

UNIVERSITE PIERRE MENDES FRANCE - 1996
FACULTE DE DROIT - U.F.R. - GRENOBLE II

DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE EN DROIT DES OBLIGATIONS

TOME 1

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit - Nouveau Régime
Présentée et soutenue publiquement le 27 mars 1996 par :
Jean-Pascal CHAZAL

JURY : Monsieur **Dominique LEFEBVRE**
Professeur à l'Université Mendès-France - Grenoble II : Président

Monsieur **Laurent AYNES**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne - Paris I : Suffragant

Monsieur **Jean CALAIS-AULOY**
Professeur à l'Université de Montpellier I : Suffragant

Monsieur **Jacques MESTRE**
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III : Suffragant

Monsieur **Jean-Claude MONTANIER**
Professeur à l'Université Mendès-France - Grenoble II : Suffragant

DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE
EN DROIT DES OBLIGATIONS

TOME 1

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

A Isabelle, pour son courage, sa patience et sa pugnacité.

Mes remerciements vont également à Monsieur le Professeur Dominique LEFEBVRE pour ses judicieux conseils, son soutien sans faille et les profondes qualités humaines qui le singularisent; ainsi qu'à tous ceux, parents et amis qui ont enduré, plus ou moins directement, les contraintes inhérentes à un tel travail.

« Le juste dans les contrats consiste en une certaine égalité ».

Aristote, *Ethique à Nicomaque*,
Livre V, Chap. IV, 3.

« Jus non a regula sumatur sed a jure, quod est, regula fiat ».

Digeste, *De regulis juris*, 50, 17, 1.

INTRODUCTION

1. La notion de puissance est consubstantielle à l'idée de société. A partir du moment où les êtres humains vivent en groupe, il s'établit un lien social fondé sur la hiérarchie, la fonction et donc l'inégalité. Il n'est guère que dans l'île d'Utopie imaginée par Thomas More (1516), ou dans la Cité du soleil de Campanella (1623), que les relations sociales sont essentiellement empreintes de charité et d'amour, de propriété collective et d'égalité. Si le communisme permet de rapprocher ces auteurs de Platon, la nature aristocratique de la Cité idéale du disciple de Socrate contribue à les opposer. En effet, pour Platon, la Cité parfaite n'est pas égalitaire, mais doit se caractériser par les qualités de justice, de courage, de sagesse et de tempérance. Or, ces deux dernières qualités signifient que, d'une part la Cité soit gouvernée rationnellement par de bons chefs, et que, d'autre part les inférieurs obéissent aux supérieurs¹. Plus encore, la justice sociale, selon Platon, consiste à attribuer à chacun la fonction sociale qu'il mérite selon ses aptitudes naturelles². L'idée de justice légitime donc l'inégalité entre les hommes d'une même société : « *la nature n'a pas fait chacun de nous semblable à chacun, mais différent d'aptitudes, et propre à telle ou telle fonction* »³. Ainsi, la société idéale prônée par Platon est structurée en classes fonctionnelles : les agriculteurs, artisans et commerçants, qui assurent la prospérité matérielle, les gardiens chargés de la défense et de la police, et les chefs à qui incombe la direction du groupe⁴. Dans cette conception, l'inégalité ne prend pas sa source dans la propriété des biens, mais dans les mérites de chacun; ce qui ne sera plus le cas dans la société féodale.

Au Moyen-Age, la société était, en effet, divisée en ordres déterminés en fonction des privilèges héréditaires⁵. L'ordre le plus important en nombre était celui des roturiers. Il avait, en principe, une fonction économique, mais cela ne lui donnait aucune puissance, compte tenu de la faiblesse de l'activité commerciale de l'époque. En revanche, les deux autres ordres cumulaient l'intégralité du pouvoir, ou plus exactement des puissances. La noblesse concentrait la puissance politique et militaire, tandis que le clergé monopolisait le savoir intellectuel et juridique⁶. Le lien social avait, donc, une très forte tendance à être immuable et figé. Dès lors, la puissance économique ne pouvait apparaître sous une forme autonome, tant elle était indissociablement rattachée aux autres types de puissances. D'abord, l'ordre de la noblesse contrôlait les grands domaines immobiliers, qui formaient la quasi totalité des richesses patrimoniales. De ce fait, les roturiers étaient contraints de se soumettre à l'hommage vassalique, et à toutes les obligations qui en découlent, pour pouvoir exploiter les terres agricoles. Certes, les services vassaliques sont davantage des charges réelles rattachées au fief que des obligations personnelles. Mais l'hérédité de l'hommage servile, et la perpétuité de l'hommage vassalique, atténuent fortement cette distinction juridique. Quelle qu'en soit la qualification, la réalité est identique : l'activité

¹ *La République*, liv.IV, 432 a.

² Op. cit., liv.IV, 432 e - 433 d.

³ Op. cit., liv.II, 370 b.

⁴ La reconnaissance de l'inégalité sociale est plus honnête que la méthode utilisée à Sparte, selon laquelle tous les citoyens étaient égaux, alors que cette qualité n'était attribuée qu'à une partie infime de la population; cf. J. Ellul, *Histoire des institutions*, t.1 et 2, *L'Antiquité*, p.55.

⁵ J. Ellul, op. cit., t.3, Le Moyen-Age, p.135.

⁶ Op. cit.

économique était enserrée par le carcan de la concession du fief aux vassaux, la puissance économique de ces derniers étant paralysée par le droit « *éminent* » du seigneur. La confusion entre la puissance patrimoniale et la puissance économique, la première absorbant la seconde⁷, est caractérisée dans la tenure contractuelle : la censive. En effet, le tenancier, qui est titulaire du domaine « *utile* », détient le contrôle économique de l'activité, mais doit, en contrepartie, verser le cens au seigneur, titulaire du domaine « *éminent* ». Ensuite, l'ordre du clergé détenait, outre un immense domaine immobilier, le pouvoir religieux, une partie du pouvoir judiciaire, et l'essentiel du savoir intellectuel. Ce dernier point, qui tenait une place prépondérante dans le domaine de l'enseignement et de l'éducation, connaîtra son véritable essor, quelques siècles plus tard, avec le développement de la puissance informationnelle et professionnelle. Mais, pour l'heure, il convient de s'arrêter quelques instants sur les bouleversements socio-politiques qui ont mis fin à l'Ancien régime.

2. La Révolution de 1789 trouve l'une de ses explications fondamentales dans l'apparition d'une nouvelle classe sociale : la bourgeoisie commerçante et capitaliste. Dès le XV^{ème} siècle, le capitalisme commercial commence, en France, à faire réellement son apparition⁸. Il faut bien percevoir que cette nouvelle classe développe son influence économique et sociologique en dehors des ordres traditionnels, même si juridiquement elle appartient au Tiers-Etat. La particularité de ce groupe social est son hétérogénéité et son extraordinaire plasticité, qui tranche avec la rigidité des ordres. La bourgeoisie est, entre le XII^{ème} et le XV^{ème} siècles, en constant renouveau. Son dynamisme lui permet accaparer le pouvoir économique, en constituant, peu à peu, une véritable caste, une puissante oligarchie financière⁹. A partir de ce moment, son influence ne cessera de grandir, concurrençant, par la puissance commerciale et financière, la puissance patrimoniale de la noblesse et du clergé. Progressivement, cette influence se fera ressentir sur le plan politique, la bourgeoisie obtenant du roi, en contrepartie de son aide financière, d'importantes concessions, notamment dans le domaine de l'administration des villes. Il est clair que le pouvoir politique ne pouvait indéfiniment échapper à ceux qui détenaient, dans le pays, la totalité de la puissance économique. La bourgeoisie était, en effet, à la source principale du développement économique et de la création de richesses, alors que, dans le même temps, elle était enlisée dans une structure sociale lourde et rigide, fondée sur des privilèges ancestraux qui n'avait plus aucune justification. La Révolution est venue faire éclater ce modèle de société pour hisser au pouvoir la classe économiquement dominante; et tout le monde s'accorde, aujourd'hui, à reconnaître qu'il s'agissait d'une révolution faite par les bourgeois pour les bourgeois.

Après 1789, la bourgeoisie a voulu se donner les moyens juridiques d'asseoir et d'accroître sa puissance économique. Pour ce faire, la voie la plus favorable était l'élaboration et la promulgation d'un droit libéral et individualiste, c'est à dire un droit codifiant les acquis des sciences économiques tels que les avaient exposés les auteurs classiques. Evidemment, il s'agissait de jeter les fondations d'une société qui est l'antithèse de celle de l'Ancien régime, afin d'éviter un retour intempestif du système féodal. C'est donc avec une grande justesse que Ripert date « *l'avènement du régime capitaliste en France de la Révolution de 1789* »¹⁰. D'abord, il importait de supprimer la division du

⁷ Il est intéressant de rappeler qu'à Rome, le droit de propriété était fondé sur l'idée de puissance : *plena in re potesta*. Cf. F. Zénati, *Les biens*, n°114.

⁸ J. Ellul, op. cit., p.297.

⁹ Op. cit., p.320.

¹⁰ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n°2.

droit de propriété entre le domaine éminent et le domaine utile. En ce sens, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame, dans son article 17, le caractère inviolable et sacré du droit de propriété. Le changement de régime politique par le passage à l'Empire ne modifie en rien le cap adopté, et le Code civil de 1804 a consacré, avec l'article 544, la conception la plus subjective et absolue du droit de propriété¹¹. Ensuite, il s'est agi de renforcer cet acquis à l'aide des principes de liberté absolue et d'égalité juridique. Ces principes généraux ont été proclamés dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 par les articles 1er¹² et 6¹³. Le principe de liberté du commerce et de l'industrie, quant à lui, a été formulé par la loi des 2 et 17 mars 1791. Mais, c'est surtout d'individualisme dont il s'agit, car cette loi avait pour objet premier de supprimer les corporations, telles que les maîtrises ou les jurandes¹⁴. A cet égard, le préambule de la Constitution de 1791, à propos duquel Waline disait « *on croit y entendre le vent qui déracine les chênes* »¹⁵, est extrêmement révélateur : « *il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège ni exception au droit commun de tous les Français* ». Là aussi, le Code civil va entériner le sens de l'évolution en consacrant, dans son article 1134, le principe de la liberté contractuelle, duquel la doctrine du XIX^{ème} siècle tirera le dogme de l'autonomie de la volonté. Il était, en effet, primordial de ne pas entraver la liberté individuelle, moteur de l'économie. De même, le commerce postule l'égalité juridique entre les personnes, afin qu'en principe l'activité économique soit possible pour tous, et donc, profite à tous. Mais l'égalité, comme d'ailleurs la liberté selon Ripert, « *permet tout, mais ne donne rien* »¹⁶.

3. Les principes, qui ont présidé à l'élaboration du Code civil, et auparavant du droit intermédiaire, sont un mélange à la fois de candeur et d'artifice, en ce qu'ils sous-estiment les inégalités de fait. De telles inégalités existaient sous l'Ancien régime, mais elles correspondaient, pour les plus importantes, aux inégalités consacrées par le droit. La nouveauté est que le droit positif, tel qu'issu de la Révolution, a été conçu comme si tous les individus appartenant à la société étaient égaux. Ce postulat est révélateur d'une conception très abstraite des normes juridiques, ainsi que d'une confusion entre l'égalité des droits et l'égalité des faits. Or, la philosophie d'Aristote nous apprend que la justice consiste à ne comparer également que toutes choses égales : « *si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elle seront traitées l'égalité. De là viennent les disputes et les contestations, quand des personnes sur le pied d'égalité n'obtiennent pas des parts égales, ou quand des personnes, sur le pied d'inégalité, ont et obtiennent un traitement égal* »¹⁷. Malgré cet enseignement, c'est une conception très théorique de l'égalité qui va être instaurée : « *l'égalité est seulement une égalité devant la loi (laissant de côté le problème de l'égalité économique)* »¹⁸. Le citoyen, qui bénéficie d'une égalité politique et juridique, est donc envisagé comme un être abstrait, détaché du milieu économique et social dans lequel il évolue. M. Ellul considère que cette conception de l'égalité vient de l'influence bourgeoise, qui n'avait besoin que de l'égalité politique

¹¹ J. Carbonnier, *Les biens*, n°70, p.146.

¹² « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

¹³ « *La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

¹⁴ P. Didier, *Droit commercial*, t.1, p.269 et suiv.

¹⁵ Waline, *L'individualisme et le droit*, Paris, 1943, cité par J.J. Chevallier in *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, Dalloz, 1985, 7^{ème} éd., p.26.

¹⁶ G. Ripert, op. cit., n°4.

¹⁷ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, liv.V, chap.III, 6.

¹⁸ J. Ellul, op. cit., t.5, *Le XIX^{ème} siècle*, p.45.

puisqu'elle détenait déjà la puissance économique¹⁹. Ainsi, grâce aux principes de liberté absolue et d'égalité abstraite s'ouvre, au début du XIXème siècle, l'ère libérale, entièrement dominée par la puissance patrimoniale, financière et commerciale de la bourgeoisie²⁰. Mais il s'agit d'une domination purement factuelle qui porte sur l'activité économique soumise aux « *lois du marché* ». La réalisation de profits grandissants est l'objectif premier du système capitaliste de l'époque, ce qui a pour conséquence grave de soustraire la vie économique à la direction politique et à la régulation morale²¹. Le social, le juridique et le politique sont donc subordonnés à l'économique, dont la tendance à l'autonomie est légitimée par son avènement au rang des sciences. Or toutes les sciences sécrétant des lois, celles du marché devaient impérativement et scrupuleusement être respectées. L'un des effets majeurs de ce raisonnement, ou plus exactement de ce sophisme, était que tous biens, toutes activités étaient soumis à la loi de l'offre et de la demande, y compris le travail salarié. Par cette loi, l'économie libérale s'est développée « *en dehors* »²² du droit, à l'abri des préceptes moraux et des considérations de justice sociale; elle contenait en elle sa propre finalité. Mais cette « *loi d'airain* » était particulièrement insoutenable pour les ouvriers, dont le niveau de vie confinait à la misère et qui subissaient de plein fouet les conséquences des fluctuations du marché et des périodes de récession.

4. Dès son origine, le capitalisme libéral contenait une double contradiction²³. D'abord, le jeu de la libre concurrence crée mécaniquement un phénomène de concentration capitaliste des moyens de production et des entreprises. En effet, il existe dans ce système une tendance naturelle à l'élimination, ou la domination, des faibles par les puissants. A partir de 1870, cette situation atteint son paroxysme par la constitution de monopoles de fait, ce qui est la négation manifeste du libéralisme. L'Etat s'est donc trouvé devant la nécessité d'établir des normes de direction du marché, ce que les juristes nommeront plus tard l'ordre public économique de direction. Ensuite, le décalage existant entre le principe théorique de l'égalité et l'accroissement réel des inégalités économiques a rendu indispensable l'érection de règles juridiques protectrices des économiquement faibles. Ce mouvement doit être rapproché de l'échec essuyé par le système capitaliste et libéral face aux différentes crises économiques survenues pendant tout le XIXème siècle jusqu'à la grande crise de 1929. La théorie économique, telle qu'elle avait été élaborée par les auteurs classiques et néoclassiques, perd ses certitudes et la confiance dans le fonctionnement mécanique du marché, ce qui aboutira à une démarche beaucoup plus volontariste, dont Keynes restera le plus célèbre défenseur.

Surtout, et contrairement à l'analyse marxiste, le droit ne peut être exclusivement le produit de l'économie. Alors que, pendant la seconde moitié du XIXème siècle, la puissance du capitalisme a permis d'obtenir le vote de lois destinées à favoriser le commerce et le financement des entreprises²⁴, le législateur va peu à peu édicter des dispositions d'ordre public destinées à protéger certaines personnes en situation de faiblesse. Le suffrage universel, proclamé en 1848, a pesé d'un poids considérable sur cette évolution. « *Il y a plus de consommateurs que de producteurs, plus de salariés que de patrons, plus de non-possédant que de capitalistes. Si les plus nombreux ont le droit de*

¹⁹ Op. cit., p.46.

²⁰ Op. cit., p.211 et suiv.; cf. également G. Ripert, op. cit., n°7.

²¹ Op. cit., p.228 et suiv.

²² Op. cit., p.243; il serait peut-être plus précis de dire : en dehors des lois d'ordre public.

²³ Op. cit., p.243 et suiv.

²⁴ G. Ripert, op. cit., n°10 et suiv.

faire la loi, il faut bien s'attendre à ce qu'ils la fassent en leur faveur et contre la minorité »²⁵. Par la loi Rabier du 17 mars 1905, modifiant l'article 103 du Code de commerce, les cocontractants des puissantes entreprises de transport ont été protégés contre les clauses de non-responsabilité qui leur étaient imposées. Puis ce fut le tour des assurés²⁶, des locataires, des acheteurs d'engrais et de fonds de commerce, et surtout des salariés. Depuis, les protections particulières n'ont cessé de proliférer au gré des corporatismes, des groupes de pression et des modes. Mais, au delà de la diversité, ces régimes protecteurs dérogatoires du droit commun se caractérisent tous par la création de catégories générales et abstraites d'individus présumés en situation de faiblesse économique, ce qui rappelle inmanquablement les privilèges de l'Ancien régime, à ceci près qu'en démocratie libérale les privilégiés ne sont plus les puissants au plan de l'ordre juridique dit économique et social. Ainsi, la prise en compte du phénomène de la puissance économique par le droit s'est faite selon deux caractéristiques : d'une part le droit est sensible aux déséquilibres engendrés par la puissance économique, et par voie de conséquence à la faiblesse qui en est le reflet; d'autre part, afin de ne pas contrarier ouvertement les principes de liberté absolue et d'égalité abstraite, le droit commun a été, en apparence, épargné, l'instauration des régimes protecteurs s'effectuant en dehors de lui par le biais d'une parcellisation, d'un morcellement. A l'évidence, l'influence de la puissance économique sur le droit a un effet perturbant. Leurs rapports seront donc forcément complexes et ambigus. Mais avant d'analyser la nature de ces rapports, il convient de déterminer précisément ce que l'on entend par puissance.

5. Hannah Arendt, dans son ouvrage intitulé *Du mensonge à la violence*, écrivait : « *il me paraît assez triste de constater, qu'à son stade actuel, la terminologie de notre science politique est incapable de faire nettement la distinction entre divers mots clefs, tels que « pouvoir », « puissance », « force », « autorité », et finalement « violence », dont chacun se réfère à des phénomènes distincts et différents* »²⁷. Il importe donc de proposer une définition de la puissance économique, en l'opposant aux autres notions avec lesquelles on tend à la confondre. La puissance économique s'oppose à la notion de pouvoir, malgré une racine étymologique commune²⁸, en ce que cette dernière a une connotation plus politique qu'économique. D'une façon générale, le pouvoir se définit comme « *la capacité de faire triompher une volonté* »²⁹, ce qui s'applique parfaitement au débat politique. Dans une démocratie libérale, le pouvoir a pour objet de faire primer l'intérêt public et général, tout en assurant l'égalité entre les gouvernés. En d'autres termes, le pouvoir politique, ainsi défini, a pour but d'empêcher que de puissants intérêts particuliers imposent leur volonté au plus grand nombre. La puissance, au contraire, implique les idées de hiérarchie et de dissymétrie³⁰. « *La notion de puissance, impliquant une dissymétrie, présente l'intérêt de nous faire prendre en compte l'échange inégal entre les personnes* »³¹. La puissance se distingue donc du pouvoir en ce qu'elle s'applique à faire prévaloir les intérêts de ceux qui la détiennent et qui en usent. Surtout, le choix du vocable puissance permet d'éviter l'assimilation trompeuse avec la définition juridique du terme pouvoir qui désigne la faculté « *d'un individu d'agir sur la personne ou le patrimoine d'autrui* »³². En droit privé,

²⁵ Op. cit., n°14.

²⁶ Loi du 13 juillet 1930.

²⁷ Presse Pocket, 1969, p.143.

²⁸ *Podeir, Dictionnaire Historique de la Langue Française*, Le Robert.

²⁹ J. Russ, *Les théories du pouvoir*, Livre de Poche, p.27.

³⁰ Op. cit., p.36.

³¹ Op. cit.

³² J. Carbonnier, op. cit., n°162.

le pouvoir a pour fonction d'assurer la promotion des intérêts d'une collectivité³³ ou des plus faibles³⁴. Eu égard au contenu très précis de la notion de pouvoir, dans le domaine juridique, il est préférable d'éviter de l'utiliser pour désigner une réalité économique.

Le même argument peut être avancé à propos du terme violence qui, lui aussi, a un contenu juridique particulier³⁵. Au surplus, le caractère forcément illicite de la violence ne permet pas d'avoir une vue globale du problème. Certes, le terme de violence est parfois usité pour décrire « *l'agressivité impitoyable qui gouverne les rapports économiques concurrentiels* »³⁶. En outre, des penseurs tels que Machiavel³⁷, Hobbes³⁸ ou Weber³⁹ estimaient que la violence était un « *mal nécessaire* » pour maintenir l'ordre et la paix. Allant encore plus loin, Georges Sorel faisait de la violence le moyen de lutter contre la dégénérescence et la décadence de la société en lui insufflant une nouvelle vigueur⁴⁰. C'est cette vision positive de la notion de violence qui permet à certains de dire qu'elle est l'exercice normal du pouvoir par l'Etat, celui-ci se réservant le monopole de la violence légitime. Mais cette réflexion implique que, hors du pouvoir étatique, la violence est par définition illicite. Or, en matière économique, l'utilisation d'une certaine force est admise, que ce soit entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Par conséquent, il est préférable de réserver l'utilisation du concept de violence au domaine de l'illicite, que cet illicite soit de nature civile ou pénale. Admettre le contraire reviendrait *ipso facto* à légitimer les formes de contre-violence telles que les insurrections, les révolutions, ou les guerres dont l'objectif est de mettre fin à la situation de violence. Ce raisonnement peut aller très loin, car Marx voyait dans la propriété privée la cause essentielle de toutes les violences sociales.

Beaucoup plus pertinent est le rapprochement entre les notions de force et de puissance. En effet, ces deux termes désignent tout autant une action effective qu'une potentialité. « *Appelons (...) force ou puissance la simple faculté qu'a un individu de se manifester, selon ses énergies propres; cette force, cette puissance, peuvent rester limitées à elles mêmes, sans chercher à soumettre d'autres individus* »⁴¹. Ce double sens du terme puissance puise sa source dans l'étymologie. Au XVI^{ème} siècle « *puissant* » désignait une chose capable de produire un grand effet⁴². Mais malgré cette proximité sémantique force et puissance s'opposent. D'abord le terme force a une connotation plus physique qu'économique⁴³. Ensuite Arendt proposait de distinguer la force de la puissance, celle-ci étant « *toujours une puissance possible, et non une entité inchangeable, mesurable et sûre comme l'énergie ou la force. Tandis que la force est la qualité naturelle de l'individu isolé, la puissance jaillit parmi les hommes lorsqu'ils agissent ensemble et retombe dès qu'ils se*

³³ Ex. : le pouvoir des mandataires sociaux dans les sociétés.

³⁴ Ex. : le pouvoir du tuteur pour gérer les intérêts de l'incapable.

³⁵ Art. 1111 et suiv., C. civil.

³⁶ F. Busnel, F. Grolleau, F. Tellier et J.P. Zarader, *Les mots du pouvoir*, éd. Vinci, 1995, p.242.

³⁷ *Le prince*, 1513.

³⁸ *Le léviathan*, 1651.

³⁹ *Le savant et le politique*, 1959.

⁴⁰ G. Sorel, *Réflexions sur la violence*, Seuil, 1990, ouvrage publié en 1908 pour la première fois.

⁴¹ J. Starobinski, 1789 : *Les emblèmes de la raison*, Champ, Flammarion, 1979, p.140; cf. également F. Busnel et autres, op. cit., p.113.

⁴² *Dictionnaire Historique de la Langue Française*, p.1606.

⁴³ F. Busnel et autres, op. cit., p.113 : « *La force est la puissance d'action physique d'un être ou d'un organe* »; St. Thomas avait donné à la force une connotation métaphysique en parlant de la force de l'âme par opposition à la faiblesse de la chair; *Somme théologique*, Quest. 123 à 127.

dispersent »⁴⁴. Mais ce critère de distinction, fondé sur la pluralité des individus, n'est pas très porteur de sens. Il convient de lui préférer le critère proposé par Mme Russ, pour qui la force « désigne sous un certain angle un mode agressif du pouvoir »⁴⁵ : « *Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir* »⁴⁶. En allant au bout du raisonnement, la force s'oppose au droit de façon irréductible. Certains dialogues de Platon montrent, à cet égard, que le droit et la force sont résolument antithétiques, le premier étant là pour mettre fin à la seconde⁴⁷. Or, la puissance économique reste extérieure à ce conflit. Même lorsque l'on réconcilie les notions de force et de droit au moment de l'exécution de la règle de droit⁴⁸, il faut reconnaître que la puissance entretient avec le droit des relations d'une nature différente. Lorsque l'on pose le problème des liens existants entre la puissance économique et le droit, il n'est question ni de l'usage de la force pour faire appliquer la norme, ni de déceler dans la force l'origine du droit comme le faisait Hobbes⁴⁹. Il s'agit d'analyser, de façon pragmatique, la manière dont la puissance économique perturbe la règle de droit, et inversement, comment le droit appréhende la notion de puissance économique. Pour ce faire, il faut avoir de la puissance économique une vision suffisamment globale pour en cerner l'intégralité des effets, qu'il convient de ne pas confondre avec la source.

6. Les termes de domination et de dépendance, qui semblent être, a priori, des notions voisines de la puissance, désignent en réalité ses effets. On sait que Max Weber fondait le lien social autant sur l'accord que sur le combat⁵⁰. Le rapport social, caractérisé par le combat, se définit « *par la volonté de chacun des acteurs d'imposer sa volonté malgré la résistance de l'autre* »⁵¹. Partant de là, l'action sociale se caractérise par deux séries de concepts : l'association (*verein*) et l'institution (*anstalt*) d'une part, la puissance (*macht*) et la domination (*herrschaft*) d'autre part⁵². Weber distinguait la puissance et la domination en considérant que la première pourrait ne pas être légitime, tandis que la seconde l'était obligatoirement en raison de la reconnaissance de ceux qui obéissent. S'agissant de l'étude des rapports entre la puissance économique et le droit, cette distinction essentiellement sociologique ne présente que peu d'intérêt. En revanche, nous garderons volontiers la définition weberienne de la puissance afin de l'appliquer à l'économie : « *la chance que possède un acteur d'imposer sa volonté à un autre, même contre la résistance de celui-ci* »⁵³. Or, dans le domaine économique, cette action peut prendre deux formes caractéristiques : la domination et la dépendance. La domination, toujours selon Weber, se subdivise en trois types : rationnel, traditionnel et charismatique⁵⁴. Mais derrière cette typologie, la domination garde une nature unique : elle consiste dans le fait d'exercer une

⁴⁴ H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, P. Pocket - Agora, 1994, p.224, première parution 1961.

⁴⁵ J. Russ, *Les théories du pouvoir*, p.34 et 35.

⁴⁶ J.J. Rousseau, *Du contrat social*, I, 3.

⁴⁷ Platon, *La république*, I, 336b, et *Gorgias*, 483a - 484e.

⁴⁸ Pascal, *Les pensées*, 103 et suiv. : « *Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fut juste* ».

⁴⁹ *Homo homini lupus*; de ce constat, Hobbes explique la création de l'Etat et du droit par la volonté des hommes de faire cesser la violence inhérente à l'état de nature pour la transformer en force de l'Etat, en pouvoir politique.

⁵⁰ M. Weber, *Economie et société*, t.I; 1971 traduit par J. Freund et autres.

⁵¹ R. Aron, *Les étapes de la pensée sociologique*, éd. Gallimard, 1967, p.552.

⁵² Op. cit., p.553.

⁵³ Op. cit.

⁵⁴ Op. cit., p.556.

influence déterminante, de faire acte d'autorité, de souveraineté⁵⁵. D'un point de vue philosophique, on rattache ce concept à la *libido dominandi* qui pousse les hommes à vouloir commander, gouverner⁵⁶. En matière économique, la domination est le résultat de la puissance d'une entreprise qui imprime au marché et à ses concurrents sa propre volonté, en parvenant à se détacher des contraintes habituelles auxquelles sont soumis les autres agents. L'entreprise dominatrice, sur un marché, peut vouloir se servir de sa puissance économique pour imposer un rôle directeur, s'extraire du jeu concurrentiel, et obtenir ainsi un avantage excessif au détriment des agents économiquement plus faibles⁵⁷.

La dépendance économique est également un effet de la puissance économique, mais le lien personnel est beaucoup plus intense entre celui qui bénéficie de la dépendance et l'assujetti. La dépendance se définit donc comme le fait pour une personne de dépendre d'une autre, de telle sorte qu'un lien d'asservissement économique en découle⁵⁸. L'effet de dépendance produit par la puissance économique est moins vaste que celui de domination. Il est, en revanche, plus rigoureux à l'égard du contractant économiquement dépendant⁵⁹. Par conséquent, il est possible de conclure, que si l'on peut distinguer et opposer la puissance économique et les notions de pouvoir, de violence et de force, il convient d'englober celles de domination et de dépendance à l'intérieur du domaine de la puissance économique, en ce qu'elles en constituent les effets, même si les effets de la puissance économique ne se résument pas à ces deux notions⁶⁰.

7. Les effets de la puissance économique recourent une autre classification, celle de ces manifestations. La puissance économique peut alors être patrimoniale, commerciale ou informationnelle, chacune de ces formes pouvant produire les effets sus-décrits. Cette classification renvoie à l'origine de la puissance elle-même. Dans les sociétés primitives, la puissance s'identifiait souvent à la magie, au sacré. Le chef du clan cumulait les fonctions de chef militaire et de prêtre, son pouvoir étant assis sur la connaissance des secrets divins, qui se traduit par les rites et les formules. Il en est également ainsi dans la Grèce primitive⁶¹, et sous la monarchie, les Grecs ayant élaboré la notion de « *surhomme politique* », de héros semi-divin⁶². On retrouve cette empreinte du surnaturel dans la Rome primitive. Le Roi était à la fois chef politique, militaire et religieux⁶³. Il est remarquable, qu'à l'époque, l'*imperium* du souverain était subordonné à l'*auspicium*, c'est-à-dire au pouvoir de consulter les dieux pour connaître leur volonté. L'*auspicium* est donc le fondement de la puissance du souverain.

Plus tard le fondement du pouvoir va se rationaliser⁶⁴, se contractualiser sous l'influence de Hobbes puis de Rousseau. Continuant sa transformation, il va trouver son

⁵⁵ Du latin *dominatio* : fait de commander, d'être souverain; spécialement employé en latin chrétien, au pluriel, pour désigner un ordre venu d'anges, d'un être supérieur, un *dominator*, cf. *Dictionnaire Historique de la Langue Française*.

⁵⁶ J. Russ, op. cit., p.15.

⁵⁷ F. Perroux, *L'économie du XXème siècle*, P.U.G., 3ème éd., 1969, p.69 et suiv.

⁵⁸ Du latin *dependere*, être suspendu à, être sous l'autorité de quelqu'un.

⁵⁹ Cf. G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, thèse Paris, L.G.D.J., 1986.

⁶⁰ Nous verrons que la domination et la dépendance ressortissent au domaine de l'abus, la puissance économique pouvant également être source d'obligations.

⁶¹ J. Ellul, op. cit., p.34.

⁶² Op. cit., p.171 et suiv.; c'est notamment le cas pour Alexandre; les grecs croyaient en la dynastie royale dont le premier ancêtre, né d'un dieu, a transmis à ses héritiers une qualité exceptionnelle.

⁶³ Op. cit., p.254.

⁶⁴ J. Russ, op. cit., p.314.

fondement dans la volonté du peuple, ou, notion plus moderne, dans l'opinion publique. Ce terme d'opinion publique fait référence au « *paradigme communicationnel* ». De physique et sacré, le pouvoir est devenu synonyme de savoir et de compétence. « *Les vrais acteurs sociaux appartiennent désormais à l'empire communicationnel* »⁶⁵. Cette évolution a été soulignée par Bourdieu, qui ajoutait à la domination résultant du capital économique, celle résultant du capital culturel⁶⁶. Cette analyse complète celle de Pareto et sa théorie du pouvoir de l'élite⁶⁷. Elle sera affinée par Galbraith qui développera, au milieu des années 60, le concept de technostructure⁶⁸, selon lequel l'économie n'est plus dirigée par le détenteur de capitaux, mais par les technocrates. Ce phénomène est illustré par l'exemple des sociétés anonymes, dans lesquelles le véritable pouvoir décisionnel n'est pas dans les mains des détenteurs du capital, mais dans celles des mandataires sociaux. Tant que le pouvoir, au sens juridique du terme, de ces mandataires est exercé dans l'intérêt de la collectivité des actionnaires, ou plus exactement dans l'intérêt social, il n'y a guère de problème.

Mais tel n'est plus le cas lorsque l'exercice du pouvoir est dévoyé par la puissance informationnelle que cette technostructure concentre et utilise à son profit. Pour Galbraith, cependant, la classe technocratique s'intègre dans l'économie capitaliste en détournant le pouvoir décisionnel dans le sens de ses intérêts, mais sans contradiction fondamentale avec le système capitaliste : le savoir et le capital, s'ils ont parfois des intérêts divergents, ne sont pas antithétiques. Ils constituent les multiples facettes de la « *polyarchie* » du pouvoir⁶⁹. Au contraire, pour M. Peter L. Berger, la « *classe du savoir* », véhiculant des idées de gauche, est un adversaire majeur du capitalisme⁷⁰. Cette opposition trouve sa source dans le fait que la classe du savoir entend fonder les privilèges sur l'éducation, domaine dans lequel elle a un avantage évident, plutôt que sur la réussite financière et économique⁷¹.

8. Un parallèle très intéressant peut être effectué avec l'évolution de la notion de puissance économique. Dans une vision primaire la puissance économique a son siège au sein de l'actif patrimonial, l'avoir. Le puissant est celui qui possède. En affinant le concept on découvre que la puissance financière joue un rôle déterminant dans le circuit économique, notamment par la notion de capacité d'endettement et d'effet de levier. Poursuivant encore l'évolution, on s'attache à la puissance commerciale. Le concept de puissance devient de plus en plus incorporel et confine aux idées de clientèle, d'image de marque et de volume d'achats. Enfin, stade ultime de l'abstraction, la puissance peut se manifester au travers de l'information. Le puissant est alors celui qui sait. C'est un des apports majeurs de la doctrine économique du XX^{ème} siècle d'avoir abandonné les postulats erronés de la gratuité de l'information et de la transparence du marché. L'information a un coût, une utilité, et par là une valeur économique. Au terme provisoire de cette évolution, ne doutons pas qu'elle se poursuivra dans l'avenir, force est de conclure au caractère protéiforme, polymorphe, de la puissance économique. Comme avec toute notion fuyante et rebelle à la catégorisation, le droit a le plus grand mal à l'appréhender correctement. Cette difficulté est d'autant plus grande que la question de l'opportunité de la

⁶⁵ Op. cit., p.315.

⁶⁶ P. Bourdieu, *La distinction*, éd. de Minuit, p.128 et suiv.

⁶⁷ V. Pareto, *Traité de sociologie générale*, Droz, p.1296 et suiv.

⁶⁸ In *Le nouvel Etat industriel*, 1967.

⁶⁹ J. Russ, op. cit., p.171 et suiv.

⁷⁰ P.L. Berger, *La révolution capitaliste*, Litec, 1992, p.66 et suiv.

⁷¹ Op. cit., p.68 et suiv.

prise en compte de la puissance économique, par le droit, reste encore en suspend, ce qui pose le problème de la nature de leurs rapports.

9 . Les rapports entretenus par le droit et la science économique avec la puissance sont ambivalents. La première attitude consiste à exclure purement et simplement l'idée de puissance économique du raisonnement. La science économique, pendant tout le XVIIIème et le XIXème siècle au travers des écoles classiques et néoclassiques, est toujours partie du postulat suivant lequel les agents économiques sont de tailles atomiques et ne peuvent, par conséquent, exercer une quelconque influence sur le marché ou les choix des autres agents. Dans ce cadre théorique, caractérisé par les dogmes de la concurrence pure et parfaite et du fonctionnement mécanique du marché, les inégalités de puissance économiques étaient incompatibles avec les concepts élaborés et utilisés par les économistes. De la même manière, le droit français a eu tendance, vers la fin du XIXème siècle, à surestimer l'importance des principes de liberté, duquel découle celui de l'autonomie de la volonté, et d'égalité des sujets de droit. Or, il est évident que l'idée de déséquilibre de puissance économique, causant des phénomènes de domination et de dépendance au détriment des faibles, ne pouvait être assimilée par de tels concepts. Les domaines économiques et juridiques privilégiaient, en effet, une approche abstraite et idéaliste de la matière traitée. Il leur a fallu, avec la concentration capitaliste, intégrer un phénomène d'une modernité apparente⁷² et d'une évidence flagrante. La science économique, avec E.H. Chamberlin aux Etats-Unis et J. Robinson en Angleterre, va subir une véritable révolution conceptuelle⁷³. L'un a élaboré la notion de « *concurrence monopolistique* », tandis que l'autre a dégagé l'idée de concurrence imparfaite, deux théories en rupture totale avec l'analyse classique et néoclassique du marché. Le renoncement à la vision mécaniste et atomistique du marché a permis à la théorie économique d'intégrer les inégalités de puissance économique entre agents. En France, Perroux conceptualisera ces idées avec sa théorie de l'économie dominante⁷⁴, selon laquelle une entreprise économiquement puissante peut exercer sur le marché, et par voie de conséquence sur ses concurrents et ses contractants, un effet de domination qui se traduit, dans l'échange, par l'obtention d'un avantage anormal. Il faut donc tenir compte de la stratégie des firmes dominantes dont l'objectif sera d'influencer le fonctionnement du marché et de modifier l'environnement économique.

10 . Dans le domaine juridique, la théorie a subi le même type d'évolution. Les mythes de la liberté absolue et de l'égalité abstraite se sont, depuis le XIXème siècle, heurtés à la réalité de l'exploitation des ouvriers et de la faiblesse chronique des consommateurs. Ces deux notions ont donc été, relativisée pour la première, et rendue plus concrète pour la seconde. L'influence de la puissance économique se fait alors sentir en droit positif. Il n'est plus question, pour le juriste et le législateur, de rester indifférents aux inégalités économiques qui causent tant d'injustices et d'excès dans la société libérale et individualiste. Pourtant, l'attitude adoptée est nécessairement mesurée et circonspecte, car la puissance économique est également source de croissance et de richesses. Ainsi, la notion de puissance est déconcertante pour le juriste, en ce qu'elle peut indifféremment produire soit le bien-être et l'utilité sociale, soit l'injustice et l'abus. Le droit a, il est vrai, plus l'habitude de notion, plus franche, plus manichéenne. La violence ou le dol sont, par exemple, toujours source de condamnation, sinon juridique en raison des conditions

⁷² Les phénomènes de puissance ont toujours existé, mais, en matière économique, la puissance s'est montrée sous un jour particulier au XXème siècle, dans les sociétés capitalistes.

⁷³ *Histoire des pensées économiques, les contemporains*, Sirey, 1988, p.75 et suiv.

⁷⁴ Op. cit.

d'existence édictées par le Code civil, du moins morale. S'agissant d'appréhender l'ambivalence du concept de puissance, force est d'abandonner l'abstraction pour se fonder sur une méthode concrète d'appréciation et d'analyse. Nietzsche est celui qui a le mieux mis en relief l'ambiguïté de l'idée de puissance. Dans son ouvrage intitulé *La volonté de puissance*, Nietzsche voit dans la puissance une force créatrice, dynamique et inventive. « *Le but n'est pas le bonheur, c'est la sensation de puissance. Il y a dans l'homme et dans l'humanité une force immense qui veut se dépenser, créer* »⁷⁵. Mais pour Nietzsche, cette volonté de puissance est en pleine dégénérescence sous l'influence judéo-chrétienne. Dans ce contexte, où le nihilisme doit forcément l'emporter, la domination est médiocre, fruit d'un « *commandement-obéissance* » mesquin, consacré au culte de l'argent et des valeurs établies⁷⁶. Compte tenu de l'ambivalence de l'idée de puissance, le droit ne peut entretenir avec elle que des rapports doubles, colorés à la fois de défiance et de confiance.

11. Les rapports existants entre le droit et la puissance économique sont, en premier lieu, animés par la défiance. C'est ainsi que Ripert s'est proposé de rechercher la force des idées morales « *dans la lutte qu'elles livrent contre la puissance économique* »⁷⁷. En ce sens, la règle de droit se dresse contre la puissance économique afin d'en limiter les effets. Sous cet angle, il importe, afin de cerner l'intégralité du problème, d'avoir égard au contraire de la puissance économique : la faiblesse; car l'existence d'une concentration de puissance économique implique nécessairement, mécaniquement, l'existence d'un état de faiblesse. En quelque sorte, la puissance économique n'est puissance que face à la faiblesse d'autrui. De part sa nature dissymétrique, la puissance économique est une notion relative. On est toujours puissant ou faible par rapport à une référence. Par conséquent, la lutte contre les effets de la puissance économique passe forcément par la protection des économiquement faibles, que cette protection soit préventive et collective ou répressive et individuelle.

L'histoire juridique contemporaine est riche d'exemples de protection de contractants en situation de faiblesse économique : le salarié, l'assuré, le locataire, l'agent commercial, le consommateur. Ce dernier exemple est certainement le plus révélateur de part la généralité de la protection mise en place⁷⁸. Loin de se contenter de protéger le consommateur dans certains contrats spéciaux, le législateur a, avec la loi du 10 janvier 1978, érigé une protection générale contre les clauses abusives⁷⁹. Le caractère général et abstrait de cette protection ne va d'ailleurs pas sans une déstabilisation du droit des contrats et une altération des notions classiques de la théorie des obligations⁸⁰. En effet, le consommateur est par définition considéré comme un économiquement faible face au professionnel présumé irréfragablement de mauvaise foi. Mais la réalité est plus complexe, et la protection générale et abstraite des consommateurs entraîne des phénomènes de sur et de sous-protection⁸¹. La sous-protection apparaît lorsqu'on prend conscience que le

⁷⁵ F. Nietzsche, *La volonté de puissance*, Gallimard, t.1, p.215.

⁷⁶ F. Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Mercure de France, p.64 : « *Voyez donc ces superflus! Ils acquièrent des richesses et en deviennent plus pauvres. Ils veulent la puissance et avant tout le levier de la puissance, beaucoup d'argent, - ces impuissants!* ».

⁷⁷ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°21.

⁷⁸ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*; G. Cas et D. Ferrier, *Traité du droit de la consommation*.

⁷⁹ Art. 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978, inséré dans l'article L. 132-1 du Code de la consommation et modifié par la loi n°95-96 du 1er février 1995.

⁸⁰ F. Magnin, *Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation*, J.C.P., 1976, I, 2780; M. Armand-Prévost et D. Richard, *Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel)*, J.C.P., 1979, I, 2952.

⁸¹ Sinay-Citermann, *Protection ou surprotection du consommateur?*, J.C.P., 1994, I, 3804.

consommateur n'a pas l'exclusivité de la faiblesse économique, et que des professionnels se trouvent souvent dans un état de vulnérabilité comparable⁸². A cet égard, les multiples fluctuations de la Cour de cassation, en ce qui concerne la définition du consommateur, sont significatives de l'inadéquation d'un système de protection trop abstrait⁸³. De même, un phénomène de sur-protection a été relevé par la doctrine, lorsque la protection consumériste favorise l'anéantissement du sens de la responsabilité chez les individus protégés. Il y a un effet pervers de la protection qui pénalise l'activité économique, entrave l'épanouissement individuel, et fait du consommateur un nouveau type d'incapable⁸⁴.

12. Il faut inscrire cette tendance du droit dans l'évolution générale de la société et des mœurs. C'est un des paradoxes de notre époque que de vouloir cumuler le culte de l'individualisme avec celui de l'Etat providence⁸⁵. Cette volonté d'obtenir les avantages cumulés de deux solutions contraires est une caractéristique de la société moderne. M. Bruckner l'a définie comme la tentation de l'innocence : « *J'appelle innocence 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* »⁸⁶. M. Bruckner dégage deux directions dans cette recherche de l'innocence : l'infantilisme et la victimisation. Pour cet auteur, l'infantilisme dépasse le besoin légitime de protection et se définit comme « *le transfert au sein de l'âge adulte des attributs et des privilèges de l'enfant. L'infantilisme combine donc une demande de sécurité avec une avidité sans borne, manifeste le souhait d'être pris en charge sans se voir soumis à la moindre obligation* »⁸⁷. Or, si l'infantilisme est une tendance aussi nette de la société c'est qu'il est alimenté par « *deux alliés objectifs qui l'alimentent et le secrètent continuellement : le consumérisme et le divertissement (...)* »⁸⁸. L'effet pervers va également se retrouver dans la seconde direction : la victimisation, qui se caractérise par « *ce penchant du citoyen choyé du « paradis » capitaliste à se penser sur le modèle des peuples persécutés, surtout à une époque où la crise sape notre confiance dans les bienfaits du système* »⁸⁹. Quel renversement de valeur ! Alors que la victime était, à l'origine, l'être sacrifié, vaincu⁹⁰, elle est aujourd'hui un sujet de droits dispensé de toute obligation, un éternel créancier. Aujourd'hui, le jeu consiste à trouver une protection, à se glisser sous les vêtements de la victime afin de placer les autres, la société, en état de débiteur à son égard⁹¹. Le consumérisme est topique de cet état d'esprit : « *Si la pauvreté,*

⁸² Sur ce point, cf. J. Mestre, *Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine*, in Mélanges Breton-Derrida, Dalloz, 1991.

⁸³ Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1987, Dalloz, 1988, 1, note P. Delebecque, J.C.P., 1987, II, 20893, note G. Paisant; Cass. Civ., 25 mai 1992, Dalloz, 1993, 87, note G. Nicoleau; Cass. Civ. 1ère, 6 janvier 1993, Dalloz, 1993, Som. Com. 237, obs. G. Paisant; et J.C.P., 1993, II, 22007, note G. Paisant; Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1993, J.C.P., 1994, II, 22334, note L. Leveneur; Cass. Civ. 1ère, 24 janvier 1995, Dalloz, 1995, 327, note G. Paisant; Cont. Conc. Cons., 1995, n°84, note L. Leveneur; Cass. Civ. 1ère, 3 et 30 janvier 1996 Juris-Data n°000025 et Dalloz 1996 IR 59.

⁸⁴ En ce sens, cf. P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°325; E. Agostini, *De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice*, Dalloz, 1994, chron.235.

⁸⁵ J. de La Fontaine avait montré que l'indépendance et la liberté étaient incompatibles avec la sécurité et le bien-être matériel, cf. *Le loup et le chien*, Bibliothèque de la Pléiade, p.35.

⁸⁶ P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, éd. Grasset, 1995, p.14.

⁸⁷ Op. cit., p.15.

⁸⁸ Op. cit.

⁸⁹ Op. cit.

⁹⁰ Du latin *victima*, « bête offerte en sacrifice », MM. Malaurie et Aynès ajoutant l'origine étymologique venant de *victus*, dérivé de *vinco*, -ere; op. cit., n°24, note 6.

⁹¹ Nietzsche impute ce phénomène à l'influence néfaste de la morale chrétienne qui a divinisé, à travers le Christ, le pauvre, le sacrifié. Mais cette critique est surtout fondée sur un dévoilement de l'Écriture, car

selon Saint Thomas, c'est de manquer de superflu alors que la misère est manque du nécessaire, nous sommes tous pauvres en société de consommation : nous manquons forcément à tout puisque tout est en excès »⁹². Le consommateur, ce pauvre insatiable, cette victime perpétuelle, cet *infans* vulnérable, doit toujours être créancier face au professionnel, présumé retors, fourbe et menteur. Ce n'est pas un citoyen, avec des droits mais également des devoirs, des obligations, c'est un être qui croit disposer « d'une créance infinie sur ses contemporains »⁹³. De la même manière qu'en politique tout le monde veut être « juif » persécuté⁹⁴, dans la vie économique tout le monde aspire à être un consommateur ignorant et faible, ignorant donc faible⁹⁵. M. Bruckner conclut son essai sur le phénomène de la « concurrence victimaire » et la course aux régimes particuliers de protection⁹⁶, en posant la question : « Qu'est-ce que l'ordre moral aujourd'hui? Non pas tant le règne des bien-pensants que celui des bien-souffrants »⁹⁷. On rejoint ainsi la pensée de Saint Just : « Les malheureux sont les puissances de la terre; ils ont le droit de parler en maître aux gouvernants qui les négligent »⁹⁸.

C'est contre cette tendance critiquable qu'une partie de la doctrine attire l'attention en soulignant les conséquences néfastes des régimes sur-protecteurs, et notamment de celui aujourd'hui intégré dans le Code de la consommation. Ce n'est pas le principe de protection qui est en soi condamnable, mais le caractère abstrait, aveugle de celle-ci. Or, en protégeant systématiquement et exclusivement le consommateur, sous prétexte qu'il est perpétuellement en situation de faiblesse économique, sans se demander si, en réalité pour chaque cas particulier, cette protection est juste et proportionnée, le droit étouffe la confiance qu'il faut parfois avoir, dans la puissance économique.

13. En second lieu, le droit peut entretenir avec la puissance économique des rapports de confiance. Il ne s'agit plus alors de redouter les abus qu'elle peut engendrer, mais de s'attacher aux richesses qu'elle est susceptible de créer. On revient, ainsi, au sens premier du terme puissance, qui renvoie à une potentialité, à l'idée de moyens économiques et financiers importants⁹⁹. A cet égard, Ripert considérait que « les forces sociales se développent mieux dans l'inégalité que dans une gênante égalité »¹⁰⁰. C'est un des apports essentiels de Quesnay d'avoir, pour la première fois, mis en évidence le rôle du capital dans l'accroissement du revenu national¹⁰¹. En effet, la concentration capitaliste joue un rôle de multiplicateur dans la création de richesses. Ce phénomène est obligatoirement source d'inégalités, mais de ce point de vue, l'inégalité favorise le dynamisme économique. Auguste Comte, qui sur ce point rejoignait la doctrine libérale, pensait que le

Paul écrit : « que celui qui ne veut pas travailler ne mange pas! », IIème Epître aux Thessaloniens, III, 10.

⁹² P. Bruckner, op. cit., p.52.

⁹³ Op. cit., p.82 et 117.

⁹⁴ Op. cit., p.132.

⁹⁵ Op. cit., p.139 : « Tel est le risque : que la posture de la victime confine à l'imposture, que les perdants et les humbles soient délogés au profit des puissants passés maîtres dans l'art de poser sur leur visage le masque des humiliés ».

⁹⁶ Op. cit., p.206 et suiv.

⁹⁷ Op. cit., p.148.

⁹⁸ Cité par S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française*, Economica, 1995, p.193.

⁹⁹ *Dictionnaire Historique de la Langue Française*, p.1606.

¹⁰⁰ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°70, p.122; c'était aussi l'opinion de Demogue, in *Obligations*, I, n°395, p.614.

¹⁰¹ F. Quesnay, *Oeuvres*, éd. Oncken, Paris, 1988, p.243 et suiv.; il est vrai que ce rôle était injustement limité à l'agriculture, l'industrie et le commerce étant, pour les physiocrates, improductifs.

développement de la production est, par définition, conforme aux intérêts de l'ensemble de la société¹⁰². Par conséquent, le droit se doit de favoriser et de protéger la puissance économique, en ce qu'elle engendre la croissance et le développement. C'est précisément le cas lorsque le législateur utilise la propriété incorporelle pour protéger les oeuvres de l'esprit, que ce soit des inventions, des marques ou des modèles. La finalité principale de cette protection du propriétaire est de lui réserver les fruits et produits de son activité inventive ou créative. Aujourd'hui, la puissance d'une entreprise peut être exclusivement fondée sur une marque ou un brevet d'invention. Les exemples fournis par Microsoft, en matière informatique, ou par les marques de grandes renommées dans la distribution des produits de luxe sont, à cet égard, topiques.

Mais la protection n'est pas l'apanage du droit de propriété, le droit des obligations joue également un rôle important. Par exemple, la validité des réseaux de distribution exclusive ou sélective constitue un moyen, pour un fabricant disposant d'une certaine puissance sur le marché, de rationaliser la commercialisation des produits et de protéger son image de marque en imposant des normes commerciales et techniques rigoureuses¹⁰³. La puissance commerciale, qui résulte de la distribution des biens et services, est tellement importante que le droit de la concurrence admet, sous certaines conditions, la validité des accords d'exclusivité, alors même qu'ils ont pour effet de limiter la concurrence sur le marché¹⁰⁴. Dans le même ordre d'idée, il est remarquable que les abus de domination, effectués par une entreprise économiquement puissante et réprimés par l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, soient légitimés, au regard du droit de la concurrence, s'ils « *ont pour effet d'assurer un progrès économique* » en réservant « *aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte* »¹⁰⁵. En conséquence, il faut bien reconnaître que, dans certaines hypothèses, la puissance économique est source de développement, d'harmonie et d'équilibre. C'est d'ailleurs à cette condition qu'elle trouve un accueil favorable en droit positif¹⁰⁶. En période de crise, le domaine de l'emploi est particulièrement sensible à la stabilité et la sécurité engendrées par la puissance économique d'une entreprise ou un groupe d'entreprises. La jurisprudence l'a parfaitement perçu, puisque la chambre sociale de la Cour de cassation impose, en cas de licenciement pour motif économique, une obligation de rechercher un reclassement à l'intérieur du groupe de sociétés¹⁰⁷. Enfin, un dernier exemple peut être trouvé dans le parasitisme économique, qui peut se définir comme le fait de profiter indûment de la réputation d'une marque ou des efforts d'une entreprise dans les domaines commercial, technique ou intellectuel¹⁰⁸. Ici l'entreprise économiquement puissante est protégée contre les

¹⁰² R. Aron, op. cit., p.90.

¹⁰³ G. Cas et R. Bout, *Lamy Droit économique*, 1995, n°3275 et suiv.; D. Ferrier, *Droit de la distribution*, n°406 et suiv.

¹⁰⁴ C.A., Paris, 25 septembre 1991, Dalloz, 1991, I.R., 240, pour un système de distribution sélective; et cf. C.A., Paris, 22 octobre 1991, Dalloz, 1992, Som. Com. 393, obs. D. Ferrier, pour un système de distribution exclusive; Cass. Com., 10 janvier 1995, R.J.D.A., 1995, n°561, imposant la nécessité de démontrer en quoi la clause d'approvisionnement exclusif est indispensable pour préserver l'identité du réseau de franchise.

¹⁰⁵ Art. 10, ord. 1er décembre 1986.

¹⁰⁶ Sur la stabilité procurée par la puissance et le pouvoir, cf. J. Russ, op. cit., p.14 et 15.

¹⁰⁷ Cass. Soc., 25 juin 1992, *Droit social*, 1992, p.832; Cass. Soc., 19 novembre 1992, Bull. Civ. V, p.355.

