1995, la notion d'abus : *ibid.*, n° 23, p. 23 ; et contestant même clairement, avec justesse, certaines positions subsistantes selon lesquelles l'abus resterait présent, implicitement, et serait ainsi présumé : *ibid.*, nos 24-25, p. 24-25).

³¹⁵⁰ J. Mestre, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 682

³¹⁵¹ L'idée a d'ailleurs déjà été défendue par une doctrine spécialiste. C'est ainsi que D. Bakouche soulignait, pour ce qui est du droit de la consommation, que l'abandon de l'abus était si net qu'il « *est contestable, aujourd'hui, de continuer à parler de clause abusive et qu'il serait plus exact de parler de clause excessive* » (th. préc., n° 26, p. 26). Il nous semble tout aussi juste, probablement, que le maintien de cette terminologie, dans ces conditions, est, « *en définitive, assez révélateur de l'absence d'une appréhension unitaire et rationnelle de l'excès en droit civil* » (*ibid.*, n° 26, p. 26), tant l'attention a été captivée, si ce n'est monopolisée, par la notion de *clause abusive* du droit de la consommation, et alors même que cette terminologie, au moins depuis vingt ans, n'est plus appropriée.

A - La réflexion et la rétractation

891. – Plan. Si les délais des techniques de réflexion et de rétractation sont conçus comme des mécanismes protecteurs du consentement (1), cette vocation semble pourtant hors de leur portée, de telle sorte que celles-ci ne seront pas retenues pour construire le socle de protection du consentement de la partie faible (2).

1 – Des délais destinés à protéger le consentement

892. – Généralités. Les désormais célèbres délais de réflexion et de rétractation³¹⁵², dont on trouve aujourd'hui les illustrations essentielles en droit de la consommation³¹⁵³, ont, certes, le mérite de permettre hypothétiquement l'amélioration du consentement. En effet, ceux-ci se situent avant la conclusion définitive du contrat : la réflexion avant de donner le consentement, la rétractation avant que le contrat soit véritablement irrémédiable. Aucun motif n'est d'ailleurs exigé pour déclencher leurs effets : preuve que ces délais protégeraient bien le consentement³¹⁵⁴.

893. – Des mécanismes conçus et présentés comme protégeant le consentement. Ainsi, ces techniques semblent permettre de donner un consentement plus éclairé, laissant la possibilité de s'informer pendant le laps de temps qu'elles induisent. Et cette vocation sous-tend la légitimité de la démarche : c'est que le principe essentiel de la force obligatoire du contrat subit un certain assaut³¹⁵⁵. En effet, le contrat est, pour ce qui est du délai de rétractation, bien moins retardé que révocable³¹⁵⁶. La jurisprudence ne semble pas non plus avoir cédé³¹⁵⁷ à une séduisante³¹⁵⁸ forme de nuance qui tenterait

³¹⁵² D'aucuns ne voient là qu'un seul délai de réflexion, qui connaîtrait deux déclinaisons distinctes (V. not. V. Christianos, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », D. 1993, p. 28, pour qui il y aurait ainsi une « double physionomie de ce dernier : délai de réflexion en faveur du consommateur, d'une part, avant que son consentement ne soit exprimé ; délai de réflexion d'autre part, une fois l'échange des consentements réalisé, afin que le consommateur rétracte son propre consentement »). Nous ne retiendrons pas cette vision des choses (au reste assez juste), et plaiderons pour la plus simple distinction entre la réflexion (l'on songe avant d'agir) et la rétractation (l'on se dédit après avoir agi).

³¹⁵³ En effet, force est de constater que le droit de la consommation en est l'instigateur essentiel. Un processus obligatoire de réflexion existe ainsi en matière de crédit immobilier (art. L. 312-10 C. consom.) ou d'avenant à celui-ci (art. L. 312-14-1 C. consom.). Par ailleurs, l'on trouve un délai de rétractation en matière de crédit à la consommation (art. L. 311-12 C. consom.), ou encore en matière de démarchage à domicile et de vente à distance (désormais « contrats conclus à distance et hors établissement », art. L. 121-16 et s. C. consom. ; V. spéc. l'art. L. 121-21 C. consom.). Le droit de la consommation n'en est ici, certes, qu'à un *quasi* exclusivisme : ce genre de technique existe, mais en quantité bien plus réduite, dans d'autres pans protecteurs du droit, comme en matière d'assurance-vie au sein du droit des assurances (art. L. 132-5-1 C. assur.), ou encore en matière de construction ou d'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation (art. L. 271-1 CCH).

³¹⁵⁴ V. not. E. Bazin, « Le droit de repentir en droit de la consommation », D. 2008, p. 3028 (et not. : « c'est un droit fondamental qui protège le libre arbitre du consommateur (...) », et de poursuivre plus loin qu'« En bref, l'existence d'un droit de repentir permet de s'assurer dans les contrats de consommation les plus dangereux ou les plus complexes que le consentement du consommateur donné est pleinement libre »).

³¹⁵⁵ V. not., sur la profondeur de la force obligatoire mise en perspective de l'atteinte qu'elle subit par ces délais (en l'occurrence de rétractation) : E. Bazin, art. préc. ; *Adde* sur la problématique qu'implique le délai de rétractation : V. Christianos, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », D. 1993, p. 28 et s.

³¹⁵⁶ V. not. en ce sens Ph. Brun, « Le droit de revenir sur son engagement », Dr. et patr. mai 1998, p. 78 et s. ; E. Bazin, art. préc., p. 3030 ; Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n° 198, p. 139-140 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, nos 187-188, p. 162-164

³¹⁵⁷ V. not., *in fine* : Cass. 1^{re} civ., 10 juin 1992 (90-17.267) : Bull. civ. I, n° 178 ; CCC 1992, n° 195, obs. G. Raymond ; RTD com. 1993, p. 351, obs. B. Bouloc (« Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le contrat était formé dès la commande et que la faculté de renonciation était limitée à 7 jours à compter de celle-ci, le Tribunal a violé le texte susvisé »). Et pour cause : la Haute Cour « a naturellement considéré que le contrat était formé à la commande et que le délai de sept jours dans lequel le démarché devait exercer sa faculté de rétractation ne pouvait être allongé au gré du démarché. La solution ne peut qu'être approuvée, car la loi du 22 décembre 1972 n'a pas modifié le droit commun des contrats, même si l'acheteur peut anéantir, dans le bref délai de sept jours, l'opération conclue » (B.

d'expliquer la technique d'une manière qui ne s'opposerait pas à la force obligatoire du contrat³¹⁵⁹. Pas davantage que le droit prospectif³¹⁶⁰. Mais cette justification par l'objectif est inquiétée, à l'aune de l'efficacité des procédés.

2 – L'illusion d'une protection efficace du consentement

894. – Généralités. Il y a un mirage à considérer ces techniques comme de véritables protections du consentement. Pour s'en convaincre, il faut démontrer intellectuellement cette inefficacité³¹⁶¹. Leurs effets sur le consentement sont d'abord improbables, dans la mesure où il est fort douteux que ces délais soient mis à profit. Ces effets sont aussi peu vraisemblables, parce que le mécanisme même de ces délais est insuffisant à protéger le consentement³¹⁶².

895. – Parce que la décision psychologique précède le plus souvent le déclenchement du processus contractuel. La première raison est d'ordre psychologique. Il apparaît, en effet, que la plupart (voire l'immense majorité) des contractants se renseigne, le cas échéant, avant d'entamer le processus contractuel, et non une fois que celui-ci est lancé. Concrètement, disons que le processus d'élaboration de la volonté aura le plus souvent précédé le déclenchement du processus contractuel, car l'on sait que les phases de conception et de délibération précèdent toujours la décision, qui précède elle-même l'exécution³¹⁶³. Souvent lit-on que ces délais permettent de bénéficier du temps pour « *tirer avantage d'un conseil amical ou d'un débat familial quant à la sagesse de la décision de contracter* »³¹⁶⁴. Or les délais de réflexion ou de rétractation s'inscrivent dans l'hypothèse d'une relation contractuelle déjà entamée. L'on ne se lance dans le contrat que lorsque l'on a déjà estimé, en se renseignant ou non, qu'il

Bouloc, obs. préc.).

³¹⁵⁸ Séduisante car elle expliquerait « *mieux l'intention du législateur qui a entendu permettre au consommateur de donner un consentement mûri ou consolidé* » (E. Bazin, loc. cit.).

³¹⁵⁹ V. not., pour diverses raisons en ce sens : J. Calais-Auloy, « La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur », D. 1972, p. 266 et s. ; R. Baillod, « Le droit de repentir », RTD civ. 1984, p. 227 et s. ; S. Detraz, « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation », CCC 2004, n° 7 ; V. Christianos, art. préc., spéc. p. 30 et s.

³¹⁶⁰ V. not. l'art. 23 du projet Chancellerie III : « *Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de réflexion, le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat avant l'expiration de ce délai. Lorsque la loi ou les parties prévoient un délai de rétractation, il est permis au destinataire de l'offre de rétracter son consentement au contrat jusqu'à l'expiration de ce délai, sans avoir de motif à fournir* ». Il s'agit là d'ailleurs, à une très légère nuance près (insignifiante cette fois, car simplement rédactionnelle), de l'art. 29 du projet Chancellerie II (2009). Or l'expression « *rétracter son consentement* » nous semble suffisamment explicite sur la conception retenue. Tout ceci a été repris par l'art. 1123 du projet Chancellerie IV (2015) (art. 1123).

³¹⁶¹ V. not. sur cette question V. Christianos, art. préc., spéc. p. 30 et s. (et not. p. 30 : « *Evaluer l'efficacité de ce mécanisme dans le cadre de la lutte contre les pratiques abusives de vente ou d'autres contrats présuppose l'existence de statistiques montrant, à l'intérieur d'un ordre juridique donné, le nombre des consommateurs qui ont pu se protéger en exerçant leur droit de rétractation ; en particulier, de telles statistiques devraient comporter, entre autres, le nombre et la catégorie socio-professionnelle des consommateurs qui ont, en application de la loi, rétracté leur consentement ou apporté des modifications à un contrat conclu en dehors d'un établissement commercial ou bien conclu un contrat tel que proposé par le démarcheur, mais en connaissance de cause, à savoir après réflexion et comparaison du produit ou du service offerts avec d'autres. De telles statistiques, bien qu'elles soient utiles pour procéder à une telle évaluation, n'existent pas à notre connaissance ; de plus, elles paraissent impossibles à dresser. C'est pourquoi les auteurs se limitent à évaluer au niveau théorique l'efficacité du mécanisme* »).

³¹⁶² Il s'agira ici pour l'essentiel de considérations de sociologie juridique, si ce n'est de psychosociologie juridique (sur la notion, V. *supra* nos 532 et s.). Globalement, l'on se place ici dans le cadre sociologique de l'« *ineffectivité de la règle de droit* » (J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 136 et s.), et plus particulièrement, semble-t-il, de l'« *ineffectivité individuelle* » (ibid., p. 145 et s.).

³¹⁶³ V. sur l'élaboration psychologique de la volonté, *supra* nos 545-546

³¹⁶⁴ G. Rouhette, « *« Droit de la consommation » et théorie générale du contrat* », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 256, n° 10

convenait de le faire³¹⁶⁵. Voilà qu'on récolterait les avis de proches, le cas échéant, alors qu'il ne reste qu'une semaine avant d'acheter une maison ou de consentir un crédit important. Ainsi, il nous semble que la conviction est antérieure à ces délais, et la décision est, *in fine*, souvent déjà prise de telle sorte qu'il y a fort à parier qu'ils ne serviront tout aussi souvent à aucune réflexion plus poussée que celle qui a déjà été produite, le cas échéant. Les plus fervents promoteurs de la protection consumériste reconnaissent même cette rareté des situations dans lesquelles le contractant se servira utilement de ce délai pour lire – et comprendre – en détails les conditions générales du contrat³¹⁶⁶, ainsi que ses stipulations particulières. Peut-être, outre cette part d'ineffectivité, que l'efficacité marginale de la technique justifiera son existence. Mais son procédé induit, en tant que tel, une certaine méconnaissance du cheminement psychologique que poursuit l'acte volontaire, de « *l'architecture de la volonté* »³¹⁶⁷.

896. – Parce que ces délais apparaissent comme de simples formalités. Prenons des situations dans lesquelles ces délais existent, par exemple en matière de crédit et notamment de crédit immobilier. L'obtention du crédit est réduite, dans l'esprit du contractant, à une simple formalité. L'argument est donc encore ici psychosociologique. Toute l'attention de celui-ci est en effet, le cas échéant, tournée vers la vente et la prise de possession de l'immeuble. Ainsi, le délai laissé pour réfléchir au crédit et à ses conditions sera très improbablement décisif sur la qualité du consentement : les parties se seront probablement déjà informées, et la décision sera, en tout cas, sûrement déjà prise. Ceci est peut-être moins vrai dans d'autres domaines, comme en matière de démarchage, où il est en effet plus aisé d'admettre que les délais servent, dans une certaine mesure, à protéger certaines parties faibles contre un engagement trop rapidement pris. Mais c'est oublier que, en toute hypothèse, ces délais sont présentés comme de simples formalités, si ce n'est éludés de mauvaise foi par le discours de la partie forte. Même mentionnés dans les documents signés, il n'y a guère de doutes que l'on insistera guère sur leur existence, leur utilité et leurs modalités (simples, autant d'inconvénients pour la partie forte). Ainsi présentés et ainsi attachés à des contrats souvent accessoires à un autre sur lequel est porté tout l'intérêt, l'efficacité de tels délais est, au moins globalement, improbable. Même à admettre que ces délais soient usités, la protection du consentement reste peu vraisemblable. En bref, même à préjuger de leur effectivité, leur efficacité est fort discutable.

897. – Même utilisés, les délais ne permettent pas de comprendre l'inintelligible. Admettons désormais que ces délais soient utilisés. Le mirage est presque aussi dense. En effet, laisser du temps pour se renseigner à une partie dont on sait qu'elle ne parviendra guère à décrypter les subtilités du contrat, ce n'est rigoureusement pas garantir une protection satisfaisante du consentement. Il est ainsi peu vraisemblable que ce temps laissé à la partie faible lui permette, le moment venu, de consentir de manière éclairée. D'une part, les contrats sont rédigés de manière dissuasive, notamment pour un profane. D'autre part, la malice de certaines clauses du contrat, blotties aux tréfonds des stipulations concernant les sûretés, les assurances, ou encore un éventuel arbitrage, empêchera également que de

³¹⁶⁵ L'on rejoint ainsi ces propos : le délai « *comprendra-t-il nécessairement une fin de semaine* [parce qu'au moins de 7 jours] *qui laissera aux intéressés – du moins l'espère-t-on – le temps de débattre de la question en famille ou de consulter les proches ou les amis* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 263, p. 278-279).

³¹⁶⁶ J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 169, p. 202

³¹⁶⁷ N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1988, n° 79, p. 67

simples délais suffisent à protéger le consentement.

898. – Absence de sensibilisation. L'on invoquera un autre argument simple. Il se trouve en effet que l'amélioration prétendue du consentement de la partie faible par ce genre de techniques est censée se produire sans aucune sensibilisation, sans attirer activement l'attention. C'est paradoxalement dire que la partie faible ne peut pas s'informer suffisamment avant le contrat (puisque l'on impose ces délais), mais qu'elle pourra le faire une fois le processus engagé. Au contraire, il semble être de l'essence de protections efficaces du consentement de la partie faible qu'elles produisent une telle sensibilisation.

899. – Bilan préliminaire. Le constat de l'inefficacité est partagé³¹⁶⁸. Même : il va de soi que ces délais ne peuvent être conçus dans une version généralisée, tant la proposition s'opposerait alors aux exigences de la vie des affaires, notamment la fluidité et la stabilité³¹⁶⁹. La présente étude laissera donc ces délais dans les domaines très spéciaux où ils se trouvent, sans les intégrer à une protection générale de la partie faible.

B – Le formalisme informatif

900. – Plan. La technique du formalisme informatif, pas davantage que les délais précités, ne sera retenue dans le socle de protection de la partie faible en droit commun. En effet, son efficacité semble trop discutable pour être généralisée (1). D'ailleurs, la technique semble elle-même induire une certaine indifférence à la qualité du consentement, ce qui empêche de considérer qu'elle puisse efficacement rehausser celui de la partie faible (2).

1 – L'inefficacité de la protection

901. – Plan. La technique du formalisme informatif ne nous semble guère efficace à éclairer le consentement de la partie faible, tandis qu'il s'agit pourtant le but annoncé (a). Ses effets primaires sur le consentement sont en effet insuffisants, tout comme ses effets secondaires (b).

a – *Un formalisme destiné à éclairer le consentement*

902. – Renouveau du formalisme. Formalisme informatif. Particulièrement destiné à protéger la partie faible³¹⁷⁰, le formalisme connaît une véritable renaissance³¹⁷¹ au XX^e siècle³¹⁷². Ainsi, le *postulat*

³¹⁶⁸ V. not. V. Christianos, art. préc., spéc. p. 31 (et not. : « Quant à cet apport pratique, nous devons dire d'emblée que celui-ci nous paraît douteux. Non pas en raison du fait que cet apport n'est pas susceptible d'une évaluation quantitative, mais du fait qu'il comporte notamment une faiblesse qualitative : il est à lui seul, comme nous l'avons vu, inefficace à défaut de mesures supplémentaires »).

³¹⁶⁹ V. not. en ce sens N. Rzepecki, th. préc., spéc. n° 813, p. 573

³¹⁷⁰ V. sur ce point l'étude consacrée : H. Jacquemin, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. Montero, Larcier, 2010 ; et celle de Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, spéc. n° 90, p. 99 ; V. aussi X. Lagarde, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G 1999, I, 170, n° 2 (« En législation, la forme est devenue l'instrument privilégié de toute protection de la partie faible et, l'impératif de protection ayant été perçu comme primordial, s'en est nécessairement suivi un développement sans précédent du formalisme ») ; V. aussi Ph. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », préc., spéc. p. 128 (et not. : « La technique de base, celle qui rend efficaces toutes les autres, consiste en une formalisation du contrat »).

selon lequel il faut en appeler à la forme pour éclairer le consentement du faible³¹⁷³ a débouché depuis quelques années sur une quantité grandissante d'innovations législatives, instituant un formalisme informatif. L'on trouve d'abord des mentions informatives, reproduites au contrat pour être lues par la partie faible. Bien sûr l'essentiel, mais pas la totalité³¹⁷⁴, réside dans le droit de la consommation³¹⁷⁵. Mais le formalisme ainsi renouvelé connaît d'autres déclinaisons encore plus vigoureuses. C'est ainsi que des mentions manuscrites ont pu être rendues impératives dans certains domaines, conditionnant même parfois la validité du contrat³¹⁷⁶. Le cautionnement a particulièrement été affecté par ce type d'obligations (de source consumériste), d'abord en matière de crédit à la consommation ou de crédit immobilier³¹⁷⁷, et de baux à usage d'habitation³¹⁷⁸, puis de manière généralisée³¹⁷⁹. Au total, il s'agit moins d'une renaissance du formalisme en tant que tel que d'un renouveau de la conception de la mission qu'il doit assumer. Le retour du formalisme se manifeste sous une forme métamorphosée, il se

³¹⁷¹ V. déjà L. Josserand, « La « publicisation » du contrat », in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Sirey-LGDJ, 1938, § 145, spéc. n° 8, p. 147 ; V. également l'analyse classique de J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études offertes à G. Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 93 et s. ; V. aussi, plus récemment X. Lagarde, art. préc. ; G. Couturier, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois* 2000, p. 880 et s. ; A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597 et s. ; *Adde* M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, spéc. p. 627-628, n° 19

³¹⁷² H. Jacquemin, th. préc., n°s 17 et s., p. 37 et s. ; V. aussi (et, déjà) L. Josserand, « Libéralisme et verbalisme », *D.* 1933, p. 14 et s.

³¹⁷³ V. en ce sens, pour ce qui concerne le cautionnement et pour l'utilisation du terme, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010, spéc. n° 132, p. 102

³¹⁷⁴ D'où le *quasi*-exclusivisme consumériste (V. *supra* n°s 25 et s.). V. par ex. l'art. L. 112-2 C. ass. (imposant la remise d'une fiche d'information à l'assuré, avant la conclusion du contrat, contenant le prix et les garanties proposées, un projet de contrat et un certain nombre d'autres éléments comme la loi applicable au contrat si elle n'est pas la loi française). V. aussi l'art. L. 441-6 C. com. (imposant la transmission au distributeur par le fournisseur de ses conditions générales, avant les négociations et donc avant la conclusion du contrat). Sur les manifestations en dehors du droit de la consommation, V. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 540, p. 270

³¹⁷⁵ C'est ainsi que le contrat de crédit à la consommation doit obligatoirement être rédigé selon une présentation et une organisation très précises (art. L. 311-18 C. consom. : « le contrat de crédit est établi par écrit ou sur un autre support durable. Il constitue un document distinct de tout support ou document publicitaire, ainsi que de la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Un encadré, inséré au début du contrat, informe l'emprunteur des caractéristiques essentielles du crédit » ; art. R. 311-5 C. consom. : « en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit. Il comporte de manière claire et lisible, dans l'ordre précisé » par ledit article), et contenir un certain nombre d'éléments (art. R. 311-5 C. consom., à savoir not. la désignation précise du crédit, les conditions de mise à disposition des fonds, l'identification du créancier, etc...).

³¹⁷⁶ V. not. sur tout ceci : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°s 262 et s., p. 274 et s.

³¹⁷⁷ En effet, le législateur a tout d'abord décidé d'inscrire aux articles L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation l'exigence de mentions manuscrites précises s'appliquant aux cautionnements souscrits par des personnes physiques en garantie d'un crédit à la consommation, ou d'un crédit immobilier, et sanctionnées, pour tout défaut, par la nullité de l'acte (l'art. L. 313-7 C. consom. énonce que la personne physique qui s'engage par acte sous seing privé pour le cautionnement d'un des crédits visés doit recopier la mention suivante : « en me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même ». L'art. suivant ajoute une mention supplémentaire en cas de solidarité : « en renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... »).

³¹⁷⁸ Ce mouvement législatif a également généré l'élaboration d'un article similaire en matière de baux d'habitation (art. 22-1 de la loi du 6 juillet 1989, réformé par une loi du 21 juillet 1994 (lois n°89-462 du 6 juil. 1989 et n° 94-624 du 21 juil. 1994)). Celui-ci impose des mentions manuscrites pour tout cautionnement souscrit en garantie des loyers pouvant être dus par un locataire après la conclusion d'un contrat de bail à usage d'habitation. Ainsi, « la personne qui se porte caution fait précéder sa signature de la reproduction manuscrite du montant du loyer et des conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location, de la mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte et de la reproduction manuscrite de l'alinéa précédent » (concernant d'autres précisions sur les modalités du cautionnement ainsi souscrit). L'article précise aussi que ces formalités sont prescrites à peine de nullité du cautionnement. En l'occurrence, ces mentions manuscrites sont particulièrement lourdes et longues, ce qui a pu être dénoncé en doctrine (V. not. F. Magnin, « Une page d'écriture pour la caution », *LPA* 5 oct. 1994, p. 3 et s.).

³¹⁷⁹ Le législateur a même finalement largement étendu le champ d'application du formalisme appliqué au cautionnement par une loi du 1^{er} août 2003 (L. n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 (dite « loi Dutreil ») pour l'initiative économique). En effet, deux dispositions qui en découlent viennent s'incorporer au Code de la consommation et exigent le recopiage de mentions manuscrites pour tout cautionnement souscrit par une personne physique au profit d'un créancier professionnel par acte sous seing privé (art. L.341-2 et L.341-3 C. consom., reprenant à l'identique la formulation des dispositions précitées en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier).

renouvelée³¹⁸⁰, pour éclairer le consentement.

903. – La vocation : éclairer le consentement. Ces mécanismes s'emploient à informer par la forme³¹⁸¹. Comme l'interprétation déformante du formalisme de l'article 1326 du Code civil l'avait déjà, par exemple, laissé présager³¹⁸², ce formalisme a pour vocation d'amener le contractant à prendre conscience de la nature et des implications de ce à quoi il s'engage³¹⁸³. En bref, d'éclairer le consentement, en son sens le plus commun. Certes, à la différence des délais précités³¹⁸⁴, l'attention semble quelque peu suscitée, si ce n'est stimulée. L'on sera à nouveau déçu, pourtant, par l'impact du mécanisme. Encore une protection quelque peu illusoire³¹⁸⁵, du moins insuffisante.

b – L'insuffisance des effets du formalisme informatif

904. – Effets primaires insuffisants. Le bon sens élémentaire laisserait à penser que ce formalisme informatif « ne devrait qu'être source de bienfaits et d'avantages »³¹⁸⁶. La réalité est différente. D'abord, il semble inexact d'admettre qu'un profane comprenne clairement tout à coup le principe et la portée de son engagement du simple fait qu'il aura sagement reproduit telle ou telle mention manuscrite, prescrite par la loi³¹⁸⁷, ou même qu'il aura lu tel ou tel encadré. La démarche législative agit ainsi « comme si la forme était le garant de la sécurité » de la partie protégée³¹⁸⁸. Or ceci est évidemment contestable³¹⁸⁹. C'est la question de l'inefficacité du procédé³¹⁹⁰.

905. – Faible sensibilisation. Le formalisme informatif est réputé sensibiliser, mais l'on doute qu'il parvienne à cet objectif. L'on reprendra d'ailleurs un argument déjà mentionné à l'endroit des délais de réflexion et de rétractation. Le formalisme informatif, et au premier plan les mentions manuscrites, est présenté comme une formalité³¹⁹¹. Autrement dit, un poids dont il faut se soulager au plus vite³¹⁹². Ce

³¹⁸⁰ V. aussi sur ce thème B. Nuytten et L. Lesage, « Remarques sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Defrénois* 1998, p. 497 et s. ; V. Magnier, art. préc.

³¹⁸¹ V. not. sur ce point H. Jacquemin, th. préc., spéc. nos 44 et s., p. 84 et s. (qui traite, dans le cadre du formalisme informatif (parlant de manière générique de « Mentions »), de cette « fonction principale consistant à énoncer une information ») ; Adde Ch. Bourrier, th. préc., n° 90, p. 99

³¹⁸² V. sur ce mouvement, *supra* nos 483 et s.

³¹⁸³ V. not. sur la question Ch. Albiges, « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1 et s.

³¹⁸⁴ De réflexion et de rétractation (V. *supra* nos 891 et s.).

³¹⁸⁵ L'expression a déjà été utilisée en doctrine : A. Cerles et M. Séjean, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », in *Etudes offertes au doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 273 et s.

³¹⁸⁶ A. Lepage, art. préc., p. 603, n° 8

³¹⁸⁷ Nous renvoyons not. sur ce point à l'art. préc. de A. Cerles et M. Séjean.

³¹⁸⁸ H. Davo, « Formalisme bancaire et protection du consommateur », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 330

³¹⁸⁹ V. not. sur ces limites H. Jacquemin, th. préc., spéc. nos 285 et s., p. 376 et s. ; et plus globalement B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 95, p. 89 (« Les techniques et les exemples d'un tel formalisme informatif sont innombrables. Son efficacité demeure pourtant difficile à vérifier (...) »).

³¹⁹⁰ Sur la distinction avec l'ineffectivité, V. par ex., au plan général, C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, spéc. n° 3, p. 4 (qui établit clairement que l'efficacité implique, d'un côté, la production de l'effet attendu tandis que, d'autre part, l'effectivité est plus profonde, désigne l'ampleur de la convergence entre le droit établi et les pratiques sociales : un droit inefficace n'atteint pas ou mal son but (ex. : protéger le consentement) ; un droit ineffectif n'atteint pas ou mal les relations juridiques qu'il est censé régir (ex. : les vices du consentement en matière de protection de la partie faible, de nos jours).

³¹⁹¹ *Rappr.* Ch. Bourrier, th. préc., n° 97, p. 110 (et not. : « En effet, en raison de la rapidité des transactions dans la vie des affaires, il est permis de penser que le stipulant présentera ses exigences contractuelles comme étant de pure forme et l'adhérent considérera leur lecture comme une corvée supplémentaire qu'il ne fera pas »).

³¹⁹² Ce qui fait dire à certains (V. Avena-Robardet, « Cautionnement : entre rigueur et rigorisme », D. act. 15 avr. 2011)

constat se cumule à l'empressement qui entoure presque toujours le contrat, surtout, par exemple, en matière de cautionnement³¹⁹³. La sensibilisation est au vrai inexistante. Il y aura donc, en partie pour cette raison, un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles le formalisme n'aura tout simplement aucun effet, puisqu'il sera éludé par son destinataire. Celui-ci n'aura probablement rien lu des mentions qui sont supposées l'éclairer³¹⁹⁴. Il est vrai qu'une exigence élémentaire de responsabilisation devrait décharger ce cas d'inefficacité du compte du formalisme, pour le placer à la charge de la partie faible négligente : la protection devrait en effet se coupler avec un « *devoir de lecture* »³¹⁹⁵.

906. – Effets secondaires insuffisants. Même dans l'hypothèse, déjà peu probable, où le formalisme informatif aurait été lu et compris, l'efficacité à éclairer efficacement le consentement n'est toujours pas acquise. En effet, le scepticisme pèse également sur l'impact de l'information communiquée. Par un curieux paradoxe, ce procédé bénéficie à la partie faible de manière inversement proportionnelle à sa faiblesse³¹⁹⁶. Or, comme l'a souligné Mme Davo, « *Les règles formalistes n'atteignent leur objectif qu'à deux conditions cumulatives* », au titre desquelles figure celle de permettre « *une réelle information sur ce contenu [du contrat]* »³¹⁹⁷.

907. – Parfois, le contenu de l'information est trop complexe. C'est presque un lieu commun d'affirmer que, dans la majorité des cas, le contenu du formalisme informatif est inadapté. Outre que la sensibilisation est réduite à peau de chagrin et que la substance du formalisme sera tout simplement ignorée, cette dernière peut être trop complexe pour les parties faibles potentielles qui en sont pourtant les bénéficiaires³¹⁹⁸. L'on sait bien que l'obscurité du droit apparaît comme une banalité de nos jours. Or le formalisme informatif ne tient pas suffisamment compte de l'aspect profane de ses destinataires. Ce qui paraît limpide pour le législateur n'est pas nécessairement ce qui l'est pour le grand public ! Or de l'opacité du propos à l'inefficacité de l'effet informatif d'un tel formalisme, il n'y a qu'un pas. Il apparaît assez net que le recopiage, et à plus forte raison encore la simple lecture, de quelque chose que l'on ne saisit pas ou que l'on saisit mal est proprement inutile³¹⁹⁹.

qu'« *Une formule recopiée « à la va-vite » ne témoigne nullement de sa compréhension* » ; ou, par ex. en matière de crédit à la consommation, que « *La lecture des formulaires n'est tout d'abord pas aisée. L'écrit est donné par le professionnel au moment de la signature, peu de consommateurs prennent le temps de lire avant de signer le document proposé* » (H. Davo, art. préc., p. 332).

³¹⁹³ Que l'on songe par exemple un instant à ceux souscrits pour garantir des loyers d'un bail d'habitation. Essentiellement conclus en agence, ces contrats doivent être passés le plus rapidement possible car le créneau prévu est court, au sein de ces structures. En pratique, le temps consacré à l'information contenue par ces mentions, outre leur recopiage, est tout bonnement nul, notamment à cause du poids de l'ensemble des autres formalités à établir.

³¹⁹⁴ V. not. G. Couturier, art. préc., spéc. p. 886 (et not. : « *Il faudrait encore qu'il ait été lu* ») ; Adde Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., n° 540, p. 278 (soulignant qu'il est effectivement « *douteux que le consommateur se trouve effectivement informé du seul fait que des mentions explicatives figurent dans l'acte qu'il a signé ou sur le produit qu'il a acheté ; les a-t-il même lues ?* ») ; H. Davo, art. préc., p. 332 ; Ch. Bourrier, th. préc., n° 96, p. 108

³¹⁹⁵ G. Couturier, loc. cit.

³¹⁹⁶ V. not. la concession faite par J. Calais-Auloy : « *ce genre de mesure est pratiquement sans effet sur les consommateurs les plus défavorisés. Pour eux, l'amélioration du consentement relève en grande partie de l'utopie : il faut, pour les protéger, agir directement sur le contenu du contrat* » (« *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats* », RTD civ. 1994, p. 244-245).

³¹⁹⁷ H. Davo, art. préc., p. 330

³¹⁹⁸ Ce qui fait dire à d'autres que l'on se satisferait de ce foisonnement de règles si « *c'était le prix à payer pour une protection* », mais qu'il n'en est rien, not. parce que « *l'abondance et la complexité de ce formalisme paperassier en fait un instrument difficilement maîtrisable pour ceux-là mêmes auxquels il est destiné* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 262, p. 275) ; Adde H. Davo, art. préc., p. 332 ; Ch. Bourrier, th. préc., n° 95, p. 106-108

³¹⁹⁹ Pour le vérifier, l'on avait réalisé l'expérience suivante, aussi simple qu'instructive. Plusieurs groupes de Travaux dirigés en faculté de droit en furent les cobayes, des L2 et des M1. Pour ainsi dire, des personnes déjà sensibilisées, en outre, au droit. A la fin du dernier TD du second semestre, on leur distribua à chacun des feuilles, sur lesquelles étaient inscrits des phrases pour le

908. – Parfois, la substance du message est artificielle. L'on s'aperçoit que, d'autres fois, l'information ne reflète en réalité que des éléments insuffisants³²⁰⁰, comme par exemple les caractéristiques essentielles de l'engagement. Autrement dit, il n'est souvent que très imparfaitement détaillé. Par exemple, pour la mention manuscrite exigée pour tout cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel, la caution qui aurait bien compris la mention imposée ne prendrait conscience que de peu d'éléments potentiellement ignorés : le principe du cautionnement, son montant et sa durée³²⁰¹, soit au total ce que n'importe quel profane peut aisément savoir sans qu'il soit pour autant en dehors de tout danger contractuel, bien au contraire³²⁰². L'on perçoit ici plus que jamais à quel point rien ne supplante véritablement une obligation d'information. L'on peut ainsi conclure que le formalisme est à peine apte à délivrer une information qui a de toute façon peu de chances d'éclairer la caution³²⁰³. Les mesures dont il s'agit là ne sont donc tout au plus que des obligations de présentation de l'information au contractant présumé vulnérable, à défaut de vraies mesures assurant sa compréhension. Car, « *Pour être protecteur le formalisme doit viser et atteindre les deux objectifs : une information sur un contenu juste, pour pouvoir réfléchir et agir avec raison* »³²⁰⁴.

909. – D'autres fois, la densité du message le rend inefficace. L'on ne saurait mieux le dire : c'est une « *évidence qu'abondance d'information nuit* »³²⁰⁵. Ceci parachève les « *paradoxes* » du formalisme informatif³²⁰⁶, qui le rendent impropre, à notre sens, à constituer une technique fiable pour protéger la partie faible.

2 – *L'indifférence à la qualité du consentement*

910. – Plan. Le formalisme informatif semble en lui-même renfermer une certaine indifférence à la qualité du consentement, qui empêche que l'on puisse véritablement considérer la technique comme satisfaisante pour éclairer la partie faible. En effet, cette protection entraîne une sanction automatique (a). Les salutaires correctifs parfois érigés par la jurisprudence ne permettent pas non plus d'atteindre une protection du consentement véritablement satisfaisante (b).

moins incompréhensibles, notamment en latin. On leur annonça, alors que le cours (le dernier, volontairement) était déjà fini depuis quelques minutes, qu'il fallait recopier ces mentions sur une feuille, à rendre immédiatement après. Les étudiants étaient pressés, et s'y employèrent vite. Une fois que cela fut fait, on leur demanda ce qu'ils en avaient retenu. Aucune réponse. Ne serait-ce qu'une suite de deux mots ? Rien. On leur annonça le but de tout ceci : dans un contexte d'empressement et face à un contenu inintelligible, le formalisme informatif, et particulièrement le recopiage de mentions manuscrites, ne sensibilise absolument pas l'attention, et son efficacité est improbable.

³²⁰⁰ V. not. sur ce point A. Lepage, art. préc., spéc. p. 606-607, n° 11

³²⁰¹ Art. L. 341-2 C. consom.

³²⁰² Ce scepticisme peut être comparé à celui des livrets d'utilisation de chaque produit disponible à la vente. Quelle proportion d'utilisateurs se préoccupe du manuel, s'il ne rencontre pas de difficulté particulière ? Si le produit fonctionne pour l'usage qui lui était destiné, cela n'empêchera d'ailleurs pas le consommateur de rester ainsi parfaitement étranger aux diverses autres subtilités du produit, subtilités parfaitement comparables à celles contenues potentiellement dans un contrat, malgré que le contractant en ait saisi l'objet principal.

³²⁰³ L'on ajoutera, toujours à charge, l'argument annexe selon lequel (à l'instar des délais de réflexion et de rétractation) la technique serait de toute façon trop lourde pour être imposée dans le socle de protection générale du consentement de la partie faible (V. déjà sur ce point F. Magnin, art. préc., p. 3 et s., dénonçant le poids de ce formalisme, dans l'hypothèse voisine du cautionnement des baux d'habitation, similairement formalisé. V. aussi J.-P. Pizzio, « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 883, n° 7, qui parle, plus généralement, de « *formalisme pointilleux et paperassier* »).

³²⁰⁴ H. Davo, art. préc., p. 338

³²⁰⁵ A. Lepage, art. préc., p. 605, n° 10

³²⁰⁶ Titre de l'étude préc. de A. Lepage

911. – Postulat : la seule forme scrupuleusement respectée est apte à éclairer le consentement.

Le formalisme informatif est basé sur un postulat discutable. Pour éclairer le consentement, il faut que les formules prévues par la loi soient reproduites dans tels actes et selon telle présentation, voire qu'elles soient recopiées par celui auquel elles sont destinées. Or un tel procédé ne peut qu'impliquer une rigueur parfaite dans leur reproduction ou recopiage : puisque ces formules sont censées synthétiser un contenu tout à la fois complet et suffisant, il semble impossible qu'un quelconque défaut puisse être toléré³²⁰⁷.

912. – La sanction a donc naturellement tendance à l'automaticité, et s'émancipe des considérations de qualité concrète du consentement.

De plus en plus souvent, la nullité est automatique³²⁰⁸. Le moindre défaut dans le respect du formalisme est considéré, par analogie, comme un contrat vicié dans la mesure où la partie faible reste alors réputée ignorante. De telle sorte que la technique s'émancipe donc des considérations concrètes tenant à la qualité du consentement de celui auquel le formalisme informatif était destiné³²⁰⁹. Il est à nouveau paradoxal et regrettable qu'une technique de protection du consentement se désintéresse, pour entraîner une sanction, du véritable niveau informationnel de la prétendue partie faible³²¹⁰. Il y a dégénérescence, alors, en « *échappatoire facile* »³²¹¹. C'est notamment pour ces raisons que le mécanisme ne sera guère retenu pour le régime de protection de la partie faible en droit commun³²¹².

913. – Eviction de la dimension prophylactique du formalisme. Prime supplémentaire à la déresponsabilisation (renvoi). La sanction d'une mesure de protection comme le formalisme doit, pour être efficace, être « *suffisamment sévère* » afin d'engendrer un effet prophylactique³²¹³. Certes. Mais dans

³²⁰⁷ V. not. G. Couturier, art. préc., p. 886 (où l'auteur fait cet amer constat : « *Les règles qui prévoient de telles mentions obligatoires visent l'information du contractant, mais ce sont des règles de forme, il ne suffit pas de prouver que la partie protégée était pleinement informée pour les priver d'application. On retrouve ici l'idée que la règle de forme, par définition, exclut le recours à des procédés équipollents : on ne peut échapper à son application en prétendant que le résultat attendu de la règle a été atteint par un autre moyen que la formalité prescrite* »).

³²⁰⁸ V. *contra* pour des ex., certes en matière de droit commercial, où le juge doit « *rechercher si l'omission des mentions a eu pour effet de vicier le consentement* » : A. Lepage, art. préc., p. 619-620, n^{os} 25-26

³²⁰⁹ V. déjà sur cette question, *supra* n^{os} 288 et s.

³²¹⁰ Saluons ainsi, par ex., la position de H. Jacquemin (th. préc., spéc. n^o 382, p. 512) : « *Pour autoriser le cocontractant de la partie faible à renverser la présomption lorsque les objectifs poursuivis par la règle de forme ont été atteints, la disposition suivante pourrait être introduite : « le juge peut refuser de sanctionner l'inobservation des formes prescrites par ... lorsque le [cocontractant de la partie faible] démontre que les objectifs poursuivis par celles-ci ont été atteints ». Ce faisant, on consacre le lien étroit entre les règles de forme et les règles de fond, en évitant qu'elles soient envisagées isolément, comme une fin en soi : le formalisme ne doit être vu que comme un moyen permettant d'atteindre un objectif donné. Si celui-ci est atteint, il est disproportionné et sans fondement de sanctionner sa méconnaissance* ». *Adde* not. en ce sens Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009, spéc. n^o 309, p. 398 ; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, th. préc., spéc. n^{os} 225 et s., p. 190 et s.

³²¹¹ A. Lepage, art. préc., p. 620, n^o 26 (formule exacte : « *Le caractère automatique de la sanction sert ici principalement les comportements opportunistes de consommateurs qui trouvent une échappatoire facile dans l'existence d'une irrégularité de forme restée sans incidence sur leur consentement* ») ; V. déjà X. Lagarde, art. préc., spéc. n^o 4 (et not. : « *On ne s'est peut-être pas assez inquiété de la discordance entre les prétendues finalités du formalisme et la sanction qu'il recevrait en jurisprudence. S'il s'agissait de protéger l'une des parties à l'acte, l'on eût pu concevoir (...) une application de la maxime pas de nullité sans grief (...)* ») ; le but de l'étude est alors, comme cette lacune est due selon l'auteur à l'absence des « *outils conceptuels* » pour distinguer entre les différentes sanctions souhaitables, de les fournir, en l'occurrence par une distinction entre les formes du Code civil et les formes modernes).

³²¹² D'autant que celui-ci apparaîtrait, tout comme pour les délais de réflexion et de rétractation, trop lourd et trop complexe à mettre en œuvre et ne serait donc de toute façon pas souhaitable.

³²¹³ H. Jacquemin, th. préc., spéc. n^{os} 353 et s., p. 478 et s. (pour la formule : n^o 354, p. 478). *Adde* sur ce thème Ph. Malaurie,

les cas que nous soulignons, il est permis de penser que cette dimension de la protection s'efface au profit d'une autre. Renvoyons ici aux développements consacrés à la déresponsabilisation, qu'engendre nécessairement un système de protection excessif³²¹⁴. Or l'automatisme de la sanction et l'indifférence au consentement participent ici évidemment d'un excès. Et cela se constate aisément. Considérer que seul l'absolu respect des formes est apte à attester de la bonne information de la prétendue partie faible revient ni plus ni moins à la déresponsabiliser. Car c'est dire que la qualité de son consentement ne compte guère moins que le respect de la mesure de quasi-tutelle qu'on lui a prescrite. Sans parler des conséquences économiques de ces dérèglements³²¹⁵.

914. – Illustration : les mentions manuscrites dans le cautionnement. L'invocation du formalisme récent du cautionnement offrira une limpide illustration de ce qui précède³²¹⁶. Il s'agit bien sûr ici de faire référence aux mentions manuscrites dont il a déjà été question.

915. – Sanction excessive. L'on sait que la nullité est déclenchée au moindre défaut de conformité des mentions recopiées à celles prescrites³²¹⁷. « *Manifestement excessive* »³²¹⁸, « *radicale et mécanique* »³²¹⁹, cette sanction³²²⁰ ne devrait pourtant être prononcée qu'après s'être assuré que le consentement, en plus du défaut dans le recopiage, avait véritablement été altéré³²²¹. De la sorte, le juge constituerait un garde-fou dans l'appréciation de l'impact du défaut.

916. – Marge de manœuvre prétorienne théoriquement inexistante. Comme un auteur l'a très justement souligné, « *s'il est opportun de protéger les cautions en faisant en sorte qu'elles soient correctement informées des conséquences de leur engagement, il est tout aussi opportun de ne pas les protéger trop (...), ce qui implique de ne protéger que les cautions qui méritent vraiment de l'être. A cet égard, il est certain que la logique impose de ne pas traiter de la même manière la caution avertie et la caution profane* »³²²². Pour autant, le juge, à en croire les textes, devrait être réduit « *au rôle de serviteur muet de la loi* »³²²³. Au total, cela est une illustration concrète de ce que le formalisme informatif le plus récent, celui dédié aux mentions

« L'effet prophylactique du droit civil », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 669 et s.

³²¹⁴ V. *supra* nos 844 et s.

³²¹⁵ Voilà qu'un cautionnement sera annulé, pour des motifs tenant à l'ignorance de la caution et alors même que, *in concreto*, rien ne tend à les caractériser. Il y a donc une perte économique pour l'un, ne trouvant aucune justification profonde.

³²¹⁶ Mais, évidemment, il ne s'agit guère du seul terrain d'élection de ces excès regrettables. Par ex., en matière de crédit à la consommation, l'on sait que les prescriptions de l'ancien art. R. 311-7 (nouvel art. R. 311-4 al. 2) imposent que le formulaire de rétractation « *ne peut comporter au verso aucune mention autre que le nom et l'adresse du prêteur* ». Certains contractants de mauvaise foi plaident naturellement l'irrégularité de bordereaux qui ne mentionnaient pas le nom et l'adresse du prêteur. La Haute Cour y a d'abord été sensible (Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 1997 (95-18.185) : Bull. civ. I, n° 240 ; Defrénois 1997, p. 1354, obs. D. Mazeaud) avant, heureusement, de se dédire de manière apparemment stable (Cass. 1^{re} civ., 17 juil. 2001 (98-22.364) : Bull. civ. I, n° 233 ; D. 2001, p. 2676, obs. Rondey ; D. 2002, p. 71, obs. D. Mazeaud ; Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2002 (99-20.579) : Bull. civ. I, n° 267 ; CCC 2003, n° 49, obs. G. Raymond). En effet, le texte n'impose pas que ces mentions figurent, mais seulement qu'aucune autre ne figure, le cas échéant.

³²¹⁷ Par exemple, l'article L.341-2 C. consom. précise que la nullité est encourue dès lors que la mention manuscrite « *et uniquement celle-ci* » n'est pas scrupuleusement respectée.

³²¹⁸ Ph. Simler, « Prévention et dispositif de protection de la caution », LPA 10 avr. 2003, p. 23

³²¹⁹ Ph. Simler, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, Litec, 4^{ème} éd., 2010, n° 260, p. 272

³²²⁰ V. not. Y. Picod, « Le juge au secours du législateur, comment la Cour de cassation réécrit l'article L. 341-3 du Code de la consommation », D. 2011, p. 1193 et s., spéc. p. 1194, n° 5 (et not. : « *le droit de la consommation nous a habitués aux sanctions brutales, somme toute dissuasives, à l'instar des sanctions de nature répressive (...)* »).

³²²¹ Saluons ainsi, par ex., la proposition de correctif de H. Jacquemin (th. préc., spéc. n° 382, p. 512) (analysée ci-avant en détails). V. aussi en ce sens V. Magnier, « Les sanctions du formalisme informatif », JCP G 2004, I, 106, spéc. n° 14

³²²² P. Crocq, D. 2012, pan. p. 1573 et s., spéc. p. 1579

³²²³ Ibid.

manuscrites, conduit en réalité non à un rehaussement du consentement mais à une tentative passive d'information. Et pour cause, il n'est pas sanctionné du fait de l'absence d'information de la partie (prétendument) faible, mais du fait d'un simple défaut. La technique n'est donc guère suffisante, car déconnectée de son but premier : informer. Le postulat est trop absolu, qui préjuge que son contenu est tout à la fois indispensable et suffisant.

b – Des correctifs impropres à protéger véritablement le consentement

917. – Hypothèse : il suffit de produire des correctifs à l'automatisme de la sanction du formalisme informatif, se basant sur l'intégrité concrète du consentement. Si la sanction souffre d'une excessive automatisme, il suffit alors d'imaginer que le juge produise des correctifs qui tiendraient compte, pour sanctionner un défaut, de la qualité concrète du consentement du bénéficiaire de la protection. De la sorte, l'intégrité du consentement serait de nouveau au centre de la technique de protection. Encore faudrait-il que cette prise en compte soit satisfaisante. Or il est très incertain que les juges puissent véritablement s'émanciper de l'idéologie du formalisme informatif. C'est ce que l'on a pu constater dans le cautionnement, dont on prolongera donc l'exemple jusqu'au bout. Même corrigé, le formalisme informatif reste donc à éviter pour le socle de protection générale de la partie faible.

918. – Prolongement de l'exemple du cautionnement. Assouplissement jurisprudentiel du formalisme. L'on a pu se réjouir de certaines réactions jurisprudentielles face à la rigidité des mentions manuscrites précitées, dans le cautionnement. Pour l'essentiel, celles-ci furent destinées à prescrire l'absence de nullité du cautionnement, dans des cas où des discordances minimales furent constatées et dénoncées devant les juges. Le but était de retirer à la partie prétendument faible une la possibilité d'une échappatoire aisée. Les décisions furent d'abord assez isolées³²²⁴, jusqu'à un soulageant prolongement³²²⁵, marquant l'aube d'une vaste série de décisions³²²⁶. A nouveau, un solide mouvement

³²²⁴ En effet, la Cour de cassation a pu estimer, concernant la mention manuscrite nécessaire en matière de cautionnement d'un crédit à la consommation, que l'oubli de la mention « et » entre le montant et la durée de l'engagement ne justifiait pas le prononcé de la nullité, cette omission n'affectant « ni le sens ni la portée » de la mention manuscrite (Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004 (02-17.028) : Bull. civ. I, n° 254 ; RDC 2005, p. 403, obs. D. Houtcieff ; D. 2005, p. 2839, obs. S. Amrani Mekki ; JCP E 2005, 5, note D. Legeais ; Banque et Droit 2006, p. 73, obs. J.-L. Guillot).

³²²⁵ Cass. com., 5 avr. 2011 (10-16.426) : Bull. civ. IV, n° 54 (« L'apposition d'une virgule entre la formule caractérisant l'engagement de caution et celle relative à la solidarité n'affecte pas la portée des mentions manuscrites conformes aux dispositions légales »). V. aussi Cass. com., 8 mars 2011 (10-10.699) : Bull. civ. IV, n° 31 ; Dr. et patr. 2011, p. 107, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; D. 2011, p. 1193, obs. Y. Picod ; JCP 2011, 770, obs. Ph. Simler (alors même que l'article L. 341-3 prévoit « la nullité de l'engagement » en cas d'irrespect des mentions prévues en cas de solidarité, la Haute Cour a affirmé, au contraire, que la sanction ne résidait qu'en l'impossibilité pour le créancier de se prévaloir de la solidarité : l'acte reste donc valable à titre de cautionnement simple dès lors que les formalités de l'article L. 341-2 sont respectées).

³²²⁶ V. not., confirmant la sol. préc. en matière de solidarité : Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012 (n° 11-12515) : Bull. civ. I, n° 84 ; Cass. com., 10 mai 2012 (11-17.671) : Bull. civ. IV, n° 92 ; D. act. 25 mai 2012, obs. V. Avena-Robardet ; RD banc. fin. 2012, n° 118, obs. A. Cerles ; Banque et Droit 2012, p. 41, obs. E. Netter ; Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2013 (12-17.858). Et, sur la cécité du formalisme : Cass. com., 16 oct. 2012 (11-23.623) : Bull. civ. IV, n° 184 ; D. 2012, p. 2509, obs. V. Avena-Robardet ; JCP G 2012, 1405, note A. Dumery ; JCP E 2013, 1304, obs. N. Mathey ; CCC 2013, n° 16, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2012, p. 3311, note S. Piedelièvre ; RLDA nov. 2012, p. 31, obs. V. Mauriès ; RDC 2013, p. 1002, obs. A.-S. Barthez (« Les dispositions des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation ne font pas obstacle à ce que la caution approuve, par l'apposition d'une unique signature, les deux mentions, qui se font immédiatement suite, écrites de sa main », et « les précisions concernant la désignation du débiteur ne sont pas formellement interdites par la loi dès lors qu'elles ne modifient en rien la formule légale ni n'en rendent sa compréhension plus difficile pour la caution. En conséquence, une cour d'appel, qui constate que la mention prévue à l'article L. 341-2 du Code de la consommation avait été intégralement et correctement reproduite et qu'à l'évidence la lettre X figurant dans le texte à reproduire devait être remplacée par la désignation du débiteur principal, décide exactement que la nullité du cautionnement ne pouvait être encourue au motif qu'une adjonction avait été faite au texte légal pour cette désignation »). Adde Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013 (12-18.544) : Bull. civ. I, n° 74 ; D.

prétorien venait pallier la médiocrité du travail législatif³²²⁷.

919. – Prétendue prise en compte de l'incidence du défaut sur la qualité du consentement de la caution. Si la question de l'ouverture d'une « boîte de Pandore » se pose face à une telle interprétation³²²⁸, il semble que la nécessité d'une telle adaptation ait remporté la victoire. Celle-ci sert en effet à la fois le bon sens, la mission originelle des mentions manuscrites, et enfin la sécurité du contrat³²²⁹. Les critères invoqués par la Haute Cour semblent dépourvus d'équivoque : le cautionnement n'encourt pas la nullité, malgré une distorsion de la formule légale, dès lors que la portée³²³⁰ de la mention informative n'est pas atteinte. C'est-à-dire, comme il est parfois plus³²³¹ ou moins³²³² expressément affirmé, lorsque la qualité du consentement de la caution n'a pas souffert de la divergence littérale invoquée. C'est dire le lien intime entre le critère dégagé et le niveau concret du consentement. Mais comme on l'a précisé, il aurait fallu qu'une telle prise en compte soit parfaitement rigoureuse pour que les excès du formalisme informatif soient évincés. Ce ne fut pas le cas.

920. – Mirage de la prise en compte de la qualité concrète du consentement. Il semble que cette apparente considération du véritable état du consentement de la caution pour aménager le rigorisme du mécanisme légal de protection, ait dérivé, en pratique, de telle sorte à devenir plus un leurre qu'un remède. Plusieurs indices abondent en ce sens.

2013, p. 1460, note J. Lasserre Capdeville et G. Piette ; *ibid.*, p. 989, obs. V. Avena-Robardet ; RDI 2013, p. 359, obs. H. Heugas-Darraspen ; JCP E 2013, 1268, note D. Legeais ; CCC 2013, n° 169, obs. G. Raymond ; RJDA 2014, n° 169 ; Gaz. Pal. 2013, p. 1628, note M. Mignot ; RLDA mai 2013, p. 34, obs. V. Mauriès (« *La substitution du terme « banque » à ceux de « prêteur » et de « créancier », n'affectent ni le sens ni la portée des mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et suivant du Code de la consommation* ») ; Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013 (12-19.094) : Bull. civ. I, n° 174 ; D. 2013, p. 2164, obs. V. Avena-Robardet ; RDI 2013, p. 585, obs. H. Heugas-Darraspen ; JCP G 2013, 1074, note J. Lasserre Capdeville ; JCP E 2013, 1573, note D. Legeais ; CCC 2013, n° 276, obs. G. Raymond ; RJDA 2014, n° 169 ; Gaz. Pal. 2013, p. 3037, note M. Mignot ; Dr. et patr. févr. 2014, p. 58, obs. Ph. Dupichot ; RLDA nov. 2013, p. 34, obs. V. Mauriès (« *ni l'omission d'un point ni la substitution d'une virgule à un point entre la formule caractérisant l'engagement de caution et celle relative à la solidarité, ni l'apposition d'une minuscule au lieu d'une majuscule au début de la seconde de ces formules, n'affectent la portée des mentions manuscrites conformes pour le surplus aux dispositions légales* »).

³²²⁷ D. Houtcieff et A.-S. Barthez, *op. cit.*, n° 545, p. 392 (et not. : « *A la vérité, les dispositions de la loi dite « Dutreil » sont si mal rédigées qu'elles semblent appeler un assouplissement du formalisme qu'elle édicte* »). L'on peut ajouter que l'essentiel des lacunes du texte semblent réglées – au bout de 10 ans – par la jurisprudence. Reste le plus gros problème : celui de l'indifférence faite aux connaissances concrètes de la caution, et à son besoin subséquent de protection.

³²²⁸ D. Houtcieff et A.-S. Barthez, *op. cit.*, n° 549, p. 394. En effet, l'on peut s'interroger sur les fondements d'une telle solution. Si elle venait à être érigée en principe, celle-ci serait fondée sur le respect du « *sens et de la portée* » des mentions manuscrites, ce qui marquerait potentiellement l'aube d'un nouveau contentieux complexe.

³²²⁹ V. not. D. Houtcieff, « *Propos sur un formalisme moderne : les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation* », RDC 2004, p. 412 (affirmant not. qu'« *Instillant une cohérence à un lacis de dispositions, cette souplesse est en outre conforme au rôle d'un formalisme moderne : la mention manuscrite n'est pas une fin en soi, elle n'a pour rôle que de permettre à la caution de saisir le « sens » et la « portée » de son engagement. La sécurité juridique ne peut d'ailleurs que trouver avantage à cet assouplissement du formalisme, qui tend à amoindrir les risques d'annulation de la garantie. Somme toute, les contradictions de la loi pourraient donc bien être la source de son propre équilibre* »).

³²³⁰ V. not., y ajoutant le « *sens* » : Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, préc. ; et, s'en affranchissant en se limitant à la condition du respect de la seule « *portée* » : Cass. com., 5 avr. 2011, préc. ; Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, préc.

³²³¹ V. la décision importante Cass. com., 1^{er} oct. 2013 (12-20.278) : D. 2013, p. 2332, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.*, p. 2551, chron. H. Guillou ; D. 2014, p. 127, note M. Julienne et L. Andreu ; RTD com. 2013, p. 791, obs. D. Legeais ; RLDC déc. 2013, p. 31, obs. J. Clavel-Thoraval ; Gaz. Pal. 4-5 déc. 2013, p. 13, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Dr. et patr. févr. 2014, p. 58, obs. Ph. Dupichot ; JCP E 2013, 1624, note D. Legeais ; JCP G 2014, 207, note J.-D. Pellier (où la Haute Cour approuve les juges du fond d'avoir retenu, dans une hypothèse où les termes « *mes biens* » avaient été omis dans le recopiage de la formule de l'art. L. 341-2 C. consom., « *que la mention manuscrite apposée sur l'engagement reflète la parfaite information dont avait bénéficié la caution quant à la nature et la portée de son engagement* »). V. aussi Cass. com., 27 mai 2014 (13-16.989) : CCC 2014, n° 231, obs. G. Raymond

³²³² C'est notamment le cas dans la motivation de Cass. com., 16 oct. 2012, préc. (lorsqu'il est retenu que les modifications de la formule légale ne rendaient pas « *sa compréhension plus difficile pour la caution* »).

921. – Des occasions curieusement manquées. Au sein du formalisme voisin en matière de cautionnement des loyers d'un bail d'habitation, mentionnons une importante décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 8 mars 2006³²³³. Les juges d'appel avaient retenu qu'un défaut des formalités prévues en la matière³²³⁴ ne pouvait être sanctionné que s'il était prouvé que celui-ci avait causé un grief à la caution. La Haute Cour sanctionne sans surprise cette position, ajoutant à la loi une condition qu'elle ne contient pas³²³⁵. L'on peut toutefois noter que celle-ci ne saisit absolument pas l'occasion d'alléger ou d'aménager la rigueur excessive des mentions manuscrites, comme elle l'a initié en 2004³²³⁶. Pourtant, l'admission de la nécessité d'un tel grief aurait laissé penser à un raisonnement voisin, impliquant qu'un défaut seul ne suffit pas, devant être complété par la preuve d'une véritable incidence sur le niveau du consentement. La Haute Cour semble donc tourner le dos à une occasion d'apporter une certaine flexibilité en la matière.

922. – Le pourvoi n'est pas systématique, et nombre de décisions du fond n'applique pas la souplesse nouvelle. De nombreuses décisions du fond continuent de se cantonner au caractère automatique de la sanction des mentions manuscrites. Or, en l'absence de pourvoi en cassation systématique, ces décisions restent de droit positif³²³⁷. Peut-être les évolutions récentes de la position de la Haute Cour assainiront quelque peu la situation. Mais l'on peut en douter : rappelons-nous, par exemple, la résistance des juges du fond, qui continue encore aujourd'hui, certes de plus en plus rarement, sur la question de la compétence professionnelle, alors même qu'il y a bien longtemps que le critère a été abandonné par la Haute Cour³²³⁸.

923. – Même ! La connaissance manifeste n'évince pas la sanction. Un signe fort, dans le même sens, a été émis à l'occasion d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 avril 2009³²³⁹. Celui-ci est d'autant plus percutant qu'il semblait, des propres aveux de la caution, que cette dernière avait connaissance de la nature et la portée de son engagement. La nullité est pourtant prononcée.

924. – La sanction est attachée à la substance de la mention, non à son impact sur le consentement. Une importante et récente solution peut, par ailleurs, être invoquée comme allant également à l'encontre de l'apparente prise en compte de la qualité concrète du consentement. Après avoir manifesté un intérêt semblant des plus sérieux à l'information concrète de la caution, voilà que les

³²³³ Cass. 3^e civ., 8 mars 2006 (05-11.042) : Bull. civ. III, n° 59 ; D. 2006, p. 808, obs. Y. Rouquet ; RTD civ. 2006, p. 797, obs. P. Crocq ; RD banc. fin., 2006, n° 19, obs. A. Cerles ; Dr. et proc. 2006, p. 236, obs. Y. Picod

³²³⁴ Art. 22-1 L. n° 89-462 du 6 juil. 1989, tel qu'issu de la loi n° 94-624 du 21 juil. 1994

³²³⁵ « les formalités édictées par l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 sont prescrites à peine de nullité du cautionnement sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un grief ».

³²³⁶ Jurisprudence préc. ci-avant.

³²³⁷ Certaines décisions du fond sont particulièrement symptomatiques, car schizophréniques. V. par ex. CA Montpellier, 22 oct. 2013 (RG n° 12/03691), « SARL ETS GIFFONE » (affirmant notamment que ce formalisme « vise à assurer l'information complète de la personne se portant caution quant à la portée de son engagement », et « conditionne la validité même de l'acte de cautionnement et son irrespect est sanctionné par la nullité automatique de l'acte »... même lorsque, précisément, l'information complète n'aura pas souffert de cet irrespect).

³²³⁸ V. *supra* nos 64 et s.

³²³⁹ Cass. com., 28 avr. 2009 (08-11.616) : Bull. civ. IV, n° 56 ; D. 2009, p. 1351, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2009, p. 796, obs. D. Legeais ; JCP G 2009, 25, note S. Piedelièvre ; *ibid.*, 48, obs. Ph. Simler ; RD banc. fin. 2009, n° 122, obs. A. Cerles ; RDC 2009, p. 1444, note D. Fenouillet ; RLDC juin 2009, p. 30, obs. G. Marraud des Grottes

juges poursuivent ainsi : « *que par ces seuls motifs dont il résultait que l'omission des termes "mes biens" n'avait pour conséquence que de limiter le gage de la banque aux revenus de la caution et n'affectait pas la validité du cautionnement* »³²⁴⁰. Voilà qui est curieux : si l'omission n'a pas eu d'influence sur le consentement de la caution et sur sa connaissance de la nature et de la portée de son engagement, pourquoi aligner ce que l'on présume qu'elle sait sur la formule soustraite des termes omis ? L'on ne peut tout à la fois considérer que le cautionnement subsiste parce que le consentement de la caution n'a pas souffert d'un défaut dans le recopiage du formalisme légal, et aussi retenir aveuglément que la caution n'avait, toutefois, seule connaissance de ce qu'elle avait recopié... Le moyen utilisé – la portée des mentions et l'information de la caution – s'apparente ainsi à un mirage³²⁴¹.

925. – L'intégrité du consentement serait une affaire de localisation de la signature ? Encore plus probante est la solution rendue par un autre arrêt récent en la matière. Alors que la signature d'une caution ne succédait pas au recopiage des mentions manuscrites, mais les précédait, la Haute Cour tranche dans le sens de la nullité du cautionnement³²⁴². Voilà qui conforte encore le mirage que nous évoquons ici. Comment admettre que la Haute Cour prenne véritablement en considération la qualité concrète du consentement de la caution, alors qu'elle sanctionne le simple fait d'avoir signé à un emplacement différent que celui que les prescriptions légales fixent ? Si la prise en compte concrète de la qualité du consentement était véritablement au cœur de ce mouvement jurisprudentiel, alors la solution aurait nécessairement été différente.

926. – Bilan préliminaire. Les assouplissements prétoriens d'un formalisme légal mal conçu sont évidemment salutaires³²⁴³. Protège-t-on pour autant véritablement la qualité du consentement de la partie faible ? Cela n'est pas si évident, contrairement à ce qu'induisent les apparences. Si ces adaptations impliquent ainsi que « *rigueur ne rime pas avec rigorisme* »³²⁴⁴, sans conteste ne vont-elles pas non plus jusqu'à faire rimer rigueur avec circonspection. Il n'y a donc guère de raison de faire davantage confiance à des évolutions prétoriennes qui viendraient encadrer un formalisme informatif destiné à la partie faible en général. Le mécanisme ne sera donc pas davantage retenu à l'aune de l'hypothèse de tels correctifs.

³²⁴⁰ Cass. com., 1^{er} oct. 2013, préc. ; V., dans le même sens, Cass. com., 27 mai 2014 (13-16.989) : CCC 2014, n° 231, obs. G. Raymond (terme « *mes biens* », à nouveau) ; Cass. com., 4 nov. 2014 (13-24.706) : JCP E 2014, 1645, note D. Legeais ; CCC 2015, n° 43, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2014, p. 3837, obs. Ch. Albiges (terme « *intérêts* »).

³²⁴¹ Au surplus, l'on peut également remarquer qu'il est dès lors fort aisé, pour une caution relativement avertie, d'omettre volontairement l'un de ces termes pour échapper à une partie de son engagement, si le créancier manque quelques instants de vigilance lors du recopiage. Voilà que la mauvaise foi potentielle des cautions appelle à être d'autant plus cultivée par l'affirmation d'une telle solution.

³²⁴² Cass. com., 17 sept. 2013 (12-13.577) : Bull. civ. IV, n° 132 ; D. 2013, p. 2220, obs. V. Avena-Robardet ; RDI 2013, p. 585, obs. H. Heugas-Darraspen ; JCP E 2013, 1573, note D. Legeais ; CCC 2013, n° 276, obs. G. Raymond ; Dr. et patr. févr. 2014, p. 59, obs. Ph. Dupichot ; RLDA 2013, n° 34, obs. V. Mauriès ; RD banc. fin. 2013, n° 194, obs. A. Cerles (retenant que « *l'article L. 341-2 du Code de la consommation prescrit à peine de nullité que l'engagement manuscrit émanant de la caution précède sa signature ; qu'ayant constaté que la caution avait apposé sa signature immédiatement sous les clauses pré-imprimées de l'acte et inscrit la mention manuscrite légalement requise sous sa signature, sans la réitérer sous cette mention, la cour d'appel en a exactement déduit que cet engagement était nul* »). Confirmé récemment par Cass. com., 1^{er} avril 2014 (13-15.735).

³²⁴³ La question de l'« *erreur matérielle* » (ouverte par un autre arrêt du 5 avril 2011 : Cass. com., 5 avr. 2011 (09-14.358) : Bull. civ. IV, n° 55 ; RDC 2011, p. 906, obs. D. Houtcieff ; D. 2011, p. 1132, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2012, p. 1578, obs. P. Crocq ; JCP E 2011, 1395, note P. Bouteiller ; CCC 2011, n° 204, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2011, p. 2860, note S. Piedelièvre ; RD banc. fin. 2011, n° 89, obs. D. Legeais ; RLDA juin 2011, p. 27, note Ch. Albiges) reste d'ailleurs en attente de plus amples précisions et applications.

³²⁴⁴ V. Avena-Robardet, obs. sous Cass. com., 5 avr. 2011, préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

927. – **Les conditions dans lesquelles il faut appréhender le système de protection du consentement de la partie faible sont précisées.** Les développements qui précèdent ont envisagé une première facette de l'étape de construction du système de protection de la partie faible. L'on ne peut récupérer du droit de la consommation ce qui appartient au droit commun. Et l'on ne peut transposer l'ensemble de ses règles, bien évidemment inadaptées à l'amplitude du droit commun de la protection de la partie faible. Il faut donc simplement s'inspirer des règles consuméristes. Et il faut le faire dans une mesure appropriée, exigence semble-t-il oubliée par le droit de la consommation, sous peine de déresponsabiliser plutôt que de protéger. L'on évitera, de la sorte, de reproduire les nombreuses erreurs commises par la matière consumériste. C'est ainsi qu'ont ensuite été soulignées les protections devant être retenues dans le socle protecteur de la partie faible en droit commun, les seules protégeant le consentement de manière satisfaisante. En effet, la confrontation des différentes techniques modernes de protection du consentement fait apparaître une distinction assez nette, entre celles qui tendent à garantir efficacement, plus ou moins directement, l'intégrité du consentement et celles qui sont insuffisamment efficaces. L'on sait donc concrètement à ce stade que l'obligation d'information sera retenue comme mesure centrale, tandis qu'un mécanisme de clauses excessives la complètera utilement.

CHAPITRE II

LES MECANISMES DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

« Je trouve qu'on s'amuse ordinairement à châtier aux enfants des erreurs innocentes très mal à propos et qu'on les tourmente pour des actions téméraires qui n'ont ni impression, ni suite. La menterie seule et, un peu au-dessus, l'opiniâtreté, me semblent être celles desquelles on devrait à toute instance combattre la naissance et le progrès ».

M. de Montaigne³²⁴⁵

928. – Plan. Les mécanismes de protection de la partie faible ne se résument pas à ceux qui vont tenter au mieux d'encadrer le consentement de cette dernière (**Section I**). Bien que ces derniers soient évidemment le cœur du socle de sa protection, ils ne peuvent y parvenir, seuls. Ils doivent, nous semble-t-il, être inévitablement couplés avec d'autres techniques visant à assurer leur effectivité, sous peine d'être tout simplement obsolètes (**Section II**).

³²⁴⁵ M. de Montaigne, *Essais*, Pocket, 1998, p. 41 (chap IX : « Des menteurs »).

SECTION I : LES PROTECTIONS DU CONSENTEMENT

929. – Plan. Les protections de la partie faible dédiées à encadrer l'intégrité de son consentement sont celles que l'on a dégagées au préalable³²⁴⁶. Il s'agit donc désormais de préciser en détails comment seront construits l'obligation d'information (§I) et le système de clauses excessives (§II) qui ont été retenus pour protéger la partie faible.

§I – L'obligation d'information

930. – Plan. Pour tracer les contours de l'obligation d'information, telle qu'elle nous semble devoir être retenue, précisons comment elle s'identifie (A), par quel mécanisme elle est sanctionnée (B) et, en outre, comment elle trouvera à être indemnisée (C).

A – L'identification de l'obligation d'information

931. – Plan. Les caractéristiques qui seront traitées tiendront ici d'abord bien sûr à la consistance de l'obligation d'information (1), mais également à sa preuve (2).

1 – Consistance de l'obligation d'information

932. – Plan. La consistance de l'obligation d'information recouvre, à l'analyse, plusieurs questions. Il s'agit en effet de s'interroger sur l'intensité (a) mais aussi sur l'étendue (b) qu'elle doit revêtir au sein du socle de protection de la partie faible.

a – L'intensité de l'obligation d'information

933. – Propos liminaires optimistes sur le « non-droit ». Avant de parler d'obligation, parlons, le plus brièvement, d'humain : « *Après tout, si le droit n'oblige pas à révéler, il n'interdit pas non plus que cela soit dit spontanément* »³²⁴⁷. Dans un nombre immense d'hypothèses, l'information sera prodiguée non par soumission consciente à une règle de droit³²⁴⁸, mais spontanément. Et ce, essentiellement pour des raisons psychosociologiques³²⁴⁹, pouvant confiner au bon sens : pourquoi ne pas informer celui avec lequel on veut contracter ? C'est au fond la théorie du « non-droit »³²⁵⁰. Cette remarque optimiste (pragmatique ?) nous semble avoir le mérite de rappeler que le droit est bel et bien « *plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes* »³²⁵¹.

³²⁴⁶ V. *supra* nos 875 et s.

³²⁴⁷ A. Lepage, « Avant-propos », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, 3^{ème} partie, étude : le droit de savoir*, p. 73

³²⁴⁸ Que l'informateur ne connaît d'ailleurs pas toujours. Et il est même possible qu'il n'y ait pas, en toile de fond, une quelconque obligation pour que s'applique une information de *non-droit*.

³²⁴⁹ Et il faut citer en exemple, pour n'en mentionner qu'un, « *la vente de laitue au détail* » de J. Carbonnier (*Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 39).

³²⁵⁰ J. Carbonnier, op. cit., p. 9 et s., spéc. p. 25 et s. (et plus spéc. encore, p. 36, à l'égard du conseil).

³²⁵¹ J. Carbonnier, op. cit., p. 23 et s.

934. – Obligation d'information³²⁵². Vertus essentielles de principe. Nous ne reviendrons pas sur le but profond de l'obligation d'information : rendre éclairé le consentement de la partie faible³²⁵³. Mais, avant d'en étudier certains aspects plus précis, il faut dire quelques mots des caractéristiques élémentaires de cette obligation. Certaines d'entre elles, probablement suffisamment significatives, viennent à l'esprit. On lit ainsi communément que l'information en cause doit être « *loyale, claire et appropriée* »³²⁵⁴. L'on trouve aussi parfois explicitement, souvent de manière générale, son caractère « *intelligible* »³²⁵⁵. Il est vrai qu'une information complète n'est guère suffisante. Elle doit également être loyale, ce qui implique nécessairement sa clarté et donc son intelligibilité³²⁵⁶. L'ensemble de ces prescriptions sont parfois synthétisées dans les règles déontologiques de certaines professions³²⁵⁷.

935. – La question de l'intensité. Tryptique désormais classique. Trois notions, trois degrés : renseignement, mise en garde et conseil. L'obligation d'information (au sens générique) connaît comme on le sait trois déclinaisons en droit positif. Trois notions, trois degrés d'intensité³²⁵⁸. D'abord, se distingue l'obligation de renseignement³²⁵⁹, qui constitue la version la plus élémentaire de l'obligation d'information, impliquant simplement de transférer les informations afférentes à l'objet du contrat. De simples « *faits objectifs* »³²⁶⁰, donc, permettant d'appréhender le contrat en connaissance de cause³²⁶¹. La mise en garde, ensuite, se distingue d'une telle obligation de renseignement. Plus intensément, elle consiste³²⁶² à souligner particulièrement les risques et les inconvénients particuliers du contrat ou de l'opération envisagée³²⁶³. Enfin, le devoir de conseil³²⁶⁴, le plus intense³²⁶⁵, a pour dessein d'aider le

³²⁵² Ses contours ont, comme on le sait, été magistralement étudiés dans des réflexions consacrées. V. not. la thèse désormais classique de M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (rééd. 1992). *Adde* quelques célèbres études antérieures : J. Alisse, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, th. Paris, 1975 ; Y. Boyer, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, th. Aix, 1977 ; et les développements précurseurs de M. De Juglart (« L'obligation de renseignements dans les contrats », RTD civ. 1945, p. 1 et s.).

³²⁵³ V. *supra* nos 875 et s.

³²⁵⁴ Formule assez classique en jurisprudence. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997 (95-19.609) : Bull. civ. I, n° 278 ; JCP G 1997, II, 22942, rapp. P. Sargos ; et I, 4068, obs. G. Viney ; RTD civ. 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; RDSS 1998, p. 68, note M. Harichaux (« *Mais attendu que s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose (...)* »).

³²⁵⁵ V. not. R. Savatier, « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », D. 1972, spéc. p. 150 (« *Enfin, il faut que la formulation du conseil soit faite de manière aussi intelligible que possible pour le profane (...)* »).

³²⁵⁶ V. not. A. Lepage, art. préc., p. 69 (énonçant not. que l'obligation d'information est le corollaire d'un consentement libre et éclairé, et que « *L'information doit être claire, honnête, appropriée. Il est admis qu'une information claire est une information intelligible, facile à comprendre, qu'une information honnête est une information loyale et qu'une information appropriée est celle qui est adaptée à la situation (...)* »).

³²⁵⁷ Art. 35 du Code de déontologie médicale (disponible sur <http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf>) prévoyant que « *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension* » (codifié à l'art. R. 4127-35 CSP).

³²⁵⁸ V. not. sur ce tryptique M. Fabre-Magnan, th. préc., nos 464 et s., p. 379 et s. ; V. aussi, sur ces « *intensités variables* », F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 258, p. 267-268

³²⁵⁹ G. Cornu l'affirme d'ailleurs assez explicitement (Vocabulaire juridique, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Information (obligation d') », p. 543).

³²⁶⁰ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 258, p. 267

³²⁶¹ « *Devoir imposé par la loi, not. à certains vendeurs professionnels ou à des sociétés, de fournir des indications sur l'objet du contrat ou l'opération envisagée (...)* » (G. Cornu, op. cit., « Information (obligation d') », p. 543).

³²⁶² Elle ne fait pas l'unanimité en doctrine. D'aucuns contestent son existence, d'autres ne la mentionnent même pas (V. par ex. G. Cornu, op. cit., où l'on ne trouve aucune définition de la mise en garde telle que conçue ici). V. not. sur ce devoir en matière bancaire où il est le plus développé : J. Attard, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », RTD com. 2011, p. 11 et s. (et les autres réf. citées dans les développements consacrés à ce thème : V. *supra* nos 594 et s.).

³²⁶³ V. not. M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 467, p. 381 (« *La mise en garde consiste à attirer l'attention du cocontractant sur un aspect négatif du contrat, ou de la chose objet du contrat. C'est principalement contre un danger, un risque, que l'on est tenu de mettre en garde quelqu'un* ») ; V. aussi F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, loc. cit. (« *lorsqu'il est requis d'attirer tout particulièrement l'attention* »).

contractant dans sa prise de décision, en l'orientant vers la solution la plus adaptée à ses besoins³²⁶⁶.

936. – Que retenir pour la partie faible ? Dépassement nécessaire d'un tryptique confus en pratique. Qu'adopter pour le régime de la partie faible ? Toutes ces déclinaisons de l'obligation d'information, et en même temps aucune en particulier. En effet, l'on adhère à ce qu'une doctrine autorisée semble avoir pertinemment relevé : « *Claire en théorie, la frontière entre ces différentes notions (...) a néanmoins tendance à s'estomper en pratique* »³²⁶⁷. Il faut bien avouer, de manière liminaire, que ces notions sont « *parfois très proches* »³²⁶⁸. Il est vrai, d'une part, que la doctrine n'est guère parfaitement unanime sur la manière d'appréhender ces notions³²⁶⁹. D'autre part, il faut aussi reconnaître, preuve de leur difficile praticabilité, que l'on constate assez fréquemment une assimilation – pour ne pas dire confusion – des notions en jurisprudence³²⁷⁰. C'est notamment le cas en matière bancaire³²⁷¹, où l'on ne sait parfois plus s'il s'agit en substance d'information, de mise en garde ou de conseil. Et ce, notamment lorsque plusieurs de ces notions sont invoquées presque indifféremment par les juges³²⁷². Il semble ainsi peu souhaitable de donner vie à ce tryptique en matière de partie faible générique, que l'on souhaite plus claire. C'est que ces distinctions génèreraient plus de difficultés pratiques qu'elles n'en résoudraient. En outre, chacune de ces notions conduit à une forme d'enfermement alors qu'il convient d'avoir un instrument flexible, que l'on puisse adapter aux circonstances de l'espèce.

937. – Dépassement nécessaire du tryptique pour une obligation d'information simplifiée, et flexible. Il est vrai que ces différentes notions induisent inévitablement des bornes, et donc une forme d'abstraction. Voilà que si l'on invoque une obligation de renseignement, alors que les faits révèlent qu'il s'agissait d'un devoir de mise en garde, la demande devra être rejetée. Ceci est peu satisfaisant car l'obligation d'information est à l'origine une notion unitaire dont le but est unique : fournir un consentement éclairé³²⁷³. Si ce tryptique apparaît comme une œuvre doctrinale satisfaisante, car

de celui-ci [son partenaire] sur les risques de l'opération qu'il projette »).

³²⁶⁴ Le conseil n'est pas toujours intégralement perçu de manière homogène par les auteurs (V. sur ce point M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 470, p. 384).

³²⁶⁵ Sur lequel V. not. B. de Saint-Afrique, « Du devoir de conseil », *Defrénois* 1995, p. 913 et s. ; V. aussi, sur la distinction avec l'obligation d'information : J. Ghestin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 594, p. 577-578

³²⁶⁶ G. Cornu dit ainsi du devoir de conseil qu'il est l'« *avis sur ce qu'il convient de faire* », et not. que c'est le « *Nom parfois donné à l'obligation accessoire implicite que certains contrats font naître à la charge de l'un des contractants, en raison de sa qualification professionnelle, d'aider l'autre soit dans ses choix, lors de la phase précontractuelle (...)* » (G. Cornu, op. cit., « Conseil (devoir de) », p. 237). V. aussi M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 471, p. 385 (« *L'obligation de conseil implique une mise en lumière de l'opportunité même de certaines décisions (...). Le conseil correspond donc à la mise en relation du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information* »). L'on remarque, par ailleurs, à quel point l'abstraction professionnelle a imprégné la conception du rapport partie forte/partie faible. V. aussi F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 258, p. 267 ; V. déjà R. Savatier, « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.* 1972, p. 32 et s., spéc. p. 140

³²⁶⁷ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 258, pp. 267

³²⁶⁸ M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 477, p. 390 (à l'endroit, spécifiquement, de la mise en garde et du conseil).

³²⁶⁹ On vient de le souligner, en notes, surtout pour ce qui est de la mise en garde et du conseil.

³²⁷⁰ V. not. en ce sens M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 469, p. 383 (et not. : « *Les juges, et notamment ceux de la Cour de cassation n'emploient pas toujours l'expression « obligation de mise en garde », même si, en pratique, c'est cette obligation qu'ils imposent* »). Cette triple distinction n'en reste pas moins « *importante* », malgré sa praticabilité nuancée (ibid., n° 480, p. 391 : « *la différence entre les obligations de renseignement, de mise en garde et de conseil, si elle n'est pas toujours très nette, n'en est pas moins importante, tant d'un point de vue pratique que théorique* »).

³²⁷¹ V. not. D. Houtcieff, note sous Cass. com., 24 juin 2008 (06-21.798), *D.* 2008, p. 2697 (parlant not. d'« *efflorescence des obligations d'information et autres devoirs de mise en garde* »).

³²⁷² V. par ex. Cass. com., 13 sept. 2011 (10-19.907), où information et conseil sont invoqués, alors qu'il s'agit bien davantage de mise en garde.