¹⁰⁸ G. Cas et R. Bout, op. cit., n°1490; Y. Saint-Gal, *Concurrence déloyale et agissements parasitaires*, R.I.P.I.A., 1956; J.M. Mousseron, *Parasitisme et droit*, J.C.P., 1992, éd. E., supplément n°6, p.15; P. Le Tourneau, *Le parasitisme dans tous ses états*, Dalloz, 1993, chron.310; M.A. Frison-Roche, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, R.J.D.A., 6/1994, p.483 et suiv.; J.J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, 1993.

agissements indécents d'une entreprise souvent économiquement beaucoup plus faible, celle-ci essayant de « *vivre en parasite dans le sillage* »¹⁰⁹ de la notoriété de celle-là. Le cas le plus fréquent est le rattachement indiscret et abusif à un réseau de distribution d'une marque de grande renommée, sans en supporter les contraintes techniques¹¹⁰. Ces divers exemples attestent que le droit et la puissance ne sont pas aussi incompatibles qu'il y paraît au premier abord¹¹¹. Le problème est que le désir de puissance n'est jamais entièrement satisfait¹¹², ce qui oblige le droit à fixer des limites pour éviter des abus aux dépens des plus faibles.

14. Il faut rapprocher notre problématique de celle qui existe dans l'analyse des relations entre le droit et l'économie. M. Oppetit a montré que ces relations sont passées, au cours des trois derniers siècles, « *par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêts réciproques* »¹¹³. Après que l'économie ait été influencée par les conceptions juridiques, au point qu'Adam Smith considère l'économie politique comme « *une branche de la législation* »¹¹⁴, cette science a aspiré à l'autonomie, sous l'influence notable de Max Weber qui opposait « *radicalement l'ordre juridique, au caractère normatif, logique ou systématique, à l'ordre économique, traduisant une certaine répartition du pouvoir effectif de disposition sur les biens et services économiques* »¹¹⁵. A l'époque moderne, un double mouvement anime les relations économiques : d'une part il est incontestable que le droit prend en compte le facteur économique, et d'autre part, l'économie prend en compte le phénomène juridique. Si le second mouvement, que l'on nomme « *économie du droit* », demeure encore marginal en France¹¹⁶, en revanche le premier a véritablement acquis droit de cité : il s'agit du droit économique¹¹⁷. S'il est sûr qu'une vision économique du droit existe¹¹⁸, il est en revanche discutabile d'attribuer au droit économique une réelle autonomie par rapport au droit privé. On touche ici un problème plus général qui est celui de l'érection d'une kyrielle de « *droits* » dit autonomes, dépourvus de véritable contenu et ne portant pas sur une véritable matière juridique. Il en est ainsi, entre autre, pour le droit de la distribution et le droit de la consommation. Le premier n'est, en fait, qu'une extrapolation d'un regroupement de contrats spéciaux, tandis que le second se résume principalement à un système de protection fondé sur un critère subjectif, le consommateur, sans être caractérisé par un

¹⁰⁹ Y. Saint-Gal, op. cit.

¹¹⁰ Cf. G. Cas et R. Bout, op. cit., n°1492.

¹¹¹ Certains auteurs proposent même de trouver dans la puissance le fondement du droit; Cf. F. Terré et R. Sève, *Droit*, in Arch. Philo. du droit, tome 35, 1990, p.45.

¹¹² F. Perroux, op. cit., p.123.

¹¹³ B. Oppetit, *Droit et économie*, Arch. Philo. du droit, t.37, 1992, p.18.

¹¹⁴ A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, L., IV, Chap.I; cf. sur la question, J.M. Poughon, *Les fondements juridiques de l'économie politique*, in Journal des économistes et des études humaines, 1990, p.399 et suiv.

¹¹⁵ B. Oppetit, op. cit., p.18.

¹¹⁶ Cf. toutefois, E. Mackaay, *La règle juridique observée par le prisme de l'économiste*, Rev. internat. dr. éco., 1986, p.43 et suiv.; B. Lemennicier, *Economie du droit*, Cujas, 1991; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, thèse L.G.D.J., 1992, n°57 et suiv., l'auteur consacrant un chapitre à cette question.

¹¹⁷ R. Savatier, *La nécessité de l'enseignement d'un droit économique*, Dalloz, 1961, chron.117; C. Champaud, *Contribution à la définition du droit économique*, Dalloz, 1967, chron.215; R. Savy, *La notion de droit économique en droit français*, A.J.D.A., 1971, p.132; G. Vedel, *Le droit économique existe-t-il?*, in Mélanges Vigreux, Toulouse, 1981, t.II, p.767; A. Jacquemin et G. Schrans, *Le droit économique*, P.U.F., Que sais-je?, G. Farjat, *La notion de droit économique*, in Arch. Philo. du droit, t.37, 1992, p.27 et suiv.; *Droit économique*, P.U.F., Thémis, 1982.

¹¹⁸ Cf. R. Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 1979, 4ème éd., n°2 et suiv.

critère objectif permettant de déterminer le contenu de la matière traitée. Or, poser la question de l'existence du droit de la consommation revient à s'interroger sur la méthode de protection utilisée.

15. Contrairement à la thèse fréquemment avancée par une partie de la doctrine consumériste, le droit de la consommation n'a pas révélé les phénomènes d'inégalités économiques. Tout au plus, il les a appréhendés sous une ampleur nouvelle. En effet, dans la Grèce du Vème siècle avant J.C., Phaléas de Chalcédoine insistait sur l'égalité économique, par opposition à l'égalité purement juridique, qui était la conception que privilégiaient Protagoras et la démocratie athénienne. En revanche, la spécificité du droit de la consommation réside dans le caractère abstrait de la protection. Or, cette conception prend sa source dans le concept d'égalité, par opposition à celui d'équité. Lorsqu'on parle d'égalité abstraite, en droit commun, la protection des économiquement faibles passe obligatoirement par la création de droits autonomes dérogatoires ou de catégories de contrats spéciaux, tels que les contrats d'adhésion, de dépendance ou de consommation. Cette parcellisation du droit commun est extrêmement critiquable, car la protection des faibles ressortit normalement au domaine de compétence de la théorie générale et du droit commun des obligations, et non à celui des contrats spéciaux ou des droits prétendument autonomes. Certes, ces deux moyens peuvent être utilisés pour compléter la protection globale proposée par le droit commun sur des points spécifiques. Le problème est qu'aujourd'hui, la parcellisation outrancière du droit commun est une cause de complications, d'incohérences et d'inefficacité, en ce que les régimes dérogatoires tendent à se substituer à la théorie générale.

Face à cette conception du régime protecteur, la notion d'équité, développée par Aristote, fournit une alternative intéressante. Elle permet de quitter l'abstraction pour parvenir au concret¹¹⁹. Dans son *Ethique à Nicomaque*, Aristote distingue la justice distributive de la justice commutative, cette dernière posant le postulat de la nécessaire juste mesure dans les échanges. L'habitude fâcheuse a été prise d'opposer radicalement ces deux conceptions de la justice¹²⁰. Pourtant si une distinction existe, l'une mettant en oeuvre une proportionnalité géométrique, l'autre une proportionnalité arithmétique, ces deux conceptions font partie d'une seule et même idée de justice¹²¹. On oublie trop souvent le mérite de Saint Thomas d'Aquin qui est d'avoir maintenu l'opposition entre ces deux formes de justice, tout en montrant leur unité profonde¹²². Précisément, l'idée de justice commutative dans les échanges prend tout son sens lorsque l'on tient compte des inégalités entre les personnes. Or, ne pouvant valablement comparer également que toutes choses égales, il est impératif d'introduire l'idée de justice corrective, aux termes de laquelle « *le juge rétablira l'égalité par des inégalités inverses qui ne seront que des compensations* »¹²³.

16. A ce stade du raisonnement, il faut distinguer deux types d'équité : l'équité subjective et l'équité objective. La première s'exprime à travers les jugements d'équité¹²⁴. Dans le domaine des inégalités de puissance économique, il favorisera, sans le dire

¹¹⁹ Cf. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V; M. Villey, *Philosophie du droit*, I, *Définitions et fins du droit*, Dalloz, 1986, 4ème éd., n°27 et suiv.

¹²⁰ Cf. par exemple : H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n°27 à 31.

¹²¹ J. Carbonnier, op cit., n°51.

¹²² *Somme théologique*, Quest. 61, Art. 2.

¹²³ J. Carbonnier, op. cit., n°51.

¹²⁴ J. Carbonnier, op. cit., n°14.

officiellement, la partie économiquement faible. L'équité subjective pose deux séries de problèmes. D'abord, des problèmes de principe : le juge doit-il de son propre chef discriminer entre les justiciables? La question est aussi complexe qu'ancienne, et l'on retrouve des solutions contradictoires dans la Bible. Dans l'Ancien Testament, le Lévitique précise : « *tu ne feras pas de faveur au pauvre et tu ne fera pas d'honneur au grand : avec justice tu jugeras ton prochain* »¹²⁵. A l'inverse, dans le livre consacré à la sagesse de Salomon, il est écrit : « *le petit, en effet, est excusable et digne de pitié, mais les puissants seront puissamment examinés; le Souverain de tous ne fera pas acception des personnes, Il n'aura pas d'égard pour la grandeur, car Lui-même a fait le petit et le grand et Il veille pareillement sur tous; mais aux puissants est réservé un examen rigoureux* »¹²⁶. Ces contradictions sont également présentes dans le Nouveau Testament où Paul appelle à se soumettre aux puissants¹²⁷, tandis que Luc met dans la bouche de Marie un discours dont le contenu peut paraître subversif¹²⁸.

Ensuite l'équité subjective pose un problème technique qui est celui de la cohérence du droit et de l'efficacité de la protection conférée. En effet, le juge aura tendance, afin de ne pas subir la censure de la Cour de cassation, à altérer les notions classiques du droit sans en indiquer la véritable raison. Par exemple, le juge prononcera la nullité d'un contrat pour erreur, dol ou violence, alors que toutes les conditions d'existence de ces notions ne sont pas réunies, dans le seul but de favoriser la partie en situation de faiblesse. Dans le même but, il altérera le contenu de notions telles que l'objet de l'obligation, la bonne foi ou le mandat d'intérêt commun. Cette altération des notions juridiques est fortement critiquable en ce qu'elle supprime toute cohérence, et donc toute prévisibilité à la règle de droit. L'apogée de l'incohérence sera atteinte par l'utilisation dévoyée des mécanismes de l'interprétation de la volonté des parties et de la requalification contractuelle, afin de justifier la création pure et simple d'obligations à la charge de la partie économiquement puissante. En réalité, le recours à ces mécanismes sert à cacher de véritables jugements d'équité. Or, la protection des économiquement faibles passe autant par la sanction individuelle que par la prévention collective. Force est donc de laisser l'équité subjective pour s'intéresser à l'équité objective.

17. L'équité objective « *est un système de règles de droit que les juges sont amenés à créer en parallèle au système préexistant devenu trop rigide, afin de l'assouplir, de l'adapter aux transformations de la société ou aux changements de la sensibilité morale* »¹²⁹. Aristote estimait que pour mettre en oeuvre la vraie justice, il fallait une règle malléable, faite de plomb, afin d'épouser les formes de la pierre et les contours de la chose mesurée, comme ce qui se passait à Lesbos dans le domaine de l'architecture¹³⁰. Surtout, l'équité objective permet de compléter les insuffisances des lois par l'érection de principes généraux du droit que le juge découvre « *en suspension dans l'esprit de notre droit* »¹³¹. Certes, l'équité fût-elle objective ne peut servir de fondement juridique au juge ou être une

¹²⁵ Lévitique, XIX, 15.

¹²⁶ *La sagesse de Salomon*, VI, 6 à 8.

¹²⁷ Epître aux Romains, XIII, 1, « *Que toute âme soit soumise aux puissances supérieures, car il n'y a point de puissance qui ne vienne de Dieu* ».

¹²⁸ Evangile selon Luc, I, 51 à 53 : « *Il a dominé à la force de son bras, dispersé les hommes au coeur outrecoisant détroné les souverains, haussé les humbles, rassasiés de biens les affamés et renvoyé sans rien les riches* ».

¹²⁹ J. Carbonnier, op. cit., n°14.

¹³⁰ *Ethique à Nicomaque*, Liv.V, chap.X, 7.

¹³¹ J. Carbonnier, op. cit., n°139; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°491; F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°252 et suiv.

source directe de droit¹³². Mais, elle irrigue la matière juridique au travers de concepts juridiques plus ou moins bien adaptés. Parmi ceux-là, le droit de la responsabilité civile, grâce à la malléabilité de la notion de faute, fournit un outil juridique extrêmement efficace. Il est déjà utilisé abondamment par la jurisprudence pour sanctionner certains abus de puissance économique en dehors de tout contrat. En matière contractuelle, la lésion est certainement le concept plus adéquat. En effet, si l'on parvient à transcender le clivage artificiel entre l'acceptation subjective, selon laquelle elle n'est qu'un vice du consentement présumé, et l'acceptation objective, qui considère qu'elle ne sanctionne qu'un pur défaut d'équivalence économique, la lésion peut constituer un remarquable fondement pour sanctionner les abus de puissance économique.

Dans cette optique, il convient, *de lege ferenda*, de modifier la théorie classique de la lésion et de se rapprocher de la notion de « *lésion qualifiée* » utilisée par un certain nombre de droits étrangers. Pour ce faire, la jurisprudence devrait faire preuve d'une créativité inventive, dont elle a déjà donné des exemples par le passé¹³³. C'est donc dans « *le génie de la jurisprudence prétorienne* »¹³⁴ que le droit positif trouvera un moyen adéquat et efficace d'appréhender le phénomène de la puissance économique et de protéger les agents économiques faibles. Le Code civil contient quelques dispositions qui offrent un terrain fertile au pouvoir créateur du juge : citons notamment les articles 1104 al.1er, 1135, 1118 et 1313. La lésion, qui est une notion injustement restreinte, en droit français, à quelques cas exceptionnels, devrait être étendue à l'ensemble de la théorie générale des obligations dans les hypothèses où un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations contractuels réciproques est causé par un abus de puissance économique. Cette extension serait certainement une source substantielle de rationalisation du droit, qu'il s'agisse du droit commun des obligations, par la suppression des phénomènes d'altération de ses notions les plus classiques, ou bien des dispositions consuméristes par la possibilité d'instaurer une définition stricte du consommateur. En effet, à partir du moment où le droit dispose d'un fondement général pour sanctionner les abus de puissance économiques et protéger les personnes en situation de faiblesse, les juges ne seront plus contraints de biaiser pour faire respecter la justice contractuelle. Les dispositions protectrices des consommateurs pourraient ainsi trouver, dans l'ordre juridique, leur place légitime : d'une part, renforcer, lorsque cela est nécessaire, la protection juridique dans certains contrats spéciaux, et d'autre part assurer la prévention des abus de puissance économique par le développement d'actions collectives.

La lésion qualifiée permet, en outre, d'expliquer convenablement le pouvoir créateur du juge qui découvre, dans les contrats mettant en présence des parties inégales, des obligations non prévues initialement, tels que les obligations de contrôle ou d'information. Enfin, la lésion transcende les distinctions juridiques parfois trop artificielles. Il en est ainsi pour les oppositions traditionnelles entre la formation et l'exécution des contrats, entre la nature contractuelle et extra-contractuelle des obligations judiciairement créées, ou encore entre les éléments subjectifs et objectifs du contrat. Le concept de lésion présente l'intérêt de recentrer les problèmes juridiques posés par les déséquilibres de puissance économique entre les personnes de la formation du contrat vers l'exécution, du délictuel vers le contractuel, des éléments subjectifs vers les éléments objectifs.

¹³² J. Ghestin et G. Goubeau, *op. cit.*, n°239.

¹³³ Contentons-nous de citer l'évolution jurisprudentielle fondée sur l'article 1384 al.1er du Code civil.

¹³⁴ G. Cornu, *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée*, R.T.D. Civ., 1992, 342.

18. Cette première approche des relations entre le droit et la puissance économique permet de délimiter l'étendue du sujet. Il convient d'écarter les domaines politiques et militaires, dans lesquels la puissance joue un rôle significatif, mais qui ne se rattachent que très indirectement aux matières juridiques et économiques¹³⁵. A l'intérieur de la matière juridique, nous excluons le droit public, bien que là aussi, la notion de puissance ait une importance non négligeable¹³⁶, ainsi que les droits extra-patrimonial¹³⁷, et pénal¹³⁸. Nous centrerons donc notre travail essentiellement autour du droit privé patrimonial¹³⁹, car c'est le domaine où la puissance économique a l'influence la plus directe et la plus perceptible. Mais, au sein du droit privé patrimonial, nous écarterons ce qu'il est convenu d'appeler le droit des biens, par opposition au droit des obligations¹⁴⁰. Certes, la notion de puissance n'est pas étrangère au droit des biens. A Rome, la propriété était fondée sur l'idée de puissance : *plena in re potestas*¹⁴¹. Il s'agissait d'une prérogative attachée à la personne, *dominium*, sur une chose¹⁴² qui conférait à son possesseur la maîtrise absolue et complète. D'ailleurs, la puissance, qui était désignée par le terme *mancipium*, faisait directement référence à la main (*manus*) qui permettait d'acquérir un pouvoir sur une chose ou une personne : *manu capere*¹⁴³. On retrouve cette puissance absolue, ou quasi absolue si l'on tient compte de l'abus de droit, dans l'article 544 du Code civil. Mais, cette puissance là n'a guère de rapport avec la notion de puissance économique qui nous intéresse ici. Cette dernière se caractérise, en effet, par l'existence d'un lien dissymétrique entre deux personnes, l'une étant sous la domination ou la dépendance économique d'une autre. Ainsi, la puissance économique qui se définit comme « *la domination, le pouvoir d'imposer sa loi sur le marché (à ses fournisseurs, clients ou concurrents)* »¹⁴⁴, fait directement référence au lien obligatoire.

Le terme obligation vient du latin *obligare*, signifiant « *lier autour* », « *entourer d'un lien quelqu'un ou quelque chose* »¹⁴⁵. L'*obligatio* se définit donc, eu égard à sa racine étymologique, comme un lien d'assujettissement d'une personne à une autre, ce que l'on traduit aujourd'hui par la reconnaissance de l'existence d'un lien de droit entre un créancier et un débiteur. Sans revenir au droit primitif, qui voyait dans l'obligation un lien matériel asservissant physiquement une personne à une autre, on remarque que cette notion est propice au développement de certains abus, notamment économiques, de la part du sujet dominant, le créancier. C'est ainsi que M. Rouhette a pu écrire que « *tout contrat opère nécessairement comme instrument de domination sociale d'un contractant faible par un contractant fort* »¹⁴⁶. Dans le même sens, M. Carbonnier estime, à juste titre, que le contrat

¹³⁵ Cf. N. Machiavel, *Le prince*, Bordas, 1980, pour une pensée rattachant le pouvoir politique à la domination des sujets soumis à ce pouvoir.

¹³⁶ Cf. M. Hauriou et l'Ecole de Toulouse, qui définissent le droit administratif par la notion de puissance publique; *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12ème éd., 1933.

¹³⁷ L'idée de puissance était également présente dans ce domaine : la puissance paternelle et maritale.

¹³⁸ Cf. l'infraction d'abus de faiblesse prévue à l'article L. 122-8, C. cons.

¹³⁹ Cf. en droit international privé, F. Leclercq, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Thèse Strasbourg 1991.

¹⁴⁰ Sur cette distinction classique, cf. J. Carbonnier, *Introduction*, n°164 et suiv.; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°223 et suiv.; F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°338 et suiv.

¹⁴¹ *Institutes de Justinien*, 2, 4, 4.

¹⁴² F. Zenati, *Les biens*, n°114.

¹⁴³ J. Ellul, *Histoire des institutions*, t.1-2, l'*Antiquité*, p.248 et suiv.

¹⁴⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.651.

¹⁴⁵ G. Pieri, *Obligation*, in Arch. Philo. du droit, 1990, *Vocabulaire fondamental*, p.222.

¹⁴⁶ G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in Etudes Rodière, Dalloz, 1981, p.255.

est souvent le siège de luttes, de conflits, de rapports de forces, tant il est vrai que, sociologiquement, c'est un truisme de rappeler l'existence d'inégalités entre les parties, et de distinguer entre la partie économiquement puissante et la partie économiquement faible¹⁴⁷. Même si dans notre droit positif, ce lien n'est plus que virtuel et ne permet plus de garantir l'exécution de l'obligation par l'enchaînement du débiteur, il est incontestable que « *le créancier (...) a acquis régulièrement une puissance sur le débiteur* » et qu'il peut, sur ce fondement, « *faire sentir sa force* »¹⁴⁸. Cette puissance, de nature patrimoniale, prend sa source dans le rapport dissymétrique qui caractérise l'obligation. Le débiteur est donc structurellement en position de faiblesse. C'est cette considération, ajoutée à la crise économique et à la disparition de l'inflation, qui a incité le législateur de 1989 à édicter une loi sur le surendettement des ménages, après avoir considérablement amélioré la situation des entreprises en état de cessation des paiements par la loi du 25 janvier 1985. Par conséquent, il est clair que la puissance économique, traduite sur le plan juridique par la notion d'obligation, a pour négatif la faiblesse économique de la personne sur qui cette puissance est exercée. Il s'agit donc d'une notion essentiellement relative et dissymétrique. Mais, on aurait tort de croire que le rapport de puissance économique est univoque, comme l'est le lien obligatoire. La puissance n'est pas toujours du côté du créancier, et la faiblesse n'est pas le propre du débiteur. D'ailleurs, les contrats synallagmatiques, dans lesquels chaque partie est à la fois créancière et débitrice l'une de l'autre, peuvent parfaitement mettre en présence des contractants de puissance économique manifestement déséquilibrée.

A l'intérieur du droit des obligations, nous traiterons de la responsabilité civile délictuelle et des contrats. Cependant, la matière contractuelle constituera l'essentiel de nos développements, car c'est le domaine qui a subi les perturbations les plus significatives en raison de la prise en compte, par le juge, des déséquilibres de puissance économique. Certes, le droit de la responsabilité civile a été affecté par l'existence d'agents économiquement puissants. Par exemple, la généralisation du recours à l'assurance a favorisé l'indemnisation des victimes, même en l'absence de faute de la part de l'auteur du dommage. Mais, dans ce domaine, les juges ont le plus souvent recours à l'équité subjective pour motiver leurs décisions. Or, les notions de faute, de préjudice et de rapport causal, sont suffisamment souples pour laisser aux magistrats une grande latitude dans l'énoncé des faits et la prise en compte des éléments favorables à la victime. En revanche, les règles du droit des contrats sont directement et substantiellement altérées par la volonté des tribunaux de protéger les économiquement faibles. C'est précisément ce qui est critiquable, car il est impératif d'utiliser les fondements juridiques adéquats pour atteindre cet objectif de protection et lutter contre les abus de puissance économiques.

19 . Les relations entre le droit des obligations et la puissance économique laissent donc entrevoir une double prise en compte, l'une critiquable et l'autre souhaitable. D'abord, le droit prend en compte, de façon critiquable, le phénomène de la puissance lorsqu'il croit devoir se parcelliser et s'altérer pour protéger l'économiquement faible. Ce processus engendre une protection abstraite et forcément partielle. En revanche, il est possible d'envisager une prise en compte souhaitable de la puissance économique, si le droit trouve des moyens d'appréciation concrets et relatifs des déséquilibres existant réellement entre les sujets de droit. Ce clivage peut paraître exagérément simple, ou trop manichéen, pour servir de plan à notre étude. Cependant, il présente l'avantage de la clarté de l'analyse, dans un domaine qui en a grand besoin. En outre, il permet de privilégier une prise de position

¹⁴⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit*, p.288.

¹⁴⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°74.

non-équivoque quant aux moyens juridiques susceptibles d'appréhender les déséquilibres de puissance économique. C'est pourquoi nous examinerons en deux parties :

- Partie I : Une prise en compte critiquable de la puissance économique par le droit
- Partie II : Une prise en compte souhaitable de la puissance économique par le droit.

PARTIE I

UNE PRISE EN COMPTE CRITIQUABLE
DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE
PAR LE DROIT

20 . Lorsque le 21 mars 1804 le Code civil fut promulgué, les principes les plus marquants de la révolution et du droit intermédiaire, à savoir la liberté, l'égalité et la volonté autonome étaient déjà si fortement ancrées dans les esprits que l'on a pu dire qu'il s'agissait du triomphe de l'individualisme libéral¹⁴⁹. Même s'il convient de souligner les compromis modérateurs dont il est le fruit¹⁵⁰, le Code civil a suscité un important courant doctrinal qui a privilégié une interprétation volontariste en mettant en avant le principe de l'autonomie de la volonté¹⁵¹. Ce volontarisme se retrouve tant en droit des biens qu'en droit des obligations. Le Code civil a, en effet, consacré une définition absolutiste de la propriété, en érigeant le propriétaire au rang de monarque¹⁵². Le plan adopté par le Code civil est, à cet égard, caractéristique puisqu'après avoir réservé le premier livre aux personnes (art. 7 à 515), les deux autres livres traitent d'une part des biens et des différentes modifications de la propriété (art. 516 à 710), et d'autre part des différentes manières dont on acquiert la propriété (art. 711 à 2281). Tout en soulignant le caractère parfois artificiel du rattachement de certaines institutions à la propriété¹⁵³, il faut reconnaître que ce mode de raisonnement est révélateur de l'état de la société et des mentalités de l'époque. La France est encore essentiellement rurale et imprégnée de la lourde hiérarchie de l'Ancien droit, dans lequel le propriétaire n'est pas entièrement maître de son bien en raison de la division entre le domaine éminent et le domaine utile¹⁵⁴. Dans ce contexte, la propriété privée et le morcellement des patrimoines servaient l'utopie politique fondée sur l'égalité entre les citoyens¹⁵⁵. Le capitalisme naissant n'avait pas encore connu l'essor qui sera le sien au cours du XIX^e siècle, et les théoriciens de l'époque n'avaient que très peu perçu la différence profonde existant entre l'égalité de droit et les inégalités de fait. Il est vrai que, sous l'Ancien régime, les inégalités de faits étaient le reflet des inégalités de droit¹⁵⁶, si bien que l'on pouvait croire qu'elles en étaient la résultante. Mais « *il suffisait d'inscrire l'égalité parmi les principes de la société nouvelle pour introduire le ver dans le fruit de la propriété* »¹⁵⁷. En effet, sans porter de jugement de valeur, force est de reconnaître que la propriété est une source majeure d'inégalités de fait, et que l'admission de son caractère absolu par le droit a favorisé la concentration de la puissance économique.

Le droit des obligations, dans le Code civil, était également empreint d'un fort idéalisme. Il y avait, a priori, une incapacité pour le droit de l'époque à prendre en compte le phénomène de la puissance économique. L'application du principe de l'autonomie de la

¹⁴⁹ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil introduction générale*, n°146; J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, n°74.

¹⁵⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°77.

¹⁵¹ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°41 et suiv.; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté naissance et évolution d'un concept*, 1980.

¹⁵² J. Carbonnier, *Les biens*, n°68, qualifiant le terme « absolu » de « mot le plus éclatant de toute la définition » du droit de propriété.

¹⁵³ P. Jourdain, *Les biens*, n°35-1.

¹⁵⁴ F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°49; P. Jourdain, op. cit., n°34.

¹⁵⁵ Saint-Just écrivait à l'époque : « *il ne faut ni riches ni pauvres* », cité par J. Carbonnier, op. cit., n°70.

¹⁵⁶ La société médiévale était divisée en trois ordres : la noblesse, le clergé et les roturiers; cf. J. Ellul, *Histoire des institutions*, T. 3, Le Moyen-Age, p.135.

¹⁵⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°70.

volonté, les postulats de liberté et d'égalité des individus empêchaient, de façon rédhibitoire d'intégrer dans l'analyse juridique les inégalités et les déséquilibres économiques. Cette impossibilité était d'ailleurs fortement renforcée par le libéralisme économique régnant à l'époque¹⁵⁸. La révolution industrielle n'étant encore qu'à ses balbutiements, il est compréhensible que les juristes aient pu sous-estimer l'influence du facteur économique sur le droit des obligations¹⁵⁹. Les principes d'égalité, de liberté et d'autonomie de la volonté se sont imposés à un moment où le machinisme, le progrès technique, le développement des échanges commerciaux et la concentration des capitaux n'avaient pas encore façonné la société française. Le droit ne pouvait évidemment pas rester indifférent aux bouleversements économiques et sociaux, et il n'est pas étonnant qu'une « *accélération du droit* »¹⁶⁰ ait peu à peu transformé les conceptions classiques du droit des obligations.

21 . Les principes, issus du siècle des lumières, étaient trop purs et absolus pour ne pas être à un moment ou à un autre, en conflit avec la réalité. Leur rigidité originelle devait obligatoirement les amener à se heurter aux métamorphoses économiques et sociales qui ont accompagné le développement du capitalisme industriel et postindustriel. Ainsi, la théorie purement individualiste du contrat, fondée sur la souveraineté de la volonté humaine, ne peut pas facilement s'adapter aux inégalités économiques existant entre les personnes. Au XX^{ème} siècle, la doctrine a relevé « *un déclin de l'autonomie de la volonté* »¹⁶¹, ou du moins des restrictions significatives de sa portée¹⁶². Nous verrons qu'une certaine doctrine va même jusqu'à nier que ce principe ait eu un jour l'importance qu'on a cru pouvoir lui donner¹⁶³. Mais, en tout état de cause, il est certain que le double mouvement de suppression des inégalités de droit d'une part et, de développement des inégalités de fait d'autre part, a suscité un besoin social de protection¹⁶⁴. Alors que le poids du joug féodal avait fait naître une aspiration à plus de liberté et d'individualisme, le système du libéralisme économique a, quant à lui, aiguisé le désir du citoyen d'être protégé, que ce soit contre les risques naturels (la maladie, les accidents), sociaux (le chômage, l'exclusion), ou économiques (protection des faibles contre les abus des puissants)¹⁶⁵. Le droit ne pouvait rester indéfiniment en totale contradiction avec les faits. Ripert a justement expliqué que, si le droit classique tient pour juste le principe de la liberté contractuelle, c'est à la condition qu'il existe une égalité de force entre les contractants. « *Si l'un des*

¹⁵⁸ J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations : l'acte juridique*, n°72.

¹⁵⁹ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951, n°4 : « *les rédacteurs du Code ne songent guère à l'industrie naissante* ».

¹⁶⁰ Selon l'expression de J.L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, n°68; G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, 1920; P. Bonnet, *Le droit en retard sur les faits*; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 1948; G. Ripert, *Le déclin du droit*, 1948; G. Cornu, *La lettre du code à l'épreuve du temps*, in *Mélanges Savatier*, 1964, p.161.

¹⁶¹ J. Flour et J.L. Aubert, *Les Obligations : l'acte juridique*, n°118 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, Tome 2, *Le contrat*, n°18 et suiv.; J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.43.

¹⁶² J. Carbonnier, *Les obligations*, n°16.

¹⁶³ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°36 et suiv.; **contra** : J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°128.

¹⁶⁴ Cf. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p.38, qui lie l'apparition de ce besoin de protection au phénomène démocratique, dont le principe de fonctionnement est assis sur la force du nombre : « *il y a plus de consommateurs que de producteurs, plus de salariés que de patrons, plus de non-possédants que de capitalistes. Si les plus nombreux ont le droit de faire la loi, il faut bien s'attendre à ce qu'ils la fassent en leur faveur et contre la minorité* ».

¹⁶⁵ Cf. J.L. Gazzaniga, op. cit., n°184, considérant que l'élément dominant du droit contemporain des contrats est la protection, instaurée par le droit, de certaines catégories de contractants, dont au premier chef les consommateurs.

contractants peut imposer sa volonté, si l'autre est obligé par la nécessité d'adhérer sans discuter, le contrat n'est plus que la loi du plus fort. Si les entrepreneurs capitalistes imposent leurs conditions à leur clientèle et à leur personnel, ils faussent la notion de contrat telle que le Code civil nous l'a donnée »¹⁶⁶. Il a donc bien fallu, par des moyens plus ou moins avoués, intégrer les déséquilibres de puissance économique dans le raisonnement juridique, afin d'instaurer une protection des économiquement faibles¹⁶⁷. Or la prise en compte de la puissance économique par le droit, telle qu'elle s'est faite au cours du XX^{ème} siècle, est particulièrement critiquable en raison des postulats qui en sont à la base, mais aussi et surtout, des moyens utilisés pour y parvenir. Ces moyens sont au nombre de deux.

22 . D'abord, le droit a entamé un processus de parcellisation dans le but de corriger les abus de puissance économiques les plus flagrants. Ce processus a été à la fois voulu et subi, et il convient de le rattacher à l'évolution générale du droit qui semble être animée par un mouvement historique de balancier. Dans un premier temps, le droit est émietté et concret. A Rome, le droit des obligations était avant tout un droit pratique et utilitaire¹⁶⁸, un "*droit des contrats nommés*"¹⁶⁹. Une lente évolution du droit, du spécial vers le général, de la pratique à la théorie, va s'effectuer au fil des siècles. Certes cette évolution est chaotique, mais il est possible de relever, en point d'orgue, les codifications du Bas-Empire romain¹⁷⁰, et pour la France, la codification napoléonienne. Cette dernière a contribué à supprimer les archaïsmes du droit féodal et à parachever l'unification du droit commencée avec l'ordonnance de Montils-lès-Tours, promulguée en 1453 par Charles VII, prescrivant la rédaction officielle des coutumes de tous les pays de France¹⁷¹. Dans un second temps, le processus d'unification régresse, et c'est un truisme de rappeler le foisonnement législatif que notre société connaît depuis 1880¹⁷², notamment en matière économique et sociale. A cela s'est rajouté un déplacement du centre de gravité du droit des obligations de la théorie générale vers le droit spécial. Ainsi, "*la théorie générale s'est émiettée au bénéfice des statuts spéciaux qui se sont multipliés jusqu'à revendiquer parfois, une autonomie complète*"¹⁷³.

Il est intéressant de rapprocher ce processus de la nécessité de protéger le faible, et particulièrement, l'économiquement faible. En effet, en raison de l'omnipotence du principe de l'autonomie de la volonté, le législateur a estimé qu'il était dans l'obligation d'instaurer des protections d'exception, des régimes spéciaux (les publicistes diraient "*exorbitants du droit commun*"). Ce développement de l'ordre public de protection a atteint

¹⁶⁶ G. Ripert, op. cit., p.40.

¹⁶⁷ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p.6 : « Contre le principe de l'autonomie de la volonté, elle (la règle morale) élève la nécessité pour les parties de respecter la loi morale, la protection nécessaire due au contractant qui se trouve en état d'infériorité et qui est exploité par l'autre partie (...) ».

¹⁶⁸ J.L. Gazzaniga, op. cit., n°25.

¹⁶⁹ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°33.

¹⁷⁰ J.L. Gazzaniga, op. cit., n°31 et suiv.

¹⁷¹ Cf. article 7, loi du 30 ventôse an XII, contenant la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ».

¹⁷² J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, n°78; J. Ghestin G. Goubeaux, op. cit., n°156 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n°438.

¹⁷³ L. Cadiet, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p.7 et suiv., n°28.

en premier les contrats spéciaux. Ainsi, le législateur s'est intéressé au contrat de transport, en raison du monopole exercé par les compagnies de chemin de fer, qui permettait, à celles-ci, d'imposer à leurs cocontractants des clauses de non-responsabilité. La loi du 17 mars 1905 a donc interdit ce type de clause en modifiant l'article 103 du Code de commerce¹⁷⁴. En dehors du contrat de transport, d'autres contrats ont fait l'objet d'une réglementation d'ordre public destinée à protéger les parties économiquement faibles : le contrat d'assurance¹⁷⁵, certains contrats de vente¹⁷⁶, les baux ruraux, d'habitation et commerciaux¹⁷⁷, et surtout le contrat de travail qui aujourd'hui est régi par un code à part entière. Ce mouvement a eu tendance à s'amplifier ces dernières décennies avec l'avènement de ce qu'il est convenu d'appeler la société de consommation. La protection des économiquement faibles s'est étendue en fonction des besoins, de telle sorte qu'aujourd'hui, on n'hésite pas à proclamer l'autonomie du droit de la consommation, dont la finalité essentielle est d'assurer la protection des consommateurs face aux puissants professionnels¹⁷⁸. Mais au cours de cette évolution, la parcellisation a été aussi ressentie comme une contrainte. Parce que les besoins de protection sont allés croissants, les revendications corporatistes¹⁷⁹ se sont intensifiées, et le droit s'est émietté, dispersé, fragmenté, au risque de devenir incohérent et même difficilement compréhensible. Un auteur a d'ailleurs justement considéré qu'il était "*vital (...) de mettre un terme au mouvement de spécialisation que connaît notre droit des contrats depuis 1804*"¹⁸⁰.

23. Ensuite, parallèlement au phénomène de parcellisation, le droit commun des obligations, toujours dans un souci d'instaurer, sans trop le dire, une protection de l'économiquement faible, a entamé un processus d'altération des concepts classiques qui le constituent. Ici aussi, le phénomène procède tant d'une volonté que d'une contrainte. Le législateur a parfois volontairement porté atteinte à des principes fondamentaux du droit commun des obligations dans l'unique but de protéger l'économiquement faible, et en prenant en compte certains déséquilibres de puissance économique¹⁸¹. Mais le choix d'une protection par un droit parcellaire a entraîné une protection partielle et insuffisante, de l'économiquement faible. Le juge a donc dû adapter les concepts classiques du droit commun des obligations, notamment en matière contractuelle, afin de ne pas laisser pour compte ceux qui, tout en étant dans une situation de faiblesse économique, ne bénéficient d'aucun régime dérogatoire. Aussi louable que soit l'intention qui anime ce mouvement jurisprudentiel, nous verrons que les moyens utilisés sont critiquables dans la mesure où ils déstabilisent le droit commun des obligations¹⁸².

Nous utiliserons les deux phénomènes qui viennent d'être décrits sommairement (parcellisation et altération) pour structurer notre développement et montrer en quoi ces modes de prise en compte des déséquilibres de puissance économique par le droit sont critiquables.

¹⁷⁴ Pour le transport maritime, cf. loi du 2 avril 1936.

¹⁷⁵ Loi du 13 juillet 1930.

¹⁷⁶ Ventes d'engrais et de produits anticryptogamiques : lois des 8 juillet 1907 et 10 mars 1937; ventes de fonds de commerce : lois des 29 juin 1935 et 17 juillet 1937.

¹⁷⁷ Lois des 13 avril 1946, 1er septembre 1948 et décret du 30 septembre 1953.

¹⁷⁸ Le Code de la consommation a été créé par la loi du 26 juillet 1993.

¹⁷⁹ Cf. G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., 1948.

¹⁸⁰ L. Cadet, *op. cit.*, n°30.

¹⁸¹ Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de citer : la loi du 22 décembre 1972 sur la vente par démarchage à domicile; la loi du 10 janvier 1978 sur la protection des consommateurs; la loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement des ménages.

¹⁸² M. Armand-Prévost et D. Richard, *Le contrat déstabilisé*, J.C.P., 1979, I, 2952.

TITRE I

LA PARCELLISATION¹⁸³ DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS

24 . Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, la doctrine a souvent relevé le déclin de l'économie libérale et la remise en cause de dogmes tels que l'autonomie de la volonté, l'égalité entre les personnes ou encore la justice contractuelle¹⁸⁴. La prise en compte par le droit de certains déséquilibres de puissance économique est sans doute l'un des facteurs explicatifs prépondérant de ce phénomène. Des auteurs ont d'ailleurs remarqué qu'« *une volonté de protection des faibles contre les forts commande l'évolution contemporaine du droit des contrats et de la responsabilité* »¹⁸⁵. Dans une étude magistrale, M. Mestre a montré que le droit des contrats tendait au rééquilibrage des inégalités entre les parties¹⁸⁶. Cette réflexion peut être étendue à l'ensemble du droit des obligations, puisque Melle Viney considère que l'une des deux tendances essentielles qui dominent l'évolution contemporaine du droit de la responsabilité civile est la recherche d'une adaptation « *des responsabilités professionnelles aux nécessités d'une protection convenable des consommateurs* »¹⁸⁷.

¹⁸³ Nous avons choisi le terme de parcellisation issu du latin classique *particula*, signifiant "petite partie" en raison de l'image agraire qu'il évoque. Un même champ peut être divisé en une multitude de petites parcelles qui tout en faisant partie d'un même tout, présentent des caractéristiques permettant une individualisation. Ce terme a été utilisé par T. Ivainer dans une chronique intitulée *Le contrat moderne face à la prolifération des statuts des personnes*, J.C.P. 1977, I, 2876, n°44.

Sur le plan juridique, des auteurs ont parlé de "fragmentation", vocable comportant une connotation trop forte de cassure irrémédiable : G. Cornu, *La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*, Travaux de l'association H. Capitant, *La protection du consommateur*, tome XXIV 1973, p.132 et 154; J.P. Pizzio, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, Dalloz 1982 chron. XIV, p.97 et suiv.; ou encore d' "émiettement" : H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n°211; ou d' "atomisation" : F. Grua, *Les divisions du droit*, 1993, p.59 et suiv.

¹⁸⁴ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, Thèse Dijon 1912; J. Carbonnier, *Les obligations*, n°21; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°72 et suiv.; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°104 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°30 et suiv.

¹⁸⁵ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°74.

¹⁸⁶ J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.46.

¹⁸⁷ G. Viney, *Les grandes orientations de la responsabilité civile*, in *Entretiens de Nanterre*, 3 et 4 avril 1992, J.C.P., 92, E, n°44 suppl., n°6.

Au coeur de cette évolution, la parcellisation est la caractéristique principale du système de protection du faible. Le morcellement du droit commun des obligations a été ressenti comme une nécessité et envisagé comme la seule technique possible pour assurer une protection satisfaisante de l'économiquement faible face aux abus de puissance économique. Pourtant, malgré sa logique apparente, cette thèse relève plus du dogme que de la démonstration scientifique. En effet, la parcellisation du droit des obligations, eu égard aux moyens et techniques qu'elle met en oeuvre, est inadaptée pour protéger convenablement l'économiquement faible. En outre, les postulats qui sont à l'origine de ce processus sont erronés et reposent sur une analyse archaïque du droit des obligations. La parcellisation est donc non seulement inadaptée quant aux moyens utilisés mais également injustifiée sur le plan des principes.

CHAPITRE I

UNE PARCELLISATION INADAPTEE

25 . Si la parcellisation était un moyen adéquat pour protéger l'économiquement faible, nous pourrions affirmer, conformément au sens moderne de cet adjectif¹⁸⁸, qu'elle est "*bien appropriée à son objet*" et conforme à son but. Or nous allons nous attacher à démontrer qu'il n'en est rien. Si le processus de parcellisation a certainement permis d'instaurer une protection de certaines catégories de justiciables, force sera pourtant de constater que l'importance des moyens mis en oeuvre n'est pas à la hauteur des attentes et que les perturbations ainsi provoquées ne sont pas justifiées par les résultats obtenus. Plus encore, la parcellisation telle qu'elle a été mise en application ne confère qu'une protection abstraite de l'économiquement faible, et donc forcément partielle et injuste. Un auteur avait entrepris de souligner les causes et les effets de la "*prolifération des statuts des personnes*"¹⁸⁹. Tout en reconnaissant le caractère limité de son étude, M. Ivainer a mis en évidence les effets perturbateurs de la multiplication des statuts particuliers. "*L'évolution des techniques, en fait, l'autonomie des sources normatives sectorielles, en droit, contribuent à aggraver la confusion créée par une réglementation en miettes. L'insécurité juridique, qui en est l'inévitable corollaire, défavorise l'épanouissement économique*"¹⁹⁰. L'explication de ce phénomène contemporain réside dans l'influence des groupes de pression qui "*ne cessent de harceler le législateur pour voir affermir ou multiplier les prérogatives qu'ils édictent*". Ces prérogatives ont notamment pour objet de créer ou renforcer des normes protectrices particulières¹⁹¹.

Il est évident que l'aspect de notre droit positif qui vient d'être décrit, contribue directement à la parcellisation du droit commun des obligations. Mais la préoccupation de lutter contre les déséquilibres de puissance économique n'est pas toujours à l'origine de la création d'un statut particulier. En effet, une corporation peut vouloir se protéger, non en raison de sa faiblesse économique, mais en vue de créer ou de renforcer ses privilèges¹⁹². Ainsi parce qu'il faut se garder d'assimiler protection d'intérêts corporatistes et protection des économiquement faibles, nous n'utiliserons pas la notion de statut dans nos développements sur la parcellisation du droit commun des obligations. De plus, outre que le statut n'est pas synonyme d'état d'infériorité ou de faiblesse économique, le fait de ne pas utiliser cette notion permet d'éviter la confusion avec l'évolution du droit selon la loi très controversée de Sir H. J. S. Maine. D'après cette théorie, les rapports sociaux passent progressivement du statut au contrat : « *le statut précède le contrat* ». Un débat stérile consiste à rechercher qui du statut ou du contrat a le bénéfice de l'antériorité. Maine

¹⁸⁸ Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert.

¹⁸⁹ T. Ivainer, *Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts de personnes"*, JCP, 1977, I, 2876.

¹⁹⁰ op. cit., n°44.

¹⁹¹ op. cit., n°5 : "*il convient de ne jamais perdre de vue que derrière chaque statut, se cache une volonté de protection (...)*".

¹⁹² M. Ivainer parle alors de "*ségrégation statutaire*", op. cit., n°14; cf. également : G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n°16; P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Grasset 1995, pour qui le statut de victime et de faible tend à être un statut privilégié.

assimilant le statut au droit impératif, il est clair que le développement de l'ordre public au XXème siècle est venu démentir cette vision évolutionniste du droit¹⁹³. Il convient donc d'aller plus loin que le simple constat de la prolifération des statuts particuliers, et de pousser l'analyse jusqu'à la recherche des niveaux auxquels intervient la parcellisation, en tant que technique de protection de l'économiquement faible.

26. En premier lieu, la parcellisation intervient dans les rapports existants entre la théorie générale des obligations et les contrats spéciaux. Il est classique de relever que « *le droit des contrats spéciaux s'étend au détriment de la théorie générale* »¹⁹⁴. L'extension du domaine des contrats spéciaux peut s'expliquer de deux façons qui, d'ailleurs, se combinent. D'abord la croissance économique a « *augmenté la consommation juridique et créé le besoin de formules nouvelles* »¹⁹⁵. Ensuite, et surtout, le législateur, depuis 1945, a eu considérablement recours aux contrats spéciaux pour imposer une réglementation impérative afin de protéger la partie faible¹⁹⁶. M. Jestaz a remarqué que cette utilisation des contrats spéciaux passait par une qualification obligée et un régime imposé, le tout dans le but « *d'emprisonner la partie forte à l'intérieur d'un réseau contraignant de règles impératives* »¹⁹⁷. La démarche paraît relativement claire. L'unité naturelle de la théorie générale des obligations n'est pas propice à l'instauration de régimes discriminatoires entre les personnes; la parcellisation protectrice, ou prétendue telle, passera donc par le développement des contrats spéciaux, et la création de nouvelles catégories, ou familles, de contrats. Cependant, cette protection ne sera juste et efficace qu'à la condition de construire des catégories de contrats spéciaux homogènes et cohérentes.

27. En second lieu, la parcellisation porte sur le droit commun des obligations lui-même, et plus généralement sur les divisions qui structurent le droit civil. Un auteur a mis en évidence deux catégories de divisions du droit : d'une part les divisions *selon* « *l'objet des règles rassemblées* » et d'autre part les divisions *selon* « *la fonction des règles rassemblées* »¹⁹⁸. Or la fonction de protection des faibles que s'assigne le droit civil contemporain¹⁹⁹ est un facteur évident de parcellisation. En effet, il est apparemment de bonne logique de juger incompatible la notion de droit commun et la volonté d'introduire des régimes protecteurs particuliers (ou exorbitants de droit commun). C'est ainsi que le droit privé va connaître au cours du XXème siècle une prolifération de « *nouveaux droits* » revendiquant leur autonomie par rapport au droit commun²⁰⁰.

En analysant, et en critiquant, ces deux mouvements de parcellisation du droit, nous nous attacherons à démontrer leur inadéquation, au moins partielle, à l'objectif initialement

¹⁹³ H. J. S. Maine, *L'ancien droit*, Paris 1871, p.162 et suiv., de la traduction de J.G. Courcelle-Seveul, 1874; J. Carbonnier, *Flexible droit*, p.286 et suiv.; *Sociologie juridique*, p.246.

¹⁹⁴ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°34; L. Cadiet, op. cit., n°26 et suiv.

¹⁹⁵ P. Jestaz, *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in *L'évolution du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.118; M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in *Mélanges dédié à G. Marty*, Université des sciences sociales Toulouse, p.233 et suiv.; G. Raymond, *Analyse juridique du "buy-back"*, *Cont. Conc. Cons.* 1991 août-sept., p.3 et suiv.

¹⁹⁶ P. Jestaz, op. cit.

¹⁹⁷ Op. cit.

¹⁹⁸ F. Grua, *Les divisions du droit*, R.T.D. Civ. 1993, p.60.

¹⁹⁹ J.L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, p.90 et 91; P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°325.

²⁰⁰ Pour une liste non exhaustive : droit du travail, droit rural, droit bancaire, droit de la concurrence, droit de la consommation, etc.

fixé : la protection de l'économiquement faible. Au préalable, il faut souligner qu'il ne s'agit pas, en étudiant d'abord la parcellisation par les contrats spéciaux, et ensuite la parcellisation par la création de droits autonomes, de consacrer une distinction chronologique, car ces deux phénomènes de parcellisation se cumulent et s'imbriquent par des interactions, sans qu'il soit véritablement possible de déterminer lequel est antérieur à l'autre. Néanmoins, sur un plan purement intellectuel, avec ce que cela comporte comme schématisation de la réalité, il sera intéressant de constater que, souvent, la parcellisation par le biais des contrats spéciaux s'est peu à peu transformée en parcellisation par création d'un droit autonome²⁰¹.

SECTION I

LA PARCELLISATION PAR L'UTILISATION DES CONTRATS SPECIAUX

28 . Les contrats spéciaux constituent un complément utile et nécessaire à la théorie générale des obligations, en ce qu'ils permettent l'appréhension de situations particulières et concrètes. Ils favorisent ainsi la satisfaction de besoins spécifiques à certaines catégories de contractants²⁰². Or, il arrive qu'un contrat spécial présente, dans ses applications, suffisamment de constance pour en tirer une conclusion générale. Ainsi, certains contrats spéciaux mettent en présence, de façon quasi-systématique, des contractants économiquement inégaux. Le besoin de protection du contractant économiquement faible face à un partenaire économiquement puissant, ou présumé tel, peut donc trouver satisfaction dans l'utilisation accrue de la technique des contrats spéciaux, notamment lorsque, pour certains contrats, le législateur impose un régime impératif et une qualification obligée²⁰³. Dresser une liste, même non exhaustive, d'exemples de ce type serait long, fastidieux et inutile dans le cadre de notre étude. Rappelons simplement qu'un régime d'ordre public protège le salarié face à l'employeur dans le contrat de travail ou le locataire face au bailleur dans les baux commerciaux²⁰⁴, ruraux²⁰⁵, ou d'habitation²⁰⁶.

29 . Outre ces hypothèses de protection, l'utilisation des contrats spéciaux pour protéger l'économiquement faible est particulièrement critiquable sur le plan de la technique juridique. En effet, la spécialisation du droit des obligations par les contrats nommés n'est admissible qu'à condition d'être restreinte. En aucun cas le recours aux contrats spéciaux ne doit avoir pour effet d'empiéter sur le domaine de la théorie générale des obligations. Ce type de parcellisation a une vocation d'application subsidiaire par rapport à la théorie générale, ce qui signifie que c'est seulement en cas de carence de celle-ci qu'un régime de protection particulier doit être instauré par le biais d'un contrat spécial. Les contrats

²⁰¹ L'exemple typique est le contrat de travail qui est à la base du processus maintenant achevé de l'autonomie du droit du travail.

²⁰² J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°102 et 230; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°1 et suiv.

²⁰³ P. Jestaz, *op. cit.*

²⁰⁴ Décret du 30 septembre 1953.

²⁰⁵ Loi 411-1 et suiv. du Code rural.

²⁰⁶ Loi du 6 juillet 1989.

spéciaux ne doivent donc être enrichis de règles protectrices uniquement lorsque la théorie générale est réellement incapable d'apporter une protection satisfaisante²⁰⁷. A défaut, le droit perd une grande partie de sa cohérence et engendre des injustices en protégeant certaines catégories de contractants et en oubliant certaines autres, au gré des modes politiques et de l'influence des groupes de pression²⁰⁸. M. Cadiet, dans son étude sur le droit contemporain des contrats, a déploré la tendance de notre droit positif à s'émietter. Cet auteur estime que la cohérence du droit « ne peut être sauvegardée qu'à la condition d'un renforcement du droit commun et un affaiblissement des contrats spéciaux »²⁰⁹. Nous verrons que cette utilisation critiquable des contrats spéciaux a pour effet d'entraîner un cantonnement inopportun de certains principes généraux du droit et notamment du principe de justice.

Cet aspect de la parcellisation, par insuffisance de hauteur dans l'analyse des principes juridiques, étant posé, il importe d'aborder un phénomène doctrinal, apparu au XXème siècle, de création de contrats spéciaux. Il ne s'agit pas d'étudier les contrats modernes créés par la pratique des affaires²¹⁰, mais de mettre en exergue la tendance de la doctrine à faire émerger artificiellement des catégories de contrats, sans cohérence ni harmonie intrinsèques, dans le but d'expliquer et de favoriser la protection des économiquement faibles. Sur ce plan aussi, la parcellisation du droit est critiquable, car la protection des faibles, et par là même, la prise en compte des déséquilibres de puissance économique, doit passer principalement et prioritairement par la théorie générale du droit commun des obligations.

PARAGRAPHE 1 - LE CANTONNEMENT INOCCASIONNEL DU PRINCIPE DE JUSTICE

30. En raison de l'évolution historique du droit des obligations, qui va du spécial au général²¹¹, des mécanismes juridiques ont été cantonnés dans un premier temps, à certains contrats, et ce n'est que dans un second temps, eu égard à leur vocation d'application générale, qu'ils ont fait l'objet d'une extension. Il en est ainsi, par exemple, de l'exception d'inexécution ou du droit de rétention. Réservés par le Code civil à certains contrats²¹², la

²⁰⁷ Par exemple, il est évident que la théorie générale des obligations est dans l'incapacité, compte tenu de l'existence de l'article 1134 al.1er du Code civil, d'instaurer une faculté de rétractation dans les contrats de prêt à la consommation ou de vente à domicile. Seule l'érection d'une législation relative à tel ou tel contrat spécial pouvait remplir ce rôle.

²⁰⁸ Il est possible de citer comme exemple la protection conférée aux mandataires d'intérêt commun et aux agents commerciaux lors de la rupture du contrat, alors que les commissionnaires, les franchisés ou les concessionnaires se trouvent sans aucune protection tout en étant dans une situation de dépendance économique souvent comparable.

²⁰⁹ L. Cadiet, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p.7 et suiv., n°25.

²¹⁰ M. Cabrillac, op. cit.; J.M. Leloup, *Les contrats commerciaux*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*; Journées R. Savatier 1985, p.167 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°26 et suiv.; A. Couret, *Innovation financière et règle de droit*, Dalloz, 1990, chron.135 et suiv.; J. Paillusseau, *Les contrats d'affaires*, J.C.P. ed.E., 1986, I, 14893.

²¹¹ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°33.