³²⁷³ *Rappr.* M. Fabre-Magnan, th. préc., qui appréhende, avec justesse, ces distinctions comme des différences de degré et non de nature, en cohérence avec la proposition de l'auteur de distinguer, cette fois par nature, entre les obligations d'information

expliquant en détails les différents degrés de l'information, il serait pour autant paradoxal que ces subdivisions conduisent parfois à entraver la protection de la partie faible. Peut-être, ainsi, « *que la distinction, aussi fondée soit-elle en théorie, a sa part de juridisme...* », et qu' « *Une simplification ne serait à tout prendre pas inutile. L'invocation de l'article 1147 du Code civil, c'est-à-dire du droit commun des contrats, et de la notion générique d'obligation d'information pourrait ainsi contribuer à atténuer l'impressionnisme qui règne, pour l'heure* » entre ces différentes notions³²⁷⁴. L'on ne saurait qu'adhérer à un système plus simple, où la seule notion d'obligation d'information existe. Ses différents degrés ne disparaîtraient nullement. Ils constitueraient une palette d'intensités à la disposition du juge, afin de moduler le degré de protection selon les cas. Cette flexibilité a tout à voir avec une protection civiliste et juste de la partie faible : elle prend le contrepied, encore sur ce point, de toute forme d'abstraction. L'on trouve d'ailleurs ponctuellement une certaine volonté prétorienne d'un tel dépassement³²⁷⁵. C'est d'ailleurs pour cette raison que nous retenons la terminologie « *obligation d'information* » et non seulement « *obligation de renseignements* »³²⁷⁶.

938. – En outre, la voie d'une intensité maximum systématique n'est guère souhaitable. Il semble inopportun de plaider pour la voie du passage en force, en consacrant par réflexe la plus intense des variantes de l'obligation d'information, à savoir le conseil. En effet, ceci conduirait à des excès que l'on a, au demeurant, déjà dénoncés par ailleurs. L'aspect automatique et mécanique tendrait vers une forme d'infantilisation à laquelle nous nous opposons, ainsi qu'à une objectivation déconnectée de la réalité. L'on a vu que nombre d'affaires révélaient les larges excès du devoir de conseil³²⁷⁷. Notamment, il serait hors de question que la protection de la partie faible s'aligne ainsi sur les nombreuses positions sanctionnant, sur le fondement du devoir de conseil, la partie prétendument forte pour n'avoir pas suffisamment conseillé la partie prétendument faible, concernant un besoin qu'elle n'avait pas même pris la peine d'exprimer³²⁷⁸. Mais c'est déjà, au fond, traiter de l'étendue de l'obligation d'information.

qui garantissent un consentement éclairé et celles qui garantissent une exécution saine (sur cette distinction : V. *infra* nos 979-980) (spéc., n° 476, p. 389 : « *Cependant, s'il y a ainsi une différence de degré (...) entre ces différentes obligations, celles-ci ne sont pas d'une nature profondément différente. En outre et surtout, il n'est pas possible de classer les règles relatives aux obligations d'information en fonction de l'étendue de l'information à transmettre (...). C'est pourquoi il n'est pas selon nous souhaitable de fonder toute l'étude des obligations d'information dans les contrats sur la distinction entre obligation de renseignement, obligation de mise en garde et obligation de conseil* »).

³²⁷⁴ D. Houtcieff, note préc.

³²⁷⁵ La Haute Cour se passe ainsi, dans un important arrêt, de toute qualification particulière de l'obligation d'information, alors même qu'il s'agit d'une matière où elle le faisait auparavant, afin de prononcer une solution de fond qui s'applique de manière autonome (AP, 2 mars 2007 (06-15.267) : Bull. civ. n° 4 ; D. 2007, p. 985, note S. Piedelièvre ; *ibid.*, p. 863, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2008, p. 127, obs. H. Groutel ; *ibid.*, p. 880, obs. D.-R. Martin ; JCP 2007, II, 10098, note A. Gourio ; *ibid.*, I, 158, obs. Ph. Simler ; JCP E 2007, 1375, note D. Legeais ; RGDA 2007, p. 397, note J. Kullmann ; RDI 2007, p. 319, obs. L. Grynbaum ; RDC 2007, p. 750, obs. G. Viney). En effet, « *Traditionnellement, il était affirmé que, en de pareilles circonstances, le banquier était tenu d'un devoir d'information et de conseil. Ici, plutôt que de qualifier l'obligation, on ne peut manquer de relever que les Hauts magistrats préfèrent s'attacher à son contenu ; un contenu qui dépasse largement le cadre de la seule remise d'une notice, fut-elle claire et explicite* » (V. Avena-Robardet, obs. préc.).

³²⁷⁶ Il est vrai que la première de ces terminologies est au fond récente, et date essentiellement de la th. préc. de M. Fabre-Magnan. Auparavant, les grandes études consacrées à ce thème s'intitulaient toutes ou presque « *L'obligation de renseignements* » (V. les réf. préc. sur ce thème). Dans la mesure où nous lui attachons ici des effets dont l'intensité dépasse la seule obligation de renseignements, la terminologie « *obligation d'information* », assez générique pour les englober, est retenue.

³²⁷⁷ V. not. *supra* nos 345 et s.

³²⁷⁸ *Ibid.*

939. – Généralités. L'information n'est pas l'action. Précisons à titre liminaire que l'information, même dans sa dimension la plus étendue (conseil), ne pourra jamais aller jusqu'à refuser à la partie faible la conclusion d'un contrat, même s'il lui est manifestement défavorable et même après la dispense du conseil. C'est qu'informer, même conseiller, n'est pas agir : c'est indiquer, éventuellement orienter. Ainsi, si la partie forte doit bien s'assurer que l'information est transmise et comprise³²⁷⁹, elle ne sera jamais tenue de conclure elle-même dans le sens le plus rationnel, ni de refuser un choix qui ne l'est pas. Comme le disait R. Savatier, le conseil intervient « *entre indépendants* »³²⁸⁰. C'est d'ailleurs pour ces raisons que l'obligation d'information ne va pas jusqu'à obliger le débiteur de cette obligation à ce que « *le créancier utilise correctement l'information* » transmise³²⁸¹. Il faut donc tracer, outre ces précisions élémentaires, les contours de l'étendue de l'obligation d'information.

940. – La mesure de ce qui a été extériorisé. L'on ne peut placer sur la partie forte (même puissante) la seule chose que l'on tente précisément de rétablir au profit de la partie faible : sa lucidité, et, partant, sa responsabilité. En l'occurrence, il s'agit de celle de faire la démarche somme toute élémentaire d'extérioriser ses besoins et ses aspirations contractuelles³²⁸². L'on considérera donc catégoriquement que la partie faible qui ne se prononce guère, ne mérite pas d'être informée sur les points en cause³²⁸³. Il s'agit là d'une diligence minimum, et la négligence qui s'y substitue le cas échéant est si profonde qu'elle n'a plus rien à voir avec une asymétrie d'information subie. Certes, notre système est apparenté au référentiel de la volonté interne³²⁸⁴. Mais celle-ci, nous enseigne la doctrine contemporaine, est plus schématique que rigoureusement pragmatique³²⁸⁵. Ainsi la déclaration de volonté joue-t-elle aussi, en droit français, un rôle important, pour la raison essentielle que la seule

³²⁷⁹ V. sur ces points not. en matière de preuve, *infra* nos 945 et s.

³²⁸⁰ R. Savatier, art. préc., spéc. p. 140 (« *il n'y a conseil que si l'incitation à lui donnée [celui qui reçoit le conseil] lui réserve l'appartenance de la décision à prendre. Le conseil fourni diffère donc des instructions données à un préposé ou à un mandataire. Les contrats de conseil interviennent entre indépendants* »).

³²⁸¹ V. sur ce point et en ce sens M. Fabre-Magnan, th. préc., nos 501 et s., p. 407 et s.

³²⁸² V. déjà en ce sens Ph. Le Tourneau, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, spéc. p. 103-104. Et l'on regrettera ainsi un certain nombre de décisions qui tendent, surtout sur la base du devoir de conseil, à ne pas tenir compte de cette solution et à exiger du débiteur du conseil une véritable obligation d'investigation : V. not., en matière de contrats informatiques : J. Huet et N. Bouche, *Les contrats informatiques*, LexisNexis, 2011, spéc. nos 28 et s., p. 19 et s., avec le constat d'une certaine tendance en ce sens, couplée fort heureusement et de manière intéressante avec, de la part de la Haute Cour, une certaine exigence de collaboration du créancier du devoir de conseil (les réf. citées sont riches et nombreuses).

³²⁸³ V. not. M. Fabre-Magnan, th. préc., nos 242 et s., p. 188 et s. (spéc. n° 242, p. 188 : « *En principe, c'est à chaque partie de faire part de ses besoins à l'autre. (...) Si une partie n'indique pas à son cocontractant ce qu'elle attend du contrat, ce dernier pourra légitimement alléguer que s'il n'a pas fourni l'information, c'est qu'il ignorait son importance* »). *Add.*, pour une déclinaison en matière notariale : J.-L. Aubert, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2008, nos 88 et s., p. 111 et s.

³²⁸⁴ V. sur ce point *supra* nos 545-546

³²⁸⁵ C'est que l'opposition classiquement exposée comme diamétrale entre les systèmes français et allemand a été largement relativisée par la doctrine contemporaine, à l'apui, d'ailleurs, du droit positif. Au vrai, aucun de ces deux systèmes n'est aussi parfaitement attaché, en pratique, à la conception qu'il est censé incarner (volonté interne/déclaration de volonté). V. not. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962, spéc. n° 97, p. 80-81 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., spéc. n° 93, p. 112 ; et la brillante étude de J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, spéc. p. 183-185, n° 5). C'est que chacun des systèmes emprunte à l'autre, par nécessité. Marty et Raynaud relèvent que la simple exigence d'un consentement, extériorisation de volonté « *qui s'inspire d'un élémentaire souci de sécurité et de stabilité, rapproche la conception française de la conception allemande* » (op. cit., spéc. n° 97, p. 80). Même ! La volonté déclarée l'emportera sur la volonté interne si celles-ci discordent et si cette dernière est introuvable parce qu'improvable : « *la volonté psychologique étant alors insaisissable il faudra forcément s'en tenir à la déclaration* » (ibid.).

volonté interne reste « *du domaine de la psychologie, non du droit* »³²⁸⁶, en l'absence d'extériorisation³²⁸⁷. Seul entre dans le « *champ contractuel* » ce qui a été déclaré *lato sensu*³²⁸⁸. Or la protection du consentement ne peut qu'être fondée sur celle-ci³²⁸⁹. Ce n'est jamais ici, nous semble-t-il, qu'une autre application de l'adage *de non vigilantibus non curat praetor* : celui qui est négligent en n'exprimant pas ce qu'il désire, ne peut espérer s'en plaindre, en dépit d'un cocontractant dont la faute est alors difficile à détecter. Ce point est bien sûr intimement lié à la question de la légitimité de l'infériorité informationnelle³²⁹⁰. C'est que l'on ne peut légitimement prétendre ignorer des informations qui auraient soi-disant dû être transmises, alors même que l'on n'a pas évoqué les attentes particulières qui en étaient le support³²⁹¹. Personne ne doit être chargé de sonder les esprits : l'on ne peut faire peser sur la partie forte le poids de la protection de la conscience³²⁹² des parties faibles³²⁹³.

941. – La mesure de ce qui est utile. Dire que l'obligation d'information n'est déclenchée que par une manifestation de la partie qui s'en prévaut ne suffit pas. En effet, il faut encore préciser l'étendue de l'information due, dans le champ même de ce qui a été extériorisé. Sur ce point, rien d'extravagant ou de particulièrement novateur n'est à prescrire, tant ce thème a été, comme on l'a dit, bien traité. Ainsi, les informations concernées sont celles qui sont utiles³²⁹⁴. Il s'agit là, en effet, d'une considération élémentaire que « *pour donner sa pleine mesure au droit de savoir, il faut que toutes les informations utiles soient*

³²⁸⁶ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 122, p. 109

³²⁸⁷ V. aussi J. Dupichot, art. préc., spéc. p. 184, n° 5 (et not. : « *Comment concevoir une rencontre de deux volontés purement internes sans aucun message transmis d'une conscience à une autre... à moins qu'il ne s'agisse de professionnels de la télépathie ? Au demeurant, comment le juge, pour sa part, pourrait-il apprécier la réalité et la signification de cette transmission de pensée ? Par ses conséquences ultimes, le système de la volonté interne, confine au délire logique* »).

³²⁸⁸ Cette formule est en effet le relai de la déclaration de volonté. Il semble qu'on doive l'expression à H. Capitant, dans son célèbre ouvrage consacré à la cause (*De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, *passim*, spéc. n° 4, p. 11 : « *Tout ce qui a été convenu entre les intéressés, c'est-à-dire ce sur quoi ils se sont mis d'accord, devient élément constitutif du contrat. Au contraire, reste en dehors du champ contractuel [souligné par nous], et par conséquent ne peut exercer aucune influence sur la validité des engagements, ce qui n'a pas été connu et voulu par les deux contractants. Or, le motif psychologique qui détermine chacun à s'obliger ne fait pas partie de leur accord de volontés. En effet, tandis que le créancier connaît toujours, ou presque toujours, la cause de l'obligation de son débiteur, parce que, en principe, cette cause résulte de la nature même du contrat conclu, il ignore le plus souvent le motif pour lequel ce dernier s'est obligé, parce que ce motif lui est indifférent à lui créancier (...)* »).

³²⁸⁹ D'ailleurs, cette position tendrait à assainir les rapports partie forte/partie faible. Il est vrai que « *limiter le nombre des obligations d'information n'est qu'une façon de contenir la transparence dans des mesures raisonnables* » (A. Lepage, art. préc., p. 73).

³²⁹⁰ V. *supra* nos 676 et s.

³²⁹¹ C'est ainsi qu'il est parfaitement satisfaisant que la Cour de cassation censure une décision des juges du fond, qui avait admis une demande de remboursement de billets d'avion inutilisés, formée par les clients d'une agence de voyages. La juridiction de proximité avait notamment retenu que l'agence ne pouvait ignorer, à raison de la date et du lieu de destination, le but du voyage, et devait faire connaître aux demandeurs « *les conditions spécifiques s'appliquant notamment à la compagnie aérienne habilitée pour le pèlerinage prévu* ». La Haute Cour rappelle de manière salutaire le principe que l'on souligne ici : en l'occurrence, n'était nullement établie la connaissance qu'avait, ou aurait dû avoir, l'agence de la finalité du voyage de ses clients, en l'occurrence un pèlerinage à La Mecque (Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012 (10-26.328) : Bull. civ. I, n° 133 ; Gaz. Pal. 2012, p. 25, obs. C. Berlaud).

³²⁹² Pris non en son sens contractuel (« *Aptitude à comprendre ce que l'on fait (...)* ») mais plus général (« *En toute personne, for interne, lieu intime de l'examen individuel (...)* ») (G. Cornu, op. cit., « *Conscience* », p. 236).

³²⁹³ V., au sein d'une réflexion différente, mais dans un sens similaire, J.-P. Chazal, *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996, spéc. n° 252, p. 385 (et not. « *Mais l'insécurité juridique qui résulte d'une telle utilisation de la notion de conscience est inacceptable. Il est impossible d'analyser la représentation intellectuelle que se faisait le contractant de ses obligations au jour de la conclusion du contrat. Admettre une pareille démarche reviendrait à donner au juge un pouvoir discrétionnaire, pouvant consister à exonérer n'importe quel débiteur en considérant que celui-ci n'avait pas réellement conscience des obligations mises à sa charge* »).

³²⁹⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 259, p. 269 (et not. : « *On entend par là une information dont la connaissance par le partenaire est de nature à conduire celui-ci à modifier son comportement, soit qu'il renonce à son projet de conclure le contrat, soit qu'il persévère dans celui-ci en réexaminant les conditions* »). V. d'ailleurs récemment en ce sens, en matière de réticence dolosive, la formule d'un arrêt Cass. 3^e civ., 16 avr. 2013 (12-16.242) : « *que si les vendeurs n'avaient pas communiqué aux acquéreurs la déclaration de sinistre et le rapport d'expertise du cabinet Elex concluant à un caractère non évolutif du sinistre, cette circonstance était indifférente dans la mesure où elle n'était pas de nature à apporter une information utile aux acquéreurs, les conclusions de ce rapport d'expertise étant erronées et approximatives en l'absence de toute étude géotechnique (...)* ».

transmises »³²⁹⁵. C'est ce que Mme Fabre-Magnan qualifie de « *pertinence* » de l'information, d'une part, « *qui se rapporte à l'objet des obligations nées du contrat* » et, d'autre part, qui « *est utile pour le cocontractant* »³²⁹⁶. Ceci est particulièrement juste, puisque le pertinent renvoie précisément à ce qui est « *Approprié ; qui se rapporte exactement à ce dont il est question* »³²⁹⁷.

942. – Ce qui est utile est ce qui est déterminant. L'on peut faire appel au caractère *déterminant*³²⁹⁸ de l'information, déjà bien connu, renvoyant à ce qui est susceptible de conditionner la conclusion du contrat³²⁹⁹ ou ses modalités³³⁰⁰. Le recours à une telle notion civiliste va dans le sens de la présente étude. Elle fournit une flexibilité nécessaire, par le prisme de l'appréciation *in concreto* qui lui est intrinsèque³³⁰¹. Cette flexibilité pourra utilement servir à moduler ce qui est déterminant, selon les personnes ou le contrat en cause. Par exemple, l'absolutisme sera probablement exacerbé en matière médicale³³⁰². L'on retrouve des prescriptions similaires dans les projets de réforme du droit des contrats, ce qui alimente l'argument de l'opportunité de la solution³³⁰³.

943. – Ce qui va sans dire va mieux encore en le disant³³⁰⁴. **Prisme des attentes légitimes.** La référence aux attentes légitimes n'est ici pas inutile³³⁰⁵. En lien étroit avec l'usage normal de la chose tel

³²⁹⁵ A. Lepage, « Avant-propos », préc., p. 90

³²⁹⁶ M. Fabre-Magnan, th. préc., n^{os} 169 et s., p. 132 et s. (globalement : « *tout élément susceptible d'entraîner chez le créancier une réaction, en ce sens que si ce dernier avait connu l'information, il aurait agi différemment c'est-à-dire, par exemple, qu'il aurait refusé de conclure le contrat ou encore aurait pu prendre ses dispositions pour en obtenir une correcte exécution* » (ibid., n^o 169, p. 132)). V. déjà R. Savatier, « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », D. 1972, spéc. p. 150 (« *Il faudrait assimiler à une carence le défaut de pertinence du conseil, quand il n'est pas adapté aux questions posées, et aux besoins manifestés (...)* »).

³²⁹⁷ Dictionnaire Larousse, 1990, « Pertinent », p. 747

³²⁹⁸ L'on sait que tous les vices du consentement doivent, par exemple, être déterminants. L'exigence date au moins du droit romain, autrement dit des origines profondes des vices du consentement (V. not. sur ce point J.-F. Brégi, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006, p. 230 et s.).

³²⁹⁹ V. par ex. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n^o 238, p. 249

³³⁰⁰ Il faut préciser notre pensée : nous nous opposons bel et bien à la tendance contemporaine à sanctionner le dol incident comme un dol classique (V. sur ce point, *supra* n^{os} 439 et s.). Cela ne signifie pas que nous nous refusons à considérer ce qui détermine le consentement à conclure à certaines conditions comme indifférent, mais simplement qu'il ne revenait pas au dol de le prendre en charge par l'admission du dol incident.

³³⁰¹ V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, loc. cit.

³³⁰² Tant la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998 (97-10.267) : Bull. civ. I, n^o 287 ; D. 1999, p. 145, note S. Porchy ; ibid., p. 259, obs. D. Mazeaud ; RDSS 1999, p. 506, obs. L. Dubouis ; RTD civ. 1999, p. 83, obs. J. Mestre ; ibid., p. 111, obs. P. Jourdain) que le Conseil d'Etat (CE, 5 janv. 2000 (181899), « Consorts Telle » : AJDA 2000, p. 180 et 137, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2000, p. 28 ; RFDA 2000, p. 641, concl. D. Chauvaux ; ibid., p. 654, note P. Bon ; RDSS 2000, p. 357, note L. Dubouis) considéraient ainsi naturellement que l'information en matière médicale était absolue : elle devait porter sur tous les risques des interventions ou soins proposés, qu'ils aient même été rares ou exceptionnels. Pour autant, la loi du 4 mars 2002, en ne retenant que « *les risques fréquents ou graves normalement prévisibles* » (actuel art. L. 1111-2 CSP) a semblé limiter ces solutions. En effet, le normal répond à l'habituel, à l'ordinaire, ce qui semble d'emblée induire une certaine fréquence, et s'opposer à l'exceptionnel. D'autres interprétations ont été avancées. En effet, l'on pourrait également considérer que le normalement prévisible correspond à la vision de la jurisprudence, en s'opposant, selon une autre lecture, au parfaitement imprévisible (V. not. P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010 (09-13.591), RTD civ. 2010, p. 571). Espérons que ce soit effectivement le cas.

³³⁰³ V. not. l'art. 37 du projet Chancellerie III (2013) (« *Celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer (...)* » ; repris par l'art. 1129 du projet Chancellerie IV (2015)). *Adde* l'art. 38 du même projet (« *L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances de l'espèce* » ; repris par l'art. 1130 du projet Chancellerie IV).

³³⁰⁴ Formule que l'on prête classiquement à Talleyrand.

³³⁰⁵ De remarquables études se sont consacrées à la question : V. not. J. Calais-Auloy, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171 et s. ; P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », D. 2007, p. 321 et s. ; et même plus récemment, une thèse consacrée à ce thème (G. Guerlin, *L'attente légitime du contractant*, th. Amiens, 2008) ; V. aussi les développements de H. Aubry, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2002, spéc. n^{os} 223 et s., p. 249 et s., qui s'attache à distinguer un tel concept, en tant qu'apport conceptuel du droit communautaire protecteur du faible).

qu'on le connaît au sein des vices cachés³³⁰⁶, les attentes correspondent globalement à ce que l'on peut légitimement, raisonnablement³³⁰⁷, attendre du bien ou de la prestation contractuels. C'est, en ce sens³³⁰⁸, que la croyance légitime³³⁰⁹ peut devenir « *créatrice d'un droit subjectif* »³³¹⁰ : « *celui, précisément, qui était légitimement attendu* »³³¹¹. Cette notion forme une synthèse intéressante entre le principe selon lequel on doit exprimer ce que l'on a besoin de savoir, et le fait que l'information doit être utile³³¹². En effet, le recours aux attentes permet de conceptualiser l'idée selon laquelle seules les attentes ordinaires sont couvertes par l'obligation d'information, non celles personnalisées et donc particulières³³¹³ en l'absence de leur expression, conformément au principe³³¹⁴. L'on ne saurait donc qu'adhérer à certaines solutions qui affirment explicitement que le devoir d'information, en l'occurrence de conseil, « *s'apprécie au regard du but poursuivi par les parties et de leurs exigences particulières lorsque, dans ce dernier cas, le praticien du droit en a été informé* »³³¹⁵. Ce n'est ici, au total, qu'une forme d'application du mécanisme désormais bien connu d'intégration dans le champ contractuel³³¹⁶, dont dépend l'engagement de la

³³⁰⁶ Art. 1641 C. civ. « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ».

³³⁰⁷ V. sur la distinction possible des deux terminologies N. Sauphanor-Brouillaud, « La confiance dans les contrats de consommation », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 59, n° 20 (et les réf. citées). Nous ne distinguerons pas ici : le propos est illustratif d'une idée, et nous n'avons guère d'intérêt à subtilement disséquer celle-ci. V. sur cette légitimité de l'attente, not. J. Calais-Auloy, art. préc., p., spéc. p. 179. V. aussi déjà J. Carbonnier, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 35

³³⁰⁸ Il y a là une vision très étroite (la seule qui nous intéresse ici) des nombreuses potentialités que renferme la notion d'attentes. C'est en ce sens seulement que « *les attentes sont l'expression d'une « volonté normale », d'une « volonté-type* », qu'elles sont des « *attentes raisonnables* ». Et « *Appréciée en termes de « normalité », l'attente est partagée, par contraste avec l'attente de comportement qui est celle du seul créancier* » (P. Lokiec, art. préc., p. 323). Et l'on y verra donc pas « *une possible alternative au solidarisme contractuel comme grille de lecture (...)* » (ibid., p. 321-322).

³³⁰⁹ Le lien est en effet étroit : V. sur ce thème J.-L. Souriou, « La croyance légitime », JCP 1982, I, 3058 ; presque tout autant qu'avec la confiance légitime (V. sur la notion, *supra* nos 706 et s. ; et sur ce lien, V. not. N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., spéc. p. 62, nos 24-25 (et les réf. citées)).

³³¹⁰ V. en ce sens J. Calais-Auloy, art. préc., spéc. p. 180-181 (et pour la formule : ibid., p. 171). Il faut préciser que l'auteur ne parvient pas à une conclusion nette sur la question que pose l'intitulé de son étude, mais précise qu'effectivement un certain nombre d'illustrations en droit positif permettent de se poser la question, et peut être de conclure qu'un tel principe est en phase de gestation.

³³¹¹ J. Calais-Auloy, art. préc., p. 180

³³¹² De manière complémentaire, cette considération s'insère donc dans la précédente pour établir, par ex., en matière médicale que tout besoin d'information est présumé manifesté puisqu'il est de bon sens que chacun est curieux de ce qui concerne son intégrité physique, et, par ailleurs, que l'information doit porter sur tous les risques, le cas échéant, d'une intervention car l'ensembles de ces informations sont précisément tout à la fois utiles et déterminantes. L'ensemble est donc cohérent.

³³¹³ C'est pour cette raison que, par ex. en matière d'assurances, si l'information sur les risques est insuffisante, il ne pourra être reproché un manquement de l'assureur d'avoir fourni la garantie la mieux adaptée (L. Mayaux, Rép. civ. Dalloz, « Contrat d'assurance », juin 2014 (m.a.j. 2014), spéc. n° 219).

³³¹⁴ V. not. en ce sens M. Fabre-Magnan, th. préc., nos 242 et s., p. 188 et s. (spéc. n° 242, p. 188 : « *En principe, c'est à chaque partie de faire part de ses besoins à l'autre. (...). Si une partie n'indique pas à son cocontractant ce qu'elle attend du contrat, ce dernier pourra légitimement alléguer que s'il n'a pas fourni l'information, c'est qu'il ignorait son importance* ». Ainsi, par ex. à l'égard d'une agence de voyages, s'il est satisfaisant qu'il fasse partie de ses obligations d'informer les clients à qui elle vend un billet d'avion des conditions précises d'utilisation de celui-ci, parmi lesquelles figurent les formalités d'entrée sur le territoire de l'État de destination (Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 2006 (03-17.642) : Bull. civ. I, n° 63 ; D. 2006, p. 1807, note Y. Dagorne-Labbe ; Gaz. Pal. 2007, p. 3224, obs. C. Gory ; RDC 2006, p. 1161, obs. Ph. Delebecque), il l'est tout autant, que les attentes particulières non énoncées par les clients, qui visaient à connaître les conditions toute particulières à un vol destiné à un pèlerinage, n'aient pas conduit à retenir la responsabilité de l'agence de voyages pour manquement au devoir d'information (Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012, préc.). V. not. déjà dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 24 mai 1989 (88-10.307 et 88-10.549) : Bull. civ. I, n° 207 ; RTD com. 1990, p. 97, obs. B. Bouloc ; en effet, dans une forme de contrepartie de l'obligation générale d'information de la partie forte, la partie prétendument faible est tenue d'informer le vendeur de ses attentes particulières, et not., « *le client devait attirer l'attention de l'agent de voyage sur toute particularité le concernant susceptible d'affecter le déroulement du voyage* »).

³³¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2010 (09-12.294) : Bull. civ. I, n° 72 ; AJDI 2010, p. 911, obs. M. Thioye ; Defrénois 2010, p. 2214, obs. M. Latina ; RDC 2010, p. 851, obs. G. Viney (l'on saluera cette solution : c'est que les obligations de la partie forte ne « *sont pas pour autant illimitées et ne sauraient aller jusqu'à leur imposer de se lancer, en l'absence d'éléments ou indices parlants, dans un jeu de divinations des desiderata « intimes » de leurs clients silencieux ou d'audit de la véracité ou sincérité de leurs déclarations d'ordre factuel* » (M. Thioye, obs. préc.)).

³³¹⁶ L'on distingue en effet de nombreux exemples, not. en ce qui concerne l'aléa dans l'erreur (qui la « *chasse* » dès lors qu'il est intégré dans le champ contractuel. V. not. J. Ghestin et Y.-M. Sérinet, Rép. civ. Dalloz, « Erreur », sept. 2006 (m.a.j. 2014), spéc.

responsabilité³³¹⁷. Ce qui rapproche d'ailleurs à nouveau, comme nous l'avons mentionné plus haut, le système français du système allemand : par endroit, le curseur doit inévitablement être fixé sur la déclaration de volonté³³¹⁸.

944. – Ce qui est utile est ce qui est adapté. Cela relève du bon sens, mais mérite d'être mentionné. Ce qui est utile, et qui relève donc de l'obligation d'information, est également ce qui est adapté à la situation de la partie faible. C'est d'ailleurs pour cette raison que la remise d'une notice, même fort complète, ne peut suffire ni à remplir l'obligation d'information ni, donc, à la prouver. C'est que l'obligation d'information a pour but de rehausser le consentement. Or se contenter d'un processus parfaitement abstrait semble constituer une méthode artificielle, devant la diversité, à tous niveaux, des parties faibles. L'obligation d'information implique donc nécessairement une idée d'adaptation³³¹⁹.

2 – *Preuve de l'exécution de l'obligation d'information*

945. – Plan. La question de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information suppose d'analyser trois axes : la charge de la preuve (a), les différents moyens pour l'établir (b) et enfin sa substance (c).

a – *La charge de la preuve*

946. – La charge de la preuve. Principe de droit commun : *actori incumbit probatio*. Pour des raisons que l'on comprendra par la suite, la question de la charge de la preuve doit être un préalable à celle de la substance de la preuve en elle-même. Il s'agit donc de savoir qui doit prouver, avant de savoir ce qui doit être prouvé. Or l'on connaît bien le principe qui gouverne la matière : « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* »³³²⁰. C'est ainsi notamment que, depuis 1951³³²¹, la Cour de

n° 98 et les nombreuses réf. citées), mais aussi et surtout en ce qui concerne la cause atypique, c'est-à-dire celle subjective tenant aux mobiles qui, « *définis comme les raisons subjectives qui restent personnelles à chacun des contractants et varient en fonction des individus* », ne peuvent entrer naturellement dans la cause sans être intégré au champ contractuel (V. sur ce point J. Rochfeld, Rép. civ. Dalloz, « Cause », sept. 2012 (m.a.j. 2014), n° 87 et s. (et pour la formule : *ibid.*, n° 87)). Capitant n'évoquait pas autrement cette notion (*De la cause des obligations*, Dalloz, 1923, *passim.*, par ex. n° 4, p. 11).

³³¹⁷ Y. Dagorne-Labbe, Rép. com. Dalloz, « Agence de voyages », mars 2010 (m.a.j. 2014), spéc. n° 58 (et not. pour une synthèse : « *Il faut alors distinguer entre deux hypothèses. Si l'agence de voyages a connaissance de cette particularité, soit que son client la lui a signalée ou qu'elle a pu s'en convaincre elle-même (ce qui sera rare en raison du développement des contrats conclus en ligne), elle doit fournir à ce client des informations adaptées à son particularisme. Cette obligation d'informations précises est alors intégrée dans le champ contractuel et constitue une condition particulière (...). Si, en revanche, l'agence ne peut avoir connaissance de la particularité du voyageur, car celui-ci ne la lui a pas signalée, elle n'a pas la possibilité de délivrer l'information nécessaire et sa responsabilité ne peut être engagée* »).

³³¹⁸ V. *supra* nos 545-546

³³¹⁹ L'on trouve, en ce sens, des manifestations très claires en jurisprudence. V. not. en matière d'assurance, où les décisions en ce sens sont nombreuses : AP, 2 mars 2007, préc. (« *Attendu que le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* »). *Adde*, not., dans le même sens Cass. 2^e civ., 2 oct. 2008 (07-15.276) : Bull. civ. II, n° 201 ; D. 2008, p. 2499, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2009, p. 1044, obs. D.-R. Martin ; RCA 2008, n° 339, obs. G. Courtieu ; RDC 2009, p. 100, obs. S. Carval ; *ibid.*, p. 1142, obs. L. Grynbaum ; et le même jour : Cass. 2^e civ., 2 oct. 2008 (07-16.018) : Bull. civ. II, n° 202 ; RCA 2008, n° 338, obs. G. Courtieu ; Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009 (07-19.867) : Bull. civ. I, n° 7 ; D. 2009, p. 368, obs. V. Avena-Robardet ; JCP G 2009, II, 10055, note N. Dupont ; RDC 2009, p. 100, obs. S. Carval ; RDC 2009, p. 1142, obs. L. Grynbaum

³³²⁰ Art. 1315 al. 1^{er} C. civ.

³³²¹ Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1951 : Bull. civ. I, n° 162 ; D. 1952, p. 53, note R. Savatier ; JCP 1951, II, 6421, note R. Perrot ; S. 1953, 1, p. 41, note R. Nerson ; RTD civ. 1951, p. 508, note H. et L. Mazeaud. La même solution était d'ailleurs admise dans d'autres domaines (not. pour les notaires, architectes ou avocats. V. not. A. Dorsner-Dolivet, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997 (94-19.685), « Hédreul », LPA 16 juil. 1997, p. 17 (et la jurisprudence citée)).

cassation refusait tout renversement de la charge de la preuve de l'obligation d'information en matière médicale au profit du patient.

947. – Critiques lorsqu'une partie faible est impliquée. Or la solution a pu sembler peu souhaitable lorsqu'une partie réputée faible était impliquée et qu'une obligation d'information pesait sur son cocontractant. Pourquoi ? Les raisons sont simples, et devront être autant d'arguments en faveur de l'adoption de la même solution en matière de protection de la partie faible générique. Ainsi, l'on conviendra de ce que les parties faibles sont dans une situation peu propice, lors de la phase précontractuelle, à la récolte de moyens de preuve de l'obligation d'information : empressement, préoccupation, confiance, sentiment d'inéluctabilité... Au-delà, la partie faible devrait établir un fait négatif. Or cette preuve négative³³²² est susceptible d'être difficile, voire diabolique, dans la mesure où c'est souvent le débiteur de l'obligation d'information qui détient les moyens de preuve. Ces considérations ont donc fondé les critiques essentielles qui étaient déjà adressées³³²³ à la jurisprudence initiée en 1951, et qui ont par la suite acquis une certaine unanimité³³²⁴. Cette solution fut donc plus tard abandonnée, la matière médicale faisant ainsi encore ici figure de modèle de réflexion pour la partie faible en général.

948. – Emancipation généralisée. Renversement de la charge de la preuve. Déjà le principe d'un renversement de la charge de la preuve avait été suggéré par une éminente doctrine³³²⁵. Il avait aussi été proclamé au compte-gouttes par les juges, à l'égard de quelques parties faibles³³²⁶. Mais c'est en 1997 qu'un arrêt a érigé la solution en principe. En effet, la Haute Cour a pu affirmer de la manière la plus nette, au visa de l'article 1315 du Code civil, dans un arrêt du 25 février 1997, que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »³³²⁷. Par là même, la Cour de cassation appliquait ce principe au domaine médical³³²⁸. Voilà que le second volet de l'article 1315 du Code civil prévalait désormais, en matière de contractants protégés par une obligation d'information³³²⁹. La solution nous semble salutaire, pour les raisons qui précèdent, et parce qu'elle est désormais harmonisée et donc plus claire. D'ailleurs, l'exigence, en matière médicale, est désormais légale³³³⁰, comme c'est aussi et notamment le cas en

³³²² V. déjà J. Larguier, « La preuve d'un fait négatif », RTD civ. 1953, p. 1 et s.

³³²³ V. not. les notes de R. Perrot et de R. Savatier sous Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1951, préc. ; V. plus récemment M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 545, p. 431

³³²⁴ V. not. l'ensemble des obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc.

³³²⁵ V. not. M. Fabre-Magnan, th. préc., nos 542 et s., p. 430 et s.

³³²⁶ Notamment en matière notariale : Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1991 (89-20338) : Bull. civ. I, n° 212 ; RTD civ. 1992, p. 758, obs. J. Mestre (« *la cour d'appel a justement retenu, sans inverser la charge de la preuve, qu'il appartenait au notaire d'établir qu'il avait mis les parties en garde contre le risque d'annulation de l'acte (...)* »).

³³²⁷ Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997 (94-19.685), « Hédreul » : Bull. civ. I, n° 75 ; D. 1997, p. 319, obs. J. Penneau ; JCP G 1997, I, 4025, obs. G. Viney ; Gaz. Pal. 1997, p. 274, rapp. P. Sargos, note J. Guigue ; Defrénois 1997, p. 751, obs. J.-L. Aubert ; LPA 16 juil. 1997, p. 17, note A. Dorsner-Dolivet ; CCC 1997, n° 5, par L. Leveneur ; RDSS 1997, p. 288, note L. Dubouis ; RTD civ. 1997, p. 434, obs. P. Jourdain

³³²⁸ « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (arrêt préc.).

³³²⁹ Art. 1315 al. 2 C. civ. : « *Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». V. en ce sens M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 543, p. 430

³³³⁰ Art. L. 1111-2, al. 7 CSP : « *en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article* » ; La solution avait été largement confirmée, après l'arrêt « Hédreul ». V. not. Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 1998 (95-21.715) : Bull. civ. I, n° 67 ; JCP 1998, I, 144, obs. G. Viney ; RTD civ. 1998, p. 681, obs. P. Jourdain ; Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1998 (96-19.161) : Bull. civ. I, n° 187 ; D. 1998, p. 530, note F.

matière de consommation³³³¹. La solution est en outre désormais clairement généralisée en droit positif³³³².

949. – Application subséquente à l’égard de la partie faible générique de droit commun (*de lege ferenda*). L’on plaidera ainsi pour une telle solution, tenant au renversement de la charge de la preuve, en matière de partie faible générique. Sa généralité et sa pertinence le commandent. L’on ajoutera qu’il semblerait souhaitable, notamment pour cette raison de généralité de la solution, que cette dernière figure dans une disposition de droit commun. C’est que la généralité de la solution est essentiellement formée par de multiples applications à des parties faibles au cas par cas³³³³. Devant un tel dénominateur commun, il serait d’autant plus opportun de créer une telle précision légale, dans le régime de l’obligation d’information de la partie faible³³³⁴.

b – Les modes de preuve

950. – Question étroitement liée à la charge de la preuve : les modes de preuve. Tendance à l’écrit. La matière médicale fournira encore ici l’essentiel de l’inspiration du régime de preuve retenu pour la partie faible générique³³³⁵. Ainsi, comme il vient d’être entrevu, les observateurs de la solution de l’arrêt du 25 février 1997 ont convergé sur un point : la partie ayant désormais la charge de la preuve aura tendance à préconstituer une preuve par écrit³³³⁶, de forte intensité³³³⁷. C’est ainsi que le document devra en toute hypothèse être signé³³³⁸ et daté : quelle autre preuve de sa remise ? Peu importe, en

Laroche-Gisserot

³³³¹ V. not. l’art. L. 111-1 C. consom.

³³³² Effectivement, les solutions sont aujourd’hui, en matière de parties faibles, unanimement en faveur d’un renversement de la charge de la preuve. V. not. Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1997 (94-21.217) : Bull. civ. I, n° 132 ; JCP G 1997, II, 22946, note D.-R. Martin ; CCC 1997, n° 111, obs. L. Leveneur (**avocat**) ; Cass. com., 11 déc. 2007 (03-20.747) : Bull. civ. IV, n° 260 ; D. 2008, p. 220, obs. V. Avena-Robardet ; JCP G 2008, II, 10055, note A. Gourio ; JCP E 2008, 1192, note D. Legeais (**banquier**) ; Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002 (99-21.521) : Bull. civ. I, n° 132 ; JCP G 2002, I, 184, obs. F. Labarthe ; JCP G 2003, I, 152, obs. G. Viney ; CCC 2002, n° 135, note L. Leveneur ; RTD civ. 2003, p. 84, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2010 (09-16.913) : Bull. civ. I, n° 215 ; D. 2010, p. 2580, obs. X. Delpech ; RDI 2010, p. 616, obs. Ph. Malinvaud ; Defrénois 2010, p. 2309, note G. Rabu ; CCC 2011, n° 1, obs. L. Leveneur ; Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2012 (11-27.766) : D. 2013, p. 818, note N. Lemay ; JCP G 2013, 140, note G. Paisant (**vendeur professionnel**) ; Cass. 3^e civ., 28 avr. 2011 (10-14.516) : Bull. civ. III, n° 59 ; D. 2011, p. 1282 ; RDI 2011, p. 402, obs. Ph. Malinvaud (**constructeur**) ; Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1998 (96-15.321) : Bull. civ. I, n° 364 (**huissier de justice**) ; Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1998 (96-13.201) : Bull. civ. I, n° 44 ; JCP N 1998, 701, note J.-F. Pillebout ; Defrénois 1998, p. 743, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1998, p. 381, obs. P. Jourdain ; Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2006 (04-14.487) : Bull. civ. I, n° 556 ; D. 2007, p. 304, obs. I. Gallmeister (**notaire**) ; Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1997 (95-16.923) : Bull. civ. I, n° 356 ; Cass. 2^e civ., 8 avr. 2004 (03-11.485) : Bull. civ. II, n° 163 ; Dr. et patr. juil.-août 2004, p. 95, obs. P. Chauvel (**assureur**). *Adde* Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2001 (98-20.518) : Bull. civ. I, n° 271 ; Cass. 2^e civ., 18 mars 2004 (03-11.273) : Bull. civ. II, n° 132 (**souscripteur assurance de groupe**) ; Cass. soc., 15 juil. 1999 (97-19.788) : Bull. civ. V, n° 353 (**mutuelle**) ; Cass. com., 22 mars 2011 (10-13.727) : Bull. civ. IV, n° 48 ; D. 2011, p. 1010, obs. X. Delpech ; *ibid.*, p. 1600, note H. Causse ; RTD com. 2011, p. 382, obs. M. Storck ; RDC 2011, p. 857, note S. Carval (**société de bourse**) ;

³³³³ Comme l’atteste le nombre de décisions citées, et en y ajoutant tout ce qu’induit la formulation de l’arrêt du 25 fév. 1997. V. not. sur ce point A. Dorsner-Dolivet, obs. préc. (affirmant qu’étaient d’emblée « concernés les débiteurs d’une obligation d’information prévue par la loi », et énumérant un certain nombre d’exemples).

³³³⁴ V. sur ce point notre proposition de codification, *infra* n° 1140

³³³⁵ Ainsi, bien sûr, que certaines analyses profondes sur la question (V. not. M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. nos 553 et s., p. 436 et s.).

³³³⁶ V. not. sur ce point O. Gout et S. Porchy-Simon, « L’obligation d’information du médecin et le consentement éclairé du patient », in *Responsabilité médicale et accidents médicaux*, Séminaire de Louvain des 13 et 14 sept. 2013, spéc. n° 21 et s. ; V., pour une tendance plus générale : M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 554-555, p. 437

³³³⁷ J. Mestre, note sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc. ; V. égal. les obs. de L. Dubouis.

³³³⁸ V. not. sur ce point *Rapport annuel de la Cour de cassation 2007* (« La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation »), 1.1.1.1.1.2.2, p. 70

outre, qu'il s'agisse de l'écrit cristallisant le contrat ou d'un écrit séparé³³³⁹. Il semble que l'on peut y adjoindre une certaine obligation de clarté³³⁴⁰ et de précision³³⁴¹, sous peine d'être une simple « *décharge de responsabilité* »³³⁴². Peu importera, enfin, qu'il soit électronique³³⁴³. En revanche, s'il correspond bien à l'idée d'une information-renseignement, l'écrit peut mal correspondre à l'idée d'information-conseil ou mise en garde, par cette sorte de neutralité qui lui est intrinsèque. En effet, si l'écrit suppose, certes, par définition, un ensemble intelligible³³⁴⁴, il serait excessif de lui accorder une confiance excessive et donc un monopole pour établir la preuve de l'information³³⁴⁵. Il est vrai que « *rien ne saurait remplacer l'explication orale du praticien averti* »³³⁴⁶ : elle constituerait³³⁴⁷ un vecteur plus efficace de transmission de l'information. Se pose donc l'inévitable question des autres modes de preuve possibles.

951. – Mais preuve possible par tous moyens. Si l'on pressentait déjà qu'en tant que fait juridique, la preuve de l'information pourrait se faire par tous moyens³³⁴⁸, la jurisprudence est venue l'affirmer en termes de principe³³⁴⁹. Il s'agit donc évidemment de l'écrit³³⁵⁰, mais également de témoignages, d'aveux

³³³⁹ V. sur cette question J. de Poulpiquet, Rép. civ. Dalloz, « Notaire », janv. 2009 (m.a.j. 2014), nos 349 et s.

³³⁴⁰ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1998, préc., où l'accent est placé sur la clarté de l'ensemble : reproduction de la clause d'inaliénabilité, apposée sur l'acte au-dessous d'un intitulé « Interdiction d'aliéner », exprimant, en outre, très distinctement la prohibition d'aliéner sous peine de nullité. Ce n'est jamais que l'écho dans le domaine probatoire de l'exigence d'une l'information « *claire, loyale et appropriée* » (V. *supra* nos 875 et s.).

³³⁴¹ V. not. en ce sens M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. n° 556, p. 438 (qui, après avoir souligné l'incontestable validité de tels écrits, pose que « *Cependant, les stipulations de ces clauses doivent être suffisamment précises et ne doivent pas se borner à des énonciations générales* »).

³³⁴² L'on cite ici la formule utilisée par Ph. Le Tourneau (« Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, p. 22).

³³⁴³ L'on sait en effet qu'un tel écrit a désormais la même valeur et la même force probante que l'écrit traditionnel. V. not. les art. 1316 C. civ. (précisant bien « *quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* ») et 1316-3 C. civ. (« *L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier* »). V. aussi sur la question J. Huet, « Le Code civil et les contrats électroniques », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 539 et s.

³³⁴⁴ L'art. 1316 C. civ. précise bien en effet que « *La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible (...)* ».

³³⁴⁵ Il n'est en revanche pas excessif de nuancer les lacunes que l'écrit aurait à mettre en garde. Déjà, des formulaires, tant papiers qu'électroniques, peuvent être conçus d'une manière assez complète, et questionner ainsi le contractant visé de manière à transmettre, en réaction, un écrit adapté à ces réponses. Dans le même sens, des procédés, notamment électroniques, semblent assez satisfaisants. L'on peut citer sur ce point un arrêt particulièrement évocateur (Cass. com., 13 sept. 2011 (10-19.907)). Voilà qu'un particulier avait adhéré auprès d'une banque à un service permettant d'effectuer des opérations de titres à distance, par internet. Après avoir acquis des titres dont il se trouva insatisfait, le client rechercha la responsabilité de la banque pour manquement à son devoir d'information et de conseil (il s'agissait, on va le voir, bien davantage de mise en garde). Au terme de la procédure, la Haute Cour rejeta son pourvoi, en faisant valoir, en effet, outre que la banque avait bel et bien informé son client des divers renseignements afférents aux conditions générales, aux instruments financiers et divers marchés concernés, que le service en ligne de la banque avait valablement agit « *par l'affichage à l'écran d'une mise en garde illustrée par le message « attention, vous avez saisi un montant d'opérations inhabituel, la valeur sélectionnée présente des risques importants par rapport à vos ordres habituels* » ». Il est, en outre, d'autant plus vrai que la mise en garde électronique avait bel et bien fonctionné, que le client « *à la suite de ce message d'alerte, a modifié son ordre à sept reprises entre 9 h 37 et 9 h 41, avant de le valider, et qu'il a alors cliqué sur la case « je certifie avoir pris connaissance du caractère inhabituel de mon ordre », sans chercher à obtenir des explications complémentaires sur ladite mise en garde comme l'invitait à le faire le système d'information de la caisse* » ». Il apparaît assez nettement que la mise en garde écrite, et notamment électronique, avait convenablement été prodiguée, de telle sorte qu'il était inévitable que le pourvoi soit rejeté.

³³⁴⁶ V. Avena-Robardet, « Cautionnement : entre rigueur et rigorisme », D. act. 15 avril 2011

³³⁴⁷ L'on ajoutera de manière un peu triviale que c'est un lieu commun de considérer qu'une chose lue et une chose expliquée ne revêtent pas, de manière générale, la même portée en matière de compréhension. N'est-ce pas là d'ailleurs, au fond, le fondement même de l'école ?

³³⁴⁸ Solution classique, comme on le sait. V. par ex., encore récemment, Cass. 2^e civ., 13 févr. 2014 (12-16.839).

³³⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997 (95-19.609) : Bull. civ. I, n° 278 ; JCP G 1997, II, 22942, rapp. P. Sargos ; *ibid.*, I, 4068, obs. G. Viney ; RTD civ. 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; RDSS 1998, p. 68, note M. Harichaux (« *la preuve de cette information peut être faite par tous moyens* »). Confirmé notamment en matière notariale : Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1998 (96-13.201), préc. (« *Attendu, cependant, que la preuve du conseil donné, qui incombe au notaire, peut résulter de toute circonstance ou document établissant que le client a été averti clairement des risques inhérents à l'acte que le notaire a instrumenté* »).

³³⁵⁰ Tant il est vrai que la solution tenant à la preuve par tous moyens ne « *diminue en rien l'intérêt que conserve le recours à la preuve pré constituée, donc à l'écrit* » (L. Dubouis, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, préc.). V. dans le même sens J. Mestre, obs. sous le même arrêt, préc. (relevant que « *la paperasserie informative à laquelle nous faisons allusion dans notre précédente chronique n'est donc pas, si l'on peut dire, de droit. Mais soyons réalistes : elle garde bien des vertus de fait car, à l'heure des comptes judiciaires, le*

et surtout de présomptions. La même décision venait, d'ailleurs, apporter une très éclairante application de la solution par le recours aux présomptions³³⁵¹. La démarche suivie est similaire à celle, antérieure, par laquelle certaines « *juridictions du fond se fondant sur les conclusions des experts, déduisaient parfois des observations de ceux-ci des présomptions dont ils inféraient que l'information avait ou non été fournie* »³³⁵². Celle-ci revient donc par là même sur le devant de la scène³³⁵³.

952. – Bref panorama des différents moyens de preuve. Il est bien sûr salubre³³⁵⁴ que l'écrit ne soit pas la seule voie pour établir la preuve de l'information. C'est ainsi que des correspondances³³⁵⁵, des enregistrements téléphoniques³³⁵⁶ ou des enregistrements des entretiens *physiques* pourraient constituer une telle preuve, par le prisme des présomptions. Pour ce qui est des témoignages, l'on peut très bien imaginer, également, qu'un assistant ou un collaborateur de la partie forte puisse attester de l'information prodiguée. L'enregistrement et la présence d'un témoin posent néanmoins, dans un certain nombre de cas, des problèmes de confidentialité³³⁵⁷ ou même de conflit d'intérêt³³⁵⁸. Ils seront donc selon toute vraisemblance d'importance contingente, mais somme toute possibles. Par ailleurs, des déclarations de la partie faible³³⁵⁹ peuvent aussi contribuer à établir une telle preuve.

professionnel ne pourra souvent pas compter sur « cet ensemble de présomptions » au sens de l'article 1353 du Code civil »).

³³⁵¹ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, préc. : « *que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel a constaté qu'il résultait des pièces produites que Geneviève X..., qui exerçait la profession de laborantine titulaire dans le centre hospitalier où avait eu lieu la cœlioscopie, avait eu divers entretiens avec son médecin, pris sa décision après un temps de réflexion très long et manifesté de l'hésitation et de l'anxiété avant l'opération ; que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la juridiction du second degré a retenu que cet ensemble de présomptions, au sens de l'article 1353 du Code civil, démontrait que Mme Y... avait informé sa patiente du risque grave d'embolie gazeuse inhérent à la cœlioscopie* ».

³³⁵² J. Penneau, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc.

³³⁵³ Il est donc probable qu'en l'absence de préconstitution d'un écrit, la preuve « *sera subordonnée à l'aléa du rassemblement d'indices ou des constatations d'un rapport d'expertise* » (A. Dorsner-Dolivet, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc.).

³³⁵⁴ V. not. L. Dubouis, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc., évoquant (par anticipation de la solution du 14 oct. 1997) des « *assouplissements nécessaires* ».

³³⁵⁵ Solution confirmant d'ailleurs l'arrêt préc. du 14 oct. 1997 : Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 2005 (02-11.339) : Bull. civ. I, n° 6 ; RCA 2005, n° 99, note Ch. Radé ; RTD civ. 2005, p. 381, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDSS 2005. 330, obs. B. Pitcho (« *Attendu que, s'agissant d'un fait juridique, le médecin prouve par tous moyens la délivrance de l'information permettant au patient d'émettre un consentement ou un refus éclairé quant aux investigations ou soins auxquels il est possible de recourir (...); que la juridiction du second degré a estimé que cet ensemble de présomptions démontrait que Mme Y... avait satisfait à son obligation* »).

³³⁵⁶ L'on peut ainsi songer aux enregistrements désormais quasi systématiques des conversations téléphoniques entre client et service client, notamment en matière de téléphonie mobile ou d'internet. Deux éléments mènent toutefois à nuancer le propos : elles peuvent tout d'abord être refusées, et elles sont présentées comme des procédés destinés à vérifier et donc garantir la qualité du service donné au client. L'on peut ainsi douter de leur vocation probatoire, ce qui n'exclut pas, pour autant, qu'elles ne constitueront pas un élément favorable à l'admission de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information. V. not. sur ce dernier point J. Attard, « *L'exécution de son devoir de conseil par le banquier* », RTD com. 2013, p. 639 et s. (spéc. p. 649-650, relevant, dans le même sens, que « *l'article 3-4-3 du Règlement du Conseil des marchés financiers qui permet, dans le cadre d'une prestation de service d'investissement, d'enregistrer la conversation téléphonique entre le banquier et son client. On rappellera pour autant que le Conseil des marchés financiers a précisé que cet enregistrement était destiné à faciliter le contrôle de la régularité des opérations effectuées et leur conformité aux instructions des donneurs d'ordre : autrement dit, il n'a pas vocation à constituer la preuve de l'exécution de son devoir de conseil par le prestataire* », avant de nuancer le propos, en affirmant que « *l'enregistrement peut néanmoins constituer « un indice de l'exécution de ce devoir »* », (ibid., et les réf. citées)).

³³⁵⁷ V. not. L. Dubouis, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc.

³³⁵⁸ V. not. A. Dorsner-Dolivet, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc., (« *De surcroît, la solidarité des membres de l'équipe chirurgicale _ fussent-ils ou non médecins _, motivée non seulement par l'esprit de corps mais aussi par une certaine sensibilisation au phénomène parfois qualifié par la presse de « raz-de-marée » de la responsabilité médicale, conduisait souvent à un mutisme, voire à un mensonge qui desservait les intérêts supérieurs d'une bonne administration de la justice* », et d'ajouter, de manière encore plus concrète, que certes le médecin pourra tenter « *de produire le témoignage de sa secrétaire ou celui des membres du personnel soignant. Mais le patient ne manquera pas de prétendre que ces personnes ne sont pas indépendantes par rapport au médecin, ce qui peut conduire au rejet des témoignages* »).

³³⁵⁹ Rappelons-nous, notamment, des affaires, en matière notariale, où les clients se sont vus protégés alors même qu'ils avaient pourtant manifestement laissé penser qu'ils agissaient en toute connaissance de cause (V. *supra* nos 345 et s.).

953. – Question centrale de l'objet de la règle : quelle preuve ? Transmission ? Qualité ? Compréhension ? Il s'agit maintenant de se pencher sur le cœur de la question de la preuve de l'obligation d'information, en répondant à la question suivante : quelle preuve s'agit-il de rapporter pour prouver que l'obligation d'information a été satisfaite ? Celle de la transmission de l'information, ou bien celle de sa transmission et de sa qualité³³⁶⁰ ? Ne convient-il pas aussi d'y adjoindre la preuve de la compréhension par la partie faible de l'information dispensée³³⁶¹ ? Pour répondre à ces questions de preuve, raisonnons par rapport à leur objet : une information que l'on a décrite comme devant être loyale, claire, appropriée et intelligible³³⁶².

954. – Premièrement, la preuve doit évidemment concerner la transmission de l'information. Ce point n'est que mentionné, par pure exigence formelle. Il va de soi que la preuve devra avant tout porter sur le fait que l'information a bel et bien été transmise. La seule subtilité notable est de ne pas confondre la remise effective d'une information avec la preuve même de cette information : c'est que l'une n'engendre pas nécessairement l'autre³³⁶³. Il faut, enfin, souligner qu'il s'agit là d'une obligation de résultat³³⁶⁴, ce qui a pour intérêt, comme on le sait, d'apporter d'ultimes précisions probatoires. Les questions portant sur sa substance méritent davantage d'être développées.

955. – Deuxièmement, la preuve doit aussi concerner la qualité de l'information. L'on a pu soutenir que la seule preuve de la transmission de l'information suffirait³³⁶⁵. Cette position est en effet défendable : c'est notamment la plus simple³³⁶⁶. C'est ainsi que lorsque la partie forte a, le cas échéant, prouvé la réalité de la transmission de l'information, la partie faible devrait prouver que sa qualité a fait défaut. Or ce n'est guère ce qu'une information appropriée semble induire. Cette prescription semble en effet commander que l'on doive, pour s'acquitter d'une telle obligation, démontrer que l'information fut bel et bien adaptée à son destinataire. Autrement dit, la preuve doit porter également sur la qualité de

³³⁶⁰ L'on trouvera aussi d'autres formulations similaires : « attestation de la réalité de l'information ou attestation du contenu de l'information » (M. Harichaux, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, préc.).

³³⁶¹ Et ce sera not. l'occasion de s'interroger sur l'effet de clauses par lesquelles la potentielle partie faible reconnaît avoir reçu une information satisfaisante (V. not. sur ce point en matière bancaire, J. Attard, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », RTD com. 2011, p. 28 (et not. « Il arrive qu'une clause laisse apparaître la pleine conscience de la portée de son engagement par le cocontractant du banquier. C'est le cas quand une caution prétend s'être engagée en pleine connaissance de la situation du débiteur principal. C'est le cas aussi, quand un emprunteur en multi-devises ou un investisseur, affirme avoir compris les risques liés à ce type d'opération. On peut imaginer qu'au fil du temps, les banquiers cherchent à généraliser ce type de clauses. Il est important dès lors de s'interroger sur l'efficacité que l'on peut en attendre »).

³³⁶² V. *supra* nos 875 et s.

³³⁶³ Nuance qui a d'ailleurs été très justement soulignée par la Cour de cassation, en matière médicale : « La remise d'un document d'information écrit n'est pas à confondre avec la constitution d'une preuve écrite, signée par le patient, aux termes de laquelle il affirme avoir reçu l'information » (Rapport annuel de la Cour de cassation 2007 (« La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation »), 1.1.1.1.1.2.2, p. 70).

³³⁶⁴ V. sur ce point l'analyse de M. Fabre-Magnan, th. préc., nos 493 et s., p. 401 et s.

³³⁶⁵ V. not. en ce sens P. Jourdain, note sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc. (et not. : « Le renversement de la charge de la preuve n'est d'ailleurs pas total non plus quant à son objet. On pourrait croire en effet que, désormais, la victime qui allègue un manquement à l'obligation d'information bénéficie d'une présomption de faute qu'il appartiendrait au débiteur de renverser. Cette vue des choses serait excessive. C'est seulement l'absence d'information qui est présumée. Dès lors que le débiteur établit avoir matériellement informé la victime, c'est à celle-ci qu'il incombera de démontrer que l'information était inexacte, incomplète, ambiguë, etc. La présomption de faute sera donc limitée à l'existence même de l'information, à sa matérialité ; elle n'affectera pas sa qualité ») ; V. déjà en ce même sens M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. nos 551-552, p. 435-436

³³⁶⁶ V. sur ce point M. Harichaux, note préc.

l'information. C'est fort heureusement la position qui a été adoptée par la jurisprudence. Il faut se référer ici à la formulation d'un important arrêt, venant trancher, indirectement, cette question, en affirmant que « *le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé* »³³⁶⁷. Le subjectivisme intrinsèque à une telle solution induit nécessairement que la partie forte doit tout à la fois rapporter la preuve de la transmission et de la qualité de l'information³³⁶⁸. Il n'y aura néanmoins, en amont de cette preuve et contrairement à la transmission, qu'une obligation de moyens³³⁶⁹, avec les conséquences que l'on sait.

956. – Précision sur la praticabilité. Cette exigence ne doit pas exclure, par souci élémentaire de praticabilité de la norme, toute standardisation des mentions de *compréhension*, ou formulaires de consentement. Leur variété doit simplement être propre à éviter une trop importante généralité, qui évincerait par là même la preuve de l'exécution de l'obligation d'information. C'est *in fine* la preuve d'une information suffisamment claire et précise qui doit être rapportée³³⁷⁰. Il a pu être souligné, par ailleurs, que « *lier une pratique professionnelle quotidienne à la mise en place de modalités dont le but véritable est moins de fournir au patient des informations indispensables que de disposer de preuves adéquates à fournir dans un éventuel procès de responsabilité est hautement problématique* »³³⁷¹. Ceci est vrai, vu sous cet angle. Au contraire, la question est apaisée si l'on considère que l'assainissement de cette pratique professionnelle est précisément et principalement destinée à une optimisation de l'information de la partie faible, et qu'une conséquence collatérale est celle de la préconstitution d'une preuve par écrit. C'est hiérarchiquement dans cet ordre qu'il convient d'appréhender la question³³⁷². En outre, au fond, une

³³⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, préc.

³³⁶⁸ V. aussi J. Penneau, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc. (évoquant « *la déclaration écrite - quelles qu'en soient la modalité et la forme - par le patient qu'il a été informé de tel ou tel risque* », ce qui diffère, on en conviendra, de reconnaître qu'un document a été matériellement transmis).

³³⁶⁹ V. not. M. Fabre-Magnan, th. préc., spéc. nos 495 et s., p. 403 et s. (et, pour une synthèse : *ibid.*, n° 498, p. 405 : « *En définitive, il nous semble important de bien distinguer l'obligation de rechercher l'exacte information ou le bon conseil, qui est une obligation de moyens, de l'obligation matérielle de transmettre cette information, qui reste une obligation de résultat* »). Obligation « *de soins* », selon la formule de R. Savatier (« *Les contrats de conseil professionnel en droit privé* », D. 1972, spéc. p. 140).

³³⁷⁰ V. not. Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 2013 (12-17.423) : D. 2014, p. 47, obs. O. Gout ; RCA 2013, n° 125, note L. Bloch ; LPA 5 juin 2013, p. 17, note F. Vialla (cassation de la décision d'une cour d'appel, pour avoir conclu à l'absence de manquement au devoir d'information car la partie faible (patient) avait énoncé un accord de la sorte : « *J'accepte l'opération chirurgicale proposée par le docteur Y. Je sais qu'il n'existe pas d'acte chirurgical sans risque et que des complications sont possibles même si l'intervention est conduite normalement ; je reconnais que la nature de l'opération prévue ainsi que ses avantages et ses risques m'ont été expliqués en termes que j'ai compris, le docteur Y a répondu de façon satisfaisante à toutes les questions que je lui ai posées. J'ai bien noté que toute intervention peut comporter des difficultés qui peuvent contraindre mon chirurgien à en modifier le cours dans l'intérêt de mon état de santé actuel et futur* »). Cela montre l'insuffisance d'une mention de la partie faible reconnaissant être informée lorsqu'il n'existe aucune preuve complémentaire de la précision des renseignements fournis ni, même, de leur existence, devant la généralité de la formule usitée. L'on approuvera ainsi un commentateur de l'arrêt d'affirmer « *Inutile de dire que ce formulaire pourrait être signé pour n'importe quel acte chirurgical, comme s'il s'agissait d'un « formulaire type interchangeable »*. Dans ces conditions, il faut approuver la Cour de cassation de censurer les juges du fond pour défaut de base légale, faute d'avoir recherché si le médecin n'avait pas failli à son obligation d'explicitation des risques précis de l'acte médical litigieux, notamment par la remise d'une brochure telle que celle qui avait été délivrée à la patiente lors d'une seconde intervention » (O. Gout, obs. préc.).

³³⁷¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, préc., 1.1.1.1.2.2, p. 70. V. aussi, dans un sens similaire, en matière bancaire : J. Daniel, « *Le devoir de mise en garde du banquier* », LPA 18 février 2008, spéc. p. 29, n° 18 (et not. « *Les établissements bancaires auront ainsi à l'avenir tout intérêt à se ménager une preuve de la communication à l'emprunteur profane des informations utiles, en lui faisant signer un document écrit par exemple, retraçant les principaux éléments du contrat ayant fait l'objet d'une mise en garde. Un alourdissement significatif du formalisme va donc s'en suivre (...)* »).

³³⁷² D'ailleurs, les développements préc., dans le rapport annuel 2007 de la Cour de cassation, ne sont-ils pas rédigés sous un intitulé rassemblant à la fois « *Preuve* » et « *Modalités* » de l'obligation d'information ? (Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, loc. cit.).

telle « reconnaissance écrite de conseil » ne pourra se faire qu'à ce prix³³⁷³.

957. – Troisièmement, la preuve doit aussi concerner la compréhension de l'information. Une information loyale, claire et intelligible commande, semble-t-il, que l'on attache également à la preuve de l'exécution d'une telle obligation la compréhension de l'information par son destinataire. C'est cette solution, certes assez intense³³⁷⁴, qui sera donc retenue pour le régime de la preuve de l'obligation d'information de la partie faible³³⁷⁵. C'est ainsi que l'on désapprouvera certaines décisions qui semblent conférer une trop grande importance à la simple transmission de documents informatifs, en les considérant suffisants³³⁷⁶. Ces solutions semblent pour autant dépassées³³⁷⁷. Seuls, ni le document informatif, ni un formulaire standard de consentement ne suffisent à satisfaire la preuve de l'obligation d'information. Ceux-ci sont complémentaires³³⁷⁸, en ce qu'une telle obligation implique non seulement de transmettre des informations, mais également de diligenter leur compréhension³³⁷⁹. Affirmons donc qu'« Avec cet arrêt de l'Assemblée plénière, le principe est désormais posé »³³⁸⁰. En outre, si la remise d'une notice ne peut suffire, c'est également en ce qu'elle ne peut prouver qu'une information adaptée a été transmise. Encore une fois, le régime probatoire suivra l'intensité de l'obligation qui préexistait, en l'occurrence de moyens³³⁸¹.

³³⁷³ J. de Poulpique, Rép. civ. Dalloz, « Notaire », janv. 2009 (m.a.j. 2014), n°s 348 et s. (et not. n° 351 : « Lorsque l'ensemble de ces conditions de forme et de fond sont respectées, ces conventions sont un moyen sûr pour prévenir la mise en œuvre de la responsabilité notariale, car elles représentent la preuve préconstituée efficace de la dation du conseil et donc de l'absence de faute commise (...) »). Ph. Le Tourneau relevait d'ailleurs que « La pratique parle ici, à propos de tels documents signés par le client, de « décharge de responsabilité ». L'expression est impropre : il ne s'agit pas d'une clause de non-responsabilité. Le client donne simplement acte de ce que l'homme de l'art lui a prodigué tel conseil ou proféré telle mise en garde » (« Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, p. 22).

³³⁷⁴ V. sur celle-ci en matière bancaire : J. Daniel, art. préc., p. 29, n° 5 (et not. : « En imposant une obligation supplémentaire, les juges ont corrélativement exigé des banques la présence de mentions complémentaires dans une sorte de minicontrat circonstancié. Les banques devront en effet attester qu'elles ont bien transmis l'information individualisée de mise en garde au créancier d'une part et que son consentement était parfaitement éclairé d'autre part »).

³³⁷⁵ V. sur ce point notre proposition de codification, *supra* n° 1140

³³⁷⁶ V. not. Cass. 1^{re} civ., 17 juil. 2001 (98-18.242) : Bull. civ. I, n° 229 ; RGDA 2001, p. 992, note J. Kullmann (« le souscripteur d'une assurance de groupe s'acquitte de son obligation d'information en annexant au contrat de prêt une notice définissant de façon claire et précise les risques garantis ainsi que toutes les modalités de la mise en jeu de l'assurance ») ; Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2001, préc. (« seule la remise par le souscripteur à l'assuré d'une notice résumant de manière très précise ses droits et obligations est de nature à faire preuve de l'exécution par le souscripteur de son obligation d'information »). V. aussi dans le même sens Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1997, préc. ; Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, préc.

³³⁷⁷ V. not. l'important arrêt AP, 2 mars 2007 (06-15.267) : Bull. civ. n° 4 ; D. 2007, p. 985, note S. Pielidèvre ; *ibid.*, p. 863, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2008, p. 127, obs. H. Groutel ; *ibid.*, p. 880, obs. D.-R. Martin ; JCP 2007, II, 10098, note A. Gourio ; *ibid.*, I, 158, obs. Ph. Simler ; JCP E 2007, 1375, note D. Legeais ; RGDA 2007, p. 397, note J. Kullmann ; RDI 2007, p. 319, obs. L. Grynbaum ; RDC 2007, p. 750, obs. G. Viney (le banquier est tenu d'éclairer son client « sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation » (assurance de groupe)). V. déjà : Cass. 2^e civ., 13 janv. 2005 (03-17.199) : Bull. civ. II, n° 4 ; JCP G 2005, I, 149, obs. G. Viney. V. postérieurement : Cass. 2^e civ., 3 sept. 2009 (08-13.952) : JCP G 2009, 511, note N. Dupont. *Adde* dans le même sens à l'égard du mandataire d'une société de courtage : Cass. 2^e civ., 7 juil. 2011 (10-21.719) : Bull. civ. II, n° 155 ; D. 2012, p. 644, obs. H. Adida-Canac et M. Bouvier

³³⁷⁸ V. sur ce point *Rapport annuel de la Cour de cassation 2007*, loc. cit.

³³⁷⁹ V. dans le même sens O. Gout, obs. préc. : « Le fait de faire signer au patient un document écrit mentionnant que tout acte médical est dangereux donne à certains le sentiment du devoir accompli, surtout le sentiment de prévenir d'éventuelles poursuites juridiques. Fort heureusement, il n'en n'est pas ainsi. Informer le patient suppose que le médecin éclaire le consentement du patient quant aux risques spécifiques de l'acte projeté. Cela peut certes s'effectuer par la remise d'une brochure propre à telle ou telle intervention. Mais cette information doit surtout résulter des échanges devant avoir lieu à l'occasion de la relation de soins, ne serait-ce que parce que le médecin doit s'assurer de l'intelligibilité de l'information dispensée ». V. aussi not., en matière bancaire, J. Attard, « L'exécution de son devoir de conseil par le banquier », RTD com. 2013, p. 649 (et not. : « on rappellera que la charge de celle-ci incombe au banquier qui devra démontrer à la fois la transmission du conseil mais encore, les moyens utilisés pour assurer sa compréhension »).

³³⁸⁰ V. Avena-Robardet, obs. sous AP, 2 mars 2007, préc. (et not. « Traditionnellement, il était affirmé que, en de pareilles circonstances, le banquier était tenu d'un devoir d'information et de conseil. Ici, plutôt que de qualifier l'obligation, on ne peut manquer de relever que les Hauts magistrats préfèrent s'attacher à son contenu ; un contenu qui dépasse largement le cadre de la seule remise d'une notice, fut-elle claire et explicite »).

³³⁸¹ V. en ce sens M. Fabre-Magnan, th. préc., n°s 499-500, p. 406-407 (sur « L'obligation que le créancier ait reçu et compris l'information », comme obligation de moyens).

958. – Issue du jeu de la preuve : reprise du cours normal, le cas échéant. Si cette triple preuve est apportée par le débiteur de l'obligation d'information, il reviendra alors à la partie faible de démontrer la fausseté de la transmission de l'information ou l'irrégularité de son contenu. La règle est logique et marque l'aboutissement de la solution de l'arrêt *Hédreul*.

959. – La solution tenant à cette triple preuve est cohérente. L'inverse reviendrait à replacer la véritable charge de la preuve sur la partie faible. Cette triple preuve, aussi rigoureuse qu'elle puisse paraître, constitue une solution cohérente. En effet, puisque la solution de l'arrêt *Hédreul* est précisément intervenue pour éviter que la partie faible n'ait à rapporter une preuve jugée difficile à obtenir, ne serait-il pas incohérent de n'exiger de la partie forte que la seule preuve minimale de la transmission de l'information ? Cela reviendrait ni plus ni moins à replacer la partie faible dans sa situation originelle, puisqu'elle devrait aussitôt établir aussitôt la preuve de la qualité ou de la compréhension de l'information. La solution de l'arrêt *Hédreul* serait *in fine* neutralisée, d'autant que ce sont presque toujours ces questions de contenu ou d'obscurité de l'information qui posent problème, bien davantage que celles tenant à sa transmission.

960. – La solution est mesurée. Elle ne stimule guère particulièrement la méfiance. L'on a pu considérer qu'un tel alourdissement risquait de réduire la relation de confiance, pour engendrer davantage une relation de méfiance³³⁸². L'argument n'est guère décisif. Tout d'abord, il n'y a pas toujours une confiance construite dans une relation contractuelle, notamment entre partie faible et partie forte, car il n'y a guère systématiquement de relation préexistante et durable³³⁸³. Les relations de confiance sont même plus rares que fréquentes. Ensuite, la méfiance résulte précisément des contentieux nés à propos de violations de l'obligation d'information. Elle ne résulte donc pas d'un alourdissement de celle-ci, elle la précède aussi. Enfin, la solution tend même justement à réduire la méfiance, en tentant de produire dans l'esprit de la partie faible une sensation de sécurité, étant protégée. Quant à ce que « *là où la confiance règne entre les parties, il n'est pas besoin d'écrit* »³³⁸⁴, rien n'est moins sûr. Songeons un instant aux nombreuses ruptures de relations commerciales pourtant établies, ou aux conventions d'arbitrages, bâclées à la fin de la conclusion heureuse d'un contrat, en confiance, et qui trouvent pourtant bien souvent à s'appliquer, en générant toutes les difficultés que l'on sait. Les exemples sont légions pour démontrer que, si la peur n'évite pas le danger, la confiance n'en préserve pas davantage.

961. – La solution est utile. L'assainissement des pratiques. Il est indubitable que la présente solution incitera les débiteurs d'une obligation d'information à l'exécution rigoureuse, au même titre

³³⁸² V. par ex. A. Dorsner-Dolivet, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc.

³³⁸³ Pour prendre l'exemple médical, de ce fait, la confiance d'un médecin rencontré *pour l'occasion* (dans de très nombreux cas, not. d'urgence) est plutôt forcée : il s'agit moins, le cas échéant, de *confiance* que d'*espérance*... V., à un plan plus général, les distinctions dégagées en doctrine, pour mettre en lumière la profonde différence entre les contrats (qui peuvent être relationnels ou au contraire impersonnels, de situation ou au contraire d'occasion, d'échanges ou au contraire d'organisation : V. not. *supra* n° 771). Or, la confiance n'existe potentiellement, chaque fois, que dans une seule sorte de contrats. L'objection tenant au déficit de confiance a donc d'emblée un terrain d'élection limité.

³³⁸⁴ A. Dorsner-Dolivet, obs. préc.

que la solution classique sur la charge de la preuve avait au contraire tendance à stimuler l'inverse³³⁸⁵. Si l'ensemble paraîtra d'abord lourd, il y aura pour autant des effets bénéfiques à souligner. En effet, l'assainissement des pratiques ainsi produit profitera aussi, en retour et dans une certaine mesure, aux parties fortes, par le prisme d'un gain de sécurité. C'est ainsi que « *naturellement, les praticiens qui supportent déjà assez mal le poids de leurs obligations, accueilleront sans enthousiasme cette nouvelle position, qui les met en difficulté sur ce terrain capital de la charge de la preuve. Mais, d'un autre côté, leur intérêt bien compris n'est-il finalement pas que les choses en soient à l'avenir clarifiées ? Car va sans doute s'ancrer chez eux, comme c'est déjà le cas dans d'autres professions, le réflexe de faire signer à leurs clients des documents attestant qu'a bien été fournie l'information (...)* »³³⁸⁶.

B - La sanction de l'obligation d'information : pour la responsabilité contractuelle

962. – Plan. Comment convient-il de sanctionner les inexécutions de l'obligation d'information ? Nous plaiderons pour le rattachement à la responsabilité contractuelle (1). Celui-ci nous semblera d'autant plus indiqué que les critiques dont il fait l'objet paraissent fragiles, à l'analyse (2).

1 – Le rattachement à la responsabilité contractuelle

963. – Plan. Le rattachement au régime de la responsabilité contractuelle nous semble tout d'abord instinctif (a). Avant d'aller plus loin dans la réfutation des critiques qui lui sont adressées, les arguments invoqués pour plaider l'inexistence même de la responsabilité contractuelle devront être levés (b).

a – *Un rattachement instinctif*

964. – Généralités. Rattachement à la définition de l'obligation contractuelle. Deux options sont possibles en matière de responsabilité civile : la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, distinction sur laquelle la doctrine se penche avec acharnement depuis longtemps³³⁸⁷. La question est excessivement complexe, et s'institue dans des débats aussi denses que persistants. En vérité, c'est la piste de ce qui semble être le bon sens qui nous semblera devoir présider : la responsabilité contractuelle. Pourquoi ? Tout d'abord, parce qu'une règle qui protège le consentement d'un contractant et, partant, l'efficacité du contrat, a tout d'une obligation contractuelle. Le raisonnement est bien sûr le même, décliné à la protection de la partie faible³³⁸⁸. Or comment considérer

³³⁸⁵ V. en ce sens, par ex., dans le domaine médical : P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc. (« *Non seulement celles-ci ne pouvaient pratiquement pas établir la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information, mais cette difficulté probatoire rejaillissait sur le fond en ce que les médecins, rarement sanctionnés, n'étaient guère incités à respecter scrupuleusement leur devoir. Cet effet pernicieux devrait cesser à l'avenir, les médecins ne pouvant plus se dérober à leur obligation* »).

³³⁸⁶ J. Mestre, note sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc.

³³⁸⁷ V., de manière contemporaine, la thèse classique de J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité)*, th. Paris, 1978.

³³⁸⁸ V. not., en matière de contrats informatiques, la formule de J. Huet et N. Bouche, *Les contrats informatiques*, LexisNexis, 2011, n° 30, p. 22 : « *Si le devoir de conseil pèse certes sur le fournisseur dans la période précontractuelle, du fait que sa méconnaissance conduit à invalider le contrat, on est néanmoins tenté de penser que la responsabilité encourue par le fournisseur sur ce terrain est de nature contractuelle* ».

qu'il s'agisse davantage d'un « *fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage* »³³⁸⁹ que « *d'une obligation qui se rattache au contrat* »³³⁹⁰ et causant un dommage ?

965. – Le rattachement est juridiquement justifié. Le rattachement de l'inexécution de l'obligation d'information à la faute contractuelle est en outre fondé. Quoi de plus décisif, pour s'en convaincre, de ce que l'obligation d'informer la partie faible est basée sur l'exigence d'un consentement intègre et éclairé de l'article 1108 du Code civil³³⁹¹ ? Ceci étant dit, il va de soi que l'inexécution d'une obligation d'information revient à violer cette règle essentielle de droit des contrats, et engendre donc une responsabilité contractuelle. Ceci serait encore davantage le cas, *de lege ferenda*, puisque les dispositions consacrées à la partie faible feraient produire ses effets à l'article 1135 du Code civil³³⁹². Si bien, que la violation de l'obligation d'information devrait indubitablement être sanctionnée par la responsabilité contractuelle.

966. – Le rattachement de la protection du consentement de la partie faible à la dignité humaine ne la fait pas déborder des frontières contractuelles. D'aucuns ont pu prétendre que la protection du faible débordait nécessairement le cadre contractuel. L'on a en effet pu affirmer, en matière médicale, que « *le manquement à l'obligation de recueillir le consentement éclairé du patient, qui repose sur le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, dépasse la sphère contractuelle et ne peut être réparé que sur la base de l'article 1382 du Code civil* »³³⁹³. Certes, l'on sait les particularités du domaine médical, qui pourraient expliquer en partie ces propos. A les envisager plus globalement, néanmoins, l'on n'y souscrira guère. Nous pensons, en effet et comme on l'a vu³³⁹⁴, que la dignité humaine peut constituer l'un des fondements de la protection contractuelle du faible, par le prisme de l'exigence du consentement éclairé de chacun. Peu importe donc l'objet du contrat : protéger la dignité humaine d'un contractant peut valablement passer par l'instauration de mécanismes contractuels lui permettant d'exercer sainement son libre-arbitre. Ceci s'inscrit dès lors parfaitement dans le cadre contractuel, et la responsabilité contractuelle s'en trouve confortée.

967. – Bilan préliminaire. Si une certaine forme d'instinct primaire commande donc une telle solution, encore faut-il éprouver sa pertinence, à l'aune des solides et sérieuses critiques qu'elle connaît. Avant même cela, il faut dire avec clarté que la responsabilité contractuelle existe bel et bien.

³³⁸⁹ Art. 1382 C. civ.

³³⁹⁰ Définition de l'obligation contractuelle, appelant par voie de conséquence une responsabilité contractuelle (G. Légier, Rép. civ. Dalloz, « Responsabilité contractuelle », août 1989 (m.a.j. 2013), n° 30).

³³⁹¹ V. sur ce point *supra* nos 545-546

³³⁹² Art. 1135 C. civ. : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». On sait désormais que les obligations qui sont ainsi adjointes au contrat ont évidemment une nature contractuelle, plus précisément, sont *complétives* (V. *supra* nos 472 et s.).

³³⁹³ . P. Sargos, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc.

³³⁹⁴ V. *supra* nos 809 et s.

968. – Généralités. Comme l'a souligné Mme Viney, la responsabilité contractuelle, malgré son omniprésence relativement ancienne dans les travaux doctrinaux, « a été dès l'origine, et reste aujourd'hui, une notion controversée »³³⁹⁵. Or, défendre le principe de recourir à la responsabilité contractuelle pour réparer les dommages ainsi issus d'obligations *précontractuelles*, c'est inévitablement tenir l'existence même de celle-ci pour un postulat avéré. Il est donc impossible de faire l'économie de mentionner les réticences manifestées sur ce point par une certaine doctrine, celles-ci ayant évolué au cours du temps.

969. – Critique classique : l'unicité des régimes de responsabilité. La controverse est ici classique, au sens d'ancienne. Elle se tient de manière concentrée à la fin du XIX^e siècle³³⁹⁶. En effet, l'on découvre, à l'analyse, une profusion d'études, et notamment de thèses, spécifiquement consacrées à la question de la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle, ne serait-ce qu'entre 1890 et 1900³³⁹⁷. A la thèse de la dualité, initiée par Saintelette en 1884³³⁹⁸, était opposée celle de l'unicité, notamment marquée par les travaux de Grandmoulin en 1892. La première connut d'abord un franc succès³³⁹⁹. Mais la proposition de la seconde était séduisante : elle mettait en exergue que la source profonde de l'obligation était, dans les deux cas, légale³⁴⁰⁰. Partant, les obligations contractuelles et délictuelles n'avaient pas une nature différente³⁴⁰¹. Planiol, notamment, sembla adhérer à ces idées³⁴⁰². Mme Viney remarque que celles-ci, sans inverser la *doxa*, ont engendré l'émergence, dans la première moitié du XX^e, d'une opinion plus nuancée, plus interrogative, « *intermédiaire* »³⁴⁰³, sur cette question. Mais l'engouement, à nouveau, pour ce thème et à cette époque, aux alentours de 1930, n'effaçait définitivement plus l'essentiel : la dualité des responsabilités était acquise³⁴⁰⁴.