²¹² Pour l'exception d'inexécution : article 1612, 1653 et 1749 du Code civil; pour le droit de rétention : articles 1948 et 2082 du Code civil.

jurisprudence les a progressivement généralisés²¹³, au point de les faire ressortir aujourd'hui au domaine de la théorie générale des obligations²¹⁴. Le raisonnement qui est à l'origine de cette extension est de nature inductive : la règle visée par un article relatif à un contrat spécial n'est que l'illustration d'un principe général du droit. Mais, *a contrario*, la jurisprudence se refuse, dans certaines hypothèses, à pratiquer ce genre d'induction. Il en est ainsi pour la lésion et la non-rétroactivité de la nullité dans les contrats à exécution successive. Dans le premier cas, les articles 887 et 1674 du Code civil autorisent, pour les partages et les ventes d'immeubles, l'action en rescision pour cause de lésion. Dans le second, les articles 201 et 202, s'agissant de la nullité du mariage, et 1844-15 du Code civil, s'agissant de la nullité d'une société, disposent que l'annulation n'a point d'effet rétroactif. Par induction, on aurait pu étendre ces deux règles à l'ensemble des contrats, en y voyant des principes généraux. Pourtant, sans l'expliquer vraiment, la jurisprudence a considéré que, si dans certains contrats la lésion était applicable et la nullité non-rétroactive, cela démontrait l'existence d'un principe général contraire.

Ce raisonnement se retrouve dans le domaine de la protection de la partie économiquement faible. Après avoir démontré l'existence du principe général de justice, nous montrerons l'inopportunité du cantonnement de ses traductions juridiques principales, que sont la lésion et l'imprévision.

A - LA JUSTICE EN TANT QUE PRINCIPE GENERAL DU DROIT

31 . Il est admis, par la majeure partie de la doctrine civiliste, que les principes généraux du droit ne sont pas réservés à la matière administrative. Certains auteurs ont rappelé que le droit civil est irrigué par ces règles générales et non écrites, que la jurisprudence découvre, sans les créer, « *en suspension dans l'esprit de notre droit* »²¹⁵. Si toutes les chambres de la Cour de cassation se réfèrent aujourd'hui couramment à la notion de principe général du droit, les manuels citent encore le fameux arrêt Boudier du 15 juin 1892²¹⁶. Dans cette décision, le principe général d'équité a expressément servi de fondement à la consécration de l'action *de in rem verso* et de l'enrichissement sans cause : « *Attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée, qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre*

²¹³ Pour l'exception d'inexécution : Req., 17 mai 1938, D.H. 1938, 419; Cass. Com., 15 janvier 1973, Dalloz, 1973, 473, note J. Ghestin; pour le droit de rétention : Cass. Civ., 17 juin 1969, J.C.P., 1970, II, 16162, note Catala-Franjou; Cass. Civ. 1ère, 7 janvier 1992, J.C.P., 1992, II, 21971, note Ramarolanto-Ratiaray.

²¹⁴ Ou des sûretés pour le droit de rétention; J. Ghestin, *Les effets de contrats*, L.G.D.J., 1992, n°335.

²¹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, n°139 et suiv.; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°491 et suiv.; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, n°123; J. Boulanger, *Principes généraux du droit et du droit positif*, in *Etudes Ripert*, Tome I, p.51 et suiv.; G. Lyon-Caen, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, R.T.D. Civ. 1974, p.229 et suiv.; H. Ader, B. Oppetit et P. Blondel, *Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation*, Entretiens de Nanterre des 17 et 18 mars 1989, cah. dt. ent. 1989, n°5, p.12 et suiv.; **contra** : R. Rodière, *Les principes généraux du droit privé français*, R.I.D. Comp. 1980, journées juridiques Franco-Hongroises, p.309 et suiv.

²¹⁶ Req., 15 juin 1892, S.1893, 1, 281, note Labbé.

d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit »²¹⁷.

Parmi les principes généraux du droit civil, le principe de justice est certainement l'un des plus marquants de notre droit positif. Qu'il soit fondé sur le droit naturel²¹⁸, sur la morale²¹⁹ ou sur l'équité²²⁰, le principe de justice puise directement sa source dans la notion de proportionnalité, « *que notre droit positif paraît avoir adopté, comme une règle non écrite de justice* »²²¹. M. Ghestin en fait même, avec la notion d'utilité, l'un des deux principes directeurs du droit des contrats²²². La justice contractuelle est alors le moyen de parvenir à imposer la satisfaction des besoins des contractants et l'utilité des prestations réciproques, en exigeant que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne. M. Oppetit exprime justement cette idée : « *Le juge, tout en refusant de se laisser entraîner au-delà des termes de la loi, s'est efforcé, dans la limite de ses pouvoirs, de réaliser dans toute la mesure du possible la justice contractuelle* »²²³.

32 . Il faut remonter aux écrits d'Aristote et notamment *L'éthique à Nicomaque*, pour connaître les origines les plus explicites de la notion de justice²²⁴. Dans le chapitre III, Aristote assimile la justice à l'idée d'égalité, ou plus précisément, à celle de proportion²²⁵. Mais en affinant l'analyse Aristote dégage deux niveaux dans la notion de justice : la justice distributive et la justice corrective (ou commutative)²²⁶. Cette distinction est aujourd'hui classique pour les juristes²²⁷, et on oppose traditionnellement ces deux conceptions, en les présentant comme contraires. L'une consiste à répartir les richesses selon la place des individus dans la société et leurs mérites. Elle privilégie donc l'égalité géométrique et la qualité des individus. Dabin écrivait que "*la justice distributive doit s'entendre, non d'une égalité mathématique de quantités, (...) mais d'une égalité de proportion, chacun étant appelé à participer à la distribution d'après certaines règles générales, valables pour tous, mais tirées des qualités personnelles des sujets par rapport à l'élément du bien commun à distribuer*"²²⁸. L'autre a vocation à instaurer une égalité arithmétique dans les échanges entre individus. Son objet est donc de maintenir ou d'établir l'équilibre des patrimoines, en ne se souciant aucunement des qualités de chaque individu en présence. Aristote estimait qu'en matière délictuelle la justice commutative ne devait "*envisager que la nature de la faute sans égard pour les personnes qu'elle met sur un pied d'égalité*"²²⁹. Malgré cette présentation, ces deux conceptions de la justice ne sont pas aussi antithétiques qu'il y paraît. La justice commutative ne devrait pas systématiquement exclure

²¹⁷ Pour une restriction des conditions de mise en oeuvre de l'action de *in rem verso*, voir : Cass. Civ., 12 mai 1914, S. 1918, 1, 41; 2 mars 1915, Dalloz, 1920, 1, 102; 12 février 1923, Dalloz, 1924, 1, 129, note Rouast.

²¹⁸ Domat.

²¹⁹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*.

²²⁰ P. Jestaz, *L'équité*, Ency. Dalloz, 1972.

²²¹ J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, n°53.

²²² J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°251 et suiv.

²²³ B. Oppetit, *Le rôle du juge en présence de problèmes économiques en droit civil français*, Trav. Ass. H. Capitant, 1970, t. XXII, p.191.

²²⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V : *La justice*.

²²⁵ Op. cit., "*Ainsi le juste est, en quelque sorte, une proportion*".

²²⁶ Op. cit., chap. IV.

²²⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°51; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°252; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°27 et suiv.

²²⁸ J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, 1929, p.339.

²²⁹ Op. cit., chap. IV.

la justice distributive, même si définir une notion par son contraire est intellectuellement et théoriquement satisfaisant²³⁰.

En effet, la complexité de la société ne permet pas dans les faits, de séparer la justice corrective et la justice distributive. En droit des contrats, par exemple, la notion de justice corrective peut expliquer, en partie, la théorie de la cause de l'obligation et le principe d'annulation des conventions pour défaut de cause²³¹. C'est, en particulier, l'idée de Maury, qui définissait la cause comme un « *équivalent voulu* »²³². Mais, dans ses conditions, comment expliquer que la lésion n'affecte que certaines conventions déséquilibrées? Si les deux notions de justice ne se mêlaient intimement, toutes les conventions lésionnaires devraient être rescindées sur le fondement de la justice commutative! Si notre droit positif n'admet pas une telle généralité, c'est qu'il convient de prendre en compte les inégalités de fait entre les parties, et en particulier les inégalités de puissance économique. Le principe de justice ne peut donc être un principe général du droit qu'à condition d'envisager cette notion dans son acception plénière²³³, afin d'appréhender non seulement les déséquilibres entre les prestations réciproques (justice commutative) mais aussi les déséquilibres de puissance économique entre les personnes (justice distributive). Oublier l'un de ces paramètres conduit à cantonner indûment le principe de justice à certains contrats spéciaux, et ce dans un souci légitime de sécurité contractuelle.

B - LE CANTONNEMENT DES TRADUCTIONS JURIDIQUES DU PRINCIPE DE JUSTICE

33. Les principes généraux du droit seraient une « *catégorie vaine et prétentieuse* »²³⁴ s'ils n'avaient pas en droit positif, des traductions techniques. Le principe de justice, notamment en matière contractuelle, contribue à expliquer de nombreuses notions du droit objectif. Il en est ainsi des vices du consentement, de la cause de l'obligation ou de l'obligation de renseignement²³⁵. Mais il ne s'agit là que de traductions indirectes du principe de justice. En effet, ce n'est que pour donner aux jugements d'équité « *un vêtement juridique* »²³⁶ que les juges ont étendu à l'extrême les notions classiques telles que l'erreur sur la substance, la rétention dolosive ou encore la bonne foi²³⁷. En réalité, il n'existe que deux traductions techniques directes du principe de justice contractuelle : la lésion et l'imprévision.

1/ LA LESION

²³⁰ H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°31 : "On le voit les deux notions de la justice sont antithétiques. L'une est juridique, conservatrice, individualiste; l'autre est politique, corrective, sociale".

²³¹ J. Ghestin, op. cit., n°921.

²³² J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, t.I, p.31 et suiv.

²³³ J. Carbonnier, op. cit., n°51.

²³⁴ R. Rodière, op. cit., p.317.

²³⁵ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°253.

²³⁶ P. Jestaz, *Equité*, Ency. Dalloz, 1972, n°10.

²³⁷ cf. infra n°262 et suiv. (erreur); 287 et suiv. (dol); 399 et suiv. (bonne foi).

34 . Dans les développements qu'il consacre à la justice contractuelle, M. Carbonnier étudie la lésion comme une application du principe *neminem laedere*²³⁸, et une traduction du principe de la justice commutative. Dans le même sens, M. Poughon considère que "*c'est parce que ces contrats sont soumis à la notion aristotélicienne de justice commutative qu'ils peuvent être rescindés*"²³⁹. Avant la promulgation du Code civil de 1804, la doctrine n'était d'ailleurs pas hostile à la rescision pour cause de lésion, se réclamant en cela des idées des pères de l'Eglise et notamment de la théorie du juste prix de St Thomas d'Aquin²⁴⁰.

Pourtant, le vice de raisonnement consistant à assimiler la lésion et la justice commutative, sans faire référence à la justice distributive, va favoriser la méfiance des rédacteurs du Code civil vis-à-vis d'une institution susceptible de véhiculer une grande insécurité juridique si elle était admise trop largement. Ainsi, malgré le plaidoyer de Portalis²⁴¹, la rescision pour lésion ne sera admise qu'exceptionnellement au profit du vendeur d'immeuble²⁴², des copartageants²⁴³ et des mineurs²⁴⁴.

Ce cantonnement est à l'évidence contre nature, la lésion ne relevant pas des contrats spéciaux mais bien de la théorie générale. Il s'explique essentiellement par la primauté donnée aux dogmes de l'autonomie de la volonté d'une part, et les incertitudes sur la définition de la valeur d'autre part²⁴⁵. Or l'importance exagérée accordée aux incertitudes affectant la théorie économique de la valeur²⁴⁶ a pour origine l'oubli de la notion de justice distributive en droit des contrats. En effet, il n'est pas envisageable d'étendre la lésion, définie comme mécanisme sanctionnateur de la seule justice commutative, à tous les contrats synallagmatiques et commutatifs, sous peine de ruiner le système économique de type libéral qui commençait à se développer au début du XIX^{ème} siècle. Si les rédacteurs du Code civil avaient compris la complémentarité existant entre la justice commutative et la justice distributive, ils n'auraient pas eu besoin, pour éliminer les risques d'insécurité, de limiter l'application du mécanisme de la lésion à certaines personnes ou à certains contrats. La méthode commande d'abord d'appliquer la justice distributive, afin de savoir s'il existe ou non une inégalité de puissance économique entre les contractants. Ce n'est que dans un second temps que doit intervenir la justice corrective et son analyse de la valeur des prestations réciproques.

35 . Le droit positif ne pouvait longtemps contenir le mécanisme de la lésion dans un domaine aussi étiqué que celui qui était le sien dans le Code civil de 1804. Des cas d'injustice flagrants ont amené le législateur à étendre le champ d'application de la

²³⁸ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°78.

²³⁹ J.M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, n°66, à propos des contrats de vente, de location et de dépôt; Dans le même sens : R. Dekkers, *La lésion énorme, Introduction à l'histoire des sources du droit*, Paris, 1937, p.72.

²⁴⁰ Notamment Pothier, *Obligations*, n°33, limitant il est vrai le principe « *au for de la conscience* ».

²⁴¹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Tome II, 1er volume, *Obligations, Théorie générale*, lectures, X^{ème} leçon.

²⁴² Article 1674 et suiv. du Code civil.

²⁴³ Article 887 al.2 Code civil.

²⁴⁴ Article 1305 et suiv. Code civil.

²⁴⁵ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°81.

²⁴⁶ cf. infra n°678 et suiv.

rescision pour cause de lésion²⁴⁷. Mais l'évolution la plus significative est à mettre au crédit de la jurisprudence. Tout en rappelant, pour sauvegarder les apparences, que la lésion n'est pas une cause générale de rescision²⁴⁸, la Cour de cassation s'est reconnue le pouvoir de réviser les honoraires de certains mandataires professionnels, tels que les professions libérales, lorsqu'ils sont hors de proposition avec le service rendu²⁴⁹. Bien évidemment la Cour de cassation n'a pas donné de fondement explicite à cette jurisprudence, ce qui contribue à plonger la doctrine dans l'embarras. L'argument de la gratuité du mandat est dépourvu de pertinence puisque d'une part l'article 1986 du Code civil réserve les conventions contraires, et que d'autre part le mandat professionnel est toujours conclu à titre onéreux. Aujourd'hui la majorité de la doctrine voit dans cette jurisprudence une application *contra legem* du mécanisme de la lésion. En approfondissant la question, nous verrons qu'il s'agit d'un moyen, pour le droit, de prendre en compte les déséquilibres de puissance économique entre contractants²⁵⁰. Force est, en effet, de constater que le mandataire professionnel, qu'il soit médecin, avocat ou agent d'affaire, est, du fait de sa compétence, en situation de force par rapport à son mandant. S'il utilise sa position pour obtenir de son partenaire un montant d'honoraires hors de proportion avec la prestation fournie, le principe de justice, par le biais de la lésion, impose un rééquilibrage économique du contrat. C'est ainsi que dans de nombreux litiges, la Cour de cassation a approuvé la révision des honoraires à la baisse²⁵¹.

L'extension jurisprudentielle du domaine de la lésion, lorsque des déséquilibres de puissance économique sont constatés entre les parties contractantes, démontre le caractère critiquable de la parcellisation consistant à cantonner un principe général à certains contrats spéciaux. Nous verrons plus loin que cette extension s'est encore accrue avec le développement récent de la jurisprudence en matière de droit de la consommation²⁵². Une critique en tout point similaire peut être formulée à l'encontre du cantonnement de la théorie de l'imprévision.

2/ L'IMPREVISION

²⁴⁷ Loi des 8 juillet 1907 et 10 mars 1937 sur les ventes d'engrais et de semences; loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique; loi des 29 avril 1916 et 7 juillet 1967 en matière d'assistance et de sauvetage maritime; loi du 31 mars 1924 en matière d'aviation civile.

²⁴⁸ Cass. Civ., 20 novembre 1906, Dalloz, 1907, 1, 80, pour le contrat de travail; C.A. Rouen, 21 mai 1844, Sirey, 1844, 2, 653, pour le louage de chose; Cass. Civ. 3ème, 9 avril 1970, Dalloz, 1970, p.726 pour une cession de parts sociales; Cass. Civ. 3ème, 8 janvier 1992, Bull. Civ. III, n°9, pour une cession de fonds de commerce.

²⁴⁹ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°78; J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations : l'acte juridique*, n°254; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°771; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°213; H. Roland et L. Boyer, *Obligations : contrat*, n°859 et suiv.; F. Collart-Dutilleul, *Lésion*, Juris. Class. Civil, Art. 1118, n°44 et suiv., A. Rieg, *Lésion*, Ency. Dalloz, 1973, n°23 et suiv.

²⁵⁰ cf. infra n° 718 et suiv.

²⁵¹ Req., 28 mai 1913, Sirey, 1915, 1, 116; Cass. Civ. 1ère, 14 janvier 1976, J.C.P., 1976, II, 18388; Cass. Com., 23 mai 1978, Bull. Civ. IV, n°146; Cass. Civ. 1ère, 24 février 1981, Bull. Civ. I, n°63.

²⁵² cf. infra n° 120 et suiv., J. Carbonnier, *Les obligations*, n°79 : l'auteur place la lésion et la sanction des clauses abusives sur un même plan, en considérant qu'il s'agit de l'application du principe de justice contractuelle.

36 . A l'instar de la lésion, le problème de la révision des contrats pour imprévision a été posé fort maladroitement²⁵³. Nous analyserons plus loin les déficiences de la problématique proposée par la doctrine classique²⁵⁴. Pour l'instant nous nous contenterons d'expliquer en quoi la théorie de l'imprévision dans l'exécution des contrats n'est qu'une traduction technique du « *principe directeur* »²⁵⁵ de justice contractuelle. A ce titre, elle ne devrait pas être cantonnée à certains contrats spéciaux ou à certaines catégories de contrats, comme c'est le cas dans notre droit positif.

La doctrine enseigne, dans sa quasi-unanimité, que la théorie de l'imprévision n'a pas été consacrée en droit privé²⁵⁶, et ce par opposition au droit administratif²⁵⁷ et à certains droits étrangers²⁵⁸. Ce rejet de la théorie de l'imprévision doit être recherché, outre le fait que le problème a été dès l'origine mal posé, dans deux directions, la seconde découlant en bonne partie de la première. D'abord, l'opposition trop marquée entre justice distributive et justice commutative, que nous avons déjà eu l'occasion de souligner, a incité le législateur et la doctrine à assigner un rôle excessivement restreint à la théorie de l'imprévision. En effet, l'erreur consistant à fonder ce mécanisme uniquement sur le principe de justice commutative entraîne automatiquement la crainte légitime d'une insécurité contractuelle croissante et d'une déstabilisation de l'économie. Ensuite, l'omnipotence du dogme de l'autonomie de la volonté et l'avènement de l'économie de marché, dans sa forme la plus pure, ont contribué au rejet complet de la théorie de l'imprévision, et le Code civil n'y fait même pas référence²⁵⁹.

37 . Pourtant, tout comme la lésion, un bref aperçu historique permet de rappeler que la théorie de l'imprévision n'a pas toujours connu une telle disgrâce. M. Carbonnier estime « *qu'il y avait dans la compilation justinienne des matériaux pour une théorie de l'imprévision* »²⁶⁰, même si Ulpian n'admettait la libération du débiteur qu'en cas de force majeure²⁶¹. L'héritage romaniste est décidément riche et complexe puisque des philosophes tels que Cicéron et Sénèque prônaient la généralisation de la prise en compte de l'imprévision, en estimant que la force obligatoire du contrat devait céder devant certaines circonstances funestes²⁶².

²⁵³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°84 : "on a posé la question aussi mal qu'il était possible de le faire en parlant d'imprévision".

²⁵⁴ cf. infra n°769.

²⁵⁵ Selon l'expression de J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°223 et suiv.

²⁵⁶ J. Carbonnier, op. cit., n°144; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°413; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°269 et suiv., avec cependant d'importantes nuances; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°616; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°734; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1222.

²⁵⁷ Cass. Civ., 9 janvier 1856, D.P., 1856, 1, 100; Cass. Civ., 6 mars 1876, D.P., 1876, 1, 193, note A. Giboulot : affaire du Canal de Crapone; C.E., 30 mars 1916, Lebon, p.125, concl. Cardenet : arrêt Gaz de Bordeaux; C.E., 21 juillet 1917, Lebon, p.586 : arrêt compagnie générale des automobiles postales; C.E., 8 février 1918, Lebon, p.122, concl. Corneille : arrêt Gaz de Poissy.

²⁵⁸ Ex. : les droits allemand, suisse, italien, néerlandais et hellénique; cf. J. Ghestin, op. cit., n°316; R. David, *L'imprévision dans les droits européens*, in Mélanges Jauffret, 1974, p.211.

²⁵⁹ Cf. cependant pour des applications particulières : articles 1769 à 1773 Code civil.

²⁶⁰ Op. cit., n°149; Dig. 46, 3, 38 : allusion à une condition tacite *si in eadem causa maneat*, C. 4, 65, 3 : droit du bailleur de résilier le bail s'il lui survient un besoin imprévu de l'immeuble.

²⁶¹ Bomsel, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, thèse Paris, 1922, p.13 et 14.

²⁶² A. Bruzin, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, thèse Bordeaux, 1922, p.91 et 92.

Assouplissant la rigueur du droit romain en favorisant « *l'épanouissement des idées morales* »²⁶³, les canonistes du moyen-âge, en particulier St Thomas d'Aquin, ont émis l'idée selon laquelle celui qui promet quelque chose et ne tient pas sa promesse ne commet aucune infidélité si les conditions existant au jour de son engagement ont changé au moment de l'exécution²⁶⁴. A partir du XIV^{ème} siècle, les post-glossateurs ont adopté la théorie de l'imprévision²⁶⁵, estimant que la clause *rebus sic stantibus* est toujours sous-entendue dans les conventions. Cette doctrine n'a pas été sans influence sur le droit positif. D'une part, la jurisprudence a parfois été sensible à l'idée de justice contractuelle et a, dans certaines espèces, fait application de la théorie de l'imprévision. Il s'agit notamment du parlement de Grenoble qui, en se fondant sur l'équité, avait jugé que les droits des fours banaux devaient être augmentés malgré la fixité des prix²⁶⁶. D'autre part, les droits étrangers (Allemagne, Italie, Suisse, Angleterre) ont admis la théorie de l'imprévision que ce soit par les textes²⁶⁷ ou par la jurisprudence²⁶⁸, alors même que les juristes français avaient tendance à l'abandonner²⁶⁹.

Au début du XIX^{ème} siècle, et alors même que le Code civil de 1804 rejetait implicitement mais sûrement la théorie de l'imprévision par son article 1134²⁷⁰, la jurisprudence semblait l'accueillir favorablement²⁷¹, si bien qu'un auteur a pu écrire que *"les obligations s'éteignent encore par la survenance des circonstances telles que les parties n'auraient pas contracté, si elles les avaient prévues"*²⁷². Ce raccourci historique permet de relever l'oscillation permanente entre la généralisation et le cantonnement de la théorie de l'imprévision; phénomène qui n'a d'ailleurs pas disparu de notre droit positif puisque de nombreuses lois sont venues instaurer des régimes de révision dans certains contrats spéciaux²⁷³. Ce pullulement de textes légaux est significatif de l'inopportunité du

²⁶³ G. Ripert, op. cit., p.33.

²⁶⁴ A. Bruzin, op. cit., p.93 et 94; P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, thèse Nancy, 1922, p.45.

²⁶⁵ A. Bruzin, op. cit., p.95 à 98.

²⁶⁶ Arrêt du 2 mars 1634, cité par A. Bruzin, op. cit., p.106 et suiv., et par C. Stoyanovitch, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues*, *Théorie de l'imprévision*, thèse Aix, 1941.

²⁶⁷ *Codex Maximilianus Civilis*, de 1756, Code prussien de 1794.

²⁶⁸ R. David, *L'imprévision dans les droits européens*, Etudes Jauffret 1974, p.211 et suiv.; A. Bruzin, op. cit., p.117; C.M. Popescu, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, thèse Paris, 1937; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°316.

²⁶⁹ Notamment Cujas et Pothier cités par A. Bruzin, op. cit., p.105 et suiv.

²⁷⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°148; J. Ghestin, op. cit., n°269.

²⁷¹ Req., 20 août 1838, Sirey, 1838, I, 373. Il s'agit d'un arrêt de rejet.

²⁷² Larombière, *Obligations* IV, n°1234; **contra** : Demolombe, XXIV, n°550; Laurent, XVI, n°265; Aubry et Rau, tome V, § 308.

²⁷³ **Lois temporaires** : Loi Failliot du 21 janvier 1918 permettant au juge de suspendre ou résilier les contrats commerciaux dont l'exécution entraînait des préjudices *"dont l'importance dépasserait de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention"*; loi du 9 mars 1918 relative aux modifications apportées aux baux à loyer par l'état de guerre; loi du 6 juillet 1925; loi du 8 avril 1933; loi du 12 juillet 1933; loi du 22 avril 1949; sur la question cf. A. Peytel, *La théorie de l'imprévision et les contrats commerciaux*, G.P. 1949, doct. p.57; J. Larguier, Ency. Dalloz civile, 1ère éd., n°24 et suiv.; J. Ghestin, op. cit., n°274; **Lois permanentes** : lois des 20 août 1936, 11 octobre 1985 et 9 juillet 1991 modifiant l'article 1244 du Code civil; loi du 13 juillet 1930 relative à la modification du contrat d'assurance en cas d'aggravation ou de diminution du risque assuré; Décret du 30 septembre 1953 autorisant certaines modifications du contrat en fonction de *"l'évolution"* des usages commerciaux; loi du 11 mars 1957 intégrée dans le Code de la propriété intellectuelle à l'article L. 131-5, autorisant la révision du contrat de cession du droit d'exploitation d'une oeuvre si *"la prévision insuffisante des produits de l'oeuvre"* cause à l'auteur un préjudice de plus de sept douzième; loi du 3 juillet 1971 créant l'article 833-1 du Code civil; loi du 25 janvier 1985, Art. 98 al.2.

cantonnement, à certains contrats spéciaux, d'un mécanisme ressortissant au domaine de la théorie générale, même si des précisions ponctuelles sont parfois nécessaires²⁷⁴.

38. Un malaise identique se retrouve dans certaines décisions récentes de la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt en date du 17 juin 1981²⁷⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation a judicieusement ouvert la possibilité de réviser un contrat à exécution successive par l'utilisation de la notion d'absence partielle de cause en cours d'exécution. La motivation de cet arrêt n'est pas sans rappeler la célèbre thèse de Capitant²⁷⁶ : « (...) *la Cour d'appel (...) n'a pas tiré les conséquences qui découlaient de la situation créée par le fait du prince lorsqu'elle a refusé de limiter la rémunération stipulée à proportion de l'obligation partiellement devenue sans cause comme sans objet, peu important son activité antérieure dont il avait perçu la contrepartie* ».

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 3 novembre 1992²⁷⁷ est encore plus caractéristique de la volonté d'étendre la révision pour imprévision au delà des limites artificielles qui sont les siennes en droit privé français. En effet, cet arrêt, *"dont la motivation est particulièrement délicate à apprécier"*²⁷⁸, met à la charge d'une compagnie pétrolière l'obligation de renégocier les prix d'un contrat d'approvisionnement exclusif en cours, et ce en l'absence de cas de force majeure. Si le fondement explicite est la bonne foi de l'article 1134 al.3 du Code civil, certains auteurs y ont vu, en plus, une consécration ou une tentative de consécration de la théorie de l'imprévision²⁷⁹.

39. Nous aurons l'occasion d'expliquer, plus loin, les raisons qui nous amènent à penser que la notion de bonne foi a été utilisée à tort comme fondement de cette décision²⁸⁰. Mais d'ores et déjà, il est possible de constater la forte propension de la jurisprudence à aller au delà des textes pour faire régner la justice contractuelle au moment de l'exécution du contrat, lorsque les conditions qui ont présidé à sa conclusion sont substantiellement bouleversées par la suite. La jurisprudence lutte donc contre l'excessive parcellisation du droit des obligations en essayant timidement, sans trop l'affirmer clairement, de redonner au principe de justice un domaine correspondant à sa portée générale. Pour parvenir à plus d'efficacité, il conviendrait de conférer aux mécanismes juridiques qui découlent directement du principe de justice, notamment la lésion et l'imprévision, un champ d'application étendu à l'ensemble de la théorie générale des obligations, et pas seulement limité à certains contrats spéciaux. En ce sens, M. Ghestin estime que *"l'utile et le juste sont des principes fondamentaux de la théorie générale du contrat"*²⁸¹. Cet auteur, à la suite

²⁷⁴ Exemple : pour les baux commerciaux, le législateur doit prévoir des dispositions particulières de révision.

²⁷⁵ Cass. Soc., 17 juin 1981, Bull. Civ. V, n°568.

²⁷⁶ *De la cause de l'obligation*, 3ème éd., Dalloz, 1927.

²⁷⁷ Bull. Civ. IV, n°338; J.C.P., 1993, II, 22164, note G. Virassamy; R.T.D. Civ. 1993, p.124, obs. J. Mestre.

²⁷⁸ J. Ghestin, *Les effets des contrats*, n°279, p.325.

²⁷⁹ J. Mestre, *"Une bonne foi franchement conquérante (...) au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat!"*, R.T.D. Civ., 1993, p.124 et suiv.; Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque I.D.A., Aix-en-Provence, 28 mai 1993; **contra** : G. Virassamy, note sous Cass. Com., 2 novembre 1992, J.C.P., 1993, II, 22164, n°10; J. Ghestin, *Les effets des contrats*, n°279, p.325 et 326.

²⁸⁰ cf. infra n°414.

²⁸¹ *La formation du contrat*, n°282; Comp. Gén. Science et technique II, n°71, p.20 : *"En définitive le juste contient dans ses flancs l'utile"*.

de Ripert²⁸², préconise la généralisation, *de lege ferenda*, des notions de lésion²⁸³ et d'imprévision²⁸⁴. Il est certain que cette proposition renforcerait, d'une part l'importance de la théorie générale par rapport aux contrats spéciaux et, d'autre part la cohésion d'ensemble du droit des obligations. Cependant, l'opinion de M. Ghestin demeure minoritaire, et une certaine doctrine s'emploie à légitimer, voire à encourager, le processus de parcellisation au profit des contrats spéciaux.

PARAGRAPHE 2 - LA CREATION DE CATEGORIES ARTIFICIELLES DE CONTRATS SPECIAUX

40. Sans entrer dans le débat consistant à savoir si la doctrine est une autorité en droit²⁸⁵ ou une source du droit²⁸⁶, on peut affirmer qu'elle est un facteur d'explication et de systématisation du droit²⁸⁷. La doctrine a en effet comme fonction, entre autres, de porter sur le droit positif un jugement de valeur, pouvant aller de l'approbation aux *suggestions de lege ferenda*, en passant par les critiques constructives²⁸⁸. Dans le cadre de cette mission, il est évident qu'elle influence souvent tant le législateur que la jurisprudence. Or, dans le domaine qui intéresse notre étude, la doctrine, dans sa globalité, n'a pas joué correctement son rôle de systématisation et d'unification du droit. En effet, dans le but louable de rechercher des solutions techniques permettant une meilleure protection des économiquement faibles, beaucoup d'auteurs ont approuvé et favorisé le processus de parcellisation du droit des obligations. Le résultat obtenu démontre l'inadéquation de la parcellisation du droit avec l'objectif consistant à prendre en compte les déséquilibres de puissance économique en droit des obligations.

41. Plutôt que d'enrichir et d'adapter la théorie générale des contrats, en intégrant les besoins de protection inhérents à notre société moderne, la doctrine s'est trop souvent contentée soit de recourir à la création de catégories de contrats spéciaux, soit d'approuver ou d'encourager des innovations législatives regrettables. L'exemple qui vient le premier à l'esprit est le très célèbre « *contrat d'adhésion* » dont la paternité revient à Saleilles²⁸⁹. Mais depuis le début du XX^e siècle, la création de catégories de contrats spéciaux s'est considérablement intensifiée pour devenir une véritable mode. Ainsi, la doctrine parle aujourd'hui de « *contrats de consommation* »²⁹⁰, de « *contrats de situation* »²⁹¹, de

²⁸² G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, avec toutefois des nuances quant au fondement et à l'importance de l'extension de la lésion et de l'imprévision.

²⁸³ Op. cit., n°794 et suiv.

²⁸⁴ *Les effets du contrat*, n°316 et suiv.

²⁸⁵ J. Carbonnier, *Introduction*, n°151.

²⁸⁶ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°574.

²⁸⁷ Il est possible de citer l'influence déterminante de M. Calais-Auloy sur la législation consumériste, cf. *Les cinq réformes qui rendraient le crédit moins dangereux pour le consommateur*, Dalloz, 1975, chron.19.

²⁸⁸ J. Ghestin, op. cit., n°577.

²⁸⁹ *De la déclaration de volonté*, 1901, Art. 133, n°89.

²⁹⁰ G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, P.U.F., 1986, n°380; J. Amiel-Donat, *Juris. Class. Conc. Cons.*, Fasc. 800; G. Raymond, *Les contrats de consommation*, in Actes du colloque du 24 février 1994 de l'Université de Reims, Litec, 1995, Actualités de droit de l'entreprise, p.37.

²⁹¹ M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in *Mélanges G. Marty*, p.238 et suiv.

« *contrats de dépendance* »²⁹², de « *contrats d'affaires* »²⁹³. Si la création de contrats spéciaux est vivifiante pour le droit des obligations²⁹⁴, les regroupements et les classifications artificielles l'obscurcissent considérablement²⁹⁵. En effet, par la formation de catégories de contrats hétérogènes, une partie de la doctrine a cru pouvoir se passer de la théorie générale et de ses principaux mécanismes, pour appréhender les hypothèses de déséquilibre de puissance économique entre contractants. L'échec est patent, et les familles de contrats proposées par la doctrine du XX^{ème} siècle ne sont que "*de fausses familles, des regroupements formels d'inspiration corporatiste ou des assemblages fonctionnels à finalité pédagogique*"²⁹⁶. Afin de le démontrer, nous aborderons successivement les trois catégories de contrats les plus importantes créées par la doctrine : les contrats de dépendance, les contrats d'adhésion, les contrats de consommation. Nous préférons sacrifier l'ordre chronologique d'apparition de ces trois catégories pour privilégier leur étude critique selon une intensité croissante.

A - LES CONTRATS DE DEPENDANCE

42. M. Virassamy définit les contrats de dépendance comme ceux "*régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie de sa relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination*"²⁹⁷. Dans l'introduction de son importante thèse, cet auteur rappelle l'impérieuse nécessité, pour le droit, de tenir compte des différences de puissance économique entre contractants, sources « *de déséquilibre contractuel et de domination de l'un des partenaires sur l'autre* »²⁹⁸. L'idée n'est évidemment pas nouvelle sur le fond, mais son expression formelle mérite d'être soulignée. En effet, dans la définition qu'il donne des contrats de dépendance économique, M. Virassamy utilise les termes d'assujettissement, de dépendance, ou encore de domination. Il est suffisamment rare de lire, sous la plume d'un auteur, des termes qui heurtent à ce point les principes de notre droit²⁹⁹, pour ne pas omettre d'en relever la justesse et l'honnêteté³⁰⁰.

²⁹² G. Virassamy, *Les contrats de dépendance essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, L.G.D.J., 1986.

²⁹³ J. Paillusseau, *Les contrats d'affaires*, J.C.P. Ent., 1986, I, 14893.

²⁹⁴ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°29 et suiv.; A. Couret, *Innovation financière et règle de droit*, Dalloz, 1990, chron. XXV, p.135 et suiv.

²⁹⁵ Au point qu'un auteur réclame l'invention d'une "*théorie générale des contrats spéciaux*"! P. Jestaz, *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in *L'évolution du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.135.

²⁹⁶ L. Cadiet, op. cit., n°40.

²⁹⁷ Op. cit., n°2, p.10; la notion de contrat de dépendance a été utilisée par G. Farjat, *Droit économique*, P.U.F., 2^{ème} éd., 1986; pour une notion similaire M. Cabrillac utilise le vocable "*contrat de situation*" op. cit.

²⁹⁸ op. cit., n°1, p.6.

²⁹⁹ Notamment les postulats d'égalité et d'autonomie de la volonté.

³⁰⁰ La franchise du style rappelle les écrits de Ripert qui n'hésitait pas à parler "*d'état d'infériorité*", de lutte contre "*les abus de puissance économique*" ou encore de "*protection du faible*", op. cit.

Mais l'apport de la thèse de M. Virassamy ne s'arrête pas à une question de style. L'intuition, qui en est à l'origine, est judicieuse. Il propose, en effet, de protéger non seulement le salarié contre l'employeur ou le consommateur contre le professionnel, mais également tous les professionnels qui se trouvent en situation de dépendance économique³⁰¹. Il s'agit notamment des franchisés et des concessionnaires qui se trouvent, sans qu'aucune protection ne leur soit accordée, dans une situation de dépendance économique comparable à celle des salariés. M. Virassamy a donc perçu l'inconvénient d'instaurer une protection de l'économiquement faible par une parcellisation du droit des obligations et la création anarchique de régimes protecteurs exorbitant du droit commun³⁰². Malgré la pertinence de ce constat, M. Virassamy a eu, selon nous, le tort de limiter excessivement le domaine de protection des économiquement faibles. En effet, si la notion de dépendance est l'un des effets les plus visibles et significatifs du phénomène de la puissance économique, il serait erroné de croire qu'il n'existe, en dehors de cette hypothèse, aucun abus de puissance économique.

La catégorie des contrats de dépendance n'est donc pas artificielle en raison de ses fondements, mais à cause du champ d'application qui lui a été attribué³⁰³. Nous allons voir que la puissance économique peut être à l'origine d'abus même en l'absence de relations contractuelles vitales et permanentes. La création de la catégorie des "*contrats de dépendance*" provoque donc une parcellisation inopportune du droit des obligations.

1/ L'EXISTENCE D'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE EN L'ABSENCE DE RELATIONS CONTRACTUELLES

43. M. Virassamy estime devoir retenir "*l'existence d'une dépendance économique devant produire des effets juridiques sur les rapports entre les intéressés que s'il est établi entre eux des relations contractuelles*"³⁰⁴. Il est certain que l'instauration d'une relation contractuelle est le préalable nécessaire à la création d'un lien de dépendance entre deux personnes. Mais la notion de dépendance n'est que l'une des conséquences du concept, beaucoup plus vaste, de puissance économique, qui se retrouve tant en matière contractuelle qu'en matière extra-contractuelle. Quelques exemples pourront illustrer notre propos.

44. En droit de la concurrence l'abus de position dominante est sanctionné par l'article 8-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qu'il y ait ou non relation contractuelle. Or, il est admis que la domination d'un marché peut se concrétiser par une concentration manifeste de puissance économique³⁰⁵. La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes est, à cet égard, extrêmement intéressante, lorsqu'elle définit la position dominante d'une entreprise comme "*une situation de puissance économique*

³⁰¹ Op. cit., n°1 et 2.

³⁰² "*Force est de constater que cette volonté de justice contractuelle n'a pas une portée générale*", op. cit., n°2.

³⁰³ Op. cit., n°185 et suiv.

³⁰⁴ Op. cit., n°189, p.135.

³⁰⁵ G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique*, 1995, n°641; Decocq et Pédamon, *L'ordonnance du 1er décembre 1986*, Juris. Class. Conc. Cons., n° spécial 1987, n°27; B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, n°539.

détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause (...)»³⁰⁶. La puissance économique, lorsqu'elle est suffisamment concentrée, est donc identifiée à une position dominante. Il est vrai qu'à partir d'un certain degré de puissance économique le marché et donc les concurrents peuvent se trouver à la merci d'une entreprise ayant la tentation d'abuser de son pouvoir. Un exemple typique peut être trouvé dans la théorie des prix prédateurs.

45 . Tant en droit interne qu'en droit communautaire, la législation cherche à favoriser la concurrence par les prix³⁰⁷. Pourtant la guerre des prix n'est plus tolérable lorsqu'elle est pratiquée par une entreprise ayant une puissance économique telle, qu'elle peut être considérée comme bénéficiant d'une position dominante sur le marché. Venue des Etats-Unis³⁰⁸ la théorie des prix prédateurs a été appliquée pour la première fois par la Cour de justice des communautés européennes le 3 juillet 1991, dans l'arrêt Akzo Chemie bv³⁰⁹.

En l'espèce, une société économiquement puissante (Akzo Chemie bv), qui détenait une position dominante sur le marché de référence, a élaboré une stratégie d'élimination d'un concurrent (E.C.S.) en mettant en oeuvre des réductions de prix massives et prolongées. S'agissant d'une entreprise de production, il était impossible de parler de revente à perte. La Cour de justice des communautés européennes a donc estimé que des prix inférieurs aux coûts variables moyens devaient être qualifiés de prédateurs et sanctionnés sur le fondement de l'article 86 du Traité de Rome³¹⁰. Il est intéressant de relever qu'en l'absence de concentration de puissance économique, il n'y aurait eu aucune condamnation, chaque entreprise ayant une liberté totale dans la fixation de ses prix de vente³¹¹. En revanche, le fait pour une entreprise économiquement puissante de proposer sur le marché des prix inférieurs à ses coûts variables moyens constitue un comportement déloyal vis-à-vis de ses concurrents économiquement plus faibles. Seule, en effet, sa puissance économique lui permet de supporter momentanément une exploitation déficitaire³¹² dans l'unique but de faire disparaître des concurrents et de remonter ses prix une fois revenu en situation de monopole ou de quasi-monopole³¹³.

³⁰⁶ C.J.C.E., 17 décembre 1975, arrêt "Chiquita United Brands", J.O.C.E., 9 avril 1976, n°1-95; C.J.C.E., 13 février 1979, arrêt "Hoffman-La Roche" Rec. C.J.C.E., p.461; C.J.C.E., 11 décembre 1980, arrêt "L'Oréal", Rec. C.J.C.E., p.3775.

³⁰⁷ F. Jenny, *L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence : Raisonement économique et équilibre des pouvoirs*, J.C.P., 1987, éd. Ent., cah. dt. ent., n°1; M. Pédamon, *La liberté des prix et l'intérêt des consommateurs*, in *Concurrence et consommation*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1994, p.7 et suiv.

³⁰⁸ Areeda et Turner, *Predatory pricing and practices under section 2 of the sherman act.88* : Harv. L- Rev. 697 1975.

³⁰⁹ Cont. Conc. Cons., novembre 1991, n°223, obs. L. Vogel.

³¹⁰ Pour des applications de la théorie des prix prédateurs, en droit interne, cf. Cons. Conc., 24 mai 1994, Marché du béton prêt à l'emploi dans le département du Tarn, Cont. Conc. Cons., 1994, n°166; Cons. Conc., 14 septembre 1994, secteur du béton prêt à l'emploi, Cont. Conc. Cons. 1994, n°250; C.A. Paris, 1ère ch., Sect. Conc., 3 novembre 1994, Sté Méditerranéenne de béton, Cont. Conc. Cons., 1995, n°7, obs. L. Vogel.

³¹¹ Sous réserve toutefois, en droit interne, de l'interdiction de la revente à perte, Art. 32 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

³¹² Prix de vente inférieurs aux coûts moyens variables.

³¹³ Sur la formation des prix sur un marché monopolistique cf. D. Flouzat, *Economie contemporaine*, tome 1, p.203 et suiv.; H. Guittou et D. Vitry, *Economie politique*, n°486 et suiv.; J. Magnan de Bornier, *Le monopole*, Que sais-je?, p.42 et suiv.

Il existe donc bien des hypothèses d'abus de puissance économique en l'absence de relations contractuelles. Il est vrai que l'on pourrait nous objecter que les deux exemples choisis ressortissent au domaine du droit de la concurrence, et que par conséquent, ils dépassent les frontières de notre étude. Néanmoins, nous pouvons rattacher ces exemples au droit des obligations dans la mesure où l'entreprise victime d'un abus de position dominante peut rechercher la responsabilité civile de son concurrent qui a abusé de sa puissance économique. Dans l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes en date du 3 juillet 1991, il est clair que la société E.C.S. est en droit de réclamer à la société Akzo Chemie bv une somme de dommages-intérêts correspondant au préjudice subi en raison des prix prédateurs pratiqués sur le marché³¹⁴.

46. Un dernier exemple pour illustrer l'existence d'abus de puissance économique en l'absence de relation contractuelle, peut-être tiré directement du droit des obligations. Nous aurons l'occasion de montrer comment la puissance économique peut se constituer par la connaissance d'informations ou la maîtrise d'une compétence, d'un savoir³¹⁵. Pour l'instant, nous nous contenterons de poser comme postulat que la personne ignorante ou profane dans un certain domaine est en position d'infériorité économique par rapport au professionnel (ou sachant) ayant une compétence reconnue dans le domaine en question. Or, avant tout contrat, le professionnel sera débiteur, à l'égard du profane, d'une obligation pré-contractuelle d'information, en raison de la position de supériorité dont il bénéficie en terme de connaissance et de savoir³¹⁶. Si le professionnel n'informe pas suffisamment la personne qui se trouve en situation d'infériorité sur le plan de la compétence, il commet une faute délictuelle susceptible d'une part d'engager sa responsabilité civile³¹⁷, et d'autre part d'entraîner l'annulation du contrat pour dol par réticence³¹⁸ ou pour erreur³¹⁹.

Cette jurisprudence se rattache à l'évidence au problème du déséquilibre de puissance économique, puisque l'on ne saurait mettre à la charge d'une personne discutant sur un pied d'égalité avec une autre, une obligation d'information aussi rigoureuse. En effet, dans cette dernière hypothèse, chaque personne a l'obligation de se renseigner avant de contracter³²⁰ sans pouvoir exiger de l'autre davantage que la simple obligation de ne pas commettre un dol, et de délivrer par la suite une prestation conforme aux stipulations contractuelles convenues lors des pourparlers.

Pour revenir aux contrats de dépendance, le législateur a pris en compte la notion de déséquilibre de puissance économique, sur le plan de l'information, lorsqu'il impose à « toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité » de fournir, « préalablement à la signature de

³¹⁴ Le calcul du préjudice pourra se baser soit sur les marchés perdus par E.C.S. s'il n'y a pas eu alignement des prix, soit dans le cas contraire sur la perte de marge brute.

³¹⁵ cf. infra n°554 et suiv.

³¹⁶ Cf. notamment : J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°635; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, L.G.D.J., 1992, n°39; Lucas de Leyssac, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, in *L'information en droit privé*, L.G.D.J., 1978, n°31, p.322; B. Petit, *Obligation d'information*, Juris. Class. Civil, Art. 1136 à 1145, fasc. 50, n°7 et suiv. et n°15 et suiv.; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°48, p.89 et suiv.; Ph. Le Tourneau, *De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil*, Dalloz, 1987, chron., p.101.

³¹⁷ Cass. Com., 11 janvier 1984, Bull. Civ. IV, n°16

³¹⁸ Cass. Civ. 3ème, 7 mai 1974, Bull. Civ. III, n°186.

³¹⁹ Cass. Civ. 1ère, 1er mars 1988, Bull. Civ. I, n°56.

³²⁰ P. Jourdain, *Le devoir de "se" renseigner*, Dalloz, 1983, chron., p.139 et suiv.

*tout contrat dans l'intérêt commun des deux parties ... un document donnant des informations sincères qui lui permette de s'engager en connaissance de cause »*³²¹. Cette obligation d'information, de nature pré-contractuelle, est exigée de l'économiquement puissant avant la conclusion d'un contrat. Le droit n'attend donc pas forcément l'instauration de liens contractuels pour protéger l'économiquement faible.

47. Les trois exemples que nous avons choisis n'ont pas pour but de nier l'état de dépendance qui peut s'instaurer dans certains contrats. Ils permettent simplement de prendre conscience de l'influence de la puissance économique sur le droit des obligations en l'absence de relations contractuelles, même s'il est exact que le contrat reste le terrain de prédilection des abus de puissance économique, et ce d'autant plus si le lien contractuel est vital pour le contractant assujéti.

2/ L'EXISTENCE D'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE EN L'ABSENCE DE LIENS CONTRACTUELS VITAUX POUR L'ASSUJETTI

M. Virassamy entend limiter la notion de dépendance économique aux hypothèses dans lesquelles le contrat présente pour la partie en situation d'infériorité un caractère vital³²². Si au contraire le contrat ne présentait pas, pour la partie assujéti, un "*caractère essentiel pour son existence*", il n'y aurait alors qu'une dépendance relative qui "*ne devrait pas produire d'effets juridiques*"³²³. Il est évident que l'état de dépendance économique d'un contractant est proportionnel à l'importance de l'intérêt économique du contrat; et si sa survie économique dépend étroitement du maintien du lien contractuel, l'assujétissement sera presque absolu. Inversement, il est certain qu'un contractant économiquement puissant aura d'autant plus tendance à abuser de sa position, au détriment de son partenaire économiquement faible, que l'existence de celui-ci est exclusivement conditionnée à la poursuite du contrat dans les conditions initialement prévues³²⁴.

48. Cependant il serait erroné d'affirmer que le droit ne prend en compte la dépendance économique uniquement lorsqu'elle découle de l'existence d'un contrat vital. Les déséquilibres de puissance économique produisent des effets juridiques que le contrat présente ou non un intérêt vital pour le cocontractant en situation d'infériorité. Le législateur a déjà eu l'occasion de tenir compte d'inégalités de puissance économique pouvant exister entre contractants sans se préoccuper du point de savoir si le contrat procurait ou non à la partie économiquement faible l'intégralité de ses revenus.

Il en est ainsi lorsque la loi accorde à une personne considérée en situation de faiblesse économique une action directe dérogeant au principe de l'effet relatif des contrats édictés

³²¹ Loi Doubin du 31 décembre 1989, Art. 1er.

³²² Op. cit. n°194 : "*Pour le travailleur indépendant, en revanche, hormis le cas où une clause d'exclusivité aura été stipulée, ce qui le mettrait dans une situation identique à celle du salarié, dès lors que l'essentiel de ses revenus professionnels proviendra du même cocontractant, il y aura lieu de considérer qu'il se trouve en situation de dépendance économique*".

³²³ Op. cit., n°191.

³²⁴ Ce sera le cas notamment dans les contrats de distribution exclusive dans lesquels le distributeur ne peut, pendant l'exécution du contrat s'approvisionner ailleurs que chez son cocontractant, et doit respecter après l'extinction du contrat une clause de non concurrence draconienne.

par l'article 1165 du Code civil³²⁵. Même si notre droit est encore influencé par la conception légaliste de l'action directe³²⁶, il n'est pas contestable aujourd'hui que la jurisprudence a créé des actions directes sans texte de loi³²⁷. Un auteur a proposé comme fondement de l'action directe tant légale que jurisprudentielle, le principe de la justice commutative³²⁸. Or souvent le déséquilibre économique entre les patrimoines de deux personnes s'accompagne d'un déséquilibre symétrique de puissance économique. Fort de cette présomption, la loi accorde au sous-traitant une action directe contre le maître de l'ouvrage en raison du caractère souvent précaire de sa situation économique. Cette action directe existe indépendamment du caractère vital du contrat d'entreprise conclu par le sous-traitant.

49. Un autre exemple peut être trouvé dans la protection du consommateur face au professionnel. Dans cette relation bilatérale, le consommateur est toujours présumé en position de faiblesse économique³²⁹. La doctrine consumériste est même allée jusqu'à parler de dépendance économique et juridique³³⁰. Il paraissait donc indispensable d'instaurer une législation protectrice du consommateur afin d'une part de contrebalancer le déséquilibre de puissance économique qui existait entre lui et le professionnel, et d'autre part d'atténuer l'état de dépendance dans lequel il se trouvait prisonnier. Ainsi, diverses lois sont venues, peu à peu, renforcer la protection du consommateur dans certains contrats pour lesquels le lien de dépendance à l'égard du professionnel semblait le plus fort³³¹.

Or, il est difficile de soutenir que les contrats, pour lesquels le législateur a instauré une protection au profit du consommateur en situation de dépendance, sont vitaux pour celui-ci. Certes, des auteurs ont mis en exergue le caractère parfois forcé de la consommation des ménages dans une société moderne dominée par la communication publicitaire et le développement des « *besoins secondaires* », par opposition aux « *besoins naturels* »³³². Nietzsche n'a-t-il pas écrit : « *on croit que le besoin crée la chose, mais c'est la chose qui crée le besoin* ? »³³³. Dans cette optique, on a pu estimer que « *la fonction de consommation*

³²⁵ Art. 1798 Code civil; L.124-3 Code des assurances; loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

³²⁶ M. Cozian, *L'action directe*, L.G.D.J., 1969.

³²⁷ Exemple : l'action directe du sous-acquéreur à l'encontre du vendeur initial ou du fabricant, Cass. Civ. 1ère, 9 mars 1983, Bull. Civ. I, n°92; Cass. Civ. 3ème, 28 mars 1990, Bull. Civ. III, n°93; Cass. Civ. 1ère, 27 janvier 1993, Bull. Civ. I, n°4.

³²⁸ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°768 et suiv. : « *l'action directe (...) est un instrument au service de la justice commutative, car elle favorise le rétablissement d'un équilibre économique rompu entre les patrimoines du créancier et du sous-débiteur* ». Elle est surtout un moyen de protection du créancier contre l'insolvabilité du débiteur.

³²⁹ Cf. infra n°96 et suiv.; rapport final de la commission de refonte du droit de la consommation, Doc. Franç., avril 1985, p.18 : "(...) *Les consommateurs sont, face aux professionnels, en situation de faiblesse (...)*".

³³⁰ J. Amiel-Donat, op. cit., n°10.

³³¹ Loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage et la vente à domicile; loi du 10 janvier 1978 sur les opérations de crédit mobilier; loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services; loi du 13 juillet 1979 sur le crédit en matière immobilière; loi du 6 janvier 1988 relative aux opérations de "télé-achat".

³³² M. Durand, *Economie et humanisme*, avril 1973 : "*la société actuelle ne fabrique pas des produits pour satisfaire les besoins, mais elle produit des besoins pour vendre ses produits*"; J. Fournier et N. Questiaux, *Traité de droit social*, Dalloz, 1984, collec. études pol. éco. soc., p.745 : "*il est sûr que la part de la consommation forcée est importante dans le total de la consommation et il probable que cette part a tendance à augmenter*", et p.772 : "*En l'état actuel de l'évolution sociale, la consommation n'est ni une liberté individuelle ni une liberté collective, et le rapport de forces s'établit dans l'intérêt des producteurs*".

³³³ *Le gai savoir*; cf. aussi pour une critique radicale de la société de consommation, H. Marcuse, *Eros et civilisation*, et *L'homme unidimensionnel*, éd. de Minuit.

est vitale sur le plan humain »³³⁴. Néanmoins, si l'on ne peut que très difficilement vivre sans consommer, il ne faut pas pour autant en conclure que chaque "contrat de consommation" est vital, au sens où l'entend M. Virassamy, c'est-à-dire indispensable à l'existence. L'Homme peut parfaitement vivre, même dans une société de consommation, sans pratiquer le "télé-achat", en refusant la vente à domicile ou encore en n'ayant pas recours au crédit immobilier! Le consommateur qui achète à son domicile une encyclopédie dont il n'avait pas besoin ne se trouve pas dans la même situation de nécessité qu'un salarié qui est licencié abusivement, ou qu'un concessionnaire qui voit son contrat ne pas être renouvelé à la date anniversaire.

Le domaine de la dépendance économique, et plus généralement des déséquilibres de puissance économique, est donc beaucoup plus vaste qu'il n'y paraît de prime abord. Il n'est, en tous les cas, pas limité aux contrats présentant un caractère vital pour la survie de la partie assujettie. Nous allons voir qu'il peut encore moins être réduit aux contrats permanents ou réguliers.