³³⁹⁵ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, n° 161, p. 395

³³⁹⁶ G. Viney, op. cit., n° 161-2, p. 396 ; V. aussi M. Bacache-Gibeili, *Traité de droit civil*, t. V, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, spéc. nos 65-66, p. 61-4

³³⁹⁷ L'on en a trouvé au moins cinq : Ch. Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie*, Libr. A. Marescq, 1884 ; E. Rouard de Card, *De la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle d'après la loi et la jurisprudence françaises*, Ed. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1891 ; J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles dans l'ancien droit romain et dans le droit français*, th. Rennes, 1892 ; J. Aubin, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, th. Bordeaux, 1897 ; A. Chenevier, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, th. Nancy, 1899

³³⁹⁸ Cela serait le résultat de la différence de nature de l'obligation. En matière délictuelle, il y a création, par le prisme de la loi, d'une nouvelle obligation, celle de réparer le préjudice ; tandis qu'en matière contractuelle, aucune nouvelle obligation n'est créée, à part celle de s'exécuter, quel qu'en soit le moyen (les dommages et intérêts ne correspondent donc pas à une nouvelle obligation de réparation, mais à une exécution par équivalent).

³³⁹⁹ Ralliant apparemment l'essentiel de la doctrine (V. not. en ce sens M. Bacache-Gibeili, op. cit., n° 65, p. 62).

³⁴⁰⁰ Si bien, ainsi, que l' « *inexécution contractuelle aurait pour effet d'éteindre l'obligation prévue au contrat et de faire naître, à l'instar d'un délit, une obligation nouvelle, celle de payer des dommages et intérêts, qui trouve sa source dans la loi* » (M. Bacache-Gibeili, op. cit., n° 66, p. 62).

³⁴⁰¹ Grandmoulin allait même beaucoup plus loin, en prônant un « *monisme extrême* » : si les responsabilités sont de même nature, alors le même régime (celui des art. 1382 et s. C. civ.) doit s'appliquer. La doctrine n'a guère suivi, semble-t-il, ce point de l'analyse (V. not. M. Bacache-Gibeili, op. cit., n° 66, p. 63).

³⁴⁰² V. not. M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 11^{ème} éd., 1931, nos 873 et s.

³⁴⁰³ G. Viney, op. cit., n° 164, p. 399-401 (il faut faire référence ici, principalement, à la thèse de A. Brun (*Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, th. Lyon, 1930 ; et, déjà, de M. Meigné (*Essai d'une délimitation des domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, th. Lille, 1924), ainsi qu'à la célèbre étude de H. Mazeaud, en 1929 (« Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », RTD civ. 1929, p. 550 et s.).

³⁴⁰⁴ G. Viney, op. cit., n° 164, p. 399

970. – Argument essentiel³⁴⁰⁵ : la responsabilité contractuelle ne doit pas être fusionnée avec la responsabilité délictuelle. Une certaine unité ne doit pas masquer leurs différences profondes.

Voici donc le bilan de tant de controverses : il n'y a pas véritablement « deux responsabilités, mais deux régimes de responsabilité »³⁴⁰⁶. Cette conclusion de A. Brun en 1930 est encore, semble-t-il, la position d'aujourd'hui³⁴⁰⁷ : « la responsabilité serait unitaire par nature mais dualiste dans le régime »³⁴⁰⁸. En bref, certes, les deux régimes sont parfois proches, mais leur assimilation ne doit pas en découler. D'une part, malgré ces convergences de plus en plus fortes³⁴⁰⁹ (de sorte qu'une erreur de qualification peut parfois rester sans conséquence³⁴¹⁰), des différences importantes subsistent pour autant, notamment au plan de leur régime, comme on vient de l'entrevoir³⁴¹¹. D'autre part, le droit prospectif semble assez nettement entériner cette distinction. En plus des arrêts l'illustrant directement, des confirmations émanent en effet de l'ensemble des différents projets de réforme du droit des obligations. Ceux-ci traduisent la volonté de permettre une indemnisation du préjudice résultant de l'inexécution contractuelle, distincte de l'exécution par équivalent, le cas échéant³⁴¹². Pour l'ensemble de ces raisons, l'existence de la responsabilité contractuelle, ainsi entendue dans sa fonction réparatrice, ne semble faire aucun doute, ni aujourd'hui, ni à l'avenir³⁴¹³. En outre, a-t-il été déjà, il y a plus de quarante ans, démontré que

³⁴⁰⁵ La complexité de la controverse issue de tant d'études fouillées ne peut bien sûr, on l'entend bien, être simplement réduite à ceci.

³⁴⁰⁶ G. Viney, op. cit., n° 164, p. 399 (citant la thèse de A. Brun, la plus significative de l'aboutissement intermédiaire des controverses passées).

³⁴⁰⁷ V. en ce sens M. Bacache-Gibeili, op. cit., n°s 64 et s., p. 61 et s.

³⁴⁰⁸ P. Jourdain, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité (sixièmes journées R. Savatier)*, PUF, 1997, p. 65

³⁴⁰⁹ V. not., au-delà de l'extrême similarité des préjudices réparables, la L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, qui a harmonisé les règles de prescription applicables en matière de responsabilité civile, c'est-à-dire contractuelle et délictuelle (désormais la prescription est de cinq ans dans les deux régimes de responsabilité : art. 2224 C. civ.).

³⁴¹⁰ V. par ex. sur ce point S. Bros et Ch. Larroumet, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n° 376, p. 361, qui affirment à cet égard que « Bien que le régime juridique de la responsabilité contractuelle ne soit pas toujours le même que celui de la responsabilité extra-contractuelle, cette assimilation n'entraîne pas, le plus souvent, une solution différente de celle qui aurait été admise en application de la responsabilité extra-contractuelle ». V. par ex. clairement en ce sens Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1995 (93-10.127) : Bull. civ. I, n° 10 (« Attendu, enfin, que, malgré le visa erroné de l'article 1384 du Code civil, le Tribunal a fait une exacte application des règles de la responsabilité qui pesait sur la Serepi en raison de son obligation contractuelle de résultat de fournir un compteur en bon état de fonctionnement »).

³⁴¹¹ Not., en la seule matière contractuelle, l'indemnisation des seuls préjudices prévisibles, admission des clauses limitatives de responsabilité, l'exigence de mise en demeure... V. not. pour les détails de l'ensemble de ces différences de régime, les développements très fouillés et consacrés à la question de G. Viney (op. cit., n°s 167 et s., p. 422 et s.).

³⁴¹² V. l'art 125 du projet Chancellerie III (2013) (« exposé des remèdes à l'inexécution ») qui énonce, en plus des remèdes classiques, que la victime d'une inexécution ou mauvaise exécution contractuelle peut « demander réparation du préjudice causé par l'inexécution » et, en outre, que « Les remèdes qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulés ; des dommages et intérêts peuvent s'ajouter à tous les autres remèdes ». Ces règles sont reprises par le récent projet Chancellerie IV (2015) (art. 1217). L'art. 132 du projet Chancellerie II (2009), avait énoncé peu ou prou la même idée, en précisant que la victime d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution contractuelles peut, notamment, « réclamer des dommages intérêts lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à la suspension, l'exécution, la réduction du prix ou la résolution » (en s'ajoutant à l'exécution (forcée) de l'engagement, ces dommages et intérêts sont nécessairement de ceux qui indemnisent un préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation contractuelle). L'avant-projet Catala allait déjà dans le même sens, dès l'exposé des motifs, en précisant clairement que le groupe de travail n'avait pas retenu les critiques adressées à la responsabilité contractuelle (p. 143) ; et en énonçant ensuite, au sein de « Dispositions préliminaires » en matière de responsabilité civile, à l'art. 1340 al. 2, que « De même, toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre » (le terme « De même » fait écho à l'al. 1^{er} du même art. qui énonce que « Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer » : le fait de s'y référer de la sorte en dit déjà long sur l'admission de la responsabilité contractuelle, telle que précisée) ; et enfin, en affirmant, à l'art. 1341, qu'« En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions spécifiques à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur de la responsabilité extracontractuelle ».

³⁴¹³ V. par ex. le rapport d'information n° 558 (2008-2009) de la commission des lois du Sénat du 15 juil. 2009, qui abonde de la manière la plus nette en ce sens (« a) Un dualisme contesté » (...) « b) Un dualisme justifié » (...)). Il relève certes les arguments contraires à une telle admission, mais établit de manière plus décisive les éléments faisant obstacle à l'assimilation des deux responsabilités, not. ceux précités. Il souligne tout aussi clairement l'existence de l'objectif indemnitaire de la responsabilité

l'apparence de leur unité ne devait pas masquer leurs profondes différences³⁴¹⁴. Même ! La distinction doit subsister pour la raison certes prosaïque mais non moins fondamentale suivante : à deux sources d'obligations, deux régimes de responsabilité³⁴¹⁵. A l'indéniable consensus qui existait alors sur ces solutions, se substituèrent de nouvelles critiques.

971. – Critique contemporaine : la responsabilité contractuelle n'existerait pas, car elle interviendrait en dehors de ses attributions originelles d'exécution forcée par équivalent. Les opinions étaient ainsi, depuis les années 1930, relativement à l'unisson. Mais une critique plus contemporaine émergea soudainement à la fin du XX^e siècle³⁴¹⁶. Globalement, elle reprocha à ce qui était initialement l'exécution forcée par équivalent d'être devenue une véritable *responsabilité contractuelle*, c'est-à-dire indemnisant les dommages subis consécutivement à l'inexécution d'une obligation contractuelle. Alors que la première fonction aurait été la seule attribuée aux mécanismes relatifs à l'inexécution du contrat par le Code civil, la seconde, celle de la réparation d'un préjudice, devrait uniquement relever de la responsabilité délictuelle³⁴¹⁷. S'enracinant « *plus dans la force des habitudes de langage que dans les dispositions du Code civil* »³⁴¹⁸, la responsabilité contractuelle serait « *fausse* »³⁴¹⁹. Un tel « *faux concept* »³⁴²⁰ devrait dès lors être abandonné³⁴²¹. Il ressortirait notamment

contractuelle, et non seulement de sa fonction d'exécution forcée du contrat (« *En cas d'inexécution, le créancier insatisfait doit pouvoir non seulement exiger l'exécution du contrat ou sa résolution, mais aussi et cumulativement, le cas échéant, obtenir réparation. Or cette réparation, économiquement et juridiquement, ne se confond pas avec la prestation conventionnellement due* »). Le rapport retient, en outre, que « *le mouvement des entreprises de France (MEDEF) s'est également déclaré favorable à la consécration dans le Code civil de la notion de responsabilité contractuelle* ».

³⁴¹⁴ J. Huet, th. préc., spéc. n^{os} 12 et s., p. 14 et s. (le chapitre préliminaire est consacré à cette question de la distinction). L'auteur commence par souligner l'acception classique de la question, où la responsabilité contractuelle n'avait certes qu'une fonction de réparation. Puis, retraçant les évolutions, dont les plus décisives datent de la première moitié du XX^e (découvert de l'art. 1384 al. 1^{er} dès la toute fin du XIX^e, et le caractère contractuel de la responsabilité médicale en 1936 avec l'arrêt Mercier, ou encore la découverte d'obligations de sécurité dès 1911), sont mis en lumière l'influence doctrinale et le renouvellement de la perception de cette prétendue distinction profonde entre les deux ordres de responsabilité. Finalement, « *A l'issue de ces transformations profondes, une double constatation s'impose : d'une part et d'un point de vue théorique, la réaction doctrinale a servi à mettre en évidence une identité des fonctions assurées par chacune des responsabilités, l'une et l'autre ayant pour but de pourvoir à la réparation des dommages causés par la violation d'une obligation ou d'un devoir ; d'autre part et d'un point de vue pratique, l'évolution du droit positif a fait apparaître un parallélisme des moyens mis en œuvre dans les deux matières, puisque coexistent, à l'intérieur de chacune d'elles, des cas de responsabilité pour faute et des cas de responsabilité de plein droit. Dès lors, aucune opposition radicale de nature ni différence fondamentale de régime ne devrait plus être concevable* » (ibid., n^o 16, p. 19). Mais cela n'induit pas pour autant, et nous saluons comme il a été dit cette position, une confusion : « *Cependant, la doctrine contemporaine n'en conclut pas, pour pour autant, à la similitude parfaite des responsabilités* » (ibid.). Il y a divergence de certaines règles (et not. les dommages prévisibles pour la responsabilité contractuelle), et surtout une différence de champ d'application. « *Bref, il y aurait une unité profonde malgré une certaine dualité technique* » (ibid., n^o 16, p. 20). J. Huet reprend ainsi une conclusion de A. Brun, tirée de sa thèse préc. : « *il n'y a pas deux responsabilités, mais deux régimes de responsabilité* » (ibid., n^o 16, p. 20). Ces divergences apparaissent maigres pour les uns, d'importance pour les autres, cette dernière opinion étant d'ailleurs celle partagée par J. Huet (ibid., n^{os} 19 et s., p. 23 et s.). Ces différences de nature et de régime font que la distinction doit, au-delà de l'unité apparente, subsister.

³⁴¹⁵ C'est d'ailleurs le postulat de la thèse de la dualité. V. not. P. Jourdain, art. préc., spéc. p. 78-79 (affirmant que « *La préexistence au dommage d'un rapport contractuel n'est pas neutre ; l'expression de volontés imprègne nécessairement le régime de la responsabilité qui résulte de l'inexécution. L'unification des responsabilités apparaît alors comme un produit de la confusion entre la responsabilité délictuelle et une fausse responsabilité contractuelle (...)* »).

³⁴¹⁶ V. sur ce point, avant d'évoquer les propres auteurs de ces thèses, G. Viney, op. cit., n^{os} 165 et s., p. 401 et s.

³⁴¹⁷ Cette évolution a été remarquablement retracée : Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997, p. 323 et s. ; c'est ainsi que, présenté de manière synthétique, « *selon cette conception, le débiteur est, sauf en cas de dol, tenu de procurer au créancier l'équivalent de l'avantage qu'il attendait du contrat et non de réparer le dommage qui lui a été injustement causé* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n^o 559, p. 565).

³⁴¹⁸ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012, n^o 805-2, p. 382

³⁴¹⁹ Ph. Le Tourneau, op. cit., n^o 805-2, p. 382

³⁴²⁰ Ph. Rémy, art. préc.

³⁴²¹ V. déjà en ce sens, moins radicalement que la critique de Ph. Rémy : D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223 et s. ; et du même auteur « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 429 et s. ; V. aussi les importants développements, tranchés, de Ph. Le Tourneau (op. cit., n^{os} 802 et s., p. 380 et s., consacrant une section préliminaire à « *l'inexistence de la « responsabilité contractuelle* » » ; l'on remarque

d'une lecture déformée des dispositions du Code civil, elles-mêmes issues des préceptes de Domat et Pothier. Les dommages et intérêts contractuels n'auraient ainsi été conçus que dans leur seule fonction d'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle violée³⁴²².

972. – Contre-critique : la responsabilité contractuelle n'est ni tardive, ni contraire aux dispositions du Code civil. Ces thèses sont brillantes, et leurs arguments, pour la plupart, valables sur le fond. Elles peuvent néanmoins être discutées, au moins modestement, comme le cadre de notre étude nous l'impose. Ainsi, si l'on doit les mentionner, nous ne reviendrons pas en profondeur sur les réfutations de ces thèses, car d'éminents auteurs s'y sont déjà employés³⁴²³. Notamment, Mme Viney remarque, avec justesse et après avoir profondément exploré les sources dont il est question, que l'on ne distingue nulle part, et encore moins avec une telle clarté, de telles positions chez Domat ou Pothier. Pas davantage, d'ailleurs (et dès lors assez logiquement), que dans les dispositions du Code civil³⁴²⁴. Une étude désormais classique a d'ailleurs magistralement posé, il y a une quarantaine d'années, que la responsabilité contractuelle avait une différence indéniable avec la responsabilité délictuelle, précisément en ce sens qu'il lui était original de remplir « *la double fonction d'assurer un paiement par équivalent et la répartition de dommages* »³⁴²⁵.

973. – Contre-critique décisive commune : la responsabilité contractuelle est, qu'on le veuille ou non, de droit positif, car indispensable. Si elle n'emploie pas le terme responsabilité contractuelle aussi distinctement que celui de responsabilité délictuelle, la Haute Cour exerce si souvent la fonction d'indemnisation d'un préjudice par le prisme, en substance, de ce régime de responsabilité qu'il semble difficile de s'opposer à son existence³⁴²⁶. Une doctrine contemporaine majoritaire plaide d'ailleurs nettement en ce sens³⁴²⁷. D'aucuns ont même affirmé, par le prisme de l'analyse de la jurisprudence, que la fonction des dommages et intérêts alloués sur le fondement de la responsabilité contractuelle était, au fond, de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence d'inexécution, ceci ne pouvant alors valablement « *pas s'arrêter à lui accorder, à titre de dommages*

d'ailleurs que, dans l'index alphabétique, le terme responsabilité contractuelle est entre guillemets) ; Adde L. Leturmy, « La responsabilité délictuelle du contractant », RTD civ. 1998, p. 839 et s. ; L. Cadet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, spéc. spéc. p. 503 et s. ; P. Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? », RDC 2005, p. 13 et s.

³⁴²² V. not. Ph. Rémy, art. préc.

³⁴²³ V. not., à rebours des avis réticents préc., en faveur de la responsabilité contractuelle que nous connaissons : Ch. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 543 et s. ; P. Jourdain, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité (sixièmes journées R. Savatier)*, PUF, 1997, p. 65 et s. ; E. Savaux, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », RTD civ. 1999, p. 1 et s. ; G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921 et s.

³⁴²⁴ G. Viney, op. cit., n^{os} 165 et s., p. 401 et s. (concluant finalement une analyse fouillée de la question, nettement en faveur d'un « *maintien souhaitable du concept de responsabilité contractuelle* » (ibid., spéc. n^o 166-15 et 166-16, p. 416-417).

³⁴²⁵ J. Huet, th. préc., n^{os} 12 et s., p. 14 et s. (une partie significative du chapitre préliminaire est en effet consacrée à cette démonstration).

³⁴²⁶ Que l'on songe simplement aux nombreux exemples mentionnés dans notre étude. Outre ceux-ci, V. not. sur ce point et en ce sens l'analyse de G. Viney (op. cit., spéc. n^o 166-17, p. 417-421). Certes l'auteur nuance, par rigueur scientifique, son propos, en cherchant une potentielle influence des critiques préc. sur la jurisprudence. L'on en distingue apparemment aucune, du moins formellement. En substance, en revanche, certaines décisions éparses ont pu laisser penser à une certaine forme d'assimilation. Décisions, selon l'auteur, apparemment largement remises en causes par des solutions plus récentes (outre bien sûr la quantité impressionnante d'autres décisions qui, dans le même temps, continuaient d'appliquer la responsabilité contractuelle) (ibid.).

³⁴²⁷ Outre les ouvrages et articles préc. défendant ouvertement la responsabilité contractuelle, V. not. M. Bacache-Gibeili, op. cit., spéc. n^{os} 72-73, p. 69-71

et intérêts, les avantages qu'elle attendait et qu'elle aurait reçu de l'exécution du contrat. Cela n'est pas suffisant pour aboutir à une indemnisation intégrale »³⁴²⁸.

2 – La fragilité des critiques du rattachement à la responsabilité contractuelle

974. – Plan. Le rattachement de l'inexécution de l'obligation d'information à la responsabilité contractuelle semble confronté, au moins, à deux grandes critiques. Un argument chronologique, d'abord, selon lequel le contrat ne serait pas encore formé (a) ; un autre, conjoncturel, ensuite, selon lequel la jurisprudence suivrait globalement une voie inverse sur cette question (b).

a - L'argument chronologique : un contrat pas encore formé

975. – La responsabilité contractuelle ne pourrait pas s'appliquer parce qu'un contrat ne serait pas encore formé. L'ère du critère chronologique. Comme on le sait fort bien, la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle nécessite un contrat, déjà formé³⁴²⁹. Or l'on considère que les obligations d'information qui nous intéressent³⁴³⁰ précèdent justement, le cas échéant, sa formation. Elles seraient ainsi *précontractuelles*³⁴³¹, et non *contractuelles*, au sens où elles ne pourraient découler d'un contrat qui n'est pas encore formé au moment de leur exécution. Les premières devraient ainsi entraîner une responsabilité délictuelle, les secondes, seulement, une responsabilité contractuelle. Il s'agit là de l'hostilité essentielle, la plus « séduisante » et la plus « répandue », comme le relève Mme Fabre-Magnan³⁴³², à l'admission de la responsabilité contractuelle en de telles hypothèses³⁴³³. J. Huet, dans sa thèse consacrée à la question, constatait ainsi que le terme *précontractuel*, alors qu'il ne désignait à l'origine guère davantage que la période des pourparlers, renvoie désormais à « tous les actes antérieurs à la conclusion d'une convention, ou contemporains de celle-ci, qu'il y ait eu ou non un accord définitif entre les intéressés. C'est donc la chronologie qui distingue cette hypothèse de celle où peut être encourue une responsabilité contractuelle proprement dite. Celle-ci, en effet, est généralement définie comme la sanction d'une mauvaise

³⁴²⁸ A. Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. Gautier, LGDJ, 2007, n° 37, p. 39 (se référant aux nombreux arrêts venant d'être étudiés dans le début du premier titre), car « il arrive fréquemment que l'inexécution du contrat, outre le fait de ne pas conférer au créancier ce qu'il attendait et donc d'infliger un dommage extrinsèque, lui cause un préjudice accessoire » (ibid.).

³⁴²⁹ Exigence plus que classique. V. par ex. G. Légier, Rép. civ. Dalloz, « Responsabilité contractuelle », août 1989 (m.a.j. 2013), n° 20 (et not. : « La responsabilité contractuelle ne peut être mise en jeu que si un contrat s'est valablement formé entre la victime et celui dont la responsabilité est recherchée »). V. aussi G. Viney, op. cit., spéc. n° 182, p. 491

³⁴³⁰ Celles qui visent à éclairer le consentement (qui se distinguent donc de celles qui interviennent en cours d'exécution du contrat).

³⁴³¹ La paternité de la formule semble revenir à R. Saleilles, dans son article de 1907 (« De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une étude nouvelle sur la matière », RTD civ. 1907, p. 697 et s.) ; V. aussi, déjà, P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911 ; et plus tard, not. J. Schmidt, « La sanction de la faute pré-contractuelle », RTD civ. 1974, p. 46 et s. ; V. aussi, plus récemment, sur cette question, en détails, G. Viney, op. cit., nos 196-1 et s., p. 546 et s.

³⁴³² M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 279, p. 222 (sans bien sûr partager pour autant cette opinion puisque, comme on va le voir, l'un des apports majeurs de la thèse est précisément de proposer une autre distinction, fonctionnelle).

³⁴³³ V. not. en ce sens S. Bros et Ch. Larroumet, op. cit., n° 376, p. 360 (et not. : « Il s'agit d'une obligation précontractuelle, dont la sanction, comme celle de tous les manquements à la loyauté contractuelle qui sont contemporains de la formation du contrat, est assurée par la mise en jeu de la responsabilité extra-contractuelle ») ; Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 834, p. 395 ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014, n° 523-1, p. 376-377 ; G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n° 422, p. 218 ; V. aussi, pour une position nuancée, plus pédagogique : Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 780, p. 398 (et not. : « Des auteurs estiment que les obligations d'information, de conseil et de mise en garde constitueraient des obligations précontractuelles, donc extracontractuelles. Certes, elles ne sont pas un effet du contrat, identique aux obligations de délivrance ou de garantie, car elles s'exécutent au moment même de la formation du contrat »). V. enfin F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 258, p. 267, caractérisant bien de « précontractuelle » l'obligation d'information intervenant avant la conclusion du contrat et visant « à faciliter l'émission d'un consentement éclairé ».

exécution des obligations souscrites par les parties, ce qui cantonne l'application aux faits postérieurs à la conclusion de la convention »³⁴³⁴. C'est ainsi que la doctrine s'accorde depuis longtemps (au moins tout au long du XX^e siècle) à considérer qu'un fait intervenu antérieurement à la conclusion du contrat ne peut engendrer qu'une responsabilité délictuelle³⁴³⁵.

976. – Contre-argument global : les postulats du critère chronologique sont fragiles et inexacts.

La distinction fondée sur le critère chronologique semble donc aisée. A l'analyse, il n'en est rien. Il n'est ainsi pas rare de lire, en doctrine, des auteurs reconnaître que, devant le flou certain qui marque la question de ces prétendues frontières chronologiques³⁴³⁶, le débat « *reste ouvert* »³⁴³⁷. Et pour cause ! Ce critère temporel est loin d'être incontestable. C'est notamment le cas lorsque ce qui se déroule antérieurement au contrat donne lieu, justement, à la conclusion d'un contrat (ce qui est, il faut le dire, notre hypothèse de travail). Dans ce cas, la frontière est « *loin d'être parfaitement nette. (...) La distinction entre formation et exécution révèle, alors, ses faiblesses parce que le comportement des parties, dans la formation de l'accord exerce inévitablement une influence sur les possibilités d'exécution. Ainsi, une faute peut être caractérisée dès avant la conclusion et constituer, par la suite, la violation d'une obligation assumée par l'un des contractants* »³⁴³⁸. Autrement dit, il se peut, et cela est fréquent, « *que le renseignement soit dû pour permettre la bonne exécution d'une obligation contractuelle* »³⁴³⁹. Par ailleurs, et ceci est étroitement lié aux considérations qui précèdent, la distinction est illégitime, car le passé du contrat, en cas de conclusion, lui appartient pleinement. Son assise et l'enjeu de son efficacité sont bien fondés sur de tels faits passés. Au contraire, des interlocuteurs qui ne concluent pas, finalement, un contrat, ne restent jamais que des tiers, tout l'enjeu se situant donc au moment de la conclusion du contrat³⁴⁴⁰. Ainsi en va-t-il donc tout particulièrement de l'obligation d'information dite précontractuelle³⁴⁴¹.

977. – Contre-argument : l'antériorité temporelle est artificielle pour les contrats qui se forment instantanément.

Est-il si impensable de qualifier de contractuelle l'obligation d'information visant précisément à garantir la validité du contrat par le prisme d'un consentement éclairé ? L'on affirme, certes, que celle-ci est antérieure à la formation du contrat. Or cette antériorité temporelle est

³⁴³⁴ J. Huet, th. préc., n° 237, p. 230-231

³⁴³⁵ J. Huet, th. préc., n° 237, p. 231 (citant not. la th. de A. Brun, H. Mazeaud et A. Tunc ou encore Savatier).

³⁴³⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, loc. cit.

³⁴³⁷ G. Raymond, loc. cit.

³⁴³⁸ J. Huet, th. préc., n° 238, p. 231

³⁴³⁹ C. Lucas de Leyssac, « L'obligation de renseignements », in *L'information en droit privé*, Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), LGDJ, 1978, p. 307

³⁴⁴⁰ J. Huet, th. préc., nos 236 et s., p. 229 et s. (l'auteur, pour déterminer quel doit être le régime de responsabilité pour des faits antérieurs à la convention, distingue selon qu'il y a « *absence de conclusion d'un contrat* » (ibid., nos 241 et s., p. 234 et s.) ou au contraire « *présence d'un contrat conclu* » (ibid., nos 258 et s., p. 248 et s.). Dans le premier cas, la responsabilité sera délictuelle parce que le rattachement au contrat est impossible : « *En l'absence de conclusion d'un contrat, les interlocuteurs n'apparaissent jamais que comme des tiers* » (ibid., n° 242, p. 235-236). Dans le second, la responsabilité sera contractuelle parce que l'émergence d'un contrat permet de rattacher les faits antérieurs à sa conclusion et donc aux obligations qu'il fait naître. Et pour cause, dans cette dernière hypothèse, « *on doit reconnaître aussi son aptitude à prendre en charge le passé parce qu'elle fixe définitivement les propositions et les comportements des intéressés dans un accord qui est tributaire de la période précédant la rencontre des volontés. Envisagée à l'instant présent où elle se noue, la convention montre la coïncidence et l'impossible dissociation de la phase préparatoire, dont elle constitue la « conclusion », et de la phase de réalisation, dont elle est le point de départ. Le projet pour l'avenir est construit sur une synthèse du passé* » (ibid., n° 239, p. 232). Il s'agira « *d'obliger « à réparation la partie qui, par son fait, son imprudence, voire sa mauvaise foi, a laissé se former une convention qui ne peut pas procurer à son cocontractant la satisfaction attendue : il s'agit d'une responsabilité dans la conclusion d'un contrat malformé* » (ibid., n° 258, p. 248).

³⁴⁴¹ V. not. en ce sens, spéc. sur ce point J. Huet, th. préc., nos 282 et s., p. 268 et s. (dite de « *renseignement* » dans l'étude).

artificielle pour les contrats qui se forment instantanément, et qui constituent en outre la majorité des cas. En effet, le débiteur de l'obligation d'information la dispense alors moins *avant* le contrat qu'*au moment* du contrat : ces instants sont *in fine* les mêmes³⁴⁴². Considérer l'inverse revient, par l'absurde, à concevoir le devoir précontractuel d'information indépendamment de tout contrat, puisqu'il ne découlerait pas de celui-ci. Or l'information et la conclusion du contrat sont ici indissociables, la première conditionnant l'intégrité du second. Le véritable critère devant imprégner la distinction doit bien davantage être fondé sur la question suivante : l'obligation violée a-t-elle pour raison d'être un contrat, peu importe qu'il soit postérieur de quelques insignifiants instants, ou pas ? L'obligation d'information que l'on qualifie de précontractuelle est en réalité *percontractuelle*³⁴⁴³.

978. – Nuance du contre-argument : le problème des contrats se formant progressivement. Il est vrai que cette argumentation pourra trouver une certaine limite à l'endroit des contrats se formant progressivement. L'on y distingue parfois de longues négociations, voire de véritables contrats préalables préparant la conclusion du contrat final³⁴⁴⁴. Même si ces hypothèses seront vraisemblablement plus rares dans les hypothèses impliquant une partie faible, l'on ne peut simplement tourner le dos à cette nuance. En effet, la proximité factuelle extrême de l'information et de la conclusion du contrat n'est plus aussi vraie, dans ce genre d'hypothèses. Et pour cause : comme le temps de la conclusion du contrat est étalé, il est beaucoup plus difficile de dire que l'obligation d'information lui est concomitante.

979. – Vers un autre critère. Après le temporel, le fonctionnel (thèse de Mme Fabre-Magnan) ? Mme Fabre-Magnan, constatant ces difficultés de distinction, a proposé de s'émanciper largement du critère chronologique, pour adopter un critère *fonctionnel*. Il s'agirait alors de distinguer entre les obligations d'information destinées à éclairer le consentement, et celles ayant pour but de garantir une exécution convenable du contrat³⁴⁴⁵. L'inexécution des premières engendrerait (outre un vice du consentement, le cas échéant) une responsabilité délictuelle ; celle des secondes, une responsabilité contractuelle³⁴⁴⁶. Par le recours à la fonction de l'obligation, l'on entend corriger les artifices du critère temporel³⁴⁴⁷.

³⁴⁴² V. par ex., en ce sens, en matière médicale, P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc. : « *Le caractère précontractuel de l'obligation, que l'arrêt semble postuler, n'est pourtant pas incontestable. On peut tout aussi bien considérer que le contrat médical se forme au moment de la consultation au cours de laquelle l'acte médical est envisagé, et il est alors difficile d'attribuer à l'obligation d'information un caractère précontractuel* ».

³⁴⁴³ A tel point que l'on a pu relever, en pratique, et dans certains domaines, que s'observe souvent « *un chevauchement entre les questions posées par un manquement au devoir de conseil dans la conclusion du contrat et celles soulevées par une mauvaise exécution du contrat par le fournisseur : le contentieux de la résolution peut se porter sur l'un ou l'autre terrain* » (J. Huet et N. Bouche, *Les contrats informatiques*, LexisNexis, 2011, spéc. n° 26, p. 17).

³⁴⁴⁴ C'est l'argument essentiel de la contestation du critère uniquement temporel (« *chronologique* ») pour M. Fabre-Magnan (th. préc., n° 280, p. 223 (et les réf. citées), et n° 283, p. 226).

³⁴⁴⁵ V. les vastes développements consacrés à la question par M. Fabre-Magnan (th. préc., nos 281 et s., p. 224 et s. ; pour une synthèse (ibid., n° 281, p. 225) : « *Dans ces conditions, la distinction fondamentale à effectuer entre les diverses sortes d'obligation d'information ne doit pas être une distinction chronologique, ou, tout au moins, pas uniquement chronologique, mais surtout une distinction fonctionnelle, selon l'intérêt de l'information pour son destinataire ou, en d'autres termes, selon les conséquences de l'inexécution de l'obligation d'information pour son créancier. Le régime juridique pourra ainsi être mieux adapté au dommage effectivement subi par ce dernier* »).

³⁴⁴⁶ M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 282, p. 225

³⁴⁴⁷ Ces raisons sont not. brièvement évoquées au début de l'analyse sur cette distinction (M. Fabre-Magnan, th. préc., n° 283, p. 226).

980. – Brève appréciation critique. Sur la forme, la démonstration est remarquable. En effet, là où le critère chronologique souffre d'un certain artifice, le critère fonctionnel place son centre de gravité en un point pertinent : le rôle joué par l'obligation d'information. En outre, les effets concrets cherchant à être obtenus par cette distinction sont légitimes, notamment celui de mettre en lumière la similarité, davantage que la dissemblance que suggère le recours au critère temporel, entre les obligations d'information qui sont liées au consentement-formation du contrat et celles qui mènent, aussi, à émettre un consentement alors qu'il n'y a pas formation du contrat en tant que telle³⁴⁴⁸. C'est donc davantage sur le fond que cette distinction nous semble contestable, autrement dit, sur le résultat obtenu. Globalement, il faut bien avouer que ce critère engendrera le même genre de solutions que celles que nous contestions précédemment : l'obligation précontractuelle, par une méthode différente, restera sanctionnée par la responsabilité délictuelle. Or c'est précisément cette solution que l'on comprend mal : voilà qu'une règle visant à assurer l'intégrité du consentement à un contrat ne se trouve pas qualifiée d'obligation contractuelle. En outre, la difficulté à pratiquer une telle distinction est proportionnelle à sa richesse scientifique³⁴⁴⁹. Enfin, et au risque de cultiver là un prosaïsme déconcertant, l'on ne peut s'empêcher de s'interroger : pourquoi vouloir distinguer, et par là même écarteler la sanction des obligations nées, plus ou moins directement, d'un contrat, entre les deux régimes de responsabilité ? A l'aune de la similarité de ceux-ci, l'intérêt est d'autant plus douteux. Ces considérations nous mènent ainsi à la conclusion suivante : le mieux étant l'ennemi du bien, plaidons non pas pour un surplus de scientificité au profit d'une nouvelle distinction extrêmement rigoureuse, mais pour une non-distinction : la causalité avec un contrat (essence de l'obligation contractuelle) doit être le critère.

981. – Solution retenue. Ni la temporalité, ni la fonctionnalité : la causalité (ce qui trouve sa source intime dans un contrat engage la responsabilité contractuelle). Il faut dépasser ces distinctions, et qualifier de contractuelle l'obligation d'information, dès lors que sa source intime est un contrat. D'aucuns des détracteurs de l'existence de la responsabilité contractuelle invoquaient « *d'inépuisables problèmes de frontières* »³⁴⁵⁰. Nous pensons au contraire que la frontière serait plus clairement tracée qu'elle ne l'est aujourd'hui. Aussi, dans un contrat se formant instantanément, la solution est simple, comme on l'a vu. Dans le cas des contrats se formant progressivement, l'on pourrait rétorquer qu'il existerait alors un doute pendant la négociation : l'on devrait informer, par suite d'une obligation découlant d'un contrat pas encore né, et qui ne verra d'ailleurs peut-être jamais le jour ? Cette difficulté ne nous semble néanmoins guère insurmontable. Si un contentieux naît pour ce qui concerne l'inexécution d'une obligation d'information, il se résoudra de la manière suivante. Si un contrat a abouti de ces négociations, alors le manquement sera contractuel, car se rattachant audit contrat³⁴⁵¹. Ainsi, la phase de conclusion sera, rétrospectivement, conceptualisée comme la durée de ces négociations. Si aucun contrat n'a abouti de ces négociations, alors le régime de la rupture fautive (délictuelle) des pourparlers s'appliquera naturellement³⁴⁵². D'ailleurs, ces ruptures fautives

³⁴⁴⁸ V. spéc. sur ceci M. Fabre-Magnan, th. préc., nos 289 et s., p. 231 et s.

³⁴⁴⁹ V. d'ailleurs not. en ce sens Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., n° 780, p. 399 : « *Ces distinctions sont si subtiles qu'elles sont difficilement applicables* ».

³⁴⁵⁰ L. Cadet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Mélanges offerts à P. Drat*, Dalloz, 2000, p. 505

³⁴⁵¹ Si ces négociations ont été contractuelles (ce qui est souvent le cas), le problème sera encore plus aisément résolu puisque le rattachement contractuel interviendra dès le stade de ces avants-contrats.

³⁴⁵² Ce que la jurisprudence confirme de manière constante. V. not. sur ces questions J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La*

sanctionnées par la responsabilité délictuelle ne sont-elles pas caractérisées, au moins pour une bonne partie, dans des hypothèses où il s'avère que l'un des négociants a entretenu des pourparlers alors qu'il n'avait en vérité pas l'intention de conclure³⁴⁵³ ? Tout ceci est donc bien cohérent³⁴⁵⁴ avec ce que nous proposons : le délictuel est résiduel³⁴⁵⁵, et concerne tout ce qui n'implique pas de contrat³⁴⁵⁶, c'est-à-dire, qui ne lui est pas lié par une causalité certaine³⁴⁵⁷. Une telle manière de raisonner ne nous est au reste pas originale, et a déjà été rigoureusement mise en lumière³⁴⁵⁸. Pour les raisons qui précèdent, entre autres³⁴⁵⁹, la responsabilité contractuelle doit régir ce qui est antérieur à la formation du contrat, *stricto sensu*, lorsque celui-ci voit le jour.

982. – Propos additionnels. La *Culpa in contrahendo*. Une telle réticence à admettre que la phase qui précède le contrat puisse bel et bien être qualifiée de contractuelle, a d'ailleurs pu être dépassée en doctrine allemande. La référence à la théorie de la *culpa in contrahendo* est ici inévitable³⁴⁶⁰. Cette *faute en contractant*³⁴⁶¹, est analysée comme devant engendrer une responsabilité contractuelle. Il existerait alors un avant-contrat tacite, par lequel celui qui s'engage à mener des pourparlers s'oblige de même à répondre, dès lors contractuellement, des fautes commises pendant la durée de ceux-ci. L'idée a été

formation du contrat, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, nos 731 et s., p. 530 et s. (et les nombreuses réf. citées).

³⁴⁵³ V. not. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, loc. cit.

³⁴⁵⁴ Et l'est tout autant, que le recours à la bonne foi n'indique pas nécessairement qu'il s'agisse de sa dimension contractuelle : où est le contrat en matière de pourparlers ? La bonne foi régit des situations qui dépassent largement les seuls liens contractuels (nous venons de le dire pour ce qui est, par ex., des pourparlers), dans la mesure où elle appartient au champ de l'« honnête comportement social que tout citoyen doit s'imposer » (Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n° 177, p. 164-165). Il s'agit donc seulement de sanctionner « une attitude heurtant en elle-même les valeurs de la morale sociale (...). Analysé comme une faute de comportement commise en marge de l'exécution du contrat, l'abus ne peut pas avoir sa répression réglée par le régime de la responsabilité contractuelle ». Ceci justifie que l'exigence puisse s'épanouir en l'absence de liens contractuels et engage la responsabilité délictuelle (V. not. sur l'ensemble de cette question, l'analyse de Ph. Stoffel-Munck, th. préc., spéc. nos 117 et s., p. 108 et s. ; Adde D. Mazeaud, « La bonne foi : en arrière toute ? », D. 2006, p. 761 et s. ; dont la démonstration mène à réfuter que l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels. V. not. ibid., n° 8 : « Aussi, puisqu'il ne s'agit que d'un devoir d'ordre moral et social permanent, en tant que tel limité ni dans le temps ni dans l'espace, et pas d'une obligation contractuelle proprement dite, on comprend alors que la bonne foi n'est pas indissolublement liée à l'existence ou au maintien d'un contrat (...) »). Au contraire, l'obligation d'information n'a de sens qu'à l'aune de liens contractuels : il n'est guère envisageable de la sanctionner alors même qu'il n'y a aucun contrat entre les parties.

³⁴⁵⁵ V. not. G. Légier, Rép. civ. Dalloz, préc., n° 4 (« une vocation générale et résiduelle », puisqu'en embrassant toutes les autres hypothèses de violation d'une obligation impliquant un dommage que celles qui résultent d'un contrat).

³⁴⁵⁶ L'on ne pourra donc suivre l'opinion de Ph. Stoffel-Munck jusqu'au bout. Certes, la bonne foi nous semble engendrer des obligations de nature délictuelle lorsqu'elle est abstraite d'une relation contractuelle, mais cette nature ne peut pour autant subsister lorsqu'on en détecte une (ce qui est au reste brillamment défendu : Ph. Stoffel-Munck, th. préc., spéc. nos 126 et s., p. 116 et s.). C'est que la dimension « norme de civilité » nous apparaît calquée sur le principe de l'articulation entre responsabilités contractuelles et délictuelle : elle est résiduelle. Elle ne peut faire surface, nous semble-t-il, que lorsqu'elle ne relève plus de sa traduction contractuelle, véhiculée par l'art. 1134 al. 3 C. civ. Cette disposition participe en effet, à notre sens, comme celles de l'art. 1135 C. civ., des dispositifs générateurs d'obligations « complétives » du contrat (V. sur ce point *supra* nos 472 et s.). En ce sens ne peuvent-elles guère appartenir à la matière délictuelle lorsqu'il y a contrat. Le recours à l'art. 1134 al. 3 en dehors d'une relation contractuelle nous apparaît ainsi erroné (au point de vue pragmatique, c'est-à-dire tenant compte du fait que la jurisprudence use d'un tel fondement pour invoquer la bonne foi en dehors de relations contractuelles, Ph. Stoffel-Munck a donc parfaitement raison de défendre la thèse qui précède).

³⁴⁵⁷ Ceci permet d'éviter l'écueil du tout-contratuel : bien sûr des fautes délictuelles peuvent naître entre protagonistes liés par un contrat, si celles-ci n'ont pas une causalité certaine avec l'exécution du contrat.

³⁴⁵⁸ V. not. J. Huet, th. préc., nos 236 et s., p. 229 et s. (on a vu ci-avant que l'auteur, pour déterminer quel doit être le régime de responsabilité pour des faits antérieurs à la convention, distingue selon qu'il y a « absence de conclusion d'un contrat » (ibid., nos 241 et s., p. 234 et s.) : si oui, responsabilité contractuelle ; si non, responsabilité délictuelle. Ainsi, « Le projet pour l'avenir est construit sur une synthèse du passé » (ibid., n° 239, p. 232).

³⁴⁵⁹ L'on ne traite ici que de l'artifice à distinguer : mais l'on peut aussi songer aux difficultés qui résultent du fait d'obliger ainsi le demandeur à effectuer une telle répartition entre les sources profondes des obligations d'information, afin d'en tirer le bon fondement. Par ailleurs, songeons aussi à ce que nombre de manquements (tous ?) aux obligations d'information, même précontractuelles, apparaîtront bien au stade de l'exécution du contrat.

³⁴⁶⁰ V. not. sur ce point (thèse de Ihering) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 28, p. 74-75 ; J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, op. cit., n° 729, p. 530

³⁴⁶¹ Ou encore *faute au cours de la conclusion du contrat*

consacrée en droit allemand³⁴⁶². L'on adhèrera à cette conception des choses au plan général, mais guère au plan technique³⁴⁶³, et jusqu'à un certain point au plan pratique. Il semble en effet excessif, à ce dernier plan, de considérer la phase des pourparlers comme invariablement contractuelle, comme il vient d'être dit. Encore faudra-t-il qu'un contrat soit né, pour qu'un rattachement à la matière contractuelle n'apparaisse pas comme purement artificiel.

b - L'argument conjoncturel : un contre-courant jurisprudentiel

983. – La tendance du droit positif serait, de nos jours, contre la responsabilité contractuelle, en cas de violation d'une obligation d'information précontractuelle. Après un vaste « *passage du délictuel au contractuel* »³⁴⁶⁴ il y a environ un siècle, voici que la tendance inverse serait aujourd'hui perçante. Il est vrai que d'importants domaines répondent à la règle inverse, comme, pour un cas qui a également été longuement analysé³⁴⁶⁵, le domaine notarial³⁴⁶⁶. La tendance la plus récente est d'ailleurs à l'endurcissement de ce mouvement, par le basculement, qui a été vu, de la matière médicale vers la responsabilité délictuelle³⁴⁶⁷. Ceci peut, à l'instar de l'argument précédent, être surmonté.

984. – Ladite tendance est un miroir imparfait de la jurisprudence. Elle est même plutôt minoritaire que majoritaire. La tendance n'est guère, selon nous, celle qui vient d'être décrite. C'est ainsi que l'on a pu relever que « *les obligations de renseignement, d'avertissement et de conseil sont rattachées au contrat alors pourtant qu'elles se situent souvent juste avant sa conclusion* »³⁴⁶⁸, ou encore, que l'irrespect des mêmes obligations engendrait « *le plus souvent* » une responsabilité contractuelle³⁴⁶⁹. Et pour cause : l'essentiel du contentieux semble l'attester. Ne serait-ce que dans les exemples analysés par la présente étude³⁴⁷⁰, répondent ainsi à ces énonciations la vente³⁴⁷¹, la banque³⁴⁷², l'avocature³⁴⁷³ ou encore l'expertise comptable³⁴⁷⁴.

³⁴⁶² Art. § 311 II BGB

³⁴⁶³ La fiction d'un tel avant-contrat est en effet excessive (V. not. en ce sens J. Huet, th. préc., n° 244, p. 237).

³⁴⁶⁴ Not. à l'égard de l'obligation de sécurité d'alors, nouvellement rattachée au contrat (L. Josserand, « La « publicisation » du contrat » », in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Sirey-LGDJ, 1938, § 145, n° 11, p. 149), et, plus tard, du contrat médical (arrêt « Mercier »).

³⁴⁶⁵ V. *supra* nos 343 et s.

³⁴⁶⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., n° 780, p. 399, qui utilise d'ailleurs l'exemple du domaine notarial pour nuancer son propos, semblable au nôtre.

³⁴⁶⁷ V. sur ce point *infra* nos 990 et s.

³⁴⁶⁸ A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014, n° 523-1, p. 376-377, l'auteur renvoyant pour preuve de ce propos aux développements sur les différentes obligations d'information de l'assureur, du vendeur, de l'agent d'affaire... engendrant une responsabilité contractuelle fondée sur l'art. 1147 C. civ.

³⁴⁶⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., n° 780, p. 399 ; *Adde* en ce sens : S. Bros et Ch. Larroumet, op. cit., n° 376, p. 361 ; F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011, n° 215, p. 201-202

³⁴⁷⁰ Et même au-delà : V. par ex. pour le cas du fournisseur de logiciel (dont la qualification est complexe, et n'est pas réductible à une simple vente ou un contrat d'entreprise : V. sur ce point J. Huet et N. Bouche, *Les contrats informatiques*, LexisNexis, 2011, spéc. n° 10, p. 7-8 ; et pour les incidences sur le régime : nos 74 et s., p. 47 et s.).

³⁴⁷¹ V. *supra* nos 309 et s.

³⁴⁷² V. *supra* nos 595 et s.

³⁴⁷³ V. *supra* nos 376 et s.

³⁴⁷⁴ V. *supra* nos 381 et s.

985. – En outre, les solutions qui adoptent la responsabilité délictuelle sont elles-mêmes contestables. Critique du lien entre faute délictuelle et source légale de l’obligation. Outre le miroir imparfait qui vient d’être évoqué, ce sont même les solutions qui adoptent une responsabilité délictuelle qui peuvent être contestées. Il semble, en effet, que celles-ci s’inspirent d’une idéologie selon laquelle une obligation qui ne naîtrait pas directement et distinctement du contrat, ne pourrait être que délictuelle. Il en irait ainsi, naturellement, des obligations qui découlent de normes telles que la loi ou le règlement³⁴⁷⁵. Cette croyance, qui date au moins de Planiol³⁴⁷⁶, nous semble, comme à M. Jacques, « *vieillie* »³⁴⁷⁷, si ce n’est franchement erronée. Elle a pourtant bien survécu, semble-t-il³⁴⁷⁸. Autant de raison de s’atteler à démontrer, au plan général, en quoi elle résulte d’une acception du contrat proprement dépassée, avant de critiquer à leur tour les solutions particulières qui semblent adhérer à cette idéologie.

986. – Cette mystique résulte d’une confusion entre la source et la nature de l’obligation. Le contrat englobe toutes les obligations, indifféremment de leurs sources. Cette mystique est essentiellement contestable en ce qu’elle démontre d’une confusion, entre la source et la nature des obligations³⁴⁷⁹. Or la première n’est en rien déterminante de la seconde : « *contractuel ne signifie pas [plus ?] nécessairement volontaire* »³⁴⁸⁰. Elle relève, au reste, d’une acception du contrat révolue. Si le dogme de l’autonomie de la volonté postule volontiers, en effet, que rien de ce que l’on n’a pas souhaité ne peut être contractuel, et par là même obligatoire, l’on a bien conscience du fantasme que ces prescriptions représentent de nos jours, si ce n’est depuis fort longtemps³⁴⁸¹. C’est que les conventions ne tiennent lieu de loi qu’à ceux qui les ont légalement faites³⁴⁸², et qu’elles engagent « *non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation (...)* »³⁴⁸³ ! L’on a vu, en outre, la nature *complétive* de ces obligations, tirées de l’article 1135 du Code civil³⁴⁸⁴. Solution bien évidemment extensible à toutes les obligations que la loi adjoint au contrat, et donc aux règles qui, *de lege ferenda*, intéresseraient la partie faible en droit commun. Il apparaît, en définitive, que la fausseté de la croyance dénoncée ne date pas d’aujourd’hui : elle résulte d’une simple lecture rigoureuse des propres textes formant le droit des contrats³⁴⁸⁵. Et de considérations tout aussi classiques, selon lesquelles la « *responsabilité contractuelle suppose l’inexécution d’une obligation née du contrat*

³⁴⁷⁵ V. not., nous semble-t-il, en ce sens : G. Légier, Rép. civ. Dalloz, « Responsabilité contractuelle », août 1989 (m.a.j. 2013), n° 2, *in fine* : « *La responsabilité contractuelle se distingue assez nettement, en droit français, de la responsabilité délictuelle, qui est l’autre branche de la responsabilité civile. Elles se différencient d’abord par leurs sources : l’une est la conséquence de la violation d’une obligation contractuelle, tandis que l’autre découle de l’inobservation d’une obligation imposée directement par la loi (C. civ., art. 1382 et s.)* ».

³⁴⁷⁶ V. pour une brillante rétrospective de cette idéologie Ph. Jacques, *Regards sur l’article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005, spéc. n°s 406 et s., p. 863 et s.

³⁴⁷⁷ Ph. Jacques, th. préc., n° 406, p. 863

³⁴⁷⁸ Ph. Jacques, loc. cit. (et les nombreuses réf. citées)

³⁴⁷⁹ V. not. très en détails en ce sens Ph. Jacques, th. préc., n°s 408 et s., p. 866 et s.

³⁴⁸⁰ Ph. Jacques, th. préc., n° 410, p. 869

³⁴⁸¹ V. sur ces questions, *supra* n°s 757 et s.

³⁴⁸² Art. 1134 C. civ.

³⁴⁸³ Art. 1135 C. civ.

³⁴⁸⁴ V. sur ce point *supra* n°s 472 et s.

³⁴⁸⁵ L’aspect parfaitement naturel de ce rattachement semble difficilement, en effet, pouvoir être contesté. V. par ex. G. Légier, op. cit., n° 30 : la notion d’obligation contractuelle s’entend le plus largement (« *Il s’agit, non seulement des obligations que les parties ont expressément envisagées, mais aussi de celles qui découlent implicitement de la nature du contrat et du but de l’opération. Pour déterminer ces obligations, il faut se référer aux règles générales concernant l’interprétation des contrats, ainsi qu’aux règles spécifiques de l’acte en cause. Parmi les premières, l’article 1135 du Code civil (...). Ainsi, les obligations qui, sans avoir été explicitement stipulées dans le contrat, lui sont attachées en vertu de dispositions légales, ont une nature contractuelle* »).

ou greffée sur celui-ci »³⁴⁸⁶.

987. – Argument pragmatique. Il existe des hypothèses dans lesquelles l’obligation découle de la loi, et est sanctionnée par la responsabilité contractuelle. Pour parachever le rejet de l’argument tiré de la légalité de l’obligation pour engendrer une responsabilité délictuelle, oserait-on rappeler que nombre de matières où l’obligation est légale sont pourtant naturellement gouvernées par la responsabilité contractuelle ? Que l’on songe ainsi simplement, pour s’en convaincre, à la vente³⁴⁸⁷, au domaine bancaire³⁴⁸⁸, ou même à l’avocature³⁴⁸⁹, dont on a vu pourtant que les règles étaient, outre cette question, calquées sur la matière notariale. Preuve de l’inexactitude du recours à la responsabilité délictuelle.

988. – Ultime vérification par le bon sens. Convoquons le bon sens, et raisonnons un instant par l’absurde³⁴⁹⁰, du moins, *a contrario*. Personne ne niera que les règles qui forment le droit commun des contrats du Code civil sont avant tout légales. Même ! *Lato sensu*, toutes les obligations contractuelles le sont³⁴⁹¹. En effet, qu’elles soient codifiées et qu’elles résultent de la jurisprudence, toutes ont la loi pour source. Or, voilà, à suivre la logique critiquée, qu’il ne s’agirait pas de règles de nature contractuelle ? A poursuivre ce raisonnement, aucune règle ne serait de cette nature, ni d’ailleurs ne le pourrait... L’on voit donc bien qu’il ne résiste pas à l’analyse.

989. – Cas spécifique du domaine notarial. L’on sait que la principale obligation du notaire, l’authentification d’acte, découle d’une série de sources, de nature législative et réglementaire³⁴⁹². L’on sait également que l’on a rattaché à cette fonction légale, celle de conseil³⁴⁹³. Sa violation engendrerait donc, par le prisme de son rattachement aux obligations découlant de la loi et du règlement, une

³⁴⁸⁶ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, nos 185-186, p. 499 et s. (au nombre desquelles figurent évidemment les obligations issues de l’application de l’art. 1135 (ibid., n° 185, p. 501-504)).

³⁴⁸⁷ L’on évoque bien évidemment ici l’immense mouvement jurisprudentiel relatif à l’obligation d’information (*lato sensu*) du vendeur, sanctionnée par l’art. 1147 C. civ., et intimement lié à l’art. 1602 al. 1^{er} C. civ. qui exige que « *Le vendeur est tenu d’expliquer clairement ce à quoi il s’oblige* ».

³⁴⁸⁸ L’on fait ici référence au tout aussi vaste mouvement prétorien relatif au devoir de mise en garde du banquier, sanctionné par l’art. 1147 C. civ., fruit d’une construction articulée autour de l’art. L. 313-12 C. mon. fin. et de l’art. 1147 C. civ.

³⁴⁸⁹ V. en ce sens H. Ader et A. Damien, *Règles de la profession d’avocat*, Dalloz, 2008, spéc. n° 91.41, p. 704 (le devoir de conseil, outre sa source jurisprudentielle, est imposé par l’article 9 du décret du 12 juillet 2005 selon lequel, not. « *l’avocat rédacteur d’un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l’acte selon les prévisions des parties* », formule qui rappelle d’ailleurs immédiatement, encore, la matière notariale). Or les décisions rendues en matière d’avocature se fondent sur l’article 1147 C. civ. (V. *supra* nos 376 et s.). C’est par ex. le cas de l’important arrêt du 7 juillet 1998 (Cass. 1^{re} civ., 7 juil. 1998 (96-14.192) : Bull. civ. I, n° 238 ; JCP G 1999, I, 126, obs. R. Martin ; RTD civ. 1998, p. 911, obs. P. Jourdain).

³⁴⁹⁰ V. aussi celle, autrement libellée, de Ph. Jacques, th. préc., nos 443 et s., p. 937 et s.

³⁴⁹¹ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998, n° 47, p. 46-47 (et not. : « *La classification des sources, fondée sur la volonté, a été critiquée. Aucune obligation, a-t-on observé, ne peut prendre naissance sans la volonté du législateur. Toutes les obligations seraient donc des obligations légales, lato sensu* »).

³⁴⁹² V. not. J. de Poulpiquet, Rép. civ. Dalloz, « Notaire », janv. 2009 (m.a.j. 2014), spéc. nos 1 et 2, avec essentiellement l’ordonnance n° 45-2590 du 2 nov. 1945 (statut du notariat) et la loi du 25 ventôse an XI (fonction notariale). Cette dernière a « *subi de nombreux allègements et aménagements qui l’ont réactualisé sans remettre en cause ses principes fondamentaux. Les modifications les plus importantes ont été opérées par la loi n° 66-1012 du 28 décembre 1966, - les décrets n° 71-941 du 26 novembre 1971 et n° 71-942 de même date, - la loi n° 73-546 du 25 juin 1973, - le décret n° 73-609 du 5 juillet 1973* » ; Adde J.-L. Aubert, *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2008, spéc. n° 7, p. 10-11

³⁴⁹³ V. not. J. de Poulpiquet, op. cit., spéc. n° 52 (et not. : « *Pour les tribunaux, le devoir de conseil découle des devoirs professionnels légaux du notaire. Comment, en effet, lui serait-il possible de donner les vertus de l’authenticité à un acte sans avoir, dans le même temps, porté à la connaissance de ses signataires tout ce qui pourrait venir par la suite en perturber une juste exécution ? Le devoir de conseil est donc, pour les tribunaux, un devoir complémentaire du devoir d’authentification. Il provient de la fonction légale du notaire* »).

responsabilité délictuelle³⁴⁹⁴. Ceci nous semble doublement discutable³⁴⁹⁵. D'abord, par le recours à l'argument général qui a été mentionné : les sources n'ont aucun rapport avec la qualification des obligations. Que le devoir de conseil soit prétendument d'origine légale, par rattachement à l'authentification d'actes, ne devrait influencer en rien sa nature contractuelle, en tant qu'obligation *complétive* tout à fait classique. Ensuite, spécifiquement en matière notariale, c'est l'idée même d'un tel rattachement qui ne convainc pas. L'on a vu que l'assimilation de ces deux obligations était artificielle, puisqu'éminemment distinctes³⁴⁹⁶. En effet, affirmer que le devoir de conseil est « *un complément nécessaire du devoir d'authenticité* »³⁴⁹⁷ ne revient pas à dire qu'il « *découle de la mission d'authentificateur du notaire* »³⁴⁹⁸. La solution consacrant la responsabilité délictuelle, reposant sur l'idée (contestable) que l'obligation concernée serait de source légale (par rattachement) est donc erronée³⁴⁹⁹.

990. – Cas spécifique du domaine médical. Pour ce qui est du domaine médical, la logique semble la même, quoi qu'encre plus poussée. Et ce d'autant que l'est la législation relativement récente³⁵⁰⁰ qui prévoit expressément et assez précisément l'étendue et le contenu du devoir d'information du médecin. Cette fois-ci, l'obligation est donc directement légale, et pas seulement rattachée à une obligation de source légale. Bien moins insidieusement que dans le notariat, ceci semble aujourd'hui fonder, notamment depuis l'arrêt du 3 juin 2010³⁵⁰¹, le rattachement à la responsabilité délictuelle. Une doctrine éminente, et apparemment largement majoritaire, a d'ailleurs entériné ce rattachement par le prisme de la source légale de la règle³⁵⁰². Tout ceci nous paraît contestable, spécifiquement en cette matière

³⁴⁹⁴ V. not. J.-L. Aubert, op. cit., spéc. n° 18, p. 23 (et not. : « *Il n'est guère discutable que cet « impérialisme » du devoir de conseil, et partant, du statut légal d'où il procède, estompe quelque peu la coloration contractuelle qui marque a priori, on l'a dit, l'intervention du notaire (...). C'est là, sans doute, que se trouve l'explication de la jurisprudence qui a toujours marqué une préférence pour la soumission de la responsabilité notariale aux principes de la responsabilité délictuelle* »). Adde J.-L. Aubert, op. cit., spéc. n° 22, p. 26-27

³⁴⁹⁵ D'ailleurs, l'ambiguïté est loin d'être une vue de l'esprit : plusieurs théories, unitaires ou dualistes, se sont essayées à résoudre cette problématique du « *double aspect de la fonction notariale* » (J.-L. Aubert, op. cit., spéc. nos 19 et s., p. 24 et s.).

³⁴⁹⁶ V. *supra* nos 369 et s.

³⁴⁹⁷ J. de Poulpique, op. cit., spéc. nos 52 et 295

³⁴⁹⁸ J. de Poulpique, loc. cit. ; Adde J.-L. Aubert, op. cit., spéc. n° 18, p. 23 (et not. : le devoir de conseil « *n'apparaît plus comme un simple complément de la seule mission d'authentification, mais bien comme une composante de cette mission* »).

³⁴⁹⁹ L'on prônait d'ailleurs volontiers, à l'époque où la solution de l'arrêt Mercier (en matière médicale) était un « *truisme* » (B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986, n° 1711, p. 594), que « *L'analyse du contrat médical doit être généralisée. Toutes les prestations de services contractuelles stipulées sont de nature contractuelle, qu'il s'agisse de celles de l'avocat, de l'architecte, du comptable, du notaire, etc. Cependant, on trouve encore fréquemment des arrêts qui, en cette matière, visent l'article 1382 du Code civil (...)* » (ibid., n° 1716, p. 595-596). Par où l'on a bien la preuve que le rattachement au monde contractuel n'a, aujourd'hui comme hier, rien de farfelu.

³⁵⁰⁰ Not. insufflée par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

³⁵⁰¹ La formulation de la solution de la Haute Cour dans cet arrêt semble attester de l'existence de cette tendance à établir le lien entre source légale de l'obligation et responsabilité délictuelle : « *le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés [art. 1382], le juge ne peut laisser sans réparation* » (Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010 (09-13.591) : Bull. civ. I, n° 128 ; AJDA 2010, p. 2169, note C. Lantero ; D. 2010, p. 1522, obs. I. Gallmeister et note P. Sargos ; ibid., p. 1801, obs. D. Bert ; ibid., p. 2092, chron. N. Auroy et C. Creton ; D. 2011, p. 35, obs. Ph. Brun et O. Gout ; ibid., p. 2565, obs. A. Laude ; RDSS 2010, p. 898, note F. Arhab-Girardin ; RTD civ. 2010, p. 571, obs. P. Jourdain ; RCA 2012, n° 222, obs. S. Hocquet-Berg ; JCP G 2010, 788, note S. Porchy-Simon). V. aussi, après lui, l'exacte même formulation, en chapeau interne (dont on sait globalement la signification) par Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012 (11-18.327) : D. 2012, p. 1794, note A. Laude ; RDSS 2012, p. 757, obs. F. Arhab-Girardin ; Gaz. Pal. 2012, p. 2099, note M. Bacache ; JCP G 2012, 987, note O. Gout. V. déjà, invoquant l'art. 1382 (ensemble une disposition réglementaire..., ce qui ajoute au propos), tandis que le pourvoi se fondait sur l'art. 1147 : Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007 (06-19.301) : Bull. civ. I, n° 380 ; D. 2008, p. 192, note P. Sargos ; ibid., p. 804, chron. L. Neyret ; ibid., p. 2894, obs. Ph. Brun et P. Jourdain ; D. 2009, p. 1302, obs. J. Penneau ; RTD civ. 2008, p. 272, obs. J. Hauser ; ibid., p. 303, obs. P. Jourdain

³⁵⁰² V. not. P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc. (« *Reste le caractère légal de l'obligation qui, à lui seul, pourrait justifier le changement de fondement de la responsabilité du médecin pour défaut d'information* »). V. aussi, de manière évocatrice, les obs. préc. de D. Bert sous l'arrêt (l'intitulé est d'ailleurs limpide : « *Feu l'arrêt Mercier !* »). V. surtout la note préc. de P. Sargos, qui parle d'un arrêt « *historique* », qui « *caractérise, sans l'ombre d'une équivoque, le passage en cette matière de la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle* » (ibid., n° 5).

médicale³⁵⁰³, pour plusieurs raisons.

991. – 1° Ces solutions sont récentes. Si elle semble condamnée aujourd'hui, la voie de la responsabilité contractuelle³⁵⁰⁴ a tout de même perduré, au moins³⁵⁰⁵, pendant près d'un siècle devant les prétoires³⁵⁰⁶, soutenue par une doctrine aussi éminente que largement majoritaire³⁵⁰⁷. Même ! A lire une doctrine autorisée, qui n'a pas connu les récents bouleversements jurisprudentiels, la solution apparaissait d'ailleurs comme un « *truisme* »³⁵⁰⁸. D'ailleurs, l'on va voir que des arrêts font encore application de la responsabilité contractuelle, essentiellement en dehors du seul domaine spécifiquement lié à l'obligation d'information.

992. – 2° Plus encore : y a-t-il véritablement un revirement de jurisprudence ? Non, il y a toujours contrat médical, simplement amputé d'une partie de son contenu. Le passage au délictuel, pour ce qui est de l'obligation d'information, semble certes avéré. Mais est-ce là nécessairement renier de manière décisive l'existence du contrat médical, comme qualification de la relation avec le médecin ? Ceci nous semble incertain. Avec Mme Bacache-Gibeili, il faut bien reconnaître que la « *détermination du contenu obligatoire d'un contrat peut varier sans pour autant affecter l'existence même du contrat. Le contrat médical ne se réduit pas à ce devoir accessoire d'information (...). Si l'arrêt limite le domaine de la responsabilité contractuelle en la matière en réduisant le contenu obligatoire du contrat, il ne se prononce pas de façon générale sur l'existence même du contrat médical ou la nature de la responsabilité pour violation de l'obligation de soins et de sécurité* »³⁵⁰⁹. L'analyse est convaincante, car elle souligne une nuance que les observations ont souvent occultée. En effet, une doctrine éminente a pu tirer les conclusions les plus larges en constatant, au-delà de la décision du 3 juin 2010 qui ne concerne que l'obligation d'information, que la Haute Cour avait désormais tendance à ne plus se fonder que sur les dispositions du Code de la santé publique³⁵¹⁰. Par où il faudrait comprendre que la responsabilité serait purement légale, se distinguant ainsi

³⁵⁰³ L'on ne reviendra pas, ainsi, sur l'argument chronologique selon lequel l'obligation précontractuelle d'information, en l'absence de contrat formé, ne pourrait engendrer qu'une responsabilité délictuelle. L'on en a vu, en effet, les limites (REF), et il peut d'ailleurs être contesté spécifiquement en matière médicale (V. par ex. P. Jourdain, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc., soulignant not. que « *Le caractère précontractuel de l'obligation, que l'arrêt semble postuler, n'est pourtant pas incontestable. On peut tout aussi bien considérer que le contrat médical se forme au moment de la consultation au cours de laquelle l'acte médical est envisagé, et il est alors difficile d'attribuer à l'obligation d'information un caractère précontractuel* »). Ceci rejoint notre idée de *per-contractuel*.

³⁵⁰⁴ Initiée par le célèbre arrêt « Mercier » en 1936 (Civ., 20 mai 1936 : DP 1936, 1, p. 88, note du conseiller E. Pilon, rapport du conseiller L. Josserand et conclusion du procureur général P. Matter ; RTD civ. 1936, p. 691, obs. R. Demogue).

³⁵⁰⁵ Le conseiller E. Pilon affirme même que là n'est pas la véritable originalité de l'arrêt Mercier, qui est au contraire de tirer de nouvelles conséquences de cette analyse contractuelle, celle-ci ayant été admise « *de tout temps* » (note préc., p. 88) (en revanche, ne naissait aucune obligation à la charge du médecin propre à conférer au client une action contractuelle, ce qui est désormais révolu par l'importante décision).

³⁵⁰⁶ Et en ne partant que de l'arrêt Mercier (à en croire le conseiller Pilon, la solution est bien plus ancienne).

³⁵⁰⁷ E. Pilon souligne d'ailleurs à quel point l'arrêt Mercier vient répondre à des souhaits doctrinaux presque unanimes (citant not. Colin, Capitant, Planiol et Ripert (par Esmein), Josserand, Demogue, les frères Mazeaud) (note préc., p. 88). Et les commentateurs de la décision semblent rejoindre cette position (malgré certaines réserves ponctuelles, parfois, not. sur la question de l'analyse de la nature du contrat. D'ailleurs, P. Matter conclut au rejet du pourvoi (sens final de l'arrêt), mais, dit-il, « *non sans hésitation* », hésitation que ses conclusions laissent apparaître (concl. préc., p. 96)). R. Demogue, dans ses obs. préc., est également favorable à la décision rendue (à l'instar de l'ouvrage cité par E. Pilon, position dès lors guère étonnante).

³⁵⁰⁸ V. not. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, op. cit., n° 1711, p. 594 (à l'égard de l'arrêt Mercier : « *Cette décision énonce, avec netteté, que le médecin est contractuellement tenu de soigner son malade, chose qui aujourd'hui nous paraît un truisme, mais qui, à l'époque, avait constitué une sorte de révélation juridique* »).

³⁵⁰⁹ M. Bacache-Gibeili, op. cit., n° 747, p. 837

³⁵¹⁰ Ce qui est, au reste, indéniable en ce qui concerne les fautes techniques (outre les manquements à l'obligation d'information, donc). V. not. Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2010 (09-10.992) : Bull. civ. I, n° 20 ; D. 2010, 1522, note P. Sargos ; ibid, p. 1801, obs. D. Bert ; RDSS 2010, p. 375, obs. F. Arhab-Girardin ; RCA 2010, n° 85, note Ch. Radé ; Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010 (09-69.195) : Bull. civ. I, n° 200 ; D. 2010, p. 2682, note P. Sargos ; RTD civ. 2011, p. 128, note P. Jourdain

nécessairement de l'ordre contractuel³⁵¹¹. Or ceci n'est pas aussi indubitable, à deux plans différents, qui correspondent aux deux parties de la proposition qui précède. Observons.

993. – D'abord, croire en la fin du contrat médical résulterait d'une confusion entre le champ d'application de la règle légale et le régime de responsabilité engendré, entre la cause et l'effet.

De deux choses l'une. Soit l'obligation et son régime de sanction sont légaux, et dans ce cas les recours à la responsabilité tant délictuelle que contractuelle deviennent proprement inutiles. Soit l'obligation est bien légale, mais le régime de sa sanction manque, auquel cas il faut recourir à l'un de ces deux régimes de responsabilité pour la sanctionner. Or c'est bien cette dernière hypothèse qui préside ici. On vient d'ailleurs de le voir pour ce qui est des obligations d'information des articles L. 1111-2 et suivants du Code de la santé publique. Tout comme pour l'obligation de l'article L. 111-1 du Code de la consommation³⁵¹², si le régime général est bien prévu (modalités, exigences), le régime de sa sanction ne l'est en rien. Quelle faute ? Quel préjudice réparable ? Quelle évaluation de ce préjudice ? Raison pour laquelle le recours à un régime de responsabilité, en l'occurrence désormais délictuel, est nécessaire. Le problème est sensiblement similaire ici à l'endroit des fautes techniques. Seulement similaire car il est vrai que l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique prévoit quelques règles en la matière. Mais leur imprécision et leur portée très limitée³⁵¹³ conduisent à devoir convoquer le même genre de raisonnement : l'application subsidiaire indispensable d'un régime de responsabilité. A ce stade, l'on peut donc déjà évincer l'idée selon laquelle ces dispositions légales pourraient se satisfaire à elles-mêmes. La question du régime de responsabilité reste donc bien utile, tout comme celle de la faveur pour l'un ou l'autre³⁵¹⁴. L'inverse reviendrait, comme on vient de le montrer, à confondre la cause et l'effet : les exigences et leur sanction. Il convient donc d'appliquer le droit commun, jouant ici dans sa dimension subsidiaire. Ceci étant dit, il faut maintenant voir en quoi c'est la responsabilité contractuelle qui doit trouver à s'appliquer.

³⁵¹¹ Dans les deux arrêts, l'art. 1147, invoqué aux pourvois, n'est effectivement pas repris par la Haute Cour, qui statue sur l'unique fondement de l'art. L. 1142-1 CSP. P. Sargos en conclut ainsi que « *L'omission, qui n'est pas fortuite, des textes concernant la responsabilité contractuelle, signifie clairement que, désormais, pour tous les faits dommageables survenus après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, le fondement de la responsabilité médicale repose sur le seul code de la santé publique* » (note préc.). V. aussi dans le même sens P. Jourdain (obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc.) : « *Une telle transformation pourrait d'ailleurs affecter la responsabilité médicale toute entière. Si des arrêts visent encore l'article 1147 du Code civil (Civ. 1^{re}, 8 avr. 2010, préc.), d'autres se réfèrent à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, révélant un rattachement de la responsabilité médicale à la loi plutôt qu'au contrat (Civ. 1^{re}, 28 janv. 2010 (...))* ». Les obs. sont, on le comprend bien, encore plus tranchées (parlant de confirmation définitive, en substance) pour ce qui est de l'arrêt du 14 oct. 2010 (V. not. celles de P. Sargos et de P. Jourdain).

³⁵¹² On le voit distinctement. Par ex., c'est ainsi que l'on plaide bel et bien pour une violation de l'obligation d'information de l'art. L. 111-1 C. consom. d'une part, et pour une indemnisation naturellement fondée... sur la responsabilité contractuelle, d'autre part (V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2012 (10-21.239) : Bull. civ. I, n° 49 ; D. 2012, p. 1304, note. Ch. Lachièze, qui accueille un manquement au devoir d'information de l'article L. 111-1 C. consom. et le sanctionne par l'art. 1147).

³⁵¹³ Art. L. 1142-1 CSP : « *I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* » (le II. concerne l'indemnisation au titre de la solidarité nationale). Comme le souligne ainsi fort justement M. Bacache-Gibeili (op. cit., spéc. n° 714, p. 834-835), l'impression, si tant est qu'elle existe, que ce régime « *couvre tous les besoins de qualification, à l'exception [déjà notable] de la question de la compétence juridictionnelle (...)* est trompeuse », et certaines questions ne sont indubitablement pas réglées par le Code de la santé publique. L'auteur en relève plusieurs, not. l'absence de précisions concernant la faute, surtout son appréciation, mais aussi le cas de cette responsabilité objective (sans faute) simplement suggérée par la disposition préc. L'on ajoutera à titre personnel les questions, que l'on verra fondamentales et complexes (V. *infra* nos 997 et s.), relatives au préjudice indemnisable ainsi qu'à son évaluation. En définitive, il est net que la loi ne suffit pas. Et heureusement ! Dans le cas inverse, cela signifierait que l'on ne raisonne plus désormais que par régimes spéciaux. L'on retombe alors sur la question de l'indispensabilité d'un droit commun (V. *supra* nos 573 et s.).

³⁵¹⁴ V. par ex. en ce sens (que nous désapprouvons évidemment), D. Bert, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, D. 2010, p. 1801

994. – Ensuite, l’invocation d’une disposition légale n’évince en rien l’analyse contractuelle générale de la relation patient/médecin. Après avoir réfuté que l’invocation de fondements légaux, parfois sans plus de référence à l’article 1147, impliquait en tant que telle un abandon pur et simple de toute nécessité de recourir à un régime de responsabilité contractuel ou délictuel, il faut dire en quoi le premier de ceux-ci s’impose à l’issu d’un choix nécessaire. D’abord, l’on soulignera avec Mme Bacache-Gibeili qu’il est « *tout à fait normal d’ailleurs que la Cour s’appuie sur les dispositions d’un texte applicable à l’espèce (...)* », sans que cela ne soit pour autant un renversement de la qualification contractuelle, dont on a vu que le pan dédié à l’obligation d’information (ayant basculé vers le délictuel) n’était pas nécessairement significatif de l’ensemble de la matière³⁵¹⁵. Aucun arrêt, au reste, ne se prononce clairement en faveur de l’abandon de l’analyse contractuelle au-delà de ce qui concerne spécifiquement l’obligation d’information. Et l’absence de reprise de la référence, dans les décisions précitées³⁵¹⁶, à l’article 1147 du Code civil aux côtés de l’article L. 1142-1 du Code de la santé publique est largement insuffisant à se substituer à une telle analyse. En outre, des arrêts continuent d’invoquer l’article 1147 en la matière, tout aussi récemment³⁵¹⁷, voire davantage³⁵¹⁸. Même ! D’autres arrêts, tout aussi récents, ont invoqué ce même fondement contractuel pour ce qui est précisément de l’obligation d’information du médecin, en l’alliant tout simplement, et fort justement, avec l’obligation d’information telle que prévue par le Code de la santé publique³⁵¹⁹, ou même avec le code de déontologie³⁵²⁰. Il faut noter que ces arrêts proviennent aussi de la première chambre civile de la Cour de cassation. Sauf à plaider la schizophrénie, il faut donc se résoudre à considérer que l’analyse contractuelle de la relation médicale persiste bel et bien, que l’absence de reprise de l’article 1147, au demeurant finalement rare eu égard à tout ceci, n’est pas significative du contraire, et que le domaine particulier de l’obligation d’information est une exception, au demeurant fort regrettable car rompant avec la cohérence de la matière.

995. – Bilan. Si le contrat médical subsiste, alors les obligations qui s’y rattachent (notamment l’obligation d’information) sont contractuelles, peu importe leur source. Tout l’enjeu de démontrer que le contrat médical survivait bel et bien est, en définitive, celui-ci : l’analyse délictuelle de l’obligation d’information doit s’évincer, car l’on a démontré que les obligations, même légales (considération indifférente), qui ajoutaient au contrat certaines obligations, étaient inévitablement de nature contractuelle, par le prisme de leur nature complétive (article 1135 du Code civil)³⁵²¹. Au-delà d’une critique tenant à la cohérence, l’analyse délictuelle de ces obligations est donc erronée.

³⁵¹⁵ M. Bacache-Gibeili, op. cit., n° 747, p. 838

³⁵¹⁶ Arrêts du 28 janv. et du 14 oct. 2010, préc.

³⁵¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juil. 2010 (09-15.404) (il s’agissait d’un contentieux lié à un défaut dans la conception de prothèses dentaires).

³⁵¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014 (13-22.702) (paralysie du plexus brachial imputable à la manoeuvre de réduction, au cours de l’accouchement, d’une dystocie de l’épaule, étant apparue lors de la traction de l’épaule tandis que le médecin n’avait pas procédé aux manoeuvres nécessaires en pareille hypothèse).

³⁵¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2010 (08-21.058) : Bull. civ. I, n° 90 ; D. 2010, p. 1074, obs. I. Gallmeister ; RDC 2010, p. 857, note G. Viney

³⁵²⁰ Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 2012 (10-26.705) (en l’occurrence, avec l’art. 35 du code de déontologie médicale).

³⁵²¹ V. *supra* nos 472 et s.

996. – Remarque conclusive supplémentaire : la responsabilité contractuelle ne doit donc pas, non plus, être surpassée par une responsabilité professionnelle. L'idée de développer des responsabilités dites *légal*es se répand. Elle doit d'emblée être écartée. Elle est une émanation regrettable de la tendance contemporaine à vouloir multiplier le droit à l'extrême, à le spécialiser sans cesse, tandis que des instruments pourraient être adaptés pour l'éviter. Une responsabilité légale n'est jamais qu'un régime de responsabilité *ad hoc* prévu spécialement pour certaines hypothèses. Il n'est indispensable que lorsque les spécificités de la matière en cause commandent impérieusement de fixer certaines règles particulières. Mais il ne s'abstrait jamais entièrement des responsabilités existantes : il n'y a pas lieu de réécrire ce qui est commun, lorsque l'on prévoit des règles spéciales³⁵²². Il faut donc se méfier des dispositions qui tendent vers ces résultats, en ce qu'elles sont au premier abord réjouissantes de clarté et d'efficacité³⁵²³, tandis qu'elles les disloquent progressivement, insidieusement. Autant créer des exceptions dans un système existant, qu'en créer un autonome chaque fois qu'une subtilité apparemment récurrente semble devoir être spécialement régie. L'on a dès lors le même genre de sentiments vis-à-vis de l'idée d'un nouvel ordre de responsabilité, en l'occurrence, une responsabilité professionnelle autonome³⁵²⁴. En effet, l'argument essentiel en la faveur d'une telle direction est celui de l'inadaptation des régimes de responsabilité existants (tant contractuel que délictuel), pour traiter l'alourdissement (au reste indéniable) des obligations des professionnels, et de l'appréciation de la faute plus sévère conduite à leur endroit³⁵²⁵. Il faudrait donc créer un tel nouvel ordre de responsabilité, parce qu'il dépasserait la dichotomie classique (contractuelle/délictuelle) et saurait envisager de manière claire et cohérente ces inégalités entre contractants³⁵²⁶. Par où l'on comprendra bien notre réticence à admettre une telle idée, puisque nous agissons précisément afin de rétablir cette cohérence et cette harmonie par le prisme bien plus large de la partie faible générique (et non uniquement celle qui contracte avec un professionnel). L'on voit donc bien qu'en agissant de la sorte, sans contrarier la cohérence d'ensemble en matière contractuelle, l'on évite le recours à une création dont la lourdeur

³⁵²² C'est là l'indispensabilité même de tout droit commun (V. *supra* nos 573 et s.).

³⁵²³ Pourtant, le droit positif semble avoir parfois pris le parti, certes très timide, de l'unification, des deux régimes de responsabilité. On peut en effet citer en ce sens la L. n° 85-677 du 5 juil. 1985 sur les accidents de la circulation (qui s'applique à toutes les victimes « *mêmes lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat* » (art. 1^{er})), ou encore la L. n° 98-389 du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux (qui organise la responsabilité du producteur du produit défectueux « *qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime* » (art. 2 de la loi, codifié à l'art. 1386-1 C. civ.)).

³⁵²⁴ V. déjà G. Ripert, « Ebauche d'un droit civil professionnel », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 677 et s. ; et à sa suite A. Tunc, « Ebauche du droit des contrats professionnels », in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 136 et s. ; V. plus récemment sur ce point P. Serlooten, « Vers une responsabilité professionnelle », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 805 et s. ; Ph. Le Tourneau, « Quelques aspects des responsabilités professionnelles », *Gaz. Pal.* 1986.2, p. 616 et s. ; P. Jourdain, « La responsabilité professionnelle et les ordres de responsabilité civile », *LPA* 11 juil. 2001, p. 63 et s. ; *Adde*, en faveur d'un tel dépassement du « *clivage traditionnel entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle* », en matière de devoir de mise en garde du banquier : M. Mekki, « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *RD banc. fin. nov.* 2007, p. 79 et s. (pour la formule : p. 85, n° 24) ; S. Vialle, *La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. II, th. Grenoble, 1990, p. 603 et s., spéc. p. 609 et s.). Il y a là encore une personnalisation, une catégorisation, préférée à une logique d'unité autour de concepts (responsabilités délictuelle/contractuelle) qui sont éminemment aptes, et légitimes, à englober ces situations. Trop de droit tue le droit. Il ne faut pas cultiver encore davantage cette catégorisation du droit, cette fonctionnalisation du droit (V. *contra*, S. Vialle, dans le sens d'une responsabilité professionnelle, le justifie en effet not. dans la mesure où « *Le comportement du professionnel apparaît aujourd'hui répréhensible, non seulement lorsqu'il s'éloigne en matière contractuelle des obligations conventionnellement fixées et en matière délictuelle d'un comportement normalement prudent et avisé, mais aussi lorsqu'il ne remplit pas ce qui est considéré comme faisant partie des devoirs légaux inhérents à sa fonction sociale* » (th. préc., p. 611)). Les obligations sont dues au contrat, par le prisme de la loi : pas de l'activité professionnelle, de manière autonome.

³⁵²⁵ V. par ex. P. Serlooten, art. préc., p. 807 et s., nos 3 et s.

³⁵²⁶ V. not. sur ce point (et en faveur d'une telle création) G. Viney, op. cit., nos 243 et s., p. 661 et s.

serait probablement bien davantage préjudiciable que ses bénéfiques ne seraient salutaires³⁵²⁷. Au reste, pour lier cette remarque à notre propos, l'on tire notamment des domaines où la responsabilité serait ainsi *légale* des arguments pour alimenter cette nécessité de responsabilité professionnelle, comme en matière notariale et médicale³⁵²⁸. Or l'on a vu que la source légale des obligations du notaire et du médecin était étrangère à la question des mécanismes de leur responsabilité : elles sont entièrement tributaires des mécanismes existants (contractuel/délictuel). Seule la source des obligations est légale, mais rien (ou presque) n'est dit de leur sanction³⁵²⁹. En outre, ces hypothèses ne sont pas comparables aux régimes légaux des lois sur les produits défectueux ou sur les accidents de la circulation, pourtant utilisés comme des arguments plaidant pour la même cause. Et l'argument décisif tient peut-être tout simplement à notre proposition même : pourquoi créer un tel régime spécial, alors même que l'on voit bien que la responsabilité contractuelle, et les fondements du droit commun, sont aptes à justifier la protection du faible et à en assurer la mise en œuvre, sans recourir à aucune création particulière³⁵³⁰ ?

C - Le préjudice subi

997. – Plan. La question du préjudice subi conséquemment à un manquement à l'obligation d'information est complexe. Elle se divise, à ce stade, entre les précisions nécessaires concernant la nature des préjudices subis selon les hypothèses (1), et celles indispensables à leur évaluation (2).

1 - Nature du préjudice subi : multiplicité

998. – Plan. Quelle nature pourrait revêtir le dommage devant nécessairement être subi pour engendrer une indemnisation ? Pour le savoir, il faut distinguer, car celui-ci ne peut être unique dans un contexte où les hypothèses diffèrent profondément. Il faut donc nécessairement, pour traiter rigoureusement la question, distinguer selon que le contrat envisagé était évitable (a) ou non (b).

a – *Lorsque le contrat était évitable*

999. – La perte de chance : une voie séduisante. Lorsque le contrat aurait pu être évité³⁵³¹ par une information correctement dispensée, l'extinction de la production potentielle d'un évènement favorable

³⁵²⁷ Et l'on voit d'ailleurs que, dans les domaines où une doctrine autorisée semble avoir distingué l'élaboration d'une telle responsabilité professionnelle (tant les principes sont modifiés pour protéger un contractant), comme en matière notariale, l'application de nos prescriptions, pourtant d'obédience *commune* mais ayant été élaborées à partir d'une appréciation d'ensemble des phénomènes de faiblesse informationnelle, aurait suffi (et même été préférable, tant l'on a vu à quels excès guère souhaitables menaient les solutions actuelles).

³⁵²⁸ V. not., outre les réf. préc. en faveur d'une telle responsabilité professionnelle, D. Bert (Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc.) : « *Les responsabilités civiles notariale et médicale préfigurent l'émergence d'un nouvel ordre de responsabilité. Le temps n'est-il pas venu de consacrer de lege ferenda une responsabilité civile professionnelle autonome* ».

³⁵²⁹ V. en ce sens M. Bacache-Gibeili, op. cit., spéc. n° 744, p. 834-835

³⁵³⁰ Outre la codification du régime spécial de protection de la partie faible, mais qui n'est selon nous pas véritablement une création sur le fond, simplement une adaptation des règles de droit commun commandée par les nouvelles réalités socio-économiques.

³⁵³¹ Comprendons bien que nous nous situons sur un plan parallèle à celui de la faute technique. Ainsi, lorsque l'intervention apparaît « *mutitante, non justifiée et non adaptée* », la perte de chance cèdera devant l'exigence d'une réparation intégrale (Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2010 (09-10.992) : Bull. civ. I, n° 20 ; D. 2010, 1522, note P. Sargos ; ibid, p. 1801, obs. D. Bert ; RDSS 2010, p. 375, obs. F. Arhab-Girardin ; RCA 2010, n° 85, note Ch. Radé).

que constitue la perte de chance³⁵³² pourrait constituer une voie séduisante d'identification du préjudice subi. Elle est déjà classique, lorsqu'il s'agit de réparer l'empêchement de gagner une compétition, d'obtenir un succès professionnel ou encore de déclencher les voies de droit adéquates³⁵³³. Elle est par ailleurs largement usitée en matière de réparation du préjudice subi du fait d'un manquement à une obligation d'information, au moins depuis la seconde moitié du XX^e siècle³⁵³⁴. C'est ainsi le cas de la mise en garde en matière bancaire³⁵³⁵ ou dans le cautionnement³⁵³⁶, et surtout en matière médicale³⁵³⁷. D'emblée, la solution peut surprendre : il semble y avoir bien davantage un risque (événement défavorable) qu'une chance (événement favorable)³⁵³⁸. L'explication résulte de la perception de la chance, qui réside dans le fait d'avoir manqué l'occasion de faire un choix plus souhaitable, ce qui n'est, il faut le reconnaître, qu'imparfaitement rigoureux³⁵³⁹. Tel est, quoi qu'il en soit, le droit positif.

1000. – Exemple instructif du domaine médical. Parfois, le défaut d'information avait véritablement évincé une chance de faire le choix d'une intervention différente, et la perte de chance était alors caractérisée. Mais elle n'engendrait qu'une indemnisation réduite à la mesure de cette chance perdue, avec les aléas que cela comporte³⁵⁴⁰. Ceci doit toutefois être approuvé, malgré l'axe de protectionnisme de la partie faible suivi par cette étude : en effet, comment admettre que c'est ce défaut d'information qui a lui-même causé le préjudice subi ? Seule doit être retenue l'hypothèse alternative potentielle d'un consentement différent, en fonction d'une information qui aurait dû être complète. La vraie cause du dommage corporel, c'est le risque qui existait indépendamment de l'information, en raison de l'intervention elle-même.

³⁵³² V. not. A. Bénabent, *La chance et le droit*, LGDJ, 1973 ; J. Boré, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », JCP G 1974, I, 2620 ; C. Ruellan, « La perte de chance en droit privé », RRJ 1999, p. 729 et s. ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012, nos 1417 et s., p. 557 et s.

³⁵³³ V. pour une diversité d'illustrations en ce sens Ph. Le Tourneau, op. cit., nos 1422-1424, p. 561-562

³⁵³⁴ V. not. X. Barella, « Le droit à l'information en matière médicale », AJDA 2012, p. 1191 et s. (et les nombreuses réf. jurisprudentielles citées) ; V. en ce sens, au plan général G. Viney, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, spéc. n° 88, p. 228-229

³⁵³⁵ V. par ex. Cass. com., 26 janv. 2010 (08-18.354) : Bull. civ. IV, n° 21 ; D. 2010, p. 578, obs. V. Avena-Robardet ; ibid., p. 935, note J. Lasserre-Capdeville ; JCP G 2010, n° 354, note A. Gourio ; Defrénois 2010, p. 2220, note M. Latina ; RDC 2010, p. 843, obs. J.-S. Borghetti (« *le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde* » consiste « *en une perte de chance de ne pas contracter* ») ; V. aussi Cass. com., 10 déc. 1996 (94-16.082) : Bull. civ. IV, n° 307 (« *en manquant à son obligation d'éclairer Mlle X... sur les conséquences éventuelles de son choix d'effectuer des opérations sur le marché boursier à règlement mensuel la société de bourse a seulement privé sa cliente d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé* ») ; Adde récemment dans le même sens : Cass. com., 4 févr. 2014 (13-10.630).

³⁵³⁶ V. not. Cass. com., 20 oct. 2009 (08-20.274) : Bull. civ. IV, n° 127 ; D. 2009, p. 2607, obs. X. Delpech ; ibid., p. 2971, note D. Houtcieff ; JCP G 2009, 422, obs. L. Dumoulin ; ibid., 482, note S. Piedelièvre ; ibid. 2010, 456, obs. Ph. Stoffel-Munck ; LPA 19 févr. 2010, note Y. Dagorne-Labbe ; RDC 2010, p. 30, obs. D. Mazeaud ; ibid., p. 610, note J.-S. Borghetti (« *le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter* »).

³⁵³⁷ V. not., outre la jurisprudence citée au cours de nos développements, J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004, spéc. p. 32-34

³⁵³⁸ *Rappr.* Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1418, p. 557

³⁵³⁹ V. not. sur ce point Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1425, p. 562-564 (exposant d'abord cette explication, et mettant ensuite en lumière les critiques dont elle peut faire l'objet. Outre que la frontière entre événement favorable et évitement d'un événement défavorable n'est parfois guère aisée, il est vrai, par ex., que l'évènement qui se serait virtuellement produit en lieu et place de celui qui est critiqué aurait pu être pire encore. Il faudra donc en tenir compte, selon l'auteur).

³⁵⁴⁰ En effet, l'indemnisation du préjudice par la perte de chance la réduit à sa seule portion découlant du défaut d'information, et ne couvre donc pas l'ensemble du dommage corporel subi (V. not. S. Boussard, « Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière », RFDA 2008, p. 1023 et s. ; V. aussi F. Descorps-Declère, « La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin », D. 2005, p. 742 et s.).

1001. – Transposition à la partie faible. Transposé à l'hypothèse contractuelle générique impliquant une partie faible, cela revient ainsi à sanctionner par la perte de chance la possibilité d'exercer un choix différent, dans des conditions potentiellement plus avantageuses. Certes, il n'existe que rarement un véritable gouffre (laissant place, dès lors, à une forte indemnisation), entre un contrat passé avec l'un dans lequel la partie faible aurait subi une mauvaise information, et ce même contrat passé avec un autre en toute connaissance de cause. Mais, après tout, l'indemnisation semblerait proportionnée au préjudice subi, ce qui est suffisant pour retenir la légitimité de la solution. Ce sera là tout le travail d'évaluation des juges.

1002. – Complémentarité avec la réticence dolosive. Il faut apporter ici une précision supplémentaire, qui vient clarifier le régime proposé. L'hypothèse précitée, dans laquelle l'alternative existait mais a été empêchée par le défaut d'information, n'a pas à relever en tant que telle intégralement de la perte de chance. Ne s'agit-il pas là d'une information qui, si elle avait été connue, aurait empêché, par hypothèse, le consentement ? Une réponse affirmative l'emportant, cela semble en tout point correspondre à la réticence dolosive. La distinction s'établira sur le point suivant : il faudra prouver que la réticence était intentionnellement destinée à tromper le consentement³⁵⁴¹. Dans l'hypothèse où il existait une alternative pour la partie faible, que le défaut d'information a empêché mais sans que celui-ci ne soit intentionnel, la perte de chance sera utilement invoquée, comme il a été dit. Voici donc le régime des cas où le contrat était évitable, situé entre perte de chance et réticence dolosive.

b – Lorsque le contrat était inéluctable

1003. – Généralités. Position du problème. Dès lors que ces hypothèses, où le contrat était *facultatif*, sont réglées, il reste à s'interroger, à l'instar de propositions de distinction qui avaient été faites en matière médicale³⁵⁴², sur les situations où le risque – le contrat, *in fine* – était inéluctable. Ce cas de figure est par hypothèse le plus important, car la partie faible contractera souvent par nécessité, ou ne souhaitera tout simplement pas se passer d'un contrat qui lui est utile, tout en voulant être indemnisée du défaut d'information. C'est encore, sur cette question, la matière médicale qui a fourni les plus intéressantes pistes, qui vont constituer l'ossature des prochains développements. L'on perpétuera ainsi, bien davantage que l'on ne s'y opposera, ce que la doctrine a dénommé l'« *idéologie de la réparation* », initiée au XX^e siècle³⁵⁴³.

1004. – Perte de chance et réticence dolosive sont obsolètes. Exemple médical. Lorsque le défaut d'information n'avait pas évincé le choix d'une décision différente, dans la mesure où l'intervention était caractérisée comme inéluctable, aucune indemnisation ne pouvait être demandée³⁵⁴⁴. C'est qu'aucune

³⁵⁴¹ D'où l'importance de plaider l'assainissement du dol sur le terrain de l'appréciation de ce caractère (V. *supra* nos 427 et s.).

³⁵⁴² V. not. F. Alt-Maes, « L'information médicale du patient, au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », RDSS 1994, p. 381 et s.

³⁵⁴³ V. not. L. Cadiet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, spéc. p. 495 et s.

³⁵⁴⁴ V. en ce sens un retentissant arrêt Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007 (06-19.301) : Bull. civ. I, n° 380 ; D. 2008, p. 192, note P.

chance n'avait été perdue³⁵⁴⁵, pas davantage que la possibilité de ne pas contracter ou contracter différemment, possibilité qu'implique également la réticence dolosive³⁵⁴⁶.

1005. – La voie de l'indemnisation. La solution était sévère. Les juges sont donc intervenus vigoureusement dans cette matière pour pallier cette difficulté. En effet, dans plusieurs affaires récentes, dans lesquelles l'intervention médicale était inévitable, et dans lesquelles l'information sur les risques n'avait pas été correctement prodiguée, la Cour de cassation³⁵⁴⁷ et le Conseil d'Etat³⁵⁴⁸ ont trouvé à indemniser un préjudice de la victime résultant de la réalisation desdits dangers.

1006. – Quid du préjudice subi ? Double voie. Mais au-delà du principe salubre de l'indemnisation dans de tels cas, de quel préjudice réparable peut-il bien s'agir ? La question est très complexe³⁵⁴⁹, notamment parce que ces développements prétoriens sont récents et encore incertains, au moins en partie. Pour autant, deux voies semblent globalement se dessiner.

1007. – Droit *subjectif* à l'information. Une première voie tendrait vers la reconnaissance d'un droit subjectif à l'information, duquel s'induirait automatiquement un préjudice moral en cas de manquement à l'obligation d'information³⁵⁵⁰. C'est ainsi que le préjudice subi découlerait de la faute, il lui serait inhérent³⁵⁵¹. Force est d'abord de constater qu'il s'agit d'une mouvance essentiellement civile³⁵⁵², le juge

Sargos ; *ibid.*, p. 804, *chron.* L. Neyret ; *ibid.*, p. 2894, *obs.* Ph. Brun et P. Jourdain ; D. 2009, p. 1302, *obs.* J. Penneau ; RTD civ. 2008, p. 272, *obs.* J. Hauser ; *ibid.*, p. 303, *obs.* P. Jourdain (« *le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé* »). V. déjà en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2004 (02-10.957) : Bull. civ. I, n° 302 ; D. 2005, p. 403, *obs.* J. Penneau ; Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000 (98-23.046) : Bull. civ. I, n° 193 ; D. 2000, p. 471, *obs.* P. Jourdain ; RDSS 2000, p. 729, *obs.* L. Dubouis ; Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2002 (01-00.377) : Bull. civ. I, n° 265 ; RTD civ. 2003, p. 98, *obs.* P. Jourdain

³⁵⁴⁵ V. *not.* sur ce point M. Bacache, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? », D. 2008, p. 1908 et s., *spéc.* n°s 9 et s.

³⁵⁴⁶ V. sur la question du dol incident, *supra* n°s 439 et s.

³⁵⁴⁷ D'abord dans le fameux arrêt Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010 (09-13.591) : Bull. civ. I, n° 128 ; AJDA 2010, p. 2169, *note* C. Lantero ; D. 2010, p. 1522, *obs.* I. Gallmeister et *note* P. Sargos ; *ibid.*, p. 1801, *obs.* D. Bert ; *ibid.*, p. 2092, *chron.* N. Auroy et C. Creton ; D. 2011, p. 35, *obs.* Ph. Brun et O. Gout ; *ibid.*, p. 2565, *obs.* A. Laude ; RDSS 2010, p. 898, *note* F. Arhab-Girardin ; RTD civ. 2010, p. 571, *obs.* P. Jourdain ; RCA 2012, n° 222, *obs.* S. Hocquet-Berg ; JCP G 2010, 788, *note* S. Porchy-Simon (intervention inévitable, adénomectomie suivie d'impuissance, sans en avoir su le risque). V. aussi Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012 (11-18.327) : D. 2012, p. 1794, *note* A. Laude ; RDSS 2012, p. 757, *obs.* F. Arhab-Girardin ; Gaz. Pal. 2012, p. 2099, *note* M. Bacache ; JCP G 2012, 987, *note* O. Gout (il n'est pas prouvé que le patient aurait refusé, même informé, les injections en cause, la Haute Cour affirme également qu'il y avait pour autant nécessairement préjudice). Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2012 (11-17.510) : D. 2012, p. 2277, *note* M. Bacache ; D. 2013, p. 40, *obs.* Ph. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2012, p. 737, *obs.* P. Jourdain ; JCP G 2012, 1036, *note* P. Sargos ; RCA 2012, n° 9, *note* S. Hocquet-Berg (intervention inévitable pour traiter une hernie inguinale, douleurs subséquentes, la Haute Cour sanctionne le défaut d'information).

³⁵⁴⁸ *Not.* par deux retentissants arrêts : CE, 24 sept. 2012 (336223) : AJDA 2012, p. 2231, *note* C. Lantero ; CE, 10 oct. 2012 (350426) : AJDA 2012, p. 2231, *note* C ; Lantero ; D. 2012, p. 2518, *note* D. Poupineau (« *l'intervention était impérieusement requise, en sorte que le patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus* », conséquences sur les fonctions sexuelles qui constituaient un risque connu de cette pratique, défaut d'information que la Haute Cour sanctionne pour autant).

³⁵⁴⁹ V. *not.* sur ces points : S. Porchy, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », D. 1998, p. 379 et s.

³⁵⁵⁰ V. en filigrane, au vu de l'affaire, Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, *préc.* (« *que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* »). Puis, progressivement : Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012, *préc.* (le patient, qui n'avait pourtant vraisemblablement pas non plus le choix, est pourtant reconnu « *privé de la faculté de donner un consentement éclairé* », et, donc, « *avait nécessairement subi un préjudice* »). Et enfin, encore plus clairement : Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2012, *préc.* (il s'agissait « *d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral* »).

³⁵⁵¹ V. *not.* sur ce thème L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », RTD civ. 2013, p. 275 et s.

³⁵⁵² Mais qui reste nuancée, tant les solutions *préc.* semblent l'induire mais en même temps le rattacher à l'impréparation (qui va être vue : V. *infra* n°s 1010 et s.), tendance qu'une solution récente semble hautement confirmer en matière médicale (Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2014 (12-22.123) : Bull. civ. I, n° 13 ; D. 2014, p. 584, *avis* L. Bernard de la Gatinais ; *ibid.*, p. 590, *note* M. Bacache ; RDSS 2014, p. 295, *note* F. Arhab-Girardin ; RTD civ. 2014, p. 379, *obs.* P. Jourdain ; CCC 2014, n° 86, *note* L. Leveneur ; JCP

administratif n'allant pas jusqu'à ces solutions³⁵⁵³.

1008. – Préjudice d'impréparation. La seconde voie est celle d'un nouveau préjudice moral indemnisable dans de tels cas inéluctables. Certains arrêts ont en effet fourni d'intéressantes solutions, proclamant notamment, pour un patient ayant subi des complications, le « *droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* »³⁵⁵⁴. La Cour régulatrice a également pu, malgré la voie du droit *subjectif* à l'information, contribuer à préciser ce que pouvait être ce préjudice moral en énonçant qu'il résultait « *d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle* »³⁵⁵⁵. Il y aurait là un préjudice « *d'impréparation* »³⁵⁵⁶.

1009. – Les deux voies doivent être prises en compte pour la partie faible générique. Ces deux voies sont utilisables pour l'élaboration du régime de protection de la partie faible générique. Cette translation est d'autant plus légitime que l'on a déjà, assez justement, souligné que ces récents développements en matière médicale s'inscrivaient dans une perspective bien plus large de protection du faible³⁵⁵⁷. Distinguons donc les deux hypothèses et précisons les conditions de leur adoption.

1010. – Admission du préjudice d'impréparation. Cas de la cristallisation d'un risque que la partie faible ignorait, du fait de la faute d'information. La première hypothèse est celle dans laquelle survient un fait dommageable, dont les conséquences (voire, le principe même) sont ignorées de la partie faible, du fait de la faute d'information³⁵⁵⁸. Dans de tels cas, la réalisation dommageable d'un

G 2014, 553, note G. Viney ; JCP G 2014, 446, note A. Bascoulergue ; Gaz. Pal. 20 mars 2014, p. 8, note B. Parance). Ce qui a pu faire dire à certains que « *l'autonomie du préjudice né du défaut d'information par rapport au préjudice corporel semble être remise en cause* », et qu'il y avait donc un « *infléchissement de la Cour de cassation* » en la matière (F. Arhab-Girardin, note préc.). Preuve d'ailleurs qu'il y avait bien dans les solutions préc. une certaine faveur à l'admission d'un préjudice autonome (forme de droit *subjectif* à l'information).

³⁵⁵³ V. en ce sens C. Lantero, « Devoir d'information du patient : le Conseil d'Etat rejoint la Cour de cassation », AJDA 2012, p. 2231 et s. (citant not. des décisions des juges du fond en matière administrative, s'inscrivant en effet très timidement dans ce courant, sans l'atteindre). Par ailleurs, l'arrêt du CE du 24 sept 2012, préc., affirme que « *la réalisation d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti oblige l'établissement responsable à réparer tant le préjudice moral subi de ce fait par l'intéressé que, le cas échéant, toute autre conséquence dommageable de l'intervention* ». Ainsi, sans dégager nettement la notion de droit *subjectif*, un tel principe, dans une telle affaire où l'intervention avait bel et bien réussi, mais où il semble que le patient n'avait pas exactement consenti à celle-ci, pourrait être timidement aperçu. Les parties ayant été renvoyées devant une autre cour administrative d'appel, une part d'incertitude demeure toutefois quant à la portée de la solution. Pour ce qui est de l'arrêt CE, 10 oct. 2012, préc., le Conseil d'Etat semble cette fois l'exclure expressément, affirmant que « *l'existence d'un tel préjudice ne se déduit pas de la seule circonstance que le droit du patient d'être informé des risques de l'intervention a été méconnu : il appartient à la victime d'en établir la réalité et l'ampleur* ».

³⁵⁵⁴ CE, 10 oct. 2012, préc.

³⁵⁵⁵ Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2012, préc. ; *Adde* la récente et limpide solution de Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2014, préc. (« *indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation* » (non-application toutefois en l'espèce), et spéc. les obs. lumineuses de M. Bacache et P. Jourdain sous l'arrêt préc., mettant en relief la solution avec l'évolution précédente, spéc. celle initiée par l'arrêt du 3 juin 2010).

³⁵⁵⁶ L'expression est en effet attribuée à J. Penneau (spéc. note sous CA Angers, 11 sept. 1998 (n° JurisData : 1998-047418), D. 1999, p. 46). V. aussi, du même auteur et sur ce point, op. cit., spéc. p. 34-35

³⁵⁵⁷ Un auteur (X. Barella, art. préc.) a utilement souligné que la position de la Cour de cassation « *s'inscrit dans un mouvement plus général qui confère une plus large protection des personnes dans le cadre du défaut d'information* ». La partie faible se profile partout.

³⁵⁵⁸ Comme exemple clair, mentionnons l'obligation de payer pour la caution ou encore les complications pour le patient après une intervention médicale.

risque inhérent au contrat était tout aussi inéluctable que s'avérait être, par hypothèse, ce même contrat. Cela ne revient pas à dire qu'une indemnisation ne soit pas légitime³⁵⁵⁹ : c'est qu'il y a une nécessaire distinction entre subir une épreuve en l'ayant, ou non, appréhendée auparavant³⁵⁶⁰. Il est vrai, en outre, qu'un tel préjudice « *remplit tous les caractères d'un préjudice indemnisable. En effet, il est personnel, il est direct, c'est-à-dire en relation directe de causalité avec le défaut d'information, il est certain (...) et enfin aucun doute n'affecte son caractère légitime* »³⁵⁶¹. Il n'a à subir, à l'instar de tout préjudice moral, aucune autre condition supplémentaire, notamment celle d'une gravité particulière³⁵⁶². Il ne s'agit donc pas de « *commercialiser la douleur morale* »³⁵⁶³, ou de monnayer les larmes³⁵⁶⁴, mais d'obtenir l'indemnisation de leur cause, un préjudice tout à fait réparable juridiquement³⁵⁶⁵. C'est autour de ces idées que le préjudice « *d'impréparation* » doit être admis en matière de protection générale de la partie faible, tout comme en matière médicale³⁵⁶⁶.

1011. – Double dimension du préjudice d'impréparation : morale et patrimoniale. Celui-ci couvrirait deux réalités complémentaires. La première constitue le cœur de ce concept, soit « *la constatation commune que l'on supporte moralement mieux un dommage à l'éventualité duquel on a pu psychologiquement se préparer, que celui qui était totalement imprévu* ». La seconde se cristallise plus matériellement, autour de l'absence de possibilité d'avoir pu « *prendre des précautions, professionnelles par exemple, pour l'éventualité de la survenue d'un risque* »³⁵⁶⁷. Le préjudice d'impréparation est donc nécessairement moral et potentiellement, de manière cumulative, patrimonial³⁵⁶⁸.

1012. – Admission du droit subjectif à l'information. Cas de l'absence de cristallisation d'un risque que la partie faible ignorait, du fait de la faute d'information. Dans cette hypothèse, il y a bien eu manquement à l'obligation d'information. Il y a donc eu ignorance d'un risque pour la partie faible. Celui-ci ne se réalisant pas, il n'y a donc pas d'élément *déclencheur*, faisant surgir l'évidence d'un préjudice. Le préjudice d'impréparation n'est ici d'aucune aide : de quelle impréparation pourrait-il bien s'agir en de telles circonstances ? Cela revient à s'interroger sur les plus extrêmes limites de l'obligation

³⁵⁵⁹ L'on ne voit en effet guère en quoi la nécessité de l'intervention devrait priver le patient « *d'en connaître et d'en anticiper les inconvénients* » (C. Lantero, art. préc.)

³⁵⁶⁰ V. par ex. sur le cautionnement : D. Houtcieff, note sous Cass. com., 20 oct. 2009, préc. (spéc. n° 8 : « *S'il faut admettre que le défaut d'information débouche sur un préjudice, il ne peut consister pour la caution que dans le fait même de ne pas avoir été suffisamment informée au seuil de l'engagement. N'est-ce pas au fond le sens de cette décision, en tant qu'elle semble déduire le préjudice du défaut d'information lui-même ? A ceci près, comme il a été dit, que le préjudice ne s'analyse pas comme une perte de chance de ne pas contracter, mais comme un dommage moral autonome consistant dans le fait d'avoir contracté sans avoir été averti du risque réellement encouru. Il y aurait là au fond l'équivalent de ce qu'un auteur a pu qualifier, en matière médicale, un « préjudice d'impréparation »*).

³⁵⁶¹ M. Bacache, art. préc., p. 1908 et s. (spéc. n° 16).

³⁵⁶² V. par ex. Cass. civ. 2^{ème}, 23 mai 1977 (75-15627) : Bull. civ. II, n° 139 ; D. 1977, p. 441, obs. Ch. Larroumet (où les juges du fond sont censurés, pour avoir exigé la preuve d'un préjudice moral d'une « *gravité exceptionnelle* »).

³⁵⁶³ P. Esmein, « La commercialisation du dommage moral », D. 1954, p. 113 et s.

³⁵⁶⁴ G. Ripert, « Le prix de la douleur », D. 1948, p. 1 et s.

³⁵⁶⁵ Ce qui n'empêche pas, il est vrai, que certains préjudices semblant en remplir les conditions soient pourtant ignorés par les juges : V. not. L.-M. Duong, « Le traitement juridique du préjudice « immatériel » », JCP E 2005, 525

³⁵⁶⁶ En vérité, les raisons qui innervent la pensée réticente à ce genre d'extension des préjudices indemnifiables, sont les mêmes que celles qui fondent la controverse, qui s'estompent lentement, mais dure depuis des lustres, sur l'admission même du dommage moral comme préjudice indemnifiable. Il est vrai qu'une telle indemnisation « *comporte une objection pratique tirée de la difficulté d'évaluer le préjudice en argent ; mais elle n'est pas péremptoire* » (Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1555, p. 602, et la suite du raisonnement). En vérité, c'est donc davantage que la question de l'admission, celle de l'évaluation, qui doit être posée (V. *infra* n°s 1020 et s.).

³⁵⁶⁷ J. Penneau, note préc. ; V. aussi, du même auteur et sur ce point, op. cit., spéc. p. 34-35

³⁵⁶⁸ En effet, la faute d'information « *est en toutes hypothèses source d'un dommage moral dont le patient peut se prévaloir* » (J. Penneau, note préc.).

d'information concernant la partie faible. Nous concluons en faveur de l'admission d'un tel préjudice.

1013. – La réalisation du risque aurait le monopole de la mise en lumière de l'existence d'un préjudice ? Effectivement, les premières pensées sont éminemment critiques, position d'ailleurs confortée par une doctrine des plus autorisées en matière médicale, où le débat est d'actualité. Celle-ci semble ainsi « *dangereuse par la force d'expansion qu'elle comporte, car il ne semble pas possible d'admettre que toute violation d'un droit constitue en soi un préjudice* », et « *surtout difficilement praticable : on voit mal les juges allouer des indemnités à des patients pour faute d'information alors que l'acte médical n'a entraîné aucune conséquence préjudiciable* »³⁵⁶⁹. Le raisonnement semble synthétiser tout ce que l'on peut reprocher à une telle idée d'indemniser semble-t-il *pour rien*. En élargissant de telles critiques au domaine de la partie faible en général, voilà que l'on pourrait être indemnisé sans que la faute d'information n'ait engendré de conséquences *véritables*, car palpables, tangibles. Ceci suscite à juste titre l'inquiétude, notamment car il pourrait être conclu que l'indemnisation est inévitable, même en cas de parfaite exécution du contrat.

1014. – Non. l'admission est souhaitable. Si cette voie peut sembler choquante, au moins pour ces raisons, elle semble devoir être suivie. Le raisonnement tiendra davantage à une idée de balancier, dans lequel les avantages plaidant en faveur de l'admission de cette solution semblent s'imposer à ses inconvénients. Reste à les préciser.

1015. – Le but de l'information n'est pas d'encadrer la survenance d'un risque, mais d'informer invariablement de son existence. Doit-on seulement indemniser la partie faible dans un tel cas ? Il est vrai que le recours à un certain type de raisonnement semble l'exclure. C'est ainsi qu'en considérant que l'obligation d'information a pour but de protéger le consentement de la partie faible contre la réalisation d'un risque, l'indemnisation serait dès lors empêchée. En effet, sans concrétisation de ce préjudice, la protection semble perdre sa raison d'être. Ceci est défendable, sauf à penser, comme c'est le cas dans cette étude, que l'intérêt protégé était en lui-même l'intégrité du consentement ainsi que la liberté, et non les seules *conséquences* que la faute d'information pourrait induire³⁵⁷⁰. La question est intimement liée à celle de l'existence de conséquences dommageables en l'absence même de réalisation d'un risque.

1016. – L'absence de réalisation d'un risque ne signifie pas qu'aucune conséquence dommageable n'a été subie. Est-il rigoureusement juste d'affirmer que, en l'absence de réalisation du risque, le défaut d'information n'a engendré *aucune conséquence préjudiciable* ? La clef de voûte de l'acceptation de cette solution se trouve ici. N'y aurait-il pas de préjudices, simplement parce qu'ils « *ne sont ni palpables au toucher, ni constatables à la vue* »³⁵⁷¹ ? Le considérer, voie consensuelle compréhensible, nous semble démontrer d'une conception inexacte de la protection du consentement de la partie faible. C'est que celle-ci aura bien subi, le cas échéant, un préjudice du fait d'avoir été enfermée dans l'état d'ignorance, par la partie qui savait, et à laquelle la loi imposait d'informer. Ce que l'on ne perçoit pas

³⁵⁶⁹ P. Jourdain, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc.

³⁵⁷⁰ V. *supra* nos 801 et s.

³⁵⁷¹ A propos du cas différent des préjudices « *immatériels* » : L.-M. Duong, art. préc. (et not. : « *les dommages immatériels sont dématérialisés : ils ne sont ni palpables au toucher, ni constatables à la vue* »).

d'une manière apparente et palpable n'est pas pour autant inférieur à ce que l'on ne distingue qu'imparfaitement. L'opinion qui précède reviendrait, en outre, à légitimer la violation d'une obligation contractuelle imposée par la loi.

1017. – Prisme de la dignité humaine. Pour s'en convaincre, rappelons que la partie faible est avant tout un être humain. La préservation de sa liberté ne doit pas être contingentée par l'extériorisation d'une atteinte nécessairement tangible. C'est d'ailleurs en ce sens que nous considérons que la protection du consentement de la partie faible est une composante du droit fondamental à la dignité humaine³⁵⁷². L'on ne peut ainsi admettre que la violation d'une obligation d'information sans conséquence apparente ne puisse ouvrir droit à indemnisation³⁵⁷³. La dignité humaine n'a-t-elle pas été invoquée de la manière la plus nette pour justifier l'obligation d'information en matière médicale, par la Cour de cassation³⁵⁷⁴ ? C'est précisément que « *le rattachement de l'exigence d'information à des droits fondamentaux permet à la Haute juridiction de mieux justifier l'idée que la violation de ce droit conduit inéluctablement à réparation* »³⁵⁷⁵. En somme, éclairer la partie faible afin qu'elle prenne pleine conscience de son engagement n'est pas une obligation dont on peut se défaire, elle n'est pas anodine. Il s'agit d'une obligation fondamentale, laquelle doit être encadrée avec la plus grande fermeté³⁵⁷⁶. C'est à la lumière du prestige et de l'importance de ces valeurs que l'on ne peut parler de *dérive indemnitaire*, mais tout au plus de dérive nominaliste³⁵⁷⁷.

1018. – La solution est opportune par l'assainissement des pratiques qu'elle induit. La solution est par ailleurs opportune parce qu'elle est à même de diffuser un fort effet préventif, par un assainissement des mentalités et, donc, des pratiques des parties fortes envers les parties faibles. Il est probablement vrai que la rigueur d'une telle solution entraînera potentiellement, dans un premier temps, une vague de contentieux³⁵⁷⁸. Néanmoins, à moyen et long termes, c'est bien une pratique assainie de l'obligation d'information qui s'en trouvera garantie.

³⁵⁷² V. *supra* nos 809 et s.

³⁵⁷³ Ainsi *subi*, il s'avère donc que le « *préjudice moral est le résultat d'une atteinte, une lésion dans les sentiments d'autonomie et de dignité* » (A.-E. Crédeville, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Non à la dérive des préjudices », D. 2008, p. 1914 et s.).

³⁵⁷⁴ Et ce depuis longtemps : V. déjà Cass. req., 28 janv. 1942 : DC 1942, p. 63 (et not. : le médecin, « *en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine* ») ; et, depuis, not. : Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001 (00-14.564) : Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos et note D. Thouvenin ; JCP G 2002, II, 10045, note O. Cachard ; CCC 2002, n° 22, note L. Leveneur ; Gaz. Pal. 2001, p. 1818, note A. Guigue ; RTD civ. 2002, p. 176, obs. R. Libchaber (le devoir d'information du médecin « *vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »). V. encore Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc. (qui fait clairement écho à la dignité de la personne humaine par le biais de l'invocation de l'article 16 du Code civil. V. not. sur ce point S. Porchy-Simon, note sous l'arrêt préc.).

³⁵⁷⁵ O. Gout, note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juin 2012, préc.

³⁵⁷⁶ D'ailleurs, il n'est pas impossible de rattacher cette information « *contrainte par le droit* » au droit de savoir « *stricto sensu* » qui se rattache « *à la catégorie des droits subjectifs* » (A. Lepage, « Avant-propos », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010*, 3^{ème} partie, étude : le droit de savoir, p. 84).

³⁵⁷⁷ M. Fabre-Magnan, « Le dommage existentiel », D. 2010, p. 2376 et s. (spéc. p. 2376 : « *l'inflation nominaliste est sans fin, comme les douleurs morales et psychologiques : la peine, la honte, l'indignation, le stress, la crainte, le doute, l'angoisse, la fatigue, ou encore, mais la liste est loin d'être close, l'ennui ou le dégoût* »). Certes « *le fait de donner un nom à sa souffrance ne doit dès lors pas être une justification suffisante à sa réparation* », mais l'on voit bien ici la différence entre le degré de réalisme du préjudice d'impréparation, et celui dont serait empreint, pour reprendre un cas ultérieur cité par la même étude, le « *droit au bonheur* ».

³⁵⁷⁸ Quoi que l'on pourrait d'emblée nuancer le propos, puisqu'il nous faut rappeler que les conditions de caractérisation de la partie faible empêchent les demandes de mauvaise foi, du moins autant que possible (V. not. *supra* nos 624 et s., 876 et s.).

1019. – L’automaticité de l’existence d’un préjudice reporte l’attention sur la question bien plus centrale de l’évaluation. Ainsi, « *respectable en son fondement, l’idée d’accorder réparation doit encore pouvoir s’appliquer, ce qui suppose que la mesure d’un préjudice soit établie avec certitude. Le juge doit donc rechercher si le préjudice existe, autrement dit si la victime ressent une diminution de son bien-être, souffre de ne plus pouvoir comme avant jouir des joies de l’existence. Ne pas procéder à cette recherche serait confondre la cause du préjudice* »³⁵⁷⁹. Or vient-on de montrer qu’il y a bien ici un préjudice certain. Dès lors, la véritable question qui subsiste n’est plus celle de l’admission intellectuelle de l’indemnisation de tels préjudices, mais bien davantage celle de leur évaluation.

2 - *Évaluation du préjudice subi*

1020. – Plan. L’appréciation de « *la mesure du préjudice contractuel* » est, dans un dernier temps de réflexion, indispensable³⁵⁸⁰. Cette considération est de bon sens : il ne suffit pas de détecter un préjudice pour rendre la justice, encore faut-il le réparer, le mieux possible³⁵⁸¹. L’évaluation du préjudice relève en outre des juges du fond³⁵⁸². A ce titre, et pour s’imaginer le cadre de leur souveraineté, l’on développera les questions d’évaluation relatives à la perte de chance (a), au préjudice d’impréparation (b), et enfin au préjudice résultant de l’atteinte au droit subjectif à l’information (c).

a – *Évaluation du préjudice découlant de la perte de chance*

1021. – Généralités. Difficultés connues de l’évaluation de la perte de chance. La chance n’est jamais sûre. L’on n’ignore pas que c’est « *l’importance de l’aléa qui constitue la mesure de la chance perdue par la victime* », et que « *la réparation de la perte d’une chance est proportionnelle à la chance perdue* »³⁵⁸³. L’indemnisation de la perte de chance pose donc nécessairement certaines difficultés, précisément du fait de l’évaluation de la valeur de la chance placée au cœur du concept. Toutefois, même faible, la perte de chance est actuellement plus que jamais indemnisable³⁵⁸⁴. Ceci étant dit, et en ayant à l’esprit que ces questions d’estimation sont laissées à l’appréciation souveraine des juges du fond³⁵⁸⁵, l’on comprend mieux pourquoi l’on doit parler tout à la fois de difficultés (quant à la mesure d’une probabilité dont on ne connaîtra jamais au total la substance) et de disparités (intrinsèques, on ne l’a que trop vu à propos, notamment, de l’attribution de la protection aux professionnels-consommateurs par les juridictions du

³⁵⁷⁹ Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1560, p. 603

³⁵⁸⁰ Titre d’une étude consacrée à la question par A. Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. Gautier, LGDJ, 2007

³⁵⁸¹ Le préjudice subi en cas de réticence dolosive ne sera ici pas détaillée, en ce que cette dernière, si elle peut protéger des parties faibles, n’est pas une mesure particulière de protection du consentement, puisque relevant des vices du consentement et non de l’obligation d’information, spécifique à la partie faible

³⁵⁸² Le rôle de la Cour de cassation est en effet très limité, du fait du peu de règles de droit en matière de mesure du préjudice contractuel (A. Pinna, th. préc., nos 75 et s., p. 90 et s.).

³⁵⁸³ A. Pinna, th. préc., n° 287, p. 268 (et sur la question : ibid., nos 285 et s., p. 266 et s.).

³⁵⁸⁴ Il est vrai qu’il semble exister une tendance récente à l’extension significative de l’indemnisation de la perte de chance. V. not. Cass. 1^{re} civ., 16 janv. 2013 (12-14.439) : Bull. civ. I, n° 1 ; D. 2013, p. 619, obs. I. Gallmeister ; RCA 2013, RTD civ. 2013, p. 380, obs. P. Jourdain (« La perte d’une chance, même faible, est indemnisable ! », et la jurisprudence citée). V. encore plus récemment Cass. 2^e civ., 16 janv. 2014 (13-10.566) (affirmant que la victime de violences « *envisageait de reprendre l’activité de ses parents, forains, qu’il les aidait dans leur exploitation et que cette aide le formait à son futur métier ; que la cécité de son œil gauche, séquelle des violences subies, lui interdit de passer un permis de conduire poids-lourds, composante importante de l’exercice de la profession de forain ; qu’il peut se prévaloir d’une perte de chance de reprendre avec succès l’activité de ses parents* ». Cela va sans dire, la chance était ici bien hypothétique...).

³⁵⁸⁵ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 (03-15.740) : Bull. civ. I, n° 54 ; Dr. et patr., avr. 2005, p. 100, obs. F. Chabas

fond³⁵⁸⁶). Il faut néanmoins nuancer le propos. Il est vrai que la pratique de l'indemnisation de la perte de chance commence à être ancienne, et l'ensemble ainsi formé cristallise une certaine praticabilité de la méthode employée.

1022. – Modalités concrètes d'évaluation. Sur l'évaluation concrète, le préjudice ne pourra correspondre au dommage final³⁵⁸⁷. La perte de chance n'en constitue qu'une fraction, réduite précisément à la chance en cause³⁵⁸⁸. Ainsi synthétise-t-on de manière complète la réparation de la perte de chance : « *il est vrai que la perte d'une chance est un préjudice spécifique et autonome en ce sens qu'il ne doit pas être confondu avec le préjudice final et ne constitue pas une fraction de celui-ci. Mais, pour l'évaluation, la perte de chances d'éviter un dommage est nécessairement fonction de ce dommage ; l'indemnité qui la répare s'obtient par l'application à la valeur du dommage final d'un pourcentage représentant ces chances* »³⁵⁸⁹. C'est la raison pour laquelle l'aggravation ultérieure du préjudice final peut entraîner une révision du préjudice subi, au titre de la perte de chance³⁵⁹⁰. L'on voit que l'autonomie est en vérité toute relative face au lien étroit entretenu avec le préjudice final. Toutefois, cette autonomie reste vivace. L'on ne peut ainsi obtenir davantage que la chance blessée. Notamment, le bénéfice que le contractant aurait retiré du contrat passé, ou non, échappe à cette indemnisation³⁵⁹¹.

b – Evaluation du préjudice découlant de l'impréparation

1023. – Dimension patrimoniale. Entreprise relativement aisée. Pour ce qui est de la dimension potentiellement patrimoniale du préjudice d'impréparation, la démarche sera relativement aisée. Il suffira, pour les juges du fond à qui cette évaluation sera souverainement confiée, de déterminer la mesure des conséquences de l'absence de possibilité de s'être préparé au risque produit. Pour reprendre l'exemple de l'impossibilité d'avoir pris certaines dispositions professionnelles, il conviendra d'en déterminer les retombées patrimoniales, telle que la perte éventuelle de l'emploi, ou encore des éventuelles indemnités perdues.

1024. – Dimension morale. Entreprise moins aisée. Controverse ancienne. La démarche sera moins aisée pour ce qui est de la dimension morale de ce même préjudice. L'on peut toutefois rétorquer d'emblée que c'est le cas, au total, de tout préjudice qui induit une dimension morale³⁵⁹², « *objection pratique* » que l'on sait pour autant, et depuis longtemps maintenant, « *pas péremptoire* »³⁵⁹³. D'aucuns considèrent, à l'égard du préjudice moral, ce qui peut donc être transposé pour le préjudice

³⁵⁸⁶ V. *supra* nos 61 et s.

³⁵⁸⁷ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 7 fév. 1990 (88-14.797) : Bull. civ. I, n° 39 ; D. 1991, p. 183, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1992., obs. P. Jourdain (« *en manquant à son obligation d'éclairer M. Jugnet sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, M. Hérard a seulement privé ce malade d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles qui seules ont fait l'objet de la demande de M. Jugnet* »).

³⁵⁸⁸ V. not. pour un rappel clair sur ce point : Cass. 1^{re} civ., 16 juil. 1998 (96-15.380) : Bull. civ. I, n° 260 ; JCP G 1998, II, 10143, note D.-R. Martin. V. sur ce point Ph. Le Tourneau, op. cit., spéc. n° 1420, p. 559-560

³⁵⁸⁹ P. Jourdain, « Sur la perte d'une chance », RTD civ. 1992, p. 114

³⁵⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1989 (88-11.675) : Bull. civ. I, n° 230 ; D. 1991, p. 158, note G. Couturier ; D. 1991, p. 323, obs. J.-L. Aubert

³⁵⁹¹ Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1419, p. 558

³⁵⁹² Raison pour laquelle l'admission a été plus difficile et plus longue, car controversée. V. sur cette évolution Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1553, p. 600-602

³⁵⁹³ Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1555, p. 602

d'impréparation dans sa dimension morale, que son indemnisation, « loin d'apaiser la victime, ne peut que générer des sentiments ambigus : une indemnisation trop basse renverra à la victime l'image qu'elle ne vaut rien, et que ses malheurs ou handicaps ne sont rien d'autre que quelques milliers d'euros ; à l'inverse, une indemnisation trop haute pourrait provoquer le sentiment trouble d'une jouissance tirée du dommage survenu », et que « la multiplication des préjudices moraux réparables favorise également une certaine part de comédie et d'abus de la part des victimes, surtout à une époque favorable à l'attitude consumériste et victimaire »³⁵⁹⁴. Comme l'argent ne pourrait, en cette matière, réparer, mais peut uniquement compenser, l'on a trouvé indécent de lier l'argent et la personne³⁵⁹⁵. Ces inconvénients existent³⁵⁹⁶, mais sans une certaine confiance dans le juge pour les indemniser, le domaine même de la responsabilité serait nécessairement réduit à peau de chagrin. En outre, quels « *sentiments ambigus* » auraient les victimes, si les prétoires considéraient que le préjudice moral issu de ses souffrances ne constitue rien de réparable !

1025. – En outre, l'indemnisation du dommage moral est désormais fermement acquise et dès lors praticable (argument pragmatique). Ces réticences n'ont pas disparu³⁵⁹⁷, mais elles semblent dépassées, depuis aussi longtemps que les juges ont accepté d'indemniser les préjudices moraux. Or l'indemnisation du dommage moral est déjà ancienne³⁵⁹⁸, et désormais d'application relativement harmonieuse³⁵⁹⁹ : « *il ne fait aucun doute que le préjudice moral peut être réparé dans la responsabilité contractuelle comme dans la responsabilité délictuelle* »³⁶⁰⁰. Ceci est à dire, ce qui rejoint d'ailleurs la présente analyse, que l'on ne répare heureusement plus seulement « *la privation de la prestation attendue* » mais également « *les conséquences de cette privation* »³⁶⁰¹. Les déclinaisons sont légions, preuve que l'évaluation du dommage est indubitablement praticable³⁶⁰². Bien sûr, comme on l'a déjà brièvement vu, la difficulté d'« *estimer l'inestimable* »³⁶⁰³ ou de « *chiffrer l'incalculable* »³⁶⁰⁴ demeure pour une certaine part, et peut fonder l'hostilité, du moins une part de crainte. Convient-il pour autant *d'avouer nos propres limites* en la matière³⁶⁰⁵ ? Probablement pas : il convient simplement d'encadrer au mieux l'évaluation du préjudice. Comment, donc, évaluer le préjudice d'impréparation ?

³⁵⁹⁴ M. Fabre-Magnan, art. préc., p. 2382

³⁵⁹⁵ Th. Revet, « L'argent et la personne », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. I, Litec, 1998, p. 141 et s.

³⁵⁹⁶ V. aussi pour une autre critique M. Fabre-Magnan, loc. cit. (et not. : « *d'un point de vue anthropologique, la pente est sans doute régressive qui consiste, comme dans les sociétés archaïques, à vouloir trouver une cause (et donc un responsable) à tout malheur* »). Certes. Mais en l'occurrence, la faute, le responsable et le préjudice existent bel et bien : il ne s'agit donc pas d'une telle sorte d'acharnement régressif.

³⁵⁹⁷ V. not. Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1554, p. 601 (soulignant ce constat (V. les réf. citées à l'appui), et participant par ailleurs de cette opinion : « *Bien que le débat de principe ne soit toujours pas éteint, et que nous en souhaitons la suppression, l'indemnisation du préjudice moral est devenue monnaie courante (...)* »).

³⁵⁹⁸ Not. depuis Ch. réun., 25 juin 1833 : S. 1833, 1, p. 458, concl. A.-M. Dupin

³⁵⁹⁹ Sur ce constat, V. not. Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1554, p. 601

³⁶⁰⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 961, p. 515

³⁶⁰¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, loc. cit.

³⁶⁰² La mission est donc la suivante : « *l'appréciation du préjudice moral, même celui résultant du dommage corporel, se fait plutôt de façon subjective. Les juges doivent rechercher de façon concrète la souffrance intérieurement ressentie par la victime et qui est donc différente pour chaque personne* » (M. Fabre-Magnan, art. préc., p. 2383).

³⁶⁰³ Pour reprendre l'expression usitée par un auteur dans un autre thème : A. Bernard, « Estimer l'inestimable. Ou de l'indemnisation du propriétaire d'une œuvre d'art interdite d'exportation », RTD civ. 1995, p. 271 et s.

³⁶⁰⁴ Expression usitée dans un thème également légèrement différent : M. Fabre-Magnan, art. préc., p. 2383

³⁶⁰⁵ Ce qu'il vaudrait mieux faire, en matière d'indemnisation du préjudice moral, selon Ch. Atias (*Philosophie du droit*, PUF, 2^{ème} éd., 2004, n° 64, p. 253).

1026. – Modalités concrètes d'évaluation. Prisme de l'expérience du préjudice moral en général.

Question des barèmes. Tout d'abord, l'on peut tirer de l'analogie certaine avec le préjudice moral certains enseignements, tirés eux-mêmes de la pratique de l'indemnisation du dommage moral. L'on remarque en effet qu'il existe *de facto* des sortes de barèmes d'indemnisation, d'utilisation commune mais de caractère plus ou moins officieux³⁶⁰⁶. Ils sont en partie fondés sur les précédents jurisprudentiels des juges du fond, et favorisés d'autant que l'information par les bases de données connaît son âge d'or, tout comme la diffusion du propos juridique au sens large. Ces nouveaux outils, et le classement qu'ils induisent, ont convaincu, par la constatation de certaines systématisations. Certains furent dès lors diffusés³⁶⁰⁷. Se pose alors en creux la question d'une jurisprudence d'appel³⁶⁰⁸. Lorsque le préjudice moral découle d'un dommage corporel (surtout en matière médicale), ces barèmes sont encore plus identifiables, mais bien sûr ne lient toujours pas le juge, bien que leur « *officialisation est dans l'air du temps* »³⁶⁰⁹. Les experts en ont en effet établi, le plus répandu semblant ainsi répartir de tels préjudices en sept degrés, construits à partir de critères objectifs (intensité de la souffrance, durée, etc...). Le juge pourra, à l'issue du rapport d'expertise, parachever la personnalisation de l'évaluation (et donc, de l'indemnisation)³⁶¹⁰.

1027. – Appréciation critique. Le système reste assez officieux – bien que pratiqué –, car le juge ne doit pas sembler abandonner ses pouvoirs au profit d'auxiliaires de justice³⁶¹¹. Sous cette réserve, ce procédé est relativement satisfaisant. *Relativement*, parce qu'une sorte de barème de la souffrance morale peut engendrer une limitation de ce type d'indemnisation, et donc réduire la marge des juges pour apprécier les subtilités de chaque cas, par essence différent, entre autres choses³⁶¹². *Satisfaisant*, parce que son aspect officieux permet précisément de laisser une marge au juge (que certains utilisent pour dénoncer l'indemnisation de tels préjudices³⁶¹³). C'est ainsi que, peut-être nécessairement, « *sous couvert*

³⁶⁰⁶ L'aspect officieux préside essentiellement pour ce qui est du préjudice moral en tant que tel (par opposition à celui qui découlerait d'une atteinte corporelle, comme à la suite d'une intervention loupée). V. sur ce point, soulignant un usage « *aussi constant qu'officieux* » : Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1555, p. 602

³⁶⁰⁷ V., pour un exemple assez détaillé, en ce qui concerne le préjudice moral dit « *d'affection* » : <http://www.association-aide-victimes.fr/prejudice-moral-AAF.htm>, correspondant « *à la peine et la douleur d'avoir perdu un être cher ou de le voir diminué* ». Il est toutefois précisé que le barème est précisé « *à titre indicatif* », et sous forme de fourchettes (par ex., de 20 000€ à 30 000€ pour le préjudice moral du conjoint (ou concubin) en cas de décès de l'autre conjoint).

³⁶⁰⁸ Ch. Lahrer-Loyer, « La jurisprudence d'appel », JCP G 1989, I, 3407, affirmant, notamment, que « *la complexité des recherches techniques ne doit pas faire oublier l'aridité du travail d'analyse des documents, travail auquel il paraît difficile d'échapper surtout pour les arrêts de Cours d'appel dont la longueur exclut l'enregistrement en texte intégral. Tâche longue et fastidieuse, sans cesse à recommencer et jamais terminée* » (...). « *Toutes ces difficultés n'ont pas fait sombrer les banques de données. Bien plus et à leur suite se sont multipliées les revues de jurisprudence régionale et les recueils d'évaluations chiffrées. Si le rôle des Cours d'appel se bornait à trancher des litiges individuels, ces publications, ces banques de données ne rencontreraient pas un tel succès. Ce succès repose la question de l'existence d'une jurisprudence d'appel* ».

³⁶⁰⁹ Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1555, p. 602 (« *Son officialisation [ce type de procédé, par barème] est dans l'air du temps en matière de dommages corporels* »). *Adde* sur ce point spécifique *ibid.*, n° 2516, p. 903-904

³⁶¹⁰ V. sur ce point G. Viney, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010, spéc. n° 122, p. 297-299

³⁶¹¹ V. not. M. Fabre-Magnan, art. préc., p. 2383 (et not. : « *l'utilisation de barèmes est classiquement prohibée en droit français dans la mesure où les juges qui s'y réfèrent renonceraient par là même indûment à leur pouvoir souverain d'appréciation. Dès lors, même si, de fait, les juges du fond s'en inspirent, ils ne doivent pas le dire officiellement pour ne pas risquer la censure de la Cour de cassation* »). Entendons-nous bien : il est officieux, en ce qui concerne l'évaluation du dommage moral au plan général. En ce qui concerne l'hypothèse où il résulte d'un préjudice personnel (comme on l'a vu), alors les barèmes ne sont absolument pas une réalité cachée.

³⁶¹² Et également traduire un manque de tact blâmable, étant donné les enjeux concernés : « *les barèmes ont l'inconvénient majeur d'une certaine brutalité : la fixité du chiffre correspondant à un certain préjudice moral conduit à une marchandisation de choses sans prix et donne l'illusion d'une juste évaluation du type de préjudice subi par la victime. On en déduit combien « vaut » un bras, un œil ou, pire encore, la perte d'un enfant ou d'un parent* » (M. Fabre-Magnan, loc. cit.).

³⁶¹³ L'on pourrait par exemple effectivement arguer qu'« *il ne semble cependant pas y avoir de bon système car, à l'inverse, l'absence de*

de réparation appropriée, se cache souvent l'octroi d'un forfait, qui joue lui-même le rôle d'une sorte de peine privée »³⁶¹⁴. Mais ceci est un autre débat que nous ne pouvons convoquer ici³⁶¹⁵.

1028. – La voie idoine : des barèmes souples ? En définitive, l'on pourrait idéalement se servir des précédents de la « *jurisprudence d'appel* », pour déterminer une sorte de marge dans laquelle on pourrait parler de dénominateur commun, à dessein d'établir le montant du préjudice subi en fonction des cas. Ce serait ainsi approuver en partie le système des barèmes, dans une acception plus souple. Ceci laisserait notamment au juge le choix d'une éventuelle modulation, en fonction des circonstances plus ou moins graves dans lesquelles ce préjudice a été causé. Il appartiendrait alors à la jurisprudence de préciser toute la portée de cette règle.

1029. – Modalités concrètes d'évaluation. Cas spécifique de l'impréparation. Une question en suspens ? En dehors de cette analogie avec le régime du préjudice moral, qu'en est-il spécifiquement du préjudice d'impréparation ? La difficulté réside dans le fait que ses applications encore rares. C'est ainsi qu'on le retrouve partout en doctrine, à propos des arrêts de 2010 et 2012 en matière médicale, mais que bien peu de précisions sont tentées pour en décrire l'évaluation potentielle. Cette question, en cette matière, est donc relativement « *en suspens* »³⁶¹⁶.

1030. – Premières pistes. D'aucuns préconisent, malgré la difficulté anticipée « *d'identifier des critères pertinents à partir desquels statuer* », la prise en compte de la gravité du dommage corporel subi par la victime (issu du risque réalisé), ou encore de son âge³⁶¹⁷. C'est-à-dire, au total, une démarche calquée sur celle de l'évaluation du préjudice moral plus généralement. Ceci ne serait guère farfelu. En pratique, la seule piste prétorienne connue pour l'instant est celle d'une décision des juges du fond rendue sur renvoi de l'arrêt désormais fameux du 3 juin 2010³⁶¹⁸. Ceux-ci ont retenu une indemnisation de 15 000 € à la victime, âgée d'une soixantaine d'années³⁶¹⁹. Il est presque impossible de porter un jugement de valeur sur le degré d'exactitude d'une telle indemnisation. Elle semble en tout cas loin d'être dérisoire, et tendre vers une indemnisation sérieuse des conséquences dommageables subies dans le cadre d'une telle impréparation³⁶²⁰. En outre, il ne semblait s'agir en l'espèce que d'une impréparation morale, et non

barème comporte d'autres inconvénients. L'affirmation que chaque cas est un cas particulier véhicule d'abord l'idée que les personnes ne seraient pas toutes égales » (M. Fabre-Magnan, art. préc., p. 2383).

³⁶¹⁴ Ph. Le Tourneau, op. cit., n° 1555, p. 602 ; V. aussi F. Arhab-Girardin, note sous Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2014, préc. (et not. « Une telle conception apparaît clairement comme une manifestation de la fonction de peine privée de la responsabilité civile car il s'agit de sanctionner la méconnaissance de la volonté éclairée du patient plus que de réparer »).

³⁶¹⁵ V. not. sur la notion de peine privée, D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, LGDJ, 1992, spéc. nos 538 et s., p. 310 et s. (ainsi que les réf. citées, renvoyant aux œuvres pionnières en la matière, dès le début du XX^e siècle). V. sur l'ensemble de la question G. Viney, op. cit., nos 4 et s., p. 4 et s. (ainsi que les réf. citées, not., déjà, la thèse de L. Huguency en 1904 (*L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Dijon), et, bien plus proche de nous, la thèse de S. Carval, en 1995 (*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ)).

³⁶¹⁶ C. Lantero, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc.

³⁶¹⁷ O. Gout et S. Porchy-Simon, « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient », in *Responsabilité médicale et accidents médicaux*, Séminaire de Louvain (GRECA) des 13 et 14 septembre 2013, n° 29

³⁶¹⁸ Le récent arrêt Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2014, préc. énonçant une solution fort intéressante, cette dernière n'étant malheureusement pas applicable au litige concerné.

³⁶¹⁹ CA Toulouse, 18 juin 2012 (n° JurisData : 2012-013989) : RCA sept. 2012, n° 247, note S. Hoquet-Berg

³⁶²⁰ La note préc. de S. Hoquet-Berg est très instructive, surtout au stade des balbutiements pratiques de la solution initiée en 2010 par la Haute cour. Et not. : « D'abord, rien ne permet de savoir comment les juges du fond ont chiffré le préjudice résultant du défaut d'information à la somme de 15 000 €. Pourquoi ne pas avoir retenu la somme de 50 000 €, comme le demandait la victime ou celle de 1 000 €, maximum auquel le responsable évaluait la valeur de ce préjudice ? (...). Par ailleurs, la somme de 15 000 € correspond, selon

matérielle, dimension que peut intégrer potentiellement, comme on l'a vu, le préjudice d'impréparation. Il est vrai, en définitive, que dans le flou du système des barèmes, et devant l'insaisissabilité d'un tel préjudice, des divergences entre les juridictions du fond risquent fort de se développer³⁶²¹. Mais ceci, comme on l'a dit, ne peut être considéré comme réhibitioire.

c – Evaluation du préjudice découlant de l'atteinte au droit subjectif à l'information

1031. – Un préjudice a priori égal pour tous. Gardons à l'esprit que le préjudice subi ici ne constitue que le ressentiment à l'idée de consentement négligé. Ceci est donc bien distinct de l'impréparation psychologique à la réalisation d'un risque. Partant, ce préjudice est, d'une part, moindre et, d'autre part, nécessairement égal pour tous.

1032. – Pas de point de repère spécifique en pratique. Il existe encore moins de points de références concrets concernant l'évaluation de ce préjudice qu'en matière d'impréparation. Ceci est dû au fait que son existence même est nettement incertaine en droit positif actuellement. Il va donc de soi que les précédents sont encore difficiles à distinguer.

1033. – Proposition de piste. Indemnisation symbolique. Analogie avec les droits de la personnalité. Ceci étant dit, une voie de compromis pourrait être envisagée, par le biais d'une indemnisation symbolique³⁶²², comme c'est parfois le cas en matière d'atteinte aux droits de la personnalité. Au demeurant, la solution serait cohérente : l'information sanctionnée jusque dans ces conditions ne participe-t-elle pas, au fond, de la même démarche que ces droits, garantissant « à chaque individu de se sentir pris en considération à sa juste valeur d'être humain »³⁶²³ ? L'indemnisation ne serait ainsi pas exagérée, eu égard à la nature du préjudice, né du seul manquement à l'information en l'absence de tout risque et de toute faute dans l'exécution de la prestation. Néanmoins, elle resterait toutefois importante au plan idéologique, car elle reviendrait à stimuler l'intensité de l'égard conféré à l'intégrité du consentement³⁶²⁴.

le référentiel d'indemnisation de l'ONIAM (www.oniam.fr/IMG/referentiels/refam010911.pdf), à des souffrances physiques et psychiques évaluées à 6 sur une échelle de 7. C'est aussi, selon cette même source, celle qui répare le préjudice résultant du décès d'un conjoint ou, s'agissant d'une victime mineure, de celui d'un de ses parents. Peut-on réellement considérer que ces dommages sont d'une gravité équivalente à celle résultant de l'absence de connaissance du risque de devenir impuissant ? ».

³⁶²¹ V. en ce sens S. Hoquet-Berg, not. préc. (et not. : « *Quels peuvent être d'ailleurs les repères des juges du fond, dès lors que la plupart d'entre eux sont hostiles à une « barématisation » des dommages ou même à un référentiel d'indemnisation ? On peut craindre, compte tenu de l'absence de contrôle de la Cour de cassation sur le quantum des sommes allouées, une forte disparité entre les décisions, certains juges considérant – prenant toutefois garde à ne pas le dire – que la réparation doit être symbolique, d'autres considérant qu'il s'agit là d'une atteinte intolérable à un droit du patient* »).

³⁶²² V. not. en ce sens F. Arhab-Girardin, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc. (et not. : « *Si une telle interprétation devait être retenue, le montant des dommages-intérêts ne pourrait qu'être symbolique* »).

³⁶²³ S. Hocquet-Berg, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.* 10 sept. 1998, p. 1127 (citant G. Goubeaux, à propos des droits de la personnalité).

³⁶²⁴ V. not. en ce sens F. Arhab-Girardin, note préc. (la solution, « *extrêmement rigoureuse pour la profession médicale* », donne néanmoins « *toute sa vigueur au devoir d'humanisme et à la libre décision du patient* »). Il est vrai qu'un tel préjudice, après tout, « *s'enracine dans l'atteinte à l'autonomie du patient et à sa liberté de choix : le non-respect de la volonté serait en soi un préjudice* » (P. Jourdain, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, préc.).

1034. – Evaluation concrète. Cette indemnisation symbolique ne serait pas nécessairement d'un euro, comme c'est parfois le cas, et comme l'on pourrait immédiatement l'affirmer de manière critique. Elle pourrait être constituée par une somme forfaitaire, en raison de sa nature et pour les raisons développées. Cette somme pourrait malgré tout être modulée dans une mesure raisonnable, en fonction de la gravité de la faute en cause, découlant du manquement à l'obligation d'information. Cette intensité pourrait effectivement varier selon le degré de négligence. De plus, cette marge laissée au juge serait fort utile, du fait que la construction concerne ici la partie faible générique, et non le seul cas du patient en matière médicale. De ce fait, elle pourrait utilement jouer le rôle de variable d'ajustement entre manquement plus (par exemple, en matière médicale) ou moins (par exemple, dans une petite vente) grave.

§II – Un système de clauses excessives³⁶²⁵

1035. – Plan. Un plan somme toute classique sera retenu pour traiter le thème des clauses excessives. Il faudra d'abord préciser les conditions de leur identification (A), avant de se pencher, ensuite, sur la question de leur sanction (B).

A – L'identification des clauses excessives

1036. – Plan. L'identification des clauses excessives passe inévitablement par deux questions distinctes. Celle, d'abord, des conditions de leur qualification (1). Celle, ensuite, des modalités de leur détection (2).

1 – La qualification des clauses excessives

1037. – Plan. La qualification dépend d'abord de la substance que l'on donne à cette notion de clause excessive (a). Des précisions concernant le domaine d'application suivront inmanquablement, pour en préciser le terrain d'élection (b).

a – La substance des clauses excessives

1038. – Critère de définition. Point de départ. Législation consumériste et droit commun contractuel prospectif. Du déséquilibre significatif à l'avantage excessif. Sur ce qui est du critère devant amener à qualifier matériellement une clause excessive, il existe un certain consensus transcendant les matières : la notion de déséquilibre significatif³⁶²⁶. Cette notion paraît appropriée³⁶²⁷.

³⁶²⁵ Nous ne reviendrons pas ici sur cette terminologie, qui a fait l'objet de justifications spécifiques (V. *supra* nos 886 et s.).

³⁶²⁶ C'est ainsi que l'art. L. 132-1 al. 1^{er} C. consom. prévoit que « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». L'avant-projet de réforme du droit des contrats énonce qu' « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée (...) » (art. 1169 du projet Chancellerie IV (2015) ; ceci constitue, au moins sur ce point, l'exacte reprise des travaux précédents : V. l'art. 77 du projet Chancellerie III (2013) ; l'art. 79 du projet Chancellerie II (2009)). V. not. sur la notion P. Catala, « Des

Du moins, en ressort-il une idée satisfaisante, selon laquelle la clause ne doit être éradiquée, et donc perturber la force obligatoire des contrats, que lorsqu'elle fait naître une disharmonie exagérée, invraisemblable ou intolérable. On ne retiendra pour autant que l'idéologie, pas la terminologie : à clauses excessives, avantage excessif³⁶²⁸. On en plaidera donc l'emploi, à l'instar, en outre, du domaine des clauses pénales, en droit commun³⁶²⁹. Ce déséquilibre n'a selon nous, rappelons-le, rien à voir avec un problème de proportionnalité³⁶³⁰.

1039. – Précision terminologique. Pour *objet* et/ou pour *effet* ? Une légère précision s'impose à un autre égard. L'on sait que l'article L. 132-1 du Code de la consommation précise notamment que les clauses abusives sont celles qui ont « *pour objet ou pour effet* »³⁶³¹ de créer un déséquilibre significatif. L'inutilité de cette précision semble postuler sa propre éviction. Mieux vaut-il ainsi considérer simplement qu'est excessive la clause qui *crée* un avantage excessif³⁶³².

1040. – Eviction de la référence à la bonne foi. Alignement sur le droit interne de la consommation. L'on suivra la voie consumériste interne qui a « *sagement fait l'économie* »³⁶³³ de la référence à la bonne foi contractuelle, que l'on trouvait pourtant dans la directive de 1993³⁶³⁴. Et ce pour une raison simple, exprimée distinctement par M. Mazeaud : « *elle n'aurait rien apporté en termes de protection et aurait, un peu plus encore, nui à l'impératif de sécurité juridique* »³⁶³⁵. En effet, cela aurait même

contrats déséquilibrés », in *Etudes à la mémoire de F. Ch. Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 77 et s.

³⁶²⁷ D'aucuns critiquent au contraire la notion, trop imprécise et donc trop incertaine (V. not. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, spéc. nos 400 et s., p. 328 et s. (et les réf. citées, révélant l'appui de certains des premiers commentateurs de la loi de 1978)). Ces critiques (incertitudes sur la conception du déséquilibre significatif (ibid., nos 403 et s., p. 330 et s.) ou manque de praticabilité (ibid., nos 411 et s., p. 336 et s.)) ont évidemment une importante part de vérité. Pour autant, elles ne doivent pas, nous semble-t-il, être exagérées. Bien sûr des difficultés existent, et avec elles certaines digressions et confusions prétoriennes, au reste inhérentes à la jurisprudence contractuelle contemporaine. Au-delà, il nous semble que la pratique des clauses abusives semble bien contenir une idée suffisamment précise, et dès lors suffisamment prévisible, du déséquilibre significatif (celle d'ailleurs que nous rejoignons) : un avantage intolérable, injuste, en bref excessif. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2012 (11-27.766) : Bull. civ. I, n° 260 ; D. 2013, p. 818, note P. Lemay ; ibid., p. 949, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; JCP G 2013, 140, note G. Paisant ; CCC 2013, n° 65, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2013, p. 493, obs. S. Piedelièvre (il ressort distinctement que de telles dispositions, bien que sous-tendues par un motif tout à fait légitime, engendrent un avantage manifestement excessif au profit de l'établissement. Il y a donc moins ici la sanction d'un déséquilibre économique dans les prestations réciproques, que l'éradication d'une clause qui génère un avantage excessif, au profit d'une des parties, indépendamment du fait que celui-ci soit en l'occurrence de nature économique, ce qui est au reste un référentiel tout à fait concevable pour apprécier un tel excès sans pour autant tomber dans une lésion déguisée). D'ailleurs, il nous semble que la synthèse de la pratique des clauses abusives révèle cette praticabilité (Ph. Stoffel-Munck, th. préc., spéc. nos 422 et s., p. 342 et s.).

³⁶²⁸ Qu'une doctrine autorisée ne trouve pas plus clair que le déséquilibre significatif (V. not. Ph. Stoffel-Munck, th. préc., spéc. n° 401, p. 329). Renvoyons donc aux développements dans lesquels nous précisons autant que possible l'idée que nous nous faisons de cet avantage excessif (V. *supra* nos 886 et s.).

³⁶²⁹ L'on approuvera donc J.-P. Chazal, qui synthétise remarquablement cet ensemble, en affirmant qu'« *Une simple disproportion au détriment du consommateur ne suffit pas à caractériser un abus, car il s'agit moins d'assigner au juge la mission de rechercher l'équilibre dans le contrat - ce qui relève de l'utopie - que de lui donner les moyens juridiques de sanctionner les abus manifestes, intolérables. À cet égard, il est possible de rapprocher la notion de déséquilibre significatif avec celle d'excès manifeste, en vigueur pour les clauses pénales (C. civ., art. 1152, al. 2) et de se demander si, au-delà des nuances sémantiques, la jurisprudence n'harmonisera pas au fil du temps ces différents régimes* » (J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « Clauses abusives », sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 54).

³⁶³⁰ Comme il a été vu, *supra* nos 886 et s. (et en cohérence avec la démarche de la présente étude, tendant au rejet de tout principe de proportionnalité : V. *supra* nos 43-44).

³⁶³¹ Art. L. 132-1 al. 1^{er} C. consom.

³⁶³² V. sur ce point notre proposition de codification, *infra* n° 1140

³⁶³³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 324, p. 339

³⁶³⁴ Dir. 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, art. 3.1 : « *Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ».

³⁶³⁵ D. Mazeaud, « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », Droit et

probablement joué en défaveur du consommateur (et *a fortiori*, de la partie faible), puisque des pourvois auraient sans doute argué de la preuve indispensable d'un manquement à la bonne foi, condition, donc, supplémentaire pour bénéficier de la protection. La sécurité juridique aurait en outre effectivement souffert de l'imprécision que l'on connaît du concept de bonne foi, du moins si on l'érigéait en fondement exprès davantage qu'en ligne directrice de fond³⁶³⁶. Pour notre part, nous avons préféré fonder la protection du faible en matière contractuelle autrement³⁶³⁷.

b – Le domaine des clauses excessives

1041. – Domaine *ratione materiae*. Le contrat au sens large. Le libéralisme consumériste³⁶³⁸ sur ce point est inspirant, qui fixe le principe selon lequel « *Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat* »³⁶³⁹. La prescription paraît apporter des précisions très éclairantes et peu encombrantes. Elle renferme en effet une clarification à même d'éviter un certain contentieux relatif au support du contrat dont on peut prédire la cristallisation en l'absence d'une telle précision. L'ère de l'électronique et de la diversification des documents contractuels³⁶⁴⁰ plaide dans le même sens de la nécessité d'une telle précision³⁶⁴¹. Pour autant, la précision, aussi salutaire soit-elle, semble de bon sens. Nous la suggérons donc au sein de ces développements, mais ne la reprendrons donc pas dans nos propositions de codification, à l'instar des avant-projets de réforme du droit des contrats³⁶⁴².

1042. – Et donc les clauses au sens large. Au-delà des questions de supports du contrat, la proposition règle également d'éventuels problèmes tenant à la forme contractuelle. En effet, d'aucuns considèrent que la sanction du *réputé non-écrit* induirait que seules les clauses *écrites* puissent commander la protection contre les clauses abusives³⁶⁴³. L'on rejoindra le point de vue contraire de M. Chazal, selon lequel « *L'argument exégétique n'emporte guère la conviction. Une clause peut être oralement convenue et on ne voit pas pourquoi, si elle est abusive, elle ne pourrait être éradiquée judiciairement. La difficulté pour prouver le contenu d'une clause n'équivaut pas à une impossibilité, de sorte qu'il n'est pas impensable que le consommateur se heurte à une clause abusive non écrite, mais dont le contenu est prouvé* »³⁶⁴⁴. Peu importe donc, nous semble-t-il, la nature des documents contractuels et leur mode d'élaboration³⁶⁴⁵.

patr. juin 1995, p. 47. *Adde* dans le même sens G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », D. 1995, spéc. p. 100, n° 8

³⁶³⁶ V. *supra* nos 792-793

³⁶³⁷ V. *supra* nos 733 et s.

³⁶³⁸ Sur lequel V. not. G. Paisant, art. préc., p. 99 et s.

³⁶³⁹ Art. L. 132-1 al. 4 C. consom.

³⁶⁴⁰ Sur lesquels V. not. l'étude consacrée par F. Labarthe (*La notion de documents contractuels*, LGDJ, 1994).

³⁶⁴¹ On n'ira pas jusqu'à reprendre la liste d'exemples du droit de la consommation, car la logique civiliste est d'énoncer un principe concis. L'on constatera tout de même que cette ébauche de liste atteste de la diversité des supports pouvant être impliqués : l'art. L. 132-1 al. 4 C. consom. affirme qu'il en va ainsi notamment « *des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets* » ou bien sûr, encore, des conditions générales préétablies.

³⁶⁴² Cela n'y figure en effet nulle part (V. not. l'art. 1169 du projet Chancellerie IV (2015) ; l'art. 77 du projet Chancellerie III (2013) ; l'art. 79 du projet Chancellerie II (2009)).

³⁶⁴³ J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 180, p. 217 (« *Le système du Code de la consommation est applicable à toutes sortes de clauses contractuelles, du moment qu'elles sont écrites* »).

³⁶⁴⁴ J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, préc., n° 37

³⁶⁴⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 323, p. 339

1043. – Illustration de l’amplitude de l’acceptation de la clause. Le compromis d’arbitrage. Un exemple concret permettra de bien fixer la nécessaire amplitude avec laquelle il faut envisager la clause contractuelle, telle que visée par le mécanisme de protection que nous développons : le compromis d’arbitrage. Il semble que les juges du droit de la consommation n’aient pas saisi l’opportunité d’appliquer les clauses abusives, en raison d’une vision restrictive de la notion de clause. C’est ainsi que la Haute Cour a pu sanctionner des juges d’appel d’avoir accepté d’appliquer les clauses abusives de l’article L. 132-1 du Code de la consommation, dans une espèce où un assureur et un assuré avaient conclu un compromis d’arbitrage, en dehors de toute clause compromissoire insérée dans le contrat d’assurance³⁶⁴⁶. Pour une doctrine autorisée, « *Ce point de vue est justifié. Pour qu’il y ait clause abusive, il faut qu’il y ait clause* »³⁶⁴⁷.

1044. – La clause est vaste : tout à la fois, elle forme et surpasse le contrat. L’on comprend bien l’argument développé. Mais il ne nous semble pas décisif. Un compromis d’arbitrage, comme tout contrat, est précisément rempli de ces indispensables clauses. Et pour cause : elles sont telles, parce qu’elles répondent tout à la fois à un critère formel (elles sont contenues dans le contrat) et un critère intellectuel (elles créent des effets de droit)³⁶⁴⁸. C’est en ce sens que la notion de clause est vaste : tout à la fois, elle forme et surpasse le contrat³⁶⁴⁹. Le compromis d’arbitrage nous semble donc bien devoir être admis comme un ensemble des clauses, parce qu’il y a là un contenu contractuel (aspect formel), créateur d’effets de droit (aspect intellectuel)³⁶⁵⁰. En conséquence, il suffira de prétendre que l’une d’entre elles³⁶⁵¹ est excessive. Passons un instant l’étape du refus d’application des juges de la législation protectrice, que se passerait-il ? La clause serait probablement déclarée excessive, à l’aune des circonstances l’entourant (et notamment la détection, le cas échéant, d’une partie faible). Le cas échéant, le contrat ne pourrait valablement subsister sans une telle clause dès lors réputée non écrite : le contrat devrait alors être annulé³⁶⁵², au titre de l’exception que nous venons de développer. L’on en voit alors

³⁶⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010 (09-12.126) : Bull. civ. I, n° 49 ; D. 2011, p. 977, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2010, p. 323, obs. B. Fages ; RTD com. 2010, p. 774, obs. B. Bouloc ; JCP G 2010, 659, note J. Pélissier ; JCP E 2010, 1818, note G. Helleringer ; Dr. et patr. juil.-août 2010, p. 106, obs. L. Aynès ; RDC 2010, p. 886, note N. Sauphanor-Brouillaud ; LEDC, 01 avr. 2010, p. 3, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RLDA avr. 2010, p. 47, obs. C. Anadon ; RLDC avr. 2010, p. 13, obs. C. Le Gallou (« *le compromis d’arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d’assurance, entre l’assureur et l’assuré après la naissance d’un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, et n’est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens du texte visé (...)* »).

³⁶⁴⁷ B. Fages, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, préc.

³⁶⁴⁸ V. not. la pénétrante étude de M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », RDC 2006, p. 1051 et s., spéc. p. 1053 (à l’appui, essentiellement, de la th. de G. Arbant-Michel).

³⁶⁴⁹ Lire not. l’élégante synthèse de M.-A. Frison-Roche, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », RTD civ. 1998, spéc. p. 49, n° 16 (et not. : « *D’une façon plus générale, alors que le contrat classique pouvait prétendre être plus que l’addition de ses clauses, symétriquement la clause peut aujourd’hui être plus qu’une division syntaxique du contrat* ») ; Adde celle de M. Mekki (art. préc., spéc. p. 1055, et not. : « *Il n’en reste pas moins que la clause continue d’être étroitement liée au contrat auquel elle se rattache. Elle « relève » du contrat, même si elle ne se confond pas avec lui* »).

³⁶⁵⁰ V. contra N. Sauphanor-Brouillaud, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010, préc. (et not. : « *L’analogie avec le droit des contrats s’arrête cependant là puisque les termes du compromis ne sont pas des clauses mais des modalités procédurales (...)* »).

³⁶⁵¹ Par exemple, et surtout, la clause qui précise où se tiendra l’arbitrage. Il est vrai que ceci constitue en outre effectivement la source d’excès la plus plausible. L’on peut aussi penser à celle qui désigne les arbitres, à laquelle le rattachement de l’excès de l’arbitrage est toutefois plus ténu. L’on ne pourra en revanche pas invoquer la clause du contrat précisant son objet, en l’occurrence le compromis (l’appréciation ne peut porter sur l’objet principal), ni sur les clauses, le cas échéant, qui précisaient les rémunérations (l’appréciation ne peut porter sur l’adéquation du prix avec le bien ou le service offerts). La marge est donc réduite, mais elle existe. Par ailleurs, l’invocation du dol restera possible, si les honoraires sont si élevés que l’on peut démontrer que l’information a été tue intentionnellement par la partie forte. Sans parler de l’obligation d’information de la partie faible, qui subsisterait et engendrerait des dommages et intérêts conséquents, le cas échéant : c’est que les clauses abusives ne sont pas seules à protéger le consentement de la partie faible.

³⁶⁵² Et il ne s’agirait, comme d’aucuns l’ont énoncé, d’appliquer la sanction du non-écrit à un contrat entier (V. sur ce point B.

tout à la fois l'utilité et les potentialités.

1045. – Au-delà des seuls contrats d'adhésion. S'émanciper du contrat d'adhésion, du moins en termes de lien irréfragable, n'est qu'une conséquence de ce qui a été dit pour la caractérisation même de la partie faible³⁶⁵³. D'ailleurs, on lit souvent que la directive de 1993 sur les clauses abusives (en droit de la consommation) a fondé la protection des consommateurs en partie sur le contrat d'adhésion, contrairement au droit français qui n'aurait pas retenu cette démarche. Ceci n'est que partiellement vrai. La directive a seulement érigé le contrat d'adhésion en présomption simple de caractérisation d'une des conditions de la détection des clauses abusives, tenant à l'absence de négociation individuelle³⁶⁵⁴. Même admis, reste donc encore en tout état de cause à prouver l'existence d'un déséquilibre significatif³⁶⁵⁵. Il est vrai, par ailleurs, que le droit français a marqué distinctement son indifférence au contrat d'adhésion, du moins au plan textuel³⁶⁵⁶. En ce qui concerne la partie faible générique, le mécanisme est légèrement différent, mais l'idée reste la même. Ainsi, c'est au stade de sa caractérisation que le contrat d'adhésion jouera son rôle. Au stade de l'application des clauses excessives, ne subsistera donc que la preuve du déséquilibre significatif, autrement dit de l'avantage excessif.