3/ L'EXISTENCE D'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE EN L'ABSENCE DE LIENS CONTRACTUELS PERMANENTS OU REGULIERS

50. Toujours selon M. Virassamy « *la dépendance économique suppose enfin que les relations contractuelles présentent un caractère durable et permanent, que les activités de l'assujetti soient organisées autour et en fonction de ces liens. Elle ne pourra au contraire exister si la relation n'a qu'un caractère passager, accidentel ou occasionnel (...)* »³³⁵. L'auteur n'a fait ici que systématiser et affiner l'idée de M. Cabrillac d'opposer les "contrats de situation" aux "contrats d'occasion"³³⁶. Il est incontestable que l'idée de dépendance contient les notions de durée, de permanence, voire de stabilité³³⁷. L'état de dépendance d'un contractant est d'autant plus intense que le lien de sujétion est permanent et constant.

51. Mais si « *le rôle et l'utilité de la notion de dépendance économique (...) est de distinguer parmi tous les autres, les contrats régissant les activités professionnelles exercées dans une situation de vassalité, dans la soumission à autrui, afin de les soumettre aux exigences de la bonne foi et de la loyauté contractuelles* »³³⁸, force est alors de reconnaître que les critères de permanence et de régularité du lien contractuel ne permettent pas à cette notion de remplir pleinement sa fonction.

En effet, certains professionnels sont soumis à la puissance économique d'autres entreprises dans le cadre de contrats ponctuels et spécifiques. Pour illustrer son point de vue, M. Virassamy prend l'exemple du chaland qui s'arrête par hasard chez un boulanger et lui achète 90% de sa production du jour, pour lui opposer celui du client qui s'engage par

³³⁴ J. Amiel-Donat, op. cit., n°10.

³³⁵ Op. cit., n°195.

³³⁶ Op. cit., p.239, n°8.

³³⁷ *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert précisant qu'au XIV^{ème} siècle le verbe dépendre "exprimait l'idée d'une relation entre choses qui les rend nécessaire les unes aux autres". En 1580 Montaigne a utilisé ce verbe pour signifier "être sous l'autorité, la dépendance de quelqu'un."

³³⁸ G. Virassamy, op. cit., n°199.

contrat à lui acheter la majeure partie de sa production quotidienne pendant deux ans. Il est évident que dans le second exemple il y aura contrat de dépendance économique alors que dans le premier il n'y a qu'un "contrat d'occasion". La réalité n'est pas si simple, et entre ces deux exemples caricaturaux, il existe une multitude de situations intermédiaires et ambiguës. Prenons l'exemple d'un client (une grande surface d'alimentation) qui achète tous les jours la quasi totalité de la production d'un boulanger de quartier situé à proximité. Il n'y a pas selon l'analyse de M. Virassamy contrat de dépendance en raison de l'absence d'engagement contractuel permanent ou régulier. Le boulanger ne pourra, en effet, compter sur ce volume de chiffre d'affaires pour une période déterminée. Pourtant, on ne saurait nier qu'au bout de quelques mois, voire quelques années, une relation de dépendance, non pas juridique³³⁹ mais économique, va insidieusement s'introduire. Au fil du temps le boulanger perdra la majeure partie de sa clientèle de proximité. Il sera alors extrêmement vulnérable face à la grande surface qui pourra saisir l'occasion de lui imposer des baisses de prix et des allongements de délais de paiement. La faiblesse économique de ce boulanger ne mérite-t-elle pas d'être prise en compte par le droit? L'interrogation est d'autant plus justifiée qu'il est aisé pour une entreprise économiquement puissante de se retrancher derrière un refus systématique de conclure le moindre contrat garantissant des quantités minimales d'achat, ou une durée déterminée. Ce problème est particulièrement aiguë dans le domaine de la sous-traitance, lorsqu'en raison de la concurrence acharnée qu'elles se livrent, les entreprises investissent massivement dans leur appareil de production afin de tenter d'arracher des marchés ponctuels mais récurrents, à des maîtres d'ouvrage institutionnels.

52 . La crise dans le secteur de la mécanique de précision et de la haute technologie au début des années 90 constitue un exemple typique. Les P.M.E. ont été les principales victimes des réductions de budget de donneurs d'ordre institutionnels dans le domaine de l'armement, de l'aérospatiale ou du nucléaire. Un phénomène identique se retrouve dans les secteurs du bâtiment et des transports, dans lesquels la sous-traitance a servi "d'amortisseur" aux grandes entreprises. De même les grandes surfaces alimentaires ne concluent que très rarement des contrats d'approvisionnement prévoyant une durée déterminée, avec leurs fournisseurs, préférant les maintenir dans un état de précarité totale. Il serait tout de même paradoxal que le droit pénalise, en octroyant une protection spécifique aux contractants assujettis dans le cadre d'un contrat de dépendance, les entreprises économiquement puissantes qui ont l'honnêteté et le courage de conclure avec leurs partenaires un contrat, et favorise corrélativement celles qui laissent leurs partenaires économiquement faibles dans l'incertitude et la précarité des commandes ponctuelles et volatiles.

Dans un autre domaine et même si la jurisprudence est fluctuante, la Cour de cassation a eu tendance à faire bénéficier certains professionnels de la législation sur les clauses abusives instaurées, à l'origine, en faveur des consommateurs par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978³⁴⁰. En effet, dans certaines situations un professionnel se trouve dans un état de dépendance similaire à celui d'un consommateur. C'est notamment le cas lorsqu'un professionnel contracte en dehors de son champ de compétences³⁴¹. Or nul n'oserait

³³⁹ Par la conclusion d'une durée contractuelle.

³⁴⁰ Devenue aujourd'hui l'article L. 132-1 du Code de la consommation modifié par la loi du 1er février 1995, transposant en droit interne une partie des dispositions de la directive européenne du 5 avril 1993, J.O.C.E., 21 avril 1993, L. 95 et J.C.P., 1993, III, 66199.

³⁴¹ Cf. par exemple Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1987, Bull. Civ. I, p.103, pour un agent immobilier "*qui se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur*" lors de l'achat d'un

soutenir que l'achat d'un système d'alarme ou d'un ordinateur constitue pour une entreprise un contrat permanent ou régulier. Pourtant le droit protège, à juste titre selon nous, malgré l'absence de permanence et de régularité, le contractant professionnel qui se trouve dans une situation de faiblesse en raison de son ignorance dans le domaine dans lequel est conclu le contrat litigieux et de la compétence de son cocontractant dans ce domaine.

53. En conclusion sur les contrats de dépendance nous croyons avoir démontré qu'il s'agit d'une catégorie artificielle de contrats, notamment en raison du domaine beaucoup trop restreint qui est appréhendé par la notion de dépendance³⁴². A ce titre, elle contribue à accentuer la parcellisation du droit, d'une part en cantonnant la protection des économiquement faibles à certaines situations, les plus significatives il est vrai, et d'autre part en laissant pour compte une infinité de cas dans lesquels les abus de puissance économique ne pourront être sanctionnés. Il s'agit cependant de la catégorie de contrats la moins critiquable car certainement la plus près de la réalité économique. On ne pourra pas en dire autant pour la catégorie des contrats d'adhésion.

B - LES CONTRATS D'ADHESION

54. Cette expression, qui a été inventée par Saleilles au début du siècle³⁴³ a connu un essor considérable, notamment sur le plan doctrinal³⁴⁴, que ce soit en France ou à l'étranger³⁴⁵. Même si sa définition juridique laisse à désirer en raison de son imprécision³⁴⁶, la notion de contrat d'adhésion traduit une réalité sociale dont l'importance n'est guère contestable. Il est banal de rappeler qu'aujourd'hui la majorité des conventions conclues dans la vie quotidienne, tant par les particuliers que par les entreprises, est constituée par des contrats d'adhésion³⁴⁷. Ce phénomène est évidemment lié au développement de la consommation de masse dans une société caractérisée par la centralisation des pouvoirs de

système d'alarme pour protéger ses locaux contre le vol. Dans le même sens, Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1992, et 6 janvier 1993, J.C.P., 1993, II, 22007, note G. Paisant; **contra** : Cass. Civ. 1ère, 15 avril 1986, Bull. Civ. I, p.118; Cass. Civ. 1ère, 23 juin 1987, Bull. Civ. I, p.154; Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1993 et 2 février 1994, Dalloz, 1994, Som. Com., p.236, obs. G. Paisant. La seconde espèce concernait l'application de la loi du 22 décembre 1972.

³⁴² D'ailleurs, M. Virassamy considère qu'il ne peut s'agir "d'une catégorie nouvelle de contrats venant prendre place parmi ceux qui ont déjà fait l'objet d'une qualification et d'une classification par le législateur et la doctrine", op. cit., n°3.

³⁴³ De la déclaration de volonté, 1901, p.229 et suiv.

³⁴⁴ G. Dereux, *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, R.T.D. Civ., 1910, p.503 et suiv.; J. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, thèse 1905; Fortier, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, thèse Dijon, 1912; De Saint Remy, *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion*, thèse Paris, 1928; Domergue, *Les contrats d'adhésion*, thèse Toulouse, 1936; Missol, *L'assurance, contrats d'adhésion*, thèse Paris, 1934; A. Popovici, *Les contrats d'adhésion : un problème dépassé?*, in *Mélanges L. Baudoin*, 1974, p.161 et suiv.; G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, thèse Paris, 1976; Choley, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, thèse Aix, 1975 voir aussi les notes de Hauriou, Sirey, 1908, 3, 19, et Sirey, 1909, 3, 137.

³⁴⁵ Voir les références données par J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°80, note 1, et, n°94, note 60 et par G. Berlioz, op. cit., note 29.

³⁴⁶ G. Ripert, *La règle morale dans l'obligation civile*, n°55; J. Carbonnier, *Obligations*, n°28; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°87.

³⁴⁷ G. Berlioz, op. cit., p.28; A. Popovici, op. cit., p.167 et 168.

décision, la concentration des forces économiques et la standardisation des relations entre individus³⁴⁸. Dans ce contexte, que semble-t-il le Code civil n'avait pas prévu³⁴⁹, il est apparu indispensable d'isoler du droit commun des contrats certaines conventions, qui présentaient manifestement des risques d'exploitation des individus économiquement faibles par certaines entreprises déployant une puissance économique insoupçonnée en 1804³⁵⁰. En réalité, l'histoire du contrat d'adhésion est complexe, car animée par un mouvement dialectique. Si, dans un premier temps, il a été perçu comme un instrument de domination des économiquement faibles, le législateur l'a, dans un deuxième temps, beaucoup utilisé pour protéger les consommateurs, en imposant aux professionnels des réglementations impératives et des clauses contractuelles déterminées. Enfin, dans un troisième temps, la généralisation de l'utilisation du contrat d'adhésion a permis aux entreprises puissantes de réaliser de substantielles économies par la suppression des coûts de négociation. Le parcours du contrat d'adhésion est donc chaotique et ambigu : il est à la fois un instrument de domination au service des professionnels, et un instrument de protection au service des consommateurs.

55. Le contrat d'adhésion est sans doute un terrain fertile pour l'abus de puissance économique. En effet, il met en présence d'une part un adhérent parfois inexpérimenté, le plus souvent pressé par le rythme de la vie moderne et séduit par les chimères de la société de consommation, et d'autre part un professionnel rompu à la vie des affaires, qui a eu le temps de préparer, aux besoins avec des juristes, des conditions générales contractuelles contenant autant de pièges que de clauses à sens unique. Dans ces conditions, le professionnel aura tendance à utiliser sa position de force pour obtenir des avantages, et ce en vertu de l'aphorisme de Montesquieu selon lequel tout homme qui détient du pouvoir est porté à en abuser.

La chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, dans son rapport du 8 avril 1976, avait relevé qu' «*il peut se faire, dès lors que le rédacteur d'un contrat uniformément applicable à un grand nombre de cocontractants en profite pour insérer des clauses qui allègent ses propres obligations et alourdissent sans contrepartie celles de ses cocontractants*»³⁵¹. Certains auteurs³⁵² ont été si sensibles à ces inégalités entre cocontractants qu'ils ont cru pouvoir nier la nature contractuelle du contrat d'adhésion et le qualifier d'acte unilatéral. Dans cette théorie, la déclaration de volonté de l'adhérent est considéré comme insignifiante et accessoire en raison de son extrême faiblesse face à l'élaboration unilatérale du contrat, souvent complexe, effectuée par le pollicitant³⁵³. On ne pouvait guère aller plus loin dans la parcellisation de la théorie générale des obligations, puisqu'il y a non seulement création d'une catégorie de contrats spéciaux, mais aussi, pour certains, exclusion de ce type d'actes de l'univers du contrat, au motif que les canons du droit civil

³⁴⁸ J. Ghestin, op. cit., n°96; P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°328.

³⁴⁹ G. Dereux, op. cit., p.503, G. Ripert, op. cit., n°55.

³⁵⁰ G. Dereux, op. cit., p.503 : "*Mais, à bien des égards, la société s'est transformée dans le cours du XIXème siècle. A côté de la petite boutique où l'on peut débattre son marché, il y a les grands magasins, les puissantes sociétés aux administrations savamment compliquées et hiérarchisées*".

³⁵¹ Rapport C.C.I. sur les clauses abusives dans les contrats de consommation, p.3, cité par J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°97.

³⁵² Hauriou, Sirey, 1908, 3, 17; Mestre, Sirey, 1926, 2, 113; Savatier, Dalloz, 1931, 1, 8; même Saleilles pensait que les contrats d'adhésion n'avaient de contrats que le nom, op. cit., p.229; dans le même sens, cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p.35.

³⁵³ Pour une synthèse détaillée de la thèse anti-contractuelle, suivie d'une critique, cf. G. Dereux, op. cit., p.512 et suiv.

classique ne sont pas susceptibles d'appréhender les inégalités de faits existant entre cocontractants.

56. A vrai dire, l'idée de contrats d'adhésion, sans nier son ampleur sociologique actuelle, n'est pas si nouvelle qu'il y paraît. Un auteur a même écrit que « *c'était peut-être le plus vieux contrat du monde* »³⁵⁴. En outre, le Code civil de 1804 n'ignorait pas totalement les déséquilibres de puissance économique qui pouvaient exister entre cocontractants. Ripert remarque justement que le Code contient des incapacités relatives créant des interdictions de contracter telles que, par exemple, l'interdiction de l'achat des biens du pupille par le tuteur ou des ventes et donations irrévocables entre époux³⁵⁵. Allant encore plus loin, M. Carbonnier estime que l'article 1786 du Code civil démontre que ses rédacteurs « *n'avaient aperçu aucune incompatibilité entre le contrat d'adhésion et la notion classique de contrat* »³⁵⁶.

L'inanité de la thèse anti-contractuelle n'est plus à prouver. Tant par son mode de formation que par ses effets, le contrat d'adhésion obéit aux règles de droit commun des contrats. Ce n'est pas parce que les clauses sont unilatéralement pré-rédigées par le pollicitant qu'une catégorie dérogatoire de contrats peut être créée³⁵⁷. De même l'absence de débats préalables à la conclusion du contrat est indifférente, car la négociation n'a jamais été une condition de formation des conventions³⁵⁸. S'agissant des effets juridiques, la Cour de cassation a toujours traité le contrat d'adhésion selon les règles du droit commun en lui appliquant le principe de la force obligatoire des conventions posé par l'article 1134 du Code civil³⁵⁹, approuvée en cela par une partie de la doctrine³⁶⁰.

57. Le caractère ambigu et artificiel de la catégorie des contrats d'adhésion est patent lorsque l'on essaie d'en expliquer les spécificités par les mécanismes classiques du droit tels que l'adhésion, le consentement, la négociation ou encore l'acte unilatéral. En réalité, il s'agit plus d'une notion sociologique que juridique. Marty et Raynaud considèrent que « *si les auteurs se sont arrêtés à l'analyse de ces contrats, c'est pour des raisons morales, sociales et économiques plus que pour des raisons juridiques* »³⁶¹. La doctrine a donc orienté sa réflexion vers les inégalités de puissance économique pour en faire un critère

³⁵⁴ F.X. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, J.C.P., 1993, I, 3673, n°1, l'auteur rappelle qu'en droit romain archaïque les contrats étaient asymétriques et se formaient par le prononcé des *verba solemnia*.

³⁵⁵ Op. cit., n°57, p.100. L'exemple de l'interdiction des ventes entre époux est extrêmement intéressant. Il faut le rapprocher de la prohibition jurisprudentielle, jusqu'à l'ordonnance du 19 novembre 1958, des sociétés entre époux en raison de l'incompatibilité entre la puissance maritale et le principe d'égalité entre associés. Cf. en ce sens : Cass. Req., 15 février 1937, Dalloz, 1938, 13, note Cordonnier. C'est pour des raisons similaires que l'ancien article 1595 du Code civil interdisait la vente entre époux, sauf trois cas particuliers. Cette interdiction a été supprimée par la loi du 23 décembre 1985, à un moment où les femmes avaient acquis une certaine indépendance tant juridique qu'économique, et pouvaient traiter sur un pied d'égalité.

³⁵⁶ Op. cit., n°32, p.72.

³⁵⁷ G. Dereux, op. cit., p.510 et suiv.

³⁵⁸ J. Carbonnier, op. cit., n°32; G. Ripert, op. cit., n°55.

³⁵⁹ Cass. Civ., 1er janvier 1982, J.C.P., 1984, II, 20215, note F. Chabas (arrêt "loto-National"): "*Aucune disposition légale ne prohibe d'une façon générale l'insertion des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion (...)*".

³⁶⁰ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°189; cf. cependant G. Berlioz, op. cit., n°236 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°630 et 631; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°88, qui relèvent une application particulière des règles d'interprétation; **contra** : F.X. Testu, op. cit., n°12, n°32 et suiv., qui estime que l'arrêt "*loto national*" n'est plus conforme au droit positif depuis Cass. Civ. 1ère, 14 mai 1991, Dalloz, 1991, 449, note J. Ghestin; J.C.P., 1991, II, 21763, Dalloz, 1991, Somm. 320, obs. J.L. Aubert, R.T.D. Civ., 1991, p.526, obs. J. Mestre.

³⁶¹ Marty et Raynaud, *Droit civil*, éd. 1962, tome II, volume 1, p.101.

distinctif du contrat d'adhésion³⁶². A première vue, il paraît déplacé de caractériser une catégorie de contrats à l'aide d'un critère purement économique et factuel³⁶³. Habituellement les opérations de classification et de qualification s'effectuent en fonction de la nature des obligations nées du contrat, la qualité des parties n'étant qu'un critère exceptionnel de qualification³⁶⁴. Les déséquilibres de puissance économique n'ont d'ailleurs aucune influence sur la qualification des contrats et ne peuvent que servir à renforcer la position de la partie économiquement puissante³⁶⁵.

Il faut cependant pousser plus loin l'analyse et ne pas s'arrêter à cette objection de principe aussi pertinente soit-elle. A défaut, il serait facile de rétorquer que les principes classiques du droit des obligations sont particulièrement inadaptés pour prendre en compte les déséquilibres de puissance économique et, qu'en conséquence, le processus de parcellisation du droit est pleinement justifié pour parvenir à une protection satisfaisante des économiquement faibles. Nous nous proposons donc d'analyser la valeur de la catégorie juridique des contrats d'adhésion par rapport à l'objectif essentiel qui justifie, aux yeux de certains, son existence et son autonomie : la protection des personnes économiquement faibles contre la puissance économique de leurs cocontractants. Cette étude permettra de renforcer l'opinion selon laquelle la catégorie des contrats d'adhésion est juridiquement artificielle, en ce qu'elle ne confère pas une protection satisfaisante du contractant en situation de faiblesse économique. En effet, l'adhésion constitue un critère à la fois erroné et injuste de protection.

1/ UN CRITERE DE PROTECTION ERRONE

58 . L'adhésion est un critère de protection erroné car les caractéristiques juridiques qui président à sa définition ne recouvrent pas forcément des hypothèses d'inégalités de puissance économique. Ainsi, il peut y avoir contrat d'adhésion sans que systématiquement il y ait déséquilibre de puissance économique entre les parties. De plus, il se peut que les parties à un contrat d'adhésion présentent un déséquilibre de puissance économique sans qu'il soit nécessaire d'assurer une protection du contractant en situation de faiblesse.

a - L'existence de contrats d'adhésion sans déséquilibre de puissance économique

³⁶² Duguit, op. cit., p.364, qui considère que l'inégalité entre les parties au contrat d'adhésion est telle qu'on ne saurait y voir un contrat; J. Carbonnier, op. cit., n°32, parle "*d'inégalité des forces*"; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°186, utilisent les termes de "*supériorité de puissance économique*"; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°133, mettent l'accent sur "*la puissance économique dont jouit l'offrant et qui le met en mesure de dicter sa loi*"; A. Popovici, op. cit., p.165 distingue le stipulant, "*contractant économiquement fort*", et l'adhérent "*économiquement faible*".

³⁶³ J. Carbonnier, op. cit., n°32; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°188 : "*l'inégalité de puissance économique correspond certes à une réalité mais dont la notion précise est insaisissable (...)*".

³⁶⁴ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°63 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°11 et suiv.; J.F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, thèse Bordeaux, L.G.D.J., 1969, n°16 et suiv., sur les relations étroites entre classification et qualification.

³⁶⁵ J. Ghestin, op. cit., n°66, cf. infra n° 378 et suiv.; 751 et suiv.

59 . La définition du contrat d'adhésion³⁶⁶ ne coïncide pas avec l'inégalité de puissance économique, puisque l'adhérent n'est pas toujours celui des cocontractants qui est en position de faiblesse. Même s'il ne s'agit pas du cas le plus fréquent, il est vraisemblable d'imaginer qu'une entreprise économiquement puissante adhère à une convention sans en discuter préalablement les clauses. Par exemple, ce sera le cas pour des services annexes à l'activité principale de cette entreprise tels que le nettoyage des locaux ou la location temporaire de véhicules. On peut difficilement concevoir qu'une entreprise, aussi puissante soit-elle, ait la possibilité matérielle de négocier tous les contrats qu'elle conclut, même les plus insignifiants pour son exploitation. Dans le même ordre d'idée, il est courant qu'entre deux entreprises de puissance sensiblement équivalentes un contrat d'adhésion soit passé. Le développement de la pratique des conditions générales contractuelles, rédigées au verso des bons de commande ou des papiers en-tête, a considérablement multiplié le nombre de contrats d'adhésion dans la vie des affaires³⁶⁷, même si cela n'est pas sans poser des problèmes d'interprétation en cas de contrariété entre certaines clauses unilatéralement rédigées par chaque partie³⁶⁸.

60 . Dans les exemples que nous venons de prendre, il serait anormal de protéger systématiquement l'adhérent, au seul motif qu'il n'a pas négocié les stipulations du contrat qu'il a conclu. Certes, il serait possible de nous objecter que le critère de distinction pertinent n'est pas l'existence d'une négociation, mais plutôt la possibilité de celle-ci. Ainsi, l'adhérent économiquement puissant aurait, s'il le voulait, la faculté d'imposer une modification de certaines clauses du contrat. On ne serait plus alors en présence d'un véritable contrat d'adhésion puisqu'en quelque sorte l'adhérent a lui-même consenti à ne pas négocier. Mais cette objection ne nous paraît pas décisive, car elle entraîne une dénaturation complète du contrat d'adhésion, tel qu'il a été progressivement élaboré par la doctrine. En effet, si le critère de qualification du contrat d'adhésion est l'absence de possibilité de négociation, et non plus l'absence de celle-ci, le recours à ce concept devient inutile. Le juriste ne devrait plus se contenter d'apparence, mais serait obligé d'analyser les forces de chaque contractant afin de déterminer s'il y avait ou non possibilité pour l'adhérent de négocier et de faire modifier le contenu du contrat préétabli. L'absence de négociation ne fait donc pas présumer un déséquilibre de puissance économique et cette seule constatation ne permet de tirer aucune conséquence juridique sur le plan de la protection de l'économiquement faible. Autant dire alors que la notion de contrat d'adhésion est vidée de son contenu.

61 . En outre, l'adéquation entre la notion de contrat d'adhésion et celle d'inégalité de puissance économique existe d'autant moins que l'absence de négociation préalable et la rédaction unilatérale des clauses générales et abstraites ne sont pas, en soi, révélateurs d'un déséquilibre entre les parties. Sans manier exagérément le paradoxe, on peut considérer que le contrat d'adhésion est un progrès par rapport aux marchandages et palabres des sociétés archaïques³⁶⁹. L'effet de masse qu'il permet favorise les gains de temps, de productivité et,

³⁶⁶ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°97, p.77 : "adhésion à un contrat type qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier".

³⁶⁷ A. Rieg, *Contrat type et contrat d'adhésion*, Trav. et rech. inst. dr. comp. de Paris, tome XXXIII, 1970, Etudes de droit contemporain; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°80.

³⁶⁸ Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 1988, Bull. Civ. I, n°318.

³⁶⁹ F.X. Testu, op. cit., n°5; J. Carbonnier, op. cit., n°32, ce dernier propose un angle de vision intéressant grâce à la sociologie : "De ce qu'il est d'ordinaire un contrat de masse, le contrat d'adhésion tire un caractère, paradoxalement, sociologiquement rassurant : puisque tant de gens l'ont accepté je puis présumer que les clauses n'en sont pas déraisonnables".

par voie de conséquence, la croissance économique. Il serait inutile de gagner du temps dans la production des richesses grâce aux innovations techniques, si, lors de la commercialisation de ces richesses, il fallait perdre cet avantage en négociations superflues³⁷⁰. Par ailleurs, le contrat d'adhésion permet l'instauration d'une plus grande égalité dans les tarifs et les conditions de vente, ce qui contribue à une concurrence plus efficace et une meilleure transparence du marché. S'agissant plus particulièrement de la protection des économiquement faibles, force est de constater que le mouvement consumériste tend à susciter la normalisation et la standardisation des contrats. Il est, en effet, plus aisé de contrôler les clauses des contrats d'adhésion que le contenu de chaque contrat négocié de gré à gré. L'exercice de l'action judiciaire des associations de consommateurs en suppression des clauses abusives est donc considérablement facilité, lorsqu'elle porte sur un contrat d'adhésion³⁷¹. D'ailleurs l'article L. 421-2 du Code de la consommation fait directement référence à la notion de contrat d'adhésion lorsqu'il autorise les associations de consommateurs à demander au juge d'ordonner à un professionnel de prendre *"toute mesure destinée (...) à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs, une clause illicite"*³⁷². Le contrat d'adhésion facilitant la protection des économiquement faibles, le législateur en encourage l'utilisation en imposant parfois une présentation déterminée de l'écrit matérialisant l'accord de volontés³⁷³. Ainsi, alors qu'à l'origine la catégorie des contrats d'adhésion a été élaborée par la doctrine dans un souci de protection, le législateur s'en sert aujourd'hui pour lutter plus efficacement contre les clauses abusives imposées aux consommateurs. Il est vrai que cette évolution s'explique par l'instauration d'un régime d'ordre public de protection³⁷⁴, qui permet de sanctionner les abus les plus graves et qui ne laisse plus ce type de contrats être gouverné par le principe de la liberté contractuelle absolue. Mais, toujours est-il qu'il est erroné d'associer le contrat d'adhésion et l'idée d'inégalité de puissance économique. De plus, même si l'on posait le postulat d'une adéquation parfaite entre ces deux concepts, force serait néanmoins de conclure à l'inexactitude du critère de protection constitué par le phénomène de l'adhésion.

b - L'existence de déséquilibre de puissance économique sans protection nécessaire

62. L'existence d'un déséquilibre de puissance entre contractants n'entraîne pas obligatoirement la nécessité de protéger la partie économiquement faible. Ripert a été, sans doute, le premier à expliciter clairement l'opinion selon laquelle il ne s'agissait pas tant de lutter contre l'inégalité des cocontractants, celle-ci existant fatalement dans nombre de contrats, que d'empêcher les abus de puissance économique découlant de cette inégalité³⁷⁵. A moins d'estimer *"que la faiblesse est coupable de vouloir faire commerce avec la*

³⁷⁰ G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, n°20-21; P. Godé, R.T.D. Civ. 1978, p.436.

³⁷¹ L. 421-6, C. Cons.

³⁷² Dans ce contexte le vocable contrat type est un synonyme de contrat d'adhésion cf. Léauté, *Les contrats types*, R.T.D. Civ., 1953, p.129 et suiv.

³⁷³ L. 133-1, C. Cons.; cf. décret n°87-1045 du 22 décembre 1987 relatif à la présentation des écrits constatant les contrats de garantie et de service après vente.

³⁷⁴ Loi du 10 janvier 1978 codifiée aux articles L. 132-1 et suiv. du Code de la consommation, articles modifiés par la loi du 1er février 1995.

³⁷⁵ Op. cit., n°58 et 59 : *"ce n'est pas l'inégalité des contractants qui, par elle seule, rend le contrat suspect, c'est l'abus possible qui sortira de cette inégalité"*.

*force*³⁷⁶, et de déclarer nul tout contrat conclu entre personnes de puissance inégale, il n'est pas sérieusement envisageable de présumer que le seul déséquilibre de puissance économique est nécessairement facteur d'abus. Cela le droit de la concurrence l'a parfaitement compris en ne sanctionnant que les abus et non les situations de position dominante ou de dépendance économique en tant que telles³⁷⁷. Il en était de même pour les clauses abusives lorsque, dans son ancienne rédaction, l'article L. 132-1 du Code de la consommation visait uniquement les clauses imposées par un abus de puissance économique³⁷⁸.

La notion de contrat d'adhésion ne peut donc servir de critère de protection des économiquement faibles, eu égard à son caractère artificiel et erroné. Avec Ripert, nous estimons que *"la notion juridique du contrat d'adhésion ne signifie pas grand chose et ne présente pas grand intérêt"*³⁷⁹. Au surplus, cette notion n'est susceptible d'instaurer qu'une protection injuste, puisqu'il existe des hypothèses d'abus de puissance économique en dehors de son domaine.

2/ UN CRITERE DE PROTECTION INJUSTE

63. Le contrat est souvent un terrain de prédilection pour les abus de puissance économique, tant il est vrai qu'il met généralement en présence deux contractants de forces inégales. Cependant, pour servir de critère à l'instauration d'une protection complète des économiquement faibles, encore faut-il que la notion de contrat d'adhésion englobe l'intégralité des abus de puissance économique qui peuvent se faire jour dans la réalité. Une protection seulement partielle serait injuste et inacceptable.

Or, il est clair qu'il existe des cas d'abus de puissance économique en dehors des contrats d'adhésion. La doctrine, qui a vu dans le contrat d'adhésion l'acte dangereux par excellence pour la partie faible, s'est trompée de débat. Trop influencés par le principe de l'autonomie de la volonté, les auteurs du début du siècle ont assimilé négociation, consentement éclairé et justice contractuelle. Pour eux, un contrat ne peut que traduire l'idée de justice contractuelle³⁸⁰ s'il fait l'objet d'une négociation préalable au cours de laquelle les parties échangent leurs points de vue, confrontent leurs intérêts et éventuellement se consentent des concessions. Dans une économie de marché, régie par le principe du "laisser faire, laisser passer", chaque agent économique est seul juge de son intérêt. Ainsi lorsqu'il contracte, le contenu de la convention est irréfragablement présumée conforme à la justice, sauf les hypothèses de vices du consentement. Nous aurons

³⁷⁶ Op. cit.; c'est pourtant ce que nous apprend la fable de Jean de La Fontaine, *"La génisse, la chèvre et la brebis en société avec le lion"*, en ce qui concerne du moins le contrat de société : *"Car ce droit vous le savez, c'est le droit du plus fort"*; cf. aussi E. Agostini, *De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice*, Dalloz, 1994, chron. 235 citant la fable du Pot de terre et du pot de fer : *"Ne nous associons qu'avec nos égaux"*, et ajoutant *"les forts avec les forts, les faibles avec les faibles"*.

³⁷⁷ Article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

³⁷⁸ La nouvelle rédaction de cet article issu de la loi du 1er février 1995 ne fait hélas plus référence à la notion d'abus de puissance économique. Néanmoins, nous estimons que l'expression *"déséquilibre significatif"* rejoint cette notion et ne peut qu'en être la conséquence directe. **Contra** : Bulletin d'actualité, Lamy droit économique, février 1995, n°70.

³⁷⁹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p.272.

³⁸⁰ Fouillée : *"Qui dit contractuel dit juste"*.

l'occasion de montrer qu'en réalité ces postulats et présupposés sont erronés ou fortement exagérés³⁸¹. En tout cas, ils ne donnent pas une traduction juste et exhaustive de la réalité.

64. En effet, la négociation d'un contrat, qui intervient lors des pourparlers, peut être le moment où la puissance économique peut le plus facilement être source d'abus. Le partenaire économiquement puissant peut profiter de la période de négociation pour peser sur celui qui se trouve en situation de faiblesse et qui sera contraint d'accepter des clauses léonines et des prix lésionnaires pour pouvoir bénéficier du contrat, dont on lui fait miroiter la conclusion. Les négociateurs professionnels connaissent parfaitement les moments favorables pour faire jouer leur "*bargaining power*". Il est, à cet égard, révélateur que les pourparlers précédant la signature de contrats stratégiques pour l'entreprise s'effectuent en présence des directeurs technique, commercial, financier et aussi juridique. Les entreprises de faible importance, qui interviennent souvent en qualité de sous-traitant, seront complètement désarmées face à un tel déploiement de puissance, de compétence et de savoir. Elles seront d'autant plus facilement victimes des abus de puissance économique de leur partenaire que la concurrence sur le marché sera vive et que celui-ci utilisera toutes les arcanes de la loi de l'offre et de la demande, afin d'obtenir les meilleures conditions possibles³⁸².

65. C'est d'ailleurs pour lutter contre les abus de puissance économique lors des négociations que l'ordonnance du 1er décembre 1986 réprime l'obtention de conditions de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles³⁸³. La commission de la concurrence avait attiré l'attention des pouvoirs publics sur le danger que présentait une entreprise en situation de position dominante, c'est-à-dire qui « *est en position d'entraver le fonctionnement de la concurrence parce qu'aucun compétiteur n'offre en face d'elle une alternative significative à ses clients ou fournisseurs, si bien qu'elle peut y déterminer à peu près librement les conditions de fonctionnement du marché : accès à celui-ci, politique commerciale, choix des technologies, niveaux des prix, etc.* »³⁸⁴. Sur le plan de l'abus de dépendance économique, il convient de citer la décision du conseil de la concurrence en date du 8 juin 1993³⁸⁵ qui a reconnu que le fait pour un distributeur, à l'occasion d'une concentration lui conférant une plus grande puissance d'achat, de renégocier à la hausse les avantages consentis par ses fournisseurs « *revêt le caractère d'un abus lorsqu'une telle négociation ne s'accompagne pas de l'offre par le distributeur de contreparties précisément définies (...)* ».

66. Il serait fastidieux de multiplier davantage les exemples d'abus de puissance économique en dehors des contrats d'adhésion. L'échec de cette notion est patent³⁸⁶. L'alternative est la suivante : ou bien l'on tente d'inclure, dans la catégorie des contrats d'adhésion, l'ensemble des cas d'abus de puissance économique qui se présentent dans la société³⁸⁷, quitte à vider ce concept de son contenu initial et à le priver de toute cohérence et

³⁸¹ cf. infra n°620 et suiv.

³⁸² J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, p.264 : "*Mais la discussion, la négociation aussi, est un rapport de forces. Le plus bavard, le plus acharné, le plus infatigable est assuré de gagner*". Nous pourrions ajouter à cette énumération "*le plus puissant sur le plan économique*".

³⁸³ L'article 36, l'article 8 prohibant les abus de position dominante ou de dépendance économique, fait aussi référence, pour donner des exemples d'abus, aux conditions de vente discriminatoires.

³⁸⁴ Rapp. pour 1979 et 1980 p.227.

³⁸⁵ Groupe Cora, B.O.C.C.R.F., 25 juillet 1993, p.197; Cont. Conc. Cons., 1993, n°153, obs. L. Vogel.

³⁸⁶ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°186 et suiv.

³⁸⁷ Op. cit., n°188, note 2, 3 et 4 pour des exemples traduisant l'ambiguïté et l'imprécision de la notion de contrats d'adhésion.

signification; ou alors l'on se contente d'une protection extrêmement partielle des économiquement faibles en n'octroyant un régime protecteur qu'à ceux qui adhèrent à un contrat, dont les clauses sont unilatéralement rédigées et dont le contenu ne peut être modifié. Dans ce dernier cas, le droit se contenterait de mettre en place une protection purement formelle et abstraite et ne se soucierait pas d'examiner *in concreto* les cas dans lesquels il existe de véritables abus de puissance économique. A l'évidence, l'utilisation du concept de contrat d'adhésion pour tenter d'instaurer une protection des économiquement faibles conduit à une impasse. Entendue trop largement cette catégorie de contrat est artificielle; entendue trop strictement elle n'est pas susceptible d'appréhender la globalité du phénomène des abus de puissance économique.

67 . Tout laisserait penser que cette invention doctrinale est vouée à disparaître et que notre droit positif n'en a eu cure. Pourtant sans parler de l'influence indirecte que la théorie du contrat d'adhésion a pu avoir sur la législation consumériste³⁸⁸, cette notion est revenue, non sans surprise, au premier plan de l'actualité jurisprudentielle. Dans un arrêt en date du 6 janvier 1994, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que l'existence d'un contrat d'adhésion fait présumer l'abus de puissance économique³⁸⁹. Une telle solution est particulièrement critiquable³⁹⁰ puisqu'elle pose comme postulat absolu que le contrat d'adhésion signifie abus de puissance économique. Il faut sans doute la rapprocher de la directive européenne du 5 avril 1993 qui, dans son article 3, ne fait aucune référence à l'abus de puissance économique et qui associe la notion de clauses abusives à celle de "*contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle*". La transcription de cette directive dans notre droit interne pose ainsi de sérieuses difficultés. En effet, limiter le contrôle des clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion serait une régression regrettable de la protection des consommateurs³⁹¹, puisqu'il existe, nous l'avons montré plus haut, des hypothèses d'abus de puissance économique en dehors de cette catégorie de contrats. Il est intéressant de relever que la loi du 1er février 1995, modifiant l'article L. 132-1 du Code de la consommation, n'a pas repris la référence faite aux contrats d'adhésion. Tous les contrats sont donc susceptibles de se voir appliquer la législation sur les clauses abusives, qu'ils soient d'adhésion ou négociés de gré à gré.

L'appréciation de la portée de l'arrêt du 6 janvier 1994 est donc délicate. La seule explication cohérente est de considérer que la Cour de cassation entend utiliser la notion de contrats d'adhésion comme un mode de preuve, établissant une présomption d'abus de puissance économique. Ainsi, le contrat d'adhésion n'aurait une utilité en droit positif que dans la mesure où il sert à faciliter la preuve d'un abus de puissance économique dans les contrats de consommation³⁹². Vu sous cet angle, il est plus facile de comprendre les raisons de son déclin progressif et de l'apparition d'une nouvelle catégorie de contrats qui a tendance à l'absorber totalement : les contrats de consommation.

³⁸⁸ Cf. sur ce point, J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°190 à 197.

³⁸⁹ J.C.P., 1994, II, 22237, note G. Paisant; J.C.P., 1994, I, 3773, n°25 et suiv., obs. G. Viney; R.T.D. Civ., 1994, p.175, obs. R. Perrot; Cont. Conc. Cons., mars 1994, n°58, obs. G. Raymond; Dalloz, 1994, Somm. Comm., p.209, obs. P. Delebecque.

³⁹⁰ Cf. infra n°622 et suiv.

³⁹¹ En ce sens, cf. G. Virassamy, note sous Cass. Civ. 1ère, 6 janvier 1994, J.C.P., 1994, II, 22237, n°11.

³⁹² Voir cependant l'article L. 132-1, C. cons. tel que modifié par la loi du 1er février 1995, qui ne contient plus les termes d'abus de puissance économique.

C - LES CONTRATS DE CONSOMMATION

68. Il est étonnant de constater que, contrairement à la notion de contrats d'adhésion, celle de contrats de consommation n'a pas fait l'objet de critiques doctrinales systématiques. Tout se passe comme si l'avènement doctrinal³⁹³ et législatif³⁹⁴ de ce type de contrats était conforme à l'ordre naturel des choses³⁹⁵. Un tel manque d'esprit critique, même s'il a de quoi surprendre après la qualité et l'âpreté du débat doctrinal relatif au contrat d'adhésion, peut s'expliquer par l'analogie apparente entre l'évolution du contrat de travail et celle du contrat de consommation. D'abord, dans ces deux types de contrats il est apparu nécessaire de protéger la partie économiquement faible, eu égard aux déséquilibres manifestes de puissance économique existant entre le salarié et l'employeur d'une part, et le consommateur et le professionnel d'autre part. Ensuite, la complexification et la technicisation des relations sociales ont contribué à accroître de façon significative l'importance du salariat et de la consommation dans notre société moderne. Enfin, et en conséquence de ces deux constatations, il était tentant de faire emprunter au contrat de consommation une voie similaire à celle du contrat de travail. Celui-ci a en effet acquis une autonomie progressive, alors qu'à l'origine du Code civil, il était rattaché au contrat de louage d'ouvrage défini par l'article 1710 de ce Code comme le contrat "*par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*"³⁹⁶. Compte tenu de l'état de dépendance économique dans lequel se trouvait le salarié à l'égard de son employeur³⁹⁷, le contrat de travail a été détaché de sa racine d'origine pour devenir un contrat autonome régi par les dispositions du Code du travail³⁹⁸.

69. Cependant, les similitudes entre le contrat de travail et le contrat de consommation s'arrêtent à ces quelques rapprochements, plus sociologiques que juridiques. En effet, alors que le contrat de travail est fondé sur le critère du lien de subordination juridique, le contrat de consommation n'a jamais été correctement défini. La définition qu'en donne Mme Amiel-Donat³⁹⁹ est révélatrice de l'embarras dans lequel se trouve plongé le juriste qui tente de cerner les contours d'un concept aussi évanescent et vaporeux. Il est tout de même inhabituel de définir une notion juridique par référence « *aux règles spécifiques instaurant des prérogatives exorbitantes du droit commun qui le régissent* ». La logique commanderait plutôt d'expliquer selon quels critères ces règles exorbitantes ont vocation à

³⁹³ J. Amiel-Donat, *Contrat de consommation*, Juris. Class. Conc. et Cons., fasc. 800; G. Raymond, *Les contrats de consommation*, article précité.

³⁹⁴ Article L. 211-1, C. cons.

³⁹⁵ G. Raymond, *Bienvenue au Code de la consommation*, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1993, p.3 : "*il ne s'agit pas ici de procéder à une étude de cette catégorie de contrat, mais de marquer simplement sa reconnaissance par le Code de la consommation. Les contrats de consommation prennent ainsi place à côté des différentes sortes de contrats énumérés dans les articles 1102 et suivants du Code civil*".

³⁹⁶ Voir aussi l'article 1780 du Code civil.

³⁹⁷ Le droit a cependant retenu le critère de la subordination juridique. Sur le débat cf. P. Cuche, *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, Rev. Crit., 1913, p.423; *La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique*, D.H., 1932, p.101; J. Décandin, *Le gérant non salarié dans les maisons d'alimentation à succursales multiples*, thèse Paris, 1951, p.98 et suiv.

³⁹⁸ Art. L. 121-1 et suiv.

³⁹⁹ J. Amiel-Donat, op. cit., n°16 : "*Le contrat de consommation par lequel un consommateur se procure auprès d'un professionnel un bien ou un service qu'il destine à un usage personnel ou familial, est le contrat qui, parce qu'il correspond à un besoin humain, économique et juridique fait l'objet de règles spécifiques instaurant des prérogatives exorbitantes du droit commun en faveur du consommateur, afin de rétablir un équilibre contractuel perdu*"; H. Davo, op. cit., n°2 : "*si l'on comprend confusément la signification de cette notion (contrat de consommation) la définir précisément se révèle mal aisé*".

s'appliquer dans certains contrats! Inverser la méthode, en privilégiant le critère légaliste consistant à définir le contrat de consommation comme celui qui fait l'objet de dispositions légales d'origine consumériste, ne fait que déplacer le problème sans le résoudre. La véritable question à se poser est la suivante : quel est l'objet du contrat de consommation qui permet de justifier l'instauration d'un système de protection particulier? Omettre d'y répondre entraîne le maintien d'une fâcheuse ambiguïté. Sans parler des incertitudes qui pèsent sur la notion de consommateur en droit français⁴⁰⁰, ce contrat n'a d'ailleurs jamais été vraiment distingué du contrat d'adhésion. Les auteurs consuméristes avouent, d'ailleurs, que la catégorie des contrats de consommation est en majorité formée par des contrats d'adhésion!⁴⁰¹. Il est donc permis d'émettre les réserves les plus expresses quant à la pertinence de cette catégorie de contrats qui trouve sa justification dans une notion juridiquement indéfinissable et erronée sur le plan des principes⁴⁰².

70 . Les incohérences de la notion de contrat de consommation ne sont pas dissimulées par la doctrine consumériste. Mme Amiel-Donat avoue que *"le contrat de consommation ne constitue pas, à proprement parler une variété particulière ou une espèce originale de contrat. On ne saurait non plus l'assimiler à un contrat spécial, car ce sont plusieurs contrats spéciaux qui se trouvent concernés par cette notion (...)"*⁴⁰³. A contrario, M. Raymond estime qu'il s'agit d'une catégorie de contrats qui *"prend place à côté des différentes sortes de contrats énumérés dans les articles 1102 et suivants du Code civil"*⁴⁰⁴. Il est intéressant de relever que Mme Amiel-Donat utilise le singulier pour désigner le contrat de consommation, alors que M. Raymond, reprenant les termes du Code de la consommation, utilise quant à lui le pluriel et préfère parler des contrats de consommation. Mais quelle est donc cette mystérieuse notion qui n'est ni un contrat spécial, ni réellement une catégorie de contrats? L'idée est tellement nébuleuse que les auteurs ont tendance à en élargir démesurément le champ d'application en affirmant que *"(...) pratiquement tous les contrats spéciaux sont intéressés par cette notion"*⁴⁰⁵! Il est certes tentant de masquer l'absence de rigueur de la définition du (ou des) contrat(s) de consommation en l'affublant du vêtement de l'universalité. Mais tout au plus parviendrait-on à noyer l'absurdité de cette prétendue catégorie de contrats dans une hétérogénéité difficilement compatible avec le souci de clarté et de précision qui préoccupe constamment les juristes.

1/ UNE CATEGORIE DE CONTRATS HETEROGENE

71 . Il ne s'agit pas de nier les points communs qui rapprochent les divers contrats regroupés sous l'appellation « *contrat de consommation* ». Notamment, la volonté de

⁴⁰⁰ Cf. infra n°114 et suiv.

⁴⁰¹ J. Amiel-Donat, op. cit., n°13 : *"Ce sont d'ailleurs ceux-là [les contrats d'adhésion] qui justifient la notion de "contrat de consommation" et qui lui confèrent son originalité par la réaction juridique qui est suscitée par l'appréhension de cette réalité contractuelle"*.

⁴⁰² Cf. infra n°98 et suiv.

⁴⁰³ J. Amiel-Donat, op. cit., n°13.

⁴⁰⁴ G. Raymond, op. cit., p.3; **contra** : D. Bureaux, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, Dalloz, 1994, chron.295, n°22 : *"On ne manquera pas alors d'être intrigué par l'admission de ce genre nouveau (...)"*; L. Cadet, op. cit., n°43, note 4 : *"La spécificité des contrats de consommation ne vaut pas pareillement pour tous les contrats ; elle se manifeste surtout pour les ventes : il n'y a pas de quoi faire là une famille de contrats"*.

⁴⁰⁵ J. Amiel-Donat, op. cit., n°13.

protéger le consommateur, présumé économiquement faible, face au professionnel, présumé économiquement puissant innervent cette catégorie de contrats. Cette volonté protectrice se traduit, sur le plan législatif, par l'instauration de mécanismes récurrents dans certains contrats spéciaux. Ainsi, le législateur impose aux professionnels des mentions informatives, octroie aux consommateurs des délais de réflexion, instaure une interdépendance entre des contrats, etc.⁴⁰⁶.

Néanmoins, l'unité sociologique de la catégorie des contrats de consommation ne doit pas donner l'illusion d'une homogénéité juridique. Contentons-nous de prendre quelques exemples d'hétérogénéité.

72. En premier lieu, tous les consommateurs ne sont pas protégés pendant la phase de conclusion des contrats de consommation. Ainsi, la faculté de rétractation ne concerne que la vente de biens mobiliers à crédit⁴⁰⁷, et non les ventes aux comptant. Or, le consommateur se trouve, dans ces deux hypothèses, dans une situation de faiblesse comparable. Il suffit de constater que les problèmes de surendettement et d'émission de chèques sans provision ont connu, ces dernières années, une ampleur similaire. A cet égard, le nombre de consommateurs qui croient, dans la pratique, bénéficier d'une faculté de rétractation de sept jours dans les contrats de vente au comptant (notamment dans le secteur de l'automobile) est fortement préoccupant quant à la vertu didactique du droit de la consommation⁴⁰⁸.

73. Cette discrimination injustifiée au regard de l'objectif de protection du consommateur s'est retrouvée longtemps dans le contenu des contrats de consommation, lorsque l'on aborde le problème des clauses abusives. En effet, avant l'arrêt salubre de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 mai 1991⁴⁰⁹, qui a donné au juge le pouvoir d'annuler les clauses abusives dans tous les contrats de consommation, le droit positif admettait l'annulation des clauses limitatives de responsabilité, imposées aux consommateurs par un professionnel, uniquement dans les contrats de vente⁴¹⁰. Cette regrettable lacune n'avait d'ailleurs pas été rectifiée lors de la promulgation du Code de la consommation⁴¹¹ malgré la prétention affichée du législateur de « rassembler, de classer, dans un seul document l'ensemble des textes législatifs et réglementaires, organisant les

⁴⁰⁶ H. Davo, *Protection du consommateur*, Juris. Class. Civ., Art. 1109, fasc.10; P. Malinvaud, *La protection des consommateurs*, Dalloz, 1981, chron., p.49 et suiv.; R. Husson, *La protection des consommateurs*, R.P.D.S. n°587, mars 1994, p.79 et suiv.

⁴⁰⁷ Art. L. 311-20 et suiv., C. Cons.

⁴⁰⁸ P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°325 : "la psychanalyse démontre que le maternage étouffe tout espoir d'initiative : informé et protégé par la loi, le consommateur ne fait plus que consommer".

⁴⁰⁹ Bull. Civ. I, n°153, Dalloz, 1991, note J. Ghestin, et Somm. 320, obs. J.L. Aubert; J.C.P. 1991, II, 21763, note G. Paisant; Cont. Conc. Cons., juillet 1991, n°160, obs. L. Leveneur; R.T.D. Civ., 1991, p.526, obs. J. Mestre, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 1994, p.386 et suiv., obs. F. Terré et Y. Lequette.

⁴¹⁰ L'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 donnait compétence au pouvoir réglementaire pour déterminer par décret les clauses considérées comme abusives. Or, le décret du 24 mars 1978, dans son article 2, qualifiait d'abusives les clauses limitatives de responsabilité uniquement dans les contrats de vente. La jurisprudence avait déduit l'inapplicabilité de ces dispositions aux contrats d'entreprise, C.A. Paris, 22 mai 1986, Dalloz, 1986, p.563, note P. Delebecque; R.T.D. Civ., 1987, 559, obs. J. Huet; voir pour une application de ce principe mais avec un détournement du décret par l'utilisation d'un procédé douteux de qualification d'un contrat : Cass. Civ. 1ère, 25 janvier 1989, J.C.P. 1989, II, 21357, note G. Paisant; Dalloz, 1989, p.253, note P. Malaurie, R.T.D. Civ., 1989, p.532, obs. J. Mestre, Cass. Civ. 1ère, 6 juin 1990, Bull. Civ. I, n°145; J.C.P. 1991, II, 21594, note Hassler.

⁴¹¹ Loi du 27 juillet 1993, n°93-949.

*relations entre consommateurs et professionnels, et de mettre cet outil à la disposition de tous (...)»⁴¹². Il faudra attendre la loi du 1er février 1995⁴¹³ pour faire cesser cette jurisprudence *contra legem* et modifier le Code de la consommation. On pourrait nous objecter qu'un pas important a été effectué vers l'homogénéisation de la catégorie des contrats de consommation. Néanmoins, cet effort est loin d'être suffisant et ne fait que renforcer l'opinion selon laquelle le législateur fait preuve d'une attitude inconséquente en se contentant de procéder à des réformes conjoncturelles et superficielles. Les allers et retours entre la méfiance et la confiance accordée aux juges dans la lutte contre les clauses abusives sont révélateurs de l'absence totale de vision à long terme et de conception réfléchie du système de protection des économiquement faibles⁴¹⁴.*

74. Même lorsque les consommateurs bénéficient d'une protection similaire dans plusieurs contrats spéciaux, force est de constater que les techniques juridiques diffèrent. Ainsi, le législateur a instauré pour certains contrats, un délai de réflexion au bénéfice des consommateurs⁴¹⁵, alors que pour d'autres il a privilégié un droit de repentir⁴¹⁶, sans que ce choix soit conditionné par des raisons objectives et réfléchies⁴¹⁷.

Dans le même sens et sans pour l'instant aborder le problème de la définition du consommateur, les différentes lois protectrices aujourd'hui insérées dans le Code de la consommation ne sont pas homogènes lorsqu'il s'agit de répondre à la question : le consommateur peut-il être une personne morale? Les dispositions relatives au démarchage⁴¹⁸ ou au surendettement des particuliers⁴¹⁹ précisent que seules les personnes physiques en bénéficient. En revanche, les lois relatives aux opérations de crédit⁴²⁰ n'excluent que certaines personnes morales, alors que la loi sur les clauses abusives⁴²¹ ne précisant rien, la Cour de cassation a pu en faire profiter une personne morale⁴²² même si ce point reste fortement controversé⁴²³. Compte tenu de cette hétérogénéité, il est difficile de considérer les contrats de consommation comme une catégorie de contrats, à moins de faire perdre à ce mot son sens le plus utile pour le juriste⁴²⁴.

⁴¹² Rapport de J.P. Charrié au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi adopté par le Sénat, relatif au Code de la consommation, Doc. A.N., n°318, 1992-93, p.5. Cette carence peut s'expliquer par la volonté de codifier à droit constant.

⁴¹³ Loi n°95-96, J.C.P., 1995, III, 67286; G. Paisant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, Dalloz, 1995, chron., p.99 et suiv.

⁴¹⁴ L. Bihl et J. Calais-Auloy, *La loi du 10 janvier 1978 : Un glissement du droit de la consommation vers l'élimination des juges*, J.C.P., 1980, éd. C.I., I, 9045.

⁴¹⁵ Loi du 12 juillet 1971 sur l'enseignement par correspondance, lois des 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979 relatives aux crédits mobiliers et immobiliers.

⁴¹⁶ Loi du 3 janvier 1972 sur le démarchage financier; loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage à domicile, loi du 10 janvier 1978 précitée en ce qu'elle confère en plus du délai de réflexion de 15 jours (Art. 15) une faculté de rétractation pendant 7 jours.

⁴¹⁷ Sur ce problème cf. R. Baillod, *Le droit de repentir*, R.T.D. Civ., 1984, p.227 et suiv., D. Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, Dalloz, 1980, chron.177, V. Christianos, *Délai de réflexion : protection des consommateurs*, Dalloz, 1993, chron.28.

⁴¹⁸ Loi du 22 décembre 1972.

⁴¹⁹ Loi du 31 décembre 1989.

⁴²⁰ Loi des 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979.

⁴²¹ Article 35 de la loi du 10 janvier 1978.

⁴²² Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1987, Bull. Civ. I, n°134; Dalloz, 1988, I, note P. Delebecque; J.C.P., 1987, I, 20893, note G. Paisant; R.T.D. Civ., 1987, p.537, obs. J. Mestre.