1046. – Domaine *ratione personae*. Seulement la partie faible. Il y a quelques mots à dire sur le champ d'application *ratione personae* des clauses excessives. Il va de soi que seules les parties faibles seront concernées, au sens que l'on a précisé. La remarque vaut ici surtout par rapport à ce qui est prévu en droit commun contractuel prospectif. En effet, le mécanisme y est conçu de manière générale³⁶⁵⁷ : il s'appliquerait ainsi à tous les contractants. Si l'on salue ainsi l'introduction des clauses abusives dans le Code civil³⁶⁵⁸, l'on ne peut en revanche approuver un champ d'application si large. En effet, il ne faut pas oublier que les clauses abusives sont un mécanisme nuisant au rôle de la volonté en

Fages, obs. préc., qui invoque cet argument pour conforter la solution de la Haute Cour (« (...) la technique du réputé non écrit est difficilement applicable à un contrat dans son entier, lequel demeure soumis à la sanction de la nullité, qui obéit aux causes et au régime que l'on connaît »).

³⁶⁵³ A savoir qu'il ne s'agit que d'une présomption simple de partie faible (V. *supra* nos 717 et s.).

³⁶⁵⁴ V. en ce sens J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « Clauses abusives », sept. 2002 (m.a.j. 2012), nos 47 et s.

³⁶⁵⁵ En effet, l'art. 3.1 de la dir. 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs énonce qu'« Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat », et l'art. 3.2 affirmant seulement qu'« Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion », et que « Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe ».

³⁶⁵⁶ L'art. L. 132-1 al. 4 C. consom. marque en effet cette indifférence (qu'il s'agisse de « stipulations négociées librement ou non ») ; V. pourtant *contra* J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 175, p. 210 qui définit not. la clause abusive comme celle qui est « pré-rédigée par la partie la plus puissante ».

³⁶⁵⁷ Art. 77 du projet Chancellerie III (2013) (« (...) à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée » ; règle reprise à l'art. 1169 du projet Chancellerie IV (2015)).

³⁶⁵⁸ Dont l'idée avait été not. mentionnée lors de la célébration du bicentenaire du Code civil (V. not. J. Mestre, « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 241, n° 20). Elle avait trouvé un écho dès l'élaboration de l'avant-projet Catala en 2005 (art. 1122-2, qui énonçait que « cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans les cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu'elle n'a pas été négociée »). Et une telle introduction d'être parfaitement justifiée, car elle « relève davantage de la théorie du contrat que du droit de la consommation » ; et ce ne serait ainsi pas « dénaturer le Code civil que de prévoir en son sein (...) » un tel mécanisme (N. Sauphanor-Brouillaud, obs. sur le projet de réforme du droit des contrats, in LPA 12 février 2009, p. 54 (n° spécial) ; et l'ensemble de l'étude pour une telle justification, notamment au point de vue de l'opportunité, par une vision comparatiste et européen-prospective).

tant que fondement du contrat, et, partant, à sa théorie générale³⁶⁵⁹. Le mécanisme ne peut dès lors qu'être utilisé avec parcimonie, autrement dit à l'égard de contractants dont on aurait distingué, préalablement, une faiblesse particulière³⁶⁶⁰. L'inverse reviendrait, au reste, à déresponsabiliser l'ensemble des contractants, mais aussi à produire une dangereuse situation d'insécurité juridique, dans laquelle toute stipulation contractuelle n'est jamais véritablement irrévocable, et à l'égard de tous les contractants. Or, la conception qui semble la plus souhaitable d'un tel mécanisme, est celle d'une mesure la plus exceptionnelle possible, et donc réservée à la partie faible.

2 – *La détection des clauses excessives*

1047. – Plan. La détection des clauses excessives implique de préciser les modalités de l'appréciation judiciaire du caractère excessif (a), avant de mentionner les auxiliaires du juge pour exercer cette mission d'identification (b).

a – *L'appréciation judiciaire du caractère excessif*

1048. – Pour la voie judiciaire. La loi fondatrice de 1978³⁶⁶¹ avait confié, comme on le sait³⁶⁶², un monopole au pouvoir réglementaire pour qualifier les clauses devant être réputées comme abusives. Il y avait là une « *tendance réglementaire et bureaucratique* » pour certains³⁶⁶³, un « *traitement administratif* », aussi, pour d'autres³⁶⁶⁴. Il fallait alors que ces clauses soient visées par décret³⁶⁶⁵. Pourtant, la proposition initiale du texte³⁶⁶⁶ prévoyait que la mission de qualification des clauses abusives revenait au juge, au cas par cas³⁶⁶⁷. Ces prescriptions, édulcorées³⁶⁶⁸ si ce n'est ignorées par les travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption d'une logique réglementaire, auraient dû être suivies. En effet, c'est un euphémisme de dire que la démarche adoptée a été parcimonieuse³⁶⁶⁹ et ainsi peu protectrice, puisqu'engendrant nécessairement « *d'intolérables injustices en raison de sa rigidité et de son inévitable*

³⁶⁵⁹ V. not. J.-P. Chazal, op. cit., n° 1

³⁶⁶⁰ V. plus en détails sur cette question de la perspective de la réforme en cette matière, *supra* n° 885

³⁶⁶¹ L. n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (V. d'ailleurs not. sur celle-ci J.-P. Gridel, « Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives », D. 1984, p. 153 et s. ; Adde M. Borysewicz, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. I, PUAM, 1979, p. 91 et s. ; L. Bihl, « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur », JCP G 1978, I, 2909).

³⁶⁶² V. par ex. sur cet « *historique* » F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 320, p. 335-336 ; Adde D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 23 et s., spéc. p. 28 et s.

³⁶⁶³ L. Bihl, art. préc., n° 3 (et ajoutant que « *La loi du 10 janvier 1978 a adopté un parti inverse, réduisant au contraire le plus possible le rôle des tribunaux auquel elle préfère manifestement l'intervention du pouvoir administratif* »). Adde sur le même point et dans le même sens, parlant de « *consumérisme bureaucratique dont l'efficacité (...) reste à démontrer* » (Ph. Rémy, « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 113).

³⁶⁶⁴ J. Mestre, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, spéc. p. 678 et s.

³⁶⁶⁵ V. not. sur cette législation ancienne J.-P. Gridel, art. préc., p. 153 et s. ; G. Paisant, « Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives », D. 1988, p. 253 et s.

³⁶⁶⁶ C'est-à-dire le projet de loi dont on attache l'initiation à Ch. Scrivener

³⁶⁶⁷ V. sur ce point G. Raymond, J.-Cl. conc. cons. LexisNexis, « Clauses abusives », sept. 2012 (m.a.j. 2012), n° 11. V. aussi F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 320, p. 335

³⁶⁶⁸ G. Raymond, op. cit., n° 11

³⁶⁶⁹ Pour l'expression : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, loc. cit. (il est vrai que seulement deux décrets d'application sont venus interdire des clauses abusives (n° 78-464 du 24 mars 1978 et n° 2005-1450 du 25 novembre 2005), pour ne pas dire un seul, donc, puisque le second, de 2005, est ainsi bien postérieur à l'émancipation des juges).

incomplétude »³⁶⁷⁰. Néanmoins, depuis un arrêt « *Lorthioir* » désormais fort célèbre³⁶⁷¹, que des prémices laissaient présager³⁶⁷², le juge dispose désormais du pouvoir de qualification et d'éradication des clauses abusives. Cette prérogative, que le juge s'est lui-même octroyée³⁶⁷³, fut toutefois confortée par la réforme de l'article L. 132-1 en 1995³⁶⁷⁴. Au total, c'est aussi cette voie judiciaire, obtenue par ce « *coup de force* » « *brutal* », cette « *rébellion des juges* »³⁶⁷⁵, qui sera retenue en matière de partie faible générique³⁶⁷⁶. Et ce, en cohérence, notamment, avec la volonté de suivre une logique civiliste, et, par là même, une appréciation *in concreto*³⁶⁷⁷, nécessairement judiciaire³⁶⁷⁸. Nous sommes donc inévitablement « *Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire* »³⁶⁷⁹.

1049. – Principe de l'appréciation. Logique civiliste. La chose la plus élémentaire à préciser est celle-ci : la parenté avec le mécanisme du droit de la consommation s'estompe sur la question de l'idéologie. Ainsi, de même que la logique suivie en matière de clauses abusives entre professionnels ne peut s'apparenter à celle suivie en matière consumériste, celle qui appartiendra au domaine de la protection de droit commun de la partie faible diffèrera tout autant, car suivra une logique civiliste. Ni de marché, de systématisation ou d'harmonisation : seulement la protection concrète du faible dont on constate que certaines clauses sont intolérables au vu de l'état informationnel de celui-ci³⁶⁸⁰.

1050. – Moment de l'appréciation. Formation du contrat. A titre liminaire, il convient de souligner que le moment de l'appréciation ne doit pas semble-t-il soulever de difficultés particulières. Bien sûr, l'avantage excessif se manifesterait souvent pendant l'exécution. La clause prétendument excessive n'aura pas été contestée avant qu'elle ne produise effet, puisque ignorée, par hypothèse. Mais cela n'est pas un véritable problème : il ne faut pas confondre l'effet d'une stipulation et le moment de sa naissance, ce dernier étant bien celui de la conclusion du contrat. En conséquence, l'appréciation ne peut que porter sur cette phase. C'est là que se cristallisent véritablement les conséquences de l'infériorité informationnelle, et le moment du déclenchement de la clause n'en est que l'émanation perceptible³⁶⁸¹.

³⁶⁷⁰ J.-P. Chazal, op. cit., n° 6 ; Adde G. Paisant, « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives », D. 1986, p. 299 et s.

³⁶⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991 (89-20.999) : Bull. civ. I, n° 153 ; D. 1991, p. 449, note J. Ghestin ; *ibid.*, p. 320, obs. J.-L. Aubert ; JCP G 1991, II, 21763, note G. Paisant ; RTD civ. 1991, p. 526, obs. J. Mestre

³⁶⁷² V. not. J. Mestre, obs. préc. ; Adde sur l'évolution J.-P. Chazal, op. cit., n° 6

³⁶⁷³ Symbole, exemple « *topique de la liberté conquise par le juge par rapport à la loi qui entendait brider ses pouvoirs* » (J.-P. Chazal, op. cit., n° 5). V. aussi sur cette conquête J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 185, p. 225. Adde sur le débat des pouvoirs du juge, not. au plan de la sécurité juridique, *supra* n°s 610 et s.

³⁶⁷⁴ Cette consécration n'est, certes, pas nette mais « *implicite* » (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 328, p. 347). En effet, la L. du 1^{er} févr. 1995 a supprimé le fameux premier alinéa de l'art. L. 132-1 relatif au pouvoir décrétoire. Adde sur cette « *Confirmation implicite du pouvoir autonome du juge* » : G. Paisant, art. préc., spéc. n° 28 ; J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives », JCP 1995, I, 3854, spéc. n° 25 (disant de cette « *reconnaissance officielle* » qu'elle fut néanmoins « *sans fanfare* »).

³⁶⁷⁵ D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 27 ; un « *coup d'Etat* » pour le doyen Carbonnier (*Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 81, p. 161).

³⁶⁷⁶ Ses modalités (office du juge) feront l'objet d'un autre développement, général à toutes les règles concernant la partie faible (V. *infra* n°s 1087 et s.).

³⁶⁷⁷ V. sur ce thème, *supra* n°s 587 et s.

³⁶⁷⁸ V. not. en ce sens J. Huet, « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », D. 1993, p. 331 et s. ; Adde C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. n°s 477 et s., p. 246 et s. ; V. aussi J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 187, p. 230 ; J.-P. Chazal, op. cit., n° 65

³⁶⁷⁹ Avec J. Huet, art. préc.

³⁶⁸⁰ Cette adaptation sera la même en ce qui concerne la Commission des clauses abusives (V. *infra* n°s 1056 et s.).

³⁶⁸¹ V. par ex. sur ce point J.-P. Chazal, op. cit., n° 67

1051. – Référentiels de l'appréciation. Parallèle avec les règles consuméristes. L'article L. 132-1 alinéa 5 du Code de la consommation énonce que « *Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat (...)* ». Ainsi, en matière consumériste, le caractère abusif d'une clause ne s'apprécie pas qu'au regard de ladite clause, mais en examinant « *l'ensemble contractuel* »³⁶⁸², incluant les conditions de la conclusion du contrat et toutes les autres stipulations³⁶⁸³.

1052. – Référentiels de l'appréciation. Application *in fine* des règles de droit commun. En vérité, la formule à utiliser aurait bien davantage pu être « *En application [et non « Sans préjudice »] des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 et suivants du Code civil (...)* ». En effet, celles-ci retiennent, au fond, les mêmes règles que la disposition d'apparence spéciale du droit de la consommation³⁶⁸⁴ : dépasser le sens littéral des termes³⁶⁸⁵, par une interprétation cohérente des dispositions, les unes par rapport aux autres³⁶⁸⁶. Peut-être est-ce d'ailleurs pour cette raison que les travaux de réforme du droit des contrats n'ont pas apporté de précision sur cette question, au sein du mécanisme de clauses abusives qu'ils entendent ériger³⁶⁸⁷. Quant aux « *circonstances qui entourent la conclusion du contrat* », il suffit encore une fois de se référer aux textes de droit commun : ceux-ci tendent à « *rechercher la volonté des parties et plus précisément à la recherche de la volonté interne et non de la volonté déclarée* »³⁶⁸⁸. Or, il a été précisé que cette volonté ne pouvait être entendue qu'au sens de rationnelle, discursive³⁶⁸⁹. *Lato sensu*, il ne serait donc guère concevable, que rechercher la volonté signifie autre chose que se référer aux circonstances ayant entouré le contrat³⁶⁹⁰. Même ! A considérer notre proposition spécifique, l'on ajoutera le simple constat que la partie faible, le cas échéant, a été dûment caractérisée, précisément à l'aune des circonstances qui ont jalonné la formation du contrat. Plaidons ainsi pour une absence de précisions

³⁶⁸² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 324, p. 340

³⁶⁸³ Ce recours à l'ensemble contractuel, pour démontrer de l'étendue du champ d'application des clauses abusives, trouve ses limites en droit de la consommation (not. en matière arbitrale, dans la mesure où un compromis d'arbitrage signé en dehors de toute clause compromissoire antérieure n'entre pas dans le champ des clauses abusives : Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2010 (09-12.126), préc. : V. *supra* n° 1043), ce qui fait dire à certains, justement, que les règles concernant les clauses abusives ne « *sont pas applicables, non plus, à des contrats considérés dans leur ensemble* » (J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 180, p. 217).

³⁶⁸⁴ V. *in fine* en ce sens l'art. pénétrant de J. Dupichot (« Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 179 et s.).

³⁶⁸⁵ Art. 1156 C. civ. (« *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* »).

³⁶⁸⁶ Art. 1161 C. civ. (« *Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* »). Et sur les liens entretenus par la contradiction de clauses contractuelles et l'action du juge à rechercher la commune intention des parties pour rétablir la cohérence contractuelle, parfois même, dans une forme *d'asservissement* de l'interprétation de la volonté, primant cette dernière, V. not. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I, PUAM, 2001, nos 62 et s., p. 73 et s. (et les nombreuses réf. citées, not. sur le thème de l'interprétation). C'est ce qui fera dire à l'auteur, d'ailleurs, qu'« *Alors que le principe de cohérence semblait tout dévoué au service de la volonté des parties, en permettant sa détermination, il s'avère qu'il prend parfois le pas sur elle* » ; parfois, il fait passer « *le paravent de la volonté commune comme un alibi* » (ibid., n° 89, p. 95) ; et, plus loin, de manière représentative : « *de l'éradication qu'il permet de la contradiction, l'on déduit la volonté* » (ibid., n° 118, p. 121).

³⁶⁸⁷ V. not. l'art. 1169 du projet Chancellerie IV (2015).

³⁶⁸⁸ G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n° 217, p. 198

³⁶⁸⁹ V. *supra* n° 545-546

³⁶⁹⁰ *Rappr.* Ch. Demolombe, *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, Libr. A. Durand et L. Hachette, 1869, spéc. n° 6, p. 7-8 (« *Il est bien entendu, d'ailleurs, que, pour déterminer le sens que les parties ont attaché aux mots qu'elles employaient, il faut se reporter au moment où elles les ont employés, c'est-à-dire au moment même du contrat. (...). C'est, en effet, une règle générale d'interprétation, que le moment du contrat est celui, où se trouvent fixés, de part et d'autre, les droits et les obligations des parties, d'après les termes employés par elles, et l'opinion, vraie ou fausse, qu'elles se formaient ensemble de leur situation commune* »). L'on pourrait même ajouter que l'art. 1159 C. civ. abonde clairement dans le sens d'une prise en compte des circonstances (« *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* »).

dans notre système, qui nous semblerait surabondante.

1053. – Portée de l'appréciation. Rejet d'une lésion déguisée. Il faut le rappeler ici avec la plus grande clarté : le mécanisme des clauses excessives n'aura ici, pas plus qu'ailleurs, pour finalité directe ou indirecte de permettre une forme d'admission de la lésion³⁶⁹¹. L'on adhèrera donc à l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, qui tend clairement à le préciser³⁶⁹², en énonçant que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert (...)* »³⁶⁹³. Rappelons qu'il s'agit ici de considérer les clauses abusives comme un garde-fou le plus exceptionnel possible, et non comme un mécanisme de rééquilibrage économique des prestations réciproques. Et ce, même à l'égard d'une partie faible. Apprécier la proportionnalité, et donc quelque part l'opportunité, d'un contrat ne nous semble pas souhaitable, sous réserve que soit assurée une protection efficace du consentement de tous les contractants³⁶⁹⁴. Peut-être, au reste, que le fait de retenir cette précision textuelle ressemblerait fort bien à une redondance³⁶⁹⁵ du principe du rejet de la lésion³⁶⁹⁶. Il semble pour autant que ses effets clarificateurs seront potentiellement plus bénéfiques que son économie.

1054. – Précisions sur l'articulation avec l'interprétation en faveur de la partie faible. L'on expliquera que, à l'instar de la matière consumériste, l'interprétation des clauses d'un contrat se fera, en cas de doute, en faveur de la partie faible³⁶⁹⁷. Comment dès lors articuler cette règle avec les prescriptions qui viennent d'être faites en matière de clauses excessives ? En vérité, la priorité ne pourra pas être trouvée en matière processuelle, sur cette question, car l'on verra que toutes les dispositions concernant la partie faible devront être relevées d'office³⁶⁹⁸. La hiérarchisation découlera donc, en vérité, de considérations méthodiques. Voici le système qui nous semble ainsi devoir en résulter³⁶⁹⁹. 1° Il n'y a pas de clause obscure. Il peut donc y avoir clause excessive mais pas d'interprétation *in favorem*. 2° Il y a clause obscure. Alors le juge peut-il directement considérer, malgré

³⁶⁹¹ V. not. sur ce point G. Raymond, J.-Cl. conc. cons. LexisNexis, « Clauses abusives », sept. 2012 (m.a.j. 2012), n° 49. *Adde* J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 182, p. 220

³⁶⁹² Et tout autant, à toute disposition tendant à clarifier cette position. V. not. en droit prospectif l'art. 77 al. 2 du projet Chancellerie III (2013) (« *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* » ; règle reprise à l'art. 1169 al. 2 du projet Chancellerie IV (2015)). L'on adhèrera, en outre, davantage à cette version littérale de cette disposition (par opposition à sa version consumériste, donc), portant directement sur le « *déséquilibre significatif* » plutôt que sur le « *caractère abusif* » : ce caractère ne faisant en réalité que renvoyer au critère du déséquilibre significatif, autant procéder à la méthode la plus claire, et directement l'énoncer ainsi.

³⁶⁹³ V. not. clairement en ce sens et sur ce point F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 324, p. 340-341 (et not. « *par cette disposition [art. L. 132-1 al. 7 C. consom.], le législateur a simplement voulu marquer que la lutte contre les clauses abusives ne saurait être le moyen de remettre indirectement en cause la règle selon laquelle la lésion n'est pas, en principe, sanctionnée en droit français* ») ; *Adde* (la position est le plus largement partagée) G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », D. 1995, spéc. p. 101, n° 13 (et not. : « *Cette dernière disposition cherche à éviter qu'un consommateur n'utilise la législation sur les clauses abusives pour contester le prix qui a été convenu avec le professionnel pour un bien ou un service déterminé. On touche ici au problème de la lésion. De même qu'on ne peut, par exemple, recourir au concept d'erreur sur la valeur pour contourner la législation restrictive sur la lésion, de même l'art. L. 132-1 c. consom. ne doit pas pouvoir être appliqué à cette fin* »).

³⁶⁹⁴ V. *supra* n° 43-44

³⁶⁹⁵ V. fort justement en ce sens : N. Sauphanor-Brouillaud, obs. sur le projet de réforme du droit des contrats, in LPA 12 février 2009, p. 57-58 (n° spécial)

³⁶⁹⁶ V. *supra* n° 46

³⁶⁹⁷ V. *infra* n°s 1094 et s.

³⁶⁹⁸ V. *infra* n° 1104 et s. ; et ce de telle sorte que les règles relatives aux clauses excessives ne peuvent, en principe, ni primer les autres règles du régime de protection de la partie faible, ni d'ailleurs s'incliner face à elles.

³⁶⁹⁹ Les mêmes prescriptions réapparaîtront lors de l'étude de l'interprétation *in favorem*.

son manque de clarté, qu'elle est excessive ; ou bien, procéder à l'interprétation *in favorem*, afin d'en dégager le sens le plus favorable³⁷⁰⁰. Ceci ne l'empêche pas, ensuite, de déterminer si ladite clause, telle que mise en lumière, est ou non excessive³⁷⁰¹. L'interprétation *in favorem* peut donc recouvrir l'aspect d'une potentielle double sanction, l'une principale (le sens favorable), l'autre collatérale (la détection de l'excès par le prisme du sens découvert).

b – Les auxiliaires du juge pour la détection des clauses excessives

1055. – Généralités. Le juge a besoin d'aide. Le juge n'a pas vocation à être totalement livré à lui-même. C'est que les clauses excessives constituent une technique de protection loin d'être novatrice. La matière consumériste s'en est simplement emparée bien avant le droit commun. Cette analogie va être utile, puisque plusieurs auxiliaires ont été institués dans cette matière. Il convient donc d'en dire quelques mots, sous le prisme de la question de leur convocation en droit commun de la partie faible. En vérité, il s'agit là bien davantage d'auxiliaires *de fait*, conçus à l'origine comme étant des mécanismes préventifs³⁷⁰² en matière de clauses abusives. Il faut donc évoquer la Commission des clauses abusives et le système de listes de clauses présumées abusives.

1056. – 1° : La Commission des clauses abusives. Généralités. On sait le rôle de cette institution : examiner les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels, et émettre son opinion³⁷⁰³. L'on sait également que cette opinion ne lie pas le juge, qu'il s'agisse de recommandations³⁷⁰⁴ ou d'avis³⁷⁰⁵. La Commission a, en ce sens, « une compétence de proposition »³⁷⁰⁶. Pour autant, si son influence sur les décisions du juge était au départ plutôt nuancée³⁷⁰⁷, elle est devenue³⁷⁰⁸

³⁷⁰⁰ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n° 677, p. 638 (et not. : « le juge devrait s'assurer qu'elle est claire et compréhensible. Si tel n'est pas le cas, deux hypothèses s'ouvrent à lui. Soit, comme on l'a déjà indiqué, il estime que la clause obscure crée un déséquilibre significatif et applique alors la sanction des clauses abusives. (...) Soit, puisque la clause est affectée d'un défaut de clarté, le juge l'interprète dans le sens le plus favorable »).

³⁷⁰¹ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 678, p. 638 (en cas d'ambiguïté, le juge peut, comme on l'a vu, directement éradiquer la clause si elle est excessive. « Dans ce cas de figure, rien n'empêcherait cependant le juge de solliciter l'article L. 133-2, alinéa 2 du Code de la consommation, dont le résultat pourrait être identique dans la mesure où l'interprétation favorable peut consister à écarter l'application de la stipulation »).

³⁷⁰² J.-P. Chazal, Rép. civ. Dalloz, « Clauses abusives », sept. 2002 (m.a.j. 2012), n° 70

³⁷⁰³ Cette mission est textuelle : art. L. 534-1 c. consom. (« La commission des clauses abusives, placée auprès du ministre chargé de la consommation, connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif »). [Adde http://www.clauses-abusives.fr/index.html](http://www.clauses-abusives.fr/index.html)

³⁷⁰⁴ La précision est en effet oubliée des textes (V. not. art. L. 534-3 c. consom. : « La commission recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif »). V. ainsi pour la solution, issue d'une jurisprudence pérenne : Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1996 (94-17.369) : Bull. civ. I, n° 399 ; D. 1997, p. 174, obs. Ph. Delebecque ; JCP G 1997, I, 4015, obs. Ch. Jamin ; CCC 1997, n° 32, obs. G. Raymond ; RTD civ. 1997, p. 791, obs. R. Libchaber (« les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation »). Elles sont donc en réalité simplement destinées à éclairer le juge.

³⁷⁰⁵ La solution est cette fois textuelle. L'art. R. 534-4 C. consom. prévoit en effet not. que « La commission peut être saisie pour avis lorsque à l'occasion d'une instance le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé [...]. L'avis ne lie pas le juge ».

³⁷⁰⁶ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, n° 356, p. 181

³⁷⁰⁷ J. Mestre, « L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusives : entre considération et indépendance », RTD civ. 1999, p. 94 et s. (et not. : « Et, de fait, telle est bien l'impression générale qui se dégage d'un examen des décisions les plus récentes. Si l'on nous permet d'emprunter le langage footballistique qui est aujourd'hui de mode, disons qu'il y a match nul : 2 à 2 ! »).

³⁷⁰⁸ V. aussi sur cette évolution J.-P. Chazal, op. cit., n° 73. *Adde* les rapports d'activités depuis 1978, dont s'échappe empiriquement cette évolution : <http://www.clauses-abusives.fr/activ/index.htm>

un véritable « *ministère d'influence à succès* »³⁷⁰⁹. Ses positions n'ont donc guère une normativité de droit mais bel et bien une quasi-normativité de fait³⁷¹⁰. Cette influence est probablement une bonne chose. En effet, le regard expert et indépendant (non sujet aux pressions propres au système de la justice, comme la surcharge des juridictions, l'empressement subséquent ou encore le manque de personnel) est profitable à une réflexion de fond sur chaque problème de droit posé par les multiples modèles de clauses. Par ailleurs, il en résulte « *une pression morale destinée à dissuader (...)* »³⁷¹¹. Ceci étant dit, l'on n'exagérera pas cette adhésion. Notamment, cette influence ne doit pas conduire à dispenser le juge de motiver sa décision, eu égard au critère exigé pour qualifier une clause excessive.

1057. – Transposition au régime de protection de la partie faible de droit commun. Doit-on, dès lors, considérer que la Commission doit jouer un tel rôle dans le nouveau système de clauses excessives, *de lege ferenda*, en matière de partie faible de droit commun ? Tout semble l'indiquer. Cette institution apporte son regard expert sur des modèles contractuels parfois même inédits en jurisprudence. Elle permet dès lors une certaine efficacité de la protection elle-même. Elle stimule en outre sa prévisibilité, tant par la publicité des opinions³⁷¹² de la Commission, leur accessibilité simplissime par le site internet de l'institution, que par leur force prophylactique. D'aucuns qualifient en effet ce système, comme on vient de le mentionner, de « *pression morale* »³⁷¹³. C'est en ce même sens qu'un tel guide, émettant des opinions de référence³⁷¹⁴, est opportun pour le juge. Les qualités de l'institution sont tout à fait enviables en matière de clauses excessives protégeant la partie faible générique. En outre, de manière un peu triviale, l'on pourrait enfin ajouter une chose pour se convaincre que la transposition est souhaitable : pourquoi le juge aurait-il besoin d'aide en matière consumériste, et pas en droit commun, alors même que les affaires seront par hypothèse bien plus variées ?

1058. – Faisabilité de la transposition. Position du problème. Nécessaires adaptations. Si la question de l'opportunité du bénéfice d'un tel auxiliaire se résout donc assez facilement, la question de sa faisabilité pose un problème plus épineux. C'est un lieu commun de souligner à quel point la Commission est imprégnée par la matière consumériste. Tout est prévu, la concernant, par le Code de la consommation : mission³⁷¹⁵, composition³⁷¹⁶, fonctionnement³⁷¹⁷, mécanismes d'expression³⁷¹⁸... Dès lors que le lien est si intime, il est relativement évident que la Commission devra employer une logique

³⁷⁰⁹ C. Roth, « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », RLDC juin 2009, p. 7 et s. ; Adde N. Sauphanor-Brouillaud, « Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives », RLDC sept. 2010, p. 7 (parlant de « *source influente* ») ; L. Leveneur, « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p. 155 et s. (spéc. p. 166, et not. : « *en pratique se dégage de plus en plus l'idée que les recommandations de la Commission représentent quasiment des normes qui s'imposent ; elles sont accueillies par une adhésion des intéressés qui croient en leur caractère obligatoire ou du moins leur reconnaissent une certaine force contraignante* »).

³⁷¹⁰ L. Leveneur, art. préc., spéc. p. 168

³⁷¹¹ S. Gaudemet, loc. cit. ; sur l'effet prophylactique plus en général, V. *supra* n° 883

³⁷¹² Qui ne se limitent pas aux recommandations et avis, mais s'étendent également aux rapports, chaque année, dans lesquels la Commission synthétise l'ensemble des changements qu'elle préconise.

³⁷¹³ J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 186, p. 227 (pour l'expression) et n° 186, p. 229, ajoutant qu'au-delà de cet effet, les opinions de la Commission servent également, en effet, de guide pour les juges.

³⁷¹⁴ V. en ce sens G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, n° 454, p. 233

³⁷¹⁵ Art. L. 534-1 C. consom., préc.

³⁷¹⁶ Art. R. 534-1 C. consom.

³⁷¹⁷ Art. R. 534-2 et s. et R. 534-15 et s. C. consom.

³⁷¹⁸ Préc. (recommandations et avis).

quelque peu différente en ce qui concerne les clauses excessives de droit commun, c'est-à-dire trancher autrement que dans une pure perspective de marché. En outre, la variété des clauses excessives sera bien plus importante que celle qui existe dans les contrats de consommation.

1059. – Faisabilité de la transposition. Adaptations concrètes. Ainsi, les règles concernant la Commission des clauses abusives devraient être refondues. Elles devraient être intégrées par le Code civil. Et ce en toute cohérence, d'ailleurs, avec ce qui est du mécanisme même des clauses excessives : s'il est plus clair et cohérent qu'un tel mécanisme trouve son droit commun dans le Code civil et ses extensions, spéciales, dans des droits spéciaux, alors il est de bon sens que la Commission qui y est attachée suive le même mouvement. Il y aura, du fait de cette translation, un certain nombre d'adaptations à faire. Adaptations qui, il faut bien le dire, sont loin d'être insurmontables³⁷¹⁹. Il n'est ainsi pas si farfelu de considérer que l'organe soit transformé pour remplir ces nouvelles missions élargies³⁷²⁰. Concrètement, il pourrait être subdivisé en plusieurs sections : une pour le droit commun, une autre pour le droit du marché³⁷²¹. De cette manière, les prescriptions de la Commission seraient adaptées au secteur dans lequel elles entendent guider le juge. En outre, le procédé n'alourdirait pas nécessairement la lisibilité des opinions de la Commission : le site internet permettrait tout autant qu'aujourd'hui une lecture aisée des recommandations³⁷²² et avis³⁷²³ rendus sur tel ou tel point.

1060. – 2° : Les listes de clauses abusives. Généralités. Alors que l'exemple allemand l'avait déjà commandé depuis trente ans³⁷²⁴, un décret du 18 mars 2009³⁷²⁵, pris en application de la loi de modernisation de l'économie de 2008³⁷²⁶ est venu ériger un système de listes. L'on sait en effet que l'article L. 132-1 prévoit désormais l'existence de deux listes distinctes, fixées par décrets³⁷²⁷. L'une est dite *grise*, car contenant des clauses simplement présumées abusives et auxquelles le professionnel peut donc opposer une preuve contraire. L'autre est dite *noire*, car contenant des clauses irréfragablement

³⁷¹⁹ Sans exhaustivité : par ex., en ce qui concerne la mission de la Commission, qui pourrait devenir simplement « *La commission des clauses abusives connaît des conventions et modèles de conventions. Elle est chargée de rechercher si ceux-ci contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère excessif* ». Ou encore, en ce qui concerne sa composition : ne pourraient subsister, en matière de droit commun, que les 3 magistrats déjà présents et, pour pallier l'absence des différents représentants (professionnels/consommateurs), une personnalité qualifiée en « *matière de droit ou de technique des contrats* » supplémentaire, portant le nombre à trois. Rien n'empêcherait d'ailleurs de maintenir que « *Le directeur général de l'Institut national de la consommation ou son représentant peut participer aux séances de la Commission des clauses abusives. Il ne prend pas part aux votes sur les recommandations et avis* », car cette participation peut apporter un regard comparatiste (avec la matière consumériste, dont le mécanisme est (certes à tort) originaire, et où ses applications ont trouvé, malgré tout, à s'épanouir) intéressant pour le droit commun. L'essentiel de la Commission resterait quasiment inchangé, not. en matière de recommandations, avis, fonctionnement général... L'œuvre, qui est plus une translation-adaptation qu'une mutation ou création *ex nihilo*, semble donc effectivement loin d'être insurmontable.

³⁷²⁰ V. not., l'envisageant brièvement, C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002, spéc. n° 559, p. 299 (et not. : « *Certes certains objecteront qu'une telle réforme emporterait avec elle la suppression de la Commission des clauses abusives, cette autorité administrative indépendante prévue pour lutter contre les clauses abusives édictées dans les seuls contrats de consommation. Toutefois, une simple transformation de la fonction et de la composition de cette Commission ne suffirait-elle pas ?* »).

³⁷²¹ Voire, d'ailleurs, une consumériste et une autre concurrentielle.

³⁷²² [Http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm](http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm)

³⁷²³ [Http://www.clauses-abusives.fr/avis/index.htm](http://www.clauses-abusives.fr/avis/index.htm)

³⁷²⁴ Et que, d'ailleurs, tant la Commission de refonte du droit de la consommation en 1990, que la Commission des clauses abusives en 2001, l'avait préconisé (J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 183, p. 221).

³⁷²⁵ Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009

³⁷²⁶ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

³⁷²⁷ Les art. R. 132-1 et R. 132-2 C. consom. érigent respectivement douze et dix clauses présumées irréfragablement et simplement abusives.

présumées abusives, autrement dit, interdites dans les contrats de consommation³⁷²⁸.

1061. – Transposition partielle au régime de protection de la partie faible. Présomptions simples uniquement. Il convient de s'inspirer assez largement de cette méthode, au moins en ce qu'elle tend à identifier les clauses les plus sensibles, et à les placer expressément sur la sellette. L'adhésion ne sera pour autant que partielle, et ne s'étendra pas au caractère irréfragable de la présomption de certaines clauses. En effet, le procédé est justifié en droit de la consommation par la volonté d'obédience européenne d'assainir, en les harmonisant, les pratiques commerciales à destination des consommateurs. Ceci passe donc naturellement par l'éradication systématique de certaines clauses, identifiées comme contraires à l'efficacité du marché³⁷²⁹. En revanche, cette démarche ne convient guère à la logique civiliste que nous poursuivons. La diversité des cas potentiellement englobés par le système de droit commun de protection de la partie faible empêche que l'on puisse considérer par principe certaines clauses comme interdites.

1062. – Consistance concrètes de l'inspiration. Concrètement, il conviendra donc de faire référence à ces listes, étant précisé que la présomption restera simple à l'égard de toutes les clauses qu'elles contiennent. Cette solution semble de bon compromis. Le rejet du caractère irréfragable n'implique pas, en effet, que l'on évince totalement la source d'inspiration que constitue le contenu de la première de ces listes, ni même qu'on le relègue à une série de simples indices. L'effet prophylactique des clauses interdites en droit de la consommation a toutes les raisons d'être maintenu, dans la mesure où ces clauses restent des exemples de stipulations qui ont des chances d'être intolérables. Elles doivent donc être prises en compte³⁷³⁰, notamment par les rédacteurs de contrats d'adhésion ou les contractants dont le constat est fait qu'ils sont souvent en relation avec des parties faibles au sens du droit commun³⁷³¹. Il faut avoir à l'esprit que la partie faible est, à ce stade, et par hypothèse, caractérisée (infériorité informationnelle légitime et manifeste³⁷³²), ce qui implique que le régime protecteur penche autant que possible vers un résultat favorable. Ainsi, ces clauses simplement présumées excessives permettront deux choses. D'une part, ne pas céder à une forme d'abstraction inévitablement induite par un système de présomptions irréfragables³⁷³³. La logique civiliste l'écarte nécessairement, en permettant toujours la possibilité d'une preuve contraire. D'autre part, fournir le régime le plus protecteur possible à la partie faible, en inversant la charge de la preuve dans un certain nombre d'hypothèses identifiées comme étant à risque.

³⁷²⁸ V. not. sur ces listes J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., nos 183 et s., p. 220 et s. ; *Adde* N. Sauphanor-Brouillaud, « Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et grises », JCP G 2009, I, 168

³⁷²⁹ V. sur la logique de marché du droit de la consommation, *supra* nos 132 et s.

³⁷³⁰ Car il y a alors, tout comme les opinions de la Commission des clauses abusives, une « portée symbolique consistant à marquer du sceau de la suspicion » certaines de ces clauses (J.-P. Chazal, op. cit., n° 84).

³⁷³¹ En fait, sous un certain angle, cela rejoint la voie consumériste, telle qu'ainsi énoncée : « Certes il serait vain de dresser une liste définitive de toutes les clauses abusives, tant est fertile l'imagination des rédacteurs de contrats, mais il est possible de repérer celles que l'on rencontre le plus souvent et d'en faire une liste non limitative » (J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 183, p. 220).

³⁷³² V. *supra* nos 624 et s., 645 et s.

³⁷³³ V. not. J.-P. Chazal, op. cit., n° 65

1063. – Synthétisation du système. Typologie des clauses abusives. Le système ainsi érigé constituerait une version simplifiée de celui qui existe actuellement en droit de la consommation. L'on y trouverait : 1° des clauses simplement présumées abusives, par références aux décrets précitées ; 2° des clauses risquant d'être abusives, car identifiées par la Commission, mais non reconnues dans un décret ou non apparues en jurisprudence ; 3° et enfin, des clauses virtuellement abusives, qui répondent à la définition matérielle précitée, et qui subsistent jusqu'à leur sanction en jurisprudence³⁷³⁴.

B – La sanction des clauses excessives

1064. – Plan. La réponse à la question de la sanction des clauses excessives suppose deux précisions. Il faut d'abord se pencher sur la solution qui doit constituer le principe le plus répandu, c'est-à-dire l'éradication de la seule clause excessive (1). Ensuite, l'on devra souligner que, dans les cas exceptionnels où le contrat ne peut être maintenu, alors, l'éradication du contrat doit être envisagée (2).

1 – Le principe : l'éradication de la clause excessive

1065. – Plan. L'éradication de la clause excessive passera par une sanction calquée sur le droit de la consommation : elle sera en effet réputée non-écrite (a), ce qui évincera toute possibilité de réfaction judiciaire (b).

a – *La clause excessive est réputée non-écrite*

1066. – Sanction en droit de la consommation : clause réputée non-écrite. La question générale de la sanction est aujourd'hui une préoccupation importante, tant elle peut manquer d'ordre et de clarté³⁷³⁵. En droit de la consommation, l'article L. 132-1 al. 6 du Code régissant la matière prévoit celle que l'on connaît : « *Les clauses abusives sont réputées non écrites* ». Le principe est donc simple : le contrat n'est amputé que de la (ou des) clause problématique.

1067. – Transposition au régime de la partie faible. Solution souhaitable. La solution sera retenue pour le régime de protection de la partie faible. Nous faisons le choix de cette sanction consciemment³⁷³⁶. Elle semble être une position mesurée³⁷³⁷, car permettant tout à la fois de sanctionner

³⁷³⁴ Sur cette classification et ces termes : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 238, p. 347

³⁷³⁵ V. sur ce point *supra* n° 529

³⁷³⁶ Conscient, not., du débat qui existe autour du réputé non-écrit : est-ce là véritablement une forme de nullité ? V. globalement sur ces questions les importantes études de Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969 ; S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006 ; J. Kullmann, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, p. 59 et s. ; V. Cottureau, « La clause réputée non écrite », JCP G 1993, I, 3691 ; R. Bailod, « A propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15 et s. ; au vrai, nous nous rangerons du côté d'une doctrine spécialiste qui, d'ailleurs majoritaire, ne distingue pas (V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 187, p. 229), même si certains des arguments soulevés pour critiquer la généralisation de l'emploi du réputé non-écrit sont pertinents (not. l'argument de la fiction et la question de l'inexistence au rang des sanctions actuelles). L'on aurait pu songer ainsi à évincer la discussion, en retenant une formulation analogue à celle du projet Chancellerie III (2013) (art. 77 al. 1^{er} : « *une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* » ; V. aussi l'art. 1169 du projet Chancellerie IV (2015)). Le recours au réputé non-écrit permet de se ranger auprès d'une pratique consumériste déjà

une irrégularité, et de permettre le « *sauvetage du contrat* »³⁷³⁸. Et ce contrairement à l'esprit ancien, découlant notamment³⁷³⁹ des vices du consentement, tenant à l'éradication complète de la relation contractuelle. Non seulement l'effet rétroactif réduisait à néant l'opération économique issue de la convention, mais il impliquait également des coûts supplémentaires (suspension de l'exécution du contrat due au contentieux, et coûts y afférant, pouvant être très importants, comme les frais de justice). Au demeurant, voilà qu'on « *punirait la victime, qui se verrait refuser la marchandise ou la prestation de service qu'elle attend en même temps que le contrat. Ce serait la tuer pour mieux la protéger* »³⁷⁴⁰. La solution est donc adaptée aux nouvelles réalités contractuelles, participant de cette véritable « *politique* » du maintien de la relation contractuelle³⁷⁴¹. En effet, il semble clair que les contrats présenteront le plus souvent toujours une utilité³⁷⁴², *in fine* économique³⁷⁴³, malgré l'éradication d'une clause illicite³⁷⁴⁴. Sans parler de considérations de sécurité juridique et de force obligatoire du contrat qu'il s'agit, encore ici, de revaloriser au maximum.

b – Refus annexe de toute réfaction judiciaire

1068. – Refus d'une réfaction judiciaire. Alignement sur la matière consumériste. L'on s'alignera encore une fois sur ce qui est prévu en matière consumériste sur la question, comme autre sanction possible, d'une éventuelle réfaction judiciaire de la clause. Les juges européens ont d'ailleurs eu plusieurs fois l'occasion de se prononcer sur la question. Et ce, notamment dans une affaire où était mise en lumière la législation espagnole³⁷⁴⁵, qui permettait au juge, qui avait souligné l'existence d'une clause abusive, de la réviser, au lieu de l'écarter purement et simplement³⁷⁴⁶. La réponse est chaque fois assez nette, dans le sens du rejet de toute réfaction judiciaire de la clause³⁷⁴⁷.

foisonnante, et partant d'adhérer à une solution stable car expérimentée. Au reste, la cohérence au sein de ce qu'il convient désormais d'appeler le droit des clauses abusives (consommation, concurrence, demain, droit commun) doit être garantie au maximum.

³⁷³⁷ Certes, les rédacteurs de telles clauses n'auront guère à perdre, et beaucoup à gagner. Mais c'est là le propre du mécanisme : il a pour vocation et pour essence d'empêcher de telles clauses de produire leurs effets. Cela n'empêche pas, au reste, d'être indemnisé si un préjudice en a découlé. Ceci aura de bonnes chances d'être le cas, lorsque l'on a à l'esprit que le défaut dans l'obligation d'information nous semble devoir être sanctionné, même en l'absence de réalisation d'un risque ignoré, par le prisme d'une violation d'un droit subjectif à l'information (V. *supra* n° 1012 et s.). Il n'y a donc pas de reproche à faire à la sanction des clauses excessives : elle est à la mesure du mécanisme qui en est le support.

³⁷³⁸ C'est d'ailleurs là tout un pan de l'étude de S. Gaudemet (*La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, spéc. nos 31 et s., p. 20 et s.).

³⁷³⁹ V. aussi, en effet, not. l'art. 1172 C. civ. affirmant que « *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* ».

³⁷⁴⁰ R. Martin, « Le consommateur abusif », D. 1987, p. 152, n° 12

³⁷⁴¹ S. Gaudemet, th. préc., spéc. nos 47 et s., p. 29 et s. (et les nombreuses réf. citées).

³⁷⁴² V. not. J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 190, p. 234, relevant justement que « *la nullité du contrat n'est pas, pour le consommateur [i.e. par extension la partie faible], un remède adéquat. Elle risque même de se retourner contre lui, puisqu'elle l'empêche d'obtenir le bien ou le service qu'il souhaitait se procurer* ». L'on serait tenté de préciser qu'une telle sanction se retourne en vérité contre l'ensemble des tenants de l'opération économique concernée, tant la partie faible se trouverait privée du bien ou service voulu, et tant son cocontractant se trouverait tout autant privé de la contrepartie envisagée. C'est cet aspect commutatif des pertes issues de la nullité du contrat qui fonde précisément le déficit au point de vue économique d'une telle sanction, multipliée par autant d'hypothèses que celles impliquées par la notion de consommateur et, *a fortiori*, de partie faible.

³⁷⁴³ S. Gaudemet explique d'ailleurs not. cette « *politique* » du maintien du contrat en droit privé par la protection de l'ordre public économique (th. préc., spéc. nos 54 et s., p. 32 et s.).

³⁷⁴⁴ V. not. en ce sens J.-P. Chazal, op. cit., n° 91

³⁷⁴⁵ A l'instar, d'ailleurs, d'autres pays comme les pays scandinaves (G Paisant, note sous CJUE 14 juin 2012, citée ci-après).

³⁷⁴⁶ CJUE 14 juin 2012 (C-618/10), « Banco Español de Crédito » : D. 2013, p. 945, obs. E. Poillot ; RTD eur. 2012 p. 666, obs. C. Aubert de Vincelles ; JCP G 2012, I, 975, note G. Paisant

³⁷⁴⁷ Dans l'arrêt préc., V. not. point 65 : « *Il découle ainsi du libellé du paragraphe 1 dudit article 6 que les juges nationaux sont tenus uniquement d'écarter l'application d'une clause contractuelle abusive afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du*

1069. – Raisons du refus. La Cour européenne, auteur de la règle, la justifie, de son point de vue, *a contrario* : l'admission d'une telle faculté de révision amoindrirait excessivement l'effet dissuasif du mécanisme des clauses abusives³⁷⁴⁸. Mais bien d'autres raisons sont imaginables. Et notamment, à l'instar du droit français, une certaine méfiance à l'égard du juge en matière contractuelle³⁷⁴⁹, aussi traditionnelle qu'insuffisamment nuancée ou même justifiée. Nous adhérons bel et bien à un tel refus, mais pas pour ces raisons, mais pour une autre, relativement simple, adjointe à celle énoncée par la Cour. Aussi, une clause intolérable n'a pas à être sauvée. En outre, le poids d'une action pour la partie faible ne doit pas la conduire à n'obtenir qu'une situation simplement ajustée. Quel serait alors le risque pour tout contractant d'insérer à l'envi les clauses les plus asservissantes, puisque la sanction sera alors au pire l'adaptation raisonnable du contrat³⁷⁵⁰ ? La sanction n'est en effet ni effrayante pour celui qui abuse, ni satisfaisante pour celui qui subit. Au reste, il nous semble relativement cohérent que la sanction soit, le cas échéant, plus lourde pour une clause pénale souscrite par une partie faible que par un contractant classique : c'est ainsi que la première bénéficierait de l'éradication de la clause, le second, si besoin, de sa modulation conformément à l'article 1152 alinéa 2 du Code civil³⁷⁵¹.

2 – L'exception : l'éradication du contrat

1070. – La consistance de l'exception. A l'instar de la matière consumériste, il convient de réserver l'hypothèse où le contrat ne peut survivre à l'éradication de la clause excessive. L'article L. 132-1 alinéa 8 du Code de la consommation énonce en effet que « *Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses* ». Ceci induit que l'anéantissement du contrat devra être prononcé par le juge, si il ne peut être maintenu sans lesdites stipulations. La solution se justifie par le bon sens : si le contrat n'a plus de raison d'être, ou plus les moyens de fonctionner sans la clause disparue, il n'est guère souhaitable de forcer son maintien. Relativement ignorée de la doctrine, voire « *essentiellement théorique* »³⁷⁵², cette hypothèse nous semble devoir toutefois être brièvement précisée.

consommateur, sans qu'ils soient habilités à réviser le contenu de celle-ci. En effet, ce contrat doit subsister, en principe, sans aucune autre modification que celle résultant de la suppression des clauses abusives (...) » (Adde point 71). V. aussi CJUE, 30 mai 2013 (C-488/11), « *Asbeek Brusse et de Man Garabito* », RTD eur. 2013, p. 559, obs. C. Aubert de Vincelles (not. point 59 : « *Il s'ensuit que l'article 6, paragraphe 1, de la directive ne peut être interprété comme permettant au juge national, dans le cas où il constate le caractère abusif d'une clause pénale dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, de réduire le montant de la pénalité mise à la charge du consommateur au lieu d'écarter entièrement l'application de la clause en cause à l'égard de ce dernier* »).

³⁷⁴⁸ V. par ex. dans l'affaire préc., point 69 (« *une telle faculté serait susceptible de porter atteinte à la réalisation de l'objectif à long terme visé à l'article 7 de la directive 93/13. En effet, cette faculté contribuerait à éliminer l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives (...) dans la mesure où ceux-ci demeureraient tentés d'utiliser lesdites clauses, en sachant que, même si celles-ci devaient être invalidées, le contrat pourrait néanmoins être complété, dans la mesure nécessaire, par le juge national de sorte à garantir ainsi l'intérêt desdits professionnels* »). Adde dans les mêmes termes le point 58 de l'affaire préc.

³⁷⁴⁹ Que l'on pourrait ainsi résumer : la clause abusive n'incarne pas moins « *la loi des parties qui ont, de façon autonome - c'est-à-dire par l'usage de leur libre arbitre -, renoncé à une parcelle de liberté. Le juge est dépourvu de légitimité pour s'immiscer dans cette loi des parties et n'a donc pas le pouvoir de substituer sa propre appréciation de l'équilibre contractuel à celle des cocontractants* » (J.-P. Chazal, op. cit., n° 1). Il s'agirait *in fine* de dénoncer l'insécurité juridique excessive qui résulterait d'une telle tendance à permettre au juge d'intervenir dans le contrat (V. *supra* n° 610 et s.).

³⁷⁵⁰ Et d'autant que ces clauses « *ne seront découvertes qu'en cas d'insatisfaction du consommateur* » (G. Raymond, op. cit., n° 444, p. 229), par hypothèse. Autrement dit, le risque est réduit d'autant que nombre de ces clauses existeront paisiblement sans jamais être remises en cause, alors même qu'elles sont illicites.

³⁷⁵¹ Art. 1152 al. 2 C. civ. : « *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

³⁷⁵² S. Gaudemet, th. préc., nos 62-63, p. 37

1071. – Le contrat ne doit tomber qu’exceptionnellement. Les raisons qui plaident pour l’adoption de la sanction n’éradiquant que la clause problématique, induisent tout autant d’arguments contre l’hypothèse de l’éradication du contrat entier. Il ne s’agit là ni d’une sanction adaptée à la gravité du vice, ni efficace³⁷⁵³. Cette sanction ne doit intervenir que lorsque le contrat, objectivement, ne peut pas survivre. Autrement dit, le plus rarement possible³⁷⁵⁴. Outre l’inadaptation de la nullité que l’on sait, le spectre de la trop forte récurrence d’une telle sanction pourrait décourager des parties faibles à agir eu égard au besoin de continuer le contrat³⁷⁵⁵. Encore une fois, protection n’est pas dislocation de la force obligatoire du contrat !

1072. – Sur la base de critères objectifs. Il appartiendra donc au juge d’effectuer cette recherche, lorsqu’il détecte une ou des clauses excessives³⁷⁵⁶. Celle-ci devra s’effectuer en principe sur la base de critères objectifs, ce qui exclut, notamment, le prononcé de la nullité pour le motif qu’elle procure à la partie faible une solution plus favorable. Ce que l’on approuve, autant que l’on contestera donc la flexibilité laissée par les juges européens sur ce point, selon laquelle le juge pourrait faire tomber le contrat si cela est plus protecteur pour le consommateur³⁷⁵⁷. Le contrat devra ainsi, par exemple, intégralement disparaître lorsque le juge constate l’existence de six clauses frauduleuses rendant la poursuite du contrat invraisemblable³⁷⁵⁸.

³⁷⁵³ La sanction ne sera ainsi qu’indemnitaires en cas de violation de l’obligation d’information (sauf à ce que les caractères du dol soient constitués) (V. *supra* n^{os} 999 et s.).

³⁷⁵⁴ L’on s’alignera donc, apparemment, sur les positions d’une doctrine majoritaire : V. not. S. Gaudemet, th. préc., spéc. n^o 63, p. 37-38 et n^{os} 75 et s., p. 44 et s.

³⁷⁵⁵ V. en ce sens F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n^o 329, p. 349

³⁷⁵⁶ Ce que rappelle not. CJUE 30 mai 2013 (C-397/11), « Jörös » : RTD eur. 2013, p. 559, obs. C. Aubert de Vincelles (et not. point 44 : « *Le juge national doit en outre apprécier l’incidence de la constatation du caractère abusif de la clause en cause sur la validité du contrat concerné et déterminer si ledit contrat peut subsister sans cette clause* » ; et point 48 « *Il y a donc lieu de répondre à la première question que l’article 6, paragraphe 1, de la directive 93/13 doit être interprété en ce sens que le juge national qui constate le caractère abusif d’une clause contractuelle est tenu, d’une part, sans attendre que le consommateur présente une demande à cet effet, de tirer toutes les conséquences qui découlent, selon le droit national, de cette constatation afin de s’assurer que ce consommateur ne soit pas lié par cette clause et, d’autre part, d’apprécier, en principe sur la base de critères objectifs, si le contrat concerné peut subsister sans ladite clause* »).

³⁷⁵⁷ CJUE 15 mars 2012 (C-453/10), « Perenicova et Perenic » : RTD com. 2012, p. 386, obs. D. Legeais ; RTD eur. 2012, p. 666, obs. C. Aubert de Vincelles (point 35 : « *Par conséquent, la directive 93/13 ne s’oppose pas à ce qu’un État membre prévoie, dans le respect du droit de l’Union, une réglementation nationale permettant de déclarer nul dans son ensemble un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur et contenant une ou plusieurs clauses abusives lorsqu’il s’avère que cela assure une meilleure protection du consommateur* »).

³⁷⁵⁸ CA Aix-en-Provence, 25 juin 2008 (n^o JurisData : 2008-367742).

SECTION II : L'EFFECTIVITE DES PROTECTIONS DU CONSENTEMENT

1073. – Plan. La question de l'efficacité des protections du consentement revêt aussi une importance de premier ordre. En effet, ce n'est qu'à des conditions particulières que l'on parviendra à cet objectif primordial. En effet, encore faut-il que les protections du consentement de la partie faible trouvent bel et bien à s'appliquer, toutes les fois où la situation l'implique. Pour s'en assurer, des mécanismes annexes doivent être érigés. La protection sera ainsi d'ordre public (§I). Les autres mécanismes intéresseront l'office du juge, au sens large (§II).

§I – Une protection d'ordre public

1074. – Plan. Le choix du recours au caractère d'ordre public procède de deux raisons essentielles. D'une part, rendre les règles qui forment le régime de protection de la partie faible indérogeables (A). D'autre part, contribuer à établir encore l'aspect essentiel de ces mêmes règles (B). Comme l'enseignait brillamment Pascal, « *La justice sans force est contredite parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort (...)* »³⁷⁵⁹.

A – Le but : des règles indérogeables

1075. – Généralités. Contours. Bien que périlleuse à définir³⁷⁶⁰, l'on sait ce que signifie, au fond, la notion d'ordre public³⁷⁶¹ : cette « *présence d'un être moral, le peuple* », dont « *l'idée générale est celle d'une suprématie de la collectivité sur l'individu* », « *le vouloir-vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats* »³⁷⁶². Partant, l'ordre public encadre, protège, et c'est par là même une idée « *repoussant la liberté* »³⁷⁶³. Cette facette de l'ordre public, un « *ordre public négatif* », est au

³⁷⁵⁹ B. Pascal, *Pensées*, Le Livre de Poche, 2000, p. 103

³⁷⁶⁰ C'est d'ailleurs sur cette difficulté que s'ouvre la th. de Ph. Malaurie (*Les contrats contraires à l'ordre public (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS)*, préf. P. Esmein, Ed. Matot-Braine, 1953, n° 1, p. 3, citant plusieurs auteurs) : « *Chercher à définir l'ordre public, c'est s'aventurer sur les sables mouvants, déclarait le conseiller Pilon (...); c'est un vrai supplice pour l'intelligence, s'écriait le Marquis de Vareilles-Sommières; c'est enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte, disait le juge Burrough dans un aphorisme que les juristes anglais se plaisent à citer; c'est parler d'un paragraphe caoutchouc, dans l'imagination allemande; c'est chemin dans un sentier bordé d'épines, selon le mot d'Algave. Toutes ces comparaisons révèlent combien une étude sur l'ordre public est un sujet téméraire. Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité* ». Adde P. Catala, « A propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 et s.

³⁷⁶¹ Ph. Malaurie, très tôt dans sa th. préc., relève d'ailleurs la nécessaire absence d'homogénéité de la substance de l'ordre public entre les Etats, et soulève par là même l'idée essentielle qui le caractérise : un « *caractère strictement national* », car « *L'ordre public est le précipité des expériences et des aspirations sociales, la cristallisation des sentiments nationaux, la flèche directrice de l'esprit du droit* » (ibid., n° 8, p. 10) ; Adde, par ex., en ce sens F. Terré, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. Revet (dir.), Dalloz, 1996, spéc. p. 4 (et not. : « *Dès lors, puisque c'est bel et bien l'essence d'une société (...) qui est en cause, il n'est pas étonnant que l'ordre public soit tributaire de conditions tenant à la matière, à l'espace et au temps* »).

³⁷⁶² J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 69, p. 138

³⁷⁶³ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911, p. 146. Mais l'ordre public et la liberté ne sont pour autant pas nécessairement, et par principe, antinomiques. J. Mestre illustre par ex. cette nuance de la manière suivante : « *Un certain nombre de techniques de notre droit, réputées d'ordre public, protège d'ailleurs clairement des libertés : ainsi, la faculté d'ordre public de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée entend manifestement éviter la perpétuité inadmissible des engagements* » (citant aussi le droit de la concurrence, où la législation a précisément pour but de protéger la liberté d'entreprendre ; même si le but profond est encore une fois, derrière l'apparente protection, d'optimiser les conditions d'efficacité du marché) (« *L'ordre public dans les relations économiques* », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. Revet (dir.), Dalloz, 1996, p. 40).

demeurant plus actuelle que jamais³⁷⁶⁴.

1076. – But : des règles indérogeables par convention contraire. Il serait assurément obsolète de produire une telle construction pour la partie faible, si une simple stipulation contractuelle contraire pouvait l'écartier. C'est ainsi que se résume le but poursuivi ici : produire une législation indérogeable par convention contraire. L'ordre public implique à cet égard la force la plus puissante³⁷⁶⁵. Ainsi, une belle formule prescrivait-elle ceci : « *La question est donc de fixer les frontières entre le législateur naturel, le Parlement, et le législateur privé* »³⁷⁶⁶.

1077. – Quelles règles et quelles dérogations ? Le cas principal de la tentative d'éviction contractuelle d'une protection. La première hypothèse est celle dans laquelle réside dans le contrat une stipulation s'opposant, au sens large, à une obligation du cocontractant de la partie (supposée) faible. L'hypothèse est loin d'être seulement théorique. Les juges ont déjà eu à connaître des affaires dans lesquelles on avait tenté d'écartier conventionnellement par avance toute obligation d'information. C'est alors que le fait que les dispositions furent d'ordre public, conduisit à maintenir, au contraire, cette protection³⁷⁶⁷. Cette hypothèse constitue une dérogation brutale, frontale, à la liberté contractuelle, et marque le cas le plus grossier où l'impérativité de la règle d'ordre public va jouer.

1078. – Quelles règles et quelles dérogations ? Les autres cas moins frontaux. Il y a ensuite des cas plus nuancés, où l'on ne tente pas directement d'écartier la protection d'ordre public, d'y déroger littéralement³⁷⁶⁸. Il s'agit alors davantage de la moduler, de la limiter. Concrètement, il faut songer aux clauses, soit qui limitent l'obligation de leur propre débiteur, soit qui restreignent ou excluent la réparation en cas d'inexécution³⁷⁶⁹. Peu importe les difficultés pratiques de la distinction³⁷⁷⁰ : il se trouve que le caractère d'ordre public évince l'effet de ces deux types de stipulations³⁷⁷¹. En outre, elles seront ainsi éligibles à la sanction réservée aux clauses excessives³⁷⁷². C'est, en effet, qu'amoindrir est dans une certaine mesure écartier³⁷⁷³. Des protections d'ordre public que l'on pourrait limiter perdraient

³⁷⁶⁴ F. Terré, art. préc., p. 8

³⁷⁶⁵ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, n° 494, p. 419 ; V. par ailleurs, sur l'ordre public en général, la célèbre thèse de Ph. Malaurie (th. préc.).

³⁷⁶⁶ J. Mestre, art. préc., p. 33

³⁷⁶⁷ V. par ex. Cass. com., 14 déc. 1993 (91-17.928) : Bull. civ. IV, n° 467 (où des juges du fond avaient retenu que la caution avait « *formellement dispensé* » l'établissement de crédit de toute obligation d'information à son égard. Mais la Haute Cour de rétorquer d'une manière limpide « *qu'en statuant ainsi, alors que les parties ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (en l'occurrence, il s'agissait de l'ancêtre de l'actuel art. L. 313-22 CMF) ; *Addé* sur la base de cette dernière disposition, et dans l'exact même sens : Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009 (07-12.134) : JCP E 2009, 1582, obs. N. Mathy ; *ibid.*, 1644, obs. Ph. Simler

³⁷⁶⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011, « Dérogation », p. 332 (au point de vue conventionnel : « *stipulation par laquelle les parties à un contrat écartent, en ce qui les concerne, l'application d'une loi et qui est licite s'il ne s'agit pas d'une loi impérative ou d'ordre public (C. civ., a. 6)* ») ; et *ibid.*, « Déroger », p. 332 (et not. « *faire exception au principe, à la règle (au moins à une règle plus générale) en soustrayant à son application un domaine particulier (...) dans un cas particulier (singulièrement, pour ce seul cas concrètement déterminé, situation individuelle)* »).

³⁷⁶⁹ V. not. sur ce point Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 979, p. 528-529 (et not. « *Théoriquement, la différence entre ces deux types de clause est nette : elles aboutissent à alléger ou à exclure la responsabilité contractuelle, mais les premières agissent sur la source de celle-ci, l'obligation violée ; les secondes sur ses effets, l'obligation de réparer* »).

³⁷⁷⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *loc. cit.*

³⁷⁷¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 987, p. 536

³⁷⁷² V. *supra* nos 1064 et s.

³⁷⁷³ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *loc. cit.* (not. « *Lorsque la loi détermine les obligations respectives des parties, elle interdit généralement toute clause contraire. Les interventions législatives de ce type se multiplient, souvent afin de protéger le contractant* »).

proportionnellement leur sens et leur efficacité. L'on s'aperçoit bien, en définitive, que le mécanisme d'ordre public participe indéniablement, bien qu'indirectement, de la protection du consentement de la partie faible.

B – La légitimité du rattachement de la protection de la partie faible à l'ordre public

1079. – Plan. Le rattachement des règles qui intéressent la partie faible de droit commun à l'ordre public doit être justifié. Or, sa légitimité ne fait guère de doutes. La substance des règles en question correspond à la définition profonde de l'ordre public (1). En outre, celles-ci sont rattachables à l'une des conceptions particulières de l'ordre public (2).

1 – Des règles qui correspondent à la définition profonde de l'ordre public

1080. – Le but poursuivi n'est pas l'apanage de l'ordre public. Règles impératives. C'est un lieu commun de souligner qu'un tel but – écarter l'efficacité de toute stipulation contraire – n'est pas propre aux règles d'ordre public³⁷⁷⁴. C'est en effet tout autant le résultat essentiel des règles dites *impératives*³⁷⁷⁵. Les différences tiennent, au-delà de précisions techniques³⁷⁷⁶, essentiellement³⁷⁷⁷ à ce que l'ordre public est hautement plus significatif.

1081. – Mais l'ordre public implique des règles particulièrement essentielles. L'ordre public reste difficile à définir, notamment du fait d'une multiplication des fonctions et, du même coup, des facettes³⁷⁷⁸. Mais une chose est sûre : il correspond globalement à l'ensemble des normes fondamentales pour la société et son fonctionnement³⁷⁷⁹. L'on ajoutera, au sein de cette trop brève évocation de cette vaste notion d'ordre public, que ce dernier est, selon d'aucuns, censé être le miroir des valeurs françaises³⁷⁸⁰. Attacher le caractère d'ordre public à des règles est donc lourd de sens, et ce rattachement doit donc être justifié.

supposé faible, parfois même en l'absence de tout déséquilibre supposé. Les clauses délimitant les obligations respectives sont alors inefficaces, comme les clauses limitatives ou exonératoires de réparation. La distinction devient inutile »).

³⁷⁷⁴ Relayées par l'art. 6 C. civ. (énonçant que l'« *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »). C'est ainsi que d'aucuns énoncent, de la manière la plus claire, qu'« *Il est relativement aisé de définir les fonctions de l'ordre public si l'on s'en tient aux apparences, c'est-à-dire à ses conséquences en droit civil. L'ordre public c'est l'antithèse de la liberté contractuelle, c'est une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle* » (J. Hauser et J.-J. Lemouland, Rép. civ. Dalloz, « Ordre public et bonnes mœurs », mars 2004 (m.a.j. 2014), n° 23).

³⁷⁷⁵ V. not. P. Catala, « A propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 512, n° 2 ; Adde F. Terré, op. cit., nos 493 et s., pp. 418 et s.

³⁷⁷⁶ F. Terré, loc. cit.

³⁷⁷⁷ Pas uniquement : en effet, il y a un contenant et un contenu. Autrement dit, le caractère impératif n'est « *qu'une conséquence, parmi d'autres, de l'ordre public, le mot impératif peut toujours être remplacé par l'expression d'ordre public, mais la réciproque n'est pas vraie* » (G. Cornu, op. cit., « Impératif », p. 519).

³⁷⁷⁸ D'où, not., le qualificatif, déjà ancien, de « *notion à contenu variable* » (J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77 et s.).

³⁷⁷⁹ V. not. G. Cornu, op. cit., « Ordre public », p. 714 (et not. « *Au sein d'un ordre juridique, termes servant à caractériser certaines règles qui s'imposent avec une force particulière* », et, plus précisément, représentant une « *norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions (C. civ., a. 6) ; norme directive qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles (...)* »).

³⁷⁸⁰ V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., nos 376 et s., pp. 392 et s.

1082. – Dès lors, les règles en cause doivent être rattachables à la notion d'ordre public sous peine d'en dénaturer le concept. Si l'on choisit d'attribuer la qualification de règles d'ordre public au régime de protection de la partie faible en droit commun des contrats, participera-t-on alors à « la dégénérescence du concept », à l'instar du législateur moderne qui, « quand il qualifie un texte d'ordre public, le fait moins en fonction d'un contenu, qu'ainsi il contribuerait à sacraliser, qu'en fonction d'un but à atteindre, et l'on entre alors dans la confusion entre ordre public et caractère impératif »³⁷⁸¹ ? Il ne le semble guère. Si l'heure est certes à « l'impérativité finale de la règle plutôt qu'à son caractère d'intérêt social a priori »³⁷⁸², l'on aura guère pour volonté de faire régir les règles de protection de la partie faible par une impérativité d'ordre public alors même qu'elles ne correspondraient pas rigoureusement à son terrain d'élection. L'on doit encore préciser les raisons de ce que l'on présente comme un choix rigoureux.

1083. – **Légitimité du rattachement.** La protection du consentement de la partie faible participe de ces valeurs essentielles au fonctionnement de la société, qui constituent l'ordre public. Pour se convaincre de la justesse de ce rattachement, souvenons-nous des fondements de la protection de la partie faible : liberté³⁷⁸³, dignité³⁷⁸⁴, justice³⁷⁸⁵, volontarisme³⁷⁸⁶... Autant de valeurs qui sont indéniablement au cœur du fonctionnement de notre société. La protection de la partie faible sert l'intérêt général, en maintenant la cohésion sociale³⁷⁸⁷, par la lutte contre l'asservissement informationnel mais également par une optimisation économique de la pratique contractuelle³⁷⁸⁸. L'on ne saurait, dès lors, mieux prétendre que l'optimisation de la protection du faible en matière contractuelle participe des valeurs françaises portées par le droit³⁷⁸⁹.

2 – Des règles qui appartiennent à une conception particulière de l'ordre public

1084. – **Généralités : l'ordre public et ses ramifications. Choix de la dichotomie ordre public de direction (économique) / ordre public de protection (social).** Originellement cantonnée au fonctionnement élémentaire des services publics, la notion d'ordre public est aujourd'hui tiraillée entre plusieurs facettes : ordre public classique, économique³⁷⁹⁰, de direction, de protection, notamment³⁷⁹¹.

³⁷⁸¹ J. Hauser et J.-J. Lemouland, op. cit., n° 2

³⁷⁸² J. Hauser et J.-J. Lemouland, loc. cit.

³⁷⁸³ V. *supra* nos 801 et s.

³⁷⁸⁴ V. *supra* nos 809 et s.

³⁷⁸⁵ V. *supra* nos 739 et s.

³⁷⁸⁶ V. *supra* nos 778 et s.

³⁷⁸⁷ V. not. *supra* nos 497 et s.

³⁷⁸⁸ V. *supra* nos 523 et s.

³⁷⁸⁹ V. sur ce point notre proposition de codification, *infra* n° 1140

³⁷⁹⁰ V. not. G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963 ; V. aussi J. Mestre, art. préc., p. 33 et s ; R. Savatier, « L'ordre public économique », D. 1965, p. 37 et s. ; V. déjà Ph. Malaurie, th. préc., spéc. nos 75 et s., p. 55 et s. (et not., n° 75, p. 55 : « Ce que veut instaurer cet ordre public nouveau, c'est surtout un ordre économique. Aujourd'hui, dans un pays d'économie dirigée, la planification absorbe la majeure partie de l'activité législative. La loi organise de plus en plus la vie économique et laisse de moins en moins de place au contrat ») ; et, antérieurement, G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, Libr. E. Duchemin, 1977, p. 347 et s.

³⁷⁹¹ V. d'ailleurs l'intégration de ces nouvelles distinctions dans la définition même du terme générique : G. Cornu, op. cit., « Ordre public », p. 714 (et not. : « norme directive qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle) (...) »). Adde sur ces notions G. Couturier, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 95 et s.

Pour certains auteurs, l'on peut ainsi distinguer la dichotomie suivante, du moins pour ce qui est des nouvelles facettes de l'ordre public : l'ordre public économique serait constitué par la protection et la direction³⁷⁹². Mais les problèmes de qualification sont alors évidents : quelle différence entre diriger l'économie en tant que tel, et protéger à dessein, également, de l'orienter³⁷⁹³ ? Nous préférons ainsi une autre distinction, plus simple. A l'instar de celle qui oppose la logique civiliste et la logique de marché, nous nous attacherons, en effet, à discerner, d'une part, l'ordre public de direction (économique), et, d'autre part, l'ordre public de protection (ou ordre public « *social* »³⁷⁹⁴). Ainsi agit-il, d'une part, d'orienter l'économie et, d'autre part, de protéger, au sens civiliste du terme. Ceci étant dit, la protection de la partie faible que nous proposons s'opposera donc diamétralement à la matière consumériste, dépassant ainsi l'apparente analogie de surface que semblent entretenir ces deux démarches. Voyons donc, sans réel suspense, à laquelle de ces ramifications modernes de l'ordre public notre proposition se rattache.

1085. – La protection de la partie faible se rattache-t-elle à l'ordre public de direction ? (non).

Si le droit de la consommation est un droit du marché³⁷⁹⁵, alors il participe de l'ordre public économique. D'ailleurs, les qualificatifs direction et protection deviennent assez superflus : il n'y a plus véritablement lieu de distinguer entre ce qui dirige *stricto sensu*, et ce qui dirige *lato sensu* par le prisme d'une protection érigée dans un tel dessein. Il correspond fort bien à la définition de ce dernier, en créant « *des obligations aux parties et n'hésite pas à aménager autoritairement le contenu de certains contrats afin d'orienter l'activité contractuelle dans un sens jugé favorable à l'économie (...)* »³⁷⁹⁶. Nombre de dispositions protectrices du consommateur sont ainsi expressément qualifiées d'ordre public³⁷⁹⁷, et non seulement d'impératives. Mais la partie faible est, dans cette dimension, bien moins largement conçue que celle qui est traitée par la présente étude, puisque ne concernant que des parties faibles au point de vue économique³⁷⁹⁸. En outre, la démarche suivie est précisément de s'émanciper de la logique de direction du droit de la consommation, et de l'abstraction qu'elle induit³⁷⁹⁹. Car, on l'a vu, la protection du droit de la consommation n'est qu'une apparence, un prétexte, masquant à peine les objectifs profonds qui se trouvent poursuivis, et qui tiennent indubitablement à un ordre public économique de direction. Logique de marché et logique civiliste s'opposent encore. Le rattachement de la protection de la partie faible à une facette particulière de l'ordre public ne peut donc naturellement s'établir par sa composante

³⁷⁹² Ainsi, l'ordre public économique de direction (orientation, par la norme, de l'activité contractuelle vers l'efficacité) se distinguerait-il de l'ordre public économique de protection (protection économiquement viable d'une catégorie de contractants) (V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., nos 382 et s., pp. 396 et s.).

³⁷⁹³ V. not. déjà B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986, spéc. n° 620, p. 222 (et not. : « *Mais la frontière n'est pas nettement tracée et les chevauchements sont nombreux, car la protection des faibles et la direction de l'économie, tout en constituant des objectifs distincts, peuvent se réunir dans le même dispositif législatif* »).

³⁷⁹⁴ Ainsi, d'éminents auteurs distinguent-ils, en effet, l'ordre public économique au sens strict, de l'ordre public de protection, qualifié d'ordre public *social* (Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., n° 650, p. 321-322 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, n° 297, p. 274). V. déjà G. Marty et P. Raynaud, op. cit., nos 74-75, p. 63-64 (distinguant l'ordre public économique, de l'ordre public « *au service de la personne* »).

³⁷⁹⁵ V. *supra* nos 132 et s.

³⁷⁹⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 376, p. 392

³⁷⁹⁷ C'est, entre autres, le cas des clauses abusives de l'art. L. 132-1 C. consom. (al. 9), et de l'obligation générale d'information des art. L. 111-1 et s. C. consom., à laquelle la récente loi sur la consommation du 17 mars 2014 a ajouté expressément cette même force (création de l'art. L. 111-7 C. consom.).

³⁷⁹⁸ V. not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 383, p. 396

³⁷⁹⁹ V. *supra* nos 587 et s.

dédiée à la direction, nécessairement économique.

1086. – La protection de la partie faible se rattache-t-elle à l'ordre public de protection ? (oui).

Comme on vient de le mentionner, une véritable part de l'ordre public appartient désormais au monde de la protection³⁸⁰⁰. Celle-ci nous semble devoir, comme il a été dit, être distinguée de la notion d'ordre public économique, de telle sorte à différencier ce qui relève de l'économique et ce qui relève, *stricto sensu*, de la protection (au « *service de la personne* », au sens « *social* »³⁸⁰¹). Or, la protection générale de la partie faible participe indéniablement d'une telle composante particulière de l'ordre public, visant à « *rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel* »³⁸⁰².

§II – L'office du juge en matière de protection de la partie faible

1087. – Plan. L'office du juge va jouer un double rôle pour rendre effectives les règles de protection du consentement de la partie faible. C'est ainsi que le juge, en effet, sera le vecteur d'une interprétation en faveur de la partie faible, en cas de doute sur le sens d'une stipulation (A), tout autant que le titulaire d'une obligation de relever d'office les dispositions qui intéressent la protection de la partie faible (B).

A – L'interprétation en faveur de la partie faible

1088. – Plan. Il faut d'abord souligner que l'interprétation en faveur de la partie faible ne peut se produire que si une stipulation obscure est détectée (1). Outre ces précisions, le mécanisme d'interprétation doit ensuite être explicité (2).

1 – L'obscurité d'une clause

1089. – Généralités. En cas d'obscurité, le faible s'est plus probablement convaincu de l'avantageux que du précarisant. S'il existe un doute quand au sens d'une ou plusieurs stipulations contractuelles, la question de l'interprétation judiciaire du contrat se pose. Il va de soi qu'ériger en principe que la convention s'interprète, dans de tels cas, en faveur de la partie faible ne rehausse pas, encore une fois, directement son consentement, mais constitue pour autant une protection indirecte indéniable, en lui donnant l'avantage, en justice, du doute contractuel. Le raisonnement peut être ainsi résumé : la partie faible, devant ce doute, que l'on constate avec le recul, s'est bien plus probablement convaincue du sens qui la favorisait, que de celui qui la précarisait. Il est donc naturel que l'existence de clauses claires et précises empêchera une telle interprétation favorable³⁸⁰³, peu importe que la convention implique une partie faible³⁸⁰⁴. La précision n'est pas surabondante, tant l'on a pu relever que

³⁸⁰⁰ V. not. G. Couturier, art. préc., p. 95 et s.

³⁸⁰¹ Nous nous référons ici aux positions terminologiques préc.

³⁸⁰² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 384, p. 399 (et d'ajouter not. : « *A cet effet, le législateur régleme de manière impérative le contenu de certains contrats, généralement passés entre des parties qui sont dans une situation structurelle d'inégalité (...)* »). Mais, comme on l'a vu, ces auteurs conçoivent l'appartenance de cette composante différemment. *Rappr.*, en revanche, de la position de Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, op. cit., spéc. n° 650, p. 322

³⁸⁰³ V. par ex. en ce sens L. Grynbaum, « De l'art de la mesure dans la protection du consentement », RDC 2007, p. 974

³⁸⁰⁴ *Rappr.* Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2012 (11-27.631) : Bull. civ. I, n° 259 ; D. 2013, p. 1981, obs. H. Groutel ; Gaz. Pal. 2013, p. 494,

certain plaideurs invoquaient une telle solution impérative, notamment dans l'expérience américaine mais également française, « *à tort et à travers* »³⁸⁰⁵. Au reste, il est vrai que la frontière est parfois difficile à établir entre le clair et l'obscur³⁸⁰⁶.

1090. – Insuffisance du droit commun. Les principes de droit commun relatifs à l'interprétation des conventions sont bien connus, codifiés dans le Code civil aux articles 1156 et suivants³⁸⁰⁷. Ceci étant dit, l'on sait que l'article 1162 du même code prévoit, en cas d'existence d'un doute, que « *la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* »³⁸⁰⁸. Autrement dit, « *Qui vend le pot, dit le mot* »³⁸⁰⁹. Or la partie faible peut tout autant être créancière que débitrice d'obligations : « *On s'est en effet avisé de ce que cette directive pouvait être défavorable à la partie considérée comme faible que se trouve parfois être le créancier de l'obligation* »³⁸¹⁰. En un mot, l'abstraction de la règle posait encore un problème... On l'a vu³⁸¹¹, le sens originel de cette disposition a donc muté, et l'on a relevé une tendance contemporaine à la faire « *devenir une règle de faveur, non plus à l'égard du débiteur, mais de la partie que la jurisprudence considère en situation de faiblesse* »³⁸¹². Il n'en reste pas moins que tendance n'est pas règle : la partie faible, du moins celle considérée comme telle, n'est donc guère systématiquement protégée³⁸¹³. Il faut, dès lors, prendre acte de l'idéologie de la tendance qui vient d'être mentionnée, et l'insuffler dans une règle générale de protection du faible.

1091. – Impuissance du droit commun. Comme les autres règles de la section à laquelle elle appartient, cette règle n'a jamais été considérée comme impérative³⁸¹⁴, mais bien davantage comme une forme de conseil ou de guide pour le juge³⁸¹⁵. Ainsi, la cassation n'est pas nécessairement encourue pour

obs. S. Piedelièvre ; RDC 2013, p. 489, obs. J. Rochfeld ; *ibid.*, p. 554, obs. G. Viney

³⁸⁰⁵ M. Lamoureux, « L'interprétation des contrats de consommation », D. 2006, p. 2851, n° 10

³⁸⁰⁶ B. Boccara, « Le clair et l'obscur... », JCP G 1978, I, 2910 ; V. aussi J. Mestre et A. Laude, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9 et s. (mettant not. en lumière les cas d'ambiguïté « *incontestable* » et « *moins claire* », afin de déterminer la part d'instrumentalisation de ce prisme de l'obscurité).

³⁸⁰⁷ V. not. l'étude consacrée par G. Dereux, *L'interprétation des actes juridiques*, th. Paris, 1905. *Adde* Ph. Simler, J.-Cl. civ. LexisNexis, « Interprétation des contrats », sept. 2009 (m.a.j. 2009) ; V. aussi Th. Ivainier, « La lettre et l'esprit de la loi des parties », JCP G 1981, I, 3023 ; H. Trofimoff, « Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats », RHD 1994, p. 203 et s. ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I, PUAM, 2001, spéc. nos 63 et s., p. 75 et s. (et les nombreuses réf. citées sur le thème de l'interprétation, croisé avec le principe de cohérence).

³⁸⁰⁸ V. not. sur cette disposition Ph. Simler, *op. cit.*, spéc. nos 54 et s. ; *Adde*, traitée en elle-même puis sous le prisme du droit du travail : M. Moreau, « L'interprétation des conventions collectives de travail : à qui profite le doute ? », Dr. soc. 1995, p. 171 et s.

³⁸⁰⁹ L'on reconnaît la formule de Loysel (V. sur ce point H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 380, p. 753-754).

³⁸¹⁰ D. Houtcieff, th. préc., n° 120, p. 122-123 (et les nombreuses réf. citées sur cette question).

³⁸¹¹ V. *supra* nos 557-558

³⁸¹² D. Houtcieff, th. préc., n° 120, p. 123 ; *Adde* en ce sens J. Mestre et A. Laude, art. préc., spéc. p. 15-16

³⁸¹³ V. not. en ce sens M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 622, n° 9

³⁸¹⁴ V. déjà Ch. Demolombe, *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, Libr. A. Durand et L. Hachette, 1869, spéc. n° 37, p. 39 (qui parle, à l'égard de l'absence d'impérativité des règles précitées, d'« *évidence* »).

³⁸¹⁵ V. déjà Cass. soc., 20 février 1975 (74-40.455) : D. 1976, p. 142, note Y. Serra (la règle de l'article 1162 du Code civil n'a « *au surplus pas de caractère impératif* »). V. not. sur ce point l'art. emblématique de J. Dupichot (« Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 179 et s. (la formule entre guillemets est de Carbonnier), spéc., sur la question de l'absence de caractère impératif : *ibid.*, n° 3, p. 181-182).

avoir, sur ce fondement, accordé une interprétation favorable au créancier de l'obligation stipulée³⁸¹⁶. Les règles ainsi édictées ne sont donc ni suffisantes ni suffisamment puissantes pour gouverner la protection de la partie faible. Des règles spéciales doivent, à nouveau, être envisagées.

2 – La substance de l'interprétation favorable

1092. – Similarité avec la démarche consumériste. Ce sont précisément les limites du droit commun, pour ce qui est de la protection du faible, qui ont conduit le système consumériste à adopter des mécanismes dérogatoires³⁸¹⁷, après d'autres matières comme la vente³⁸¹⁸. Or, si la démarche, d'obédience protectrice du faible³⁸¹⁹, est similaire, il faut alors l'examiner pour en évaluer les mérites et, le cas échéant, s'en inspirer.

1093. – Règles consuméristes. Interprétation *in favorem*. L'article L. 133-2 du Code de la consommation prévoit ainsi notamment que « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel* »³⁸²⁰. C'est là le système d'interprétation *in favorem* du droit de la consommation³⁸²¹, duquel nous allons éminemment nous inspirer.

1094. – Inspiration quasi-complète pour le régime de la partie faible générique. L'on ne peut reprendre la première de ces prescriptions, précisément parce que la partie faible n'est pas une notion objective, abstraite et automatique comme l'est celle de consommateur. Et l'on ne peut donc exiger de tous les contractants une telle présentation, du moins autrement que par l'exigence générale de bonne foi. L'intérêt réside dans la seconde partie de la règle : poser le principe qu'en cas de doute, l'interprétation des dispositions contractuelles concernées se fera en faveur de la partie faible. A noter que l'on tirera également de la matière consumériste l'étendue conférée à une telle prescription, de telle sorte que le doute et l'ambiguïté pourront « *résulter de ce que la clause pouvait être interprétée dans un sens*

³⁸¹⁶ V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1974 (73-13.482) : Bull. civ. I, n° 271 (« *attendu qu'il est reproché à la cour d'appel d'avoir fait droit à cette demande, aux motifs que le caractère obscur et ambigu de la clause litigieuse résulte d'une rédaction défectueuse du contrat qui est un contrat d'adhésion et qu'il échet, dans le doute, d'interpréter la convention contre la partie, fut-elle débitrice au sens de l'article 1162 du Code civil, qui l'a rédigée et a eu l'initiative contractuelle, c'est-à-dire, en l'espèce, contre la compagnie d'assurances, alors, selon le moyen, que l'interprétation par les juges du fond des clauses obscures et ambiguës ne pourrait se faire que par référence à la commune intention des parties, qui les lie comme la loi elle-même et que l'arrêt attaque aurait enfreint ce principe, qui s'appliquerait à tous les contrats, y compris aux contrats d'adhésion ; mais attendu que l'interprétation rendue nécessaire par l'obscurité d'un texte échappe à tout contrôle de la Cour de cassation ; qu'ainsi, la décision attaque, qui n'a violé aucun des textes visés au pourvoi, se trouve légalement justifiée et que le moyen ne saurait être accueilli* »).

³⁸¹⁷ V. not. sur ce point M. Lamoureux, art. préc., p. 2848 et s.

³⁸¹⁸ Art. 1602 C. civ. : « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur* ».

³⁸¹⁹ Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, n°s 347 et s., p. 388 et s.

³⁸²⁰ V. pour un ex. significatif de l'application de cette disposition à l'adhérent d'une assurance de groupe Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008 (05-21.822) : Bull. civ. I, n° 145 ; D. 2008, p. 1954, note D.-R. Martin ; *ibid.*, p. 1547, obs. X. Delpech ; D. 2009, p. 397, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; RTD civ. 2008, p. 477, obs. B. Fages ; JCP G 2008, II, 10133, note A. Sériaux ; *ibid.*, I, 179, obs. P. Grosser ; *ibid.*, I, 218, obs. N. Sauphanor-Brouillaud ; Defrénois 2008, p. 1974, obs. E. Savaux ; RDC 2008, p. 1135, obs. D. Mazeaud ; *ibid.*, p. 1155, obs. O. Deshayes ; RCA 2008, n° 270, obs. H. Groutel

³⁸²¹ V. not. sur ce point N. Sauphanor-Brouillaud (avec le concours de E. Poillot, C. Aubert de Vincelles et G. Brunaux), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012, n°s 671 et s., p. 631 et s.

plus favorable »³⁸²². A l'instar, encore, de cette matière³⁸²³, ces prescriptions seront, comme il a été précisé, d'ordre public.

1095. – La règle est mesurée. La solution n'est pas particulièrement rigoureuse. Le poids de la négligence qui mène à des clauses obscures doit légitimement peser, le cas échéant, dans une relation impliquant une partie faible dûment détectée³⁸²⁴, sur son cocontractant. Ceci est d'autant plus légitime que ce dernier sera en outre bien souvent le rédacteur de ladite clause³⁸²⁵. Ainsi doit être posée cette règle d'interprétation en matière de protection de la partie faible dans le Code civil³⁸²⁶.

1096. – Articulation avec les clauses excessives. Cette protection s'évincera automatiquement en présence d'une clause excessive³⁸²⁷. La solution est logique : à quoi bon tenter de protéger la partie faible en interprétant favorablement une clause qui est vouée à être tout bonnement écartée ? Au reste, voici donc les différents cheminements pouvant être suivis³⁸²⁸. 1° Il n'y a pas de clause obscure. Il peut y avoir clause excessive, mais pas, naturellement, d'interprétation *in favorem*. 2° Il y a clause obscure. Le juge peut, toutefois, directement considérer que, malgré son manque de clarté, elle est excessive ; ou bien, procéder à l'interprétation *in favorem* afin d'en dégager, le cas échéant, le sens le plus favorable³⁸²⁹. Ceci ne l'empêchera pas, ensuite, de déterminer si ladite clause, telle que mise en lumière, est ou non excessive³⁸³⁰. L'interprétation *in favorem* peut donc potentiellement conduire à une double sanction, l'une principale (le sens favorable), l'autre collatérale (la détection de l'excès par le prisme du sens découvert).

³⁸²² N. Sauphanor-Brouillaud, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008, préc.

³⁸²³ Sur l'impérativité de ces dispositions, V. not. M. Lamoureux, art. préc., spéc. p. 2850-2851, n° 8

³⁸²⁴ Rappelons en effet que la caractérisation de la partie faible aura déjà supposé un certain nombre de conditions de mise en œuvre, ce qui tempère l'apparence rigoureuse de ladite règle (V. *supra* nos 645 et s.).

³⁸²⁵ V. en ce sens M. Lamoureux, art. préc., p. 2848 et s., spéc. p. 2849-2850, nos 5 et 6

³⁸²⁶ V. sur ce point notre proposition de codification, *infra* n° 1140

³⁸²⁷ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, obs. préc.

³⁸²⁸ Les prescriptions qui suivent ont déjà été faites, dans le cadre de l'analyse de l'articulation des clauses excessives avec ce mécanisme, réciproquement.

³⁸²⁹ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 677, p. 638 (et not. : « le juge devrait s'assurer qu'elle est claire et compréhensible. Si tel n'est pas le cas, deux hypothèses s'ouvrent à lui. Soit, comme on l'a déjà indiqué, il estime que la clause obscure crée un déséquilibre significatif et applique alors la sanction des clauses abusives. (...) Soit, puisque la clause est affectée d'un défaut de clarté, le juge l'interprète dans le sens le plus favorable »).

³⁸³⁰ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 678, p. 638 (en cas d'ambiguïté, le juge peut, comme on l'a vu, directement éradiquer la clause si elle est excessive. « Dans ce cas de figure, rien n'empêcherait cependant le juge de solliciter l'article L. 133-2, alinéa 2 du Code de la consommation, dont le résultat pourrait être identique dans la mesure où l'interprétation favorable peut consister à écarter l'application de la stipulation »).

B – L'obligation de relever d'office

1097. – Plan. L'obligation de relever d'office les règles qui intéressent la protection de la partie faible est l'objet d'un choix (2), que l'analyse critique des différentes voies justifie (1).

1 – Les systèmes possibles

1098. – Plan. Deux systèmes existent, dont l'inspiration est possible pour construire la règle du relevé d'office en matière de protection de la partie faible. D'une part, celui du droit commun, qui ne retient aucune obligation en la matière (a). D'autre part, celui du droit de la consommation, au terme duquel l'obligation de relever d'office existe, mais est encore limitée (b).

a – *Le droit commun, l'absence d'obligation de relever d'office*

1099. – Généralités. Problématique. Le droit processuel a sa part à jouer dans la protection de la partie faible. Selon les règles choisies, il peut en effet conduire à garantir de manière plus efficace l'application de la protection de la partie faible, ou au contraire la réduire à néant. C'est notamment³⁸³¹ la question du relevé d'office³⁸³². Un choix en la matière n'est pour autant guère aisé. La question servant de base est la suivante. Si l'on sait que l'article 12 du Code de procédure civile ordonne au juge de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* », l'on ignore s'il doit, peut seulement, ou ne peut pas, relever d'office les moyens de droit qu'implique, le cas échéant, une telle requalification³⁸³³. Autrement dit, l'on ne sait guère, à ce stade, s'il a pour obligation ou pour simple faculté de rechercher si et comment la demande

³⁸³¹ Seulement notamment, en effet, car l'effectivité de la protection du faible passe aussi, et peut-être surtout, par un questionnement profond sur la manière processuelle d'encadrer son action, et même, devrait-on dire, de la permettre. L'on se trouve alors dans un autre pan de l'étude de la protection du faible, auquel de vastes études sont consacrées et qui ne saurait, partant, être intégré, car trop vaste, à notre étude. V. par ex., sous divers prismes : J. Clavel, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international*, th. Paris II, 2011 ; E. Jeuland, « Résolution des litiges », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), *Economica*, 2002, p. 141 et s. ; V. Fioger, *Les parties faibles dans le contrat en droit international privé communautaire*, th. Lyon III, 2004 ; F. Leclerc, *La Protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etudes de conflits de lois)*, Bruylant, 1995 ; P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 513 et s. ; Adde A.-M. Leroyer, « L'épreuve d'Internet », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), *Economica*, 2002, p. 167 et s. ; c'est que, selon une étude (citée par J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 489, p. 609), « 98% des français pensent que les procédures sont trop longues, 94% que les actions en justice coûtent trop cher ». Les chiffres datent de 1991. Néanmoins, l'on peine à croire qu'ils aient bien changé de nos jours : les facteurs de cette méfiance sont restés les mêmes, avec des raisons psychologiques tenant à « *la complexité de la procédure, l'ésotérisme du langage juridique, l'architecture des palais de justice, jusqu'à la robe des magistrats et des avocats, tout cela fait naître chez le consommateur le sentiment que la justice est un monde à part où il vaut mieux ne pas s'aventurer* » ; ainsi que « *la lenteur de la justice* » ou encore le « *coût du procès* » (V. les dév. complets de J. Calais-Auloy et H. Temple, op. cit., n° 489, p. 610, et nos 490 et s., p. 611 et s., pour des pistes procédurales alternatives et les nombreuses réf. citées).

³⁸³² D'aucuns contestent cette qualification terminologique : B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du Code de la consommation : une qualification inappropriée », D. 2010, p. 1300 et s.

³⁸³³ L'on verra que la réponse semble pourtant assez tranchée, à en croire de solides arguments, au rang desquels figurent d'ailleurs les dispositions essentielles du droit processuel. Au reste, la question nous a parue d'emblée assez paradoxale. Formulée correctement, la voici : « *Sans conteste, l'office du juge est d'appliquer la règle de droit applicable au litige. La question de savoir s'il peut ou doit relever d'office un moyen de droit est plus controversée* » (L. Cadet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, n° 222, p. 761). La réponse à la seconde n'est-elle pas, pourtant, indubitablement contenue dans la première ?

pouvait être autrement fondée pour aboutir³⁸³⁴.

1100. – Principe en droit commun. Absence d'obligation. De larges divergences existaient entre les différentes chambres de la Haute Cour et, parfois même, en leur propre sein³⁸³⁵. C'est ainsi que la première chambre civile plaidait pour une obligation ; que les deuxième et troisième chambres civiles semblaient favorables à la solution facultative ; tandis que la chambre commerciale demeurait incertaine³⁸³⁶. C'est dans ce contexte que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est venue, de manière salubre, poser une solution uniforme. En substance, si le juge est tenu de restituer l'exacte qualification à l'espèce qui lui est présentée, il n'a pas pour obligation subséquente de changer le fondement de la demande des parties, en invoquant celui qui aurait paru le plus approprié, le plus pertinent³⁸³⁷.

1101. – Solution harmonieusement installée. La solution a naturellement été appliquée et est désormais harmonieuse au sein des chambres³⁸³⁸. Elle est un prolongement de celle, à peine antérieure, formulée par l'Assemblée plénière selon laquelle « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* »³⁸³⁹.

b – Le droit de la consommation, une obligation de relever d'office limitée

1102. – Principe en droit de la consommation. A l'origine, une simple faculté. L'article L. 141-4 du Code de la consommation, tel qu'introduit par la loi du 3 janvier 2008³⁸⁴⁰, a fait entrer en la matière la possibilité pour le juge de soulever d'office les dispositions du Code de la consommation dans des

³⁸³⁴ Problématique que d'aucuns formulent également ainsi : « *le juge a-t-il la faculté ou l'obligation de modifier le fondement juridique de la demande lorsque celui-ci se révèle inadéquat ?* » (F. Eudier et N. Gerbay, Rép. proc. civ. Dalloz, « Jugement », sept. 2011 (m.a.j. 2014), n° 101). Une doctrine autorisée considère, par ailleurs, que l'annulation (par CE 12 oct. 1979 (01875 01905 01948-01951), « Rassemblement des nouveaux avocats de France et autres » : D. 1979, p. 606, note A. Bénabent ; JCP G 1980, II, 19288, note J. Boré ; Gaz. Pal. 1980, p. 6, note P. Julien) du désormais ancien alinéa 3 de l'art. 12 CPC (qui énonçait qu'« *Il [le juge] peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties* ») n'exclut pas que la règle qu'il exprimait soit toujours, en substance, de droit positif, ladite annulation n'ayant été justifiée que par l'atteinte qu'il marquait au principe du contradictoire (V. sur ce point controversé, avec les réf. citées, R. Martin, Rép. proc. civ. Dalloz, « Principes directeurs du procès », mai 2000 (m.a.j. 2010), n°s 143 et s., spéc. n° 144).

³⁸³⁵ V. particulièrement sur celles-ci J. Normand, « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », RTD civ. 1996, p. 689 et s. ; V. aussi F. Eudier et N. Gerbay, op. cit., n°s 101 et s.

³⁸³⁶ Ph. Malinvaud, obs. citées ci-après

³⁸³⁷ AP, 21 déc. 2007 (06-11.343) : Bull. ass. plén., n° 10 ; Rapport D. Loriferne et avis avocat général R. de Gouttes (site de la Cour de cassation) ; D. 2008, p. 228, note L. Dargent ; ibid., p. 1102, chron. O. Deshayes ; RDI 2008 p. 102, obs. Ph. Malinvaud ; JCP G 2008, II, 10006, note L. Weiller ; CCC 2008, n° 92, note L. Leveneur (dont l'attendu final mérite particulièrement d'être reproduit : « *si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes; qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, qu'elle était saisie d'une demande fondée sur l'existence d'un vice caché dont la preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule conforme aux stipulations contractuelles, a légalement justifié sa décision de ce chef* »).

³⁸³⁸ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2008 (06-15.038 et 07-14.055) ; Cass. 2^{ème} civ., 17 déc. 2009 (08-70326) ; Cass. 3^{ème} civ., 9 juin 2009 (08-18.231) ; Cass. com. 6 juil. 2010 (09-16.405) ; Adde F. Eudier et N. Gerbay, op. cit., n°s 110 et s.

³⁸³⁹ AP, 7 juil. 2006 (04-10.672) : Bull. civ. n° 8 ; D. 2006, p. 2135, note L. Weiller ; JCP G 2006, I, 183, obs. S. Amrani-Mekki ; ibid. 2007, II, 20070, note G. Wiederkehr ; Dr. et proc. 2006, p. 348, note N. Fricero ; RDI 2006, p. 500, obs. Ph. Malinvaud ; RTD civ. 2006, p. 825, obs. R. Perrot

³⁸⁴⁰ L. n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, art. 34

affaires induisant leur application³⁸⁴¹. La solution semblait opportune, dans la mesure où il était régulièrement martelé par la Cour de cassation, notamment en matière de crédit à la consommation³⁸⁴², que les exigences consuméristes, même d'ordre public (i.e. « de protection »)³⁸⁴³, ne pouvaient être opposées qu'à la demande de la partie protégée³⁸⁴⁴. Et ce, tandis que les juges européens incitaient le juge français à changer sa position, tant en matière de crédit à la consommation³⁸⁴⁵ que de clauses abusives³⁸⁴⁶. La solution restait décevante et, partant, critiquée. L'on regrettait, notamment, une rigueur insuffisante dans cette simple faculté, par essence aléatoire³⁸⁴⁷. Le souhait d'une obligation, et non d'une simple faculté, était nettement prononcé³⁸⁴⁸. Plus tard, la Cour de justice alla plus loin. Elle affirma que « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose »³⁸⁴⁹. Le changement s'annonçait en droit interne, mais, de manière excessivement timide, dans la seule proportion de la solution précitée.

³⁸⁴¹ Art. L. 141-4 C. consom. (aujourd'hui al. 1^{er}) : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». V. not. sur ce point B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du Code de la consommation : une qualification inappropriée », D. 2010, p. 1300 et s. ; Gh. Poissonnier, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », D. 2008, p. 1285 et s.

³⁸⁴² V. not. sur ce point I. Fadlallah et Ch. Baude-TeXidor, « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », D. 2003, p. 750 et s. ; Ph. Flores et G. Biardeaux, « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2227 et s.

³⁸⁴³ L'ancienne position était marquée, en effet, par le refus judiciaire de reconnaître le pouvoir de relever d'office un moyen de droit relevant de l'ordre public de protection, ce qu'une doctrine éminemment majoritaire (si ce n'est unanime) condamnait, d'autant qu'il est douteux que le droit de la consommation repose (surtout lorsque l'on a en tête l'épanouissement de sa logique de marché (V. *supra* n^{os} 132 et s.)), sur un ordre public de protection, *stricto sensu*. La solution évoquait bien davantage un « attachement au principe dispositif » (V. sur ces points not. l'analyse de Gh. Poissonnier, art. préc., p. 1288). *Adde* X. Lagarde, « Office du juge et ordre public de protection », JCP G 2001, I, 312 ; F. Canut, « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », D. 2007, p. 2257 et s.).

³⁸⁴⁴ V. ainsi, *contra*, après cette réforme, en matière de crédit : Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2009 (05-20.176) : Bull. civ. I, n^o 9 ; D. 2009, p. 908, note S. Piedelièvre ; *ibid.*, p. 365, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2009, p. 421, obs. D. Legeais ; JCP G 2009, II, 10037, note X. Lagarde ; JCP E 2009, II, 1166, obs. O. Gout ; RD banc. fin. 2009, n^o 45, obs. X. Lagarde ; Defrénois 2009, p. 663, obs. E. Savaux ; RDC 2009, p. 1078, note D. Fenouillet ; CCC 2009, n^o 88, obs. G. Raymond ; Dr. et proc. 2009, p. 159, obs. E. Bazin ; RLDA mars 2009, p. 56, obs. C. Anadon (où, certes, le fondement n'est pas précisé et où l'attendu de principe limite la solution aux seules dispositions d'ordre public. L'arrêt fonde, en ce sens, les prémices de la solution future).

³⁸⁴⁵ CJCE, 4 oct. 2007 (C-429/05), « Rampion » : D. 2008, p. 458, note H. Claret ; RTD com. 2008, p. 403, obs. D. Legeais ; JCP G 2008, II, 10031, note G. Paisant ; Gaz. Pal. 2007, p. 4152, obs. Gh. Poissonnier et J.-Ph. Tricoit ; CCC 2007, n^o 310, obs. G. Raymond

³⁸⁴⁶ V. not. CJCE 27 juin 2000 (C-240/98), « Oceano Grupo » : JCP E 2001, 1281, note M. Carballo Fidalgo et G. Paisant ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; CJCE, 21 nov. 2002 (C-473/00), « Cofidis » : D. 2002, p. 3339, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2003, p. 486, note C. Nourissat

³⁸⁴⁷ V. sur ce point N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, n^o 965, p. 974-975

³⁸⁴⁸ V. not. Gh. Poissonnier, art. préc., p. 1291 (« *Au regard du principe d'égalité des justiciables devant la loi, on peut aussi regretter que le juge ne se soit vu accorder qu'une faculté et non une obligation de relever d'office les dispositions protectrices du Code de la consommation* ») ; O. Gout, « Un nouveau souffle en matière de soulevé d'office de la nullité par le juge », JCP E 2009, II, 1166 (et not. : il « *aurait sans doute été plus judicieux que la loi consacre l'obligation, et non pas la faculté, pour le juge de relever d'office les dispositions du Code de la consommation. Le consommateur est en effet à la merci de l'esprit d'initiative du juge qui connaîtra de son affaire* »). V. aussi Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n^o 295-1, p. 206 (« *Il serait sans doute souhaitable d'aller dans le sens d'un devoir du juge pour toutes dispositions du Code de la consommation (...)* »). V., beaucoup plus nuancée, l'opinion émise par N. Sauphanor-Brouillaud, *op. cit.*, spéc. n^o 983, p. 998-999 (reconnaissant les mérites d'une obligation généralisée, mais plaidant, par « *prudence* », pour une faculté de « *soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. Lorsque les textes l'exigent cette faculté se transforme en obligation* ». Ceci n'est qu'une reprise de la solution du droit commun posé par l'arrêt d'AP en 2007, et n'est pour cette raison (devant protéger particulièrement le faible) pas souhaitable).

³⁸⁴⁹ CJCE 4 juin 2009 (C-243/08), « Pannon GSM » : D. 2009, p. 2312, note Gh. Poissonnier ; D. 2010 p. 797, obs. E. Poillot ; RTD com. 2009, p. 794, obs. D. Legeais ; RTD civ. 2009, p. 684, obs. P. Rémy-Corlay ; JCP G 2009, 42, note G. Paisant ; JCP E 2009, 42, note L. Raschel ; Gaz. Pal. 2010, p. 421, obs. S. Piedelièvre ; RDC 2009, p. 1467, note C. Aubert de Vincelles ; Dr. et proc. 2010, p. 6, obs. Y. Picod ; RDC 2010, p. 59, obs. O. Deshayes (pour la citation : point 35). V. déjà : CJCE 26 oct. 2006 (C-168/05), « Mostaza Claro » : D. 2006, p. 2910, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.*, p. 3027, obs. Th. Clay ; JCP E 2007, 35, obs. Ch. Seraglini (not. le point 38 : « *La nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel* »).

1103. – Aujourd’hui (depuis 2014), une obligation contingentée. C’est dans ce contexte que l’on attendait une vaste mise à jour de l’office du juge en droit de la consommation, qui devait selon toute vraisemblance passer par la réforme assez large de la matière, issue de la loi du 17 mars 2014³⁸⁵⁰. Elle fut somme toute un alignement décevant sur les prescriptions européennes, ni plus, ni moins. C’est ainsi que l’article 81 de ladite loi a adjoint à l’article L. 141-4 du Code de la consommation un second alinéa, prévoyant que le juge « *écarte d’office, après avoir recueilli les observations des parties, l’application d’une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* »³⁸⁵¹. Autrement dit, l’obligation de relever d’office n’est prévue en droit interne que dans le seul domaine dans lequel la Cour de justice l’a préconisé³⁸⁵². Or ceci est insatisfaisant. En effet, les clauses abusives ne constituent pas, loin de là, le seul domaine où le consommateur a besoin de cette règle, ni ne constituent, d’ailleurs, un pan de ce droit plus important que les autres au point de fonder une telle particularité. Avec M. Paisant, l’on affirmera donc que la mise à jour de l’article précité devait « *par exemple disposer que le juge doit relever d’office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* »³⁸⁵³. Mais c’est déjà traiter des différents points de débat sur ce point.

2 – Le choix de l’obligation de relever d’office

1104. – Plan. Le choix sera porté sur le principe d’une obligation de relever d’office, dépassant ainsi les solutions du droit commun et même du droit actuel de la consommation. Il faut d’abord justifier ce choix (a), avant d’en décrire les modalités (b).

a – *La justification du choix de l’obligation de relever d’office*

1105. – Question épineuse. Convient-il de s’aligner sur la solution de droit commun ? Sur celle du droit de la consommation ? Faut-il au contraire les dépasser ? La question est épineuse³⁸⁵⁴. Pour y répondre, il est indispensable de mettre globalement en exergue les tenants et aboutissants d’une telle question, en perspective de l’axe de notre étude, à savoir la protection de la partie faible.

1106. – Les deux solutions sont fondées juridiquement. Impasse. Il faut d’abord souligner que les deux solutions semblent juridiquement fondées, paradoxalement. D’une part, l’article 12 du Code de procédure civile précise, en effet, que « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables (...)* ». D’autre part, le juge est lié par le principe dispositif³⁸⁵⁵, condition de « *son indépendance et son impartialité* »³⁸⁵⁶. L’article 4 du même code affirme que « *L’objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* », et l’article 5 énonce que « *Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est*

³⁸⁵⁰ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

³⁸⁵¹ Actuel art. L. 141-4 al.2 C. consom.

³⁸⁵² Cette démarche de simple alignement est d’autant plus perceptible à l’aune des arrêts de la CJCE, comme l’arrêt *Rampion*, qui ont réaffirmé la simple faculté en matière de crédit à la consommation.

³⁸⁵³ G. Paisant, note sous CJCE 4 juin 2009, préc.

³⁸⁵⁴ L’expression est aussi utilisée par L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, n° 224, p. 765

³⁸⁵⁵ V. not. sur ce point *Droit et pratique de la procédure civile*, S. Guinchard (dir.), Dalloz, 6^{ème} éd., 2009, nos 221.11 et s., p. 573 et s.

³⁸⁵⁶ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, op. cit., n° 220, p. 755

demandé et seulement sur ce qui est demandé ». L'article 7 alinéa 1^{er} du même code parachève la fresque : « *Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* ». L'idée schématique qui émane du système est, relayée par la pensée de Motulsky³⁸⁵⁷, celui de « *l'antique formule* »³⁸⁵⁸ *da mihi factum, dabo tibi jus*³⁸⁵⁹. Ainsi, les deux alternatives sont défendables. En effet, l'obligation de relever d'office correspondrait à une lecture de l'article 12, selon laquelle le juge doit proclamer une solution renvoyant aux dispositions qui lui sont objectivement applicables. Au contraire, la simple faculté de relever d'office relèverait des articles 4, 5 et 7, dont se distingue en substance le principe selon lequel la limite de la solution tient dans les demandes et arguments des parties. Il faut dès lors recourir à d'autres arguments pour pouvoir intellectuellement se décider et trancher³⁸⁶⁰.

1107. – La solution de droit commun convient (à la rigueur, et cela est déjà discutable) au seul droit commun. Si le juge ne doit pas relever d'office le bon fondement comme l'a affirmé l'Assemblée plénière, la solution est la suivante : il a l'obligation de requalifier, dans le seul but de sanctionner une demande mal fondée. Ceci semble au premier abord de bon sens : c'est que le juge n'est pas l'auxiliaire de la réussite des demandes des parties. Il ne serait pas un « *juge providence* »³⁸⁶¹ dans le règne du principe dispositif. Il convient dès lors de responsabiliser chacun, ou plutôt de compter sur la « *clairvoyance* » des conseils et autres avocats, « *pour invoquer le ou les bons fondements* »³⁸⁶². D'où l'intérêt, d'ailleurs, d'être rigoureux, et de « *passer en revue tous les fondements possibles et à les soumettre au juge en principal et subsidiaires* »³⁸⁶³. Comment alors ne pas plaider pleinement en faveur de cette solution ? C'est en effet que l'« *on serait tenté de penser que cette jurisprudence est heureuse en ce qu'elle invite les parties et leurs avocats à remplir leur fonction avec toute la diligence souhaitable et qu'elle va dans le sens d'une bonne administration de la justice* »³⁸⁶⁴. Puisqu'il s'agit du droit commun, c'est-à-dire de la solution destinée à toutes les hypothèses sauf exceptions, l'on comprendra, relativement, cette position et ces arguments³⁸⁶⁵, bien que, même en droit commun, cela revienne à admettre que le juge ne soit pas

³⁸⁵⁷ V. par ex. H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 (et not. : « *Et nous indiquons d'emblée qu'à nos yeux, la clé de la solution est fournie par la répartition des tâches procédurales entre les parties et le juge, et que cette répartition a pour base nécessaire l'opposition du fait et du droit* »).

³⁸⁵⁸ L. Cadet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, op. cit., n° 221, p. 757

³⁸⁵⁹ *Donne-moi le fait, je te donnerai le droit* (H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 74, p. 135 et s.) ; l'on verra que la réalité est bien différente : d'une part, il existe davantage de coopération entre les parties et le juge que ce que l'adage suggère schématiquement ; d'autre part, les solutions de droit positif ne semblent pas véritablement et systématiquement imposer au juge de trancher selon le droit objectivement applicable. C'est ce qui fait not. dire à certains auteurs, d'une manière semble-t-il incontestable, que ce « *schéma didactique ne suffit cependant pas à illustrer l'enchevêtrement du fait et du droit, reflet de l'activité combinée des parties et du juge* » (L. Cadet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, op. cit., n° 221, p. 757-758).

³⁸⁶⁰ V. sur cette « *complexité des textes en concours* » l'avocat général R. de Gouttes, avis sous AP, 21 déc. 2007, préc.

³⁸⁶¹ Pour l'expression : L. Weiller, note sous AP, 21 déc. 2007, préc.

³⁸⁶² Ph. Malinvaud, obs. sous AP, 21 déc. 2007, préc.

³⁸⁶³ Sur ces points Ph. Malinvaud, obs. préc. ; *Adde* le brillant avis de R. de Gouttes, préc.

³⁸⁶⁴ Ph. Malinvaud, obs. préc.

³⁸⁶⁵ Qui, bien sûr, est loin de ne pouvoir être critiquée. Notamment, la solution ne semble pouvoir s'appliquer qu'à l'égard de demandes juridiquement fondées de manière précise. En effet, dans le cas contraire, l'art. 12 CPC devrait naturellement reprendre ses droits et imposer au juge de trancher selon les règles applicables au litige, sous peine de déni de justice (sur cette question appliquée spécifiquement à cette hypothèse V. not. F. Eudier et N. Gerbay, *Rép. proc. civ. Dalloz*, « Jugement », sept. 2011 (m.a.j. 2014), spéc. nos 88 et s.). Il apparaîtrait alors qu'il faille être « *ou tout bon, ou tout mauvais, mais pas médiocres* » (Ph. Malinvaud, obs. préc.). C'est ainsi qu'il faut comprendre que, nécessairement, « *La sanction du défaut de qualification ne saurait être une dispense pour le juge d'appliquer d'office la règle de droit adéquate* » (F. Eudier et N. Gerbay, op. cit., n° 97). C'est ainsi que, surtout en l'absence de représentation obligatoire, le justiciable aura tendance à préférer ne pas qualifier sa demande afin de laisser ce soin au juge (F. Eudier et N. Gerbay, op. cit., n° 120), et que, au contraire, le représentant d'une partie, le cas échéant, pourra être tenté de présenter la demande comme une « *une poupée gigogne empilant tous les fondements juridiques possibles...* » (R. Martin, « Les détournements de la procédure judiciaire », *RTD civ.* 2007, p. 724).

strictement contraint d'appliquer le droit qui s'impose³⁸⁶⁶. Cette position tolérable dégénère en inadmissible si l'on change de référentiel, et que l'on tourne le regard vers la partie faible.

1108. – La solution de la faculté ne convient pas au domaine de la protection du faible.

Disharmonie des solutions guère souhaitable. Doit-on toujours louer la solution précitée lorsqu'une partie faible est impliquée ? A l'instar du droit de la consommation, il ne le semble pas. D'abord, l'on distingue des arguments admissibles pour ce qui est du droit commun (hors partie faible), mais qui deviennent inaudibles lorsqu'un tel contractant est impliqué. Le principal d'entre eux est le suivant : en cas de simple faculté, tout dépend alors « de la bienveillance ou de la disponibilité du juge saisi »³⁸⁶⁷. Autrement dit, la justice est alors rendue en fonction d'une certaine forme d'arbitraire du juge³⁸⁶⁸. Cela ne convient pas à l'idéologie particulière de protection du faible, qui ne peut être ainsi modulable³⁸⁶⁹. La partie faible doit subir le moins possible les dysfonctionnements (certes, inhérents et, dans une certaine mesure, inexorables) d'un système judiciaire surchargé. Sa protection ne peut être aléatoire, il ne peut y avoir de différence de traitement³⁸⁷⁰, sous peine d'être, *in fine*, vaine³⁸⁷¹.

1109. – La solution de la faculté ne convient pas au domaine de la protection du faible. Celle-ci est souvent livrée à elle-même.

La particularité de la situation de la partie faible au procès accentue la nécessité d'opter pour une solution divergente du droit commun. En effet, il est vrai que, dans un certain nombre de cas, la partie faible sera, tout comme le consommateur, livrée à elle-même³⁸⁷², en

³⁸⁶⁶ En effet, il nous semble dès ce stade difficile d'admettre que l'office du juge conduise à l'obligation de requalifier une demande inexacte, mais pas à appliquer, dans un second temps, le droit applicable ! Nous adhérons donc pleinement à ce point de vue, tel que défendu par d'éminents auteurs (à l'endroit de cette solution) : « *Comment concevoir que le juge relève la bonne qualification mais se refuse à appliquer les règles de droit attachées à ladite qualification ? Cela permettrait au juge de violer la loi en lui permettant de ne pas appliquer la règle de droit adéquate* » (L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, op. cit., n° 226, p. 769). A tout prendre, il serait au moins plus honnête de supprimer complètement l'obligation de requalification, puisqu'elle n'aboutit au total pas davantage à une rigoureuse administration de la justice.

³⁸⁶⁷ Ph. Malinvaud, obs. préc.

³⁸⁶⁸ V. not. G. Bolard, « L'arbitraire du juge », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, spéc. p. 234-235, n° 13 (à l'égard de la faculté, « *Incluant la faculté d'ignorer la loi, l'office du juge serait moins exigeant que le devoir de toutes autres personnes juridiques privées ou publiques. La loi serait obligatoire pour tous, sauf pour le juge chargé d'en garantir l'application. Ou encore nul ne serait censé ignorer la loi sauf le juge* »). V. aussi V. Tellier, « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : la Cour de cassation récidive », LPA 30 juin 2004, p. 12 (énonçant not. que « *l'argument fondé sur l'impartialité sert la thèse de l'obligation. Admettre la solution facultative se heurte à un risque d'arbitraire, alors que la solution obligatoire est [...] plus respectueuse d'une exigence de justice* », à l'appui d'une démonstration rigoureuse). V. dans le même sens R. Martin, Rép. proc. civ. Dalloz, « Principes directeurs du procès », mai 2000 (m.a.j. 2010), n° 157 (affirmant not. que « *Si le juge a une simple faculté de relever d'office un moyen de droit, son pouvoir côtoie l'arbitraire. Il peut, à sa volonté, faire pencher ou non la balance du côté de l'un des plaideurs. S'il a l'obligation de relever d'office le moyen adéquat, l'arbitraire disparaît en théorie* »). Adde R. Martin, « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? », D. 1994, p. 308 et s., spéc. nos 4 et s., en ce que la solution de la simple faculté romprait tout autant avec le principe d'égalité des citoyens devant la justice. Cette question est étroitement liée à celle de l'impartialité, mais pas complètement : il y a une différence entre le choix arbitraire de relever ou non un moyen de droit, et l'idée que l'on porterait sur l'objet de ce choix une appréciation subjectivement bienveillante ou au contraire hostile).

³⁸⁶⁹ C'est ainsi que le « *relevé d'office constitue une solution conforme au principe d'égalité des justiciables* », et « *permet de sauvegarder les droits des contractants en situation d'infériorité* » (Gh. Poissonnier, note CJCE 4 juin 2009, préc., citant F. Eudier).

³⁸⁷⁰ V. not. en ce sens Gh. Poissonnier, note CJCE 4 juin 2009, préc. (affirmant not. que « *En pratique, la simple faculté de soulever d'office génère une diversité des pratiques judiciaires, et donc une inégalité entre les justiciables, d'un tribunal à un autre ou parfois au sein du même tribunal. En effet, s'agissant d'une simple faculté, les juges restent libres de l'exercer ou non, ce qui a pour effet de créer une différence de traitement entre consommateurs. Cette situation heurte le principe d'égalité des justiciables devant la justice prévue par la Convention européenne des droits de l'homme et contrevient à l'idée, défendue par la CJCE, que la protection prévue par le droit de la consommation doit être « effective », ce qui signifie une protection réelle et identique pour tous les consommateurs – justiciables* »).

³⁸⁷¹ Selon l'expression de Gh. Poissonnier, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », D. 2008, p. 1289, qui énonce que « *la protection des consommateurs prévue par le Code de la consommation demeure théorique et finalement vaine, lorsque la mise en œuvre des droits légaux et réglementaires est aléatoire dans le cadre des litiges* ».

³⁸⁷² C'est là un argument qu'utilise Ch. Bourrier (*La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004, n° 11, p. 25) pour discréditer l'idée de l'efficacité d'une protection de la partie faible basée sur sa situation personnelle. Ce que nous contestons,

l'absence de représentation obligatoire par un avocat devant les juridictions de proximité ou encore le juge d'instance. Ce sont d'ailleurs là les raisons qui ont hautement motivé, à en croire les travaux préparatoires, les règles consuméristes en la matière³⁸⁷³. Et, même à admettre l'assistance d'un avocat, voilà que la protection de la partie faible dépendrait entièrement des compétences de celui-ci en cette matière, ce qui n'est guère souhaitable, tant l'objectif poursuivi dépasse des questions de diligence procédurale.

1110. – La solution de la faculté ne convient pas au domaine de la protection du faible. La loi doit s'appliquer en dépit de considérations de diligence. L'application des lois doit-elle ainsi reposer entièrement sur les demandes et prétentions des parties ? Il ne le semble guère : celles-ci et leurs avocats ne font que contribuer à désigner la norme applicable, ils n'en décident pas³⁸⁷⁴ ! Si le juge n'a pas en principe à jouer « *tous les rôles* »³⁸⁷⁵, et s'il est vrai que l'« *œuvre de justice* » est « *commune* »³⁸⁷⁶, force est d'affirmer qu'il doit combler les vides laissés, lorsque les parties et leurs conseils n'ont qu'insuffisamment accompli leur mission³⁸⁷⁷. L'application de la loi et donc, *in fine*, la justice, ne doivent pas être fonctions de la diligence des parties et de leurs conseils. Et ce, donc, à plus forte raison encore en matière de partie faible³⁸⁷⁸. Pas davantage qu'il ne peut laisser cours à des qualifications inexactes par les parties, le juge ne peut laisser une partie protégeable à son propre sort, sous le prétexte d'une demande mal fondée. Cela correspondrait, au reste, au « *rôle contemporain du juge, qui ne peut plus se contenter d'être un arbitre* »³⁸⁷⁹. En effet, c'est que le tout puissant *principe dispositif*, qui confère aux parties le monopole de l'objet du litige, laisse place aujourd'hui à de nouvelles réalités impliquant que le juge doive bénéficier de pouvoirs élargis³⁸⁸⁰. Sauf à transférer aux plaideurs une partie de l'office du juge, si ce n'est, même, à l'altérer³⁸⁸¹ : c'est qu'il est de « *la nature même de l'office du juge* »³⁸⁸² que le droit

puisque le prisme d'une obligation de relever d'office lève cet obstacle sans difficulté, et ce, sans pour autant basculer dans un système de protection basé sur « *la faiblesse inhérente à la position contractuelle* », cultivée par l'auteur.

³⁸⁷³ V. en ce sens N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 963, p. 969

³⁸⁷⁴ V. les propos particulièrement nets de Gh. Poissonnier, note CJCE 4 juin 2009, préc. : « *Si le procès civil reste bien la chose des parties et si celles-ci apportent leur concours à la détermination de la « loi » applicable au litige, la recherche, la connaissance et l'application de la règle de droit constituent à la fois une attribution et une obligation du juge* ».

³⁸⁷⁵ Communiqué relatif à l'arrêt n° 564 de l'Ass. Plén. du 21 décembre 2007 (http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/arret_n_11068.html), énonçant not. que la solution retenue « *repose sur l'idée que si le juge doit jouer un rôle actif dans le déroulement du procès, il n'a pas à remplir tous les rôles, et qu'il revient aux parties elles-mêmes, représentées par des conseils professionnels, d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder leurs prétentions* ».

³⁸⁷⁶ G. Bolard, « L'arbitraire du juge », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, spéc. p. 238 et s.

³⁸⁷⁷ V. not. en ce sens Gh. Poissonnier, « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », CCC 2009, n° 5. Adde S. Moracchini-Zeidenberg, « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », CCC 2013, n° 9, spéc. nos 16 et 17 (et not. : « *Il nous semble cependant que le relevé d'office permet surtout au juge de servir la loi, en n'abandonnant pas son effectivité à la diligence ou à la compétence technique des parties (...) il ne nous paraît pas cohérent de seulement permettre au juge de relever d'office un moyen, il faudrait, sur le modèle communautaire, le lui imposer. Car c'est alors que le risque de partialité ou d'arbitraire apparaît, lorsque l'application de la loi dépend du bon vouloir du juge, ou des moyens dont celui-ci dispose pour remplir son office...* »). Adde en ce sens O. Gout, « Un nouveau souffle en matière de soulevé d'office de la nullité par le juge », JCP E 2009, II, 1166 (« *Ensuite, il faut espérer que l'interventionnisme judiciaire dépassera le strict cadre du Code de la consommation* »).

³⁸⁷⁸ V. not. sur ce point en ce qui concerne le consommateur : Gh. Poissonnier, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », D. 2008, p. 1289 (affirmant not. que « *En effet, empêcher le juge de relever d'office la violation de dispositions légales ou réglementaires dont le consommateur est « victime » revient à lui interdire de prononcer la sanction qui est attachée à cette violation et ainsi à nier la protection qui lui est reconnue, étant précisé qu'en pratique le consommateur méconnaît le plus souvent ses droits. Et, pour les professionnels, elle constituait une incitation à ne pas respecter une législation perçue comme une contrainte* »).

³⁸⁷⁹ Gh. Poissonnier, note CJCE 4 juin 2009, préc., le juge agissant désormais en moralisateur : il n'est plus un simple administrateur, mais un contre-pouvoir qui s'assure que les réalités socio-économiques modernes ne travestissent pas la finalité de la loi dont l'application doit rester effective. Il n'est plus qu'un arbitre, il est un acteur nécessaire – et salutaire – du procès.

³⁸⁸⁰ V. not. en ce sens l'avis de l'avocat général R. de Gouttes, préc.

³⁸⁸¹ Not. de l'avis de G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », JCP G 2008, I, 156

approprié au litige soit systématiquement employé³⁸⁸³. L'on ne peut guère se résoudre à concevoir une forme de « *potestativité dans l'application du droit* »³⁸⁸⁴, caractérisée par un juge auquel on laisserait dire « *je te donnerai le droit... si bon me semble* »³⁸⁸⁵ !

1111. – La dérogation au droit commun est en outre fondée au regard de la solution de l'Assemblée plénière. La solution de l'obligation en matière de partie faible serait, en outre, expressément conforme, à l'instar de l'exception consumériste, à la solution posée par l'Assemblée plénière, qui réserve distinctement l'hypothèse de « *règles particulières* » posées par la loi ou le règlement³⁸⁸⁶. C'est ainsi qu'une récente décision³⁸⁸⁷ faisait, semble-t-il³⁸⁸⁸, application d'une telle solution.

1112. – L'obligation est souhaitable car les dispositions visées sont d'ordre public. Il est vrai que l'on ne peut qu'opter pour une obligation judiciaire de relever d'office une législation protectrice d'ordre public, comme c'est ce serait le cas, *de lege ferenda*, du régime de protection de la partie faible³⁸⁸⁹. L'inverse revient, en effet, à en négliger consciemment l'applicabilité et donc la portée, alors même que l'on a reconnu aux normes concernées une valeur particulièrement éminente. Cette valeur ne fait toutefois qu'ajouter à la démonstration, l'argument n'était pas décisif à lui seul³⁸⁹⁰. Motulsky, et nous approuvons, l'affirmait déjà avec vigueur : « *le juge est tenu d'appliquer spontanément la loi parce qu'elle est la loi, et non pas parce qu'elle est d'ordre public* »³⁸⁹¹.

³⁸⁸² L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 547, p. 412

³⁸⁸³ Rapp. H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », D. 1972, p. 91 et s., spéc. p. 102, n° 46

³⁸⁸⁴ N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1997, spéc. n° 526, p. 417 (s'interrogeant : la solution de la simple faculté de relever d'office ne pourrait-elle pas conduire, « *en réservant au juge la faculté d'appliquer au litige la règle de droit, à permettre que deux tribunaux, saisis du même litige, puissent ne pas appliquer la même règle de droit à l'encontre d'un justiciable* », et parlant ainsi de « *potestativité dans l'application du droit* »).

³⁸⁸⁵ V. pour l'expression, et en ce sens, J. Boré, « DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS. Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », JCP G 2009, 319

³⁸⁸⁶ Sur cette signification assez évidente de la solution, V. F. Eudier et N. Gerbay, op. cit., n° 114

³⁸⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 2014 (12-23.519) : Gaz. Pal. 25-27 mai 2014, p. 38, obs. L. Mayer ; CCC 2014, n° 146, obs. G. Raymond (« *Qu'en statuant ainsi, alors que, selon ses propres constatations, la vente avait été conclue entre un vendeur agissant au titre de son activité professionnelle et un acheteur agissant en qualité de consommateur, en sorte qu'il lui incombait de faire application, au besoin d'office, des dispositions d'ordre public relatives à la garantie légale de conformité, la juridiction de proximité a violé les textes susvisés* »).

³⁸⁸⁸ Il est vrai que la solution portait sur des dispositions du droit de la consommation, ce qui peut susciter des doutes : s'agissait-il d'une application du droit commun et de sa réserve concernant les règles particulières ? S'agissait-il au contraire d'une déformation-extension de la solution actuelle du droit de la consommation ?

³⁸⁸⁹ V. not. J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, spéc. p. 857, n° 16 (qui, dans l'hypothèse où l'on reconnaîtrait que la dignité humaine sous-tend la protection du faible, conclut ceci : « *Enfin, ces sanctions s'imposeraient au juge, qui devrait les relever d'office* »).

³⁸⁹⁰ Même si l'on peut nuancer ce propos, si ce n'est, en réalité, l'élargir, en affirmant que « *Le juge doit donc relever d'office les moyens de droit qui lui paraissent applicables au litige, que ces moyens soient d'ordre public ou qu'ils ne le soient pas. C'est parce qu'ils sont des moyens de droit qu'ils sont obligatoires à l'égard du juge saisi, non pas parce qu'ils sont d'ordre public, cette qualification excluant seulement le pouvoir des parties d'en disposer* » (L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 547, p. 412). Ajoute en ce sens la formule également limpide de Gh. Poissonnier, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », D. 2008, p. 1288 (« *En usant de cette prérogative [le relevé d'office], il n'agit pas comme une partie au procès, qui serait titulaire d'un droit de critique à l'encontre d'un contrat irrégulier. Il agit comme un serviteur de la loi, son office étant de s'assurer que les parties au litige (...) ont respecté les dispositions légales, qu'elles soient d'ordre public ou non* »). V. aussi la formulation de Cass. 1^{re} civ., 19 févr. 2014, préc. (et les obs. préc. de L. Mayer sur ce point).

³⁸⁹¹ H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 243, n° 25 (« *On dit, on répète et on juge en effet que seule doit être appliquée d'office la loi d'ordre public. Or, cette idée est fautive : on n'insistera jamais assez sur cet aphorisme qui, à nos yeux, résume l'un des aspects essentiels de la fonction juridictionnelle et selon lequel (...)* » (suit la formule préc.). Et de poursuivre : « *il est donc foncièrement erroné de croire que « loi impérative », c'est-à-dire insusceptible d'être écartée par la volonté des parties, et « loi obligatoire pour le juge » soient des synonymes* »).

1113. – L’obligation est souhaitable car elle seule permet, le cas échéant, un pourvoi en cassation. Il est vrai que la question de la faculté ou de l’obligation n’a guère d’importance si le juge a relevé d’office. Mais elle devient fondamentale s’il ne l’a pas fait. Comme une doctrine spécialiste a pu l’exprimer clairement, « *Devant la Cour de cassation, aucun reproche ne pourra être adressé au juge s’il ne s’agit que d’une simple faculté, alors que la cassation de la décision pourra être demandée si le juge est tenu d’une obligation* »³⁸⁹². Or il semble souhaitable que l’application des dispositions qui intéressent la protection du consentement de la partie faible, desquelles on a suffisamment décrit l’importance, puisse être soumise au contrôle de la Cour de cassation, si les juges du fond n’ont pas recouru à de telles protections alors qu’elles furent applicables.

1114. – Pour une obligation de relever d’office complète. Pour ces raisons, les dispositions spéciales de protection de la partie faible devront être relevées d’office par le juge³⁸⁹³. Mais jusqu’où, et à partir de quelle base ? Il faut, autrement dit, se poser la question de l’alignement sur la position actuelle du droit de la consommation : doit-on limiter l’obligation de relever d’office, en l’occurrence aux clauses abusives ? Il ne nous le semble guère. Nous avons déjà dit ce que pensions de la timidité avec laquelle la réforme avait retouché ce pan du droit de la consommation³⁸⁹⁴. Aucune protection ne peut être prééminente, en ce sens que le régime de protection de la partie faible est construit comme un tout indivisible. Aucune protection n’est autonome, ni n’est suffisante sans les autres. L’obligation de relever d’office concernera donc naturellement toutes les dispositions qui encadrent la partie faible.

1115. – La charge pesant sur le juge serait alors excessive, eu égard notamment aux conditions d’exercice de sa profession. Critique de l’argument. Peut-être faut-il considérer, avec M. Gautier, qu’« *il n’y a pas de raison de toujours tout faire reposer sur le juge (...). Alors qu’il est un fonctionnaire débordé, pas très bien payé, ni très considéré, par rapport à son rôle central dans l’organisation et la cohésion de la Cité* »³⁸⁹⁵. Dans la même veine, il faudrait reconnaître, aussi, que l’obligation présente « *l’inconvénient de favoriser le contentieux en cas de non-respect de cette obligation* »³⁸⁹⁶, voire qu’elle constitue « *un risque important lorsque les juges ne sont pas des professionnels du droit* »³⁸⁹⁷. Ces arguments doivent être réfutés. Ils apparaissent étrangers à la question d’une bonne administration de la justice et, en l’occurrence, à l’objectif de protection de la partie faible. Aucun justiciable, et encore moins la partie faible, ne saurait pâtir des lacunes de l’organisation de la justice et de circonstances (notamment l’explosion judiciaire) qui lui sont étrangères, et qui appartiennent, au vrai, aux politiques³⁸⁹⁸. Nous ne pouvons donc admettre que ces arguments (mais nous les reconnaissons volontiers en tant que simples inconvénients), puissent empêcher une solution qui viserait à une plus grande effectivité de la justice. Et cette opinion est d’autant stimulée, que l’on a vu à quel stade était parfois poussée l’insécurité juridique (et donc

³⁸⁹² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010, n° 269, p. 224

³⁸⁹³ V. sur ce point notre proposition de codification, *infra* n° 1140

³⁸⁹⁴ V. *supra* nos 1092 et s.

³⁸⁹⁵ P.-Y. Gautier, obs. sous AP, 21 déc. 2007, préc.

³⁸⁹⁶ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, op. cit., n° 226, p. 767

³⁸⁹⁷ Ibid.

³⁸⁹⁸ Il serait tout de même paradoxal que les parties (faibles) à qui bénéficierait l’obligation de relever d’office en soient privées, *in fine*, par des arguments de circonstances tenant au manque de moyens des juridictions (de cause politique), tandis que, dans le même temps, ce même encombrement des juridictions est stimulé, par l’adoption de lois mal conçues, ou *in fine* entretenu, par la non-adoption de lois nécessaires (tout autant de cause politique) !

l'explosion judiciaire), suite à l'émergence de critères jurisprudentiels ou de dispositions législatives flous³⁸⁹⁹, sans que cela ne soit autant décrié que lorsque l'on prône l'obligation de relever d'office. La partie faible n'a donc guère à taire ses exigences vigoureuses d'obtenir les mesures adéquates, et encore moins à subir les effets d'une politique insatisfaisante en la matière. Si la justice manque de moyens, il faut œuvrer pour les obtenir, non se résigner à accepter des solutions, insuffisantes, qui y sont proportionnées.

1116. – Le juge n'est pas infaillible et donc pas suffisamment digne de confiance. Critique de l'argument. D'aucuns opposaient, en outre, qu'imposer au juge l'obligation de relever d'office les moyens de droit adéquats revenait à lui supposer « *une sorte d'infaillibilité : il ne doit pas se tromper pour dire la vérité du droit. Fiction angélique et vision bien optimiste des facultés humaines du magistrat* »³⁹⁰⁰. Nous ne partageons pas cette optique. Pas qu'une naïveté blâmable nous mène à penser que les juges puissent – voire, doivent – être infaillibles, mais bien autrement, qu'un système qui n'accorde pas la confiance la plus décisive dans les organes qui livrent la justice se condamne lui-même à l'injustice. Au même titre que nous avons critiqué que d'aucuns convoquent la sécurité juridique pour empêcher que certaines parties faibles soient protégées³⁹⁰¹, l'on ne peut se satisfaire d'une prétendue méfiance du juge pour justifier le fait de fermer les yeux, fort peu courageusement³⁹⁰², sur ce qu'implique une vision plénière du principe dispositif. Il est somme toute étonnant de constater à quel point le parallèle est percutant, entre les réticences à faire évoluer des principes fondateurs en droit des contrats et en matière processuelle, tandis que les nécessités de le faire sont pourtant criantes.

1117. – L'impartialité. Avec le contradictoire, l'impartialité est, pour M. de Gouttes, un enjeu essentiel du débat de l'office du juge³⁹⁰³, comme d'ailleurs de l'ensemble de la problématique du procès. Or d'aucuns ont fermement contesté que l'obligation (voire même la simple faculté) de relever d'office les moyens de droit adéquats soit conforme à l'article 6 de la CESDH. Une telle prérogative violerait notamment l'exigence d'impartialité qui y est contenue³⁹⁰⁴.

1118. – L'obligation de relever d'office ne s'oppose guère à l'exigence d'impartialité. Mais, avec M. Eudier, l'on affirmera clairement que l'impartialité préconisée par le texte n'est pas destinée à asseoir l'inertie du juge : « *Neutralité n'est pas passivité* »³⁹⁰⁵. Il y a, dans la critique précédente, en effet, une confusion : être partial reviendrait pour le juge à soulever d'office consciemment le moyen de droit qui impliquerait un avantage *pour l'une des parties*. Comment valablement confondre ceci avec le fait de

³⁸⁹⁹ Notre ex. le plus démonstratif résidera sans doute dans le *rapport direct*, dont on a détaillé la pratique, puis l'insécurité juridique édifiante qui a pu en naître (V. *supra* nos 73 et s.).

³⁹⁰⁰ R. Martin, Rép. proc. civ. Dalloz, « Principes directeurs du procès », mai 2000 (m.a.j. 2010), n° 157

³⁹⁰¹ V. sur ce point, *supra* nos 610 et s. (et alors même que l'on a montré que ce lien était, à l'analyse, franchement contestable).

³⁹⁰² D'autant qu'ici, il ne s'agit que d'un minuscule domaine du champ judiciaire, la partie faible. L'on pourrait ajouter que, l'aspect manifeste participant de la caractérisation de la partie faible (V. *supra* nos 624 et s.), le relever d'office des dispositions applicables est rendue d'autant plus aisée, et donc mérite encore moins d'être contestée.

³⁹⁰³ R. de Gouttes, avis sous AP, 21 déc. 2007, préc.

³⁹⁰⁴ V. essentiellement R. Martin, « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile », D. 1996, p. 20 (et not. « *Le juge de la mise en état qui, à la phase de l'instruction, a introduit dans la cause un moyen de droit de son cru a pris objectivement parti et ne peut être tenu pour impartial. En tranchant ensuite le litige, il agit comme son propre juge, il est juge et partie, puisqu'il apprécie son propre moyen. Cela constitue une atteinte on ne peut plus directe à un principe fondamental de la justice naturelle, comme disent les Anglais* »).

³⁹⁰⁵ F. Eudier et N. Gerbay, Rép. proc. civ. Dalloz, « Jugement », sept. 2011 (m.a.j. 2014), n° 96

soulever le moyen de droit proprement adapté, objectivement, à *la situation* qui est présentée au juge ? C'est que rendre rigoureusement la justice ne saurait tout de même mener à accuser ses plus directs protagonistes – les juges – d'une faute d'impartialité ! Cette thèse de la contradiction n'est d'ailleurs pas davantage correcte sur le terrain du principe du contradictoire³⁹⁰⁶. Non, le relevé d'office « *ne nous paraît à aucun titre devoir être frappé d'indignité européenne !* »³⁹⁰⁷.

1119. – Le contradictoire. La question de l'éventuelle violation du principe élémentaire du contradictoire dans le procès civil³⁹⁰⁸ a également pu diviser la doctrine en ce qui concerne l'obligation de relever d'office. D'aucuns ont, en effet, pu affirmer que ce principe consistait précisément dans l'opposition de deux thèses en contradiction³⁹⁰⁹ et que, par voie de conséquence, « *Si le juge intervient au stade de cette contradiction, il en fausse le mécanisme. Car il n'est l'adversaire de personne, mais l'arbitre final. Sa proposition ne peut être innocente à l'égard du résultat qui dépend de lui. Le jeu est alors biaisé, comme si l'arbitre d'un match de football poussait le ballon dans un but. Et la pureté de la dialectique elle-même en souffre au détriment de la qualité de la solution* »³⁹¹⁰. Il nous semble, bien au contraire, qu'il s'agit là encore d'une confusion sur ce que signifie l'obligation de relever d'office.

1120. – L'obligation de relever d'office n'évince en rien les débats. Il n'y a, en effet, rien ici qui enfreigne le principe du contradictoire. La méprise réside dans le fait de considérer que le juge soulèverait d'office des règles pour décider lui-même arbitrairement et directement de les appliquer, court-circuitant ainsi tout débat contradictoire. Ceci est bien sûr inexact. Le juge se contente de mettre en lumière les règles qui sont, dans la négligence ou l'ignorance des parties et/ou l'incompétence de leurs conseils, rigoureusement applicables au litige. Il permet évidemment aux parties, dans un second temps, d'en débattre, selon le principe du contradictoire. Autrement dit, l'objet du débat des parties est simplement recadré sur le droit qui trouve véritablement à s'appliquer. L'on dira, avec M. Ghestin, que cette démarche traduit « *seulement la volonté d'être mieux éclairé pour trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »³⁹¹¹. Ceci permet en outre d'évincer, des prétentions erronées, dont l'issue traduirait, à les cultiver, une distorsion de la justice, ainsi rendue consciemment sous l'empire de règles inappropriées. D'ailleurs, les juges de Strasbourg énoncent le plus distinctement que le relevé d'office ne dispense, évidemment, de débats contradictoires sur l'objet de ce qui a été soulevé par le juge³⁹¹².

³⁹⁰⁶ V. les développements sur ce thème ci-après.

³⁹⁰⁷ J. Normand, « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », RTD civ. 1996, p. 700

³⁹⁰⁸ Qui découle, not., des art. 14 et s. CPC (spéc. art. 16 al. 3, en l'occurrence, qui affirme que le juge « *ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ») et, *in fine*, de l'art. 6 CESDH.

³⁹⁰⁹ « *La contradiction consiste en l'opposition de deux thèses... contradictoires. De cette opposition doit sortir une solution par un raisonnement de type dialectique. La contradiction suppose deux adversaires qui, dans le procès, sont les parties flanquées de leurs avocats. Après le débat, le juge élèvera la synthèse des thèse et antithèse. La communication des preuves, l'échange des conclusions ne sont que des instruments de la contradiction et n'ont pas de fin en soi. Et la contradiction elle-même n'est que la forme du raisonnement qui amènera à la qualification* » (R. Martin, loc. cit.).

³⁹¹⁰ R. Martin, loc. cit.

³⁹¹¹ J. Ghestin, « L'annulation d'office d'un contrat », in *Mélanges offerts à P. Drat*, Dalloz, 2000, p. 598, n° 5

³⁹¹² V. par ex. CJUE, 21 févr. 2013 (C-472/11), « Banif Plus Bank » : RTD eur. 2013, p. 559, obs. C. Aubert de Vincelles ; JCP E 2013, 1226, note S. Moracchini-Zeidenberg ; CCC 2013, n° 142, obs. G. Raymond ; Gaz. Pal. 2013, p. 2386, obs. S. Piedelièvre (not. point 36 : le principe du contradictoire exige du « *juge national qui a constaté d'office le caractère abusif d'une*

1121. – Au reste, l'obligation de relever d'office est même parfaitement conforme à l'exigence d'impartialité et au principe du contradictoire par le prisme du procès équitable. Même ! Il semblerait, à l'analyse, que l'exigence du procès équitable, telle qu'elle ressort de l'article 6 précité, décrive en réalité notamment le procès « *qui tend à conférer au litige la solution la plus juridique* »³⁹¹³, celui qui « *implique le droit pour chaque partie au litige de voir son affaire être jugée conformément au droit positif en vigueur* »³⁹¹⁴. Il apparaît donc que l'obligation de relever d'office en matière de partie faible constitue non pas une atteinte à l'impartialité ou au contradictoire (qui sont des composantes essentielles du procès équitable), mais soit bien au contraire leur garante.

b – Les modalités de l'obligation de relever d'office

1122. – **L'existence d'un choix.** L'on a vu que l'arrêt *Pannon* laissait un choix au consommateur, qui pouvait dès lors s'opposer à ce qu'une clause relevée d'office comme étant abusive soit écartée. Si ce choix semble curieusement assez contradictoire avec les objectifs européens d'harmonisation en matière d'élimination des clauses abusives³⁹¹⁵, nous plaiderons dans le sens d'une telle solution pour ce qui est de la partie faible de droit commun. En effet, en s'interrogeant sur ce que signifie l'existence de ce choix, l'on découvrira qu'il est souhaitable et qu'il constitue une solution cohérente avec l'ensemble de notre proposition.

1123. – **L'existence d'un choix confirme que les clauses excessives constituent bel et bien un mécanisme de protection du consentement.** L'existence d'un tel choix atteste de ce que le mécanisme des clauses excessives est bien de ceux qui protègent le consentement³⁹¹⁶. En effet, considérer que l'on peut renoncer à écarter une clause malgré le fait qu'elle soit illicite, c'est affirmer que c'est avant tout le caractère libre et éclairé du consentement qui prime³⁹¹⁷ et non une régulation automatique et aveugle, une protection de la partie faible contre elle-même³⁹¹⁸. Les clauses excessives sont alors bel et bien une mesure de protection exceptionnelle, qui ne trouve à s'appliquer que parce qu'il ressort que la partie faible n'a pas eu connaissance des implications de ladite ou desdites clauses. Dès lors que l'on constate le contraire, la sanction peut donc être écartée.

clause contractuelle d'en informer les parties au litige et de leur donner la possibilité d'en débattre contradictoirement selon les formes prévues à cet égard par les règles nationales de procédure »).

³⁹¹³ J. Normand, art. préc., p. 699

³⁹¹⁴ Gh. Poissonnier, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », D. 2008, p. 1290

³⁹¹⁵ V. not. en ce sens B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du Code de la consommation : une qualification inappropriée », D. 2010, p. 1300 et s.

³⁹¹⁶ Comme nous l'avons défendu (V. *supra* nos 886 et s.).

³⁹¹⁷ Ceci est d'ailleurs assez limpide, semble-t-il, dans les décisions de la Cour de justice. V. not. CJUE, 21 févr. 2013, préc. (point 35 : « Cette possibilité donnée au consommateur de s'exprimer sur ce point répond également à l'obligation qui incombe au juge national, ainsi qu'il a été rappelé au point 25 du présent arrêt, de tenir compte, le cas échéant, de la volonté exprimée par le consommateur lorsque, conscient du caractère non contraignant d'une clause abusive, ce dernier indique néanmoins qu'il s'oppose à ce qu'elle soit écartée, donnant ainsi un consentement libre et éclairé à la clause en question »).

³⁹¹⁸ Ce qui nous permet d'éviter l'applicabilité à notre propos de la critique de Ph. Stoffel-Munck, lorsqu'il analyse « l'équivocité de l'objet de la protection » offerte par les clauses abusives (th. préc., spéc. nos 352-353, p. 297-300).

1124. – L’existence d’un choix conforte l’idéologie qui entoure la protection du consentement de la partie faible. L’existence d’un tel choix conforte en outre l’idée que nous nous faisons de la protection du consentement de la partie faible. Il participe en effet de la reconnaissance de sa pleine responsabilisation. Lui refuser ce choix, ce serait finalement renoncer à ce que les clauses excessives protègent indirectement le consentement, et abandonner l’idéal selon lequel toute personne est apte à choisir si elle est informée.

1125. – L’existence d’un tel choix n’est pas subversive. Par ailleurs, il ne faudrait, en toute hypothèse, pas exagérer l’importance de ce débat, somme toute assez théorique et idéologique. En effet, l’on admettra, avec M. Paisant, la rareté potentielle d’un tel renoncement de la partie faible à faire éradiquer une clause excessive³⁹¹⁹. Le principe de l’existence d’un choix est donc d’autant plus acceptable.

1126. – L’existence d’un choix contredirait leur valeur d’ordre public. Bien sûr la solution semble paradoxale, puisque les valeurs protégées sont d’ordre public, autrement dit, indérogeables. C’est ainsi que la sanction des clauses abusives, réputées non-écrites, serait, selon certains, insusceptible de confirmation³⁹²⁰. On lit ailleurs, au contraire, que, d’une manière plus générale, « *le pouvoir d’office doit céder devant une manifestation de volonté non équivoque du titulaire du droit : le juge doit évidemment tenir compte d’une renonciation éventuelle de l’intéressé à la protection de la loi, à condition que cette renonciation soit certaine* »³⁹²¹. On l’aura donc compris, le problème de la renonciation ne s’inscrit ici que dans la seule perspective de dispositions relevant de l’ordre public de protection³⁹²². Ceci étant dit, notre opinion rejoint cette analyse, pour les raisons qui suivent.

1127. – L’existence d’un choix n’engendre pas de paradoxe en tant que tel, avec la valeur d’ordre public des règles de protection. Théorie des droits acquis. En principe, si l’on ne peut renoncer par avance à une règle protectrice découlant d’une norme d’ordre public, il est en revanche possible de le faire dès lors que celle-ci a produit ses effets, et que les droits qu’elle prévoit ont été *acquis*³⁹²³. Ce qui est

³⁹¹⁹ G. Paisant, note sous CJCE 4 juin 2009, préc. (affirmant not. que l’« *On imagine en pratique assez mal le consommateur, dûment informé de l’enjeu, refuser le bénéfice de la protection que le juge lui propose* »).

³⁹²⁰ De l’avis d’une doctrine autorisée. V. not. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006, spéc. nos 275 et s., p. 145 et s. (l’argument est ici, en substance, le suivant : « *Le droit de critique est, en effet, le droit de demander en justice le prononcé d’une nullité ; il suppose donc une cause de nullité, autrement dit un vice entachant l’acte litigieux. Rien de tel lorsqu’une stipulation est réputée non écrite : la clause litigieuse est exclue du contenu contractuel obligatoire dès la formation du contrat, effaçant par là même toute irrégularité. La clause a beau continuer à figurer formellement dans le contrat, la sanction du réputé non écrit, de par son caractère automatique, ne laisse pas subsister de vice. Il ne saurait dès lors y avoir de droit de critique. (...) Sans droit de critique, pas de confirmation ; et sans vice, pas de droit de critique. Pour cette raison, la sanction du réputé non écrit est exclusive de toute confirmation. On ne peut, en effet, renoncer à exercer un droit que l’on n’a pas* » (ibid., nos 276 et 277, p. 145)). V. aussi V. Cottureau, « La clause réputée non écrite », JCP G 1993, I, 3691, spéc. n° 23. Adde J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l’homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, spéc. p. 855, n° 14 (et not. : « *Quand à leur force, tout d’abord, si elles étaient admises comme destinées à assurer le respect de droits fondamentaux, elles devraient s’imposer comme impératives. Dès lors, la personne protégée ne pourrait en disposer et, partant, ne pourrait renoncer à la protection* »).

³⁹²¹ F. Eudier et N. Gerbay, op. cit., n° 94

³⁹²² V. en ce sens G. Couturier, « L’ordre public de protection, heurs et malheurs d’une vieille notion neuve », in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 105, n° 11 (cela va de soi : autrement (ordre public traditionnel not.), voilà que de telles renonciations « *apparaîtraient elles-mêmes comme manifestation contraires à l’ordre public en cause* »).

³⁹²³ V. sur ce point D. Houtcieff, Rép. civ. Dalloz, « Renonciation », mars 2012 (m.a.j. 2015), nos 40 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, spéc. n° 652, p. 323-324 ; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles,

d'ordre public, c'est l'application du régime de protection en ce sens que l'on ne peut y déroger à l'avance³⁹²⁴. Mais, une fois les droits acquis, le « titulaire d'un droit d'ordre public est tout aussi libre qu'un autre de ne pas l'exercer »³⁹²⁵, et peut donc « refuser une protection [qu'il] considère inutile »³⁹²⁶. L'hypothèse est donc bien différente de celle des affaires dans lesquelles les juges ont effectivement opposé la dignité au consentement de l'apparente victime, comme dans l'affaire dite du *lancer de nain*³⁹²⁷. En effet, celle-ci impliquait qu'une personne pouvait, par son consentement, donner vie *a priori* à un comportement contraire aux exigences de la dignité humaine et, partant, contraire aux exigences de l'ordre public. L'on ne pourrait pas ainsi s'exclure de sa propre humanité³⁹²⁸. Toute différente est la solution que nous prônons. Mais c'est déjà traiter des conditions de l'admission de cette faculté de choix.

1128. – Les conditions de l'existence du choix : l'autonomie retrouvée. Dire que l'on ne peut renoncer qu'à l'effet (et non aux droits) des mesures d'ordre public de protection ne suffit pas. Encore faut-il dire à quelles conditions il est ainsi souhaitable de voir ainsi la liberté s'épanouir. La question est ancienne, mais l'analyse de la jurisprudence³⁹²⁹ ne permet plus de l'expliquer par la seule référence aux principes classiques de la théorie de la renonciation³⁹³⁰. C'est ici que nous rejoignons alors très sensiblement la position de Mme Aubert de Vincelles, qui affirme que l'idéal serait de « considérer la confirmation possible à la seule condition que la cause de la protection de la règle transgressée ait disparu », ce qui serait possible « par le truchement de la nécessité d'un consentement à la confirmation libre et éclairé »³⁹³¹. Outre bien sûr les conditions classiques de la confirmation³⁹³², dès lors que la partie faible n'est plus sous l'empire des causes mêmes qui ont déclenché sa propre protection, alors il n'y a plus de raison valable de l'empêcher de renoncer à celle-ci. Ainsi la liberté doit-elle valablement, et sainement,

Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002, spéc. n° 588, p. 443 (et les réf. citées). *Adde* G. Couturier, art. préc., p. 105, n° 10

³⁹²⁴ Tout l'enjeu est donc de déterminer le moment de la renonciation, *a posteriori* ou *a priori* du jeu des règles en cause (V. en ce sens D. Houtcieff, op. cit., spéc. n° 44 ; G. Couturier, art. préc., p. 106, n° 11).

³⁹²⁵ D. Houtcieff, op. cit., n° 40

³⁹²⁶ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, th. préc., n° 588, p. 443

³⁹²⁷ CE 27 octobre 1995 (136727), « Commune de Morsang sur Orge » : RFDA 1995, p. 1204, concl. P. Frydman ; AJDA 1995, p. 878, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; D. 1996, p. 177, note J.-P. Lebreton ; JCP G 199, II, 22630, note L. Hamon ; RTDH 1996, p. 673, note N. Deffains

³⁹²⁸ V. not. les prescriptions de B. Edelman, selon lesquelles, à propos, entre autres, de cet arrêt : « Il n'est pas concevable qu'on puisse y renoncer et, le voudrait-on, cette renonciation serait frappée de nullité. Le sens profond de cette décision est donc clair ; un individu ne peut s'exclure, de lui-même, de l'humanité ; son consentement est en quelque sorte subordonné à sa qualité d'être humain. En deux mots, un homme n'est pas libre de renoncer à sa qualité d'homme » (« La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D. 1997, p. 188, n° 19). Voilà, du moins, la démarche suivie par les juges. Nous n'adhérons pas, quant à nous, à cette vision des choses, cette « conception du respect de la dignité humaine, génératrice d'un devoir qui s'imposerait à chacun » (E. Dreyer, « La dignité opposée à la personne », D. 2008, p. 2731, n° 5).

³⁹²⁹ Contradictoire, car opposant un refus plus catégorique, not. en matière de protection des consommateurs.

³⁹³⁰ Il faut lire sur ce point l'analyse de C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, dont la corrélation avec notre proposition est sensible (th. préc., spéc. nos 586 et s., p. 441 et s.). En effet, l'auteur s'interroge sur la solution jurisprudentielle (nombreuses réf. citées) qui interdit très majoritairement aux consommateurs (not.) de renoncer à la sanction de la violation d'une règle d'ordre public. Sont alors réfutés des arguments pouvant être avancés pour justifier une telle solution (théorie des droits acquis, prétendue nature absolue de la nullité, ordre public de direction qui induirait que l'on ne dispose pas des droits auxquels on voudrait renoncer, non-respect des conditions de la confirmation...). L'auteur finit par conclure que la seule justification possible, c'est l'opportunité : le consommateur ne peut pas se défendre seul, alors est-il protégé inexorablement. Mais l'analyse se poursuit : pourquoi invoquer l'ordre public ? Parce qu'il n'y a pas d'autres moyens juridiques. D'où les précisions qui vont suivre en ce qui concerne les conditions auxquelles serait soumise l'existence d'un tel choix de renonciation.

³⁹³¹ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, th. préc., n° 603, p. 453 ; V. aussi, en ce sens (mais la tournure du propos commande la prudence sur l'optimisme dans lequel nous l'inscrivons), G. Couturier, art. préc., p. 106, n° 11 (« comme il s'agit de le prémunir contre les faiblesses prévisibles de son propre consentement, on ne saurait lui permettre d'abdiquer la protection légale : ce serait ruiner cette protection même ». Jusqu'ici le propos semble donc contraire au sens que nous lui prêtons, mais l'auteur de poursuivre : « Tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi, lors même qu'elle porterait sur des droits acquis, paraît porter atteinte aux exigences de l'ordre public de protection »).

³⁹³² Connaissance du vice affectant l'acte (de la cause de la sanction) et intention de le confirmer (de le réparer).

reprendre ses droits, lors d'une telle « *cessation de la faiblesse* »³⁹³³, d'une « *autonomie retrouvée* »³⁹³⁴. Pour reprendre le parallèle avec les comportements contraires à la dignité, ici, l'équivalent de ces comportements a cessé puisque l'ignorance de la partie faible a disparu. Il ne s'agit plus que de s'entendre sur les conséquences de l'illicéité qui lui avait donné naissance, nullement de contester que « *la dignité transcende les autres droits et libertés* », et qu'elle revêt ainsi un « *caractère absolu* »³⁹³⁵.

1129. – Au-delà du principe de l'existence d'un choix, ses modalités. La matière nécessaire.

Notons que la solution de l'obligation de relever d'office doit d'autant plus être adoptée qu'elle n'est pas excessive. En effet, elle trouve une nuance importante dans la matière qu'elle nécessitera pour trouver à s'appliquer. Les juges de Strasbourg, notamment en ce qui concerne le relevé d'office en matière de clauses abusives, ont conditionné cette obligation aux hypothèses dans lesquelles le juge « *dispose des éléments de droit et de fait nécessaires* »³⁹³⁶. Quelques précisions semblent alors devoir être apportées, pour ce qui concerne le régime que nous entendons construire à l'égard de la partie faible.

1130. – Essentiellement des éléments de fait. D'abord, il semble qu'il s'agira essentiellement d'éléments de faits, puisque les éléments de droit permettant de qualifier la partie faible sont par hypothèse absents des moyens et des débats. Le cas de figure est donc, schématiquement, celui dans lequel le juge constate qu'il existe des éléments laissant penser à l'éventualité de l'applicabilité de dispositions relatives à la partie faible, mais s'aperçoit, dans le même temps, qu'aucune d'entre-elles n'a été invoquée³⁹³⁷ (ceci laissant nécessairement penser, étant donné leur caractère protecteur et donc bénéfique, à une ignorance ou une négligence inacceptables). Seulement des éléments de fait, en outre, car, dans le cas contraire, ce seraient alors les prétentions visant à qualifier une partie comme faible ou visant à établir un manquement à l'une ou l'autre de ses protections qui seraient mal fondées. Or ceci sortirait d'une question d'obligation de relever d'office, et devrait naturellement conduire au rejet de ladite prétention : les dispositions concernant la partie faible n'apparaîtraient alors pas ignorées mais seulement mal exploitées. Or le juge doit rendre la justice en s'assurant que la loi adéquate trouve toujours à être mise en lumière, pas à s'assurer de la justesse de la démonstration de l'avocat de la partie faible.

1131. – Dépassement de la distinction entre faits spécialement invoqués et faits relevant globalement du débat (*adventices*). Adoption de la voie la plus large. De manière étroitement liée, il convient semble-t-il de dépasser la distinction entre les faits spécialement invoqués par les parties et les faits simplement allégués, plus larges, relevant globalement du débat³⁹³⁸ (les faits « *adventices* »³⁹³⁹).

³⁹³³ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles parvient à cette même conclusion (th. préc., n^{os} 606 et s., p. 454-455).

³⁹³⁴ Formule de G. Cornu (RTD civ. 1973, p. 786 (dans un autre contexte, en l'occurrence le droit du travail)).

³⁹³⁵ B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire », D. 1996, p. 285

³⁹³⁶ CJCE 4 juin 2009, préc., point 35

³⁹³⁷ *Rappr.* Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010, n^o 295-1, p. 206 (qui proposent de consacrer un devoir du juge de relever d'office toutes les dispositions du droit de la consommation, et de réécrire l'art. L. 141-4 C. consom. de la sorte : « *dès lors qu'il dispose des éléments de fait suffisants, le juge (...)* »).

³⁹³⁸ V. not. sur cette distinction J. Héron et Th. Le Bars, op. cit., n^o 260, p. 216-217 (et not. : « *Pour comprendre cette précision, il faut savoir qu'au début du procès, il arrive fréquemment que les parties allèguent, comme en vrac, toute une masse de faits pouvant toucher de près ou de loin au procès. Certains faits ressortent d'ailleurs des pièces qu'elles versent au débat (contrats, attestations de témoins, etc.), sans être forcément articulés, ni oralement lors de l'audience, ni par écrit dans des conclusions. Dans un second temps, les parties opèrent une*

Cette question rejoint celle de la distinction proposée, entre moyen de pur droit et moyen mélangé de fait et de droit, ou devrait-on plutôt dire, selon certains, moyen de droit et moyen de fait, pour ce qui est des juridictions du fond³⁹⁴⁰, pour déterminer l'obligation ou au contraire la simple faculté de relever d'office. Dans le premier cas, il y aurait obligation, car tous les éléments de fait sont apparents et disponibles pour entraîner l'application de la règle ; dans le second, simple faculté, car la solution inverse serait trop rigoureuse pour le juge, qui consisterait à lui imposer des investigations supplémentaires destinées à découvrir des faits utiles afin d'appliquer, finalement, la bonne règle de droit³⁹⁴¹. En gardant à l'esprit qu'il s'agit là d'un régime spécial dédié à la protection de la partie faible, retenons la solution la plus ample et donc la plus bénéfique pour celle-ci, à savoir le dépassement de ces distinctions. L'obligation de relever d'office concernera tous les faits du débat.

1132. – La solution (dépassement des distinctions, obligation généralisée) se justifie pleinement. D'abord, limiter le champ du relevé d'office aux faits spécialement invoqués par les parties pourrait s'avérer trop restrictif. En effet, l'hypothèse est celle où l'applicabilité des dispositions relatives à la partie faible est ignorée, et dans laquelle, en conséquence, les faits spécialement invoqués par les parties, qui s'avèreraient utilisables pour le relevé d'office tel que limité dans les distinctions précitées,

sélection dans cette masse et en isolent certains qu'elles estiment être les plus importants : ce sont eux qu'elles invoquent « spécialement » au soutien de leurs prétentions. Invoquer (ou invoquer spécialement) un fait consiste à le présenter de telle sorte qu'il est censé attirer l'attention de l'adversaire et du juge. Concrètement, cela consiste à l'articuler dans un « moyen », c'est-à-dire un raisonnement tendant à faire reconnaître le bien-fondé de la prétention de son auteur. Néanmoins, tous les faits allégués simplement, à savoir les faits non invoqués spécialement, ont été mis dans le débat (...) ». V. aussi L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 541, p. 404 (ajoutant not. sur ces derniers faits, les visant not. par « les informations contenues dans le dossier : (...). Il peut en effet s'agir non seulement des faits introduits dans le débat par les écritures ou les déclarations des parties, mais aussi des faits que les événements de la procédure ont portés à la connaissance du juge » (sont not. visés en note de bas de page, les « Assignation, conclusions, pièces (documents contractuels, lettres, quittances...), explications verbales, comparution personnelle... »).

³⁹³⁹ Il y aurait alors distinction des faits qui composent explicitement et directement les prétentions, de ceux découlant des pièces ou discussions contentieuses que les parties n'ont, volontairement ou non, pas pour autant originellement invoquées spécialement à l'appui de leurs prétentions. La distinction provient de Motulsky (V. not. « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 244, n° 28), qui désigne ces faits comme « *adventices* ». *Adde* sur cette notion *Droit et pratique de la procédure civile*, S. Guinchard (dir.), Dalloz, 6^{ème} éd., 2009, n^{os} 221.62-221.63, p. 579

³⁹⁴⁰ En effet, cette terminologie (moyen de pur droit) n'appartient, si on l'aborde avec rigueur, qu'à la Cour de cassation : il s'agit d'un moyen qui ne soulève aucun fait qui n'ait déjà été mis en lumière devant la juridiction du fond, dont la décision est attaquée, qui, le cas échéant, est recevable pour la première fois devant la Haute Cour. Ce concept est donc difficilement transposable aux juges du fond, puisque tous les moyens y sont mélangés de fait et de droit (V. en ce sens et sur ce point R. Martin, Rép. proc. civ. Dalloz, « Principes directeurs du procès », mai 2000 (m.a.j. 2010), spéc. n° 146). Le maintien de cette terminologie ne semble pour autant pas impossible, puisqu'une doctrine parmi la plus éminente la conserve. Ainsi, pour J. et L. Boré, « *Devant les juridictions de fond, le moyen de pur droit est celui qui ne met en jeu aucun fait qui ne soit dans le débat ; devant le juge de cassation, le moyen de pur droit est celui qui ne met en jeu aucun fait qui ne constaté par la décision attaquée* » (*La cassation en matière civile*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008, n° 82.211, p. 498).