⁴²³ Cass. Civ. 1ère, 26 mai 1993, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1993, n°159, obs. G. Raymond : "*il en résulte que ni la loi n°79-596, ni la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 n'étaient applicables en la cause, la S.C.I. ne pouvant être tenue pour un consommateur au sens de ces textes*".

⁴²⁴ "*Classe dans laquelle on range des objets de même nature*" Dictionnaire Petit Robert.

2/ UNE CATEGORIE DE CONTRATS JURIDIQUEMENT IMPRECISE

75 . La classification, qui est étroitement liée à la qualification⁴²⁵, est une démarche primordiale pour le juriste. M. Overstake, dans sa thèse sur la classification des contrats spéciaux, estime que « *rechercher la nature d'un contrat, c'est rechercher à identifier ce contrat pour le faire rentrer dans une catégorie préétablie dont les règles s'appliqueront au rapport contractuel envisagé* »⁴²⁶. La notion de catégorie juridique est donc la pierre d'angle de l'édifice de la qualification. La solidité et l'harmonie du système juridique dépendra de la pertinence et de la rigueur des catégories utilisées pour le structurer. A cet égard, les catégories de contrats prévues aux articles 1102 et suivants du Code civil constituent, malgré quelques imprécisions et exceptions, la trame incontestable de la classification des contrats⁴²⁷. Cette classification contenue expressément ou implicitement⁴²⁸ dans le Code civil couvre la réglementation, la formation et les effets des différentes catégories de contrats. Le travail de la doctrine, qui a servi à préciser le contenu et affiner les contours de ces catégories, a été fort utile. En revanche, les tentatives d'élaboration de nouvelles catégories de contrats ne répondent que rarement aux préceptes de rigueur et de clarté juridiques.

Il en est notamment ainsi pour les catégories qui se déterminent par rapport aux autres uniquement au vue de la qualité des parties à un contrat. C'est en effet un non sens que de vouloir créer une catégorie juridique fondée sur la seule qualité des parties, alors que logiquement celle-ci doit découler de la qualification opérée sur une situation contractuelle. M. Cadiet fait justement remarquer que « *ce qui fait la spécificité d'un contrat c'est sa nature définie au regard de son objet juridique : créer une obligation consistant à faire, à ne pas faire ou à donner quelque chose* »⁴²⁹. Sans aborder réellement le problème, la doctrine se divise sur le plan de la présentation. Certains auteurs n'intègrent pas dans leur classification la catégorie des contrats de consommation⁴³⁰, tandis que d'autres l'utilisent pour illustrer la classification en fonction de la qualité des parties au contrat⁴³¹. Ces derniers accueillent, il est vrai, cette catégorie avec intérêt en raison de sa modernité, mais aussi avec scepticisme eu égard à l'imprécision de son contenu et l'évanescence de ses frontières. Il faut aller plus loin que le simple scepticisme et adresser à cette prétendue

⁴²⁵ La classification est un préalable à la qualification, même s'il est exact que, dans une sorte d'interaction, cette dernière lui permet aussi de "*remplir sa fonction utilitaire*". Cf. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse Lyon, 1947, n°22; J.F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, thèse Bordeaux, 1969, p.16.

⁴²⁶ Op. cit., p.15.

⁴²⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°15; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°82 et suiv.; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°12 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°3009 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°64 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°86 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°55 et suiv.

⁴²⁸ Notamment les distinctions : contrats nommés et innomés, contrats consensuels, solennels et réels, et contrats à exécution instantanée et à exécution successive.

⁴²⁹ L. Cadiet, op. cit., n°45.

⁴³⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°15; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°82 et suiv.; J. Ghestin, op. cit., n°12 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°64 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°86 et suiv.

⁴³¹ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°324; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°69.

catégorie de contrats, que seule la nouveauté légitime, une critique sans complaisance. La critique, que nous proposons, devra cependant tenir compte du récent et louable effort de qualification effectué par M. Raymond⁴³². Cet auteur admet, s'agissant des contrats de consommation, qu'il « *paraît difficile de fonder une classification sur la qualité des parties* »⁴³³.

76. En effet, il est aberrant d'ériger en catégorie une notion dont le seul critère discriminant est la qualité des parties au contrat. D'abord, l'impossibilité de donner une définition précise et satisfaisante du consommateur refoule la qualité des parties comme critère de qualification des contrats de consommation⁴³⁴. Ensuite, les termes utilisés sont ambigus, puisque le vocable « *contrat de consommation* » laisse à penser que tous contrats ayant pour finalité la satisfaction d'un besoin individuel ou familial final bénéficiera de la législation protectrice spécifiquement établie. Il n'en est rien, car la présence d'un consommateur en qualité de contractant ne suffit pas pour qualifier la convention de contrat de consommation. Encore faut-il qu'en face de lui se trouve un professionnel. Si tel n'est pas le cas⁴³⁵, les règles protectrices n'auront pas vocation à s'appliquer et le contrat sera soumis dans son intégralité au régime du droit commun.

77. En réalité, le déclenchement du régime de protection n'est pas déterminé par le fait qu'il y ait un « *contrat de consommation* », mais par la présence de deux cocontractants inégaux, ou plutôt présumés tels. Ainsi, un contrat qui met en présence un consommateur d'une part et un professionnel d'autre part, sera soumis au régime protecteur élaboré en faveur du consommateur. Il s'agit moins d'instaurer une protection dans les contrats de consommation que de tenir compte des déséquilibres de puissance économique pouvant exister entre les parties. Le critère pertinent se situe donc dans la distinction entre les contrats conclus entre homologues et ceux conclus entre hétérologues; l'homologie ou l'hétérologie se caractérisant par les qualités de professionnel ou de consommateur. A cet égard, il est difficile de souscrire à la proposition de M. Raymond, qui estime que les notions d'objet et de cause sont susceptibles de servir de critère de qualification aux contrats de consommation⁴³⁶. En effet, dire que, dans les contrats de consommation, l'objet de l'obligation du professionnel consiste en un bien ou un service de consommation, ne résout rien. Cela ne fait que relancer le débat, inutile au regard de la protection des économiquement faibles, de savoir si les immeubles sont ou non des biens de consommation. Il faudra bien finir par admettre que les personnes en situation de faiblesse économique ont besoin de protection indépendamment de la nature juridique du bien acquis. En outre, les prestations de biens et services fournies par les professionnels sont identiques, que leur cocontractant soit ou non un consommateur, si bien que l'objet de l'obligation n'est pas un critère pertinent de qualification des contrats de consommation. Il en est de même pour la notion de cause du contrat, qui consiste à se demander quel est le motif impulsif et déterminant de l'acte. M. Raymond avoue, lui-même, que ce critère comporte beaucoup de difficultés et de complexité. Surtout, la critique principale qui doit être adressée à ce critère réside dans son absence de pertinence. Le régime spécial que la

⁴³² G. Raymond, *Les contrats de consommation*, article précité.

⁴³³ Op. cit., p.40.

⁴³⁴ Op. cit.

⁴³⁵ Exemples : vente d'un véhicule automobile ou d'une maison d'habitation entre deux particuliers.

⁴³⁶ Op. cit. : le constat, selon lequel la prestation du consommateur est toujours une obligation de paiement d'un prix exprimé en unité monétaire, n'est guère contestable. Mais il ne permet pas de dégager un critère de qualification des contrats de consommation puisqu'il arrive fréquemment que des professionnels contractent, eux aussi, une obligation de cette nature.

doctrine consumériste attribuée aux contrats de consommation se caractérise par des mesures de protection, eu égard à la position de faiblesse dans laquelle se trouve le consommateur, face au professionnel⁴³⁷. Or nous aurons l'occasion de montrer qu'il existe des hypothèses dans lesquelles des personnes se trouvent dans une situation de dépendance et de vulnérabilité, sans pour autant que l'acte conclu ait pour motif la satisfaction de besoins particuliers⁴³⁸.

78. Outre l'imprécision des termes utilisés, il convient de relever l'inanité du raisonnement consistant à déduire systématiquement d'une réalité sociologique une catégorie juridique. Il est sociologiquement exact d'affirmer que le consommateur se trouve la plupart du temps dans une position d'infériorité par rapport au professionnel. Cependant ce constat ne suffit pas pour créer une catégorie de contrats entrant dans la méthode de classification qui sert au processus de qualification. En effet, pour qu'il y ait catégorie encore faut-il qu'il existe une identité de nature juridique entre les éléments qui en font partie, et ce afin de pouvoir leur appliquer un régime identique. L'opinion de M. Cadiet, selon laquelle « *la notion de famille de contrats n'aurait de sens que si elle visait à regrouper ensemble des contrats présentant une nature spéciale identique* »⁴³⁹, doit être approuvée sans réserve. Pour les « *contrats de consommation* », l'hétérogénéité qui les caractérise ne permet pas de soutenir sérieusement l'existence d'une véritable catégorie juridique.

A ce sujet, il est intéressant de considérer les moyens utilisés en droit positif pour instaurer une protection juridique au bénéfice des personnes présumées faibles. Ils sont au nombre de trois. Il y a d'abord les mécanismes généraux du droit des obligations (exemple : vices du consentement, cause ou lésion). Il y a ensuite l'utilisation, dans certains contrats spéciaux, d'un régime protecteur d'ordre public (exemple : baux commerciaux, contrats de travail). Il y a enfin l'instauration d'un régime spécial d'incapacité (exemple : les mineurs, les majeurs sous tutelle). Or force est de constater que la classification des genres de contrats, par opposition aux espèces, n'a jamais été utilisée pour instaurer un régime protecteur; et pour cause, là n'est pas sa fonction! La classification des contrats ne peut avoir pour rôle et pour intérêt, que de modéliser une réalité complexe en rangeant des contrats par catégorie en fonction des points communs afférents à leurs formes⁴⁴⁰, à leurs contenus⁴⁴¹, ou à leurs effets⁴⁴². On ne saurait donc tirer un régime juridique spécial d'une prétendue catégorie de contrats fondée sur la qualité des parties, qu'il s'agisse des notions de contrats de dépendance ou d'adhésion, ou encore de celle de contrats de consommation, sauf à créer une véritable incapacité juridique en faveur de la partie économiquement faible, qu'on la nomme assujetti, adhérent ou consommateur.

De plus, il est possible d'émettre des doutes sur la capacité du contrat de consommation à instaurer un régime protecteur du consommateur, lui-même, puisque l'évolution actuelle de la législation tend à transcender la distinction classique entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Ainsi, l'article L. 122-1 du Code de la consommation, qui pose le principe de l'obligation de sécurité, ne fait aucune référence au contrat de

⁴³⁷ G. Cas et D. Ferrier, op. cit., n°381.

⁴³⁸ Cf. infra n°155 et suiv.

⁴³⁹ L. Cadiet, op. cit.

⁴⁴⁰ Contrats consensuels, réels et solennels.

⁴⁴¹ Contrats synallagmatiques et unilatéraux; contrats à titre onéreux et à titre gratuit; contrats commutatifs et aléatoires; contrats nommés et innomés.

⁴⁴² Contrats individuels et collectifs, contrats à exécution successive et à exécution instantanée.

consommation⁴⁴³, si bien qu'il est légitime d'estimer que cette obligation existe, à la charge du professionnel, en dehors de tout contrat⁴⁴⁴.

En conclusion il faut bien se rendre à l'évidence : le contrat de consommation, qu'il soit défini comme un contrat spécial ou une catégorie de contrats, est un concept vide de sens sur le plan juridique. L'analogie qui était proposée avec le contrat de travail n'est pas satisfaisante car pour ce contrat spécial, la doctrine et la jurisprudence ont pu réellement dégager un critère objectif de définition⁴⁴⁵ et élaborer un critère subjectif relativement précis⁴⁴⁶. Au contraire, la définition du contrat de consommation est dépourvue d'objet et renvoie à un critère subjectif extrêmement imprécis. Nous allons constater que ces deux remarques s'amplifient avec la création d'un droit autonome : le droit de la consommation.

SECTION II

LA PARCELLISATION PAR CREATION DE DROITS AUTONOMES

79. L'autonomie d'un droit pose toujours un problème de relativité. Il s'agit de déterminer par rapport à quelle matière ou discipline l'autonomie va s'affirmer. Depuis la promulgation du Code civil, la parcellisation du droit privé s'est faite au détriment du droit commun des obligations. Il est vrai que le mouvement de division du droit commun avait commencé bien avant, lorsque les commerçants, compte tenu de la trop grande rigidité du droit civil ont entendu se soumettre à leurs propres règles. Néanmoins, le phénomène de division du droit a pris, au cours du XIX^{ème} siècle, une ampleur particulière⁴⁴⁷. L'autonomie pose aussi un problème de terminologie. Qu'entend-on par autonomie? A partir de quel moment une accumulation de particularismes se transforme-t-elle en droit autonome? Le débat n'est pas que de pure forme, car selon la définition donnée à la notion d'autonomie, la structure du droit privé paraîtra plus ou moins parcellisée. A titre d'exemple, certains auteurs estiment que le droit commercial a acquis une autonomie par rapport au droit civil⁴⁴⁸, tandis que d'autres se plaisent à rappeler son rattachement au tronc commun que constitue le droit civil, ce qui paraît incompatible avec l'idée d'autonomie⁴⁴⁹.

⁴⁴³ "Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes". Ancien article 1er de la loi du 21 juillet 1983, relative à la sécurité des consommateurs.

⁴⁴⁴ En ce sens voir J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., 1994, p.252; voir aussi avec quelques nuances : P. Jourdain, *L'obligation de sécurité*, G.P., 1993, Doct., p.1171 et suiv.; Y. Lambert-Faivre, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, Dalloz, 1994, chron., p.82 et suiv.; voir aussi infra n°754 et suiv.; 772 et suiv.

⁴⁴⁵ Le contrat de travail a pour objet de régir les relations entre un employeur et un salarié consistant pour le dernier à fournir une prestation de service et pour le premier à donner en contrepartie une rémunération.

⁴⁴⁶ Le salarié est caractérisé par le lien de subordination juridique qui le lie à l'employeur dans les relations de travail.

⁴⁴⁷ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°101; J. Carbonnier, *Introduction*, n°64.

⁴⁴⁸ H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n°177.

⁴⁴⁹ G. Ripert et Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, tome I, n°3; F. Grua, *Les divisions du droit*, R.T.D. Civ., 1993, p.59 et suiv., cf. notamment n°20 et suiv. : "(...) l'autonomie impliquerait que la branche ait rompu toute attache avec le tronc, et ce n'est pas de la constatation de quelques divergences qu'on peut déduire que le droit commercial ne se nourrit plus que de lui-même".

Des remarques identiques peuvent être formulées à l'égard du droit du travail ou du droit de la consommation. Ces deux matières présentent la particularité commune d'avoir une propension certaine à se détacher du droit civil, et notamment du droit commun des obligations, afin de tenir compte des déséquilibres de puissance et d'instaurer une protection efficace de l'économiquement faible, qu'il soit salarié ou consommateur. Mais peut-on parler d'autonomie, compte tenu qu'en dépit de leur particularisme ces matières restent soumises aux principes du droit commun des obligations? La question est controversée. En ce qui concerne le droit du travail, une partie de la doctrine soutient l'idée de l'autonomie par rapport au droit commun⁴⁵⁰, tandis qu'une autre ne voit aucun inconvénient à reconnaître le rattachement du droit du travail au droit commun des obligations⁴⁵¹. Il en est de même pour le droit de la consommation, même si l'autonomie de cette matière pose davantage de problèmes⁴⁵². Il nous semble inutile d'entrer dans ce débat stérile, puisque la plupart des auteurs ne parle pas des mêmes choses; certains dressant un constat du droit positif, d'autres faisant de la prospective, la plupart ayant un avis relativement similaire sous l'apparence d'un désaccord qui ne résulte que de l'absence d'une définition commune de la notion d'autonomie. Force est donc préalablement à toute discussion, de déterminer précisément le contenu de cette définition, afin de prendre position quant à l'existence d'une parcellisation du droit commun des obligations par la création de droits autonomes.

80 . L'autonomie peut se définir comme le fait de se gouverner, de se déterminer, par ses propres lois⁴⁵³. A la lumière de cette définition est-il possible d'affirmer que les divisions récentes de notre droit privé ont engendré des droits autonomes⁴⁵⁴? L'argument principal avancé pour nier l'autonomie des droits récents consiste, d'une part à souligner le fait qu'ils continuent toujours à obéir aux principes généraux posés par le droit civil, et en particulier par le droit commun des obligations⁴⁵⁵, et d'autre part à en déduire que le droit en question ne saurait prétendre à l'autonomie puisqu'il n'est pas intégralement régi par ses propres

⁴⁵⁰ P. Durand, *Le particularisme du droit du travail*, Droit social, 1945, p.298; G. Camerlynck, *L'autonomie du droit du travail*, Dalloz, 1956, chron.23; G. Lyon-Caen, *Du rôle et des principes généraux du droit civil en droit du travail*, R.T.D. Civ., 1974, p.229; G. Couturier, *Les techniques civilistes et le droit du travail chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues*, Dalloz, 1975, p.151 et p.221.

⁴⁵¹ J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, p.49 et suiv.; J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°101, p.72.

⁴⁵² **Pour l'autonomie** : L. Bihl, *Vers un droit de la consommation*, G.P., 1974, 2, 754; G. Raymond, *Bienvenue au Code de la consommation*, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1993; **Contre l'autonomie** : G. Berlioz, *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P., 1979, I, 2954; G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p.247 et suiv.; J. Carbonnier, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986; G. Cas et D. Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, P.U.F., 1986, p.18; D. Bureau, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, Dalloz, 1994, chron.291 et suiv., n°29 et 30.; J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD.civ.1994, 239 : « Ne coupons pas pour autant les ponts entre le droit civil et le droit de la consommation. Celui-ci est particulier, il n'est pas autonome. »; cf. cependant l'article du même auteur, dans les actes du colloque de l'université de Reims précité, intitulé « un Code, un droit ». Ce titre laisse entrevoir, selon nous, une certaine autonomie, au moins relative. **Pour une opinion mitigée mais qui souhaite l'autonomie** : J.P. Pizzio, *Droit de la consommation*, Ency. Dalloz, 1987, n°382 et suiv.

⁴⁵³ Emprunté au grec *autonomos* : "qui est régi par ses propres lois", cf. *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert.

⁴⁵⁴ A ce stade, il convient de recentrer notre propos sur la puissance économique pour n'étudier que les divisions dont l'origine s'explique par la prise en compte des inégalités de cette nature, à savoir le droit du travail et le droit de la consommation.

⁴⁵⁵ J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., 1994, p.240.

règles. En effet, *"sauf à n'avoir aucune consistance, l'idée d'autonomie d'un droit doit servir à expliquer que ce droit puisse s'affranchir des règles nées dans d'autres droits"*⁴⁵⁶. Selon ce raisonnement, ni le droit du travail, ni le droit de la consommation ne pourraient être considérés comme autonomes, puisqu'en l'absence de dispositions spécifiques, c'est le droit commun qu'il faut appliquer. Cet argument ne nous paraît pas décisif pour contester l'autonomie des droits du travail et de la consommation. En effet, ce qui distingue l'autonomie de la dépendance et de l'assujettissement, ce n'est pas tant la référence à des règles externes que le caractère volontaire, ou au contraire forcé, de ce renvoi. Or, il est possible d'admettre qu'un droit particulier fasse volontairement référence au droit commun, lorsqu'aucune disposition spécifique ne s'y oppose. Il y aurait alors une intégration du droit commun dans le droit spécial, comme par exemple lorsque le Code de la consommation reprend dans son article L. 211-1 les articles 1641 à 1648 du Code civil relatifs à la garantie légale des vices cachés. Cet exemple d'intégration ne signifie pas, à lui seul, que le droit de la consommation est autonome par rapport au droit civil, car alors il faudrait en conclure que les règles relatives à la formation et à l'exécution des obligations ne relève plus du droit civil lorsque le contrat met en présence un professionnel et un consommateur⁴⁵⁷. Cependant, si le droit de la consommation peut volontairement intégrer des dispositions *in extenso* du Code civil, pour quelles raisons ne pourrait-il pas implicitement renvoyer aux dispositions de droit commun sans que son autonomie soit contestée ?⁴⁵⁸. La meilleure preuve que ni le droit du travail, ni le droit de la consommation ne se soumettent au droit civil réside dans les dispositions contraires au droit commun qu'ils adoptent lorsque la protection de la partie faible l'exige. Ainsi le droit du travail écarte les règles classiques de la résiliation des contrats à durée indéterminée pour instaurer une obligation de motivation de la rupture. Le droit de la consommation, quant à lui, contient des règles spécifiques de protection du consentement incompatibles avec le principe du consensualisme. L'autonomie d'un droit ne saurait donc être déduite de l'absence de référence à un droit commun, et inversement l'existence d'un renvoi, explicite ou implicite, au droit commun n'exclut pas systématiquement la possibilité d'une autonomie. D'ailleurs admettre le contraire reviendrait à reconnaître qu'il n'existe, dans notre droit positif, aucun droit autonome⁴⁵⁹.

81. Entre l'autonomie abusive, déduite d'une simple particularité, et l'autonomie absolue, assimilée à un vase clos et étanche synonyme de cloisonnement, force est de privilégier une définition médiane, plus modérée et plus exacte. Dans cette ligne de pensée, M. Vedel distingue deux sources d'autonomie : *"l'autonomie apparaît ainsi d'abord toutes les fois que l'application à une matière des principes généraux et des méthodes de raisonnement empruntés purement et simplement à une discipline existante conduit à des inexactitudes. (...) L'autonomie apparaît aussi, quoique d'une façon plus subtile, quand la matière considérée, bien que mettant apparemment en oeuvre que des principes et des méthodes empruntés à des branches existantes, en fait une sorte de combinaison chimique*

⁴⁵⁶ F. Grua, *Les divisions du droit*, R.T.D. Civ., 1993, p.65.

⁴⁵⁷ Conclusion absurde que même les partisans de l'autonomie du droit de la consommation se refusent de tirer, cf. G. Raymond, *op. cit.*, p.3.

⁴⁵⁸ En droit constitutionnel ce n'est pas parce la législation française a intégré en droit interne les normes européennes que la France a perdu son autonomie ou sa souveraineté!

⁴⁵⁹ J. Rivero et J. Savatier, *op. cit.*, p.38 et 39 de la 12ème édition, P.U.F, 1991 : *"Aucune branche du droit n'est, en ce sens, pleinement autonome, toutes font partie d'un même système de civilisation et obéissent aux mêmes principes fondamentaux dans l'ordre éthique, dans l'ordre logique et compte tenu de la soumission de l'ensemble du droit national aux normes à valeur constitutionnelle, dans l'ordre juridique"*.

ayant un caractère de nouveauté (...), ainsi en est-il du droit du travail"⁴⁶⁰. Même si cette dichotomie des sources de l'autonomie, n'est pas aussi claire qu'il n'y paraît⁴⁶¹, l'idée qui est sous-jacente est intéressante. Il s'agit d'apprécier le caractère autonome ou non d'un droit en fonction de son objet et de sa logique intrinsèque. Toujours dans cette voie mesurée, il convient de citer M. Carbonnier qui estime que « *l'autonomie a toujours pour le moins une justification empirique, qu'est la division du travail. De justification scientifique, elle n'en a que dans la mesure où chaque rameau détaché peut faire état de phénomènes juridiques foncièrement différents de ceux que l'on rencontre ailleurs, postulant de ce fait des méthodes renouvelées, ce qui est loin de se vérifier constamment* »⁴⁶². Or, c'est sur le terrain scientifique qu'il faut examiner si l'autonomie revendiquée par une discipline juridique est ou non légitime. Cet examen reviendra en réalité à se poser la question de l'existence de celle-ci en tant que droit, son autonomie découlant naturellement de son existence. Dans cette conception, l'autonomie ne consiste pas à enfermer un droit dans un univers clos, mais à lui donner une existence à part entière en constatant sa cohérence et son homogénéité intrinsèque. A cet égard, M. Grua a montré qu'il existait plusieurs types de divisions du droit⁴⁶³. Dans les divisions par domaines, que l'auteur oppose aux divisions par couches, il distingue les divisions selon l'objet des règles rassemblées et les divisions selon leur fonction. Nous serons amenés à constater, dans les développements qui suivent, que l'autonomie d'un droit dépendra effectivement de l'objet qu'il régit et que la fonction qui lui est assignée ne constitue pas un critère pertinent de division.

Mais il faut approfondir l'analyse pour pouvoir porter un jugement critique sur les velléités d'autonomie que certaines « *branches* » du droit⁴⁶⁴ affichent depuis quelques décennies. Il conviendra alors de se demander si, en l'absence d'objet, de matière véritable, un droit peut-être considéré comme autonome en raison de l'existence d'un critère subjectif. Il existe, en effet, deux méthodes pour circonscrire le domaine d'une discipline : l'une objective visant à définir le contenu, la substance, la matière, l'autre subjective privilégiant la qualité des personnes pour en délimiter les frontières. Nous envisagerons tour à tour ces deux critères afin de pouvoir se prononcer sur la légitimité et l'opportunité d'une parcellisation du droit commun, par la création de disciplines autonomes ou prétendues telles, dans le but d'assurer une protection de l'économiquement faible contre les abus de puissance économique. Nous centrerons essentiellement notre démonstration sur le droit de la consommation, puisque le droit du travail, qui est aussi une discipline fondée sur la protection d'une partie économiquement faible, a acquis selon nous une autonomie indiscutable, du moins au sens où nous proposons d'entendre ce terme⁴⁶⁵.

PARAGRAPHE 1 - LE CRITERE OBJECTIF (OU CRITERE MATERIEL)

⁴⁶⁰ G. Vedel, *Le droit économique existe-t-il?*, in Mélanges Vigreux 1981, p.770.

⁴⁶¹ En effet, le droit du travail par exemple peut aussi s'inscrire dans la première source de l'autonomie proposée par M. Vedel, tant il est vrai que l'application pure et simple des principes de l'autonomie de la volonté, de la force obligatoire ou encore de l'effet relatif des contrats, en cette matière aboutirait à des inexactitudes, cf. notamment G.H. Camerlynck, *L'autonomie du droit du travail*, Dalloz, 1956, p.26.

⁴⁶² *Sociologie juridique*, p.40.

⁴⁶³ F. Grua, *Les divisions du droit*, R.T.D. Civ., 1993, p.59 et suiv.

⁴⁶⁴ Nous utilisons les guillemets car le terme *branche* souvent employé par la doctrine sous-entend le rattachement à un tronc commun, ce qui ne paraît pas évident au vue de l'étude de M. Grua. **Contra** notamment : F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°85 et suiv.

⁴⁶⁵ Cf. supra n°80 et suiv.

82 . Pour qu'un droit puisse être déclaré autonome encore faut-il que son contenu constitue une véritable matière. L'existence du critère objectif est indispensable dans le processus de création d'un droit. Sans celui-ci, on sera en présence soit d'une notion trop étroite telle que le contrat spécial, soit de notions trop larges⁴⁶⁶, pour conclure à l'avènement d'un droit autonome. Après avoir souligné l'importance du critère objectif, nous nous attacherons à démontrer que la fonction de protection du faible n'est pas, en soi, un critère objectif d'autonomie d'un droit.

A - UN CRITERE ESSENTIEL DANS LE PROCESSUS DE CREATION D'UN DROIT AUTONOME

83 . En principe, l'autonomie ne devrait être reconnue qu'aux droits comportant un objet distinct du droit commun et des autres branches du droit. C'est à dire que de simples particularités sont théoriquement insuffisantes et qu'il convient de rechercher si le domaine juridique aspirant à l'autonomie bénéficie d'une substance véritable, d'une matière strictement délimitée et définie, en d'autres termes d'un *corpus*. Ainsi, le droit privé doit se structurer autour de pôles stables et cohérents, formés d'un corps de règles homogènes et autorégulées. Chacun de ces pôles sont évidemment autant de droits autonomes autour desquels gravitent une kyrielle de satellites. Or, il ne faut pas confondre ces disciplines-satellites avec le droit autonome lui-même. Tout le problème provient de l'ambiguïté du mot droit qui est utilisé tantôt pour désigner un pôle autonome, tantôt pour renvoyer à une activité économique et professionnelle réglementée, tantôt encore pour parler d'un ensemble de droits⁴⁶⁷. Ces approximations linguistiques obscurcissent le débat et favorisent le glissement subreptice d'une simple activité (la médecine par exemple) vers la proclamation d'un droit autonome (le droit médical). En réalité, il est indispensable de ne pas confondre le concept de droit autonome avec les notions plus larges et celles plus étroites.

1/ DISTINCTION ENTRE DROIT AUTONOME ET LES NOTIONS PLUS LARGES

84 . L'un des principaux inconvénients de la langue française, mais qui contribue par certains côtés à son immense richesse, est qu'un même mot peut désigner plusieurs réalités distinctes et rassembler sous sa coupe des notions intellectuellement dissemblables. Il en est ainsi pour le mot "droit". Il ne faudrait pas croire qu'à chaque fois que ce vocable est utilisé, le juriste se trouve en présence d'une matière autonome. Il peut s'agir d'une notion beaucoup plus large qui peut faire référence soit à un ensemble, soit à une activité, soit encore à une fonction.

85 . Que peut-on relever de commun entre les notions de droit des obligations et de droit civil, si ce n'est l'existence d'une relation verticale, la première faisant partie intégrante de

⁴⁶⁶ Telles que l'activité ou la fonction économique.

⁴⁶⁷ Sans aborder le problème de la distinction entre droit objectif et droit subjectif!

la seconde? Si le droit des obligations constitue à l'évidence une matière autonome, c'est-à-dire régie par ses règles propres, le droit civil n'est qu'un ensemble plus large de droits. Il englobe des matières aussi disparates que le droit des personnes, le droit des biens, le droit des successions, le droit des régimes matrimoniaux et bien sur le droit des obligations. On pourrait d'ailleurs s'élever plus haut dans la catégorisation pour arriver à la classique *summa divisio* de notre droit : la distinction entre droit privé et droit public. Malgré les incertitudes et les compénétrations qui existent entre le droit privé et le droit public⁴⁶⁸, cette distinction demeure encore didactique puisqu'elle permet un classement, certes imparfait, du droit en deux catégories présentant des particularités et des logiques spécifiques. Mais il est impossible de voir dans le droit public ou le droit privé des matières juridiques *stricto sensu*. Il s'agit d'ensembles de droits n'ayant pas de véritable objet, contrairement aux éléments qu'ils contiennent et qui, eux, constituent incontestablement des droits autonomes⁴⁶⁹. Ils satisfont en effet au critère objectif d'autonomie, et leur définition est fondée sur celui-ci. Par exemple, le droit constitutionnel est la branche du droit qui organise les pouvoirs publics et les rapports de ces pouvoirs entre eux; le droit fiscal est la partie du droit qui pose les règles selon lesquelles sont calculés et perçus les divers impôts et taxes; le droit pénal définit les comportements constitutifs d'infraction et détermine les sanctions qu'il faut leur appliquer. A l'inverse, les ensembles de droits ne se caractérisent que par référence au critère subjectif. Ainsi le droit civil se définit comme "*l'ensemble des règles relatives aux institutions, aux actes, aux rapports juridiques intéressant les particuliers dans leurs relations entre eux (...)*"⁴⁷⁰. De même, le droit administratif se définit comme la "*branche du droit régissant principalement les rapports des particuliers avec les autorités administratives (...)*"⁴⁷¹. Il ne s'agit donc que d'enveloppes dans lesquelles on range, par souci didactique, les matières juridiques.

Or, lorsque l'on confond droit autonome et ensemble de droits, il devient très difficile d'intégrer dans les classifications traditionnelles les « *nouveaux droits* » qui fleurissent sous la plume des auteurs. Ainsi, par un souci de synthèse, MM. Roland et Boyer, dans leur manuel d'introduction au droit, ont cru pertinent d'insérer au même niveau que la distinction entre droit privé et droit public, la notion de droit professionnel⁴⁷² afin d'englober des notions telles que le droit rural⁴⁷³, le droit bancaire, le droit médical, le droit notarial, le droit de l'architecture⁴⁷⁴ ou encore le droit de la consommation. Il aurait certainement mieux valu mettre au pluriel l'expression « *droit professionnel* », car apparemment, il s'agit moins d'un droit que d'un ensemble de droits présentant certaines caractéristiques communes. Mais la catégorisation n'est pas, semble-t-il, la véritable explication de la parcellisation du droit. Au contraire, elle permet, par la recherche d'ensembles et de sous-ensembles, de créer une harmonie, une cohérence, en rattachant chaque partie à un tout. Le phénomène de parcellisation doit plutôt être recherché du côté des notions d'activités ou de fonctions.

⁴⁶⁸ Cf. notamment : J. Carbonnier, *Introduction*, n°64 et 67; H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n°190 et suiv.; F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°88 et suiv.

⁴⁶⁹ Par exemple : le droit constitutionnel, le droit fiscal, le droit pénal, etc.

⁴⁷⁰ H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n°176.

⁴⁷¹ *Op. cit.*, n°187.

⁴⁷² *Op. cit.*, n°209 et suiv.; A. Tunc, *Ebauche du droit des contrats professionnels*, in *Mélanges Ripert*, 1950, t.II, p.136.

⁴⁷³ R. Savatier, *Du particularisme du droit agraire et de la nécessité de son enseignement*, *Dalloz*, 1954, *chron.*, p.91.

⁴⁷⁴ M. Huet, *Pour un droit de l'architecture*, *Rev. Droit Imm.*, 1989, p.137 et suiv.

86 . Le concept de droit autonome doit, en effet, être distingué des notions d'activité ou de fonction économiques. Le droit moderne a une fâcheuse tendance à la spécialisation outrancière et au particularisme excessif, si bien que sa clarté et sa cohérence s'en ressentent. Avec M. Grua, il faut rappeler que *"la spécificité d'une activité ne peut suffire à conférer au droit l'autonomie qui la régit"*⁴⁷⁵. Ainsi les activités de sport, de la banque, de la médecine présentent de nombreuses particularités. Il est néanmoins douteux que l'on puisse parler de droits autonomes en l'absence d'un objet, d'une matière ayant sa logique et ses règles propres. Même si les caractéristiques d'une activité ou d'une profession doivent entrer en ligne de compte dans le processus de création et d'application de la règle de droit, ce n'est pas pour autant qu'à chaque exception ou distinction une branche autonome du droit doit être créée !

Pourtant, animée par le désir de nouveauté et séduite par l'attrait de la spécialisation, la doctrine contemporaine n'a pas été avare de proclamations d'autonomie et de créations d'enseignements spécifiques. Cette tendance regrettable aboutit au constat selon lequel *"le droit est déconstruit, fragmenté, concassé. Emergeant de multiples tessons de provenances diverses, il est nécessairement complexe, et même chaotique (...)"*⁴⁷⁶. M. Carbonnier poursuit son analyse en écrivant que *"le droit post-moderne a reçu une touche de baroque. Son esthétique ne saurait être la rigidité. Le flou lui convient davantage"*⁴⁷⁷. Cette parcellisation du droit commun a pour cause directe la consécration prématurée de l'autonomie de certaines disciplines, érigées en véritable matières juridiques, alors qu'elles ne sont que des épiphénomènes.

87 . Les difficultés que rencontre le juriste, pour définir précisément le droit commercial, est un excellent exemple pour illustrer notre propos. Il est évident que l'activité du commerce comporte de fortes particularités par rapport au droit civil⁴⁷⁸. Pourtant la doctrine commercialiste reconnaît que le droit commercial n'a jamais eu de définition claire et précise de son champ d'application⁴⁷⁹, certains auteurs constatant que l'idée même de législation commerciale fut contestée⁴⁸⁰. La question est trop connue pour que nous y revenions, mais les perpétuelles hésitations entre la conception objective et la conception subjective du droit commercial sont révélatrices de l'absence d'autonomie de ce conglomerat de règles que constitue aujourd'hui le "droit commercial". En effet, *"personne n'est jamais parvenu à en donner une construction acceptable"*⁴⁸¹, puisque la définition objective basée sur les actes de commerce, ne fait que repousser le problème en renvoyant à la définition subjective du commerçant qui, quant à lui, se définit comme celui qui

⁴⁷⁵ Op. cit., n°24.

⁴⁷⁶ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, p.145.

⁴⁷⁷ Op. cit.

⁴⁷⁸ D. Lefebvre, *La spécificité du droit commercial*, R.T.D. Com., 1976, p.285; J.P. Marty, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, R.T.D. Com., 1981, p.681.

⁴⁷⁹ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Tome I, n°8 et suiv.

⁴⁸⁰ P. Didier, *Droit commercial*, tome I, *Les sources, l'entreprise individuelle*, p.41.; S. Frédéricq, *L'unification du droit civil et du droit commercial, Essai d'une solution pragmatique*, R.T.D. Com., 1962, p.203 et suiv.; D. Tallon, *Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial*, in Mélanges Jauffret, 1974, p.649 et suiv.; F. Grua, *Les divisions du droit*, R.T.D. Civ., 1993, p.59, n°21 : *"Ce n'est pas de la constatation de quelques divergences qu'on peut déduire que le droit commercial ne se nourrit plus que de lui-même"*; **contra** : J. Van Ryn, *Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial*, R.T.D. Com., 1953, p.565 et suiv.

⁴⁸¹ J. Escarra, *A propos de la révision du Code de commerce*, R.T.D. Com., 1948, p.3 et suiv. et notamment p.7; cf. également C. Champaud, *Le droit des affaires*, p.17, parlant « d'imbroglie juridique »; Y. Chartier, *Droit des affaires*, t. I, p.37 et suiv.

conclut des actes pour les besoins de sa profession habituelle⁴⁸². La problématique, ainsi posée, revient à se demander si c'est le commerçant qui fait l'acte de commerce, ou bien si au contraire, c'est l'acte de commerce qui fait le commerçant. Le sûr est que d'une part l'énumération des actes de commerce contenue dans les articles 631 et 632 du Code de commerce est significativement incomplète, et que d'autre part la doctrine n'a jamais réussi à élaborer un critère de définition pertinent du commerçant. Cette difficulté de choisir entre la conception objective et la conception subjective⁴⁸³ caractérise l'inexistence du droit commercial en tant que droit autonome, même s'il comporte d'incontestables spécificités. L'impossibilité de parvenir à une codification intellectuellement et juridiquement satisfaisante en est encore une illustration⁴⁸⁴. L'explication peut être trouvée en grande partie dans l'absence de critère objectif caractérisant la définition du droit commercial, la doctrine ne pouvant se reposer que sur un critère subjectif, insuffisant pour conférer la moindre autonomie⁴⁸⁵. Dans son étude sur la doctrine commerciale, M. Atias souligne que *"c'est un trait caractéristique du droit commercial que sa difficulté d'être. Depuis le XIXème siècle, et durant tout le XXème siècle, les commercialistes s'interrogent sur la définition de l'objet de leurs études"*⁴⁸⁶. Et pour cause, la discipline commerciale n'est pas, à proprement parler, une matière, un droit autonome, mais le regroupement de règles afférentes à une activité, ou plus précisément à une série d'activités unies par un point commun : le commerçant. Les origines de ce regroupement ne sont en rien rationnelles. Elles sont le fruit de contingences historiques, qui ont fait dire à certains auteurs que le Code de commerce de 1807 était *« un code de boutiquiers qui ignorait les besoins de l'industrie naissante »*⁴⁸⁷. La discussion sur l'autonomie du droit commercial est donc vaine, s'agissant du reflet juridique d'une activité économique, qui était prépondérante il y a deux cents ans, et qui a invariablement perdu de son poids dans la société au profit de la fonction de production de biens et services. Ce qui est certain, c'est que le droit commercial englobe aujourd'hui plusieurs droits autonomes⁴⁸⁸ et tend à devenir un ensemble de droits, au même titre que le droit civil, sauf à voir en lui un sous-ensemble du droit des affaires⁴⁸⁹.

88 . Des précisions similaires peuvent être apportées à ce qu'il est convenu d'appeler "le droit de la distribution" ou "le droit de la consommation" (et pourquoi pas le "droit de la production"?). Il ne s'agit pas de véritables matières juridiques, mais simplement de fonctions économiques⁴⁹⁰ dont les spécificités confèrent, non une autonomie, mais un particularisme. M. Berlioz a très justement fait remarquer que *"la création d'un droit*

⁴⁸² Art. 1er du Code de commerce.

⁴⁸³ L. Segal, *Détermination des actes de commerce*, Juris. Class. Commercial, fasc. 35.

⁴⁸⁴ B. Oppetit, *La décodification du droit commercial français*, in études offertes à R. Rodière, p.197 et suiv. n°8 : *"Le droit commercial déjà mal assuré de ses bases au départ en ce que son particularisme se conjugait mal avec la proclamation de l'égalité civile et conduisait à de laborieuses controverses sur son autonomie, son domaine et sa définition, traverse actuellement une crise d'identité de plus en plus aiguë"*.

⁴⁸⁵ F. Terré et A. Outin-Adma, *Codifier est un art difficile*, (à propos d'un "Code de commerce") Dalloz, 1994, chron., p.99 : *"Ainsi après la crise de 1929, le droit commercial a été plus que jamais le droit des commerçants (...)"*; cf. aussi la définition de l'acte de commerce donnée par G. Cornu, et qui ne fait référence qu'au critère subjectif : *"acte accompli par un commerçant dans l'exercice de sa profession"*, vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant.

⁴⁸⁶ C. Atias, *Hypothèses sur la doctrine en droit commercial (1898, 1947, 1975)*, in Etudes dédiées à R. Roblot, L.G.D.J., 1984, p.32.

⁴⁸⁷ Y. Chartier, op. cit., p.30.

⁴⁸⁸ Exemples : droit des sociétés, droit de la concurrence, droit des effets de commerce.

⁴⁸⁹ En ce sens, Y. Chartier, op. cit., n°1.

⁴⁹⁰ D. Flouzat, *Economie contemporaine*, tome 1, *Les fonctions économiques*, l'auteur distingue les fonctions de production, de répartition, de consommation et d'investissement.

catégoriel peut difficilement tirer sa légitimité, en fait, d'une fonction, or la consommation n'est pas une catégorie, mais bien une fonction"⁴⁹¹. Il n'est certes pas sérieusement envisageable de contester l'influence de l'économie sur le droit⁴⁹², mais le juriste ne peut assimiler les notions économiques sans préalablement les retraiter afin de pouvoir, peut-être dans un second temps, les incorporer dans le système juridique. Admettre *de plano* les concepts issus des sciences économiques en droit positif, ou fonder une législation ou une institution sur ceux-ci, conduit au pire à des rejets de greffe ou, au mieux à une règle de droit bancale et inadaptée⁴⁹³. C'est donc indûment que l'on parle des "droits de la distribution", de la "consommation" ou encore "du financement"⁴⁹⁴. Plus précisément c'est par ellipse que la doctrine accole le mot droit avec un terme désignant une fonction économique. En réalité, il s'agit de l'étude du droit des contrats de distribution, des contrats de consommation ou encore des contrats de financement. Mais l'on passe alors des notions plus larges à une notion plus étroite que celle de droit autonome.

2/ DISTINCTION ENTRE DROIT AUTONOME ET UNE NOTION PLUS ETROITE : LES CONTRATS SPECIAUX

89. Si l'ellipse est un procédé linguistique économique et simplificateur⁴⁹⁵, il faut toutefois se méfier des glissements et des contresens qu'il est susceptible de provoquer⁴⁹⁶. En l'occurrence, il convient de dénoncer l'assimilation abusive que pratique une partie de la doctrine entre certains contrats spéciaux et la notion de droit autonome. Prenons l'exemple du droit de la distribution. MM. Malaurie et Aynès, dans leur ouvrage relatif aux contrats spéciaux, consacrent le titre III aux "contrats de distribution"⁴⁹⁷. Or ces auteurs commencent leurs développements en estimant que "*le droit contemporain de la distribution subit actuellement une évolution profonde et tourmentée, dont l'incidence sur le droit commun des contrats est encore incertaine*". Une double confusion paraît être commise. D'abord, le "droit de la distribution" est confondu avec le droit de la concurrence puisque plus loin il est fait allusion à l'ordonnance du 1er décembre 1986 et au Conseil de la concurrence. Ensuite, ce n'est pas parce que les contrats de distribution comportent des particularités qu'il existe nécessairement un "droit de la distribution". Cette dernière confusion peut se comprendre par le processus de création d'un droit autonome.

⁴⁹¹ G. Berlioz, *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P., 1979, C.I., II, 13019, n°26.

⁴⁹² Même si l'influence ne signifie pas primauté, cf. Hauser, *L'apport du droit économique à la théorie juridique*, in Mélanges Derruppé, 1991, 1; R. Martin, *Loi économique et règle de droit*, Dalloz, 1990, chron., p.259 et suiv.; A. Jacquemin, *Le droit économique, serviteur de l'économie?*, R.T.D. Com., 1972, p.19 et suiv.; **contra** : C. Champaud, *Contribution à la définition du droit économique*, Dalloz, 1967, chron.24 et suiv. : "*L'esprit du droit économique est guidé par l'idée que cette science est la servante de l'économie et non sa maîtresse*".

⁴⁹³ Voir par exemple les difficultés posés par l'utilisation de la notion d'entreprise dans la loi du 25 janvier 1985 ou encore celle de consommateur dans l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 devenu l'article L. 132-1 du Code de la consommation, aujourd'hui modifié par la loi du 1er février 1995.

⁴⁹⁴ Les éditions Lamy divisent leurs volumes sous ces appellations.

⁴⁹⁵ Grévisse, *Le bon usage*, par A. Goose, 12ème éd., 1986, Duculot, n°216 et suiv.

⁴⁹⁶ H. Battifol, *Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique*, in Mélanges G. Marty, p.35 et suiv., spéc. p.42 : "*(...) il faut que les termes employés par les règles juridiques permettent de leur assigner un domaine dont les frontières soient définissables par rapport à celles des autres règles*".

⁴⁹⁷ Op. cit., n°825.

90 . Il est arrivé qu'un droit autonome prenne naissance sur la base d'un contrat spécial. Il en est ainsi pour le droit du travail, qui à l'origine se réduisait à l'étude du contrat de travail, qui lui-même n'était qu'un exemple de contrat de louage d'industrie⁴⁹⁸. Progressivement, le contrat de travail s'est désolidarisé de sa source originelle en raison des caractéristiques particulières qu'il présentait. L'existence d'une inégalité de puissance économique entre l'employeur et le salarié explique le régime dérogatoire et protecteur mis en place. Mais le contrat de travail ne serait jamais devenu le droit du travail que nous connaissons aujourd'hui, s'il n'avait pas satisfait au critère objectif qui caractérise les droits véritablement autonomes. En effet, la matière du droit du travail a dépassé le cadre subjectif, qui consistait en l'instauration d'un régime juridique permettant le rééquilibrage des forces en présence, pour régir l'ensemble des relations internes de l'entreprise, qu'elles soient contractuelles ou institutionnelles⁴⁹⁹. C'est d'ailleurs en droit du travail que le concept d'entreprise a pris véritablement un sens juridique, à tel point qu'il a tendance à supplanter la notion de contrat de travail en tant que critère et logique d'application de la législation sociale⁵⁰⁰.

91 . Il est vrai que la limite entre le contrat spécial et le droit autonome est parfois ténue. Elle l'est notamment lorsqu'autour d'un contrat spécial se greffe une réglementation d'ordre public et des organismes institutionnels chargés de surveiller une profession. La question peut ainsi se poser pour le contrat d'assurance, le contrat de transport, le contrat de construction. Existe-t-il un droit autonome de l'assurance, du transport et de la construction? Elle se pose également pour les contrats de distribution et de consommation. Ces derniers sont, en effet, entourés d'institutions telles que la commission des clauses abusives ou les diverses associations de défense des consommateurs. En premier lieu, il est évident que le critère matériel est plus présent dans les contrats d'assurance, de transport ou de construction, que pour les contrats de consommation ou les contrats de distribution qui ne sont en réalité que des regroupements de contrats relatifs à une fonction économique déterminée. Il est donc impossible de fonder le développement d'un droit autonome en l'absence d'un véritable contrat spécial, défini par un objet précis⁵⁰¹. En second lieu, il existe un indice important d'autonomie : la rédaction d'un code. Ce n'est certes pas un critère absolu puisqu'il existe des codes sans droit⁵⁰² et des droits sans code⁵⁰³. Néanmoins *"avec chaque code nouveau, c'est une matière de plus qui franchira un grand pas vers l'autonomie, car toute codification suppose que les sources de la matière n'ont pas à être recherchées ailleurs, sans quoi elle ne servirait à rien"*⁵⁰⁴.

⁴⁹⁸ Article 1779, Code Civil.

⁴⁹⁹ Exemples : règlement intérieur, représentation du personnel.

⁵⁰⁰ Voir notamment les articles L. 122-12 al.2 du Code du travail, ainsi que la jurisprudence qui lie la validité de la clause de non concurrence d'un salarié à l'intérêt légitime de l'entreprise : Cass. Soc., 16 mai 1992, J.C.P., 1992, II, 21889.

⁵⁰¹ On remarquera qu'à la différence du droit des assurances, le « *droit de la distribution* » ne s'étudie que par l'examen successif de contrats spéciaux, sans objet commun : le mandat, le contrat de commission, le courtage, la concession, la franchise etc. Au contraire, si le droit des assurances comporte des contrats présentant chacun des spécificités, il garde une certaine homogénéité car ils ont tous le même objet. Un parallèle identique peut être effectué avec les contrats de consommation, dont chacun est pourvu d'un objet différent.

⁵⁰² Exemples : Code de commerce, Code de la consommation, etc. Il est patent que, malgré l'existence d'un code, la doctrine débattre toujours de l'autonomie de ces « *droits* ». Ce débat sans fin est révélateur de l'inexistence de ces droits, en tant que matières juridiques à part entière.

⁵⁰³ Exemples : droit des sociétés, droit de la concurrence, etc.

⁵⁰⁴ F. Grua, op. cit., n°31.

92 . Sur ce plan, il convient de rappeler les carences de la codification de la législation consumériste. Malgré l'existence et les pouvoirs des associations de consommateurs⁵⁰⁵, il est douteux que le "contrat de consommation", outre les critiques que nous avons cru devoir émettre contre cette notion⁵⁰⁶, puisse connaître à l'instar du contrat de travail, une évolution vers la création d'un droit autonome. Il est à cet égard révélateur de constater que le Code de la consommation, alors que son objectif premier, pour ne pas dire unique, était de « rassembler, de classer, dans un seul document, l'ensemble des textes législatifs et réglementaires organisant les relations entre consommateurs et professionnels »⁵⁰⁷, ne contient pas tous les textes susceptibles de protéger le consommateur. Ainsi le Code de la consommation ne fait pas référence à la loi du 12 juillet 1971 relative à l'enseignement par correspondance ni à celle du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités d'organisation et de vente de voyages ou séjours⁵⁰⁸. Surtout le Code de la consommation, contre toute logique, n'a pas repris des dispositions telles que l'article 1129 du Code civil ou les articles relatifs aux vices du consentement⁵⁰⁹ alors que de toute évidence elles sont utilisées⁵¹⁰ par la jurisprudence pour protéger le consommateur. L'infirmité congénitale du Code de la consommation révèle l'impossibilité absolue de conférer le statut de droit autonome à une législation corporatiste, sans matière réelle et homogène. En effet, la fonction de protection du faible n'est pas synonyme de critère objectif d'existence et d'autonomie d'un droit.

B - LA DISTINCTION ENTRE LA FONCTION ET LA MATIERE

93 . C'est la matière seule qui permet de considérer que le critère objectif d'existence, et donc d'autonomie, d'un droit est satisfait. La fonction d'une législation ou la fonction économique est une notion différente qui ne saurait suppléer l'absence de matière juridique⁵¹¹. M. Calais-Auloy a souligné le caractère pluridisciplinaire du droit de la consommation, en expliquant qu'il faisait partie d'une « classification transversale plus récente, dictée par la fonction des règles juridiques »⁵¹², au même titre que le droit du travail. Mais cette assimilation entre le droit de la consommation et le droit du travail, dans une classification hybride et omniprésente, ne résiste pas à l'examen⁵¹³.

⁵⁰⁵ Article L. 421-2 et suiv., C. Cons.

⁵⁰⁶ Cf. supra n°68 et suiv.

⁵⁰⁷ Rapport de J.P. Charié, *Au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi adopté par le Sénat, relatif au Code de la consommation*, Doc. An., n°318 (1992-1993), p.5.

⁵⁰⁸ G. Raymond, *Bienvenue au Code de la consommation*, Cont. Conc. Cons., août-septembre 1993; D. Bureaux, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, Dalloz, 1994, chron.291, n°13.

⁵⁰⁹ Art. 1109 et suiv., Code civil.

⁵¹⁰ A tort selon nous, cf. infra n°326 et suiv.

⁵¹¹ **Contra** : J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, n°15; J.P. Pizzio, *Droit de la consommation*, Ency. Dalloz civ., n°49 : "le droit de la consommation constitue un droit hétérogène qui ne tire pas pour l'instant son unité du domaine auquel il s'applique, mais bien de sa finalité. Cette finalité doit entraîner une cohésion suffisante entre les différents aspects de la protection des consommateurs, pour que celle-ci génère un droit autonome (...)".

⁵¹² J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, n°14; *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, précité; sur la pluridisciplinarité du droit de la consommation, voir également G. Cas et D. Ferrier, op. cit., n°14.

⁵¹³ En ce sens, G. Cas et D. Ferrier, op. cit., n°16.

94 . En effet, il n'est pas possible d'établir un parallèle pertinent entre l'évolution du droit du travail et celle de ce qu'il est convenu d'appeler « *le droit de la consommation* »⁵¹⁴, car ce dernier n'est qu'une compilation de textes hétérogènes visant certains contrats spéciaux, dans lesquels la faiblesse du consommateur est la plus évidente, sans qu'existe une matière, un objet cohérent et homogène. C'est cette absence totale de critère objectif, de matière, qui, selon nous, empêche de façon rédhibitoire l'avènement d'un véritable droit de la consommation. D'ailleurs, il est intéressant de constater que la définition du droit de la consommation ne fait, comme celle du droit commercial, référence qu'au critère subjectif. Ainsi, en voulant démontrer les similitudes entre le droit de la concurrence et le droit de la consommation, M. Serra en révèle la différence profonde de nature⁵¹⁵. Cet auteur définit le droit de la concurrence à la fois par le critère objectif et le critère subjectif. Le droit de la concurrence est ainsi celui « *des règles s'appliquant aux entreprises dans leurs activités sur le marché et qui sont destinées à réguler la concurrence* ». Les sujets de ce droit autonome sont les entreprises, l'objet en est la concurrence sur le marché, la fonction principale étant de favoriser cette concurrence. M. Serra définit, immédiatement après, le droit de la consommation comme « *l'ensemble des dispositions juridiques qui s'appliquent aux rapports entre professionnels et consommateurs et qui, la plupart du temps sont destinées à protéger les consommateurs* ». Cette définition, parfaitement exacte compte tenu de l'état actuel du droit positif, satisfait au critère subjectif (rapports professionnels - consommateurs) mais ne contient aucun objet, aucune matière! Il ne faut pas, en effet, confondre le critère objectif (ou matériel) avec la fonction assignée à une législation. Si le "droit de la consommation" a pour objectif de protéger le consommateur, comme le droit de la concurrence a pour finalité de favoriser la compétition loyale entre les entreprises, cela ne signifie pas pour autant qu'il contient une véritable matière. Au contraire, le "droit de la consommation" étant transversal et pluridisciplinaire, son étude revient à passer un projecteur sur l'ensemble des matières juridiques afin de les analyser à la lumière de la protection du consommateur.