³⁹⁴¹ V. not. la présentation limpide, en ce sens, de J. Héron et Th. Le Bars, op. cit., n° 269, p. 224-225 (obligation ou faculté ? « *La réponse à cette question repose sur une distinction entre deux situations. A notre sens, si tous les faits correspondant au présupposé de la règle de droit applicable sont constatés dans la décision que rend le juge, et si ces faits ont été spécialement invoqués au soutien de la prétention, c'est une obligation qui pèse sur lui. Cette obligation se déduit de la combinaison de ces deux situations : tout d'abord, le juge a entre les mains tous les éléments nécessaires pour statuer de façon satisfaisante. N'ayant plus à examiner aucun élément de fait (...), son travail est de pur droit et il peut lui être reproché d'avoir mal réglé une telle question. L'obligation qui pèse alors sur le juge trouve sa sanction dans la recevabilité devant la Cour de cassation des moyens nouveaux lorsqu'ils sont de pur droit, recevabilité que prévoit l'article 619 du Code de procédure civile. Ensuite, les faits correspondant au présupposé de la règle applicable ayant été spécialement invoqués au soutien de la prétention d'une partie, doivent attirer l'attention des magistrats au point de les amener à identifier la règle adéquate. En effet, en invoquant spécialement certains faits, une partie les met en exergue, elle les présente comme les fondements de sa prétention. Elle les signale comme étant importants. On peut alors légitimement attendre du juge qu'il envisage, de lui-même, toutes les « potentialités » juridiques liés à ces faits. (...). La solution est différente lorsque tous les faits nécessaires à l'application de la règle n'ont pas été constatés par le juge ou que, ayant été constatés dans la décision, ils n'avaient pas tous été spécialement invoqués. Le juge n'est alors tenu d'aucune obligation. En effet, si les faits nécessaires à la mise en jeu de la règle applicable n'ont pas tous été constatés dans la décision du juge du fond, le moyen de cassation tiré de l'absence d'application d'office de cette règle est « mélangé de fait et de droit », c'est-à-dire que la Cour de cassation est dans l'impossibilité de déterminer si ladite règle était vraiment applicable, puisqu'elle n'a pas de certitude quant aux faits non constatés par le juge »). *Adde* sur ce point et en ce sens L. Cadiet et E. Jeuland, op. cit., n° 547, p. 412*

risqueraient d'être rares ou du moins insuffisants³⁹⁴². Ensuite, il semble souhaitable que l'obligation de relever d'office s'applique dès lors que le juge s'aperçoit, quelle qu'en soit la manière³⁹⁴³, de l'applicabilité éventuelle des dispositions relatives à la partie faible³⁹⁴⁴. Enfin, et c'est ce qui « ruine irrémédiablement » les distinctions précédentes³⁹⁴⁵, la solution est pleinement conforme à l'article 7 al. 2 du Code de procédure civile, qui énonce que « Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions », c'est-à-dire les faits « *adventices* »³⁹⁴⁶. Au reste, le principe dispositif est défini comme la délimitation par les parties des termes du litige, par les faits qu'elles convoquent dans le débat³⁹⁴⁷. Le principe dispositif n'est donc en rien limité aux faits spécialement invoqués : c'est ce qu'impose indubitablement, *a contrario*, l'article 7 alinéa 1^{er} du même code³⁹⁴⁸. En outre, plaider pour l'obligation à l'égard des seuls faits spécialement invoqués, grâce à l'argument selon lequel la charge serait excessive pour le juge, ce serait, aussi, oublier l'article 8 du même code, qui permet au juge d' « inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige »³⁹⁴⁹. Le juge est donc déjà supposé, de nos jours, requérir des parties les faits manquants, sous peine de censure par la Haute Cour pour manque de base légale. Par ailleurs, l'on pourrait ajouter que l'Assemblée plénière n'a pas entendu faire écho en 2007 à cette distinction, pour ce qui concerne la solution posée pour le droit commun du relevé d'office³⁹⁵⁰. Dès lors, il ne semble guère y avoir lieu de distinguer, à plus forte raison encore lorsque l'enjeu est la protection du faible³⁹⁵¹. *A contrario*, si l'on retenait la limite tenant à ce que l'obligation de relever d'office ne porte que sur les faits spécialement invoqués (équivalent de cette même limitation au moyen de (pur) droit), cela mènerait au même résultat, à la différence que les demandes seraient gonflées par les avocats, de manière à faire entrer tous les éléments possibles dans cette catégorie. Elle deviendrait donc artificielle, tout comme la « *poupée gigogne* » qu'évoquait M. Martin³⁹⁵².

³⁹⁴² V. not. en ce sens R. Martin, Rép. proc. civ. Dalloz, « Principes directeurs du procès », mai 2000 (m.a.j. 2010), spéc. n° 159 (et not. : « En somme, dans ce cas-là, serait établi un véritable monopole de l'allégation du fait par la partie, afin de fixer les faits qui peuvent être pris en considération par le juge (...). Il y aurait même une certaine tricherie, car il n'y a pas de raison a priori que la partie allègue complètement le fait, capable d'être subsumé sous une catégorie juridique qu'elle n'a pas envisagée, ce qui fait que le moyen de (pur) droit serait quasiment introuvable »). En effet, l'on conçoit les faits spécialement invoqués comme ceux qu'une partie « met en exergue », comme « les fondements de sa prétention », qu'elle « signale comme étant importants », ce qui justifierait l'obligation (J. Héron et Th. Le Bars, op. cit., n° 269, p. 224-225). Mais ce n'est qu'éviter le problème : celui-ci réside dans la faiblesse, dans l'ignorance, et donc probablement dans l'absence, au sein des moyens (et donc au sein de ces faits qui suscitent en priorité l'attention), des éléments nécessaires pour identifier la partie faible.

³⁹⁴³ Quelle qu'en soit la manière, toutefois, au cours du débat, bien entendu. L'on sait en effet que l'art. 7 al. 1^{er} CPC prévoit que « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat », c'est-à-dire, notamment, des faits dont il aurait une connaissance personnelle, du moins dont l'origine est extrinsèque au procès.

³⁹⁴⁴ D'autant qu'il a été montré que l'application de la distinction de Motulsky conduisait, presque par essence, à apporter une limite au champ d'investigation obligatoire du juge (G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », JCP 1993, I, 3693, spéc. p. 331-332, n°s 11-12). *Adde* R. Martin, « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? », D. 1994, p. 308 et s., spéc. n°s 11 et s. (not. sur les obscurités, en outre, de la pratique d'une telle distinction, ce qui constitue l'inverse de ce que nous tentons de faire ici).

³⁹⁴⁵ R. Martin, op. cit., n° 160

³⁹⁴⁶ Le juge peut ainsi « partir à la pêche au fait pertinent dans tous les recoins du dossier » (R. Martin, op. cit., n° 160).

³⁹⁴⁷ V. not. *Droit et pratique de la procédure civile*, S. Guinchard (dir.), Dalloz, 6^{ème} éd., 2009, n°s 221.11 et s., p. 573 et s.

³⁹⁴⁸ Rappelons-en à nouveau le contenu : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ».

³⁹⁴⁹ Le juge n'est donc pas nécessairement condamné à devenir lui-même un détective omnipotent. La preuve : cette faculté existe, à la suite de l'al. 2 de l'article 7 préc., précisément pour ne pas imposer les trop lourdes conséquences que cette dernière disposition aurait potentiellement engendrées.

³⁹⁵⁰ V. not. sur ce point F. Eudier et N. Gerbay, op. cit., n° 112. Les tenants de la distinction que nous avons présentée (obligation ou faculté selon qu'il s'agit de faits spécialement invoqués ou non) reconnaissent eux-mêmes que la jurisprudence ne l'a pas retenue (V. not. J. Héron et Th. Le Bars, op. cit., n° 270, p. 225).

³⁹⁵¹ V. *contra*, en faveur (par principe : « Rien ne s'oppose à première vue à ce que cette distinction (...) soit transposée en droit de la consommation ») d'une telle distinction en droit de la consommation, N. Sauphanor-Brouillaud, op. cit., n° 969, p. 978-979

³⁹⁵² V. *supra* n° 1107 ; *Adde* les obs. de O. Deshayes sous AP, 21 déc. 2007, spéc. n° 39

CONCLUSION DU CHAPITRE II

1133. – Les mécanismes de protection de la partie faible sont précisés. Il apparaît au terme de ces développements que la protection du consentement ainsi obtenue semble satisfaisante. Elle est d'abord mesurée, l'excès ayant été mentionné aussi souvent que possible afin d'être précisément évité. Elle est ensuite, et surtout, équilibrée, constituée par l'obligation d'information, qui vise directement et activement à rehausser le niveau informationnel de la partie faible à un contrat, et par les clauses excessives, qui tendent à évincer les clauses trop intolérables, qui résultent des limites inévitables de l'obligation d'information. Au total, un consentement tout à la fois rehaussé et, le cas échéant et plus exceptionnellement, gardé. L'ensemble protecteur se trouve, à notre sens, utilement complété par des mesures qui tendent à en garantir l'effectivité. A cet égard, la valeur d'ordre public empêchera que ces mesures soient balayées par une simple stipulation contractuelle, et en appuiera la valeur idéologique. L'obscurité des clauses jouera en faveur de la partie faible, le cas échéant, par le prisme d'une règle d'interprétation *in favorem*. Enfin, l'obligation pour le juge de relever d'office les dispositions applicables à la partie faible, lorsqu'il dispose des éléments de fait nécessaires, parachèvera cette tentative d'assurer au mieux l'application des mesures de protection du consentement que nous avons retenues.

CONCLUSION DU TITRE II

1134. – La direction et le contenu du système de protection sont fixés. La construction de la partie faible touche à sa fin. Il faut reconnaître que le droit de la consommation a joué un rôle important dans l'élaboration du système retenu. Si son champ d'application *ratione personae* a été largement critiqué, il n'en reste pas moins que les techniques dont il a été doté auraient très bien pu intégrer directement le droit commun, à quelques retouches près. L'on a donc pu largement s'en inspirer. Certaines techniques, au contraire, n'ont pas été reprises, s'accordant mal avec la portée générale du droit commun. L'ensemble obtenu semble quantitativement et qualitativement mesuré, gravitant autour de deux techniques phares, la première étant destinée à rehausser le consentement (obligation d'information), l'autre à pallier ses indiscutables lacunes (clauses excessives), par un procédé d'éradication le plus exceptionnel possible, et dont le déclenchement n'est pas obligatoire pour la partie faible.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

1135. – Après la critique, la construction. La seconde partie de cette étude avait pour objet de prendre le contrepied du constat critique établi dans la première partie, en proposant la construction d'un système de protection de la partie faible en droit commun, à même de protéger tous les faibles, mais rien que les faibles. Nous avons tenté de prendre en compte, au cours de cette construction, chaque travers que nous avons découvert en critiquant le droit positif actuel et les décisions rendues sur son fondement. Nous avons aussi sérieusement tenu compte du grief d'insécurité juridique, qui frappera inmanquablement notre proposition. Nous l'avons détaillé, et avons essayé de mettre en lumière son importante part d'exagération. L'on s'est aussi employé à traiter le mieux possible des questions de preuve, afin de faire apparaître la praticabilité du système proposé. La responsabilité contractuelle, aussi, a été défendue, afin de contribuer, sur ce point également, à la restauration de l'intégrité du droit des contrats. A ce stade, nous voici parvenus au terme du raisonnement : après la critique, la construction.

CONCLUSION GENERALE

« Je jette en semence les idées que j'ai dans la tête,
il en lèvera ce qui pourra ».

R. Saleilles³⁹⁵³

1136. – Conclusion : un bilan, des propositions de codification, et enfin, quelques souhaits. Afin de conclure cette étude consacrée à la protection de la partie faible, nous proposerons trois étapes : un bilan des développements qui précèdent, des propositions de codification issues des idées que nous avons tenté de dégager, et enfin, quelques souhaits généraux pour l'avenir. Espérons que ces différentes suggestions suscitent la discussion, que celle-ci reflète un désaccord profond ou, au contraire, une approbation bienveillante : « *Le droit ne peut évoluer - peut-être même se perfectionner - que par la controverse* »³⁹⁵⁴.

1137. – Bilan. 1° : lacunes du droit positif à protéger la partie faible. L'intuition que nous avons en débutant cette étude semble s'être confirmée, au cours de l'analyse. La partie faible, entendue comme l'ensemble des contractants situés en position de faiblesse informationnelle, n'est pas correctement encadrée par le droit positif. Le droit de la consommation s'est vu octroyé l'essentiel des moyens modernes de protection du consentement, tandis que le droit commun du Code civil n'a pas été ajusté³⁹⁵⁵. Or, le droit de la consommation est un droit du marché³⁹⁵⁶. La logique suivie est donc abstraite : la protection n'est qu'accessoire, l'essentiel étant d'encadrer systématiquement, indifféremment des faiblesses concrètes, les rapports de consommation, entre consommateurs³⁹⁵⁷ et professionnels³⁹⁵⁸. De très nombreux contractants faibles se voient ainsi refuser l'accueil consumériste : leur qualité prime leur faiblesse³⁹⁵⁹. Au contraire, d'innombrables autres contractants bénéficient indûment de la protection du droit de la consommation : leur qualité prime leur savoir³⁹⁶⁰.

³⁹⁵³ Propos évoqués « *dans l'intimité* », rapportés par E. Thaller, « Avant-propos », in *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Libr. A. Rousseau, 1914, p. 25

³⁹⁵⁴ Ph. Malaurie, D. 1996, p. 518

³⁹⁵⁵ V. sur ce contexte, qui incarne une bonne partie de l'introduction, *supra* n°s 23 et s.. Cette situation est sur le point de changer, la réforme du droit commun des contrats étant enfin sur le point d'aboutir (*V. supra* n°s 567 et s.). Pour autant, rien n'est moins sûr que la protection de la partie faible s'en trouvera clarifiée, unifiée et optimisée. Les fondements resteront incertains, l'esprit suivi, tout autant. Quant aux techniques employées, elles apparaissent opportunes (obligation d'information, clauses abusives). Mais leur champ d'application suscite d'importantes réserves, comme on l'a vu (*V. supra* n°s 877-878, 885). Elles apparaissent, enfin, insuffisantes (nous avons, pour notre part, complété cet ensemble par des mesures visant à assurer l'effectivité de la protection du consentement : valeur d'ordre public (*V. supra* n°s 1079 et s.), interprétation *in favorem* (*V. supra* n°s 1094 et s.), obligation judiciaire de relever d'office (*V. supra* n°s 1104 et s.)).

³⁹⁵⁶ *V. supra* n°s 132 et s.

³⁹⁵⁷ Sur la notion de consommateur, *V. supra* n°s 63 et s.. La notion de *non-professionnel* a pu être imaginée comme dépassant ce strict champ d'application, à dessein de protéger certains contractants ne répondant pas précisément à la notion de consommateur. Néanmoins, le bilan est celui, peu ou prou, d'une absence de protection (*V. supra* n°s 126 et s., 146 et s.).

³⁹⁵⁸ Sur la notion, *V. supra* n°s 284 et s.

³⁹⁵⁹ C'est le cas des *professionnels-consommateurs* (*V. supra* n°s 61 et s.), ainsi que de nombreuses personnes morales (*V. supra* n°s 142 et s.).

³⁹⁶⁰ C'est le cas des consommateurs abusifs (*V. supra* n°s 258 et s.), et de certains contractants ayant passé un contrat mixte (*V. supra* n°s 295 et s.).

Paradoxalement, dans d'autres hypothèses, le droit de la consommation trouve à s'appropriier des terres manifestement situées, pourtant, hors de ses frontières légitimes. La protection s'avère, encore une fois, soit excessive³⁹⁶¹, soit, au contraire, lacunaire et/ou illégitime³⁹⁶². Parallèlement, les solutions rendues sur le fondement des dispositions du droit commun furent curieusement très nombreuses en matière de protection de la partie faible. Mais leurs charmes devinrent évanescents, au fil de l'analyse. Certaines fois, pour rendre une solution juste et protéger une partie considérée comme faible, les juges déformèrent certaines des notions les plus élémentaires³⁹⁶³. D'autre fois, ils protégèrent de fausses parties faibles, influencés par la logique consumériste³⁹⁶⁴. Néanmoins, en l'absence de fondements appropriés, et de logique précise pour guider le juge, la jurisprudence en la matière ne pouvait esquiver qu'une fresque décevante. Le droit commun, par là même et dans cette matière, ne pouvait que se désagréger. Dans l'ensemble de ces hypothèses, nous avons tenté de mettre en lumière, outre les critiques que l'on pouvait émettre sur ces phénomènes, la mesure dans laquelle un système de droit commun de la protection de la partie faible conviendrait davantage. Au terme de la première partie de l'analyse, nous concluons, par conséquent, à la nécessité de procéder à une telle création.

1138. – Bilan. 2^o : création d'un droit commun de la partie faible. Si la nécessité de créer un droit commun de la partie faible était avérée, encore fallait-il préciser un certain nombre d'éléments. Nous avons donc montré les multiples utilités (outre l'opportunité pratique déjà mise en lumière) d'un tel système : clarifications concrètes du droit³⁹⁶⁵, efficacité économique³⁹⁶⁶, efficacité sociologique³⁹⁶⁷. Nous avons ensuite justifié le recours au Code civil, tout à la fois opportun³⁹⁶⁸ et légitime³⁹⁶⁹. Il restait l'essentiel : mettre en exergue les éléments concrets du système proposé. Le critère retenu pour qualifier la partie faible de droit commun a ainsi été choisi : *l'infériorité informationnelle légitime*. Cette terminologie a été elle-même justifiée³⁹⁷⁰. Sur le fond, la substance³⁹⁷¹ ainsi que la portée de ce critère³⁹⁷² ont été précisées. La question de la preuve a aussi suscité notre réflexion. Si nous avons défendu un système d'appréciation *in concreto*, de telle sorte à éviter les abus et les excès qu'impliquent un système abstrait³⁹⁷³, nous avons tout de même retenu certains indices de la détection d'une partie faible³⁹⁷⁴, ainsi que des présomptions simples³⁹⁷⁵ et, seulement exceptionnellement, irréfragables³⁹⁷⁶. Afin de parfaire

³⁹⁶¹ C'est le cas pour ce qui est de nombreux contractants pouvant bénéficier de certains élargissements dans le champ d'application du droit de la consommation (V. *supra* nos 278 et s.).

³⁹⁶² C'est le cas des consommateurs vendeurs ou prestataires (V. *supra* nos 168 et s.), de l'hypothèse de l'intervention d'un tiers non-contractant (V. *supra* nos 184 et s.), et enfin des contrats administratif (V. *supra* nos 197 et s.) ou des relations entre usagers et SPIC (V. *supra* nos 217 et s.).

³⁹⁶³ C'est not. le cas de la cause (V. *supra* nos 389 et s.), du dol (V. *supra* nos 426 et s.), de l'erreur (V. *supra* nos 448 et s.), des articles 1134 et 1135 (V. *supra* nos 469 et s.) ainsi que de l'article 1326 du Code civil (V. *supra* nos 483 et s.).

³⁹⁶⁴ Par une rigueur souvent excessive à l'endroit de contractants identifiés, considérés presque invariablement comme parties fortes. C'est not. le cas en matière de vente (V. *supra* nos 309 et s.), de franchise (V. *supra* nos 338 et s.), ainsi que dans le domaine notarial (V. *supra* nos 345 et s.) et dans les autres professions s'inspirant de ce régime, comme dans l'avocature (V. *supra* nos 376 et s.) ou l'expertise comptable (V. *supra* nos 381 et s.).

³⁹⁶⁵ V. *supra* nos 497 et s.

³⁹⁶⁶ V. *supra* nos 517 et s.

³⁹⁶⁷ V. *supra* nos 531 et s.

³⁹⁶⁸ V. *supra* nos 559 et s.

³⁹⁶⁹ V. *supra* nos 539 et s.

³⁹⁷⁰ V. *supra* n° 583

³⁹⁷¹ Évaluation de la puissance informationnelle, basée sur les compétences (professionnelles/personnelles) (V. *supra* nos 645 et s.).

³⁹⁷² Légitimité de l'ignorance (V. *supra* nos 676 et s.).

³⁹⁷³ Titre premier de la première partie de notre étude.

³⁹⁷⁴ V. *supra* nos 703 et s.

³⁹⁷⁵ V. *supra* nos 717 et s.

ces constructions destinées à juguler les risques d'insécurité juridique, cœur de la critique des auteurs s'opposant à une appréciation concrète des compétences³⁹⁷⁷, nous avons également ajouté la condition que la faiblesse apparaisse manifestement³⁹⁷⁸. Tout contractant qui démontre manifestement d'une infériorité informationnelle légitime est donc une partie faible, au sens de notre proposition. Les fondements d'un tel système devaient ensuite être précisés : au plan idéologique, une acception contemporaine de la notion philosophique de justice distributive³⁹⁷⁹, et le volontarisme social, comme théorie générale du contrat renouvelée³⁹⁸⁰ ; au plan juridique, la liberté contractuelle entendue de façon moderne³⁹⁸¹, et la dignité humaine, pour ce qui est des droits fondamentaux³⁹⁸². L'étude devait nécessairement s'achever sur les moyens de protection offerts à une telle partie faible. Après avoir étudié les diverses façon de procéder à un choix, pris connaissance des excès passés et écarté certaines techniques qui ne conviendraient pas au droit commun³⁹⁸³, une obligation d'information³⁹⁸⁴ et un système de clauses abusives³⁹⁸⁵ (excessives, dans notre étude³⁹⁸⁶) ont été retenus. Certaines questions particulières ont été traitées à l'endroit de l'obligation d'information. Ces points de débat ont été tranchés. Le manquement à cette obligation engendrera une responsabilité contractuelle³⁹⁸⁷. Par ailleurs, selon que le contrat était évitable ou pas, le préjudice subi consistera en une perte de chance³⁹⁸⁸, un préjudice *d'impréparation*³⁹⁸⁹ ou un préjudice moral résultant de l'atteinte à un droit subjectif à l'information³⁹⁹⁰, notre système étant notamment fondé sur la dignité humaine, qui implique le droit de savoir. Enfin, par souci d'effectivité du système proposé, nous avons proposé de lui conférer la valeur d'ordre public³⁹⁹¹. En outre, l'office du juge sera guidé en cette matière par des règles spéciales dédiées à l'encadrement de la partie faible. Toute clause obscure devra être interprétée en faveur de celle-ci³⁹⁹². Par ailleurs, le juge sera obligé de relever d'office les dispositions intéressant la partie faible, si les éléments de fait relevant globalement du débat le permettent.

*
* *

³⁹⁷⁶ V. *supra* nos 726 et s.

³⁹⁷⁷ V. *supra* nos 610 et s.

³⁹⁷⁸ Sur le caractère manifeste, V. *supra* nos 624 et s.

³⁹⁷⁹ Ainsi que l'équité. V. sur tout ceci, *supra* nos 739 et s.

³⁹⁸⁰ V. *supra* nos 778 et s.

³⁹⁸¹ V. *supra* nos 795 et s.

³⁹⁸² V. *supra* nos 809 et s.

³⁹⁸³ Les délais de rétractation et réflexion (V. *supra* nos 891 et s.), ainsi que le formalisme informatif (V. *supra* nos 904 et s.).

³⁹⁸⁴ V. *supra* nos 930 et s.

³⁹⁸⁵ V. *supra* nos 1036 et s.

³⁹⁸⁶ V. *supra* nos 886 et s.

³⁹⁸⁷ V. sur les controverses, et les justifications de notre solution, *supra* nos 964 et s.

³⁹⁸⁸ V. *supra* nos 999 et s., 1021 et s.

³⁹⁸⁹ V. *supra* nos 1010 et s., 1023 et s.

³⁹⁹⁰ V. *supra* nos 1012 et s., 1031 et s.

³⁹⁹¹ V. *supra* nos 1079 et s.

³⁹⁹² V. *supra* nos 1094 et s.

1139. – Proposition de codification³⁹⁹³. 1^o Légère modification de l'article 1108 du Code civil.

Nous plaiderons en premier lieu pour une légère retouche de l'article 1108, visant à apporter une précision tout à la fois brève et importante :

Article 1108 : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

1^o : Le consentement intègre³⁹⁹⁴ des parties³⁹⁹⁵

(...)

1140. – Proposition de codification. 2^o Socle de la partie faible dans le Code civil. Le socle de la partie faible en droit commun des contrats du Code civil devra évidemment se situer dans le Titre III consacré aux conventions en général³⁹⁹⁶, et, plus précisément, dans le Chapitre II consacré aux conditions essentielles de validité des contrats³⁹⁹⁷. L'on pourrait ensuite envisager d'intégrer la partie faible dans la Section II dudit Chapitre, consacrée à la capacité de contracter³⁹⁹⁸. Mais l'on a vu à quel point l'on se refusait de considérer la partie faible comme une nouvelle facette du droit des incapacités³⁹⁹⁹. Il semble, en définitive, que l'emplacement idéal pour ériger la partie faible soit la Section I consacrée au consentement⁴⁰⁰⁰. Nous proposons d'y effectuer une nouvelle subdivision : une Sous-Section I dédiée au consentement en général, à la suite de laquelle il serait souhaitable de trouver une Sous-Section II, consacrée au consentement de la partie faible. Cette nouvelle Sous-Section comporterait une série d'articles numérotés 1122-1 et suivants, afin de ne pas perturber la numérotation actuelle⁴⁰⁰¹.

³⁹⁹³ A l'heure où nous écrivons ces lignes, il n'existe aucune certitude sur la teneur exacte de la réforme à venir du droit des contrats, et sur la renumérotation qui en résultera. Les propositions qui suivent sont donc naturellement basées sur la numérotation actuelle du Code civil.

³⁹⁹⁴ Cette adjonction a vocation à clarifier et à préciser l'exigence d'un consentement (l'intégrité renvoyant à deux choses distinctes : la liberté du consentement, et la lucidité de la volonté, dont on a déjà démontré qu'elles nous semblaient fondamentalement comprises dans l'art. 1108 : V. *supra* nos 545-546). *Rappr.* N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002, n° 806, p. 569 (jugant qu'il serait probablement judicieux « *de poser, sous forme de principe, au sein de l'article 1109 du Code civil, qu'il n'y a point de consentement valable s'il n'est pas libre et éclairé* »).

³⁹⁹⁵ Substitution de cette simplification à l'actuelle formule « *de la partie qui s'oblige* », en harmonie, au demeurant, avec les projets de réforme de la Chancellerie.

³⁹⁹⁶ C. civ., Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général

³⁹⁹⁷ C. civ., Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre II : Des conditions essentielles pour la validité des conventions

³⁹⁹⁸ C. civ., Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre II : Des conditions essentielles pour la validité des conventions, Section 2 : De la capacité des parties contractantes

³⁹⁹⁹ V. *supra* nos 358, 585, 677, 848

⁴⁰⁰⁰ C. civ., Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre II : Des conditions essentielles pour la validité des conventions, Section 1 : Du consentement

⁴⁰⁰¹ S'intercalant ainsi entre la fin des dispositions intéressant le consentement en général (aujourd'hui, située à l'art. 1122) et le début de celles régissant la capacité (art. 1123 et s.).

« *Section I : Du consentement* »

Article 1109 : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* »

« *Des protections du consentement particulières s'appliquent à la partie faible lorsqu'elle conclut un contrat* ».

« *Sous-Section I : Du consentement en général* »

Articles 1110 et s. : (...) (*inchangés*)

« *Sous-Section II : Du consentement de la partie faible* »

Article 1122-1 (***Définition de la partie faible***) : *Tout contractant en situation d'infériorité informationnelle légitime est une partie faible au sens des présentes dispositions. L'infériorité informationnelle légitime est caractérisée lorsque les compétences d'un contractant ne lui permettent manifestement pas de détenir ou d'obtenir les informations nécessaires à l'évaluation des risques encourus par le contrat* »⁴⁰⁰².

Article 1122-2 (***Substance de l'obligation d'information***) : « *Le cocontractant de la partie faible est tenu à son égard d'une obligation d'information*⁴⁰⁰³ »

« *L'information transmise est déterminante, claire, loyale et appropriée* ».

Article 1122-3 (***Preuve de l'obligation d'information***) : « *La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information repose sur le cocontractant de la partie faible* »

« *La preuve porte sur la transmission, la qualité et la compréhension de l'information* »

« *Elle s'établit par tous moyens* ».

Article 1122-4 (***Sanction de l'obligation d'information***) : « *Sans préjudice des règles de l'article 1116 du présent code, l'inexécution de l'obligation d'information engage la responsabilité contractuelle de celui qui en était tenu* »

« *Lorsque le manquement à l'obligation d'information a mené la partie faible à conclure un contrat dont elle pouvait se dispenser, le préjudice subi s'analyse en une perte de chance de ne pas contracter* »

« *Dans les autres cas, la partie faible subit, soit un préjudice d'impréparation, lorsque le manquement à l'obligation d'information l'a empêchée de prendre ses dispositions en vue des conséquences réelles du contrat ; soit, lorsqu'aucune disposition ne pouvait être prise, un préjudice autonome découlant directement d'un tel manquement* ».

⁴⁰⁰² Ce nouvel alinéa réunit l'ensemble des conditions de caractérisation d'une partie au sens de notre étude (V. *supra* nos 624 et s., 645 et s.).

⁴⁰⁰³ Au sens générique qui a été précisé (surpassant donc le renseignement, la mise en garde et le conseil) (V. *supra* nos 930 et s.).

Article 1122-5 (*Identification des clauses excessives*⁴⁰⁰⁴) : « Une clause qui crée un déséquilibre excessif entre les droits et obligations des parties est réputée excessive par le juge »

« L'appréciation du déséquilibre excessif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert »

« Les clauses contenues dans les listes des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation sont simplement présumées excessives ».

Article 1122-6 (*Sanction des clauses excessives*) : « La clause excessive est réputée non-écrite. Le contrat reste applicable dans toutes ses autres stipulations »

« S'il ne peut subsister sans ladite clause, le juge procède à son annulation ».

Article 1122-7 (*Interprétation favorable*) : « Les clauses d'un contrat s'interprètent dans le sens le plus favorable à la partie faible ».

Article 1122-8 (*Obligation de relever d'office*) : « Les dispositions de la présente Sous-Section sont relevées d'office par le juge ».

Article 1122-6 (*Ordre public*) : « Les dispositions de la présente Sous-Section sont d'ordre public ».

*
* *

1141. – Plus loin que le droit, l'idéal du libre arbitre par l'instruction. Il faut aller plus loin, et garder à l'esprit que la protection de la partie faible est juste, car elle répond à un besoin sociétal mal traité par le droit positif⁴⁰⁰⁵. Elle n'est donc convaincante qu'en ce qu'elle *traite un problème* de notre temps, sans pour autant y *remédier en profondeur*. Au vrai, elle ne fait que s'en accommoder. Comme a pu l'énoncer M. Malaurie, « *La paix par le droit est un mythe* »⁴⁰⁰⁶. Ceci a sa part de vérité. Dès lors, la solution intellectuelle la plus rigoureuse dépasse le cadre du droit. Peut-être réside-t-elle, bien plus que dans l'information du contractant faible, dans l'optimisation de l'éducation et de l'instruction de tous les citoyens. Les penseurs, surtout, nous semble-t-il, Rousseau⁴⁰⁰⁷, Durkheim⁴⁰⁰⁸ et, évidemment, Condorcet⁴⁰⁰⁹, en ont montré merveilleusement les mérites et les enjeux. Il est vrai que le droit n'est

⁴⁰⁰⁴ Pour la justification de cette terminologie, V. *supra* nos 886 et s.

⁴⁰⁰⁵ Bien que le traitement de ce besoin soit *initié* par lui. V. dans cette optique N. Molfessis, « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 927 et s.

⁴⁰⁰⁶ Ph. Malaurie, « Le consommateur », Defrénois 1985, p. 1042

⁴⁰⁰⁷ V. par ex. (sur l'éducation, en perspective de la faiblesse), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, 2008, spéc. p. 103-104 : « *Ainsi un tempérament robuste ou délicat, la force ou la faiblesse qui en dépendent, viennent souvent plus de la manière dure ou efféminée dont on a été élevé que de la constitution primitive des corps. Il en est de même des forces de l'Esprit, et non seulement l'éducation met de la différence entre les Esprits cultivés, et ceux qui ne le sont pas, mais elle augmente celle qui se trouve entre les premiers à proportion de la culture ; car qu'un Géant et un nain marchent sur la même route, chaque pas qu'ils feront l'un et l'autre donnera un nouvel avantage au Géant* ». Et bien sûr, plus globalement sur l'éducation, V. du même auteur, *Emile ou de l'éducation*, GF-Flammarion, 2009

⁴⁰⁰⁸ V. not. E. Durkheim, *Education et sociologie*, PUF, 1997 (d'autant plus que c'est une acception sociale de l'éducation qui imprègne partout cette œuvre, contrairement à la vision kantienne (individualiste, l'éducation devant permettre à chaque être d'atteindre sa plus haute perfection, abstraitement de la société donnée et de ses besoins)).

⁴⁰⁰⁹ V. not. N. de Condorcet, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, GF-Flammarion, 1994 (et, pour un passage méritant

essentiellement étudié, pour ne pas dire qu'envisagé tant il est vaste et complexe, qu'au stade de l'enseignement supérieur⁴⁰¹⁰. Autant dire que l'on ne considère pas aussi nécessaire d'inculquer ses bases les plus élémentaires qu'enseigner l'histoire ou la langue française au cours de l'instruction primaire et secondaire⁴⁰¹¹. Ceci mériterait pourtant d'être discuté, tant il serait probablement bon d'« *Initier collégiens et lycéens au droit* »⁴⁰¹², au « *langage du droit* »⁴⁰¹³, « *même pour des notions qui nous paraissent aller de soi, tellement elles nous sont devenues familières* »⁴⁰¹⁴. Ce n'est qu'ainsi que l'on peut véritablement « *progresser* »⁴⁰¹⁵. Les mots ont une importance cardinale⁴⁰¹⁶. Les médias, aussi, tant ils sont déterminants aujourd'hui, ont probablement un rôle à jouer, notamment la télévision⁴⁰¹⁷, domaine supplémentaire où l'efficacité (du moins économique, avec le règne de l'audimat) devrait céder pour partie à la qualité⁴⁰¹⁸. Le droit est aujourd'hui, c'est un euphémisme, vaste et complexe⁴⁰¹⁹, et l'« *allergie* » ne cesse de progresser⁴⁰²⁰. Or « *La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable* »⁴⁰²¹ ? Portalis, encore, revient vers nous⁴⁰²². Tendre vers l'instruction optimale, c'est ainsi travailler sur l'une des causes, si ce n'est le cœur, des inégalités entre les

particulièrement d'être reproduit ici, *ibid.*, p. 93 : « *Le but de l'instruction n'est pas de faire admirer aux hommes une législation toute faite mais de les rendre capables de l'apprécier et de la corriger* »).

⁴⁰¹⁰ Raison, en outre, pour laquelle il est hautement nécessaire de s'interroger sur cet enseignement juridique (V. not. les travaux menés en la matière, fournissant une intéressante perspective, et not. P. Ancel, « Dénationaliser l'enseignement du droit civil ? Réflexions autour d'une expérience québécoise », *RTD civ.* 2011, p. 701 et s. (et les nombreuses réf. citées). V. aussi, sous un autre prisme, Ch. Atias, « L'enseignement du droit en questions », *D.* 2011 p. 2944 et s. ; ainsi que la captivante expérience de H. Zhang Yu, « L'étudiant itinérant », *D.* 2009 p. 1000 et s.

⁴⁰¹¹ D'autant que l'enseignement du droit est lui-même en perpétuel questionnement : V. not. déjà sur ce point F. Boulanger, « Réflexions sur le problème de la formation des étudiants dans les Facultés de droit », *JCP G* 1982, I, 3077 ; A. Tunc, « Réflexions sur les méthodes d'enseignement », *RRJ* 1982, p. 56 et s. ; et, plus récemment, L. Lorvellec et F. Collart-Dutilleul, « L'évolution de la pédagogie du droit », in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, *Economica*, 1995, p. 313 et s. ; H. Croze, « Qu'est-ce qu'enseigner le droit ? », *D.* 2004, p. 1315 et s. ; P. Maistre du Chambon, « Le service public de l'enseignement du droit et les facultés de droit », *D.* 2006, p. 2 et s.

⁴⁰¹² L. Rambert, « Initier collégiens et lycéens au droit », *D.* 2008, p. 1264 (en l'occurrence, à propos de l'association Initiadroit, allant pour partie en ce sens).

⁴⁰¹³ J.-L. Sourrioux, « Pour l'apprentissage du langage du droit », *RTD civ.* 1999, p. 343 et s.

⁴⁰¹⁴ J.-L. Sourrioux, art. préc., p. 347 n° 8. Et de conclure ainsi : « *on veut espérer que plus l'apprentissage du langage du droit sera pour nos étudiants précoce et complet, mieux pourront-ils, dans leur activité professionnelle ultérieure, prendre conscience de ce paradoxe fondamental, à savoir que « le droit est un phénomène aussi largement social que la langue elle-même, mais qui suscite un sentiment d'étrangeté chez le plus grand nombre ». Mais si l'on veut surmonter ce paradoxe, la seule solution consiste à élargir l'alphabetisation juridique soit à l'intérieur du système éducatif soit même à l'extérieur de celui-ci* » (*ibid.*, p. 352-353, n° 20).

⁴⁰¹⁵ « *Or renforcer l'individu, c'est le relier et non l'isoler, c'est lui réapprendre le sens de la dette, c'est-à-dire de la responsabilité (...). En définitive, il n'est qu'un moyen de progresser, c'est d'approfondir inlassablement les grandes valeurs de la démocratie, la raison, l'éducation, la responsabilité, la prudence, de renforcer la capacité de l'homme à ne jamais s'incliner devant le fait établi, à ne pas succomber au fatalisme* » (P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Grasset, 1995, p. 272-273).

⁴⁰¹⁶ V. not. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1921, nos 254 et s., p. 448 et s. ; V. aussi F. Terré, « Les mots et le droit », *D.* 2011, p. 152 et s.

⁴⁰¹⁷ V. en détails sur le rôle des médias et ses incidences diverses : Ch. Debbasch et J.-M. Pontier, *Introduction à la politique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2000, nos 220 et s., p. 236 et s.

⁴⁰¹⁸ V. sur ce point, parlant de « *fausse démocratie de l'audience* » : Ch. Debbasch et J.-M. Pontier, *op. cit.*, n° 245, p. 267-268

⁴⁰¹⁹ V. not. sur ce point, la surproduction normative et ses effets attachés, comme l'explosion judiciaire (V. *supra* n° 18) ; V. aussi, sur le problème subséquent de la lecture du droit, F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009, nos 1 et s., p. 1 et s. ; et sur la réception septique logique des normes par les sujets de droit, R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, p. 43 et s. (et sur cette question, V. *supra* nos 18, 532).

⁴⁰²⁰ R. Savatier, art. préc., spéc. p. 47

⁴⁰²¹ J. de Clausade, « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? » *JCP E* 2006, 12. C'est aussi l'idée de J. Carbonnier (*Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 319), lorsqu'il prescrit ceci : « *Commençons par nous imaginer à la place de celui à qui l'information est destinée, car, semble-t-il, il ne devrait pas avoir à en pâtir. Mais en profite-t-il vraiment ? Il est devant la vitre, les yeux mi-clos plutôt qu'écarquillés. Qu'est-ce qu'il regarde ? Qu'est-ce qu'il voit ? La transparence a été conçue dans son intérêt. Pourtant, bien souvent, le message ne passe pas. L'échec peut être dû à des causes très générales, qui se retrouvent dans tous les phénomènes de communication : l'effet de saturation* ».

⁴⁰²² *Rappr.* : « *Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance parce qu'on manque de livres ; il en est d'autres où il est difficile de s'instruire parce qu'on en a trop* » (J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. XXV).

hommes⁴⁰²³. Il faut relire plus que jamais les enseignements de Carbonnier sur « *la loi pédagogue* » : en un mot, s'émanciper du droit et le rendre presque obsolète, en le surpassant⁴⁰²⁴. Cette démarche ne pourra, au reste, faire l'économie de la responsabilisation de chacun. L'instruction reste un procédé actif, sensibilisateur. Or le citoyen devra aussi fournir les efforts appropriés pour parvenir à sa propre émancipation informationnelle, que l'ère *du sacre de l'amateur* rend, d'ailleurs, plus aisée qu'auparavant⁴⁰²⁵. En définitive, il s'agit de ramener vers nous les Lumières du passé, pour éclairer l'avenir.

⁴⁰²³ V. not. sur ce point F. Terré, op. cit., n^{os} 450 et s., p. 383 et s., spéc. n^o 452, p. 386 : « *La nécessité de la communication de la connaissance dépasse largement, en droit, le cadre de la seule pédagogie. C'est aussi d'un problème plus vaste d'éducation de masse ou d'information qu'il s'agit. Question immense, d'une ampleur semblable à celle de tant d'autres, à notre époque, dans notre milieu, à l'échelle de la société nationale et internationale* »).

⁴⁰²⁴ J. Carbonnier, op. cit., p. 155 et s. (et not., p. 157 : « *Il faut reprendre la notion d'éducation dans sa généralité. L'éducation peut être un développement des facultés physiques, intellectuelles, morales. Nous y voici : morales, et c'est même l'éducation par excellence. Si la loi a été proclamée éducatrice, c'est qu'on l'a fait sortir du juridique pour la faire pénétrer dans le moral. On escompte qu'elle contribuera à former les mœurs, lesquelles s'intérioriseront, se sublimeront en une éthique. Ou bien – inversons les termes en un candide agnosticisme – elle déterminera dans les consciences une moralité, qui se matérialisera par des mores dans les pratiques* »). Et de mentionner, plus loin, que nous devons ceci à Platon, qui déjà statuait en ce sens par son exemple de la médecine : « *il y a une médecine tout venant, qui soigne en série à coups d'ordonnances, et une médecine plus que libérale, qui s'accorde le loisir de tout expliquer, la seconde étant naturellement celle qui guérit* » (ibid., p. 164).

⁴⁰²⁵ V. sur ce point, *supra* n^{os} 676 et s.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

(les références des sources qui ne sont pas mentionnées ci-dessous figurent intégralement dans le corps de la thèse)

I) OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS

A) Ouvrages juridiques

- Ader (H.) et Damien (A.), *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz, 2008
- Antonmattei (P.-H.) et Raynard (J.), *Contrats spéciaux*, Litec, 6^{ème} éd., 2008
- Atias (Ch.), *Philosophie du droit*, PUF, 2^{ème} éd., 2004
- Aubert (J.-L.), *La responsabilité civile des notaires*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2008
- Aubry (Ch.) et Rau (Ch.),
- *Cours de droit civil français*, t. I, Ed. F. Lagier, Strasbourg, 1839
- *Cours de droit civil français*, t. II, Ed. F. Lagier, Strasbourg, 1839
- Avril (Y.), *Responsabilité des avocats*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2008
- Aynès (L.) et Crocq (P.), *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 4^{ème} éd., 2009
- Bacache-Gibeili (M.), *Traité de droit civil*, t. V, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd., 2012
- Bart (J.), *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Montchrestien, 1998
- Bénabent (A.), *Les obligations*, Montchrestien, 14^{ème} éd., 2014
- Boré (J. et L.), *La cassation en matière civile*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2008
- Braconnier (S.), *Droit des services publics*, PUF, 2^{ème} éd., 2007
- Brégi (J.-F.), *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006
- Bros (S.) et Larroumet (Ch.), *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Economica, 7^{ème} éd., 2014
- Cabrillac (M.), Mouly (Ch.), Cabrillac (S.) et Pétel (Ph.), *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd., 2010
- Cadiet (L.) et Jeuland (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2011
- Cadiet (L.), Normand (J.) et Amrani-Mekki (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2010
- Calais-Auloy (J.) et Temple (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010
- Carbonnier (J.),
- *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998
- *Droit civil. Introduction*, PUF, 20^{ème} éd., 1991
- *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001
- *Sociologie juridique*, PUF, 2004
- Cas (G.) et Ferrier (D.), *Traité de droit de la consommation*, PUF, 1986
- Castaldo (A.), *Introduction historique au droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2003
- Chapus (R.), *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001
- Chevreau (E.), Y. Mausen et C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2011
- Collin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Libr. Dalloz, 7^{ème} éd., 1932
- Collart Dutilleul (F.) et Delebecque (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011
- Cornu (G.),
- *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998
- *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^{ème} éd., 2011
- Delebecque (Ph.) et Pansier (F.-J.), *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et quasi-contrat*, Litec, 5^{ème} éd., 2010
- Demogue (R.),
- *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Lib. A. Rousseau, Paris, 1911
- *Traité des obligations en général*, t. I-VII, Libr. A. Rousseau, Paris, 1923-1933
- Demolombe (Ch.),
- *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Libr. A. Durand et L. Hachette, 2^{ème} éd., 1870
- *Cour de code Napoléon*, vol. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, Libr. A. Durand et L. Hachette, 1869
- Deroussin (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007
- Domat (J.),
- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Libr. P. Aubouin, Paris, 2^{ème} éd., 1697
- *Traité des lois*, in *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Libr. P. Aubouin, Paris, 2^{ème} éd., 1697
- Duranton (A.), *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, t. I, Libr. Rondonneau et Dècle, 1819

Fabre-Magnan (M.), *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012

Fages (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013

Fenet (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Libr. Videcoq, 1856

Flour (J.), Aubert (J.-L.) et Savaux (E.), *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010

Gaudemet (E.), *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004 (rééd. 1937)

Gény (F.), - *Science et technique en droit privé positif*, t. I, Sirey, 1914 - *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1921

Ghestin (J.), *La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993

Ghestin (J.), Loiseau (G.) et Serinet (Y.-M.),
- *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013
- *La formation du contrat*, t. II, *L'objet et la cause – Les nullités*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013

Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), *Introduction générale*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1990

Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2^{ème} éd., 2012

Héron (J.) et Le Bars (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4^{ème} éd., 2010

Houtcief (D.) et Barthez (A.-S.), *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010

Houtcief (D.), *Droit commercial*, Sirey, 3^{ème} éd., 2011

Huet (J.) et Bouche (N.), *Les contrats informatiques*, LexisNexis, 2011

Jestaz (Ph.) et Jamin (Ch.), *La Doctrine*, Dalloz, 2004

Josserand (L.),
- *Cours de droit civil positif français*, t. II, Sirey, 3^{ème} éd., 1939
- *Evolution et Actualités. Conférences de droit civil*, Libr. du Recueil Sirey, 1936
- *Les mobiles dans les actes juridiques*, Dalloz, 2006 (rééd. 1928)

Juglart (M. de), *Cours de droit civil*, t. I, 2^{ème} vol., *Biens – Obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 1982

Larombière (L.), *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Libr. A. Durand, Paris, 1857

Larroumet (Ch.), *Droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5^{ème} éd., 2006

Laubadère (A. de), Moderne (E.) et Delvolvé (P.), *Traité des contrats administratifs*, t. I, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983

Laurent (F.), *Principes de droit civil français*, t. XV, Libr. A. Durant et Pedone Lauriel, 1875

Le Tourneau (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012

Legeais (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2011

Lucas de Leyssac (C.) et Parleani (G.), *Droit du marché*, PUF, 2002

Malaurie (Ph.), L. Aynès et Stoffel-Munck (Ph.), *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011

Malinvaud (Ph.) et Fenouillet (D.), *Droit des obligations*, Litec, 11^{ème} éd., 2010

Marty (G.) et Raynaud (P.), *Droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Les obligations*, Sirey, 1962

Mazeaud (H., L., J.) et Chabas (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 1998

Mousseron (P.), Raynard (J.) et Seube (J.-B.), *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010

Oppetit (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999

Penneau (J.), *La responsabilité du médecin*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2004

Picod (Y.) et Davo (H.), *Droit de la consommation*, Sirey, 2^{ème} éd., 2010

Piedelièvre (S.), *Droit de la consommation*, Economica, 2^{ème} éd., 2014

Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 9^{ème} éd., 1923

Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 11^{ème} éd., 1931

Pothier (R.-J.),
- *Œuvres complètes de Pothier*, t. I, *Traité des obligations*, Libr. Thomine et Fortic, 1821
- *Œuvres complètes de Pothier*, t. II, *Traité des obligations*, Libr. Thomine et Fortic, 1821
- *Œuvres complètes de Pothier*, t. III, *Traité du contrat de vente*, Libr. Thomine et Fortic, 1821

Poulpiquet (J. de), *Responsabilité des notaires*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2009

Raymond (G.), *Droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} éd., 2011

Richer (L.), *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2008

Ripert (G.) et Roblot (R.), *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 1, LGDJ, 18^{ème} éd., 2001

Ripert (G.),
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1927
- *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998 (rééd. 1955)

Rochfeld (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011

Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999

Saleilles (R.),
- *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1901
- *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, éd. F. Pichon, 1890

Sauphanor-Brouillaud (N.) (avec le concours de **Poillot (E.)**, **Aubert de Vincelles (C.)** et **Brunaux (G.)**), *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, 2012

Savatier (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1964

Sériaux (A.), *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^{ème} éd., 2014
 Simler (Ph.), *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, Litec, 4^{ème} éd., 2010
 Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.),
 - *Droit civil. Obligations*, t. II, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, Litec, 2^{ème} éd., 1986
 - *Introduction au droit*, Litec, 5^{ème} éd., 2000
 Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2009
 Terré (F.), Simler (Ph.) et Lequette (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009
 Toullier (C. B. M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. VI, Libr. Warée, 4^{ème} éd., 1824
 Truchet (D.), *Droit administratif*, PUF, 5^{ème} éd., 2013
 Vecchio (G. del), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2004 (rééd. 1953)
 Villey (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2001 (rééd. t. I et II, 1984-1986)
 Viney (G.),
 - *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008
 - *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2010

B) Ouvrages non juridiques

Aquin (St Th. d'), *Somme théologique*, par l'Abbé G. Malé, t. I-II, Libr. Catholique De Perisse Frères, 1857
 Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997
 Aron (R.), *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, 1965
 Bénéton (Ph.), *Introduction à la politique*, PUF, 1997
 Bourdieu (P.) et Passeron (J.-C.),
 - *La reproduction : éléments pour une théorie du système d'enseignement*, éd. de Minuit, 1970
 - *Les héritiers : les étudiants et la culture*, éd. de Minuit, 1964
 Bruckner (P.), *La tentation de l'innocence*, Grasset, 1995
 Cicéron, *Traité des devoirs*, trad. Gallon-la-Bastide (revue par V. Le Clerc), Hachette Livre BNF, 2013 (rééd. 1850)
 Coase (R.), *Le coût du droit*, PUF, 2000
 Condorcet (N. de), *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, GF-Flammarion, 1994
 Debbasch (Ch.) et Pontier (J.-M.), *Introduction à la politique*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2000
 Descartes (R.), *Discours de la méthode*, GF Flammarion, 2000
 Dubet (F.), *L'école des chances. Qu'est-ce qu'une école juste ?*, Seuil, 2004
 Durkheim (E.), *Education et sociologie*, PUF, 1997
 Flichy (P.), *Le sacre de l'amateur. Sociologie des passions ordinaires à l'ère numérique*, éd. du Seuil et La République des Idées, 2010
 Fouillée (A.), *La science sociale contemporaine*, Libr. Hachette, 2^{ème} éd., 1885
 Jollien (A.), *Eloge de la faiblesse*, Marabout, 1999
 Kant (E.),
 - *Critique de la raison pure*, trad. A. Renaut, GF Flammarion, 3^{ème} éd., 2006
 - *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. H. Lachelier, Libr. Hachette, 3^{ème} éd., 1915
 - *Métaphysique des mœurs*, t. II, *Doctrine du droit. Doctrine de la vertu*, trad. A. Renaut, GF Flammarion, 1994
 La Fontaine (J. de), *Fables*, Le Livre de Poche, 2002
 Mackaay (E.) et Rousseau (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz-Thémis, 2^{ème} éd., 2008
 Montaigne (M. de), *Essais*, Pocket, 1998
 Montesquieu (Ch.-L. de Secondat),
 - *De l'esprit des lois*, vol. I, GF Flammarion, 1993
 - *De l'esprit des lois*, vol. II, GF Flammarion, 1999
 Pascal (B.), *Pensées*, Le Livre de Poche, 2000
 Platon, *La République*, trad. G. Leroux, GF Flammarion, 2004
 Rawls (J.), *Théorie de la justice*, trad. C. Audart, Ed. du Seuil, 1987
 Rousseau (J.-J.), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, GF Flammarion, 2008
 Sassier (Ph.) et Lansoy (D.), *Ubu loi. Trop de lois tue la loi !*, Fayard, 2008
 Tocqueville (A. de), *De la démocratie en Amérique*, GF Flammarion, 2010

II) OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES

Albiges (Ch.),
 - *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000
 - Rép. civ. Dalloz, « Equité », sept. 2009 (m.a.j. 2011)
 Amar (J.), *De l'usager au consommateur de service public*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2001
 Aubry (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, préf. A. Ghozi, PUAM, 2002
 Bach (L.), Rép. civ. Dalloz, « Jurisprudence », sept. 2009 (m.a.j. 2012)
 Bakouche (D.), *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005

- Bérenger (F.)**, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, préf. Ch. Atias, t. I-II, PUAM, 2007
- Berthiau (D.)**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. J.-L. Souriou, LGDJ, 1999
- Biguenet-Maurel (C.)**, *Le devoir de conseil des notaires*, préf. J. de Poulpiquet, Defrénois, 2006
- Boismain (C.)**, *Les contrats relationnels*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2005
- Bourrier (Ch.)**, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia, 2004
- Bruneau (L.)**, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, th. Toulouse, 2005
- Capitant (H.)**, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923
- Cartier (M.)**, *La volonté juridique forcée*, th. Versailles Saint-Quentin, 2009
- Chabas (J.)**, *La déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931
- Chantepie (G.)**, *La lésion*, préf. G. Viney, LGDJ, 2006
- Chardin (N.)**, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1988
- Chauvel (P.)**,
- *Le vice du consentement*, th. Paris II, 1981
- Rép. civ. Dalloz, « Consentement », avr. 2007 (m.a.j. 2014)
- Rép. civ. Dalloz, « Dol », juin 2014 (m.a.j. 2014)
- Chazal (J.-P.)**,
- *De la puissance économique en droit des obligations*, th. Grenoble, 1996
- Rép. civ. Dalloz, « Clauses abusives », sept. 2002 (m.a.j. 2012)
- Chénéde (F.)**, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, *Economica*, 2008
- Choné (A.-S.)**, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. Teyssié, *Economica*, 2010
- Combaluzier-Vaude (A.)**, *Contribution à la définition de la notion de partie faible dans les contrats*, th. Montpellier I, 2008
- Darmaisin (S.)**, *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, LGDJ, 2000
- Dejean de la Bâtie (N.)**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, LGDJ, 1965
- Eudier (F.) et Gerbay (N.)**, Rép. proc. civ. Dalloz, « Jugement », sept. 2011 (m.a.j. 2014)
- Fabre-Magnan (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2014 (rééd. 1992)
- Fages (B.)**, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997
- Fin-Langer (L.)**, *L'équilibre contractuel*, préf. C. Thibierge, LGDJ, 2002
- Gahdoun (P.-Y.)**, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, Dalloz, 2008
- Gaudemet (S.)**, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, *Economica*, 2006
- Genicon (Th.)**, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007
- Ghestin (J.) et Sérinet (Y.-M.)**, Rép. civ. Dalloz, « Erreur », sept. 2006 (m.a.j. 2014)
- Ghestin (J.)**,
- *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006
- *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. Boulanger, LGDJ, 2014 (rééd. 1971)
- Goldie-Genicon (Ch.)**, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009
- Gounot (E.)**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Ed. Arthur Rousseau, 1912
- Hauser (J.)**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971
- Houtcieff (D.)**,
- *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. Muir Watt, t. I-II, PUAM, 2001
- Rép. civ. Dalloz, « Renonciation », mars 2012 (m.a.j. 2015)
- Huet (J.)**, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité)*, th. Paris, 1978
- Jacquemin (H.)**, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, préf. E. Montero, Larcier, 2010
- Jacques (Ph.)**, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005
- Jouve (M.)**, *Des vices de la volonté dans le contrat en droit romain et en droit français*, th. Aix, 1879
- Laithier (Y.-M.)**, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004
- Lasbordes (V.)**, *Les contrats déséquilibrés*, préf. C. Saint-Alary Houin, t. I-II, PUAM, 2000
- Latina (M.)**, Rép. civ. Dalloz, « Contrat (Généralités) », déc. 2013 (m.a.j. 2014)
- Le Gac-Pech (S.)**, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2000
- Légier (G.)**, Rép. civ. Dalloz, « Responsabilité contractuelle », août 1989 (m.a.j. 2013)
- Litty (O.)**, *Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de quatre contrats d'adhésion usuels*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999
- Malaurie (Ph.)**, *Les contrats contraires à l'ordre public (Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS)*, préf. P. Esmein, Ed. Matot-Braine, 1953
- Martin (R.)**, Rép. proc. civ. Dalloz, « Principes directeurs du procès », mai 2000 (m.a.j. 2010)
- Mayaux (L.)**, Rép. civ. Dalloz, « Contrat d'assurance », juin 2014 (m.a.j. 2014)
- Mazeaud (D.)**, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, LGDJ, 1992
- Mekki (M.)**, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004
- Molfessis (N.)**, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1997

- Mouly-Guillemaud (C.)**, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source de contenu contractuel*, préf. D. Ferrier, LGDJ, 2006
- Noblot (C.)**, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. Labarthe, LGDJ, 2002
- Ouerdane-Aubert de Vincelles (C.)**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2002
- Petit (B.) et Rouxel (S.)**, J.-Cl. civ. LexisNexis, « Dol (art. 1116) », juil. 2014, (m.a.j. 2014)
- Piazzon (Th.)**, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009
- Pimont (S.)**, *L'économie du contrat*, préf. J. Beauchard, PUAM, 2004
- Pinna (A.)**, *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. Gautier, LGDJ, 2007
- Place (P. de)**, *De l'erreur dans les conventions de droit privé*, th. Paris, 1859
- Pombieilh (D.)**, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, th. Pau, 2002
- Poulpiquet (J. de)**, Rép. civ. Dalloz, « Notaire », janv. 2009 (m.a.j. 2014)
- Ranouil (V.)**, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980
- Raymond (G.)**,
 - J.-Cl. conc. cons. LexisNexis, « Clauses abusives », sept. 2012 (m.a.j. 2012)
 - J.-Cl. cont. distrib. LexisNexis, « Vente directe », juin 2014 (m.a.j. 2014)
- Rieg (A.)**, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1961
- Rochfeld (J.)**,
 - *Cause et type de contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999
 - Rép. civ. Dalloz, « Cause », sept. 2012 (m.a.j. 2014)
- Rouhette (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965
- Rzepecki (N.)**, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, préf. G. Wiederkehr, PUAM, 2002
- Sauphanor-Brouillaud (N.)**,
 - *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2000
 - Rép. com. Dalloz, « Clauses abusives », juin 2014 (m.a.j. 2015)
- Savaux (E.)**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997
- Simler (Ph.)**, J.-Cl. civ. LexisNexis, « Interprétation des contrats », sept. 2009 (m.a.j. 2009)
- Stoffel-Munck (Ph.)**, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000
- Vialle (S.)**, *La profession. Etude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, t. I-II, th. Grenoble, 1990
- Virassamy (G. J.)**, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1986

III) OUVRAGES COLLECTIFS, MELANGES ET COLLOQUES

- 1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004
- Droit et économie des contrats*, Ch. Jamin (dir.), LGDJ, 2008
- Droit et pratique de la procédure civile*, S. Guinchard (dir.), Dalloz, 6^{ème} éd., 2009
- Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994
- Etudes à la mémoire de F. Ch. Jeantet*, LexisNexis, 2010
- Etudes à la mémoire du professeur B. Oppetit*, Litec, 2009
- Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939
- Etudes offertes à G. Ripert*, t. I-II, LGDJ, 1950
- Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008
- Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979
- Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001
- Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001
- Etudes offertes à P. Kayser*, t. I-II, PUAM, 1979
- Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985
- Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982
- Etudes offertes au doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006
- Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), Economica, 2002
- Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005
- L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986
- L'information en droit privé*, Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), LGDJ, 1978
- L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. Revet (dir.), Dalloz, 1996
- La cause dans le droit des obligations - Droit public, droit privé : à propos de la réimpression de l'ouvrage d'Henri Capitant*, Table ronde organisée le 20 juin 2012 à la faculté de droit Jean Monnet, Université Paris-Sud, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 01 juil. 2012, n° 4, p. 827 et s.
- La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008
- La confiance légitime et l'estoppel*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Soc. de législ. comp., 2007

La dignité de la personne humaine, M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), Economica, 1999

La nouvelle crise du contrat, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003

La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996

La psychologie cognitive, M. Denis (dir.), Ed. de la Maison des sciences de l'homme, 2012

La simplification du droit, J.-M. Pontier (dir.), PUAM, 2006

Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004

Le Code de la consommation : 20 ans et après ?, Colloque INC du 15 mars 2013

Le contrat en Europe aujourd'hui et demain, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), Soc. de légis. comp., 2008

Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon, Litec, 2004

Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993

Le renouvellement des sources du droit des obligations, LGDJ, 1997

Le solidarisme contractuel, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004

L'efficacité du contrat, G. Lardeux (dir.), Dalloz, 2011

L'efficacité économique en droit, S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir.), Economica, 2010

Les clauses abusives entre professionnels, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998

Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, Société de législation comparée, vol. 1-2, 2006

Les métamorphoses de la responsabilité (sixièmes journées R. Savatier), PUF, 1997

Les notions à contenu variable en droit, Bruylant, 1984

Les personnes vulnérables, 102^{ème} congrès des Notaires de France (Strasbourg – 21/24 mai 2006)

Liber amicorum Baron L. Frédéricq, Ed. de la Faculté des sciences juridiques de Gand, 1965

Liber amicorum Ch. Larroumet, Economica, 2009

Liber amicorum J. Calais-Auloy, Dalloz, 2004

Mélanges AEDBF-France II, J.-P. Mattout et H. de Vauplane (dir.), Banque éd., 1999

Mélanges Ch. Mouly, t. I-II, Litec, 1998

Mélanges dédiés à D. Holleaux, Litec, 1990

Mélanges dédiés à G. Marty, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978

Mélanges dédiés à L. Boyer, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996

Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991

Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999

Mélanges en hommage à R. Drago, Economica, 1996

Mélanges en l'honneur d'A. Fenet, Litec, 2008

Mélanges en l'honneur de D.-G. Lavroff, Dalloz, 2005

Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica, 1995

Mélanges en l'honneur de J. Boré, Dalloz, 2007

Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz, Dalloz, 2006

Mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Dalloz, 2003

Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser, LexisNexis-Dalloz, 2012

Mélanges L. Baudouin, Presses de l'Univ. de Montréal, 1974

Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999

Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999

Mélanges offerts à A. Colomer, Litec, 1993

Mélanges offerts à A. Decocq, Litec, 2004

Mélanges offerts à J. Brethe de La Gressaye, Ed. Bière, Bordeaux, 1967

Mélanges offerts à P. Couzinet, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1974

Mélanges offerts à P. Didier, Economica, 2008

Mélanges offerts à P. Draï, Dalloz, 2000

Mélanges offerts à P. Hébraud, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1981

Mélanges offerts à P. Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985

Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, 1965

Mesurer l'efficacité économique du droit, G. Canivet, M. Klein, M.-A. Frison-Roche (dir.), LGDJ, 2005

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t. I-III, Libr. E. Duchemin, 1977

Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, Sirey-LGDJ, 1938

Repenser le contrat, G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), Dalloz, 2009

Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000

IV) ARTICLES ET CHRONIQUES

- A -

Agostini (E.), « De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice », D. 1984, p. 235 et s.

Albiges (Ch.), « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1 et s.

Alt-Maes (F.), « L'information médicale du patient, au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », RDSS 1994, p. 381 et s.

Amar (J.),

- « Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ? », CCC 2003, n° 4, p. 7 et s.

- « Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation », CCC 2002, n° 1, p. 13 et s.

Ancel (M.-E.), « Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux), in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 121 et s.

Ancel (P.),

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771 et s.

- « Une régression du modèle légal ? », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 47 et s.

Armand-Prévost (M.) et Richard (D.), « Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », JCP G 1979, I, 2952

Asuncion Planes (K. de la), « La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation ? » : LPA 3 mars 2010, p. 3 et s.

Atias (Ch.),

- « L'enseignement du droit en questions », D. 2011 p. 2944 et s.

- « La « simple affirmation » du juge », D. 2010, p. 221 et s.

- « Moyens de dire le droit et « façons de parler » de la Cour de cassation : une distinction nécessaire », D. 2008, p. 177 et s.

- « Restaurer le droit du contrat », D. 1998, p. 137 et s.

Attard (J.),

- « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », RTD com. 2011, p. 11 et s.

- « L'exécution de son devoir de conseil par le banquier », RTD com. 2013, p. 639 et s.

Aubert (J.-L.), « La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 123 et s.

Aubert de Vincelles (C.),

- « Double harmonisation du droit européen des contrats : instrument optionnel et directive cadre », RTD eur. 2011, p. 621 et s.

- « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009, p. 113 et s.

- « Naissance d'un droit commun européen des contrats », RTD eur. 2012, p. 661 et s.

- « Où sont les Français ? Ou l'urgence de la mobilisation européenne... », D. 2009, p. 737 et s.

Aubert de Vincelles (C.) et Sauphanor-Brouillaud (N.), « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », D. 2014, p. 879 et s.

Audinet (A.), « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in *Mélanges offerts à J. Brethe de La Gressaye*, Ed. Bière, Bordeaux, 1967, p. 99 et s.

Avena-Robardet (V.),

- « Réforme inopinée du cautionnement », D. 2003, p. 2083 et s.

- « Obligation de mise en garde : « client non averti » et « client non professionnel » ne sont pas synonymes », D. 2007 p. 1950 et s.

Aynès (L.),

- « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », Dr. et patr. nov. 2003, p. 28 et s.

- « La condition d'obtention d'un prêt dans une promesse unilatérale de vente », D. 1988, p. 283 et s.

- « Rapport de synthèse », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 153 et s.

Aynès (L.), Bénabent (A.) et Mazeaud (D.), « Projet de réforme du droit des contrats : éclosion ou enlisement ? », D. 2008, p. 1421 et s.

- B -

Bacache (M.),

- « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? », D. 2008, p. 1908 et s.

- « Longue vie à l'arrêt Mercier », RDC 2011, p. 335 et s.

Baillo (R.),

- « A propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15 et s.

- « Le droit de repentir », RTD civ. 1984, p. 227 et s.
- Bandrac (M.)**, « Cautionnement. La réticence dolosive à l'égard de la caution suppose l'intention de la tromper afin de déterminer son consentement », RTD civ. 1996, p. 430 et s.
- Barbier (Ch.)**, « L'usager est-il devenu le client du service public ? », JCP G 1995, I, 3816
- Barella (X.)**, « Le droit à l'information en matière médicale », AJDA 2012, p. 1191 et s.
- Batiffol (H.)**,
 - « La crise du contrat et sa portée », in *Arch. phil. dr.* 1968, t. XIII « Sur les notions de contrat », p. 13 et s.
 - « Problèmes de frontières : droit et politique », in *Arch. phil. dr.* 1971, t. XVI « Le droit investi par la politique », p. 1 et s.
- Bazin (E.)**, « Le droit de repentir en droit de la consommation », D. 2008, p. 3028 et s.
- Beauchard (J.)**, « Remarques sur le Code de la consommation », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 9 et s.
- Bénabent (A.)**,
 - « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 245 et s.
 - « Rapport de synthèse », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 165 et s.
- Benabou (V.-L.)**, « La confiance dans l'économie numérique », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 65 et s.
- Benhamou (Y.)**, « Réflexions sur l'inflation législative », D. 2010, p. 2303 et s.
- Berlioz (G.)**, « Droit de la consommation et droit des contrats », JCP G 1979, II, 2954
- Berlioz-Houin (B.)**, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 3 et s.
- Bernard (A.)**, « Law and Economics, une science idiote ? », Rev. dr. H. Capitant, n° 1, 30 déc. 2010, art. n° 6
- Bernitz (U.)**, « Harmonisation et coordination de la législation du marché. La notion de droit du marché », RTD com. 1971, p. 1 et s.
- Bettinger (Ch.)**, « L'introduction des clauses abusives dans le droit des services publics : une révolution aux suites multiples », Dr. adm. oct. 1993, p. 9 et s.
- Beyneix (I.)**, « L'unification prétorienne du vice de violence économique en droit privé », LPA 25 août 2006, p. 3 et s.
- Bihl (L.)**, « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur », JCP G 1978, I, 2909
- Blanc (D.)**, « Droit européen des contrats, un processus en voie de dilution », D. 2008, p. 564 et s.
- Boccaro (B.)**,
 - « Le clair et l'obscur... », JCP G 1978, I, 2910
 - « Pistes sur la responsabilité des rédacteurs d'actes et conseils », JCP G 1993, I, 3651
- Boffa (R.)**, « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », D. 2015, p. 335 et s.
- Boizard (M.)**, « La réception de la notion de violence économique en droit », LPA 16 juin 2004, p. 5 et s.
- Bolard (G.)**,
 - « L'arbitraire du juge », in *Mélanges offerts à P. Drat*, Dalloz, 2000, p. 225 et s.
 - « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », JCP G 2008, I, 156
 - « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », JCP 1993, I, 3693
- Boré (J.)**,
 - « DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS. Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », JCP G 2009, 319
 - « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », JCP G 1974, I, 2620
 - « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 139 et s.
- Borgetto (M.)**, « Les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 : dix ans après », Rev. dr. san. soc. 2012, p. 411 et s.
- Borysewicz (M.)**, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats. Réflexions à propos de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 », in *Etudes offertes à P. Kayser*, t. I, PUAM, 1979, p. 91 et s.
- Boulanger (F.)**,
 - « Réflexions sur le problème de la formation des étudiants dans les Facultés de droit », JCP G 1982, I, 3077
 - « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Liber amicorum Baron L. Frédéricq*, Ed. de la Faculté des sciences juridiques de Gand, 1965, p. 199 et s.
- Bourdalle (N.) et Lasserre-Capdeville (J.)**, « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », Banque et Droit mai-juin 2006, p. 17 et s.
- Boussard (S.)**, « Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière », RFDA 2008, p. 1023 et s.
- Bruère (J.-C.)**, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », RDP 1996, p. 1715 et s.
- Brun (Ph.)**, « Le droit de revenir sur son engagement », Dr. et patr. mai 1998, p. 78 et s.
- Brusch (M.)**, « La protection des consommateurs contre les clauses abusives dans le contrat d'assurance », RGDA 2014, p. 364 et s.
- Bureau (D.) et Molfessis (N.)**, « L'asphyxie doctrinale », in *Etudes à la mémoire du professeur B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 45 et s.
- Bureau (D.)**,
 - « Remarques sur la codification du droit de la consommation », D. 1994, p. 291 et s.
 - « Vers un critère général ? », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), Economica,

2002, p. 53 et s.

Buy (E.), « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », LPA 17 déc. 2008, p. 3 et s.

- C -

Cabrillac (M.), « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s.

Cabrillac (R.), « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), Soc. de légis. comp., 2008, p. 75 et s.

Calais-Auloy (J.),

- « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ. 1994, p. 239 et s.

- « La communauté européenne et les consommateurs », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 119 et s.

- « La loi sur le démarchage à domicile et la protection du consommateur », D. 1972, p. 266 et s.

Canivet (G.) et Molfessis (N.), « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 79 et s.

Canut (F.), « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », D. 2007, p. 2257 et s.

Carbonnier (J.),

- « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 29 et s.

- « L'avenir d'un passé », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 5 et s.

- « Le Code civil des français dans la mémoire collective », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 1045 et s.

- « Le Code civil », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 17 et s.

Carcassonne (G.), « Penser la loi », Rev. Pouvoirs 2005, n° 114, p. 39 et s.

Catala (P.),

- « A propos de l'ordre public », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 511 et s.

- « Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2006, p. 535 et s.

- « Des contrats déséquilibrés », in *Etudes à la mémoire de F. Ch. Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 77 et s.

- « La genèse et le dessein du projet », RDC 2006, p. 11 et s.

Cathelineau (A.), « De la notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive... », CCC 1999, n° 13

Causse (H.), « De la notion de consommateur », in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, J. Calais-Auloy et H. Causse (dir.), Litec, 1995, p. 21 et s.

Cédras (J.), « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2003, 2^e partie : études et documents, Etudes diverses, p. 186 et s.

Cerles (A.) et Séjean (M.), « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », in *Etudes offertes au doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 273 et s.

Chagny (M.),

- « L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations », D. 2011, p. 392 et s.

- « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », RDC 2004, p. 861 et s.

- « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », RTD com. 2013, p. 500 et s.

Chazal (J.-P.),

- « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », D. 1999, p. 249 et s.

- « L'autonomie de la volonté et la « libre recherche scientifique » », RDC 2004, p. 624 et s.

- « L. Josserand et le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 325 et s.

- « La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain », 2014 (non publié. Présenté à l'Université de Lyon les 21 et 22 mars 2014, lors d'une conférence sur le thème « Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand ». Disponible sur http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf)

- « Le consommateur existe-t-il ? », D. 1997, p. 260 et s.

- « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 99 et s.

- « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », D. 2015, p. 673 et s.

- « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 et s.

- « Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996) », JCP G 1998, I, 152

- « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 243 et s.

Chénéde (F.),

- « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporaine des contrats, l'apport du droit administratif », CCC 2008, n° 11

- « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (1^{re} partie) », RDC 2012, p. 241 et s.

- « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion (2^e partie) », RDC 2012, p. 1017 et s.

Christianos (V.), « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », D. 1993, p. 28 et s.

Clausade (J. de), « La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable ? » JCP E 2006,

12

Cohen (D.), « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 517 et s.

Cohet-Cordey (F.), « Les dispositions de l'article L. 271-1 du CCH ne concernent pas la vente d'un immeuble à usage mixte », AJDI 2008, p. 963 et s.

Colliard (C.-A.), « La machine et le droit privé français contemporain », in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 115 et s.

Commaille (J.), « Code civil et nouveaux codes sociaux », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 59 et s.

Conte (Ph.), « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », JCP G 1988, I, 3343

Cornu (G.),

- « La jurisprudence aujourd'hui. Libre propos sur une institution controversée », RTD civ. 1992, p. 342 et s.

- « La lettre du Code à l'épreuve du temps », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 157 et s.

- « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, p. 351 et s.

Cottreanu (V.), « La clause réputée non écrite », JCP G 1993, I, 3691

Couderc (M.), « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », Rev. Pouvoirs 2005, n° 114, p. 21 et s.

Couturier (G.),

- « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 95 et s.

- « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defrénois 2000, p. 880 et s.

Cramier (P.),

- « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (1^{re} partie) », LPA 12 juin 2000, p. 4 et s.

- « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (2^e partie) », LPA 13 juin 2000, p. 4 et s.

- « Essai sur la protection du contractant professionnel (en marge du droit de la concurrence) (3^e partie) », LPA 14 juin 2000, p. 7 et s.

Crédeville (A.-E.), « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Non à la dérive des préjudices », D. 2008, p. 1914 et s.

Crocq (P.), « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 349 et s.

- D -

Dabin (J.), « Droit et politique », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 183 et s.

Daniel (J.), « Le devoir de mise en garde du banquier », LPA 18 févr. 2008, p. 5 et s.

Dari-Mattiacci (G.) et Houtcief (D.), « Vice du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive », in *Droit et économie des contrats*, Ch. Jamin (dir.), LGDJ, 2008, p. 45 et s.

Davo (H.),

- « Formalisme bancaire et protection du consommateur », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 329 et s.

- « Le Code de la consommation, 20 ans et après ? », in *Le code de la consommation : 20 ans et après ?*, Colloque INC du 15 mars 2013

De Sousa E Brito (J.), « Droits et utilité chez Bentham », in *Arch. phil. dr. 1981*, t. XXVI « L'utile et le juste », p. 93 et s.

Decottignies (R.), « L'erreur de droit », RTD civ. 1951, p. 309 et s.

Delage (P.-J.), « La primauté de la personne », D. 2011, p. 173 et s.

Delecraz (Y.) et Chetaille (M.), « La condition suspensive d'obtention d'un prêt : Ou comment concilier la sécurité de l'acquéreur et l'équilibre du contrat », JCP N 2011, 1180

Delpech (X.),

- « L'asymétrie d'information, cause de responsabilité du banquier dispensateur de crédit », D. 2005, p. 2588 et s.

- « Un vent de modernité sur le droit des contrats », AJDA 2015, p. 119 et s.

Delvolvé (P.), « La question de l'application du droit de la consommation aux services publics », Dr. adm. oct. 1993, p. 3 et s.

Dereux (G.),

- « De la nature juridique des contrats d'adhésion », RTD civ. 1910, p. 503 et s.

- « Etude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » », RTD civ. 1907, p. 513 et s.

Descorps-Declère (F.), « La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin », D. 2005, p. 742 et s.

Desgorges (R.), « Agir contre soi », RRJ 2003, p. 37 et s.

Deumier (P.), « La doctrine collective législatrice, une nouvelle source de droit ? », RTD civ. 2006, p. 63 et s.

Didier (P.), « Brèves notes sur le contrat organisation », *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 635 et s.

Djoudi (J.) et Boucard (F.), « La protection de l'emprunteur profane », D. 2008, p. 500 et s.

Drago (R.), « Paradoxes sur les contrats administratifs », in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 151 et s.

Dreifuss (M.), « L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs », AJDA 2002, p. 1373 et s.

Dreifuss-Neiter (F.), « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », RTD com. 1990, p. 369 et s.

Dreyer (E.), « La dignité opposée à la personne », D. 2008, p. 2730 et s.
Duong (L.-M.), « Le traitement juridique du préjudice « immatériel » », JCP E 2005, 525
Dupichot (J.), « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 179 et s.
Durry (G.), « Contrat d'assurance et clauses abusives », Risques sept. 2002, p. 117 et s.

- E -

Edelman (E.),
- « De la liberté et de la violence économique », D. 2001, p. 2315 et s.
- « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », D. 1997, p. 185 et s.
Esmein (P.),
- « L'obligation et la responsabilité contractuelles », in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 101 et s.
- « La commercialisation du dommage moral », D. 1954, p. 113 et s.

- F -

Fabre-Magnan (M.),
- « Le domaine de l'autonomie personnelle », D. 2008, p. 31 et s.
- « Le dommage existentiel », D. 2010, p. 2376 et s.
- « Réforme du droit des contrats : « un très bon projet » », JCP G 2008, I, 199
Fadlallah (I.) et Baude-Texidor (Ch.), « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », D. 2003, p. 750 et s.
Fauvarque-Cosson (B.),
- « Droit européen des contrats : première réaction au plan d'action de la Commission », D. 2003, p. 1171 et s.
- « Droit européen des contrats, les offres sont faites, les dés non encore jetés », D. 2008, p. 556 et s.
- « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », D. 2007, p. 96 et s.
- « Faut-il un code civil européen ? », RTD civ. 2002, p. 463 et s.
- « Lancement d'une consultation sur le droit européen des contrats », D. 2010, p. 1696 et s.
- « Précisions sur le projet de droit européen des contrats », RDC 2011, p. 1045 et s.
- « Terminologie, principes, élaboration de règles modèles, les trois volets du cadre commun de référence », RTD eur. 2008, p. 695 et s.
- « Vers un droit commun européen de la vente », D. 2012, p. 34 et s.
Fenouillet (D.), « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution », RDC 2004, p. 304 et s.
Fiechter-Boulevard (F.), « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », in *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, F. Cohet-Cordey (dir.), PUG, 2000, p. 13 et s.
Flores (Ph.) et Biardeaud (G.), « L'office du juge et le crédit à la consommation », D. 2009, p. 2227 et s.
Flour (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 93 et s.
Fontaine (M.),
- « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 615 et s.
- « La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 385 et s.
Foyer (J.), « Le Code civil de 1945 à nos jours », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 277 et s.
Frison-Roche (M.-A.),
- « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », in *Mesurer l'efficacité économique du droit*, G. Canivet, M. Klein, M.-A. Frison-Roche (dir.), LGDJ, 2005, p. 19 et s.
- « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », RTD civ. 1998, p. 43 et s.
- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995, p. 573 et s.

- G -

Gahdoun (P.-Y.), « Le Conseil constitutionnel et le contrat », in *Dossier. Le Conseil constitutionnel et le droit des biens et des obligations*, Cahiers cons. const. 2011, n° 31, p. 51 et s.
Gandolfi (G.), « Pour un code européen des contrats », RTD civ. 1992, p. 707 et s.
Garello (P.), « Les économistes et le contrat », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. I, Litec, 1998, p. 37 et s.
Gassin (R.), « Lois spéciales et droit commun », D. 1961, p. 91 et s.
Genicon (Th.), « Contrat et protection de la confiance », RDC 2013, p. 336 et s.
Gerven (W. van), « L'harmonisation du droit privé en Europe », D. 2007, p. 288 et s.
Ghestin (J.) et Marchessaux-Van Melle (I.), « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives », JCP 1995, I, 3854
Ghestin (J.) et Marchessaux-Van Melle (I.), « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits

européens », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 1 et s.

Ghestin (J.),

- « L'annulation d'office d'un contrat », in *Mélanges offerts à P. Draï*, Dalloz, 2000, p. 593 et s.

- « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77 et s.

- « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, p. 1 et s.

- « L'utile et le juste dans les contrats », in *Arch. phil. dr.* 1981, t. XXVI « L'utile et le juste », p. 35 et s.

- « La notion de contrat », D. 1990, p. 147 et s.

- « Le renouveau doctrinal actuel de l'absence de cause », JCP G 2006, I, 194

Ghozi (A.) et Lequette (Y.), « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », D. 2008, p. 2609 et s.

Ghozi (A.), « La conformité », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), Economica, 2002, p. 103 et s.

Giaume (Ch.), « Le non-professionnel est-il un consommateur ? », LPA 23 juil. 1990, p. 25 et s.

Gicquiaud (E.), « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD com. 2014, p. 267 et s.

Gorchs (B.), « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », D. 2010, p. 1300 et s.

Goubeaux (G.), « À propos de l'erreur sur la valeur », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389 et s.

Gout (O.) et Porchy-Simon (S.), « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient », in *Responsabilité médicale et accidents médicaux*, Séminaire de Louvain des 13 et 14 sept. 2013

Gratton (L.), « Le dommage déduit de la faute », RTD civ. 2013, p. 275 et s.

Gridel (J.-P.), « Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives », D. 1984, p. 153 et s.

Grua (E.),

- « Le Code civil, code résiduel ? », RTD civ. 2005, p. 253

- « Les divisions du droit », RTD civ. 1993, p. 59 et s.

Grynbaum (L.), « De l'art de la mesure dans la protection du consentement », RDC 2007, p. 973 et s.

Guéguen (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D. 1999, p. 352 et s.

Gugglielmi (G.-J.), « Le droit s'écrit-il dans les communiqués de presse ? », in *Mélanges en l'honneur d'A. Fenet*, Litec, 2008, p. 675 et s.

Guillaume (M.), « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », Rev. Pouvoirs 2005, n° 114, p. 117 et s.

Guinchard (S.), « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation) », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 761 et s.

- H -

Halpérin (J.-L.), « L'histoire de la fabrication du Code. Le Code : Napoléon ? », Rev. Pouvoirs 2003, n° 107, p. 11 et s.

Hautefœuille (P. d'), (intervention table ronde) in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, p. 146 et s.

Hauser (J.),

- « Des incapables aux personnes vulnérables », Dr. fam. 2007, n° 14

- « La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes », RDSS 1992, p. 467 et s.

- « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », RLDC juin 2011, p. 69 et s.

Hébraud (P.), « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à P. Couzinet*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s.

Henry (X.),

- « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », D. 2003, p. 2557 et s.

- « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires », D. 2009, p. 28 et s.

Heuzé (V.), « A propos d'une « initiative européenne en matière de droit des contrats » », JCP G 2002, I, 152

Hispalis (G.), « Pourquoi tant de lois ? », Rev. Pouvoirs 2005, n° 114, p. 101 et s.

Hocquet-Berg (S.), « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », Gaz. Pal. 10 sept. 1998, p. 1121 et s.

Houin (R.), « Les travaux de la commission de réforme du Code civil », RTD civ. 1951, p. 34 et s.

Houtcieff (D.),

- « Le droit des sûretés hors le Code civil », LPA 22 juin 2005, p. 8 et s.

- « Le contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009, p. 183 et s.

- « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 79 et s.

- « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi sur l'initiative économique », JCP G 2003, I, 161

- « Propos sur un formalisme moderne : les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation », RDC 2004, p. 408 et s.

Huet (J.),

- « La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur élimination : quel droit ? quels juges ? », LPA 6 févr. 1998, p. 7 et s.

- « La modification du droit sous l'influence de l'informatique : aspects de droit privé », JCP G 1983, I, 3095
- « Le Code civil et les contrats électroniques », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 539 et s.
- « Les sources communautaires du droit des contrats », LPA 21 mars 1997, p. 8 et s.
- « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », D. 1993, p. 331 et s.

- I -

Ivainer (Th.),

- « De l'ordre technique à l'ordre public technologique », JCP G 1972, 2495
- « La lettre et l'esprit de la loi des parties », JCP G 1981, I, 3023
- « Le contrat moderne face à la prolifération des « statuts des personnes » », JCP G 1977, 2876

- J -

Jacob (F.), « L'avenir des garanties autonomes en droit interne, 15 ans après », in *Etudes offertes au doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 341 et s.

Jallamion (C.) et Lisanti (C.), « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines », Dr. et patr. juil. 2008, p. 46 et s.

Jamin (Ch.),

- « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », RIEJ 2006, n° 56, p. 5 et s.
- « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 125 et s.
- « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat*, G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), Dalloz, 2009, p. 175 et s.
- « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004, p. 159 et s.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.
- « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 7 et s.
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002, p. 901 et s.

Jauffret-Spinosi (C.), « Les grands systèmes contractuels européens », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, R. Cabrillac, D. Mazeaud et A. Prüm (dir.), Soc. de légis. comp., 2008, p. 9 et s.

Jestaz (Ph.),

- « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 117 et s.
- « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », D. 1987, p. 11 et s.
- « Les frontières du droit et de la morale » RRJ 1983, p. 334 et s.
- « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », RTD civ. 1996, p. 299 et s.

Josserand (L.),

- « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, p. 1 et s.
- « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, Libr. E. Duchemin, 1977, p. 333 et s.
- « La « publicisation » du contrat », in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Sirey-LGDJ, 1938, § 145, p. 143 et s.
- « La protection des faibles par le droit », in *Evolution et Actualités. Conférences de droit civil*, Libr. du Recueil Sirey, 1936, p. 159 et s.
- « Le Code civil français et ses destinées », in *Évolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 9 et s.
- « Le contrat dirigé », DH 1933, p. 89 et s.
- « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », DH 1940, p. 5 et s.
- « Libéralisme et verbalisme », D. 1933, p. 14 et s.
- « Sur la reconstitution d'un droit de classe », DH 1937, p. 1 et s.
- « Un ordre juridique nouveau », DH 1937, p. 41 et s.

Jourdain (P.),

- « La responsabilité professionnelle et les ordres de responsabilité civile », LPA 11 juil. 2001, p. 63 et s.
- « Le devoir de « se » renseigner », D. 1983, p. 139 et s.
- « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité (sixièmes journées R. Savatier)*, PUF, 1997, p. 65 et s.
- « Sur la perte d'une chance », RTD civ. 1992, p. 109 et s.

Juglart (M. de), « L'obligation de renseignements dans les contrats », RTD civ. 1945, p. 1 et s.

Julien (J.),

- « Les contrats du droit de la consommation », LPA 28 nov. 2012, p. 27 et s.
- « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », CCC 2014, n° 2

- K -

Karimi (A.), « L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », JCP G 1996, I, 3918

Kayser (P.), « Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », RRJ 2001, p. 15 et s.

Kelsen (H.), « La théorie juridique de la convention », in *Arch. phil. dr.* 1940, t. X, p. 33 et s.

Kenfack (H.), « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? » in *La confiance en droit privé des contrats*, V-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 117 et s.

Kessedjian (C.),

- « La mondialisation du droit : défi pour la codification », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 917 et s.

Klein (J.), « Le traitement jurisprudentiel de la nullité pour trouble mental », Defrénois 2006, p. 695 et s.

Kullmann (J.),

- « Clauses abusives et contrat d'assurance », RGDA 1996, p. 11 et s.

- « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, p. 59 et s.

- L -

La Marnierre (E. S. de), « Les législations de « protection » », D. 1950, p. 93 et s.

Lagarde (X.),

- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP G 1999, I, 170

- « Office du juge et ordre public de protection », JCP G 2001, I, 312

- « Qu'est-ce qu'une clause abusive », JCP G 2006, I, 110

- « Sur l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007, p. 740 et s.

Lahrer-Loyer (Ch.), « La jurisprudence d'appel », JCP G 1989, I, 3407

Laithier (Y.-M.), « Le droit comparé et l'efficacité économique », Rev. dr. H. Capitant, n° 1, 30 déc. 2010, art. n° 7

Lamoureux (M.), « L'interprétation des contrats de consommation », D. 2006, p. 2848 et s.

Lando (O.), « L'avenir du droit des contrats », D. 2008, p. 904 et s.

Lantero (C.), « Devoir d'information du patient : le Conseil d'Etat rejoint la Cour de cassation », AJDA 2012, p. 2231 et s.

Lardeux (G.),

- « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », D. 2012, p. 2986 et s.

- « Le droit des contrats spéciaux hors le Code civil », LPA 14 sept. 2005, p. 3 et s.

Larguier (J.), « La preuve d'un fait négatif », RTD civ. 1953, p. 1 et s.

Larroumet (Ch.),

- « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », D. 2008, p. 2441 et s.

- « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », JCP G 1997, I, 4011

- « Pour la responsabilité contractuelle », in *Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 543 et s.

Lazzarin (G.), « L'application du droit de la consommation aux services publics », RFDA 2011, p. 591 et s.

Le Tourneau (Ph.),

- « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », D. 1987, p. 101 et s.

- « Les critères de la qualité de professionnel », LPA 12 sept. 2005, p. 4

- « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D. 1990, p. 21 et s.

- « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 349 et s.

- « Quelques aspects des responsabilités professionnelles », Gaz. Pal. 1986.2, p. 616 et s.

Legeais (D.),

- « La réforme des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Etudes offertes au doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 367 et s.

- « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », Dr. et patr. avr. 2001, p. 68 et s.

- « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », JCP E 2003, 1433

- « L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution », in *Mélanges AEDBF-France II*, J.-P. Mattout et H. de Vauplane (dir.), Banque éd., 1999, p. 257 et s.

Lepage (A.),

- « Avant-propos », in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, 3^{ème} partie, étude : le droit de savoir*, p. 65 et s.

- « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597 et s.

Lequette (Y.),

- « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 247 et s.

- « D'une célébration à l'autre (1904-2004), in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 9 et s.

- « La réforme du droit des contrats. Brèves observations sur la projet de la Chancellerie », D. 2008, p. 2609 et s.

- « Le Code européen est de retour », RDC 2011, p. 1028 et s.

- « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », D. 2002, p. 2202 et s.

- « Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique », in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 879 et s.

Leroyer (A.-M.), « L'épreuve d'Internet », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), Economica, 2002, p. 167 et s.

Leturmy (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », RTD civ. 1998, p. 839 et s.

Leveueur (L.),

- « Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », CCC 1996, n° 4

- « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1996, p. 155 et s.

- « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) », AJDA 1998, p. 676 et s.

- « Le forçage du contrat », Dr. et patrimoine mars 1998, p. 69 et s.

- « Le solidarisme contractuel, un mythe », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004, p. 173 et s.

- « Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité », CCC 1994, n° 3, p. 1 et s.

Lévy (E.), « La confiance légitime », RTD civ. 1910, p. 717 et s.

Libchaber (R.), « Réflexions sur le « désordre juridique français » », in *Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, 2004, p. 405 et s.

Loiseau (G.), « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », Dr. et patr. sept. 2002, p. 26 et s.

Lokiec (P.), « Le droit des contrats et la protection des attentes », D. 2007, p. 321 et s.

Lorvellec (L.) et Collart-Dutilleul (F.), « L'évolution de la pédagogie du droit », in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Economica, 1995, p. 313 et s.

Luby (M.),

- « La notion de consommateur en droit communautaire : une comode inconstance... », CCC 2000, n° 1

- « Sommes-nous tous des consommateurs ? », Dr. et patr. oct. 2002, p. 44 et s.

Lucas de Leyssac (C.), « L'obligation de renseignements », in *L'information en droit privé*, Y. Loussouarn et P. Lagarde (dir.), LGDJ, 1978, p. 305 et s.

- M -

Mackaay (E.), « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », Rev. dr. H. Capitant, n° 1, 30 déc 2010, art. n° 2

Magnier (V.), « Les sanctions du formalisme informatif », JCP G 2004, I, 106

Magnin (F.),

- « Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation », JCP G 1976, I, 2780

- « Une page d'écriture pour la caution », LPA 5 oct. 1994, p. 3 et s.

Mainguy (D.),

- « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », D. 2009, p. 308 et s.

- « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 165 et s.

Malaurie (Ph.),

- « L'effet pervers des lois », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 309 et s.

- « L'effet prophylactique du droit civil », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 669 et s.

- « L'intelligibilité des lois », Rev. Pouvoirs 2005, n° 114, p. 131 et s.

- « Le consommateur », Defrénois 1985, p. 1040 et s.

- « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^{ème} siècle », in *Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 187 et s.

- « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », JCP G 2008, I, 204

Malaurie-Vignal (M.), « Droit de la concurrence et droit des contrats », D. 1995, p. 51 et s.

Malinvaud (Ph.),

- « De l'erreur sur la substance », D. 1972, p. 215 et s.

- « La protection des consommateurs », D. 1981, p. 49 et s.

- « Le contenu « certain » du contrat dans l'avant-projet « chancellerie » de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », D. 2008, p. 2551 et s.

- « Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », D. 2002, p. 2452 et s.

Manara (C.), « L'abus par le consommateur de son droit », LPA 18 mai 1998, p. 4 et s.

Marais (A.), « Le Code européen de la consommation, premier acte vers un code européen des contrats ? », RDC 2007, p. 901 et s.

Marguénaud (J.-P.), « L'influence de la convention européenne des droits de l'Homme sur le droit français des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p. 45 et s.

Markesinis (B.), « Deux cents ans dans la vie d'un code célèbre », RTD civ. 2004, p. 45 et s.

Martin (R.),

- « Les détournements de la procédure judiciaire », RTD civ. 2007, p. 723 et s.

- « Le consommateur abusif », D. 1987, p. 150 et s.

- « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? », D. 1994, p. 308 et s.

- « Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux », JCP G 1983, I, 3100

Martin (X.), « Fondements politiques du Code Napoléon », RTD civ. 2003 p. 247 et s.

Mathey (N.), « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur professionnel », JCP E 2011, 1542

Mathieu (B.),

- « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire », D. 1996, p. 282 et s.
- « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Rev. Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 73 et s.
- Mayer (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 513 et s.
- Maymont (A.)**, « La violence économique : une réalité consacrée ? », *RLDC* nov. 2014, p. 8 et s.
- Mazeaud (D.)**,
 - « À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile... », D. 2014, p. 1915 et s.
 - « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », D. 2008, p. 1776
 - « Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 697 et s.
 - « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », D. 2014, p. 291 et s.
 - « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.* 1998, p. 95 et s.
 - « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, G. Pignarre (dir.), Dalloz, 2005, p. 73 et s.
 - « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises... », in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 905 et s.
 - « La cause », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 451 et s.
 - « La cause, une notion dans le vent », D. 2013, p. 2254 et s.
 - « La confiance légitime et l'estoppel : rapport français », in *La confiance légitime et l'estoppel*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Soc. de légis. comp., 2007, p. 247 et s.
 - « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ? », *Droit et patr.* juin 1995, p. 42 et s.
 - « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *Economica*, 1998, p. 33 et s.
 - « La réforme du droit des contrats : trois projets en concurrence », in *Liber amicorum Ch. Larroumet*, *Economica*, 2009, p. 329 et s.
 - « Le Droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? », *RLC* 2006, n° 9, p. 136 et s.
 - « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 23 et s.
 - « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295 et s.
 - « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA* 30 sept. 1998, p. 12 et s.
 - « Les clauses abusives sont valables et ont force obligatoire à l'égard des contractants professionnels », D. 1995, p. 89 et s.
 - « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Dalloz, 2003, p. 135 et s.
 - « Les vices de la protection du consentement du consommateur », D. 2002, p. 71 et s.
 - « Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats », *RDC* 2011, p. 1027 et s.
 - « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 603 et s.
 - « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », D. 2005, p. 1828 et s.
 - « Rapport de synthèse », in *9^e congrès des notaires (Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique)*, Defrénois 1998, p. 1137 et s.
 - « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », D. 2008, p. 2675 et s.
 - « Regards positifs et prospectifs sur « Le nouveau monde contractuel » », *LPA* 7 mai 2004, p. 47 et s.
 - « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Economica*, 2004, p. 57 et s.
 - « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », D. 2009, p. 1364 et s.
- Mazeaud (D.) et Genicon (Th.)**, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012, p. 276 et s.
- Médina (A.)**, « Formalisme et consentement dans le contrat de cautionnement : évolution de la jurisprudence », D. 2002, p. 2787 et s.
- Mekki (M.)**,
 - « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *RD banc. fin.* nov. 2007, p. 79 et s.
 - « Le discours du contrat : quand dire ce n'est pas toujours faire », *RDC* 2006, p. 297 et s.
 - « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », *RDC* 2006, p. 1051 et s.
 - « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p. 816 et s.
- Mestre (J.)**,
 - « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 101 et s.
 - « Des notions de consommateur », *RTD civ.* 1989, p. 62 et s.
 - « Faut-il réformer le titre III du livre III du Code civil ? », *RDC* 2004, p. 1167 et s.
 - « L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusives : entre considération et indépendance », *RTD civ.* 1999, p. 94 et s.
 - « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF,

1986, p. 41 et s.

- « L'ordre public dans les relations économiques », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. Revet (dir.), Dalloz, 1996, p. 33 et s.

- « Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 249 et s.

- « Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 231 et s.

- « Une exigence de proportionnalité dans la formation du contrat », RTD civ. 1998, p. 100 et s.

- « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur éd., 1999, p. 677 et s.

Mignot (M.), « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », RRJ 2004, p. 2153 et s.

Molfessis (N.),

- « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in Rapport public du Conseil d'Etat, 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit » (disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>), p. 391 et s.

- « De l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 927 et s.

- « La dignité de la personne humaine en droit civil », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), Economica, 1999, p. 107 et s.

- « Le Code civil et le pullulement des Codes », in *1804 – 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 et s.

- « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », LPA 30 sept. 1998, p. 21 et s.

- « Le titre des lois », in *Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 47 et s.

- « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997, p. 65 et s.

Moracchini-Zeidenberg (S.), « Le relevé d'office en droit de la consommation interne et communautaire », CCC 2013, n° 9

Morel (R.), « Le contrat imposé », in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 116 et s.

Morin (A.), « La confiance légitime en droit suisse des contrats », in *La confiance légitime et l'estoppel*, B. Fauvarque-Cosson (dir.), Soc. de législ. comp., 2007, p. 377 et s.

Morin (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », in *Arch. phil. dr. 1940*, t. X, p. 7 et s.

Motulsky (H.),

- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, p. 235 et s.

- « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », D. 1972, p. 91 et s.

Mouly (Ch.), « Pour la liberté des garanties personnelles », Banque et Droit 1987, p. 1166 et s.

Mouly (J.),

- « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailliste » », D. 2003, p. 2023 et s.

- « La réticence dolosive suppose, mais ne rend pas excusable l'erreur de l'autre partie », JCP G 2012, 981

- « Une règle de nature à induire en erreur : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » », D. 2012, p. 1346 et s.

Moury (J.), « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », D. 2000, p. 382 et s.

Moysan (H.), « A propos de l'inflation des chiffres mesurant l'inflation des lois », D. 2007, p. 3029 et s.

- N -

Niort (J.-F.), « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national », RTD civ. 2005, p. 257 et s.

Normand (J.), « Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », RTD civ. 1996, p. 689 et s.

Nourissat (C.), « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », D. 2000, p. 369 et s.

Nuytten (B.) et Lesage (L.), « Remarques sur les notions de consensualisme et de formalisme », Defrénois 1998, p. 497 et s.

- O -

Oillic-Lepetit (A.), « La notion de consommateur », CCC 1988, n° 44

Oppetit (B.),

- « Droit et économie », in *Arch. phil. dr. 1992*, t. XXXVII « Droit et économie », p. 17 et s.

- « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 et s.

Outin-Adam (A.), « La loyauté dans le droit de la consommation », Gaz. Pal. 5 décembre 2000, p. 36 et s.

- P -

Paisant (G.),

- « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », JCP G 2003, I, 121
- « À propos des vingt ans du Code de la consommation », JCP G 2013, I, 621
- « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives », D. 1986, p. 299 et s.
- « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) », RTD civ. 1985, p. 647 et s.
- « Essai sur la notion de consommateur en droit positif, JCP G 1993, I, 3655
- « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », JCP G 2012, 560
- « La protection par le droit de la consommation », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), Economica, 1998, p. 17 et s.
- « La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs. A propos du Livre vert du 8 février 2007 », JCP G 2007, I, 152
- « Le Code de la consommation et l'avant-projet de réforme du droit des obligations. Quelle influence et quelle harmonisation ? », JCP G 2006, 429
- « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », D. 1995, p. 99 et s.
- « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ? », JCP G 2009, I, 118
- « Surendettement. Le débiteur surendetté est-il un consommateur ? », RTD com. 1994, p. 109 et s.
- « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », JCP G 2013, 589

Pasqualini (F.), « L'imparfait nouveau droit du cautionnement », LPA 3 févr. 2004, p. 4 et s.

Pavia (M.-L.), « La découverte de la dignité de la personne humaine », in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia et Th. Revet (dir.), Economica, 1999, p. 3 et s.

Pellinghelli-Steichen (S.), « Les contrats passés par les services publics industriels et commerciaux au regard du contrôle des clauses abusives », LPA 14 juill. 1997, p. 11 et s.

Perdu (S.), « Le juge administratif et la protection des consommateurs », AJDA 2004, p. 481 et s.

Pèrès (C.), « Rapport introductif du Colloque de Reims », Rev. dr. H. Capitant, n° 1, 30 déc. 2010, art. n° 3

Picard (E.), « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », AJDA 1998, p. 651 et s.

Picod (Y.),

- « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP G 1988, I, 3318
- « Le juge au secours du législateur, comment la Cour de cassation réécrit l'article L. 341-3 du code de la consommation », D. 2011, p. 1193 et s.
- « Rapport introductif », in *Droit du marché et droit commun des obligations*, RTD com. 1998, p. 1 et s.
- « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », CCC 2008, n° 12

Piedelièvre (S.),

- « La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation », JCP E 2014, 1176
- « Plaidoyer pour une application raisonnée du devoir de conseil du notaire », RLDC déc. 2006, p. 14 et s.

Pignarre (G.),

- « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie » (partie 1), RDC 2011, p. 611 et s.
- « Les frontières du consentement : de la confrontation du pouvoir aux marges de l'autonomie » (partie 2), RDC 2011, p. 989 et s.

Pimont (S.), « A propos de l'activité doctrinale civiliste, quelques questions dans l'air du temps », RTD civ. 2006, p. 707 et s.

Pizzio (J.-P.),

- « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », D. 1982, p. 91 et s.
- « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », RTD com. 1998, p. 53 et s.

Plessix (B.), « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », RFDA 2006, p. 12 et s.

Poissonnier (Gh.),

- « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », CCC 2009, n° 5
- « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », D. 2008, p. 1285 et s.

Pombieilh (D.), « Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur », Dr. et patr. oct. 2002, p. 52 et s.

Porchy (S.), « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », D. 1998, p. 379 et s.

Prod'homme (N.), « Professionnel et consommateur : Une loyauté réciproque ? », LPA 24 nov. 2011, p. 29 et s.

- R -

Raclet (A.), « L'inaptitude contractuelle : essai d'explication d'une évolution jurisprudentielle », LPA 6 août 2001, p. 17 et s.

Raymond (G.),

- « Définir le consommateur ? », CCC 2013, n° 9
- « Définition légale du consommateur par l'article 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 », CCC 2014, n° 3

Raynaud (E.), « Éléments d'analyse économique », in *La protection du franchisé au début du XXI^e siècle* (dir. N. Dissaux et R. Loir),

L'Harmattan, 2009, p. 7 et s.

Rémy (Ph.),

- « La jurisprudence des contrats spéciaux. Quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 103 et s.

- « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997, p. 323 et s.

- « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 99 et s.

Rémy-Corlay (P.) et Fenouillet (D.), « Le consentement », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2009, p. 147 et s.

Rémy-Corlay (P.),

- « Exécution et réparation : deux concepts ? », RDC 2005, p. 13 et s.

- « La transposition de la directive 99/44 CE dans le code de la consommation », RTD civ. 2005, p. 345 et s.

- « Le droit civil hors le Code civil », LPA 7 sept. 2005, p. 4 et s.

Renaudie (O.), « La confection des lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », Rev. dr. san. soc. 2012, p. 421 et s.

Revet (Th.),

- « L'argent et la personne », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. I, Litec, 1998, p. 141 et s.

- « La recodification, entre tentation et illusions », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 453 et s.

Ripert (G.),

- « Ebauche d'un droit civil professionnel », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 677 et s.

- « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Génny*, t. II, Libr. E. Duchemin, 1977, p. 347 et s.

- « Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique », D. 1950, p. 1 et s.

- « Le prix de la douleur », D. 1948, p. 1 et s.

Rivero (J.),

- « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », D. 1951, p. 99 et s.

- « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 675 et s.

Rivier (M.-C.), « La réforme de la clause compromissaire », LPA 2 oct. 2003, p. 26 et s.

Rochfeld (J.), « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 et s.

Roman (D.), « « A corps défendant ». La protection de l'individu contre lui-même », D. 2007, p. 1284 et s.

Rondey (C.), « Clause abusive, rapport direct et contrat accessoire », D. 2004, p. 1018 et s.

Roth (C.), « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », RLDC juin 2009, p. 7 et s.

Rouhette (G.), « « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 247 et s.

Rousset (G.), « Le droit à l'information de l'usager et du patient depuis les lois des 2 janvier et 4 mars 2002 », Rev. dr. san. soc. 2012, p. 431 et s.

Rudden (B.), « Le juste et l'inefficace. Pour un non-devoir de renseignements », RTD civ. 1985, p. 91 et s.

Ruellan (C.), « La perte de chance en droit privé », RRJ 1999, p. 729 et s.

- S -

Saint-Afrique (B. de), « Du devoir de conseil », Defrénois 1995, p. 913 et s.

Saint-Esteben (R.), « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », RDC 2009, p. 1275 et s.

Saint-James (V.), « Réflexions sur la dignité de l'être humain, en tant que concept juridique en droit français », D. 1997, p. 61 et s.

Sak (H.), « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », RRJ 2002, p. 1679 et s.

Saleilles (R.), « De la responsabilité précontractuelle. A propos d'une étude nouvelle sur la matière », RTD civ. 1907, p. 697 et s.

Sauphanor-Brouillaud (N.),

- « Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et grises », JCP G 2009, I, 168

- « La confiance dans les contrats de consommation », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. Bénabou et M. Chagny (dir.), Dalloz, 2008, p. 51 et s.

- « Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives », RLDC sept. 2010, p. 7 et s.

Savatier (R.),

- « Droit privé et droit public », D. 1946, p. 25 et s.

- « Impérialisme médical sur le terrain du droit. Le « permis d'opérer » et les pratiques américaines », D. 1952, p. 157 et s.

- « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977, p. 43 et s.

- « L'ordre public économique », D. 1965, p. 37 et s.

- « Le droit et l'accélération de l'histoire », D. 1951, p. 29 et s.

- « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », D. 1972, p. 32 et s.

Savaux (E.),

- « La fin de la responsabilité contractuelle ? », RTD. civ. 1999, p. 1 et s.

- « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), Economica, 2004, p. 43 et s.

Schmidt (J.), « La sanction de la faute précontractuelle », RTD civ. 1974, p. 46 et s.

Séragliani (Ch.), « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », Gaz. Pal. 15 déc. 2007, p. 5 et s.

Serlooten (P.), « Vers une responsabilité professionnelle ? », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Ed. de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 805 et s.

Serverin (E.), « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond », D. 2009, p. 2882 et s.

Simler (Ph.),

- « Prévention et dispositif de protection de la caution », LPA 10 avr. 2003, p. 20 et s.

- « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP E 1990, II, 15659

Simon (O.), « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », RTD civ. 1974, p. 707 et s.

Sinay (H.), « La résurgence des arrêts de règlement », D. 1958, p. 85 et s.

Sinay-Cytermann (A.), « Protection ou surprotection du consommateur ? », JCP G 1994, I, 3804

Sourioux (J.-L.),

- « La croyance légitime », JCP 1982, I, 3058

- « Le bon législateur selon Portalis », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 515 et s.

- « Pour l'apprentissage du langage du droit », RTD civ. 1999, p. 343 et s.

Spitz (J.-F.), « « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », RTD civ. 2007, p. 281 et s.

Staudenmayer (D.), « Un instrument optionnel en droit européen des contrats », D. 2010, p. 248 et s.

Stoffel-Munck (Ph.),

- « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com. 2012, p. 705 et s.

- « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi Chatel. L. n° 2005-67, 28 janv. 2005 », JCP G 2005, I, 129

- « Autour du consentement et de la violence économique », RDC 2006, p. 45 et s.

Stoufflet (J.), « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », RD banc. fin. 2007, dossier 26, p.

Strickler (Y.), « La protection de la partie faible en droit civil », LPA 25 oct. 2004, p. 6 et s.

- T -

Tallon (D.),

- « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223 et s.

- « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Ecrits en hommage à G. Cornu*, PUF, 1994, p. 429 et s.

Tchendjou (M.), « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », JCP G 2003, I, 141

Tellier (V.), « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : la Cour de cassation récidive », LPA 30 juin 2004, p. 12 et s.

Temple (H.), « Le droit de la consommation est-il subversif ? », in *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1067 et s.

Terray (J.), « Le cautionnement : une institution en danger », JCP G 1987, I, 3295

Terré (E.),

- « Destinée du Code civil », JCP G 2004, I, 193

- « Inestimable Code civil », in *1804 - 2004. Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 899 et s.

- « La doctrine de la doctrine », in *Etudes offertes au Doyen Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 59 et s.

- « Les mots et le droit », D. 2011, p. 152 et s.

- « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. Revet (dir.), Dalloz, 1996, p. 3 et s.

- « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », in *Arch. phil. dr. 2008*, t. LI « L'égalité », p. 21 et s.

- « Sur l'image de la justice », in *Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 121 et s.

- « Synthèse », in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.), Economica, 2002, p. 187 et s.

Testu (E.-X.), « Le juge et le contrat d'adhésion », JCP G 1993, I, 3673

Théry (Ph.), « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », Dr. et patr. avr. 2001, p. 53 et s.

Thibierge (C.), « La densification normative. Découverte d'un processus », D. 2014, p. 834 et s.

Thibierge-Guelfucci (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357 et s.

Touffait (A.) et Tunc (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », RTD civ. 1974, p. 487 et s.

Tournafond (O.),

- « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 547 et s.

- « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil », D. 2002, p. 2883 et s.

- « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », D. 2008, p. 2607 et s.

- « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », D. 2000, p. 159 et s.

Tournaux (S.), « L'obiter dictum de la Cour de cassation », RTD civ. 2011, p. 45 et s.
Tricot-Chamard (L.), « Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement, suite ou fin ? », JCP G 2004, I, 112
Trudel (G.), « Des frontières de la liberté contractuelle », in *Mélanges L. Baudouin*, Presses de l'Univ. de Montréal, 1974, p. 217 et s.

Tunc (A.),

- « Ebauche du droit des contrats professionnels », in *Etudes offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 136 et s.

- « Réflexions sur les méthodes d'enseignement, RRJ 1982, p. 56 et s.

- V -

Van der Wielen (P.), « Les relations entre services publics et usagers en droit belge », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 269 et s.

Van Lang (A.), « Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif », RDP 2004, p. 1015

Vigneau (V.), « Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur », Gaz. Pal. 3 sept. 2002, p. 3 et s.

Viney (G.),

- « La responsabilité contractuelle en question », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921 et s.

- « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », D. 2002, p. 3162 et s.

Virassamy (G.), « Les relations entre professionnels en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, J. Ghestin et M. Fontaine (dir.), LGDJ, 1996, p. 479 et s.

Vivant (M.), « Quelques mots sur l'informatique juridique », JCP G 1985, I, 3211

Von Bar (Ch.), « Le groupe d'études sur un code civil européen », RIDC 2001, p. 127 et s.

- W -

Weber (Y.), « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », in *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 315 et s.

Witz (C.), « Plaidoyer pour un code européen des obligations », D. 2000, p. 79 et s.

- Y -

Lequette (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 247 et s.

- Z -

Zarka (J.-C.), « A propos de l'inflation législative », D. 2005, p. 660 et s.

Zénati-Castaing (F.), « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », D. 2007, p. 1553 et s.

Zimmermann (R.), « Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé », RTD civ. 2007, p. 451 et s.

V) NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

Amar (J.),

- note sous CE, 11 juil. 2001 : D. 2001, p. 2810

Amrani-Mekki (S.) et Mekki (M.),

- obs. sous Cass. com., 4 oct. 2011 : D. 2012, p. 459

- obs. sous Cass. com., 12 juin 2012 : D. 2013, p. 391

Aubert (J.-L.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 : D. 1987, p. 455

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 mai 1988 : D. 1988, p. 407

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1989 : D. 1989, p. 338

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991 : D. 1991, p. 320

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 juil. 1991 : Defrénois 1991, p. 1272

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 17 juil. 1996 : Defrénois 1997, p. 346

Aubert de Vincelles (C.),

- note sous CJCE 4 juin 2009 : RDC 2009, p. 1467

- obs. sous CJUE 3 juin 2010 : RTD eur. 2010, p. 714

- obs. sous CJUE 15 mars 2012 : RTD eur. 2012, p. 666

- obs. sous CJUE 14 juin 2012 : RTD eur. 2012, p. 666

- obs. sous CJUE, 21 févr. 2013 : RTD eur. 2013, p. 559

- obs. sous CJUE, 30 mai 2013 : RTD eur. 2013, p. 559

Avena-Robardet (V.),

- obs. sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 : D. 2007, p. 1950

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009 : D. 2009, p. 625

- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012 : D. 2012, p. 276
- Aynès (L.),**
- obs. sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001 : D. 2001, p. 3236
- Bouloc (B.),**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1989 : RTD com. 1990 p. 243
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1993 : RTD com. 1993, p. 706
- obs. sous Cass. com., 5 juin 2007 : RTD com. 2008, p. 174
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011 : RTD com. 2011, p. 404
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011 : RTD com. 2011, p. 627
- Chantepie (G.)**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011 : D. 2011, p. 1659
- Chauvel (P.),**
- note sous Cass. com., 28 juin 2005 : D. 2006, p. 2774
- note sous Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007 : Dr. et patr. janv. 2008, p. 24
- Chazal (J.-P.),**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000 : D. 2000, p. 879
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002 : D. 2002, p. 1860
- Cohet-Cordey (F.),**
- obs. sous Cass. 3^e civ., 30 janv. 2008 : AJDI 2008, p. 963
- Crocq (P.),**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 juil. 2009 : RTD civ. 2009, p. 758
- Delebecque (Ph.),**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 : D. 1988, p. 1
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995 : D. 1995, p. 229
- Deshayes (O.),**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012 : RDC 2013, p. 547
- Fabre-Magnan (M.),**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 1995 : JCP G 1995, I, 3843
- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996 : JCP G 1997, I, 4002
- Fages (B.),**
- note sous Cass. com., 29 juin 2010 : RTD civ. 2010, p. 555
- Genicon (Th.),**
- obs. sous Cass. 2^e civ., 8 oct. 2009 : RDC 2010, p. 39
- note sous Cass. com., 29 juin 2010 : D. 2010, p. 2485
- obs. sous Cass. com., 4 oct. 2011 : RDC 2012, p. 64
- Ghestin (J.),**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991 : D. 1991, p. 449
- note sous Cass. com., 27 févr. 1996 : JCP G 1996, II, 22665
- note sous Cass. com., 4 oct. 2011 : JCP G 2012, 135
- Houtcieff (D.),**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004 : RDC 2005, p. 403
- obs. sous Cass. com., 5 juin 2007 : JCP G 2007, II, 10145
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008 : JCP G 2009, II, 10000
- note sous Cass. com., 20 oct. 2009 : D. 2009, p. 2971
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011 : RLDC juin 2011, p. 7
- obs. sous Cass. com., 5 avr. 2011 : RDC 2011, p. 906
- obs. sous Cass. com., 4 oct. 2011 : Gaz. Pal. 12 janvier 2012, p. 17
- note sous Cass. com., 4 déc. 2012 : Gaz. Pal. 2013, p. 17
- Jamin (Ch.),**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1996 : JCP G 1997, I, 4015
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000 : JCP G 2000, II, 10510
- Kullman (J.),**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1992 : D. 1992, p. 401
- Laithier (Y.-M.),**
- obs. sous Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007 : RDC 2007, p. 703
- Larroumet (Ch.),**
- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996 : D. 1997, p. 145
- Legeais (D.),**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 1989 : JCP G 1990, II, 21422
- note sous Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004 : JCP E 2005, 5
- note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2005 : JCP E 2005, 1359

- note sous Cass. com., 3 mai 2006 : JCP E 2006, 1890
- obs. sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 : RTD com. 2007, p. 579
- obs. sous Cass. com., 28 avr. 2009 : RTD com. 2009, p. 796
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 juil. 2009 : RTD com. 2009, p. 601
- obs. sous Cass. com., 10 janv. 2012 : RTD com. 2012, p. 177

Leveneur (L.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995 : CCC 1995, n° 84
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996 : JCP G 1996, II, 22654
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002 : CCC 2002, n° 121
- note sous AP, 27 oct. 2006 : JCP G 2007, II, 10019
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012 : CCC 2012, n° 251

Loiseau (G.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000 : JCP G 2000, I, 272

Malaurie (Ph.),

- note sous Cass. com., 27 févr. 1996 : D. 1996, p. 518
- note sous Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010 : Defrénois 2011, p. 271

Malinvaud (Ph.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2010 : RDI 2010, p. 616

Mazeaud (D.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996 : Defrénois 1996, p. 766
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juil. 1996 : Defrénois 1997, p. 336
- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996 : Defrénois 1997, p. 333
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998 : D. 1999, p. 259
- obs. sous Cass. 3^e civ., 24 mai 2000 : D. 2001, p. 1135
- note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000 : D. 2001, p. 1140
- note sous Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001 : D. 2001, p. 2702
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002 : D. 2002, p. 2844
- obs. sous Com. 12 mai 2004 : RDC 2004, p. 923
- note sous Cass. com., 30 mai 2006 : D. 2006, p. 2288
- note sous Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007 : D. 2007, p. 1051
- obs. sous Cass. com., 5 juin 2007 : RDC 2007, p. 1121
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008 : RDC 2009, p. 49
- obs. sous Cass. com., 9 juin 2009 : RDC 2009, p. 1359
- obs. sous Cass. com., 20 oct. 2009 : RDC 2010, p. 30
- note sous Cass. com., 29 juin 2010 : D. 2010, p. 1832
- note sous Cass. com., 29 juin 2010 : D. 2010, p. 2481

Mekki (M.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2010 : Gaz. Pal. 2010, p. 1720
- obs. sous Cass. 3^e civ., 30 janv. 2013 : Gaz. Pal. 6 juin 2013, p. 21
- obs. sous Cass. 3^e civ., 10 juil. 2013 : JCP N 2013, 1379

Mestre (J.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 : RTD civ. 1987, p. 537
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1989 : RTD civ. 1995, p. 98
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991 : RTD civ. 1991, p. 526
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996 : RTD civ. 1996, p. 609
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 juil. 1996 : RTD civ. 1996, p. 901

Mestre (J.) et Fages (B.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 24 mai 2000 : RTD civ. 2000, p. 824
- note sous Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000 : RTD civ. 2000, p. 827
- obs. sous CE, 11 juil. 2001 : RTD civ. 2001, p. 878
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002 : RTD civ. 2002, p. 502
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 : RTD civ. 2005, p. 393
- obs. sous Cass. com., 28 juin 2005 : RTD civ. 2005, p. 591
- obs. sous Cass. com., 3 mai 2006 : RTD civ. 2007, p. 103
- obs. sous Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007 : RTD civ. 2007, p. 335

Molfessis (N.),

- obs. sous Cass. com., 22 oct. 1996 : RTD civ. 1998, p. 213

Paisant (G.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1987 : JCP G 1987, II, 20893
- note sous Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991 : JCP G 1991, II, 21763
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1993 : D. 1993, p. 237
- note sous Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995 : D. 1995, p. 327

- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996 : D. 1996, p. 228
- note sous Cass. 1^{re} civ., 17 juil. 1996 : JCP G 1996, II, 22747
- note sous CJCE, 22 nov. 2001 : JCP G 2002, II, 10047
- note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 : JCP G 2005, II, 10057
- note sous Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009 : JCP G 2013, 140
- note sous CJUE 3 juin 2010 : JCP G 2011, 61
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011 : JCP G 2011, 414
- note sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011 : JCP G 2011, 1080
- obs. sous Cass. com., 6 sept. 2011 : JCP G 2011, 1203
- note sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013 : JCP G 2013, 958

Picod (Y.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005 : D. 2006, p. 238

Piedelièvre (S.),

- note sous Cass. com., 3 mai 2006 : Gaz. Pal. 2006, p. 1927
- obs. sous AP, 27 oct. 2006 : JCP N 2007, 1157
- note sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 : D. 2007, p. 2081
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009 : Gaz. Pal. 2013, p. 493
- note sous Cass. com., 28 avr. 2009 : JCP G 2009, 25
- note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juil. 2009 : D. 2009, p. 2198
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2011 : Gaz. Pal. 2011, p. 2864
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011 : Gaz. Pal. 2011, p. 3549
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013 : Gaz. Pal. 2013, p. 3299

Pizzio (J.-P.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 1982 : D. 1984, p. 439
- obs. sous CJCE, 22 nov. 2001 : D. 2002, p. 2929

Poillot (E.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011 : D. 2012, p. 844
- obs. sous Cass. com., 6 sept. 2011 : D. 2012, p. 844

Raymond (G.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996 : CCC 1996, n° 117
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013 : CCC 2013, n° 225

Rondey (C.),

- note sous CJCE, 22 nov. 2001 : D. 2002, p. 90
- obs. sous Cass. 2^e civ., 18 mars 2004 : D. 2004, p. 1018
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 2005 : D. 2005, p. 487
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005 : D. 2005, p. 887

Sauphanor-Brouillaud (N.),

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2001 : JCP G 2002, I, 148
- obs. sous Cass. 2^e civ., 18 mars 2004 : JCP G 2004, I, 173
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005 : JCP G 2006, I, 123
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008 : D. 2009, p. 397
- note sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011 : RDC 2011, p. 1246
- obs. sous Cass. com., 6 sept. 2011 : RDC 2012, p. 498

Savaux (E.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002 : Defrénois 2002, p. 1246
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005 : Defrénois 2005, p. 2009
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005 : Defrénois 2005, p. 2003
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008 : Defrénois 2008, p. 1974

Sériaux (A.),

- note sous Cass. com., 22 oct. 1996 : D. 1997, p. 121
- note sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008 : JCP G 2008, II, 10133

Sérinet (Y.-M.),

- obs. sous Cass. 3^e civ., 31 mars 2005 : JCP G 2005, I, 194
- obs. sous Cass. 2^e civ., 8 oct. 2009 : JCP G 2009, 574
- obs. sous Cass. 3^e civ., 20 oct. 2010 : JCP G 2011, 63

Simler (Ph.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 octobre 1991 : JCP G 1992, II, 21923
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1992 : JCP G 1993, I, 3680
- obs. sous Cass. com., 28 avr. 2009 : JCP G 2009, 48

Stoffel-Munck (Ph.),

- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002 : CCC 2002, n° 89
- obs. sous Cass. 3^e civ., 22 juin 2005 : RDC 2005, p. 1025

- note sous Cass. com., 28 juin 2005 : CCE 2005, n° 158
 - note sous Cass. 3^e civ., 17 janv. 2007 : D. 2007, p. 1054
 - obs. sous Cass. com., 5 juin 2007 : CCE 2007, n° 151
 - obs. sous Cass. com., 20 oct. 2009 : JCP G 2009, 456
 - obs. sous Cass. com., 29 juin 2010 : CCE 2010, n° 99
- Tisseyre (S.),**
- note sous Cass. 1^{re} civ., 23 juin 2011 : D. 2011, p. 2245
- Tournafond (O.),**
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000 : D. 2002, p. 928
 - obs. sous Cass. 3^e civ., 24 mai 2000 : D. 2002, p. 926
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 juil. 2001 : D. 2001, p. 932
- Viney (G.),**
- obs. sous Cass. com., 3 mai 2006 : RDC 2007, p. 300
 - obs. sous Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006 : RDC 2007, p. 300
 - note sous Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2010 : RDC 2010, p. 851

INDEX ALPHABETIQUE

(les nombres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Abus de dépendance économique

- concurrence : 41

Abus de faiblesse

- consommation : 36
- droit commun (projet) : 37

Analyse économique du droit

- *Coase* : 520, 524
- coûts de transaction : 521
- et confiance : 133, 530
- et information : 523, 527
- et utilitarisme : 776
- généralités : 517-518
- *Kronman* : 523
- opportunisme : 521, 525, 526
- *Pareto* : 522, 524
- *Posner* : 524
- principes : 520 et s.

Appréciation *in concreto*

- compétences : 587 et s.
- réfutation des critiques : 609 et s.

Attentes légitimes : 943

Auto-information : 676 et s.

Autonomie de la volonté

- et théorie générale : 762 et s.
- histoire : 758
- influence sur le Code civil : 757 et s.
- notion : 756

Avocat

- absolutisme du conseil : 377 et s.
- obligation de conseil : 376

B

Banquier

- devoir de mise en garde (et compétences des clients) : 595 et s.

- devoir de mise en garde (généralités) : 595-596

Bonne foi

- et partie faible : 792-793
- généralités : 792

C

Cause

- *Chronopost* : 392
- déformation : 389 et s.
- disparition (réforme) : 406
- et protection du faible : 394 et s., 409 et s.
- *Faurecia* : 393
- fausseté partielle : 420 et s.
- *Point club vidéo* : 408
- subjectivation : 390 et s.

Cautionnement

- correctifs prétoriens au formalisme excessif : 917 et s.
- et art. 1326 C. civ. : 483 et s.
- formalisme : 281
- protection excessive : 288 et s., 871, 914 et s.
- réintégration par le Code civil des protections (*de lege ferenda*) : 514

Clarification du droit

- en droit commun : 498 et s.
- et efficacité sociologique : 531 et s.
- et sécurité juridique : 497 et s.
- hors du droit commun : 506 et s.

Clauses

- abusives (concurrence) : 40
- abusives (consommation) : 880 et s.
- abusives (droit commun prospectif) : 885

- abusives (généralités) : 880 et s.
- exorbitantes : 211 et s.

Clauses excessives (*de lege ferenda*)

- Commission : 1056-1059
- identification : 1036 et s.
- listes consuméristes : 1060-1062
- sanction : 1064 et s.
- terminologie : 886 et s.

Compétences

- appréciation *in concreto* : 585 et s.
- clients du banquier : 595 et s.
- critère de la partie faible : 647 et s.
- critère du consommateur : 68
- et assistance : 673 et s.
- et personnes morales : 662 et s.
- et spécialité : 655 et s.
- personnelles : 665 et s.
- professionnelles : 649 et s.
- professionnels-consommateurs : 588 et s.

Compromis d'arbitrage : 1043

Confiance

- des consommateurs : 133-134
- et efficacité économique : 530
- et efficacité psychosociologique : 532 et s.
- légitime : 706 et s.

Consentement

- et volonté : 545-546
- exigence générale : 542 et s.
- protections (évolution) : 3 et s.
- protections modernes : 14-16, 25-27
- vices du consentement : *V. à ce mot*

Consommateur

- abusif : 258 et s.
- clarification (*de lege ferenda*) : 508
- définition jurisprudentielle : 63 et s.
- définition légale : 102 et s.
- extensions consuméristes : 278 et s.
- professionnels-consommateurs : 61 et s.
- vendeur : 168 et s.
- *vulnérable* : 138-139

Contrainte : *V. Faiblesse économique*

Contrat

- à destination mixte : *V. à ce mot*
- à finalité professionnelle : 124

- administratifs : 197 et s.
- avec les SPA : 241 et s.
- avec les SPIC : 217 et s.
- commutations/distributions : 771
- conception française : 546, 940
- d'adhésion : 10, 718 et s.
- de situation/d'occasion : 123, 771
- échange/organisation : 771
- relationnel/impersonnel : 771

Contrat à destination mixte

- clarification (*de lege ferenda*) : 511
- notion : 265-266
- régime : 268 et s.

D

Délais

- réflexion : 891 et s.
- rétractation : 891 et s.

Délégation

- de service public : 201, 218
- sûreté : 865

Dignité humaine

- et conception de l'Homme : 816 et s.
- et droit de savoir : 826 et s.
- et protection contre soi-même : 819 et s.
- fondement partie faible : 809 et s.

Dol

- caractère déterminant : 437 et s.
- caractère intentionnel : 427 et s.
- déformation : 426 et s.
- et caractère exprès : 433
- et lésion : 447
- et obligation d'information : 434-435
- et vente : 304 et s.
- incident : 439 et s.

Domination : *V. Faiblesse économique*

Droit commun

- état : 571-572
- indispensabilité (fonctions) : 573-575
- restauration : 576 et s.

Droit de la consommation

- attraction : 26
- lacunes : 56 et s.
- logique de marché abstraite : 132 et s.
- quasi-droit commun : 25 et s.

- sources européennes : 134, 561 et s.

E

Equité

- art. 1135 C. civ. : 473 et s.
- et droit : 750
- et partie faible : 751 et s.
- notion (généralités) : 749 et s.

Erreur

- déformation : 448 et s.
- de droit : 457 et s.
- et aléa : 454-455
- excusable : 690 et s.
- sur la rentabilité : 449 et s.
- sur la substance : 451-452
- sur la valeur : 450
- sur les motifs : 466

Expert-comptable

- absolutisme du conseil : 382 et s.
- obligation de conseil : 381

F

Faiblesse

- caractère manifeste : 624 et s.
- définition générale : 30
- économique (et contrainte, domination) : 32, 38 et s.
- exception de faiblesse : 500, 512-513
- généralités (évolution) : 3 et s.
- généralités (typologie) : 31
- infériorité informationnelle (critère de la partie faible) : 645 et s.
- informationnelle : 32
- informationnelle (primauté) : 33 et s.
- particulière vulnérabilité : 32, 34 et s.

Forçage

- art. 1134 C. civ. : 470-471
- art. 1135 C. civ. : 472 et s.
- généralités : 469

Formalisme informatif

- cautionnement : 914 et s.
- correctifs prétoriens : 917 et s.
- critique : 904 et s.
- et contenu informationnel : 906 et s.
- et sensibilisation : 905
- généralités (et évolution) : 902-903

- sanction : 911 et s.

Franchise

- et erreur sur la rentabilité : 338 et s.
- et protection du faible : 338 et s.

G

Garantie autonome : 865

Garantie de conformité : 26

I

Incapacité

- et partie faible : 358, 585, 677, 848
- et trouble mental : 35
- généralités : 7, 35, 554

Inflation législative

- et déclin de la loi : 19
- et droit des contrats : 19-20
- généralités : 18

Information

- coût : 317 et s.
- faiblesse informationnelle : *V. Faiblesse*
- obligation d' : *V. à ce mot*

Interprétation *in favorem*

- droit commun (art. 1162 C. civ.) : 557-558, 1090-1091
- droit de la consommation : 1092 et s.
- partie faible (*de lege ferenda*) : 1094-1096

J

Juge

- et appréciation *in concreto* : 585 et s.
- et clauses excessives : 1048 et s.
- et interprétation *in favorem* : *V. à ce mot*
- et sécurité juridique : 610 et s.
- explosion judiciaire : 612, 1115
- office du : *V. à ce mot*

Justice

- corrective et distributive : 737 et s.
- et droit (généralités) : 747
- et équité : 748 et s.
- et partie faible : 739 et s.

L

Lésion

- admission marginale : 46
- et dol incident : 447
- et erreur sur la rentabilité : 450
- et justice corrective : 739
- et protection du faible : 553
- généralités : 45 et s.
- qualifiée (critique) : 46
- qualifiée (généralités) : 45

Liberté contractuelle

- et équité : 805
- et partie faible : 801 et s.
- généralités : 794
- sens (évolution) : 795 et s.
- valeur constitutionnelle : 797 et s.

M

Médecin

- et dignité humaine : 818, 827 et s., 966
- et droit subjectif à l'information : 1007, 1012 et s., 1031 et s.
- et perte de chance : 999-1000, 1004
- et préjudice d'impréparation : 1008, 1010 et s., 1023 et s.
- et responsabilité délictuelle : 990 et s.
- obligation d'information (généralités) : 818
- obligation d'information (preuve) : 948 et s.

Médias

- et auto-information : 263, 686-687
- et instruction : 1141
- et politique : 534

Modération (de la protection) : 844 et s.

N

Non-professionnel

- et personnes morales : 146 et s.
- et professionnels : 126 et s.
- notion (et genèse) : 127, 145
- suppression (*de lege ferenda*) : 510

Notaire

- assistance du client : 359 et s.
- compétences du client : 347 et s.,
- comportement du client : 354 et s.
- devoir de conseil (absolutisme) : 345 et s.
- devoir de conseil (critique) : 363 et s.
- devoir de conseil (généralités) : 343

O

Obligation

- complétive (art. 1135 C. civ.) : 472 et s.
- contenu obligationnel : 228
- d'information (droit commun prospectif) : 877-878
- d'information (efficacité économique) : 523 et s.
- d'information (généralités) : 875 et s.
- d'information (partie faible, *de lege ferenda*) : 930 et s.
- d'information (préjudice subi) : 997 et s.
- d'information (preuve) : 945 et s.
- d'information (sanction) : 962 et s.
- d'information (substance) : 933 et s.
- de conseil (généralités) : 935
- de conseil (notaire et divers) : 343 et s.
- de mise en garde (banquier) : 594 et s.
- de mise en garde (généralités) : 935
- de moyens : 590, 955, 957
- de résultat : 370, 590, 954
- de relever d'office : *V. à ce mot*
- de s'informer : 676 et s.
- de sécurité : 473
- essentielle (et cause) : 393, 400

Office du juge

- généralités : 1087
- interprétation *in favorem* : *V. à ce mot*
- relever d'office : *V. à ce mot*

Ordre public

- et partie faible : 1079 et s.
- et règle impérative : 1080-1081
- généralités : 1075 et s.

P

Partie faible

- appréciation du critère : 585 et s.
- caractère manifeste : 624 et s.
- critère : 645 et s.
- exception de faiblesse : 500, 512-513
- fondements : 733 et s.
- généralités (et évolution) : 1 et s.
- preuve du critère : 701 et s.
- terminologie : 51-52

Personnalisation (de la protection) : 23 et s.

Personnes morales

- commerciales : 162 et s.
- et notion de consommateur : 142-144
- et notion de non-professionnel : 145 et s.
- non-commerciales : 155 et s.
- protection consommériste : 148 et s.

Positivismes juridique : 767

Préjudice

- barèmes : 1026 et s.
- d'impréparation : 1008, 1010 et s., 1023 et s.
- droit subjectif à l'information : 1007, 1012 et s., 1031 et s.
- et obligation d'information : 997 et s.
- évaluation : 1020 et s.
- moral : 1026 et s.
- perte de chance : 999 et s., 1021 et s.

Présomption

- clauses abusives (listes) : 1060 et s.
- de faiblesse (du consommateur) : 132 et s., 258 et s.
- de faiblesse *de lege ferenda* (irréfragable) : 726 et s.
- de faiblesse *de lege ferenda* (simple) : 717 et s.
- de force (du professionnel) : 111, 132 et s.

Professionnels

- clarification (*de lege ferenda*) : 509
- définition (classique) : 284
- définition (consommériste) : 285-286
- et cautionnement : 288 et s.

- extensions consuméristes : 285 et s.
- non-professionnels : *V. à ce mot*
- professionnels-consommateurs : 61 et s.

Proportionnalité

- critique : 43-44
- et cautionnement : 857
- et lésion qualifiée : 45 et s.

Propositions

- de codification : 1139-1140
- de l'étude : 1136-1138

Psychosociologie

- et complexité du droit : 532
- et efficacité du droit : 532 et s.
- et politique : 534

Q

Qualification

- consommateur : *V. à ce mot*
- obligations de l'art. 1135 C. civ. : 473 et s.
- partie faible (*de lege ferenda*) : *V. à ce mot*
- partie faible (*de lege lata*) : 23 et s.
- professionnelle : 284 et s.
- responsabilité : 962 et s.

R

Rapport direct

- appréciation souveraine : 71
- avènement : 64 et s.
- conceptions du : 86 et s.
- insécurité juridique : 73 et s.

Réforme du droit des contrats

- et cause : 406
- et clauses abusives : 885
- et obligation d'information : 877-878
- interne : 567 et s.
- projets d'harmonisation européenne : 569

Relever d'office

- droit commun (faculté) : 1099 et s.
- droit de la consommation (obligation limitée) : 1102 et s.
- droits acquis : 1127-1128

- et cassation : 1113
- et contradictoire : 1119-1121
- et impartialité : 1117-1118, 1121
- et ordre public : 1112, 1126 et s.
- faits *adventices* : 1131-1132
- généralités : 1099
- modalités : 1122 et s.
- partie faible (obligation totale, *de lege ferenda*) : 1104 et s.

Responsabilité contractuelle

- critère causal : 981
- critère chronologique : 975 et s.
- critère fonctionnel : 979-980
- et dignité humaine : 966
- et jurisprudence : 983 et s.
- et obligation d'information : 964 et s.
- et source légale de l'obligation d'information : 985 et s.
- généralités : 964
- prétendue inexistence : 968 et s.

Réticence dolosive : *V. Dol*

S

Sécurité juridique

- et clarification du droit : 497 et s.
- et crainte du juge : 114, 610 et s.
- et sentiment : 622

Sociologie du droit

- et efficacité du droit : 531 et s.
- et pédagogie : 536 et s.
- et psychologie : 532 et s.

Solidarisme contractuel

- critiques : 769 et s.
- notion : 768

Spécialisation

- contractuelle : 19-20
- de la protection du faible : 23 et s.
- du droit : 18

T

Théorie générale du contrat

- choix (volontarisme social) : 778 et s.
- concept général : 765
- évolution et état : 755 et s.
- importance (fonctions) : 763 et s.

- voies doctrinales : 766 et s.

Trouble mental : 35

U

Usager du service public

- administratif : 235 et s.
- industriel et commercial : 215 et s.

Utile et le juste

- critiques : 775 et s.
- notion : 774

Utilitarisme : 772, 775-776

V

Vente

- *Baldus* : 314
- d'occasion : 168
- de métaux précieux : 178
- et obligation de se renseigner : 304 et s., 326 et s.
- excès du devoir de conseil : 309 et s.,
- surprotection de l'acquéreur : 309 et s., 313 et s., 326 et s.
- vendeurs non-professionnels : 312 et s.
- vendeurs professionnels : 303 et s.
- vices cachés : *V. à ce mot*

Vices cachés : 659, 670, 698 et s.

Vices du consentement

- dol : *V. à ce mot*
- erreur : *V. à ce mot*
- et contrats administratifs : 205 et s.
- et protection du faible : 7, 550 et s.
- généralités : 7, 22
- violence : *V. à ce mot*

Violence : 42

Volonté

- autonomie de la volonté : *V. à ce mot*
- interne (et déclarée) : 546, 940
- processus psychologique : 546
- rationnelle : 546, 785
- significations : 545-546
- volontarisme social : 778 et s.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PARTIE I

LES DYSFONCTIONNEMENTS DES CONDITIONS DE PROTECTION

DE LA PARTIE FAIBLE

TITRE I – L'INJUSTICE DE L'ABSTRACTION CONSUMERISTE	46
---	----

CHAPITRE I – LA PRECARISATION ILLEGITIME DE CERTAINS CONTRACTANTS	47
--	----

SECTION I – LES LIMITES CONSUMERISTES <i>RATIONE PERSONAE</i>	48
---	----

§I – UNE PROTECTION REFUSEE : LES PROFESSIONNELS-CONSUMMATEURS	48
---	----

A – UNE DEFINITION INDETERMINEE : UNE PROTECTION DIVISEE	48
--	----

1 – L'indécélable critère du rapport direct	48
---	----

<i>a – Les causes : rétrospective de l'avènement d'un critère flou</i>	49
--	----

<i>b – Les effets : une illisibilité jurisprudentielle</i>	54
--	----

2 – Typologie critique des conceptions du rapport direct	60
--	----

<i>a – Sous-critères défavorables aux professionnels-consommateurs</i>	60
--	----

<i>b – Sous-critères favorables aux professionnels-consommateurs</i>	62
--	----

B – UNE DEFINITION CLARIFIEE : UNE PROTECTION EVINCEE	64
---	----

1 – La radicalisation du critère de définition du consommateur	65
--	----

<i>a – Par la jurisprudence</i>	65
---------------------------------------	----

<i>b – Par la loi</i>	66
-----------------------------	----

2 – Une exclusion du champ consommériste injustifiée ?	70
--	----

<i>a – Les arguments excluant le professionnel sont contestables</i>	71
--	----

<i>b – La notion de non-professionnel est inefficace</i>	78
--	----

<i>c – L'explication : le droit de la consommation poursuit une logique de marché</i>	82
---	----

§II – UNE PROTECTION SIMULEE : LES PERSONNES MORALES	88
---	----

A – LE PRINCIPE DE LA PROTECTION	88
--	----

1 – L'exclusion de la notion de consommateur	88
--	----

2 – L'inclusion de principe dans la notion de non-professionnel	89
---	----

B – L'ILLUSION DE LA PROTECTION	90
---------------------------------------	----

1 – L'aspect quantitatif : un faible rendement	91
--	----

2 – L'aspect qualitatif : l'exclusionnisme de l'abstraction	93
---	----

<i>a – Les personnes morales non-commerciales</i>	94
---	----

<i>b – Les sociétés commerciales</i>	98
--	----

SECTION II – LES LIMITES CONSUMERISTES <i>RATIONE MATERIAE</i>	100
--	-----

§I – LES HYPOTHESES ECHAPPANT AU SCHEMA CONTRACTUEL CONSUMERISTE	100
---	-----

A – UNE PROTECTION MINIMISEE : LES « CONSOMMATEURS » VENDEURS OU PRESTATAIRES.....	100
1 – La protection échappe au droit de la consommation	101
2 – La protection par le droit de la consommation est pernicieuse	103
B – UNE PROTECTION ESCARPEE : L'INTERVENTION D'UN TIERS NON-CONTRACTANT.....	105
§II – LA SUBTILITE DES RAPPORTS AVEC L'ADMINISTRATION ET LE SERVICE PUBLIC.....	110
A – LES CONTRATS ADMINISTRATIFS	111
1 – L'inapplicabilité naturelle du droit de la consommation	111
2 – La justification du recours à un droit commun de la protection du consentement de la partie faible.....	113
B – LES USAGERS DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX	119
1 – La voie consumériste en question	119
a – <i>Le principe : l'applicabilité</i>	119
b – <i>la réalité : l'inapplicabilité</i>	120
2 – La voie d'un droit commun de protection de la partie faible	123
a – <i>Du réglementaire à l'entrée dans le champ contractuel</i>	123
b – <i>L'harmonisation de la compétence en faveur du juge judiciaire</i>	126
C – LES USAGERS DES SERVICES PUBLICS ADMINISTRATIFS.....	128
1 – Le binôme usager/service public est inassimilable au binôme consommateur/professionnel	128
2 – Des relations pour l'essentiel en dehors du droit contractuel	131
a – <i>L'inexistence d'une quelconque relation contractuelle</i>	131
b – <i>Les exceptions où la relation contractuelle existe</i>	133
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE I</i>	137
CHAPITRE II – LA SURPROTECTION ILLEGITIME DE CERTAINS CONTRACTANTS.....	138
SECTION I – LES HYPOTHESES NORMALES DE SURPROTECTION ISSUES DE L'ABSTRACTION CONSUMERISTE.....	139
§I – LES CONSOMMATEURS ABUSIFS	139
§II – LE PROBLEME DES CONTRATS A DESTINATION MIXTE	142
A – UNE TENDANCE A LA PROTECTION CONSUMERISTE	143
B – UNE TENDANCE EMINEMMENT CRITIQUABLE	144
1 – La non-conformité au droit européen	144
2 – L'incohérence avec la logique consumériste abstraite	145
SECTION II – LES HYPOTHESES SPECIALES DE SURPROTECTION PAR L'EXTENSION DEMESUREE DE L'ABSTRACTION CONSUMERISTE	147
§I – PAR LA DISTENSION DE CEUX QUE L'ON PROTEGE	147
§II – PAR LA DISTENSION DE CEUX CONTRE QUI L'ON PROTEGE	150
A – UNE REDOUTABLE EXTENSION LEGALE GENERALE DU PROFESSIONNEL	150
B – DE REDOUTABLES EXTENSIONS JURISPRUDENTIELLES PONCTUELLES DU PROFESSIONNEL : L'EXEMPLE DU CAUTIONNEMENT	152
<i>CONCLUSION DU CHAPITRE II</i>	155
<i>CONCLUSION DU TITRE I</i>	156
TITRE II – LA DESAGREGATION D'UN DROIT COMMUN OBSOLETE	157
CHAPITRE I – UNE JUSTICE CONTRACTUELLE DEREGLÉE	160
SECTION I – DANS CERTAINS CONTRATS.....	161
§I – EN MATIERE DE VENTE	161
A – LES VENDEURS PROFESSIONNELS.....	161

1 – Se renseigner pour renseigner, en toute hypothèse.....	162
2 – Protection du faible ou tutelle des acquéreurs ?	163
B – LES VENDEURS NON-PROFESSIONNELS	164
1 – L’absence d’obligation d’informer de l’acquéreur même professionnel.....	165
2 – L’absence d’obligation de s’informer de l’acquéreur même professionnel.....	170
a – <i>La suggestion de l’indifférence à l’insouciance</i>	171
b – <i>L’affirmation de l’indifférence à l’insouciance</i>	173
§II – EN MATIERE DE FRANCHISE	176
SECTION II – A L’EGARD DE CERTAINS CONTRACTANTS	179
§I – L’EXEMPLE TOPIQUE : LA MATIERE NOTARIALE	179
A – L’INDIFFERENCE AUX FACTEURS D’ATTENUATION OU D’EVICTION DU DEVOIR DE CONSEIL.....	180
1 – L’indifférence à la connaissance manifeste de l’information	180
a – <i>Les compétences personnelles du client et l’accessibilité de l’information</i>	180
b – <i>Le savoir du client et la connaissance effective de l’information</i>	181
2 – L’indifférence à la connaissance supposée de l’information.....	182
a – <i>L’indifférence au comportement indiquant l’information de la prétendue partie faible</i>	183
b – <i>L’indifférence à l’assistance de la prétendue partie faible</i>	185
B – CRITIQUE DE L’ABSOLUTISME AVEUGLE DU MOUVEMENT	186
1 – L’abandon regrettable d’une position appropriée.....	186
2 – Des solutions actuelles en tous points insatisfaisantes	189
a – <i>Au plan des fondements</i>	189
b – <i>Au plan des effets</i>	190
§II – LES AUTRES DOMAINES CALQUES SUR LA MATIERE NOTARIALE	192
A – L’AVOCATURE	192
B – L’EXPERTISE COMPTABLE.....	194
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	197
CHAPITRE II – DES FONDEMENTS JURIDIQUES TRANSGRESSES	198
SECTION I – L’INVOCATION DE FONDEMENTS DEFORMES.....	199
§I – DEFORMATION DE LA CAUSE	199
A – LA SUBJECTIVATION DE LA CAUSE OBJECTIVE A DES FINS DE JUSTICE CONTRACTUELLE	199
1 – A l’égard des clauses limitatives de responsabilité	200
a – <i>Substance de la construction jurisprudentielle</i>	200
b – <i>Déformation de la cause à dessein de protéger la partie faible</i>	201
2 – A l’égard de contrats entiers.....	209
a – <i>Substance de la construction jurisprudentielle</i>	209
b – <i>Déformation de la cause à dessein de protéger la partie faible</i>	209
B – LES HYPOTHESES OU LA VOLONTE DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE EST PLUS TENUE.....	211
1 – La cause et le contrôle continu de la raison d’être du consentement	212
2 – La cause et la réfaction du contrat	214
§II – LA DEFORMATION DES VICES DU CONSENTEMENT	215
A – LA DEFORMATION DU DOL	215
1 – La négligence du caractère intentionnel	216

<i>a – Tendance à l'éviction</i>	216
<i>b – Une protection néfaste</i>	218
2 – La distorsion du caractère déterminant.....	220
<i>a – Tendance à l'admission du dol incident</i>	220
<i>b – Une protection insatisfaisante</i>	222
B – LA DEFORMATION DE L'ERREUR.....	224
1 – L'erreur sur la rentabilité.....	224
2 – L'erreur de droit.....	227
<i>a – L'erreur indirecte de droit</i>	227
<i>b – L'erreur directe de droit</i>	228
SECTION II – L'INVOCATION DE FONDEMENTS ERRONES.....	232
§I – LE FORÇAGE DU CONTRAT	232
A – LE <i>FORÇAGE</i> DIRECT : L'INVOCATION DE LA VOLONTE DES PARTIES.....	232
B – L'INVOCATION DE L'EQUITE DE L'ARTICLE 1135 DU CODE CIVIL : UN <i>FORÇAGE</i> INDIRECT ?.....	233
1 – La nature de la règle de l'article 1135.....	233
2 – Les limites indubitables de la règle de l'article 1135.....	236
§II – LE DETOURNEMENT DES REGLES DE L'ARTICLE 1326 DU CODE CIVIL	238
A – DES REGLES UTILISEES POUR CONTROLER LA VALIDITE DU CAUTIONNEMENT.....	238
B – DES REGLES DENATUREES.....	239
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	241
CONCLUSION DU TITRE II.....	242
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	243

PARTIE II

POUR UN DROIT COMMUN DE LA PROTECTION DU CONSENTEMENT

DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE CODE CIVIL

TITRE I – LA CREATION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE CODE CIVIL.....	246
CHAPITRE I – JUSTIFICATION D'UN DROIT COMMUN DE LA PARTIE FAIBLE DANS LE CODE CIVIL	247
SECTION I – L'UTILITE D'UN DROIT COMMUN DE LA PARTIE FAIBLE.....	248
§I – L'EFFET VERTUEUX ESSENTIEL : LA CLARIFICATION, BRAS ARME DE LA SECURITE JURIDIQUE	248
A – MANIFESTATIONS CONCRETES DE LA CLARIFICATION DU DROIT COMMUN DES CONTRATS.....	249
1 – En droit commun, en matière de partie faible.....	249
2 – En droit commun, au-delà de la partie faible.....	251
B – MANIFESTATIONS CONCRETES DE LA CLARIFICATION D'AUTRES PANS DU DROIT DES CONTRATS.....	252
1 – En droit de la consommation.....	252
2 – En droit du cautionnement.....	255
§II – LES AUTRES EFFETS VERTUEUX	256
A – INDEPENDAMMENT DE LA CLARIFICATION DU DROIT : L'EFFICACITE ECONOMIQUE.....	256
1 – L'efficacité économique : un objectif important.....	256
2 – L'efficacité économique : un objectif atteint.....	258
<i>a – Les principes élémentaires de l'efficacité économique</i>	258

<i>b – La protection de la partie faible à l'épreuve de l'efficacité économique</i>	260
B – INTERDEPENDAMMENT DE LA CLARIFICATION DU DROIT : L'EFFICACITE SOCIOLOGIQUE	265
1 – Au plan psychosociologique.....	265
2 – Au plan pédagogique.....	268
SECTION II – LES RAISONS DU RECOURS AU CODE CIVIL.....	270
§I – LA LEGITIMITE D'UNE PROTECTION PAR LE CODE CIVIL	270
A – PAR LES DISPOSITIONS RELATIVES AU CONSENTEMENT	270
1 – Par le prisme de l'exigence générale d'un consentement.....	271
2 – Par le prisme de la théorie des vices du consentement	279
<i>a – Les vices du consentement stricto sensu</i>	279
<i>b – Les vices du consentement lato sensu</i>	281
B – PAR DES DISPOSITIONS ANNEXES AU CONSENTEMENT	282
1 – L'équité de l'article 1135 du Code civil	282
2 – L'interprétation in favorem de l'article 1162 du Code civil.....	283
§II – L'OPPORTUNITE D'UNE PROTECTION PAR LE CODE CIVIL	284
A – AU PLAN DU MOYEN : LA POSSIBILITE DE LEGIFERER	284
1 – La marge de manœuvre partielle en droit de la consommation.....	284
2 – La marge de manœuvre totale en droit commun	286
<i>a – Un domaine épargné par le droit communautaire</i>	286
<i>b – Perspective de la proche réforme du droit des contrats</i>	287
B – AU PLAN DE LA FIN : LA REHABILITATION DU DROIT COMMUN DES CONTRATS	290
1 – L'indispensabilité du droit commun par le prisme de ses fonctions	291
2 – La restauration du droit commun par la protection de la partie faible	294
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	297
CHAPITRE II – LA CONCEPTUALISATION DE LA PARTIE FAIBLE	298
SECTION I – LE CRITERE : L'INFERIORITE INFORMATIONNELLE LEGITIME	299
§I – POUR UNE APPRECIATION IN CONCRETO DU CRITERE	299
A – L'EFFICACITE EMPIRIQUE DE L'APPRECIATION <i>IN CONCRETO</i>	300
1 - L'illustration issue d'une solution révolue : l'exemple de la protection des professionnels-consommateurs .301	
<i>a – Rappels sur la solution</i>	301
<i>b – Illustrations de la pertinence de la solution</i>	302
2 – L'illustration issue d'une solution actuelle : l'exemple de l'obligation de mise en garde du banquier	303
<i>a – Consistance de la solution</i>	303
<i>b – Appréciation de la solution</i>	306
B – LA RELATIVITE DES CRITIQUES ADRESSEES A L'APPRECIATION <i>IN CONCRETO</i>	310
1 - La critique principale : l'insécurité juridique	310
<i>a – Une critique hautement réfutable</i>	310
<i>b – Le garde-fou du risque d'insécurité : le caractère manifeste</i>	318
2 - Les critiques secondaires	322
<i>a – De prétendus risques</i>	322
<i>b – De prétendues discriminations</i>	324
§II – LA SUBSTANCE DU CRITERE	326

A – L’OBJET DU CRITERE : LA COMPETENCE	327
1 - Les compétences professionnelles	329
<i>a – Le champ des compétences professionnelles</i>	<i>329</i>
<i>b – La pertinence des compétences professionnelles</i>	<i>330</i>
2 - Les compétences personnelles	335
<i>a – Les compétences personnelles originaires.....</i>	<i>335</i>
<i>b – Les compétences personnelles dérivées</i>	<i>338</i>
B - LA PORTEE DU CRITERE : LA LEGITIMITE DE L’INFERIORITE INFORMATIONNELLE	339
1 - Principe de la légitimité	339
<i>a – Contours généraux : la responsabilisation</i>	<i>339</i>
<i>b – Contours juridiques : l’obligation de s’informer</i>	<i>341</i>
2 - Etendue de la légitimité	346
<i>a – Modèle de l’excusabilité de l’erreur.....</i>	<i>347</i>
<i>b – Modèle de l’apparence des vices cachés dans la vente</i>	<i>350</i>
C - LA PREUVE DE L’INFERIORITE INFORMATIONNELLE LEGITIME	351
1 - Simples indices de caractérisation du critère.....	352
<i>a – La nécessité de contracter.....</i>	<i>352</i>
<i>b – La confiance légitimement accordée</i>	<i>353</i>
<i>c – La prestation du cocontractant qui s’oblige.....</i>	<i>356</i>
<i>d – Professionnels et contrats d’occasion</i>	<i>357</i>
2 - Présomptions simples de caractérisation du critère.....	358
<i>a – Les destinataires de contrats d’adhésion</i>	<i>358</i>
<i>b – Le contractant subissant une situation d’asymétrie économique profonde.....</i>	<i>360</i>
3 - Présomptions irréfragables d’exclusion du critère.....	361
<i>a – Le professionnel dans sa sphère de spécialité</i>	<i>362</i>
<i>b – Le contractant prédominant une situation d’asymétrie économique profonde.....</i>	<i>363</i>
SECTION II - LES FONDEMENTS D’UN SYSTEME GENERAL DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE.....	364
§I – LES FONDEMENTS IDEOLOGIQUES	364
A - EN MATIERE PHILOSOPHIQUE : LA JUSTICE DISTRIBUTIVE MODERNE.....	364
1 – La quête du juste	364
<i>a – Enjeux d’une conception plénière de la justice.....</i>	<i>365</i>
<i>b – Transposition à la protection générale de la partie faible.....</i>	<i>366</i>
2 – Le lien étroit avec le diptyque égalité/équité	371
<i>a – Enjeux d’une acception équitable de l’égalité</i>	<i>371</i>
<i>b – Transposition à la protection générale de la partie faible.....</i>	<i>373</i>
B - EN MATIERE CONTRACTUELLE : LE VOLONTARISME SOCIAL	374
1 – L’état de la théorie générale du contrat	374
<i>a – La nécessité de clarification de la conception du contrat.....</i>	<i>375</i>
<i>b – Les pistes proposées.....</i>	<i>383</i>
2 – Le choix d’une acception clarifiée du contrat.....	393
<i>a – La nécessité d’une solution médiane.....</i>	<i>394</i>
<i>b – Pour le volontarisme social.....</i>	<i>395</i>

§II – FONDEMENTS JURIDIQUES	401
A – EN MATIERE CONTRACTUELLE : UN ASPECT DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE	401
1 – La substance de la liberté contractuelle	401
a – <i>La quête et le sens de la liberté contractuelle</i>	401
b – <i>La valeur constitutionnelle</i>	405
2 – L'adéquation avec la protection de la partie faible.....	407
a – <i>Le lien avec l'intégrité du consentement</i>	407
b – <i>Les implications de la valeur constitutionnelle</i>	409
B – EN MATIERE DE DROIT FONDAMENTAL : UN ASPECT DE LA DIGNITE HUMAINE	411
1 – Les enjeux de fonder la protection du faible sur la dignité humaine	411
a – <i>L'enjeu idéologique</i>	411
b – <i>L'enjeu notionnel</i>	413
2 – Le rattachement de la protection du faible à la dignité humaine	417
a – <i>L'être humain est indivisible</i>	417
b – <i>Le rattachement est praticable</i>	419
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	422
CONCLUSION DU TITRE I.....	423
TITRE II – LE SYSTEME DE PROTECTION DU CONSENTEMENT DE LA PARTIE FAIBLE	424
CHAPITRE I – LES CONDITIONS D'UN SYSTEME DE PROTECTION SATISFAISANT	425
SECTION I – LES CONDITIONS TENANT A LA DEMARCHE	426
§I – LA SOURCE DES MESURES DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	426
A – LA VOIE DE LA REPARTITION ?	426
1 – Une solution idoine.....	426
2 – Une solution irréalisable	427
B – LA VOIE DE L'INSPIRATION.....	428
§II – L'INDISPENSABLE MODERATION DU SYSTEME DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	429
A – LES EFFETS NEFASTES D'UNE PROTECTION EXCESSIVE.....	429
1 – Le dérèglement de la responsabilisation des contractants	429
a – <i>La désresponsabilisation de la partie protégée</i>	429
b – <i>La précarisation de la partie contre qui l'on protège</i>	432
2 – La promotion de la mauvaise foi de la partie surprotégée.....	434
B – LES EFFETS PERVERS D'UNE PROTECTION EXCESSIVE.....	435
1 – Au plan quantitatif : les réactions de la partie contre qui l'on protège	436
a – <i>De l'excès de protection à la précarisation</i>	436
b – <i>Transposition à la protection générale de la partie faible</i>	439
2 – Au plan qualitatif : le rigorisme de la protection contre la partie faible.....	439
SECTION II – LA CONDITION TENANT A LA TECHNIQUE : PROTEGER LE CONSENTEMENT	442
§I – LES MESURES QUI ENCADRENT EFFICACEMENT LE CONSENTEMENT	442
A – LA GARANTE DE LA PROTECTION DU CONSENTEMENT : L'OBLIGATION D'INFORMATION	442
B – LE GARDE-FOU DE LA PROTECTION DU CONSENTEMENT : LES CLAUSES ABUSIVES.....	444
1 – Comment le mécanisme peut être rattaché à la protection du consentement	445
2 – Terminologie à retenir : des clauses plus excessives qu'abusives.....	448

§II – LES MESURES QUI ENCADRENT INEFFICACEMENT LE CONSENTEMENT	450
A – LA REFLEXION ET LA RETRACTATION	451
1 – Des délais destinés à protéger le consentement	451
2 – L’illusion d’une protection efficace du consentement	452
B – LE FORMALISME INFORMATIF	454
1 – L’inefficacité de la protection	454
<i>a – Un formalisme destiné à éclairer le consentement</i>	454
<i>b – L’insuffisance des effets du formalisme informatif</i>	456
2 – L’indifférence à la qualité du consentement	458
<i>a – L’automatisme de la sanction</i>	459
<i>b – Des correctifs impropres à protéger véritablement le consentement</i>	461
CONCLUSION DU CHAPITRE I	465
CHAPITRE II – LES MECANISMES DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	466
SECTION I – LES PROTECTIONS DU CONSENTEMENT	467
§I – L’OBLIGATION D’INFORMATION	467
A – L’IDENTIFICATION DE L’OBLIGATION D’INFORMATION	467
1 – Consistance de l’obligation d’information	467
<i>a – L’intensité de l’obligation d’information</i>	467
<i>b – L’étendue de l’obligation d’information</i>	471
2 – Preuve de l’exécution l’obligation d’information	475
<i>a – La charge de la preuve</i>	475
<i>b – Les modes de preuve</i>	477
<i>c – La substance de la preuve</i>	480
B – LA SANCTION DE L’OBLIGATION D’INFORMATION : POUR LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE	484
1 – Le rattachement à la responsabilité contractuelle	484
<i>a – Un rattachement instinctif</i>	484
<i>b – La prétendue inexistence de la responsabilité contractuelle</i>	486
2 – La fragilité des critiques du rattachement à la responsabilité contractuelle	490
<i>a – L’argument chronologique : un contrat pas encore formé</i>	490
<i>b – L’argument conjoncturel : un contre-courant jurisprudentiel</i>	495
C – LE PREJUDICE SUBI	503
1 – Nature du préjudice subi : multiplicité	503
<i>a – Lorsque le contrat était évitable</i>	503
<i>b – Lorsque le contrat était inéluctable</i>	505
2 – Evaluation du préjudice subi	511
<i>a – Evaluation du préjudice découlant de la perte de chance</i>	511
<i>b – Evaluation du préjudice découlant de l’impréparation</i>	512
<i>c – Evaluation du préjudice découlant de l’atteinte au droit subjectif à l’information</i>	516
§II – UN SYSTEME DE CLAUSES EXCESSIVES	517
A – L’IDENTIFICATION DES CLAUSES EXCESSIVES	517
1 – La qualification des clauses excessives	517
<i>a – La substance des clauses excessives</i>	517

<i>b – Le domaine des clauses excessives</i>	519
2 – La détection des clauses excessives	522
<i>a – L’appréciation judiciaire du caractère excessif</i>	522
<i>b – Les auxiliaires du juge pour la détection des clauses excessives</i>	526
B – LA SANCTION DES CLAUSES EXCESSIVES	530
1 – Le principe : l’éradication de la clause excessive	530
<i>a – La clause excessive est réputée non-écrite</i>	530
<i>b – Refus annexe de toute refaction judiciaire</i>	530
2 – L’exception : l’éradication du contrat	532
SECTION II – L’EFFECTIVITE DES PROTECTIONS DU CONSENTEMENT	534
§I – UNE PROTECTION D’ORDRE PUBLIC	534
A – LE BUT : DES REGLES INDEROGEABLES	534
B – LA LEGITIMITE DU RATTACHEMENT DE LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE A L’ORDRE PUBLIC	536
1 – Des règles qui correspondent à la définition profonde de l’ordre public	536
2 – Des règles qui appartiennent à une conception particulière de l’ordre public	537
§II – L’OFFICE DU JUGE EN MATIERE DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	539
A – L’INTERPRETATION EN FAVEUR DE LA PARTIE FAIBLE	539
1 – L’obscurité d’une clause	539
2 – La substance de l’interprétation favorable	541
B – L’OBLIGATION DE RELEVER D’OFFICE	543
1 – Les systèmes possibles	543
<i>a – Le droit commun, l’absence d’obligation de relever d’office</i>	543
<i>b – Le droit de la consommation, une obligation de relever d’office limitée</i>	544
2 – Le choix de l’obligation de relever d’office	546
<i>a – La justification du choix de l’obligation de relever d’office</i>	546
<i>b – Les modalités de l’obligation de relever d’office</i>	554
CONCLUSION DU CHAPITRE II	560
CONCLUSION DU TITRE II	561
CONCLUSION DE LA PARTIE II	562
CONCLUSION GENERALE	563
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE	571
INDEX ALPHABETIQUE	596
TABLES DES MATIERES	602