M. Pizzio a parfaitement compris la faiblesse substantielle de la définition du droit de la consommation, axée sur le seul critère subjectif. Cet auteur reconnaît "*qu'une des difficultés actuelles du droit de la consommation est d'en déterminer avec exactitude le domaine d'application. La vocation pluridisciplinaire de ce droit conduit, en effet, (...) à l'impossibilité d'en tracer les frontières tant est grande la tentation d'englober, dans cette nouvelle discipline, tous les actes de la vie courante et de confondre ainsi le consommateur et le citoyen*"⁵¹⁶. Ce souci légitime de délimiter l'étendue de la législation consumériste traduit, en réalité, le vice intrinsèque de la définition du droit de la consommation et de ses velléités d'autonomie. Or, M. Pizzio a bien senti que la critique essentielle qui empêchait d'affirmer, en toute quiétude, l'existence de ce nouveau droit protecteur résidait dans le fait que sa définition "*met uniquement l'accent sur la qualité des personnes intervenant dans l'acte de consommation sans définir celui-ci*"⁵¹⁷. Il est vrai que ce constat n'empêche pas M. Pizzio de tenter d'élaborer, lui-même, un critère objectif afin "*de corriger les effets du critère subjectif*". Il aurait été plus juste d'écrire : afin de corriger les imprécisions et les carences du critère subjectif. D'ailleurs, dans la section consacrée à la description du critère

⁵¹⁴ **Contra** : G. Raymond, op. cit., "*il ne faut pas craindre semble-t-il de comparer la naissance de ce Code de la consommation avec celle du Code du travail*".

⁵¹⁵ In *Concurrence et Consommation*, Dalloz, 1993, Thèmes et commentaires, p.2.

⁵¹⁶ J.P. Pizzio, *Droit de la consommation*, Ency. Dalloz Civil, n°452; voir aussi M. Bihl qui succombe à la tentation du "*panconsumérisme*" et qui confond consommateur et citoyen, *Vers un droit de la consommation*, Gaz. Pal., 1974, Doct., 754; cf. infra n°111.

⁵¹⁷ Op. cit.

objectif, l'auteur ne fait qu'énumérer les actes de consommation⁵¹⁸ selon leur nature et leur objet. Mais n'importe quel contractant, qu'il soit ou non consommateur, est susceptible de passer les actes qui sont l'objet de cette énumération. Ainsi, l'achat de meubles ou la conclusion d'un contrat de prestations de service ne sont pas spécifiquement et systématiquement des actes de consommation. Ils ne le sont que dans la mesure où d'une part leur bénéficiaire a la qualité de consommateur et d'autre part le cocontractant a la qualité de professionnel. On en revient alors, tout comme pour la définition du droit commercial, qui est avant tout le droit des règles applicables aux commerçants, à la conception subjective qui centre les limites de la protection sur la seule notion de consommateur. Il n'y a donc pas un droit de la consommation, mais des droits des consommateurs. Nous passons du droit objectif aux droits subjectifs. De ce point de vue, il est étonnant que l'on puisse vouloir diviser le droit objectif selon un critère qui ressortit au domaine des droits subjectifs!⁵¹⁹.

95 . Une scission entre le droit commun des obligations et le droit de la consommation est non seulement erronée sur le plan des principes, mais au surplus inutile. En effet, MM. Malaurie et Aynès écrivent très justement que la tradition du droit civil des contrats est de protéger le faible contre le fort⁵²⁰. Ripert avait, à cet égard, montré comment la règle morale dans les obligations civiles pouvait contribuer à instaurer « *la protection nécessaire due au contractant qui se trouve en état d'infériorité et qui est exploité par l'autre partie* »⁵²¹. Il apparaît donc qu'une des préoccupations essentielles du droit commun des obligations se confond avec la fonction assignée au "droit de la consommation".

Or il faut revenir à une problématique rationnelle de la division du droit, dégagée de toutes les pressions corporatistes et les démagogies politiques : "*Y-a-t-il des problèmes juridiques qui dépendent de la manière dont le droit se divise?*"⁵²². Pour ce qui est de la législation consumériste, l'opportunité d'une scission avec le droit commun des obligations est plus que douteuse, car le problème de la protection de l'économiquement faible ne peut être résolu par une parcellisation du droit⁵²³. En effet, il s'agit là d'une fonction du droit commun des obligations, et plus particulièrement de la théorie générale des contrats, même si pour certains contrats spéciaux un régime de protection renforcé devra être mis en place. Mais l'instauration d'un régime spécial de protection ne devra pas viser à remplacer le droit commun, comme le fait par exemple la législation sur les clauses abusives. Sa mise en place doit être conditionnée par une carence évidente et certaine de la théorie générale des contrats dans la protection de l'économiquement faible.

La fonction de protection du faible ne peut donc pas constituer la matière d'un droit autonome. Tout au plus, la fonction de consommation forme une excroissance, une coloration particulière du droit commun des obligations. M. Carbonnier résume parfaitement le problème en estimant qu' « *il serait naturel de voir dans le droit de la consommation un épiphénomène, ou si l'on veut, un effet superstructurel de la société de*

⁵¹⁸ Op. cit., n°452 et suiv.

⁵¹⁹ Surtout qu'en doctrine, la primauté est incontestablement donnée au droit objectif par rapport aux droits subjectifs. En ce sens voir notamment J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°185 et 186.

⁵²⁰ *Les obligations*, n°325.

⁵²¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, 4ème éd., n°3.

⁵²² F. Grua, op. cit., n°13.

⁵²³ A. Batteur, *La protection illusoire du consommateur par le droit spécial de la consommation : réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyage*, Dalloz 1996, chron. 82.

*consommation*⁵²⁴. La fonction de consommation et la finalité de protection d'une catégorie d'individus ne peuvent, en l'absence de critère objectif, former un droit autonome par rapport au droit commun des obligations. Néanmoins, et en révisant à la baisse les ambitions d'autonomie de la doctrine consumériste, il serait concevable de fonder une réglementation protectrice sur le seul critère subjectif, à condition toutefois que le sujet de cette protection puisse être rigoureusement défini.

PARAGRAPHE 2 - LE CRITERE SUBJECTIF

96 . Il est peu probable que le critère subjectif, à lui seul, puisse conférer l'autonomie à une branche du droit. Cependant, il s'agit d'un critère complémentaire efficace pour effacer les confusions existant parfois entre les notions de droit autonome et de contrats spéciaux, ou entre matière juridique et fonction assignée à une législation. En effet, dans les hypothèses médianes et les zones d'incertitudes, le critère subjectif pourrait jouer un rôle déterminant. Il permettrait d'asseoir définitivement l'autonomie d'une branche du droit lorsque l'application du critère objectif n'y suffirait pas à lui seul. En ce qui concerne les dispositions légales qui tendent à protéger les faibles, le critère subjectif paraît, a priori, le plus apte à leur conférer une autonomie par rapport au droit commun. En effet, il suffit de déterminer les personnes qui seront protégées pour délimiter clairement le domaine d'application du droit protecteur en question. Ainsi, le critère subjectif passant au premier plan, il est tentant de diminuer l'importance du critère objectif qui embarrasse les tenants de la nécessaire parcellisation du droit pour prendre en compte les inégalités de puissance économique. Cette démarche est particulièrement saisissante lorsqu'on analyse, comme nous l'avons fait, la définition du droit de la consommation donnée par M. Serra⁵²⁵. Ici aussi le droit du travail sert d'exemple, mais d'exemple, selon nous, trompeur. En effet, l'autonomie du droit du travail a été conquise grâce à l'appui de la notion juridique de lien de subordination. Il est certain que la naissance du droit du travail a été d'autant plus facilitée que, sur le plan juridique, le salarié a pu recevoir une définition relativement claire et précise⁵²⁶. La doctrine consumériste a donc imaginé que la notion de consommateur, personne réputée économiquement faible, serait la pierre d'angle qui allait soutenir l'édification du droit de la consommation. Le problème de la définition du droit de la consommation se résumera donc à celui de la définition du consommateur⁵²⁷.

97 . Mais l'analogie entre le droit du travail et le droit de la consommation est une vue de l'esprit. Une comparaison même rapide de ces deux "disciplines" suffit pour en relever les divergences⁵²⁸. Ainsi, alors que le droit du travail s'est construit sur un contrat spécial, le "droit de la consommation" est caractérisé par une pluridisciplinarité et des origines plus économiques et sociologiques que juridiques. Or, ces caractéristiques du "droit de la consommation" vont peser lourdement sur la définition du consommateur, si bien que jamais la doctrine ou la jurisprudence n'en élaborera une satisfaisante; le législateur, de son

⁵²⁴ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°13.

⁵²⁵ Cf. supra n°94.

⁵²⁶ Personne fournissant une prestation de travail en contrepartie du versement d'un salaire par un employeur, et acceptant l'existence d'un lien de subordination au bénéfice de celui-ci.

⁵²⁷ On retrouve une problématique identique pour la définition du droit commercial, qui revient en réalité, à rechercher la définition du commerçant.

⁵²⁸ Cf. G. Cas et D. Ferrier, *op. cit.*

côté, se gardant bien de prendre un risque de cette nature sur un terrain aussi glissant ! Le consommateur fournira donc un critère subjectif bien imparfait pour pouvoir conclure à l'autonomie du droit de la consommation. Il est possible d'expliquer cet échec de la marche vers l'autonomie à la fois par l'imprécision de cette notion et son caractère abstrait.

SOUS-PARAGRAPHE 1 - LA NOTION DE CONSOMMATEUR: UN CRITERE SUBJECTIF IMPRECIS

98. Même rassemblée dans un Code, la législation consumériste demeure un conglomérat de textes épars et un magma de mécanismes protecteurs sans cohérence ni logique véritables. M. Rouhette a fort justement remarqué que "*le droit de la consommation s'inspire de principes et met en oeuvre des notions insolites*"⁵²⁹. Il n'est donc pas surprenant que la notion de consommateur soit empreinte d'une certaine imprécision. Une double raison peut être avancée à l'appui de ce constat. D'abord les origines de la notion de consommateur sont plurales, ce qui lui confère un contenu polysémique. Ensuite de nombreuses ambiguïtés législatives et jurisprudentielles, qui n'ont jamais été dissipées, affectent cette notion. Il convient d'analyser successivement ces deux sources d'imprécision.

A - LES ORIGINES DE LA NOTION DE CONSOMMATEUR

99. Rappeler que la notion de consommateur ne ressortit pas, à l'origine, au domaine du droit relève de l'évidence, tant cette observation a déjà été réitérée⁵³⁰. Il faut néanmoins revenir sur les origines de cette notion sous un angle de vision différent. En effet, la parcellisation du droit commun des obligations par la création de droits aspirant à l'autonomie est, selon nous, inadaptée pour intégrer efficacement les inégalités de puissance économique. Or, revenir aux sources de la notion de consommateur va nous permettre de montrer qu'elle n'a pas été élaborée dans l'optique d'assurer la protection de l'économiquement faible, et que par conséquent, elle est inadéquate pour assurer, à elle seule, une telle fonction. Tout au plus peut-elle servir à donner, dans certains contrats spéciaux, un indice, une présomption, de faiblesse économique.

L'étude des origines du concept de consommateur peut être subdivisée en trois phases : l'origine étymologique, l'origine économique et l'origine sociologique. Chacune de ces

⁵²⁹ G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in Etudes offertes à R. Rodière, Dalloz, 1981, p.247.

⁵³⁰ L. Bihl, *Vers un droit de la consommation*, G.P., 1974, Doct., p.754; J.P. Pizzio, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, Dalloz, 1982, chron.91, commentaires du décret du 24 mars 1978, R.T.D. Civ., p.745; J.P. Pizzio, *Droit de la consommation*, Ency. Dalloz civil, n°436, Ch. Atias, *Epistémologie juridique*, collec. droit fondamental, P.U.F., 1985, n°51; R. Martin, *Le consommateur abusif*, Dalloz, 1987, chron.150; G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, J.C.P., 1993, I, 3655.

phases permettra de prendre conscience du décalage existant entre le sens originel et l'acception actuelle du consommateur. Elles contribueront, en outre, à souligner le caractère polysémique du mot consommation, ce qui est une source non négligeable d'imprécisions et d'équivoques.

1/ LES ORIGINES ETYMOLOGIQUES

100 . Lorsque la signification d'un terme pose problème, ou est source d'interrogations, le réflexe immédiat est de retourner à l'origine étymologique. Or il est surprenant de constater que la doctrine qui s'est intéressée au droit de la consommation n'a que très rarement effectué cette démarche classique. Pourtant l'analyse étymologique est révélatrice, pour ce qui nous concerne, de l'inadaptation de la notion de consommation pour instaurer un système cohérent et efficace de protection de l'économiquement faible.

MM. Malaurie et Aynès ont exhumé les deux racines étymologiques du terme consommation⁵³¹: d'une part, *consummo*, (-are) qui signifie faire la somme, achever, accomplir, et d'autre part, *consumo*, (-ere) qui signifie employer, épuiser, détruire. D'ores et déjà, il convient de souligner que la référence à une prétendue faiblesse économique du consommateur est loin d'être évidente! Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le verbe consommer, en ancien français dérive du latin *consummare*. Ce n'est que par l'usage du latin chrétien que consommer (*consummare*) et consumer (*consumere*) vont peu à peu devenir synonymes, et se confondre⁵³². Cette évolution s'explique par la contiguïté, dans la religion chrétienne, entre les idées d'accomplissement des temps et de destruction du monde. Dans le contexte de la parousie, les idées de fin, d'achèvement et de destruction sont intimement liées. A la fin du XVIème siècle, le sens dominant du verbe consommer est "*faire disparaître par l'usage*", ce qui donnera par la suite le terme juridique "*consomptible*" (qui se consomme par le premier usage). Au fil des siècles, le langage courant a peu à peu abandonné le sens d'achèvement, d'accomplissement, du terme consommer pour lui préférer une signification plus économique. Dès le XVIIème siècle, Fontenelle l'utilisait pour désigner l'usage que l'on fait d'une chose pour satisfaire ses besoins. D'une destruction matérielle du bien lui-même, on est passé à une destruction immatérielle du bien, à la satisfaction d'une utilité. La conception juridique de biens consomptibles, trop étroite pour permettre au concept de consommation de s'épanouir, est donc abandonnée puisque les biens durables, et pas uniquement les biens se détruisant dès le premier usage, vont s'incorporer dans la catégorie des biens de consommation, dans la mesure où ils satisfont des besoins.

101 . Apparaît déjà un premier glissement de sens, qui sera par la suite, source d'incertitudes. Dans cette dernière acception, le bien de consommation ne s'oppose plus au bien durable, selon la classique distinction des choses élaborée par les juristes⁵³³ mais au bien d'investissement. Ce terme qui en français traditionnel a une connotation

⁵³¹ *Les obligations*, n°324, note 66.

⁵³² *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, p.480.

⁵³³ H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n°1235 et suiv.

principalement militaire⁵³⁴ est entendu ici, au sens anglais d'employer des capitaux dans une entreprise⁵³⁵.

Ainsi, la conception moderne de la consommation oppose deux réalités économiques distinctes, en transcendant la classification juridique des choses. L'achat d'un bien sera considéré comme de la consommation s'il a pour effet la satisfaction directe d'un besoin immédiat⁵³⁶. Au contraire on lui opposera l'achat de biens de production qui ont vocation à être intégrés dans le processus de production des biens finaux et à former, par accumulation, le capital technique de l'entreprise⁵³⁷. *Mutatis mutandis*, cette distinction économique se rapprocherait d'avantage de la distinction juridique entre choses frugifères et choses non frugifères, même s'il n'y a pas vraiment adéquation parfaite⁵³⁸. Il y a donc un retour au sens initial du mot consommer, à savoir accomplir, achever. L'acte de consommation n'est plus celui qui détruit le bien par l'usage qui en est fait, il devient celui qui achève, qui accomplit le cycle de production. Le consommateur est le dernier maillon de la chaîne, par opposition aux agents économiques qui "consomment" des biens et services en les employant, en les détruisant, dans le processus de production et de distribution.

102. Ce n'est qu'au cours de la seconde moitié du XXème siècle que les syntagmes "société de consommation" et "biens de consommation" sont apparus. Le contenu de ces termes s'est d'ailleurs considérablement modifié par rapport aux deux sens sus-indiqués. Le consommateur n'est plus tant cet individu qui achète des biens pour satisfaire ses besoins directs et immédiats, que cet être faible et influençable dont le mouvement consumériste, importé des Etats-Unis propose d'organiser la défense. Un second glissement de sens doit donc être relevé : la consommation n'est plus une fonction économique, elle est une réalité sociologique. La pensée de Keynes n'y est sans doute pas étrangère⁵³⁹. Rappelons que Keynes, privilégiant le raisonnement macro-économique, a proposé de distinguer la fonction de consommation et la fonction d'investissement. Or cette dernière fonction est le propre des entreprises, les ménages n'effectuant que des dépenses de fonctionnement destinées à satisfaire leurs besoins. Au XXème siècle, l'écart entre ces deux fonctions a eu tendance à se creuser, se systématiser. Les phénomènes de concentration capitalistique d'une part, et de consommation de masse d'autre part, ont contribué à asseoir l'idée selon laquelle les ménages, dont la fonction économique essentielle est la consommation de biens et services de fonctionnement⁵⁴⁰, sont dans une situation de vulnérabilité par rapport aux entreprises, qui, elles, privilégient la fonction d'investissement et la recherche de profit. Mais il faut se garder de tirer de ce constat une relation causale, car ce n'est pas parce que les ménages consomment qu'ils sont en état de faiblesse économique.

⁵³⁴ Sens emprunté vers 1320 au latin *investive*.

⁵³⁵ *to invest*.

⁵³⁶ D. Flouzat, op. cit., p.51; H. Guittou et D. Vitry, *Economie politique*, n°185.

⁵³⁷ D. Flouzat, op. cit., p.77.

⁵³⁸ Il existe des biens de production non directement frugifères tels que les biens de consommation intermédiaire définis comme ceux qui disparaissent "*soit par incorporation dans des produits plus élaborés, soit par destruction dans le processus de production*" D. Flouzat, op. cit., p.552.

⁵³⁹ J.M. Keynes, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, 1936.

⁵⁴⁰ L'épargne n'étant, dans ce raisonnement, que de la consommation différée.

2/ LES ORIGINES ECONOMIQUES

103. La consommation, fonction économique dont le consommateur est l'agent dynamique, est la résultante du développement du système capitaliste. En effet, dans les sociétés archaïques, la consommation n'avait aucun sens, l'économie étant fermée et repliée sur la famille ou le clan. D'ailleurs, les termes famille, maison constituent étymologiquement les premiers centres économiques⁵⁴¹. Les échanges étaient donc réduits au minimum, pour ne pas dire à néant, le groupe produisant lui-même tout ce qui était nécessaire à la vie de ses membres. Il s'agissait d'autoconsommation et non de consommation. Au cours du bas moyen-âge⁵⁴², les échanges se développent progressivement avec l'apparition de l'économie artisanale urbaine. A côté des travailleurs qui transformaient les matières premières que les propriétaires leur confiaient⁵⁴³, un nouveau métier va naître : l'artisanat. Contrairement aux travailleurs qui louent leur travail, les artisans⁵⁴⁴ vendent les biens⁵⁴⁵ qu'ils fabriquent avec leur outillage et la matière première acquise par leurs soins. L'artisan s'adresse alors directement au consommateur, qui consentira à donner un prix pour acquérir le bien susceptible de satisfaire certains de ses besoins.

Au terme d'un processus de concentration, la manufacture va prendre la place de l'artisan, et une multitude d'intermédiaires, appelés marchands, vont se greffer sur le circuit économique qui va de la production vers la consommation. L'évolution des idées va, à la fois, suivre et encourager ces mutations structurelles. Ainsi la liberté économique permettra à un individu de choisir les modalités d'exercice de sa profession et aussi de sa consommation, celle-ci ne représentant rien d'autre que la dépense des revenus procurés par la profession.

104. La consommation qui est une fonction économique au même titre que la production, la distribution ou le financement, paraît donc ne venir qu'en second dans l'ordre chronologique du circuit économique. Il faut d'abord produire avant de consommer. Mais l'analyse économique a montré que la réalité était beaucoup plus complexe. Dès 1697, Boisguillebert met l'accent sur le fait que la consommation est la source du développement de la richesse⁵⁴⁶. Quesnay poussera plus loin l'analyse et ne se contentera pas de constater l'existence d'une interdépendance entre production et consommation. Le tableau économique qu'il élaborait et commenta dans une étude intitulée *Analyse du tableau économique*⁵⁴⁷ montre que le pouvoir d'achat des consommateurs naît de la dépense du capital et de la réalisation des profits⁵⁴⁸. En conséquence, l'analyse économique classique voyait une convergence d'intérêts entre la production et la consommation, ces deux fonctions n'étant que les deux pôles égaux du circuit économique. Il convient néanmoins de ne pas exagérer cette communauté d'intérêts, car l'opinion généralement répandue à

⁵⁴¹ H. Guitton et D. Vitry, *Economie politique*, n°9.

⁵⁴² Du Xème au XIIème siècle.

⁵⁴³ On reconnaîtra le contrat d'entreprise tel que défini par l'article 1787 du Code civil.

⁵⁴⁴ Le terme est ici pris dans son sens économique.

⁵⁴⁵ Les économistes utilisent le terme de "produits".

⁵⁴⁶ *Le détail de la France*, in *Economistes financiers du XVIIème siècle*, Paris, 1843, p.180 et suiv. : "Ainsi, pour trouver les causes de la ruine de la France, il ne faut que découvrir celles de la ruine de la consommation(...)". Cette observation demeure, encore aujourd'hui d'une actualité saisissante!

⁵⁴⁷ F. Quesnay, *Oeuvres*, éd. Oncken, Paris, 1888, p.305 et suiv.

⁵⁴⁸ H. Denis, *Histoire de la pensée économique*, p.169.

l'époque était celle de la nécessaire pauvreté du peuple. Quesnay écrivait que *"c'est un grand inconvénient d'accoutumer le peuple à acheter le blé à trop bas prix; il devient moins laborieux, il se nourrit de pain à peu de frais et devient paresseux et arrogant (...)"*⁵⁴⁹. Le concept de consommation était donc loin d'avoir la portée que le fordisme lui donnera au XXème siècle! Pourtant aucun antagonisme n'est décelé entre les producteurs et les consommateurs, et encore moins un quelconque état de faiblesse et de dépendance de ces derniers.

Au contraire, dans les écrits de Sismondi⁵⁵⁰ et de Malthus⁵⁵¹, la fonction de consommation prend le pas sur la production. Alors que les économistes classiques basaient le développement économique sur l'accumulation de terres, de travail et de capital, donc sur l'offre⁵⁵², Sismondi et Malthus vont renverser le raisonnement en soutenant que l'essor de la production est subordonné à l'augmentation préalable de la demande⁵⁵³. Rétroactivement les économistes considèrent qu'il s'agit là d'une loi fondamentale du capitalisme libéral⁵⁵⁴, à telle enseigne que Keynes la reprendra à son compte plus d'un siècle après, dans son célèbre ouvrage *Théorie générale de l'emploi de l'intérêt et de la monnaie* paru en 1936. En pleine crise économique, suite au krach boursier de Wall Street le jeudi 24 octobre 1929, Keynes considère que la lutte doit être menée en priorité contre la sous-consommation. Contrairement à l'analyse de J.B. Say pour qui les producteurs ne produisent que pour se procurer des moyens monétaires permettant d'acheter d'autres marchandises, le modèle Keynésien pose comme point de départ que la production est fonction de la demande globale effective. Les producteurs ne produisent que dans la mesure où ils ont la certitude d'écouler leurs produits. Ce sont donc *"les prévisions des producteurs quant au niveau de la demande qui définiront la valeur de la production mise en oeuvre"*⁵⁵⁵. La pensée keynésienne a eu une influence considérable sur les politiques économiques appliquées au XXème siècle, que ce soit sur le plan monétaire, budgétaire ou fiscal. L'ensemble des interventions de l'Etat a souvent concouru à l'augmentation de la demande afin d'écouler la production et d'améliorer les prévisions des producteurs. Les politiques de relance par la consommation sont aujourd'hui devenues célèbres en France⁵⁵⁶.

⁵⁴⁹ Op. cit., p.248. Sans porter un tel jugement approbateur, Smith observait que le taux de profit maximal est atteint, dans les manufactures, lorsque les salaires sont simplement suffisants pour assurer la subsistance des ouvriers; *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, trad. franç., Paris, 1843, I, p.130.

⁵⁵⁰ *Nouveaux principes d'économie politique*, nouvelle édition Genève, Paris, 1951-1953, publié en 1819.

⁵⁵¹ *Principes d'économie politique* trad. franç., nouvelle édition, Paris, 1969, publié en 1820.

⁵⁵² Cf. Smith et Ricardo.

⁵⁵³ Sismondi, op. cit., tome I, p.329 : *"L'augmentation de la production (...) est un avantage si elle est excitée par la demande et si elle ne fait que correspondre à une augmentation de la consommation"*; Malthus : *"La première chose dont on ait besoin (...), avant même tout accroissement de capital et de population, c'est une demande faite par ceux qui ont les moyens et la volonté d'en donner un prix suffisant"*. Il est intéressant au passage de relever l'importance donnée à la solvabilité de la demande. En effet toute consommation n'est pas bonne pour la croissance économique notamment lorsqu'elle se heurte à l'insolvabilité des consommateurs. C'est ce principe que les faits rappellent à notre mémoire en cette fin de siècle. Cf. la loi n°89-1010 sur le surendettement des particuliers en date du 31 décembre 1989.

⁵⁵⁴ H. Denis, op. cit., p.339, pour qui cette loi ne doit pas être confondue avec la loi des débouchés de J.B. Say, qui s'est révélée erronée sur de nombreux points. Cf. sur ce point A. Paquet, *Le conflit historique entre la loi des débouchés et le principe de la demande effective*, thèse Paris, 1952.

⁵⁵⁵ D. Flouzat, op. cit., p.519.

⁵⁵⁶ Notamment en raison de leur échec en 1974 et 1981/82. C'est d'ailleurs cet échec qui a contribué au retour des politiques basées sur la théorie de l'offre pendant les années 80.

105 . Au terme de ce très bref aperçu de l'histoire de la pensée économique, force est de constater que la notion de consommation n'est, en cette matière, qu'une fonction d'un circuit complexe, au même titre que la production, l'investissement ou l'épargne. Il n'y a aucun signe d'infériorité ou de faiblesse de la consommation par rapport à la production, on serait même tenté de dire au contraire. Certes on pourrait nous objecter que l'analyse économique s'est contentée de raisonner en grande masse, et qu'au lieu de privilégier la dimension macro-économique, il faudrait s'attacher à étudier le comportement du consommateur isolé. Mais sur ce plan aussi, il serait vain de chercher l'origine de l'idée de faiblesse économique dont on affuble aujourd'hui le consommateur. En effet, s'il est vrai que la science économique s'est plus intéressée à la fonction de consommation qu'à la notion de consommateur, ce dernier n'est tout de même pas absent, notamment dans l'école néoclassique apparue à partir de 1870 en réaction aux critiques virulentes formulées par les penseurs socialistes à l'encontre de la théorie classique.

Ainsi, les marginalistes ont fondé leur modèle de pensée sur la fonction d'utilité appréhendée du côté du consommateur individuel⁵⁵⁷. Pour ces auteurs, la valeur des choses ne dépend pas de leurs coûts de production, mais de l'utilité qu'elles peuvent procurer au consommateur⁵⁵⁸. Sans aborder le détail de l'analyse à la marge⁵⁵⁹, il est remarquable de constater que, dans cette théorie subjective de la valeur, le consommateur est la clé de voûte de l'édifice, le rouage essentiel du mécanisme. C'est lui qui va, selon ses choix, déterminer indirectement le niveau de la production des biens et services. Mais qui est ce consommateur? Est-il cet être faible et influençable, incapable d'effectuer un choix mesuré et rationnel, que nous dépeint le consumérisme? Rien de tout cela. Le consommateur standard, *l'homo oeconomicus*, est un être d'une parfaite rationalité, capable de déterminer seul l'ophélimité que présente pour lui un bien économique. Par ailleurs, le consommateur évolue dans un marché de concurrence pure et parfaite dont les caractéristiques sont la liberté, l'homogénéité, la mobilité et la transparence⁵⁶⁰. Il est donc informé de toutes les conditions du marché, c'est-à-dire des quantités offertes et demandées, des prix et de la qualité des produits proposés à la vente. Son libre arbitre a vocation à jouer pleinement et son choix sera nécessairement optimum. D'ailleurs Walras avait pu déduire sa théorie de l'équilibre général, des postulats de rationalité des choix du consommateur et du producteur et d'égalité des agents économiques⁵⁶¹. Selon cette théorie, le consommateur ne souffre que d'une seule contrainte : la contrainte budgétaire. En dehors de cela, il ne peut être influencé par le producteur, ce dernier n'ayant aucun moyen d'agir sur le libre arbitre des individus.

Bien évidemment, la simplicité, pour ne pas dire la naïveté, de ces postulats a été critiquée⁵⁶². Il ne faut cependant pas exagérer l'intensité de cette critique : la pensée économique ne doit jamais être désolidarisée des faits économiques. Or, au moment où les théories classique et néoclassique ont été élaborées, le capitalisme était encore atomique. A cette époque, le consommateur pouvait librement négocier avec les petits producteurs, sans

⁵⁵⁷ W.S. Jevons, *The theory of political economy*, 1871, C. Menger, *Fondement de l'économie politique*, 1871; L. Walras, *Eléments d'économie pure*, 1874.

⁵⁵⁸ D. Flouzat, op. cit., p.456; H. Guitton et D. Vitry, op. cit., p.89 et suiv., et, p.97 et suiv.

⁵⁵⁹ Raisonnement consistant à déterminer la valeur ou le coût d'une quantité de biens en fonction non pas de la valeur ou du coût total de cette quantité, mais de la valeur ou du coût de la dernière unité acquise ou produite.

⁵⁶⁰ D. Flouzat, op. cit., p.177.

⁵⁶¹ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., p.525.

⁵⁶² H. Guitton et D. Vitry, op. cit., p.525.

être véritablement en position de faiblesse économique. Mais là n'est pas le point qui nous intéresse puisque notre propos était de montrer que l'origine du dogme de la faiblesse économique du consommateur ne pouvait être trouvée dans la science économique⁵⁶³, et ce malgré une idée généralement répandue en doctrine⁵⁶⁴. En réalité, la notion juridique de consommateur puise d'avantage ses origines dans la sociologie que dans l'économie.

3/ LES ORIGINES SOCIOLOGIQUES

106 . La notion de consommateur, au cours du XXème siècle a progressivement quitté la sphère théorique et abstraite de la science économique pour s'immerger dans le monde réel. De la conception froide et mécanique de *l'homo oeconomicus*, le consommateur a, peu à peu, pris corps dans la vie quotidienne. Descendu de son piédestal sur lequel les dogmes de la liberté et de la rationalité l'avait installé, il évolue désormais dans le dédale d'une société basée sur les rapports humains avec tout ce qu'ils comportent d'ambiguïtés, d'incertitudes et d'irrationalité. Certains économistes contemporains, assimilant les critiques des sociologues⁵⁶⁵, ont d'ailleurs quitté leur tour d'ivoire pour brancher leur réflexion en prise directe avec la réalité. Ainsi, M. Galbraith a inversé le schéma traditionnel mis en place par Malthus et Keynes qui fait de la demande des consommateurs l'élément moteur et originel de l'activité économique. Cet auteur, soutient au contraire la thèse selon laquelle, en raison de l'opacité des marchés, la publicité des producteurs et des distributeurs influence, voire même conditionne, la demande des consommateurs. Il y a donc une véritable "*création des besoins*"⁵⁶⁶ à laquelle le consommateur, isolé et mal informé⁵⁶⁷ peut difficilement résister.

Ce bouleversement des modèles de pensée est moins dû à une erreur de raisonnement des économistes classiques qu'à une évolution de la société. Celle-ci s'urbanise, se médiatise; surtout que le pouvoir d'achat des individus augmente dans des proportions difficilement imaginables au XIXème siècle. Les économistes estiment généralement que le pouvoir d'achat a doublé en moyenne entre 1950 et 1970 déplaçant ainsi la structure de la consommation du nécessaire au superflus, du vital au loisir, de la satisfaction des besoins primaires à la satisfaction des besoins secondaires⁵⁶⁸. Il est certain que le développement de la consommation dans une société est intimement lié au développement économique. A cet égard, il est révélateur que le premier mouvement consumériste puissant et organisé soit apparu aux Etats-Unis. Mais si l'explication de l'origine de la consommation de masse est

⁵⁶³ Il faut nuancer le propos en mentionnant certains économistes dont la pensée atypique fait référence aux déséquilibres de puissance économique entre les agents. Cf. F. Perroux, *Esquisse d'une théorie de l'économie dominante*, Eco. App., sept.-oct. 1947, p.243 et suiv.

⁵⁶⁴ Cf. par exemple J.P. Pizzio, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, Dalloz, 1982, chron.91, n°1; G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, J.C.P., 1993, I, 3655, n°1; J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, n°2.

⁵⁶⁵ Auguste Comte, notamment, reprochait aux économistes libéraux d'être des métaphysiciens qui élaborent une pensée abstraite, déconnectée du social. Cf. *Cours de philosophie positive*, 47ème leçon, tome IV, p.138 et suiv.

⁵⁶⁶ K. Galbraith, *L'ère de l'opulence*.

⁵⁶⁷ Pour Galbraith la publicité sert moins à informer qu'à donner aux consommateurs l'envie d'acheter le produit ainsi mis en valeur. C'est ce qu'il appelle la « *filière inversée* ».

⁵⁶⁸ J. Fournier et N. Questiaux, *Traité de droit social*, Dalloz, 4ème éd., 1984, collect. études politiques, économiques et sociales, p.36 et suiv.

à rechercher dans la science économique, l'analyse de cette réalité ressortit au domaine de la sociologie.

107. Un bref aperçu historique permettra de prendre conscience de la nature et de l'ampleur du phénomène. Certains auteurs situent la création de la première ligue de consommateur à Paris en 1910⁵⁶⁹. Mais le mouvement consumériste n'a véritablement éclos qu'en 1936 aux Etats-Unis avec la création de la "*Consumers Union*", spécialisée dans l'information, les comparatifs et la diffusion de leurs résultats⁵⁷⁰. Le journal publié par cette organisation, "*consumers reports*", atteint le million d'abonnés vers 1960. Outre-Atlantique, la lutte consumériste va réellement se développer avec la publication du rapport *Unsafe at any speed* de Ralph Nader. Ce dernier gagnera le procès qui lui a été intenté par la General Motors, celle-ci étant dans l'obligation de retirer du marché un modèle de voiture qui ne présentait pas les garanties suffisantes de sécurité. L'effet publicitaire est immédiat. Le nombre d'abonnés aux revues consuméristes augmente et les moyens financiers des associations se renforcent. A telle enseigne que les disciples de Nader, les "*Nader raiders*" intentent près de 500.000 procès par an aux entreprises productrices de biens et services !

Le mouvement consumériste n'est pas spécifique aux Etats-Unis, et se répand dans toutes les sociétés dites "de consommation". Ainsi, en 1968 une association féminine japonaise demande à ses adhérentes de boycotter les téléviseurs en raison de leur prix trop élevé. Les producteurs résisteront huit ans avant de consentir au lancement d'un modèle vendu à bas prix ! En France, le mouvement consumériste regroupe dans les années 80 près de 6,5 millions d'adhérents⁵⁷¹, et se structure autour de trois axes : les coopératives, les associations indépendantes et les syndicats ouvriers. Du consumérisme au militantisme il n'y a qu'un pas, et les organisations syndicales ouvrières (CFDT, FO) s'engagent dans la lutte contre les producteurs et pour la défense des intérêts des consommateurs.

108. L'analogie avec le monde du travail est à nouveau séduisante. La fracture sociale a apparemment tendance à se déplacer du conflit entre salariés et employeurs vers la lutte entre consommateurs et producteurs. Dans les deux cas, il s'agit de protéger les intérêts d'une catégorie d'individus économiquement faibles (les salariés et les consommateurs) contre les abus de puissance économique d'une catégorie dominante (les employeurs et les producteurs). M. Bihl ira même jusqu'à écrire que "*c'est la modification de la production elle-même qui, entraînant celle de la distribution, a fini par sécréter cette forme nouvelle de rapports économiques, et en fin de compte, a mis au monde cet être nouveau, le consommateur, qui allait se dresser contre elle, de même que le capitalisme industriel du XIXème siècle avait créé le prolétaire*"⁵⁷². Il serait difficile de tenir un raisonnement d'avantage inspiré des théories de Karl Marx. En effet, outre la vision conflictuelle des relations entre deux catégories sociales, ou plutôt devrions-nous dire classes sociales, l'auteur admet comme postulat que cet antagonisme, qui paraît irréductible et immuable, provient automatiquement de la structure des rapports de production et de distribution. Or, selon Marx la superstructure étant nécessairement déterminée par l'infrastructure, le droit se devait d'intégrer dans son *corpus* un régime de protection des consommateurs, supposés économiquement faibles, face à la puissance des entreprises productrices de biens et

⁵⁶⁹ J. Amiel-Donat, op. cit., n°9.

⁵⁷⁰ J. Fournier et N. Questiaux, op. cit., p.774 et suiv.

⁵⁷¹ J. Fournier et N. Questiaux, op. cit., p.776.

⁵⁷² L. Bihl, *Vers un droit de la consommation*, G.P., 1974, 2, p.754.

services. Un droit de classe doit donc être instauré afin de compenser juridiquement les déséquilibres économiques existant entre les faibles et les puissants, les manipulés et les manipulateurs⁵⁷³. Cette théorie ne saurait être admise, même s'il est vrai qu'elle a eu un certain écho en droit positif avec notamment la législation sur les ventes à domicile⁵⁷⁴, ou sur les clauses abusives⁵⁷⁵. Il est douteux que la notion de classe puisse être appliquée aux consommateurs sans prêter le flanc à la critique. En effet, l'opposition d'intérêts, voire la lutte sociale, ne peut à elle seule constituer une classe sociale au sens où Marx l'entendait. La rigidité et l'imperméabilité des deux classes antagonistes est une condition essentielle dans le raisonnement de Marx⁵⁷⁶. C'est justement l'absence de fluidité entre les deux classes sociales qui explique et justifie leur antagonisme. L'opposition entre consommateurs et producteurs n'est en rien comparable.

109. En premier lieu, l'opposition d'intérêts n'est que relative et non systématique, car les entreprises ont compris depuis longtemps la nécessité de produire des biens de nature à satisfaire les besoins et les attentes légitimes des consommateurs. A cet égard la phrase du vice-président de Whirlpool Corporation est révélatrice : *"rien ne peut garantir la rentabilité de ce que vous aurez investi dans le consumérisme. Mais je pense que ne pas investir sur le consumérisme peut coûter cher à une entreprise; nous avons fait du consumérisme efficace, et nous en avons tiré profit (...)"*⁵⁷⁷. La différence fondamentale, du point de vue de l'entreprise, entre le salarié et le consommateur est que le premier est un facteur de production, et donc un coût ou au mieux un investissement, tandis que le second est un débouché, un facteur de chiffre d'affaires⁵⁷⁸.

110. En deuxième lieu, la catégorie sociale des consommateurs n'est pas figée de façon immuable. Ainsi, tous les membres d'une société ont vocation à être, à un moment ou à un autre, un consommateur de biens et de services. A ce sujet, le président Kennedy considérait, dans son message sur l'état de l'union en 1962 que *"les consommateurs, nous tous par définition, représentent le groupe économique le plus important et sont intéressés à presque toutes les décisions économiques publiques et privées"*⁵⁷⁹. Les relations existant entre consommateurs et producteurs ne peuvent donc se calquer sur celles existant entre salariés et employeurs. Ces dernières sont directement issues du rapport de production, et à quelques rares exceptions, sont régies, sur le plan sociologique, par une règle d'immutabilité. Au contraire les relations entre consommateurs et producteurs sont fluides et se situent en dehors du rapport de production. C'est la résultante de trois fonctions économiques : la consommation, la production et la distribution. C'est donc *"pure fiction*

⁵⁷³ M. Durand : *"la société actuelle ne fabrique pas des produits pour satisfaire les besoins, mais elle produit des besoins pour vendre ses produits"*, in *Economie et humanisme*, avril 1973. Cette réflexion doit être rapprochée de la théorie de Galbraith sur *"la filière inversée"*, selon laquelle ce ne sont pas les besoins des consommateurs qui déterminent la production, mais c'est l'offre qui impose, par diverses manipulations dont la publicité, la consommation de certains biens.

⁵⁷⁴ Loi du 22 décembre 1972.

⁵⁷⁵ Article 35 Loi 78-23 du 10 janvier 1978.

⁵⁷⁶ K. Marx et F. Engels, *Manifeste du parti communiste*, *"la société se divise de plus en plus en deux grands camps opposés, en deux classes ennemies : la Bourgeoisie et le Proletariat"*.

⁵⁷⁷ Lendrevic et Sapiro, *Face au pouvoir du consommateur*, cité dans *La montée des consommateurs*, in *Cahiers Français*, Doc. Franç.

⁵⁷⁸ Il convient de ne pas radicaliser à outrance cette différence, car l'opposition entre les intérêts des salariés et de l'entreprise est plus ambiguë qu'il n'y paraît. L'employeur a intérêt à motiver ses salariés pour améliorer la production, tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif. Inversement, le salarié a intérêt à travailler à la bonne marche de l'entreprise, car il est préférable, pour ses revenus et sa perspective de carrière, que l'entreprise réalise des bénéfices plutôt que des pertes.

⁵⁷⁹ Cité par L. Bihl, op. cit., p.755.

que de faire à propos des consommateurs un parallèle avec l'organisation des travailleurs"⁵⁸⁰. D'ailleurs force est de remarquer l'absence de regroupement quotidien des mêmes consommateurs en un même lieu, à l'instar du regroupement des salariés sur leur lieu de travail. Il est évident que la solidarité et l'homogénéité s'en ressentent, et que le sentiment d'appartenance à un groupe social, à un "segment" pour employer le vocabulaire Durkheimien, sera plus fort dans un cas que dans l'autre⁵⁸¹.

111. En troisième lieu, la démarche du consumérisme est extrêmement paradoxale. D'un point de départ, qui est le consommateur isolé, faible et mal informé, le raisonnement, à la base de ce mouvement, débouche sur une collectivisation des intérêts d'un "être nouveau", d'un "sujet de droit autonome"⁵⁸² : le consommateur, entendu alors comme l'archétype d'une catégorie juridique nouvelle. Né dans l'individualisme de la société de consommation il se transfigure en une sorte d'homme neuf, collectif et omniprésent, représentant la quasi-totalité de la population d'une société⁵⁸³. Même s'il s'en défend en critiquant la formule du président Kennedy selon laquelle nous sommes tous des consommateurs, M. Bihl affirme l'impérialisme de la notion de consommateur. Le consommateur envahit tous les rouages de notre société, il est partout. Ainsi, Adam et Eve auraient été les premiers consommateurs de l'humanité en mangeant le fruit défendu !⁵⁸⁴. Il est douteux que l'on puisse considérer l'acte qui a conduit au péché originel comme un acte de consommation, du moins dans le sens où l'entend aujourd'hui le consumérisme. En effet, à moins d'en revenir au sens de destruction par le premier usage, (le fruit est un bien consommable), on ne peut suivre M. Bihl lorsqu'il assimile la mère de tout vivant à une consommatrice puisqu'elle n'a pas acheté le fruit, celui-ci étant à sa disposition sans qu'elle ait besoin de conclure un contrat. Certes on pourrait mettre l'accent sur l'erreur de Eve et le dol commis par le serpent consistant à lui faire croire qu'elle ne perdrait pas son immortalité, la consommation du fruit permettant de devenir l'égal des dieux et de connaître la limite entre le bien et le mal. Pourtant il est difficile de voir en Eve une consommatrice crédule victime d'un *dolus malus* et devant être protégée contre son ignorance. En effet, elle a fait preuve d'une légèreté blâmable en écoutant la voix du serpent alors qu'elle était parfaitement informée des conséquences de son acte qui a scellé le sort de l'humanité⁵⁸⁵. De même, "la loi des douze tables permettait déjà à l'acheteur d'exiger du vendeur une déclaration solennelle précisant les qualités de la chose"⁵⁸⁶. Mais cet exemple manque aussi de pertinence. En effet, il ne s'agit pas de l'opposition entre consommateur et professionnel telle que l'entend aujourd'hui le consumérisme. Cette

⁵⁸⁰ J. Fournier et N. Questiaux, op. cit., p.774.

⁵⁸¹ En ce sens, G. Cas et D. Ferrier, op. cit., p.16 : « Il faut se défier de l'image simpliste et d'ailleurs erronée, où les consommateurs s'identifieraient à une sorte de prolétariat et où les professionnels se rangeraient dans la catégorie des puissants, des « nantis ». (...) Si le droit du travail est, sans conteste, un ensemble de règles destinées à protéger les salariés, cette formule est, en définitive, difficilement transposable en droit de la consommation, en raison de l'indétermination même de la notion de consommateur, tant du point de vue juridique et économique que du point de vue social ».

⁵⁸² L. Bihl, op. cit., p.756 et 757.

⁵⁸³ Tous les individus, sauf les producteurs et les distributeurs dans le cadre de leurs activités professionnelles, ou par contraction : les professionnels.

⁵⁸⁴ L. Bihl, op. cit., p.755.

⁵⁸⁵ Cf. Genèse III, 3, éd. La Pléiade : "Vous n'en mangerez pas et n'y toucherez pas de peur que vous mouriez". Puisque nous en sommes aux erreurs, M. Bihl en a commis une en parlant de pomme, alors que le livre de la Genèse (III, 3 et suiv.) n'évoque que le fruit de l'arbre de la connaissance du bien et du mal. Ce sont les moines copistes qui, au moyen-âge, ont traduit de façon erroné le mot latin *malum*, signifiant ici mal, mais ayant un autre sens pour désigner la pomme. La confusion provient aussi du terme *pomum* qui désigne, non pas la pomme, mais tous les fruits à pépins ou à noyau.

⁵⁸⁶ L. Bihl, op. cit., p.755.

disposition ne vise que le contrat de vente, et plus particulièrement les obligations du vendeur. Mais le vendeur serait-il un profane et l'acheteur un professionnel, ou encore les deux contractants des professionnels, que, de toutes façons, l'obligation de renseignement sur les qualités de la chose vendue aurait néanmoins vocation à s'appliquer. Une remarque identique peut être formulée à l'encontre de l'exemple donné par Mme Nguyen-Thanh⁵⁸⁷ et M. Raymond⁵⁸⁸, qui citent Platon, à l'appui de leur démonstration : « *le marchand doit être contraint de rester dans la cité dix jours après la vente. Pendant ce délai, l'acheteur informé du domicile du vendeur, pourra obtenir la révision de la vente* »⁵⁸⁹. Il en est de même pour les dispositions de la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et les falsifications en matière de produits ou de services. Bien qu'elle soit couramment considérée comme la première loi consumériste⁵⁹⁰, et ait été intégrée dans le Code de la consommation⁵⁹¹, ses dispositions ne sont réservées à la seule protection des consommateurs⁵⁹².

112. Il est clair, que la notion juridique de consommateur dépasse les frontières de l'acception sociologique. Pour celle-ci, les consommateurs présentent une spécificité en ce qu'ils forment un groupe ayant une position sociale déterminée. A ce titre, il existe incontestablement un phénomène social de la consommation. Les consommateurs forment ce que Hauriou appelait une "*institution-groupe*", c'est-à-dire un corps social constitué par une communion des consciences individuelles⁵⁹³. En utilisant la pensée de Max Weber, il s'agit d'un "*idéaltipe*" constitué par la reconstruction rationalisante de conduites d'un caractère particulier⁵⁹⁴. Cette dimension collective, sociale de la consommation peut être efficacement intégrée en droit positif, notamment en ce qui concerne les lois supplétives ou interprétatives de volonté. A titre d'exemple, l'existence sociologique du groupe des consommateurs se traduit juridiquement par certains mécanismes de représentation tels que l'action en justice des associations de consommateurs. Il est concevable, sur le plan du droit, de conférer à des associations régulièrement déclarées la charge de représenter en justice la défense des intérêts des consommateurs au motif que ceux-ci y consentent tacitement⁵⁹⁵ ou explicitement⁵⁹⁶. En l'occurrence le législateur présume irréfragablement le consentement des consommateurs, ce qui a priori ne pose pas de problème particulier puisque la représentation s'effectue dans leur seul et unique intérêt. Il convient néanmoins de souligner le caractère artificiel, à la marge, de ce raisonnement. En effet, il n'est pas évident que les intérêts du consommateur soient systématiquement en harmonie avec les actions, judiciaires ou non, des associations qui sont censées le représenter. Ainsi, le coût du consumérisme ne doit pas être négligé. Les entreprises intègrent obligatoirement dans leur prix de vente l'ensemble des surcoûts provenant soit des procès qui leur sont intentés par les associations de défense des consommateurs, soit des obligations mises à leurs

⁵⁸⁷ *Techniques juridiques de protection du consommateur*, thèse Caen, 1970.

⁵⁸⁸ *Les contrats de consommation*, in Actes du colloque de l'université de Reims, précité.

⁵⁸⁹ *Les Lois*, chap. XI; mais là encore ces dispositions ne sont pas réservées aux seuls consommateurs, l'acheteur pouvant être un commerçant ayant l'intention de revendre la marchandise.

⁵⁹⁰ Vraisemblablement en raison de la présence du terme consommateur dans l'alinéa 3 de l'article 3.

⁵⁹¹ Article L. 213-1 à L. 216-1.

⁵⁹² L'article L. 213-1 puni quiconque "*aura trompé ou tenté de tromper le contractant*", sans préciser si celui-ci doit être un consommateur. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

⁵⁹³ M. Hauriou, *Aux sources du droit ...*, Caen, 1986; J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, p.120.

⁵⁹⁴ M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, p.178 et suiv.; R. Aron, *Les étapes de la pensée sociologique*, p.522.

⁵⁹⁵ Article L. 421-1 et suiv., C. cons. pour l'action en justice et Art. L. 421-7 pour l'intervention volontaire.

⁵⁹⁶ Article L. 422-1 et suiv., C. cons. relatif à la représentation conjointe.

charges par le législateur ou la jurisprudence, notamment en terme d'information⁵⁹⁷. On retrouve ici, deux caractéristiques du législateur moderne qui sont d'une part la socialisation du risque, et d'autre part le primat donné aux droits de certaines catégories de personnes, le plus souvent organisées en groupe de pression, sans parler des devoirs, obligations et contreparties qui en résultent nécessairement. Dans un article récent, un auteur a souligné la tentation de « *mettre en doute l'existence de l'intérêt collectif des consommateurs en tant que notion spécifique...* », car « *il faut reconnaître que cette notion pêche par une construction artificielle* »⁵⁹⁸. Mais ce n'est pas à ce niveau que se situe la critique fondamentale de l'introduction de la notion de consommateur en droit positif.

113. S'il est admissible qu'une réalité sociologique s'incorpore directement dans notre droit positif pour donner une norme supplétive ou interprétative de volonté, il est en revanche inacceptable qu'elle puisse revêtir, *de plano*, le caractère de règle d'ordre public. M. Carbonnier explique que "*l'idée philosophique de la loi, comme un commandement venu d'en haut, auquel nul ne se peut soustraire, convient seulement à une variété de lois : les lois impératives ou d'ordre public*". S'agissant des lois supplétives ou interprétatives de volonté, l'auteur poursuit en estimant que "*dans une analyse sociologique, nous pouvons dire qu'elles sont la projection collective de désirs privés : c'est avec du fait que le législateur a bâti son droit*"⁵⁹⁹. Il ne s'agit pas de soutenir que l'origine des règles d'ordre public est nécessairement coupée de toute source sociologique, ce qui serait une erreur grossière⁶⁰⁰, mais de rappeler que le législateur n'écrit pas sous "*la dictée du sociologue*", selon l'expression de M. Carbonnier⁶⁰¹, et que le processus de création du droit obéit avant tout à la liberté décisionnelle du parlement. Ce filtre juridico-politique, entre le fait, tel que traduit par les sociologues, et le droit a une importance primordiale s'agissant de l'élaboration de loi visant l'ordre public. En effet, et contrairement aux lois supplétives ou interprétatives de volonté, la loi d'ordre public a essentiellement pour objet de régir les intérêts antagonistes existant à l'intérieur de la société. Les notions sociologiques, qui sont le produit d'analyses et d'études sur le terrain, doivent donc être utilisées par le juriste avec prudence, pour ne pas dire méfiance et circonspection. La manière dont a été introduit la notion de consommateur en droit français est un exemple topique d'une absence de recul et de réflexion par rapport à la sociologie⁶⁰².

Ainsi en est-il de l'érection de normes impératives et générales⁶⁰³ interdisant les clauses abusives, lorsque de telles clauses sont imposées par un professionnel au préjudice d'un consommateur. Dans cette hypothèse, la notion sociologique de consommateur a été dénaturée, le juriste lui ayant ôté sa dimension collective pour l'appliquer au droit des contrats. Le consommateur qui se plaint d'une clause abusive dans un contrat n'est pas cet "*être nouveau*" appartenant à une classe sociale qui défend ses intérêts contre les

⁵⁹⁷ B. Rudden, *Le juste et l'inefficace pour un non devoir de renseignement*, R.T.D. Civ., 1985, p.91 et suiv. et notamment p.97 : "*les prix de chacun [des vendeurs professionnels] s'élèveront de la fraction nécessaire pour couvrir le risque de son ignorance. En d'autres termes, le prix payé par chaque acheteur comprendra la prime de son assurance personnelle contre le risque*".

⁵⁹⁸ F. Nana, *L'intérêt collectif des consommateurs*, Cah. dt. entrep. 1996, n°6, p.41.

⁵⁹⁹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, p.292.

⁶⁰⁰ Il existe par exemple une sociologie du droit pénal, cf. J. Carbonnier, op. cit., p.138 et suiv.

⁶⁰¹ J. Carbonnier, op. cit., p.294 et suiv.

⁶⁰² Il est possible d'affirmer, sans risque d'être contredit, que l'insertion du mot consommateur dans l'alinéa 3 de l'article 3 de la loi du 1er août 1905 n'est pas le fruit d'une réflexion juridique réelle et sérieuse. De même la généralisation de l'utilisation de ce terme à partir de 1972, sans qu'aucune définition exacte puisse en être donnée, est révélatrice de l'insuffisance de la réflexion juridique du législateur.

⁶⁰³ C'est-à-dire balayant l'ensemble de la théorie des obligations sans se cantonner à des contrats spéciaux.

professionnels. Il devient un simple contractant. Cela ne veut pas dire qu'il n'ait droit à aucune protection, mais celle-ci devra être recherchée soit dans la théorie générale des contrats, soit dans les règles spécifiques de protection qui régissent éventuellement le contrat spécial dans lequel la clause litigieuse est insérée. La sociologie n'a jamais eu l'ambition, en concevant la notion de consommateur, de protéger un contractant, fonction qui normalement doit ressortir au domaine du droit. Il s'agissait plutôt de dégager les spécificités de ce groupe social envisagé dans sa globalité. D'ailleurs, M. Fournier et Mme Questiaux, qui abordent le sujet sous un angle essentiellement sociologique, répertorient trois actions de l'Etat vers le consommateur : l'informer, le représenter, le pousser à l'action⁶⁰⁴. La protection individuelle du consommateur, en tant que telle, sans référence à la théorie générale des obligations, est donc une hérésie à la fois sociologique et juridique⁶⁰⁵.

L'ostracisme rencontré par la notion de consommateur en droit des obligations s'explique donc, en grande partie, par ses origines pluridisciplinaires et son contenu polysémique. La doctrine qui n'a pas fait l'effort suffisant pour clarifier cette notion supporte une part de responsabilité dans les ambiguïtés affectant le droit positif.

B - LES AMBIGUITES DE LA NOTION DE CONSOMMATEUR EN DROIT POSITIF

L'imprécision du critère subjectif provient également des ambiguïtés de la notion de consommateur en droit positif. Ces ambiguïtés peuvent être décelées tant sur le plan législatif que sur le plan jurisprudentiel.

1/ LES AMBIGUITES LEGISLATIVES

114 . La législation consumériste contient, s'agissant de la définition du consommateur, des ambiguïtés de forme et de fond. Sur le plan de la forme, force est de constater l'absence totale d'unité jusqu'à ce que le Code de la consommation rassemble la majeure partie des textes contenant des dispositions protectrices du consommateur. Il est possible de s'interroger sur la pertinence formelle d'une compilation de textes épars et parfois contradictoires. En effet la législation consumériste n'a pas été précédée d'une réflexion de fond sur la notion de consommateur, et sur la philosophie générale du système de protection qu'il convenait d'instaurer. Ainsi, le projet de loi élaboré par le gouvernement, qui devait devenir la loi du 10 janvier 1978, texte présenté comme le point central du droit de la consommation en raison des dispositions relatives aux clauses abusives, a été justement qualifié de « *techniquement peu cohérent et parfois obscur* »⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Op. cit., p.780.

⁶⁰⁵ Alors que la protection collective des consommateurs, par la prévention notamment, est conforme aux données de la sociologie.

⁶⁰⁶ J. Calais-Auloy et L. Bihl, *La loi du 10 janvier 1978 : un glissement du droit de la consommation vers l'élimination des juges*, in *Actualités Droit et gestion*, chron. 8405, p.14.

Certains auteurs vont même jusqu'à estimer que "le droit de la consommation serait né de façon très involontaire"⁶⁰⁷. En effet, aucun débat préalable n'a été initié et c'est "dans un climat préélectoral, devant un nombre de parlementaires très réduit, que le projet (...) a été atrophié par l'Assemblée"⁶⁰⁸. Cette carence formelle ne pouvait qu'avoir des répercussions néfastes sur le fond, puisque contrairement aux lois consuméristes précédentes qui ne visaient que des contrats spéciaux, la loi du 10 janvier 1978 dans son article 35 perturbe la théorie générale des contrats⁶⁰⁹. Le facteur le plus perturbant est, sans nul doute l'absence de définition législative du consommateur. Qui le législateur a-t-il entendu protéger, au travers de la notion de consommateur, dont les origines diverses empêchent de donner à son contenu un domaine précis? Il est vrai qu'il n'est pas aisé de répondre à cette question pourtant fondamentale.

115. En premier lieu, les différents textes consuméristes comportent des exclusions non similaires. L'exclusion des personnes morales du champ de protection est particulièrement éclairante sur les ambiguïtés du droit positif. Ainsi la loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage et la vente à domicile⁶¹⁰, la loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des particuliers⁶¹¹, et la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs⁶¹² excluent sans équivoque les personnes morales de leur domaine. Par une démarche différente, les lois du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 relatives à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine des opérations de crédit n'excluent que les personnes morales de droit public de leur champ d'application⁶¹³. Enfin l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 sur les clauses abusives⁶¹⁴ n'ayant rien prévu à cet égard, la jurisprudence et la doctrine vont se diviser sur le point de savoir si une personne morale peut ou non être assimilée à un consommateur⁶¹⁵.

116. En deuxième lieu, et indépendamment du problème posé par les personnes morales, la liste d'exclusions des articles L. 121-22, 4ème et L. 132-1 du Code de la consommation n'est pas identique, sans qu'aucune raison logique ne puisse être avancée. En effet, l'article L. 132-1 exclut les professionnels du champ de protection contre les clauses abusives, sans distinguer entre les actes passés par ceux-ci, tandis que L. 121-22 4ème n'exclut que les actes qui ont un rapport direct avec une activité professionnelle. A *contrario* un professionnel pourrait donc invoquer les dispositions relatives au démarchage et à la vente à domicile si l'acte conclu n'a pas de rapport direct avec son activité⁶¹⁶. A l'inverse, ce même professionnel pour un acte de nature identique devrait passer par la conception très artificielle de "non professionnel" pour pouvoir obtenir l'éradication d'une

⁶⁰⁷ G. Berlioz, *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P., 1979, C.I., II, 13019, n°4.

⁶⁰⁸ Op. cit.

⁶⁰⁹ H. Armand-Prévost et D. Richard, *Le contrat déstabilisé*, J.C.P., 1979, I, 2952.

⁶¹⁰ Art. L. 121-1, C. cons.

⁶¹¹ L. 331-1, C. cons.

⁶¹² L. 422-1, C. cons.

⁶¹³ L. 311-3 et L. 312-3, C. cons.

⁶¹⁴ L. 132-1, C. cons.

⁶¹⁵ **Pour la jurisprudence** : cf. infra n°122 et suiv.; **pour la doctrine** : M. Paisant est favorable à une telle assimilation, G. Paisant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, Dalloz, 1995, n°18; tandis que M. Raymond est beaucoup plus sceptique, G. Raymond, obs. sous Cass. Civ., 26 mai 1993, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1993, n°159. Pour notre part, nous pensons qu'il s'agit d'un faux débat, le problème étant d'analyser s'il existe ou non un déséquilibre manifeste de puissance économique entre les contractants qu'ils soient des personnes physiques ou morales.

⁶¹⁶ La définition du rapport direct ne va pas sans poser des difficultés. Cf. infra n°135 et suiv.

clause abusive insérée dans le dit acte, quoique l'opportunité de cette solution soit apparemment discutée en doctrine.

117. Il est certain que la question qui a le plus divisé la doctrine est l'interprétation de la notion de "non-professionnel" par rapport à celle de consommateur. Une partie des auteurs a estimé qu'il était impossible de considérer les termes de consommateurs et de non-professionnels comme une redondance malencontreuse⁶¹⁷. Plusieurs arguments peuvent être développés à l'appui de cette thèse. D'abord, il est possible d'avancer un argument d'autorité, même s'il est vrai qu'un tel type d'argument n'est pas forcément pertinent en lui-même. Le président de la commission des lois a conféré à la loi du 10 janvier 1978 un domaine extrêmement large en affirmant que « *le mot "consommateur" qui figure dans le titre de la loi doit être interprété dans son sens le plus large et d'ailleurs le moins exact* »⁶¹⁸. Cette thèse extensive est d'autant plus crédible que le président en question s'était lui-même élevé contre les pléonasmes législatifs⁶¹⁹. Les termes "consommateur" et "non-professionnel" ne peuvent donc avoir le même sens, la même portée. Ensuite, certains auteurs ont fait remarquer qu'il existait des cas de faiblesse économique en dehors du concept de consommateur, et que l'on pourrait ainsi comprendre l'acception "non-professionnel" en faisant référence au professionnel qui contracte, pour les besoins de sa profession, en dehors de son domaine habituel de compétence⁶²⁰.

118. Malgré la pertinence de ces remarques, la majorité de la doctrine s'est ralliée à une conception plus ou moins restrictive du consommateur⁶²¹. Paradoxalement, et cela en dit long sur les ambiguïtés de la loi, la thèse restrictive de la notion de consommateur peut aussi se prévaloir d'un argument d'autorité. En effet, M. Monory, dans le cadre d'une réponse ministérielle, a défini le "non-professionnel" comme *"celui qui contracte en vue d'obtenir un bien ou un service pour satisfaire ses propres besoins et non pas celui qui contracte un bien ou un service pour le revendre, le transformer ou l'utiliser dans le cadre de sa profession"*⁶²². Nul besoin de décortiquer cette définition pour comprendre qu'elle assimile totalement le non professionnel au consommateur. Un deuxième argument a été invoqué pour restreindre la notion de consommateur, celui du risque de dénaturation de droit de la consommation. M. Paisant explique que *"ce serait dénaturer le droit de la consommation que d'admettre au bénéfice de ce dernier les professionnels qui, tout en*

⁶¹⁷ G. Berlioz, *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P., 1979, C.I., II, 13019; J.P. Pizzio, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, Dalloz, 1982, chron.91; O. Carmet, *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978*, R.T.D. Com., 1982, 1; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1987, p.87 et R.T.D. Civ., 1989, p.62 et suiv.

⁶¹⁸ J.O. Deb. Ass. Nat., Séance du 12 décembre 1977, p.8598.

⁶¹⁹ J.O. Deb. Ass. Nat., 1977, p.8591.

⁶²⁰ J. Mestre, op. cit. : *"Mais elle [la conception restrictive] nous paraît ici encore, en établissant un clivage trop brutal, méconnaître la nécessaire protection de certains professionnels agissant hors de leur sphère habituelle d'activité"*; cf. aussi, J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives*, J.C.P. 1995, I, 3854, n°3 : *« D'une façon générale, l'inégalité des contractants qui justifie l'élimination des clauses abusives existe aussi entre professionnels, seraient-ils d'ailleurs de même spécialité »*.

⁶²¹ P. Malinvaud, *La protection du consommateur*, Dalloz, 1981, chron.49; J. Amiel-Donat, op. cit., n°2; J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, n°7 et 9; G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, J.C.P., 1993, éd. E., I, 267; A. Sirey-Cytermann, *Protection ou surprotection du consommateur*, J.C.P., 1994, I, 3804, n°15; J.L. Aubert, note sous Cass. Civ., 28 avril 1987, Dalloz, 1987, Somm. 455; H. Davo, *Clauses abusives*, Juris. Class. Conc. Cons., fasc.820, n°38; H. Causse, *De la notion de consommateur*, in Actes du colloque de l'Université de Reims, précité, p.23 et suiv.; J.P. Pizzio, *Code de la consommation commenté*, Montchrestien, 1995, n°103 et suiv.

⁶²² J.O. Deb. Ass. Nat., 3 mai 1979, p.3448.

*contractant en dehors de leur spécialité, agissent au soutien direct de leurs intérêts professionnels*⁶²³. Mais avant de parler de dénaturation d'une matière encore faut-il que celle-ci possède une véritable nature! Or le droit de la consommation, nous l'avons vu, n'existe pas en tant que droit autonome⁶²⁴. L'absence de critère objectif et l'imprécision du critère subjectif, que constitue la notion de consommateur, suffisent à dénier au droit de la consommation toute cohérence et homogénéité qui légitimerait la crainte d'une dénaturation. Toujours est-il, qu'au regard des textes, M. Calais-Auloy a parfaitement raison d'estimer qu'il « *serait tout de même curieux qu'en citant les non-professionnels, le législateur ait entendu viser ... des professionnels* »⁶²⁵. M. Leveneur a récemment repris cet argument de bon sens en expliquant 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* »⁶²⁶.

119. Pour finir, un troisième argument, de texte celui-ci, doit être rappelé en faveur de la thèse restrictive. La directive européenne du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives⁶²⁷ définit le consommateur comme *"toute personne physique qui (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle"*. Ainsi, le droit communautaire aurait tranché définitivement la question en éliminant du champ de protection contre les clauses abusives les non-professionnels, c'est-à-dire les professionnels qui agissaient pour les besoins de leur profession, en dehors de leur sphère de compétence⁶²⁸. Cet argument n'emporte guère la conviction. Il ne faut pas oublier que l'article 8 de la directive du 5 avril 1993 laisse aux Etats membres la possibilité d'instaurer ou maintenir un niveau de protection plus élevé. La jurisprudence française qui fait bénéficier de la protection conférée aux consommateurs, des professionnels qui agissent en dehors de leur sphère de compétences pourrait ainsi être maintenue⁶²⁹. De plus, la loi du 1er février 1995, qui a récemment modifié l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁶³⁰ a maintenu la distinction entre "non-professionnel" et "consommateur" par opposition aux professionnels. Il est vraisemblable que l'intention du législateur ait été de continuer à protéger les professionnels *"dans le cadre de leur activité mais hors des compétences générales nécessaires à la conduite de leur commerce"*⁶³¹. M. Paisant, qui est pourtant un partisan de

⁶²³ Note sous Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1992, et Cass. Civ. 1ère, 6 janvier 1993, J.C.P., 1993, II, 22007; cf. aussi L. Leveneur, note sous Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1993, J.C.P., 1994, éd. E., II, 593 : *"Cette conception stricte apparaît indispensable à la réalisation de l'objectif fondamental de la politique juridique de protection des consommateurs. C'est l'enjeu qui, de façon générale, s'attache à la question de délimitation du champ d'application du droit de la consommation. Plus ce domaine s'étend et moins le degré de protection qu'il s'agit d'atteindre peut s'élever. (...) Qui trop embrasse, mal étreint!"*.

⁶²⁴ Cf. supra n°79 et suiv.

⁶²⁵ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, n°7, 9 et 145.

⁶²⁶ Note sous Cass. Civ. 1ère, 24 janvier 1995 et 21 février 1995, Cont. Conc. Cons., 1995, n°84.

⁶²⁷ J.C.P., 1993, III, 66199.

⁶²⁸ En ce sens, cf. L. Leveneur, op. cit.; M. Tenreiro, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, directive n°93/13/C.E.E. du conseil du 5 avril 1993, Cont. Conc. Cons., juillet 1993; M. Trochu, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, directive n°93/13/C.E.E. du conseil du 5 avril 1993, Dalloz, 1993, chron.315; G. Paisant, *Proposition pour une réforme du droit des clauses abusives*, après la directive du 5 avril 1993, J.C.P., 1994, I, 3772.

⁶²⁹ En ce sens, J. Huet, *Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives*, J.C.P., 1994, éd. E., I, 309, n°2.

⁶³⁰ Loi n°95-96 du 1er février 1995 *concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial*, J.O., 2 février 1995, J.C.P., 1995, III, 67286.

⁶³¹ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, J.C.P., 1995, n°12, Actualités, et chronique précitée à la Semaine juridique; ces auteurs remarquant que la Chancellerie n'a pas communiqué au gouvernement et au parlement, lors des travaux parlementaires préalables au vote de la loi du 1er février 1995, l'arrêt de la

la thèse restrictive de la notion de consommateur, remarque que le législateur est allé plus loin qu'une simple approbation implicite de la jurisprudence qui étendait aux professionnels agissant en dehors de leur domaine de compétence les dispositions protégeant les consommateurs contre les clauses abusives. En effet, cet auteur remarque que le nouvel alinéa 1er de l'article L. 132-1 caractérise la clause abusive comme celle qui a été stipulée "*au détriment de non-professionnels ou du consommateur (...)*" alors que l'ancienne mouture "*pouvait laisser croire à la redondance en dénonçant celles imposées aux non-professionnels ou consommateurs*"⁶³².

Cependant on aurait tort de croire que cette mise au point va supprimer d'un trait de plume les ambiguïtés découlant de la notion de consommateur. En effet la jurisprudence de la Cour de cassation s'est avérée extrêmement fluctuante. Après avoir consacré la conception extensive du consommateur, elle semble être revenue sur sa position juste avant la promulgation de la loi du 1er février 1995⁶³³.

2/ LES AMBIGUITES JURISPRUDENTIELLES

120 . Par delà les incohérences textuelles, on aurait pu espérer que la jurisprudence allait contribuer à unifier la notion de consommateur, afin d'aplanir les difficultés et de donner une homogénéité au critère subjectif qui devrait structurer le droit de la consommation. Si l'on en reste aux apparences, la notion de consommateur est facilement définissable puisqu'elle englobe "*toute personne physique qui dans des opérations de vente ou de prestations de services, agit à des fins extérieures à son activité professionnelle*"⁶³⁴. Mais si l'on se penche sur la jurisprudence de la Cour de cassation, force est de reconnaître que l'on est pris de vertige. En droit de la consommation, l'ambiguïté n'est pas l'apanage du législateur!

Une simple comparaison des applications jurisprudentielles des lois consuméristes entre elles contraint l'observateur à un scepticisme qui se traduira par un constat de divergences⁶³⁵. Afin de tenter de surmonter ces divergences, la doctrine a proposé divers critères tendant à instaurer une certaine unité de logique et de solution. Cette démarche doctrinale était indispensable pour pouvoir affirmer l'existence et l'autonomie du droit de la consommation. Mais nous la croyons vaine, car la notion de consommateur est vouée soit à

Cour de cassation du 24 janvier 1995, précité. Lors de ces travaux, seule la décision du 28 avril 1987, consacrant une acception extensive de la notion de consommateur, a été citée comme l'arrêt « officiel ». C'est ainsi que le « rapport Charié » rappelle que la loi sur les clauses abusives visait à « prendre en compte la situation d'un professionnel concluant un contrat pour ses besoins personnels ou dans le cadre de son activité professionnelle mais hors de sa spécialité ». Doc. AN., 1994-1995, n°1775, p.12.

⁶³² G. Paisant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, Dalloz, 1995, chron.99, n°17; **contra** : G. Raymond, *Cont. Conc. Cons.*, mars 1995, n°56, p.16, considérant que "*la loi nouvelle ne permet en rien de trancher le débat (...)*".

⁶³³ Cass. Civ. 1ère, 24 janvier 1995, Dalloz, 1995, I.R., 47; **contra** : G. Raymond, *op. cit.*, estimant qu' « *il est vraisemblable que la notion extensive continuera à prévaloir* ».

⁶³⁴ *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitain par G. Cornu. Cette définition s'inspire de la directive européenne du 5 avril 1993 et renvoi donc à la conception restrictive.

⁶³⁵ **Contra** : G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif, réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de Cassation*, J.C.P., 1993, I, 3655 n°5 et suiv. Cet auteur préfère mettre l'accent sur la tendance à l'unité et le constat de convergences.

trouver un contenu homogène et cohérent, mais elle sera alors déconnectée de la réalité et de son objectif premier qui est la défense de l'économiquement faible, soit à sauvegarder cette vocation originelle et fondamentale, mais ce sera au prix de graves incohérences et ambiguïtés. L'impasse, dans laquelle se trouve le droit de la consommation, s'explique essentiellement par l'ambition démesurée du législateur du 10 janvier 1978. En effet, la notion de consommateur ne peut garder une certaine cohérence que si le régime de protection qui y est attaché se limite à certains contrats spéciaux biens définis. L'erreur a été de croire que cette notion pouvait servir de référence, de critère, dans la lutte contre les clauses abusives étendue à tous les contrats. Or, la fonction de protection des contractants contre les abus de puissance économique ressortit à un domaine beaucoup plus large, qui est celui couvert par la théorie générale des obligations et qui est le seul susceptible d'appréhender le phénomène des déséquilibres de puissance économique dans leur globalité.

a - Le constat de divergences

121 . L'absence de réflexion approfondie sur le contenu de la notion de consommateur cause de sérieux problèmes de cohérence entre les lois diverses et éparses qui constituaient le droit de la consommation avant la codification de 1993. S'agissant d'une codification-compilation (ou à droit constant), le Code de la consommation n'a aucunement supprimé les divergences jurisprudentielles existant sur la définition du consommateur selon les dispositions consuméristes qu'il s'agit d'appliquer. Prenons quelques exemples pour illustrer notre propos.

122 . Nous avons pu constater que les différentes lois consuméristes présentaient d'importantes divergences sur le point de savoir si une personne morale pouvait être ou non assimilée à un consommateur⁶³⁶. Or la Cour de cassation, sans même parler des juges du fond, a contribué à obscurcir encore davantage le débat. Ainsi, dans un arrêt en date du 6 janvier 1993, elle a rejeté le pourvoi qui reprochait à une Cour d'appel d'avoir fait application de la loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 au bénéfice d'un G.A.E.C. ayant acheté pour les besoins de son exploitation un extincteur, au motif que cette personne morale "*se trouvait dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur*"⁶³⁷. Cette décision est en contradiction totale avec des arrêts antérieurs de la Cour de cassation, deux de la Chambre commerciale⁶³⁸, et l'un de la Chambre criminelle⁶³⁹. Dans ces décisions, la Cour de cassation énonçait que seule une personne physique pouvait bénéficier des règles protectrices de la loi sur le démarchage et la vente à domicile, obligeant les juges du fond à apporter cette précision dans leurs décisions. Il est possible de se demander s'il s'agit d'une nouvelle divergence entre les chambres de la Cour de cassation, ou bien si l'on est en présence d'un véritable revirement de jurisprudence⁶⁴⁰.

⁶³⁶ Cf. supra n°116.

⁶³⁷ Cass. Civ. 1ère, 6 janvier 1993, Sté C.R.P.I. / G.A.E.C. de Boisseret, Cont. Conc. Cons., mars 1993, n°62, obs. G. Raymond. Il faut souligner que le pourvoi ne reprochait pas explicitement à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir fait bénéficier une personne morale des dispositions de la loi du 22 décembre 1972. Néanmoins et s'agissant d'un moyen de pur droit, la Cour de cassation aurait pu d'office casser la décision attaquée, si elle avait estimé qu'une personne morale ne pouvait être assimilée à un consommateur, cf. Art. 620 ncp.

⁶³⁸ Cass. Com., 8 mars 1977, deux arrêts, J.C.P., 1977, II, 18649, note A.S.

⁶³⁹ Cass. Crim., 15 mars 1978, Bull. Crim., n°99.

⁶⁴⁰ Dans le sens du revirement, cf. G. Raymond, obs. sous l'arrêt précité.

123 . Un semblant d'harmonie paraissait alors régner, puisque la première Chambre civile appliquait les dispositions de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 à une société commerciale⁶⁴¹. Ce ne fut qu'un intermède! Le 26 mai 1993, la première Chambre civile énonçait que "*ni la loi n°79-596, ni la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 n'étaient applicables en la cause, la S.C.I. ne pouvant être tenue pour un consommateur au sens de ces textes*"⁶⁴². Nous nous garderons d'émettre un quelconque pronostic quant à l'avenir de ces divergences au sein de la jurisprudence de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. En revanche nous ne partageons pas l'optimisme dont fait preuve l'annotateur de cet arrêt qui estime que "*l'existence du Code de la consommation constituera certainement une étape importante dans cette définition du consommateur*"⁶⁴³. En effet, même si la forme a une importance incontestable dans le domaine juridique, elle n'a pas vocation à se substituer au fond. Ainsi, le Code de la consommation, malgré le rassemblement formel des textes consuméristes qu'il permet, ne remplacera jamais une réflexion sur la définition du consommateur et les objectifs du droit de la consommation.

124 . Au delà du problème posé par les personnes morales, le concept de consommateur est entendu différemment par les juridictions selon le texte qu'il s'agit d'appliquer. Un pharmacien a été considéré comme un professionnel lors de la conclusion d'un contrat de prêt destiné à financer l'acquisition d'un système d'alarme pour son officine⁶⁴⁴, alors qu'un agent immobilier a été assimilé à un consommateur au regard de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, dans le cadre de l'achat d'un système d'alarme installé pour protéger ses locaux professionnels⁶⁴⁵! Pour quelle raison obscure l'achat au comptant d'un bien affecté à une profession serait-il traité moins rigoureusement qu'un achat à crédit? Au contraire, on pourrait estimer que l'achat à crédit présente un degré de dangerosité supérieur en raison de l'endettement qui en découle. En période de déflation économique et de taux d'intérêt réel élevés, l'endettement des entreprises est un facteur principal de difficultés de trésorerie et de manque de rentabilité. Il serait possible d'objecter que l'exemple pris oppose une décision de la Cour de cassation à un jugement du Tribunal d'Instance de Paris qui n'est pas susceptible de refléter l'ensemble de la jurisprudence. Mais dans un arrêt en date du 23 juin 1987, deux mois seulement après celui du 28 avril, la première chambre civile a décidé qu'un "*commerçant en électricité, radio, télévision et électroménager qui, pour étendre ses activités, avait acheté à crédit une machine à imprimer des cartes de visite et qui revendiquait avec la loi Scrivener la compétence du Tribunal d'Instance, ne pouvait invoquer ce bénéfice et était justiciable de la juridiction commerciale*"⁶⁴⁶. Certains auteurs, suivis ou précédés en cela par la Cour de cassation elle-même, ont tenté de trouver une logique, une complémentarité, entre ces deux décisions rendues à si peu de temps d'intervalle⁶⁴⁷. Cependant, il serait tentant de chercher le fondement de cette divergence dans l'application de lois différentes. Ainsi, il faudrait admettre, ce qui est loin d'être

⁶⁴¹ Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1987, Dalloz, 1987, Somm. 455, obs. J.L. Aubert; Dalloz, 1988, 1, note P. Delebecque; J.C.P., 1987, II, 20893, note G. Paisant, R.T.D. Civ., 1987, 537, obs. J. Mestre; Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Dalloz, 1992, Somm. 401, obs. Kullmann, Dalloz, 1993, 87, note Nicolau; Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1992 et 6 janvier 1993, J.C.P., 1993, II, 22007, note G. Paisant.

⁶⁴² Cass. Civ. 1ère, 26 mai 1993, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1993, n°159, obs. G. Raymond.

⁶⁴³ Op. cit.

⁶⁴⁴ T.I. Paris, 4 octobre 1979, G.P., 1980, 1, 120.

⁶⁴⁵ Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1987, précité.

⁶⁴⁶ Bull. Civ. I, p.154.

⁶⁴⁷ G. Paisant, note sous J.C.P., 1987, II, 20893, n°10; Rapport de la Cour de cassation pour 1987, Doc. Franç., p.209; J.L. Aubert, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1988, Dalloz, 1988, Somm. 407, et sous Dalloz, 1990, 61.

satisfaisant pour l'esprit et la cohérence d'un droit se prétendant autonome, qu'il n'y a pas une notion mais des notions de consommateurs, selon le texte applicable⁶⁴⁸.

125 . Un autre exemple d'incohérence peut être trouvé dans l'application de la loi sur le démarchage à domicile par rapport à celle sur le surendettement des particuliers. S'agissant de la première, la Cour de cassation approuvée en cela par une doctrine éminente⁶⁴⁹ a refusé de censurer une Cour d'appel qui n'avait pas, dans sa décision, recherché si un ecclésiastique, démarché à domicile par un professionnel pour l'achat d'un photocopieur, *"était un consommateur expérimenté ou non, condition qui ne figure pas dans la loi"*⁶⁵⁰. Il est donc clair que le consommateur est irréfragablement présumé inexpérimenté, faible et de bonne foi. Dans le même sens, mais cette fois s'agissant d'appliquer la loi n°78-22 du 10 janvier 1978, la Cour d'appel a refusé d'attribuer la qualité de professionnel à la section Bagnolet du Parti Communiste Français ayant acquis un photocopieur pour les besoins de son activité⁶⁵¹. En l'espèce, la Cour n'a jamais posé le problème de l'expérience et de la compétence du P.C.F., et s'est contenté de constater que son *"activité qui est politique n'est pas exercée dans le but d'obtenir des moyens d'existence et ne peut être qualifiée de professionnelle au sens de la loi"*⁶⁵².

126 . En revanche, lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement des particuliers, l'expérience professionnelle et le niveau de compétence du requérant surendetté sont des critères d'exclusion du champ de protection législatif. Dans un arrêt en date du 17 décembre 1990, une Cour d'appel a refusé à un débiteur le bénéfice du redressement judiciaire civil au motif que *"sa situation de surendettement n'a pas pu lui échapper au fur et à mesure de la souscription des emprunts dans la mesure où il exerçait la profession d'attaché commercial d'un organisme de crédit et que son activité professionnelle consistait à proposer des prêts à la clientèle tout en s'assurant que la capacité à épargner des emprunteurs leur permettait de faire honneur à leur engagement (...)"*⁶⁵³. Certes l'exigence de la bonne foi, mentionnée à l'article L. 331-2 du Code de la consommation comme condition pour bénéficier de la procédure de règlement amiable, peut expliquer cette distorsion, encore qu'il ne soit pas aisément compréhensible que le consommateur démarché à domicile soit traité avec plus de faveur que le *"consommateur-emprunteur"* surendetté. On pourrait d'ailleurs songer à une opposition entre la loi du 31 décembre 1989 et celle du 10 janvier 1978 relative à certaines opérations de crédit. Il est, en effet, probable que, dans le cadre de l'application de cette dernière, la bonne foi ne soit pas une condition de déclenchement du régime protecteur dans la mesure où la loi n'a rien prévu de la sorte. Ainsi, le *"consommateur-emprunteur"* serait protégé en dépit d'une mauvaise foi évidente et caractérisée, alors qu'il ne le serait pas si sa situation révélait un surendettement. Il serait souhaitable d'unifier les différentes conceptions du consommateur : soit le consommateur de mauvaise foi peut bénéficier de la protection

⁶⁴⁸ En ce sens, J. Mestre, *Des notions de consommateurs*, R.T.D. Civ., 1989, p.62 et suiv.

⁶⁴⁹ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, n°9.

⁶⁵⁰ Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1988, Dalloz, 1988, Somm. 407, obs. J.L. Aubert, R.T.D. Civ., 1988, p.63, obs. J. Mestre.

⁶⁵¹ C.A., Paris, 15ème ch., B, 5 juillet 1991, Cont. Conc. Cons., 1992, n°16, obs. G. Raymond.

⁶⁵² La conclusion à laquelle parvient la Cour d'appel semble critiquable dans la mesure où le P.C.F., comme tous les partis politiques brasse des sommes d'argent considérables, notamment pendant les campagnes électorales, et emploie un nombre significatif de salariés permanents. Ne s'agit-il pas d'une véritable profession *"destinée à obtenir des moyens d'existence"*?

⁶⁵³ C.A., Pau, 17 décembre 1990, Dalloz, 1991, 270, note Groslière.

consommériste dans son intégralité, soit il doit en être exclu totalement. La demi-mesure entretient les ambiguïtés!

Toujours dans le domaine de la loi relative au surendettement des particuliers, il apparaît que la conception restrictive du consommateur est privilégiée. Les arrêts rendus le 31 mars 1992 par la Cour de cassation définissent les dettes professionnelles exclues de la notion de surendettement comme celles *"nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur"*⁶⁵⁴. A l'opposé se situe la définition du consommateur donnée par la Cour de cassation quand il s'agit d'appliquer la loi du 22 décembre 1972. Dans ce cas, le professionnel passant un acte pour les besoins de sa profession mais échappant à sa compétence, est censé se trouver *"dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur"*⁶⁵⁵.

127. Enfin l'exemple le plus caractéristique des ambiguïtés jurisprudentielles réside dans la comparaison de l'application de la notion de consommateur au travers de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 devenue l'article L. 132-1 du Code de la consommation, avec celle de la loi du 22 décembre 1972.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a retenu une conception restrictive de la définition du consommateur. L'arrêt de référence est celui de la première Chambre civile en date du 15 avril 1986⁶⁵⁶. En l'espèce, un agent d'assurance a été exclu du champ de protection instauré par l'article 35 relatif aux clauses abusives au motif que le contrat de publicité qu'il avait conclu entré dans le cadre de sa profession et était destiné à satisfaire les besoins de son cabinet.

Dans un second temps la première Chambre civile a semblé prendre le contre-pied de cette solution, en décidant qu'un agent immobilier, qui conclut un contrat ayant pour objet l'installation d'un système d'alarme pour protéger ses locaux professionnels contre le vol, pouvait bénéficier de la protection contre les clauses abusives, car cette acquisition *"échappait à sa compétence professionnelle"* et qu'il se trouvait dès lors *"dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur"*⁶⁵⁷. Même si certains tenteront de trouver une logique entre ces deux arrêts⁶⁵⁸, force est néanmoins de reconnaître que dans les deux espèces, l'acte souscrit par le professionnel sortait de sa sphère habituelle de compétence. L'agent d'assurance n'effectue pas, à titre habituel des actions publicitaires, de la même façon que l'agent immobilier n'achète pas tous les jours un système d'alarme. Certains ont vu dans cette décision du 28 avril 1987 un simple arrêt d'espèce⁶⁵⁹, d'autres un revirement de jurisprudence⁶⁶⁰, d'autres encore une solution complémentaire de celle rendue le 15 avril 1986⁶⁶¹. Toujours est-il qu'une harmonie apparente de la notion de

⁶⁵⁴ Cass. Civ. 1ère, 31 mars 1992, 3 arrêts, Bull. Civ. I, n°107; R.T.D. Com., 1992, p.457, obs. G. Paisant.

⁶⁵⁵ Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Dalloz, 1993, 87, G. Nicolau; Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1992 et 6 janvier 1993, J.C.P., 1993, II, 22007, note G. Paisant; **voir cependant** : 2 arrêts de la 1ère chambre civile en date du 2 février 1994, Cont. Conc. Cons., avril 1994, n°90 et juin 1994, n°131, obs. G. Raymond, qui adoptent une position plus restrictive, sans toutefois parvenir au degré de restriction des arrêts rendus en matière de surendettement des particuliers.

⁶⁵⁶ Bull. Civ. I, p.118; Dalloz, 1986, I.R., p.392, obs. J.L. Aubert; R.T.D. Civ., 1987, p.26, obs. J. Mestre.

⁶⁵⁷ Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1987, précité.

⁶⁵⁸ Cf. infra n°135.

⁶⁵⁹ J. Bigot, R.G.A.T., 1987, p.559.

⁶⁶⁰ J.L. Aubert, obs. Dalloz, 1987, Somm. 455; P. Delebecque, Dalloz, 1988, 1; J. Mestre, obs. R.T.D. Civ., 1987, p.537.

⁶⁶¹ G. Paisant, note J.C.P., 1987, II, 20893; Rapport de la Cour de Cassation pour 1987, Doc. Franç., p.209.

consommateur était apparue. En effet, la Cour de cassation avait retenu la définition extensive de la notion de consommateur dans le cadre de la loi du 22 décembre 1972 relative au démarchage et à la vente à domicile⁶⁶² en considérant qu'un professionnel démarché "*se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur*" lorsque l'acte qu'on lui propose de conclure "*échappe à sa propre compétence professionnelle*"⁶⁶³.

128 . Mais cette harmonie n'a été que de courte durée, si tant est qu'un jour elle ait existé réellement⁶⁶⁴. Dans un arrêt en date du 24 novembre 1993, la Cour de cassation, toujours par la première Chambre civile, a refusé d'appliquer l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 à un contrat de vente de plants de pommiers entre un pépiniériste et un arboriculteur. Ce dernier se plaignait qu'une partie importante de la livraison ne correspondait pas à la commande initiale, tandis que le vendeur arguait d'une clause limitative de responsabilité en cas de défauts de conformité de la marchandise livrée. L'attendu de principe est extrêmement clair et la Cour n'a pas imposé une recherche des compétences professionnelles de l'arboriculteur afin de savoir s'il se trouvait ou non dans le même état d'ignorance qu'un autre consommateur⁶⁶⁵.

129 . Toujours dans le domaine des clauses abusives, la conception ultra-restrictive de la notion de consommateur a été confirmée par un arrêt de la Chambre commerciale du 10 mai 1994 dans un attendu tout aussi lapidaire⁶⁶⁶. En l'espèce, il s'agissait d'un magasin de commerce de grande surface qui avait conclu avec une banque un contrat ayant pour objet l'encaissement par celle-ci des sommes dues par les clients du magasin qui réglaient leurs achats au moyen de cartes de crédit. Usant de la faculté prévue au contrat de réviser son

⁶⁶² Cass. Civ. 1ère, 15 avril 1982, Bull. Civ. I, n°133; Dalloz, 1984, 439, note J.P. Pizzio; Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Dalloz, 1993, 87, note G. Nicolau; Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1992 et 6 janvier 1993, J.C.P., 1993, II, 22007, note G. Paisant.

⁶⁶³ Certaines juridictions du fond ne se rallient pas à cette conception extensive du consommateur : C.A., Aix-en-Provence 2ème ch., 21 octobre 1988, Bull. Aix, 1988, n°3-4, p.2, estimant qu'un artisan fourreur ayant acheté une alarme pour protéger principalement son local professionnel n'agit pas en qualité de consommateur ou de non-professionnel; C.A., Nîmes, 8 mars 1990, J.C.P., 1990, II, 21573, obs. G. Paisant, et R.T.D. Civ., 1990, p.475, obs. J. Mestre : une société ayant conclu un contrat de maintenance d'un matériel téléphonique "*professionnel de l'informatique, de la télématique et de la bureautique est parfaitement en mesure d'apprécier la technique mise en oeuvre par la société d'abonnement téléphonique*".

⁶⁶⁴ Au moment où la Cour de Cassation avait semblé retenir un critère de "compétence" pour distinguer le professionnel du consommateur ou non-professionnel dans les lois du 22 décembre 1972 et du 10 janvier 1978, un arrêt du 3 mai 1988 paraissait consacrer pour le démarchage à domicile un critère de rapport direct avec les besoins de la profession. En l'espèce un ecclésiastique avait été considéré comme un consommateur alors que l'achat d'un photocopieur litigieux avait été fait pour les besoins de la paroisse. En ce sens, cf. obs. J.L. Aubert, Dalloz, 1988, Somm. 407; idem mais avec des nuances : J. Karila de Van, note sous Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1988, Dalloz, 1990, 61. Mais ne peut-on pas interpréter cet arrêt dans un sens compatible avec la jurisprudence dominante à l'époque en considérant, à l'instar de la Cour de Paris dans l'arrêt du P.C.F. sus-cité, que l'ecclésiastique n'exerçait pas une profession au sens où on l'entend dans le secteur économique?

⁶⁶⁵ Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1993, J.C.P., 1994, éd. E, II, 593, note L. Leveneur : "*Attendu, enfin, que le caractère prétendument abusif de la clause litigieuse ne peut, aux termes des articles 35 al.3 de la loi 78-23 du 10 janvier 1978, devenu 132-1 du Code de la consommation, et 2 du décret n°78-464 du 24 mars 1978, être invoqué à propos d'un contrat de vente conclu entre des professionnels*".

⁶⁶⁶ Cass. Com., 10 mai 1994, Dalloz, 1995, Somm. 89, obs. D. Mazeaud; Cont. Conc. Cons., août-sept. 1994, n°155, obs. G. Raymond : "*attendu, en second lieu que la Cour d'Appel n'avait pas à se prononcer sur la licéité de l'article 8 du contrat prévoyant la faculté pour les parties de le résilier unilatéralement au regard de l'article 35 de la loi n°78-22 du 10 janvier 1978, la convention ayant été conclue entre deux professionnels*".

taux de commission sur les opérations d'encaissement effectuées, la banque a mis fin au contrat à la suite du refus d'acceptation de la société exploitant la grande surface commerciale. Cette dernière reprochait à l'arrêt de la Cour d'appel de l'avoir déboutée de ses demandes de condamnation à des dommages-intérêts et d'éradication de la clause de résiliation unilatérale, qu'elle considérait abusive en raison de l'abus de puissance économique et de position dominante commis par la banque. Si la Cour de cassation avait voulu maintenir la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 28 avril 1987⁶⁶⁷, elle aurait pu rejeter le pourvoi en estimant que le contrat conclu avec la banque ne sortait pas des compétences professionnelles de la société exploitant la grande surface commerciale, celle-ci ne se trouvant donc pas dans le même état d'ignorance et de vulnérabilité que n'importe quel autre consommateur. En effet, la fonction de financement est intrinsèque à la notion d'entreprise, ce qui est de nature à conférer en ce domaine à toute entreprise une présomption de compétence⁶⁶⁸.

130. Au terme de cette évolution jurisprudentielle, les idées paraissent enfin éclaircies⁶⁶⁹ : la conception la plus restrictive du consommateur l'emportait à la satisfaction de la doctrine consumériste qui estime que d'une part le droit de la consommation ne doit pas être dénaturé en bénéficiant au professionnel et que d'autre part l'efficacité de la protection du consommateur est inversement proportionnel à l'étendue de son domaine⁶⁷⁰. C'est donc avec scepticisme et regret que l'arrêt du 24 janvier 1995 va être accueilli⁶⁷¹. Alors que la définition restrictive du consommateur était parvenue à s'imposer, tant dans le domaine des clauses abusives que dans celui du démarchage à domicile⁶⁷², la Cour de cassation semble réintroduire la possibilité pour un professionnel d'être assimilé à un consommateur si l'acte passé à l'occasion de son activité professionnelle n'a pas de rapport direct avec celle-ci. Il convient d'être prudent s'agissant d'une interprétation *a contrario* d'un arrêt de rejet⁶⁷³, mais en décidant que les dispositions de l'article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 ne s'appliquent pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont "*un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant*", la Cour de cassation paraît vouloir instaurer une clé de distinction entre consommateurs et professionnels basée sur la nature du lien existant entre d'une part l'acte conclu, et d'autre part la profession habituelle du contractant invoquant la législation sur les clauses abusives. Le premier commentateur de cette décision regrette qu'« *au lieu de se clore, la controverse est donc relancée* »⁶⁷⁴. En effet, toute la difficulté résidera dans la définition,

⁶⁶⁷ Précité.

⁶⁶⁸ D. Lefebvre et E. Mollaret-Lafôret, *Droit et entreprise*, p.6. Cette présomption de compétence est d'autant plus fondée en l'espèce car les grandes surfaces réalisent la majeure partie de leur bénéfices en produits financiers provenant du placement de la trésorerie procurée par le crédit fournisseur.

⁶⁶⁹ A. Karimi, *Examen de 26 décisions judiciaires en matière de clauses abusives*, G.P. 1995, 13 et 14 octobre 1995.

⁶⁷⁰ En ce sens : G. Paisant, op. cit.; L. Leveneur, op. cit.; G. Raymond, op. cit.; J. Calais-Auloy, op. cit.

⁶⁷¹ Cass. Civ. 1ère, 24 janvier 1995, Dalloz, 1995, I.R., 47; Dalloz, 1995, 327 note G. Paisant; Cont. Conc. Cons., 1995, n°84, obs. L. Leveneur.

⁶⁷² Cass. Civ. 1ère, 2 février 1994, 2 arrêts Cont. Conc. Cons., avril 1994, n°90, et juin 1994, n°131, obs. G. Raymond. 1ère espèce : un exploitant d'un fond de commerce de bar-tabac loue après démarchage 100 cassettes vidéo. 2ème espèce : un boulanger toujours démarché achète un distributeur de glaces. Bien que la motivation de ces arrêts ne soit pas d'une clarté aveuglante, il est possible de discerner l'utilisation de la notion de consommateur dans son sens le plus restrictif.

⁶⁷³ H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n°305 : "*le raisonnement a contrario est très dangereux, car il ne procure aucune certitude*"; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°525 sur la signification des arrêts de rejet.

⁶⁷⁴ G. Paisant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, Dalloz, 1995, chron.99, n°7.

plus ou moins extensive, que la jurisprudence donnera à la notion de "rapport direct". Mais les légitimes interrogations de la doctrine ne sont pas prêtes de trouver une réponse définitive puisqu'un mois après, la première Chambre civile semble avoir, une fois de plus, changé de position. Ainsi, dans un arrêt du 21 février 1995, approuvé par M. Leveneur, la Cour affirme que « *le contrat signé par un commerçant pour les besoins de son commerce échappait à l'application de l'article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 qui ne concerne que les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs* »⁶⁷⁵.

Force est de constater que la première Chambre civile ne fait plus référence au critère du lien direct qu'elle avait semblé consacrer un mois plus tôt. Certes, M. Paisant tente, là encore, de trouver, derrière ces changements incessants, pour ne pas dire inconséquents, une logique et une complémentarité⁶⁷⁶. Mais il faut bien avouer, au-delà des contingences inhérentes à chaque espèce, que la Cour de cassation ne parvient toujours pas à élaborer un critère unitaire, clair et précis permettant de distinguer les consommateurs des professionnels. Deux nouveaux arrêts de la première Chambre Civile sont venus conforter ce constat, dans la mesure où le critère du rapport direct, en matière de clauses abusives, est une nouvelle fois mis en avant⁶⁷⁷. M. Paisant, lui-même, tout en prônant une conception restrictive du consommateur et en approuvant l'arrêt du 21 février 1995, envisage, au vue de l'iniquité engendrée par celle-ci, une « *conception intermédiaire* » susceptible de « *traiter en consommateur celui qui, sans agir pour les besoins de sa profession, s'engage à l'occasion de l'exercice de cette dernière mais en dehors de sa sphère de compétence habituelle et alors qu'il se trouve en état d'infériorité technique ou économique par rapport au professionnel avec lequel il contracte* »⁶⁷⁸. Mais n'est-ce pas anéantir les avantages de la conception restrictive du consommateur? Cela ne revient-il pas à réintroduire les critères de compétence et du lien direct, avec tout le lot d'incertitudes qu'ils comportent?

131 . Il serait envisageable compte tenu de cet imbroglio jurisprudentiel de se satisfaire d'une définition du consommateur à géométrie variable, dont le contenu s'adapterait au champ d'application de la règle protectrice spéciale qu'il convient de mettre en oeuvre. Cette solution proposée par certains⁶⁷⁹ présente l'avantage de tenir compte du caractère polysémique du terme "consommateur" et de la diversité de ses origines⁶⁸⁰. Elle permettrait en outre, de ne pas se perdre dans des tentatives d'explication unitaire du droit de la consommation dont l'artifice et la vanité sont évidents. A titre d'exemple, la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes et falsifications en matière de produits et services⁶⁸¹ a un domaine dépassant de beaucoup le droit de la consommation, du moins dans la conception restrictive qui prédomine en doctrine aujourd'hui, puisque ces dispositions ont vocation à protéger tous les contractants trompés sur une qualité essentielle de la prestation reçue, qu'ils soient professionnels ou consommateurs. Il en est de même pour les articles du Code

⁶⁷⁵ Cass. Civ. 1ère, 21 février 1995, Cont. Conc. Cons., 1995, obs. L. Leveneur, qui souligne l'harmonie de cette décision avec la solution retenue par la Chambre commerciale le 10 mai 1994, précitée; J.C.P. 1995, II, 22502, note G. Paisant.

⁶⁷⁶ Note précitée.

⁶⁷⁷ Cass. civ. 1ère 3 janvier 1996, JCP 1996 IV 428; Juris-data n°000025; Cass. civ. 1ère 30 janvier 1996, Dalloz 1996 IR. 59; Dalloz 1996, 228 note G. Paisant; Cont. conc. cons. 1996, n°46, obs. G. Raymond.

⁶⁷⁸ Note précitée.

⁶⁷⁹ Notamment J. Mestre, *Des notions de consommateurs*, R.T.D. Civ., 1989, p.62 et suiv.

⁶⁸⁰ Cf. supra n°99 et suiv.

⁶⁸¹ L. 213-1 et suiv., C. cons.

civil relatifs à la garantie des vices cachés⁶⁸², qui malgré leur insertion dans le Code de la consommation ne sont pas réservés aux seuls consommateurs, même si une présomption de connaissance des vices pèse sur le vendeur professionnel⁶⁸³. Faudrait-il donc conclure avec M. Mestre que de "*l'uniformité naîtraient peut-être plus d'ennuis que d'avantages*"⁶⁸⁴. Rationnellement, nous serions tentés, à l'instar de cet auteur, de répondre par l'affirmative. Mais l'unité de la notion de consommateur étant une condition sine qua non de l'existence et de l'autonomie du droit de la consommation, il convient d'analyser les nombreux efforts doctrinaux pour proposer des critères d'unité permettant de découvrir une subtile harmonie entre des arrêts paraissant pour le moins contradictoires.

b - Les critères d'unité proposés

132. Eu égard à la diversité et à l'inconstance des décisions rendues par la Cour de cassation sur le problème de la détermination du domaine d'application du droit de la consommation, et par voie de conséquence sur celui de la définition du consommateur, il semble que la recherche des critères d'unité relève plus de la méthode Coué que de l'analyse juridique objective, celle-ci conduisant au scepticisme et au constat d'incohérences irréductibles⁶⁸⁵. Pourtant nombre d'auteurs se sont attachés à donner une explication unitaire de cette jurisprudence. Ces tentatives doctrinales ont eu des fortunes aussi diverses que leur nombre. D'emblée, il convient d'écarter deux propositions d'unité qui semblent ne pas correspondre à une analyse globale de la jurisprudence, bien qu'en cette matière il convienne de rester extrêmement prudent.

133. D'abord, il n'est pas envisageable selon nous, d'espérer en l'efficacité d'un critère d'unité purement formel. Il est vrai qu'une partie significative de la doctrine consumériste avait placé beaucoup d'espoirs dans la codification du droit de la consommation. En effet, il était courant d'expliquer avant juillet 1993, que la complexité et les incohérences rencontrées dans la protection des consommateurs tenaient "*surtout dans la diversité des textes applicables*"⁶⁸⁶. La logique de l'analyse commandait d'en tirer la conclusion d'une unification et d'une homogénéisation lors de l'avènement du code tant attendu. Ainsi M. Raymond estime qu'il n'est plus plausible de maintenir plusieurs définitions du consommateur, selon le texte applicable, en raison de la publication du Code de la consommation⁶⁸⁷. Pourtant, il est illusoire d'attendre d'une codification à droit constant, qui n'est qu'une compilation de textes déjà existants, une rationalisation de la règle de droit. Même si la forme a une importance incontestable pour le juriste, elle ne peut déterminer le fond et remplacer une réflexion sur les notions mises en oeuvre! Il faut reconnaître que le droit de la consommation ainsi conçu illustre parfaitement la pensée de Ripert : "*la formule remplace l'idée et l'on croit aux formules parce qu'on devient facilement superstitieux*

⁶⁸² Articles 1641 à 1648 al. 1er, C. civil.

⁶⁸³ Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1965, Dalloz, 1965, 389, et R.T.D. Civ., 1965, p.665, obs. G. Cornu; Cass. Civ. 1ère, 21 novembre 1972, J.C.P., 1974, II, 17890, note J. Ghestin.

⁶⁸⁴ Op. cit.

⁶⁸⁵ Cf. J. Mestre, op. cit.

⁶⁸⁶ H. Davo, *Protection du consommateur*, Juris Class. Civ., Art. 1109, fasc.10, n°108.

⁶⁸⁷ G. Raymond, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 26 mai 1993, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1993, n°159 : "*l'existence du Code de la consommation constituera certainement une étape importante dans cette définition du consommateur, même si ce Code n'a pas apporté les précisions souhaitées*".

quand on a cessé d'être religieux"⁶⁸⁸. En réalité, la plupart des auteurs ont éprouvé une déception certaine lors de la promulgation du Code de la consommation regrettant que cette "codification de nature administrative" laisse subsister "nombre d'incohérences"⁶⁸⁹. Cette déception paraît d'autant plus légitime que le législateur n'a profité ni de la codification ni de la réforme des dispositions relatives aux clauses abusives⁶⁹⁰, pour établir enfin une définition du consommateur. Cette attitude ne peut que renforcer les ambiguïtés et incertitudes régnant sur ce point en jurisprudence, ce qui est regrettable⁶⁹¹ : "le regret est celui d'une occasion manquée. Au lieu d'une refonte globale du droit des clauses abusives, à même de donner à ce dernier plus de simplicité et de cohérences, c'est la voie du replâtrage qui a été choisie par le législateur"⁶⁹².

134 . Ensuite, la conception ultra restrictive du consommateur⁶⁹³ doit aussi, semble-t-il, être rejetée, malgré l'opinion d'une doctrine faisant autorité en la matière⁶⁹⁴. En effet, en dépit des arrêts rendus par la Cour de cassation que nous avons déjà analysés, la définition stricte du consommateur n'a pas été retenue en droit positif, du moins tel qu'il ressort du dernier état de la jurisprudence. L'arrêt du 24 janvier 1995 laisse à penser dans une interprétation *a contrario*, qu'un professionnel qui conclut un contrat de fournitures de biens ou de services, sans rapport direct avec son activité professionnelle, pourrait bénéficier de la protection contre les clauses abusives⁶⁹⁵. Il en est d'ailleurs de même pour l'application des dispositions relatives au démarchage et à la vente à domicile depuis la loi du 23 juin 1989 ayant modifié l'article L. 122-22, 4ème du Code de la consommation⁶⁹⁶. Au surplus, les arrêts qui paraissaient consacrer une définition extrêmement restreinte du consommateur sont motivés de façon critiquable. Ainsi, l'arrêt du 24 novembre 1993, excluant un horticulteur du bénéfice des dispositions protégeant les consommateurs contre les clauses abusives, affirme qu'est exclu du domaine d'application "la convention ayant été conclue entre deux professionnels". M. Paisant, qui est pourtant opposé à une extension trop importante de la notion de consommateur considère qu'une position aussi peu nuancée "signifierait que tout professionnel qui contracterait pour la satisfaction de besoins non professionnels ou domestiques ne pourrait être considéré comme un consommateur"⁶⁹⁷. Cette conclusion est manifestement excessive et l'on ne saurait prêter à la Cour de cassation l'intention d'imposer une telle solution. En outre, l'arrêt de la Chambre commerciale de la

⁶⁸⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°12, p.21.

⁶⁸⁹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, n°248; dans le même sens : D. Bureau, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, Dalloz, 1994, chron. 291, **contra** : G. Raymond, *Bienvenue au Code de la consommation*, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1993.

⁶⁹⁰ Loi du 1er février 1995.

⁶⁹¹ En ce sens : M. Paisant regrettant que la nouvelle loi sur les clauses abusives n'ait pas supprimé la référence aux "non-professionnels" notion source d'incertitudes. G. Paisant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, Dalloz, 1995, chron.99, n°17.

⁶⁹² Op. cit., n°43.

⁶⁹³ Nous qualifions ainsi la définition la plus étroite du consommateur. Elle est basée sur un critère finaliste. L'acte conclu entrera dans le champ de protection des lois consoméristes selon qu'il est affecté ou pas à la satisfaction de besoins personnels ou familiaux.

⁶⁹⁴ J. Calais-Auloy op. cit.; L. Leveneur note sous Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1993, J.C.P., 1994, II, 22334 et obs. sous Cass. Com., 10 mai 1994, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1994, n°155; S. Vialle, *La profession, étude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, thèse Grenoble, 1990.

⁶⁹⁵ Cass. Civ. 1ère, 24 janvier 1995, Dalloz, 1995, I.R., 47.

⁶⁹⁶ L. 122-22, 4ème, sont exclues des dispositions des articles L. 121-23 et suiv. : "les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de service 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".

⁶⁹⁷ Obs. sous Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1993, Dalloz, 1994, Somm. 236.

Cour de cassation, rendu le 10 mai 1994⁶⁹⁸ et retenant l'acceptation la plus restrictive du consommateur, n'a pas été publié au bulletin officiel⁶⁹⁹, ce qui signifie qu'il ne peut avoir la portée d'un revirement de jurisprudence. Quant à l'arrêt de la première Chambre civile du 21 février 1995⁷⁰⁰, sa portée est encore largement incertaine, eu égard d'une part à la décision rendue moins d'un mois plus tôt, et d'autre part au fait qu'il ne s'agit que d'un arrêt de rejet. Toutefois, les arrêts des 3 et 30 janvier 1996, rendus par la première chambre civile, consacrent (mais pour combien de temps ?) l'application du critère du rapport direct en matière de clauses abusives⁷⁰¹.

Une jurisprudence aussi fluctuante et obscure ne peut donc pas servir d'appui à la conception doctrinale restrictive du consommateur. Les tenants de cette thèse ont alors tenté de se référer à des solutions bénéficiant d'une autorité plus conséquente. Ainsi, l'avis du 5 avril 1993 de la commission des clauses abusives a été avancé dans la démonstration⁷⁰². Néanmoins, le critère de définition du consommateur entendu dans son sens le plus étroit, ne peut d'avantage trouver de légitimité dans cet avis. En effet, contrairement à ce qu'écrit M. Leveneur, il ne consacre pas la conception restrictive du consommateur lorsqu'il propose d'exclure de la protection législative tous ceux qui contractent "*en vue de répondre à des besoins professionnels*". Une partie de la doctrine interprète cette formule par référence à la nature du lien, directe ou indirecte, qui existe entre la profession habituellement exercée et l'acte conclu⁷⁰³. Ainsi le professionnel pourrait parfaitement bénéficier de la protection issue de la législation consumériste pour l'acte conclu à l'occasion de sa profession et qui n'entre pas dans le cadre de son activité professionnelle stricto sensu. Sous cet angle, l'acte conclu "*en vue de répondre à des besoins professionnels*" ne serait que "*l'acte de la profession*" par opposition à "*l'acte simplement relatif à la profession*" selon les expressions utilisées par M. Aubert⁷⁰⁴. Mais nous abordons déjà l'un des deux critères principaux proposés par la doctrine pour tenter d'expliquer les contradictions apparentes de la jurisprudence. Il s'agit du critère du "rapport-direct". Il nous faudra ensuite analyser le second critère proposé, celui de la compétence technique.

α - Le critère du "rapport direct"

135. L'un des deux principaux critères proposés par la doctrine réside donc dans le "rapport direct" entre l'acte et la profession habituelle du contractant sollicitant la protection du "droit de la consommation". Il semble que ce soit M. Paisant qui, le premier

⁶⁹⁸ Cont. Conc. Cons., 1994, n°155, obs. approbatives L. Leveneur; Defrénois, 1995, Art. 36024, p.347, obs. critiques D. Mazeaud.

⁶⁹⁹ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, chronique précitée, n°4.

⁷⁰⁰ Précité.

⁷⁰¹ Arrêts précités note n°529.

⁷⁰² Cont. Conc. Cons., 1994, n°92, commentaires L. Leveneur; Defrénois, 1994, Art. 35891, n°122, observations critiques de D. Mazeaud.

⁷⁰³ G. Paisant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, Dalloz, 1995, chron.99, n°17. Cet auteur considère que la formule donnée dans l'avis de la commission des clauses abusives revient à exclure ceux qui concluent "*au soutien direct de leurs intérêts professionnels*".

⁷⁰⁴ Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1988, Dalloz, 1988, Som. 407, obs. J.L. Aubert.

eut l'idée d'interpréter les deux arrêts rendus par la Cour de cassation en 1986 et 1987⁷⁰⁵, non comme un revirement de jurisprudence, mais comme un approfondissement d'une logique unique. Ainsi, cet auteur a fait remarquer que si dans l'arrêt de 1986, l'agent d'assurance avait traité pour la publicité de son cabinet, la société d'agence immobilière, dans l'arrêt de 1987, avait, quant à elle, acquis le système d'alarme *"de la même manière que l'aurait fait n'importe quelle personne physique pour la sauvegarde de sa résidence personnelle"*⁷⁰⁶. Il est vrai que l'on imagine mal un particulier faire de la publicité, sauf dans des cas exceptionnels, par exemple lors de la vente ou location d'un bien d'une certaine valeur. La solution obtenue grâce à ce critère est donc beaucoup plus souple et près de la réalité que celle qui découlerait de l'application d'une définition pure et dure du consommateur. Ainsi, il suffirait qu'un professionnel contracte en *"dehors de sa sphère normale d'activité"* et qu'il *"ne traite pas au soutien de ses intérêts professionnels à des fins lucratives"* pour être assimilé à un simple consommateur méritant protection⁷⁰⁷.

136. En réalité, c'est à M. Carmet que revient le mérite d'avoir émis l'idée d'une distinction en fonction de la nature du lien unissant l'acte conclu à la profession exercée. Dès 1982, cet auteur s'interrogeait de la sorte : *« Ne conviendrait-il pas de distinguer l'acquisition pour les besoins directs de cette activité (activité professionnelle), des opérations conclues dans le cadre de la profession mais qui n'entretiennent avec l'objet de celle-ci qu'une relation indirecte? »*⁷⁰⁸

Reprenant cette idée en l'affinant, M. Aubert a proposé de distinguer entre *"les actes de la profession, c'est-à-dire ceux qui caractérisent, qui constituent l'activité professionnelle considérée"* des *"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"*⁷⁰⁹. Seuls les premiers seraient exclus de la législation édictée pour protéger les consommateurs tandis que les seconds entreraient dans le champ de protection consumériste malgré le fait qu'ils aient été conclus par des professionnels. Il y aurait donc, entre les consommateurs et les professionnels, une catégorie intermédiaire : les *"professionnels-consommateurs"*⁷¹⁰. En réalité, il ne s'agit pas d'une véritable catégorie prédéterminée d'individus, mais d'un ensemble nébuleux de professionnels bénéficiant de la bienveillance consumériste uniquement pour les actes ne présentant pas de rapport direct avec leur activité professionnelle habituelle. M. Pizzio est également favorable à l'application du critère fondé sur le lien direct entre l'activité professionnelle et l'acte conclu. Cet auteur estime, en effet, que cette solution aurait le mérite d'orienter le droit de la consommation vers une plus grande unité⁷¹¹. M. Raymond utilise, quant à lui, la notion civiliste de cause du contrat pour illustrer ou remplacer celle de lien direct. Il propose pour chaque acte passé par un professionnel, de se demander s'il a pour motif impulsif et déterminant l'intérêt exclusif de l'entreprise. Dans l'affirmative, le contractant revendiquant l'application de la législation consumériste serait considéré comme un professionnel. Dans la négative, si l'acte peut être passé par n'importe quel

⁷⁰⁵ Cass. Civ. 1ère, 15 avril 1986, précité et 28 avril 1987, précité.

⁷⁰⁶ G. Paisant, note sous Cass. Civ., 28 avril 1987, J.C.P., 1987, II, 20893, n°10, et, *Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives*, Dalloz, 1988, chron.253, n°7.

⁷⁰⁷ Op. cit., n°7.

⁷⁰⁸ O. Carmet, *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978*, R.T.D. Com., 1982, 10.

⁷⁰⁹ J.L. Aubert, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1988, Dalloz, 1988, Somm. 407.

⁷¹⁰ G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, J.C.P., 1993, I, 3655, n°9.

⁷¹¹ J.P. Pizzio, *Code de la consommation commenté*, n°107 et 108.

particulier, le cocontractant serait alors un "*professionnel-consommateur*" susceptible de bénéficier de la protection réservée aux profanes et aux économiquement faibles⁷¹².

137. Cependant le critère du "rapport direct" ou de la cause du contrat, selon la terminologie utilisée par M. Raymond, ne permet pas d'instaurer l'unité et la cohérence recherchée, en vain, par la doctrine. En effet, deux séries de critiques peuvent être formulées à l'encontre de son application. Ces critiques peuvent d'ailleurs être illustrées par les arrêts rendus les 3 et 30 janvier 1996 par la Cour de cassation⁷¹³, dont les faits ont particulièrement caractéristiques des problèmes posés par la mise en oeuvre de ce critère.

138. En premier lieu, le critère du "rapport direct" est flou. Il suffit de lire les chroniques et les commentaires de décisions consacrées par la doctrine à la définition de la notion de consommateur pour être étonné des circonvolutions intellectuelles déployées et de la sinuosité des raisonnements utilisés. Il est frappant de constater que l'application du critère du "rapport direct" oblige la doctrine à créer des catégories aussi artificielles qu'absurdes! Celle de "*professionnels-consommateurs*" est l'exemple le plus topique. Comment peut-on envisager sérieusement la création d'une catégorie juridique qui réunirait en son sein deux concepts antagonistes? Il est en effet incontestable, qu'en droit de la consommation, le consommateur s'oppose irréductiblement au professionnel⁷¹⁴. La législation consumériste est d'ailleurs née, faut-il le rappeler, de la nécessité de protéger le consommateur contre les abus de puissance économique du professionnel. M. Calais-Auloy écrit dans son ouvrage de référence que "*la distinction entre professionnels et consommateurs est à la base du droit de la consommation. L'existence de cette branche du droit repose sur la constatation que de façon générale les professionnels sont en situation de supériorité par rapport aux consommateurs (...)*"⁷¹⁵. Si le droit est une science taxinomique, comme le pense M. Cozian⁷¹⁶, l'apparition de catégories juridiques aussi imprécises révèle l'échec des tentatives de définition du consommateur et, à travers ce constat, celui du droit de la consommation lui-même. En effet, il faut garder en mémoire que les critères d'unité proposés par la doctrine devaient amener simplicité et cohérence à la matière⁷¹⁷!

Au surplus, le caractère flou du critère d'unité proposé se retrouve sur le plan de l'application pratique. A partir de quelle intensité le lien entre un acte et une profession sera-t-il considéré comme direct? Il sera, dans certains cas bien difficile de répondre à cette interrogation. Prenons l'exemple de l'achat d'un système informatique par une entreprise industrielle. Ce système va avoir des fonctions multiples : permettre une gestion de production assistée par ordinateur, élaborer une comptabilité analytique rigoureuse et installer un traitement de texte pour le secrétariat. Cet investissement constitue-t-il un acte en rapport direct avec la profession d'industriel? A l'évidence, la G.P.A.O. s'intègre dans le processus de production de telle façon que nous pouvons répondre par l'affirmative sans

⁷¹² G. Raymond, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 2 février 1994, Cont. Conc. Cons., avril 1994, n°90; cf. également, *Les contrats de consommation*, art. précité, in actes du colloque de l'Université de Reims.

⁷¹³ Précités.

⁷¹⁴ *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, par G. Cornu, p.638, le professionnel est, "*par opposition à consommateur toute personne physique ou morale qui dans les contrats de vente ou de prestation de services agit dans le cadre de son activité professionnelle privée ou publique*".

⁷¹⁵ *Droit de la consommation*, n°7.

⁷¹⁶ *Du bon usage des sociétés civiles immobilières*, Dalloz, 1994, chron. 199, n°6.

⁷¹⁷ G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, J.C.P., 1993, I, 3655, n°12 : "*le premier avantage de l'unité serait celui de la simplicité (...). La simplicité confine ici à la cohérence*".

trop d'hésitation. On imagine mal un particulier se munir d'un tel système. Mais *quid* pour le reste? Si l'on suit le raisonnement de Mme Nicolau, qui approuve avec des nuances la distinction proposée par M. Aubert, l'informatisation de la comptabilité et du secrétariat serait des actes indirectement rattachés à la profession d'industriel⁷¹⁸. Cet auteur estime en effet que sont simplement accessoires à la profession l'acquisition d'un système d'alarme, un véhicule de fonction, une photocopieuse ou encore un "ordinateur de comptabilité"⁷¹⁹. Il est vrai que l'entreprise industrielle qui nous sert d'exemple pourrait techniquement fonctionner sans une informatisation de la comptabilité ou du secrétariat. Ces deux services internes ne concourent évidemment pas directement à la production.

Pourtant, il n'est pas évident que ce soient des actes indirectement rattachés à cette profession. En effet, M. Paisant en commentant un arrêt de la Cour d'appel d'Angers en date du 16 décembre 1987 qui avait assimilé à de simples consommateurs des horticulteurs victimes de coupures de courant électrique provoquant ainsi l'arrêt du chauffage des serres pendant une période de grand froid, critique la solution retenue par les conseillers angevins au motif "*que le prix du courant électrique était destiné à être répercuté sur le prix de vente de leurs productions*"⁷²⁰. Dans cette optique il sera bien difficile de déceler un jour un acte indirectement rattaché à la profession et susceptible de bénéficier de la protection du droit de la consommation. En effet, le coût du système d'alarme de la société d'agence immobilière a été très certainement lui aussi intégré dans le prix des prestations de services proposées à la clientèle. Pourtant la décision de la Cour de cassation qui avait considéré cette société comme un consommateur vis-à-vis du vendeur du système d'alarme a été approuvée par M. Paisant⁷²¹. Pour revenir à l'exemple que nous avons pris, il n'est pas douteux que le coût d'investissement du système informatique, que ce soit la partie directement rattachée à la production (G.P.A.O.) ou que ce soit celle de la comptabilité et du secrétariat, sera intégralement répercuté sur les prix de vente. D'ailleurs, M. Pizzio, qui approuve l'utilisation du critère du lien direct, considère que l'achat de matériel accessoire à la production, tel que le matériel de bureau ou le matériel informatique, est forcément exclu du champ de protection consumériste⁷²². Force est donc de reconnaître les difficultés d'application du critère du "rapport direct" entre l'acte et la profession, ainsi que l'imprécision de son contenu.

En vérité ce critère ne fait que déplacer le problème sans le résoudre⁷²³. Il ne s'agira plus de débattre sans fin sur les frontières des notions de consommateur et de professionnel, mais de se prononcer sur le caractère direct ou non de lien existant entre l'acte et l'activité professionnelle du contractant qui entend se placer sous la protection du "droit de la consommation". Il y aura ainsi, tant en doctrine qu'en jurisprudence, autant de variante du lien direct qu'il y a eu de conceptions du consommateur. L'instauration de ce critère n'est pas susceptible d'apporter l'unité et la cohérence attendus, dans la mesure où les auteurs continueront à se partager et à s'opposer selon l'idée, extensive ou restrictive, qu'ils se font

⁷¹⁸ G. Nicolau, note sous Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Dalloz, 1993, 87, n°7.

⁷¹⁹ Op. cit.

⁷²⁰ G. Paisant, *Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives*, Dalloz, 1988, chron.255, n°9, avec en annexe la décision de la Cour d'appel d'Angers in extenso.

⁷²¹ Op. cit.

⁷²² Code de la consommation commenté, n°107; mais l'auteur propose de faire entrer l'achat par un professionnel d'un système d'alarme ou d'un extincteur dans les actes de consommation... Il faut avouer que le critère de distinction est pour le moins obscure!

⁷²³ En ce sens, cf. G. Paisant, note sous Cass. civ 1ère 3 et 30 janvier 1996, Dalloz 1996, 228; **contra** : F. X. Testu, *La transcription en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives*, Dalloz Affaires 1996, 372.

de la protection de l'économiquement faible. Déjà certaines critiques ont été formulées. Ainsi M. Paisant a justement souligné les incertitudes engendrées par l'application d'un tel critère⁷²⁴. De même, M. Leveueur pose la question de savoir « *comment un contrat conclu par un professionnel, en vue de satisfaire ses besoins professionnels, n'aurait-il pas de rapport direct avec sa profession?* »⁷²⁵. Enfin M. Mestre considère que « *la formule n'est cependant pas exempte de toute ambiguïté* »⁷²⁶. Les deux arrêts rendus par la Cour de cassation en janvier 1996 illustrent parfaitement le problème. Dans chacune de ces espèces, une entreprise est exclue du champ de protection du droit de la consommation au motif que l'acte contenant une clause abusive a un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée. Or, dans le premier cas, il s'agissait d'un contrat d'alimentation en eau au profit d'une verrerie, et pour le second d'un contrat de crédit-bail portant sur un logiciel « gestion du marketing clients ». Dans ces deux hypothèses, il est certain que l'acte signé se rapportait à une activité professionnelle, mais il est possible d'émettre des doutes sérieux quant au caractère direct de ce rapport. Nous touchons là le problème de la pertinence du critère du "rapport direct".

139 . En second lieu, et c'est sans doute la critique prépondérante, le critère du "rapport direct" est erroné. Il faut, en effet, éviter de se perdre dans le dédale de la pure technique juridique pour revenir au principe fondateur du droit de la consommation, qui est de protéger le consommateur en ce qu'il est une personne présumée économiquement faible, face aux abus de puissance économique des professionnels⁷²⁷. Or il est incontestable qu'il existe des hypothèses de déséquilibres économiques et d'abus de puissance économique en dehors du rapport consommateur-professionnel stricto sensu. Si la jurisprudence a estimé nécessaire d'étendre, plus ou moins largement selon les époques et les textes de lois mis en oeuvre, la protection issue du droit de la consommation à certains professionnels, c'est évidemment pour tenir compte de leur faiblesse économique⁷²⁸. M. Mestre a rappelé que, sur le plan de l'inégalité de puissance économique, le clivage n'est pas forcément entre consommateurs et professionnels. Il existe aussi une fracture entre les professionnels selon la puissance économique de chaque contractant⁷²⁹ : il faut « *briser cette distinction trop manichéenne entre consommateurs et professionnels* »⁷³⁰. Cette interprétation téléologique du droit de la consommation, et de l'extension jurisprudentielle de la protection des consommateurs à certains professionnels, démontre l'absence de pertinence du critère d'unité tiré du rapport direct entre l'acte litigieux et la profession habituelle du contractant victime.

En effet, cette notion n'est pas de nature à servir de *distinguo* entre les économiquement faibles et les économiquement puissants. Le droit de la consommation

⁷²⁴ Note sous Cass. Civ. 1ère, 24 janvier 1995, Dalloz, 1995, 327, n°7.

⁷²⁵ Obs. Cont. Conc. Cons., 1995, n°84.

⁷²⁶ R.T.D. Civ., 1995, 360.

⁷²⁷ R. Martin, *Le consommateur abusif*, Dalloz, 1987, chron.150, n°7 : "on admet généralement avec le législateur de 1978, que l'infériorité du consommateur tient à un déséquilibre de puissance économique".

⁷²⁸ G. Nicolau, note sous Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Dalloz, 1993, 87, n°13 : "En définitive, la personne protégée par la jurisprudence est en réalité celle qui se trouve en situation de faiblesse, situation bien plus large que l'état de simple consommateur".

⁷²⁹ R.T.D. Civ., 1987, p.87.

⁷³⁰ J. Mestre, *Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine*, in Mélanges Breton-Derrida, Dalloz, 1991, p.252; cf. également G. Viney, JCP 1995 I 3893 n°28 : « *Que les professionnels en état de dépendance ne soient pas protégés contre les clauses abusives qui fourmillent dans les conventions qu'ils sont amenés à conclure avec des partenaires plus puissants, dont ils doivent subir les exigences, me paraît une grave injustice* ».

fait fausse route en ne se souciant plus de l'analyse des inégalités de puissance économique entre contractants et en se polarisant sur la nature des actes conclus. Nous quittons subrepticement la dimension nécessairement subjective de la protection des économiquement faibles pour privilégier un raisonnement objectif⁷³¹. Pourtant l'examen de l'acte et du lien qui le rattache à la profession habituelle du contractant ne peut, à lui seul, permettre de savoir s'il y a ou non déséquilibre de puissance économique entre contractants. Prenons le cas d'espèce qu'a eu à connaître la Cour d'Angers le 16 décembre 1987. Les horticulteurs avaient incontestablement subi un préjudice grave en raison des coupures de courant électrique qui avaient interrompu le chauffage de leurs serres pendant une période de froid exceptionnel. Dans le cadre de l'action en responsabilité civile qu'ils ont intentée contre E.D.F., cet établissement leur opposait une clause limitative de responsabilité. Était-il possible de prononcer l'éradication de cette clause sur le fondement de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978? Au regard du critère du rapport direct, ou de celui de la cause du contrat qui aboutit au même résultat, force est de répondre par la négative. En effet, le contrat de fourniture d'électricité était un acte concourant directement au processus de production. M. Paisant relève justement que *"l'électricité leur était nécessaire pour la réalisation de leurs activités professionnelles"* et que ces horticulteurs ne se trouvaient pas dans la même situation que celle de la société d'agence immobilière ayant acheté un système d'alarme, acte seulement accessoire à son activité professionnelle⁷³².

Néanmoins, il nous semble que sur le plan des principes, la décision de la Cour d'Angers déclarant abusive la clause limitative de responsabilité opposée et imposée, par E.D.F. à ces cocontractants, est parfaitement justifiée, sur le plan de l'équité. N'est-il pas incontestable qu'il existait un déséquilibre de puissance économique manifeste entre E.D.F. et chaque horticulteur? Cette inégalité ne se situe pas seulement sur le plan du poids économique, en terme de chiffre d'affaires et de monopole sur le marché français, mais aussi sur celui des compétences techniques. Les horticulteurs, professionnels spécialisés dans la culture des jardins, n'ont pas a priori de compétence spéciale en matière de distribution de courant électrique. A cet égard, ils se trouvent *"dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur"*. E.D.F. a donc à sa charge une obligation d'information⁷³³ consistant à attirer l'attention de ses cocontractants sur les risques de survenance de coupures de courant et sur les moyens permettant d'y pallier (exemple : installation d'un groupe électrogène de sûreté). Par ailleurs, pourrait-on raisonnablement concevoir une discussion des horticulteurs sur les stipulations du contrat E.D.F.? La situation de monopole dans laquelle se trouve cet établissement rend bien improbable une telle discussion; ses cocontractants ne pouvant faire jouer la concurrence et n'ayant d'autre choix que de contracter aux conditions imposées ou d'arrêter définitivement leur profession faute de courant électrique. Les mêmes remarques peuvent être formulées à propos des arrêts rendus par la Cour de cassation les 3 et 30 janvier 1996. Dans la première espèce, le seul fait qu'une verrerie consomme de grandes quantités d'eau n'implique pas forcément qu'elle se situe sur un pied d'égalité avec la commune qui en assure l'approvisionnement. Dans la seconde, même si la gestion du fichier clients relève directement de l'activité professionnelle exercée, il n'est pas évident que l'entreprise

⁷³¹ Sur cette distinction voir J.P. Pizzio, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, Dalloz, 1982, chron.91; et G. Nicolau, op. cit., n°7.

⁷³² Op. cit., n°9.

⁷³³ Cf. infra n°760 et suiv.

bénéficiait d'une puissance financière suffisante pour négocier, avec la banque, le montant de l'indemnité forfaitaire en cas de résiliation du contrat de crédit-bail.

Que le contrat de fourniture d'électricité, d'eau ou de logiciel informatique, soit un acte directement rattaché à leur profession, ce qui, dans les espèces suscitées, n'est guère contestable, ne change rien à l'éventuel état d'infériorité dans lequel les différentes entreprises se trouvent par rapport à leur cocontractants. Ce critère ne se révèle donc pas pertinent pour donner une cohérence à la jurisprudence et au "droit de la consommation". D'ailleurs, M. Paisant le reconnaît implicitement lorsqu'il préconise le recours à la faute lourde pour contourner le problème posé par la clause limitative de responsabilité⁷³⁴, ou encore lorsqu'il se demande si derrière la notion de "rapport direct" ce n'est pas le critère de compétence qu'il convient d'appliquer⁷³⁵.

β - Le critère de compétence professionnelle

140. Le critère de la compétence professionnelle n'est pas nouveau, ni spécifique au droit de la consommation. Il a été emprunté à la jurisprudence sur les vices cachés dans le contrat de vente qui assimile au vendeur de mauvaise foi, le vendeur professionnel⁷³⁶ et qui ne déclare licites les clauses limitatives de responsabilité qu'entre "*les professionnels de même spécialité*"⁷³⁷. Dans cette dernière hypothèse, la spécialité est un synonyme de compétence technique⁷³⁸. Il est révélateur de constater que dans certains arrêts, l'acheteur professionnel invoque cumulativement la nullité d'une clause limitative de responsabilité sur le fondement des articles 1643 et 1645 du Code civil et sur celui de l'article L. 132-1 du Code de la consommation⁷³⁹ au motif qu'il n'a pas la même spécialité que son cocontractant.

141. S'agissant plus précisément du droit de la consommation, le critère de la compétence technique a été proposé très tôt par la doctrine. Ainsi, M. Berlioz a fait le parallèle entre la loi du 10 janvier 1978 et la jurisprudence relative aux clauses limitatives de responsabilité dans les contrats de vente entre professionnels de spécialité différente⁷⁴⁰

⁷³⁴ *Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives*, chronique précitée. Pour notre part, nous considérons ce recours à la faute lourde inopportun. Il constitue en effet une dénaturation complète de cette notion lorsqu'il s'agit de sanctionner de simples négligences, même si les conséquences de celles-ci s'avèrent catastrophiques. Il ne faut pas confondre la gravité de la faute et l'ampleur du dommage.

⁷³⁵ *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, chronique précitée.

⁷³⁶ Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1965, Dalloz, 1965, 389, et R.T.D. Civ., 1965, p.665, obs. G. Cornu, affaire "du pain maudit de Pont St Esprit" : "*le vendeur qui connaissait les vices de la chose, auquel il convient d'assimiler celui qui par sa profession ne pouvait les ignorer, est tenu, outre la restitution du prix qu'il a reçu, de tous dommages-intérêts envers l'acheteur*".

⁷³⁷ Cass. Com., 29 janvier 1974, Bull. Civ. IV, n°39, Cass. Civ. 3ème, 30 octobre 1978, J.C.P., 1979, II, 19178, note J. Ghestin, Cass. Com., 3 décembre 1985, Bull. Civ. IV, n°287, R.T.D. Civ., 1986, p.775, obs. J. Huet.

⁷³⁸ J. Bigot, *Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre professionnels*, J.C.P., 1976, I, 2755, n°7 : "*on doit admettre le jeu des clauses limitatives toutes les fois que l'acheteur possède la compétence technique nécessaire pour apprécier l'éventualité d'une défaillance du matériel qu'il achète (...)*".

⁷³⁹ Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1993, Cont. Conc. Cons., mars 1994, obs. L. Leveueur.

⁷⁴⁰ G. Berlioz, *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P., 1979, C.I., II, 13019, n°11.

pour en déduire que *"le non-professionnel inclut le professionnel non spécialiste"*. En raison de son manque de compétence technique, le professionnel peut donc bénéficier de la protection de la législation consumériste, au même titre que le consommateur⁷⁴¹. M. Denis Mazeaud va encore plus loin en estimant que le critère de la compétence technique doit effacer celui du rapport direct : *"En clair, il apparaît que le critère qui conduit le juge à assimiler le professionnel au consommateur ne réside ni dans la finalité de l'acte (besoins privés, besoins professionnels), ni dans le lien objectif existant entre l'acte et la spécialité professionnelle, mais bien dans la compétence du professionnel quant à l'activité contractuelle qui a donné lieu à la clause. L'incompétence et l'ignorance sont donc sources de protection!"*⁷⁴².

Le critère de compétence a l'avantage d'avoir été sérieusement mis en avant par la Cour de cassation dans son rapport pour l'année 1987. La Cour suprême s'en est servi pour donner une explication rationnelle des arrêts qu'elle a rendus les 15 avril 1986, 28 avril et 23 juin 1987⁷⁴³. Ainsi, il n'y aurait pas contradiction *"mais au contraire complémentarité"* entre ces décisions⁷⁴⁴. En effet, l'agent immobilier avait fait installer un système d'alarme *"sophistiqué"*. Il n'agissait pas *"dans le cadre des compétences générales nécessaires à la conduite de son commerce mais avait souscrit un contrat dans un domaine de technicité pointue"*, à l'égard de laquelle il redevenait un consommateur profane⁷⁴⁵. La Cour de cassation considère donc qu'un professionnel qui passe un acte pour les besoins de son activité, *"mais en dehors de ce qui est sa technicité propre"*, doit être assimilé à un *"consommateur inexpérimenté"* car *"la loi Scrivener n'a pas voulu a priori exclure de sa protection le petit commerçant ou le petit artisan qui contracte dans un domaine qui lui est parfaitement étranger"*⁷⁴⁶. Suite à l'attendu de principe posé par l'arrêt du 28 avril 1987, aux termes duquel un professionnel doit être protégé par la législation consumériste s'il se trouve *"dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur"*, la Cour de cassation a eu l'occasion, dans les arrêts ultérieurs, de confirmer l'application du critère de compétence⁷⁴⁷. Cette jurisprudence n'a pas toujours été suivie largement par les juges du fond⁷⁴⁸ même si certaines décisions s'en inspirent fortement⁷⁴⁹.

⁷⁴¹ Cf. note P. Delebecque sous Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1987, Dalloz, 1988, chron.1, n°8 et J. Mestre, R.T.D. Civ., 1987, p.87.

⁷⁴² D. Mazeaud, *Le juge face aux clauses abusives* in *Le juge et l'exécution du contrat*; **contra** : J. Karila de Van, note sous Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1988, Dalloz, 1990, 61, qui propose une combinaison des critères de rapport direct et de compétence; et J.P. Pizzio, note sous Cass. Civ. 1ère, 15 avril 1982, Dalloz, 1984, 439, qui privilégie exclusivement le critère fonctionnel.

⁷⁴³ Précités.

⁷⁴⁴ Rapports pour 1987, Doc. Franç., p.209.

⁷⁴⁵ Op. cit.

⁷⁴⁶ Op. cit.; En ce sens, G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique*, 1995, n°4095; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1990, p.475, et D. Mazeaud, Defrénois, 1994, Art. 35845, p.818.

⁷⁴⁷ Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Dalloz, 1993, 87, note G. Nicolau pour un plombier chauffagiste souscrivant un contrat d'assurance juridique; Cass. Civ., 6 janvier 1993, J.C.P., 1993, II, 22007, note G. Paisant pour un agriculteur achetant un extincteur.

⁷⁴⁸ C.A., Aix en Provence 2ème ch., 21 octobre 1988, Bull., Aix, 1988, n°3-4, p.2 pour un artisan fourreur achetant un système d'alarme pour protéger son local professionnel; C.A., Nîmes, 8 mars 1990, J.C.P., 1990, II, 21573, note G. Paisant et R.T.D. Civ., obs. J. Mestre pour un industriel ayant conclu un contrat de fourniture électrique avec E.D.F.

⁷⁴⁹ C.A., Angers, 16 décembre 1987, précité pour des horticulteurs ayant conclu eux aussi un contrat de fourniture d'électricité avec E.D.F.; C.A., Paris, 22 mars 1990, Dalloz, 1990 I.R., p.98 et R.T.D. Civ., 1990, p.475, obs. J. Mestre pour un joaillier ayant conclu un contrat d'« achat » d'espaces publicitaires auprès d'un éditeur; C.A., Aix en Provence, 8ème ch., 19 septembre 1989, Bull., Aix, 1989, n°3-4, p.24 pour une société de laboratoire souscrivant un contrat étranger à son activité de fabricant de produits pharmaceutiques; T.C., Fréjus, 1er mars 1993, J.C.P., 1994, 22194 note M.F. Coutant et J.J. Alexandre

142. Il est cependant permis de s'interroger sur le point de savoir si le critère de compétence est toujours celui retenu par la jurisprudence de la Cour de cassation pour distinguer le professionnel non protégé du consommateur. En effet, l'arrêt du 25 janvier 1995⁷⁵⁰ n'a pas utilisé la formule classique de l'état d'ignorance dans lequel se trouve le professionnel en question. Il est seulement fait référence à la notion de rapport direct entre l'acte litigieux et l'activité professionnelle exercée par le cocontractant. Cet abandon du critère de compétence est d'autant plus probable que les derniers arrêts rendus en application des dispositions relatives au démarchage et à la vente à domicile, telles qu'en vigueur avant la réforme du 23 juin 1989 ne procédaient plus à l'analyse de la compétence technique et de l'activité professionnelle exercée par le contractant qui entendait bénéficier de la protection de cette loi⁷⁵¹. A moins que, comme le suppose M. Paisant, la notion de "rapport direct" revienne à examiner la compétence professionnelle. "*Le critère tiré de cette absence de rapport direct ne se substituerait pas à celui de l'état d'ignorance du professionnel, il ne ferait que caractériser l'existence d'un contrat échappant à sa compétence*"⁷⁵². Si tel devait être le cas, il nous serait permis de déplorer tant de complications ! De deux choses l'une, ou bien il s'agit de critères distincts et il convient d'en privilégier un par rapport à l'autre, ou bien il s'agit d'une seule et même idée, mais alors pourquoi ne pas l'exprimer clairement?

143. En toute hypothèse, le critère de compétence, s'il est effectivement mieux à même d'appréhender les inégalités de puissance économique entre contractants que celui du "rapport direct", n'emporte pas entièrement la conviction.

Dans l'application qui en a été faite par la Cour de cassation, lors de l'arrêt du 15 avril 1986⁷⁵³, le problème a été malheureusement simplifié à l'extrême. Il est en effet douteux que l'on puisse considérer, a priori, un contrat de publicité comme dépourvu de "*technicité pointue*", par opposition à l'installation d'un système d'alarme "*sophistiqué*". Certes, la publicité s'insère dans la fonction de distribution inhérente à toute entreprise, et répond en cela au critère du rapport direct, mais on aurait tort d'affirmer péremptoirement qu'au vue du critère de compétence, l'agent d'assurance ne puisse être, dans un tel contrat, en position d'infériorité et de faiblesse. Il suffit de prendre connaissance de la bibliographie de certains ouvrages consacrés à la communication d'entreprise, pour se convaincre de la complexité de la matière et du degré de finesse auquel sont parvenues les théories et les techniques⁷⁵⁴. Il conviendrait donc de procéder à une analyse *in concreto* des relations

pour un bijoutier ayant conclu un contrat d'adhésion avec le G.I.E. des cartes bancaires; CA Paris 25è ch. B, 6 octobre 1995, Dalloz 1995 IR, 268 écartant la loi du 10 janvier 1978, dès lors que l'annonceur, qui a traité en qualité de professionnel, depuis plusieurs années avec le publicitaire, pour les besoins de son entreprise, ne peut être considéré comme un profane ou un simple consommateur non averti des usages en matière de publicité (clause limitative de responsabilité).

⁷⁵⁰ Précité.

⁷⁵¹ Cass. Civ. 1ère, 2 février 1994, Cont. Conc. Cons., avril 1994, n°90, obs. G. Raymond; la même solution a été adoptée pour l'application de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 par la chambre commerciale : Cass. Com., 10 mai 1994, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1994, n°155, note L. Leveneur.

⁷⁵² G. Paisant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, chron. précitée n°17.

⁷⁵³ Précité.

⁷⁵⁴ Cf. par exemple : P. Breton et S. Proulx, *L'explosion de la communication*, Paris, La découverte/ Boréal, Science et société, 1989; B. Brochand et J. Lendrevie, *Le publicitor*, Dalloz, 1989; A. De Narbonne, *Communication d'entreprise : conception et pratique*, Paris, Eyrolles, 1990; V. Defourny, *Organisation et pilotage stratégique de la communication*, Université Catholique de Louvain, nouvelle série, 198, 1991; E. Dupuy et Y. Cintas, *L'entreprise à la une*, éd. Organisation, 1990; J.M. Floch, *Sémiotique*,

existant entre l'agent d'assurance et l'agent de publicité. Si le contrat n'a pour objet que l'insertion d'une annonce dans la presse quotidienne, il est douteux que l'agent d'assurance soit en état d'infériorité sur le plan des compétences techniques. En revanche, s'il s'agit d'un contrat ayant pour objet l'élaboration d'un plan de communication comportant une stratégie marketing globale, l'équité commande d'assimiler l'agent d'assurance à un profane.

144 . Sur le plan des principes, le critère de compétence n'est pas non plus à l'abri des critiques. Ainsi, il peut exister des contrats conclus entre deux professionnels de même spécialité, et donc également compétents, dans lesquels il apparaît d'importantes inégalités économiques. Par exemple, il est évident qu'un contrat de distribution conclu entre IBM et un de ses revendeurs met en présence deux contractants de forces économiques disproportionnées. Pourtant ils sont tous deux spécialistes en matière informatique et compétents en ce domaine. Admettrait-on qu'IBM puisse, en toute impunité, imposer par un abus de puissance économique des clauses lui conférant un avantage manifestement excessif sous prétexte que son cocontractant possède une compétence professionnelle dans le même secteur d'activité? Inversement, deux contractants peuvent intervenir dans des secteurs d'activité totalement différents sans qu'*ipso facto* l'on puisse en déduire un déséquilibre de puissance économique, et la nécessité de protéger un des contractants. "*Connaissance n'est pas puissance*"⁷⁵⁵.

Le critère de compétence ne peut donc instaurer l'unité et la cohérence recherchées depuis l'origine du "droit de la consommation". La notion de consommateur reste donc désespérément nébuleuse. Il ne faut cependant pas feindre l'étonnement. Les notions de consommateur et de professionnel, l'une étant envisagée comme l'opposée de l'autre, ont été plaquées sur une situation qu'elle n'ont pas pour fonction d'appréhender. La parcellisation du droit qui en résulte ne peut donc qu'être critiquable, puisqu'elle a pour objet de compenser sur le plan juridique les inégalités économiques, en utilisant comme moyens des outils inadaptés. Si la notion de consommateur doit être maintenue dans notre droit positif, -et en filigrane se pose le problème de l'autonomie du droit de la consommation-, il semble que la cohérence ne sera obtenue qu'à condition de se servir du critère fonctionnel proposé par M. Pizzio. En effet, cet auteur a montré que la notion de consommateur découlait de la fonction économique de consommation. Il en déduit donc que seul le critère fonctionnel permet de délimiter le champ de protection du consommateur⁷⁵⁶. Ainsi, seraient soumis à une protection identique "*tous les utilisateurs de biens, sans tenir compte de l'usage privé ou professionnel de ceux-ci. Le fait que les biens à usage professionnel participent au processus de production ne devrait pas constituer un obstacle majeur, car l'acte accompli par le professionnel est de même nature que celui effectué par le consommateur final*"⁷⁵⁷.

marketing et communication : sous les signes les stratégies, P.U.F., 1990; T. Heller, *La communication audiovisuelle d'entreprise : le discours des apparences*, Paris, Les éditions d'organisation, 1990; I. Jullien, *Communication d'entreprise : conflit ou consensus?*, Mémoire D.E.A., Grenoble III, 1994; J. Lazar, *La science de la communication*, P.U.F., Que sais-je?, 1992; B. Miège, *La société conquise par la communication*, P.U.G., 1989.

⁷⁵⁵ O. Carmet, *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978*, R.T.D. Com., 1982, p.10.

⁷⁵⁶ J.P. Pizzio, note sous Cass. Civ. 1ère, 15 avril 1982, Dalloz, 1984, 439, n°13 : "*Le droit de la consommation a retrouvé sa vocation première qui est d'être le droit d'une fonction économique, où la notion de consommateur prend une autre dimension, puisque ce dernier est pris uniquement en sa qualité d'utilisateur de produits et de services*".

⁷⁵⁷ Op. cit., n°15.

145 . Le critère fonctionnel présente l'immense mérite d'être le seul qui ne dénature pas la notion de consommateur. Qu'elle soit finale ou intermédiaire, la fonction de consommation déclencherait les mêmes règles de protection à l'égard de tous les utilisateurs professionnels ou non. La seule exclusion porterait alors sur les actes conclus entre professionnels de même spécialités, c'est-à-dire entre "*vendeurs successifs d'un même produit, tels que les grossistes et les détaillants*"⁷⁵⁸. En outre, ce critère fonctionnel permettrait d'unifier, au delà du droit de la consommation, l'ensemble des solutions jurisprudentielles rendues en matière de vices cachés, de clauses limitatives de responsabilité dans les contrats de vente, d'obligations d'information et de sécurité⁷⁵⁹.

Mais si l'on comprend, au vue de critère fonctionnel, pourquoi seul l'utilisateur est protégé par le droit de la consommation, on a en revanche beaucoup de mal à voir en celui-ci un faible perpétuel. Il serait sans aucun doute excessif de faire bénéficier une entreprise économiquement puissante des disposition du droit de la consommation au seul motif qu'elle consomme, au sens économique du terme, des biens et des services. Inversement, les professionnels du négoce devraient aussi pouvoir bénéficier, dans certaines hypothèses, d'une protection face aux abus de puissance économique du cocontractant en position dominante. Enfin, il paraît curieux d'assimiler la fonction d'investissement à celle de consommateur, sous le prétexte que l'entreprise est aussi utilisatrice de biens d'investissement. Il ne faut pas oublier que la consommation des entreprises, contrairement à celle des ménages qui n'a pour objet que la satisfaction des besoins personnels, s'intègre dans un processus d'exploitation économique destiné à la réalisation du profit. Si des notions économiques doivent être utilisées en droit, encore faut-il ne pas les galvauder⁷⁶⁰.

Ainsi, le critère fonctionnel, à défaut d'être trop imprécis, peut néanmoins recevoir la même critique que le critère finaliste selon lequel il faut distinguer entre les biens et les services affectés à l'usage privé et ceux affectés à l'exercice d'une profession : son application engendre une protection trop abstraite. Ce critère éloigne, en effet, le droit de la consommation de sa finalité originelle qui est d'assurer la protection des consommateurs parce que ce sont, dans notre société, des personnes économiquement faibles. Nous aurons l'occasion de montrer que seul le recours à une présomption simple de faiblesse économique permet de donner une cohérence à la notion de consommateur⁷⁶¹. Mais cela implique l'instauration d'une protection des économiquement faibles par la théorie générale du droit des obligations, les dispositions consuméristes n'étant alors qu'un domaine de protection particulier et renforcé. En effet, en voulant conférer une protection aux seuls consommateurs, le droit positif contribue, par le biais de la jurisprudence, à dénaturer cette notion, et à mettre en oeuvre un système qui pêche par un excès d'abstraction.

SOUS-PARAGRAPHE 2 - LA NOTION DE CONSOMMATEUR : UN CRITERE

⁷⁵⁸ J.P. Pizzio, *Droit de la consommation*, Ency. Dalloz civil, n°425.

⁷⁵⁹ Op. cit., n°426.

⁷⁶⁰ M. Pizzio semble, aujourd'hui, ne plus retenir le critère fonctionnel, mais privilégie le critère finaliste tiré de l'idée de « *rapport direct* » entre l'activité professionnelle et l'acte conclu; cf. Code de la consommation commenté, précité.

⁷⁶¹ Cf. infra n°626 et suiv.

SUBJECTIF ABSTRAIT

146 . La notion de consommateur n'aurait pas provoqué un bouleversement du droit des obligations si elle avait été cantonnée à certains contrats spéciaux tels que la vente par démarchage à domicile ou le contrat de prêt à la consommation⁷⁶². L'objectif assigné au droit de la consommation, en particulier depuis la loi du 10 janvier 1978, et notamment son article 35, est *"de rétablir dans les rapports contractuels l'égalité lorsqu'elle est menacée au détriment de l'une des parties qui en l'occurrence se trouve être le consommateur"*⁷⁶³. C'est la généralité de la protection instaurée pour lutter contre les clauses abusives qui a déstabilisé le contrat⁷⁶⁴ et bouleversé l'ensemble des règles de la théorie générale⁷⁶⁵. La notion de consommateur a donc été un facteur perturbant pour le droit des obligations en raison de la protection générale qui a été mise en place et qui a vocation à s'appliquer en ce qui concerne les clauses abusives à tous les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.

147 . La généralité de la protection, ainsi que son abstraction ont été poussées si loin que l'on a pu reprocher au mouvement consumériste *"de ressusciter un véritable droit de classe"*⁷⁶⁶. Cette critique nous paraît en grande partie injuste, sauf si l'on appréhende la notion de consommateur sur un fond de lutte des classes, non dépourvu d'un certain militantisme⁷⁶⁷. Cette position étant anachronique, il est peu vraisemblable qu'elle soit partagée par la majorité de la doctrine consumériste. Il est donc impossible de reprocher au droit de la consommation d'ériger à nouveau un droit de classe. La notion de classe, que se soit celle de l'ancien régime ou celle de la pensée marxiste, est par définition rigide, imperméable et immuable. A l'inverse, la catégorie sociale des consommateurs est souple, poreuse et imprécise⁷⁶⁸. Il est même probable qu'il ne s'agisse pas d'une catégorie sociale mais d'une notion fonctionnelle, au même titre que la production, la distribution ou le financement. Ainsi chaque fois qu'un individu se situera en position de consommateur de biens et services, il sera protégé par les dispositions législatives consuméristes, peu important sa catégorie socioprofessionnelle, son patrimoine, ses revenus ou sa compétence. L'abstraction de la notion fonctionnelle de consommateur permet donc d'écarter la critique de la création d'un nouveau droit de classe. Mais ce n'est que pour mieux succomber sous les coups d'une autre critique, cette fois parfaitement justifiée.

148 . En effet, si la conclusion à laquelle aboutissent MM. Mazeaud et Chabas est excessive, le constat qui en est la base est, en revanche, pertinent : *"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"*⁷⁶⁹. Il n'existe pas

⁷⁶² J.P. Pizzio, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, Dalloz, 1982, chron.91, n°2.

⁷⁶³ P. Malinvaud, *La protection des consommateurs*, Dalloz, 1981, chron.49, n°3.

⁷⁶⁴ M. Armand-Prévost et D. Richard, *Le contrat déstabilisé, de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel*, J.C.P., 1979, I, 2952.

⁷⁶⁵ G. Berlioz, *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P., 1979, C.I., II, 13019, n°17 et suiv.

⁷⁶⁶ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations*, tome II, vol. 1er, n°32-3.

⁷⁶⁷ L. Bihl, *Vers un droit de la consommation*, G.P., 1974, Doct., 754.

⁷⁶⁸ *"Nous sommes tous des consommateurs"* J.F. Kennedy, allocution au congrès en 1962.

⁷⁶⁹ Op. cit.

une adéquation parfaite entre la fonction de consommation et l'idée de contractant économiquement faible⁷⁷⁰. Pour quelle raison le fait d'être en bout de chaîne impliquerait automatiquement l'existence d'une situation d'infériorité? D'ailleurs, il arrive que ce soit un professionnel qui occupe cette position. C'est notamment le cas pour les consommateurs intermédiaires. Dans cette hypothèse, le professionnel est dans la fonction économique de consommateur puisque l'électricité, l'eau, les fournitures de bureau n'ont pas vocation à être incorporées dans la production, ni revendues à un tiers. Le critère finaliste de la définition de consommateur est dans l'incapacité de rendre compte, de façon cohérente et logique d'un tel paradoxe. Le critère fonctionnel présente, lui aussi, des lacunes car la faiblesse économique d'un contractant ne se réduit pas à la fonction de consommation, même si l'expérience montre que souvent le consommateur est en position d'infériorité par rapport au professionnel, sur le plan des connaissances et de l'information.

149. Tout le problème provient du caractère abstrait de la protection instaurée par le droit de la consommation. Le postulat de ce droit, pour ne pas dire le dogme, est que le consommateur est présumé irréfragablement faible, face au professionnel présumé irréfragablement puissant. Le postulat va encore plus loin puisqu'il faut présumer les professionnels égaux entre eux⁷⁷¹ afin de ne pas dénaturer le droit de la consommation en l'appliquant aux relations entre professionnels⁷⁷². Or, cette double assimilation entre l'économiquement faible et le consommateur d'une part, et l'économiquement puissant et le professionnel d'autre part, n'est pas totalement exacte. Appliqué strictement comme le préconise la majeure partie de la doctrine consumériste, ce critère de distinction entraîne de graves injustices, soit que certaines personnes méritant d'être privilégiées ne le sont pas, soit que certaines autres sont protégées alors qu'elles ne le méritent pas. Dans ce dernier cas, nous ne sommes pas loin de l'idée de privilège, que dénonçait Ripert : « *La protection générale et abstraite de certains contractants n'a, quoi qu'on en dise, aucun rapport avec le respect de la volonté telle que le Code civil le concevait. Il s'agit tout simplement de protéger une catégorie spéciale de personnes contre la force des autres. Sous un régime démocratique, la protection va naturellement à ceux qui sont en même temps les plus faibles et les plus nombreux. Cette politique sans doute se réclame de la justice, mais c'est une justice abstraite : elle ne tient pas compte des situations individuelles; elle fait de grandes catégories dans les sujets de droit. (...) Quand l'idée a été acquise que les faibles ont le droit d'être protégés par les pouvoirs publics à raison de leur faiblesse même, l'intervention légale a sacrifié le principe d'égalité devant la loi, sans avouer que certaines catégories de personnes étaient ainsi privilégiées* »⁷⁷³. Le critère subjectif, dans sa dimension abstraite de consommateur ou de professionnel, a donc l'inconvénient d'instaurer à la fois une surprotection et une sousprotection injustifiée.

A - UNE SURPROTECTION INJUSTIFIÉE

⁷⁷⁰ C'est aussi et notamment l'opinion de M. Mestre, cf. obs. et art. précités.

⁷⁷¹ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, n°7.

⁷⁷² G. Paisant, note sous Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1992 et 6 janvier 1993, J.C.P., 1993, II, 22007; L. Leveneur note sous Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1993, J.C.P.E., 1994, II, 593.

⁷⁷³ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n°16.

150 . Le consommateur n'est pas toujours cet individu faible, ignorant et isolé, que nous dépeint non sans caricature le droit de la consommation. Certains individus, dans le cadre de la fonction de consommation sont protégés de plein droit alors que leur situation ne le justifie pas. Il s'agit principalement des professionnels agissant en dehors de leur activité pour conclure un acte de consommation entrant dans leur champ de compétences. Que l'on utilise le critère fonctionnel, ou le critère du rapport direct entre l'acte et la profession habituelle, le professionnel en question bénéficiera de la protection de la législation consumériste. On se trouve alors en présence d'un "*consommateur abusif*"⁷⁷⁴. Pour reprendre les exemples cités par M. Martin, un mécanicien qui acquiert une voiture automobile pour ses besoins familiaux ou un notaire qui achète un appartement pour les mêmes besoins ne sont pas des consommateurs profanes⁷⁷⁵. Nous pourrions multiplier les exemples à l'infini et envisager un banquier demandant un prêt à la consommation ou un informaticien achetant un logiciel de jeu pour ses enfants. Il est évident que, dans ces exemples, le consommateur n'a pas besoin, sur le plan de l'information du moins, d'une protection aussi forte que celle indispensable à un consommateur véritablement profane.

151 . C'est justement dans le domaine de l'information que le droit de la consommation a recherché sa légitimité et son efficacité. M. Bihl, lors de la promulgation de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, déclarait que "*L'on a assez dit et écrit que sans une véritable information, il n'y avait pas de liberté pour le consommateur. Protéger cette information et la promouvoir est donc la base même de toute politique de la consommation*"⁷⁷⁶. Mais, même entre consommateurs, l'information, ou plus justement l'absence d'information, n'est pas également partagée, et la protection abstraite du droit de la consommation ne permet pas de prendre en compte les inégalités sur ce point. Ainsi, la Cour de cassation demande aux juges du fond de ne pas "*rechercher si l'acheteur était un consommateur expérimenté ou non, condition qui ne figure pas dans la loi*"⁷⁷⁷. La doctrine consumériste approuve cette solution en faisant remarquer que la loi, dont les dispositions sont d'ordre public, ne prévoit pas une restriction du domaine de protection basée sur l'expérience ou la compétence du consommateur. M. Aubert fait d'ailleurs remarquer que "*cette considération d'ordre public ne s'opposerait pas dans la démarche inverse, qui exclurait a priori de la protection légale les actes simplement relatifs à l'activité professionnelle, à l'admission d'une application exceptionnelle de la protection légale au professionnel pour les actes manifestement étrangers à sa compétence : l'ordre public de protection n'est pas contrarié par une dérogation qui en accroît les cas d'application*"⁷⁷⁸. Sur le plan de la pure mécanique juridique cette opinion n'est pas critiquable. Sur celui de l'opportunité elle présente l'avantage de la simplicité puisque la notion de consommateur "*définie a minima (...) représente le plus petit dénominateur commun de la notion*"⁷⁷⁹.

152 . Cependant, il est permis de douter de la pertinence de cette solution qui instaure une protection aveugle, bénéficiant à des personnes qui ne sont pas en état d'infériorité dans le domaine de l'information et de la connaissance. Deux effets pervers peuvent être

⁷⁷⁴ R. Martin, *Le consommateur abusif*, Dalloz, 1987, chron.150.

⁷⁷⁵ Op. cit., n°4; cf. aussi les exemples cités par M. Carmet, in R.T.D. Com., 1982, p.10 précité.

⁷⁷⁶ L. Bihl, *La loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur*, J.C.P., 1978, C.I., II, 12759, n°12.

⁷⁷⁷ Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1988, Dalloz, 1988, Somm. 407, obs. J.L. Aubert; Dalloz, 1990, 61, note J. Karina de Van.

⁷⁷⁸ J.L. Aubert, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1988, précité.

⁷⁷⁹ G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, n°7, précité.

constatés. D'abord, des contractants expérimentés vont pouvoir cacher leur mauvaise foi derrière le masque bien commode du consommateur. Ensuite, se sentant universellement et arbitrairement protégés, les consommateurs risquent peu à peu de privilégier l'inconscience au détriment de la responsabilité. Il est évident que plus une protection juridique est élevée et abstraite, plus le degré de responsabilité du citoyen moyen s'abaisse. C'est ainsi qu'un auteur a pu titrer que le droit de la consommation nous faisait passer *"de l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice"*⁷⁸⁰. M. Rouhette, de façon encore plus tranchée, estime que *"les textes contemporains paraissent ... fondés sur la présomption que le contractant non professionnel n'est que faiblesse, imbecillitas"*⁷⁸¹. Cette critique nous semble justifiée en raison du caractère abstrait de la protection instaurée sur la base de la notion de consommateur. Plutôt que de se complaire dans une analyse *in abstracto*, il vaudrait mieux, malgré les complications techniques qu'elle engendrerait, privilégier une analyse *in concreto* de la faiblesse, de la compétence et du savoir⁷⁸². A défaut, l'abstraction du critère subjectif utilisé pour délimiter le champ de protection fait du consommateur *"un incapable majeur"*⁷⁸³. Dans certains cas les juridictions ont perçu l'importance des effets pervers de la protection abstraite du consommateur. Ainsi la Cour d'appel de Paris a refusé la demande de redressement judiciaire civil d'un particulier en retenant que *"sa situation de surendettement n'a pas pu lui échapper au fur et à mesure de la souscription des emprunts, dans la mesure où il exerçait la profession d'attaché commercial d'un organisme de crédit, et que son activité professionnelle consistait à proposer des prêts à la clientèle tout en s'assurant que la capacité à épargner des emprunteurs leur permettait de faire honneur à leurs engagements"*⁷⁸⁴. Un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris est venu confirmer cette tendance en excluant du bénéfice de la loi du 31 décembre 1989, insérée dans les articles L. 331-2 et suiv. du Code de la consommation des individus *"professionnels de la banque"* qui *"ont sans aucune nécessité familiale, de façon délibérée pris vis-à-vis de leur créanciers des engagements qui compte tenu de leurs salaires et en l'absence d'épargne personnelle, ils savaient ne pouvoir respecter (...)"*⁷⁸⁵. En l'espèce les juges parisiens ont vraisemblablement été sensibles à la profession des membres du ménage surendetté⁷⁸⁶.

Dans un domaine voisin, celui de la responsabilité des organismes bancaires dispensateurs de crédit, la Cour de cassation a utilisé un raisonnement similaire pour débouter un pharmacien de sa demande de condamnation d'une banque pour soutien abusif, au motif qu'il avait fait preuve *"d'une imprudence consciente et délibérée en se livrant à une opération extra-bancaire"*. La Cour d'appel est approuvée d'avoir considéré qu'il n'était pas plausible que *"ce pharmacien, compte tenu de sa profession et de l'importance de ses opérations financières"*, ait pu s'engager *"sans demander ni recevoir le*

⁷⁸⁰ E. Agostini, *De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice*, Dalloz, 1994, chron.235.

⁷⁸¹ G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in Etudes offertes à R. Rodière, Dalloz, 1981, p.247, n°10.

⁷⁸² **Contra** : G. Cas et D. Ferrier, *Traité du droit de la consommation*, P.U.F., 1986, n°301 et 302; J.P. Pizzio, *Droit de la consommation*, précité, n°430 et suiv.; J. Calais-Auloy, op. cit., n°9.

⁷⁸³ P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°325 : *"La psychanalyse démontre que le mariage étouffe tout espoir d'initiative : informé et protégé par la loi le consommateur ne fait plus que consommer"*.

⁷⁸⁴ C.A., Paris, 17 décembre 1990, Dalloz, 1991, 270, note Groslière.

⁷⁸⁵ C.A., Paris, 24 novembre 1994, Cont. Conc. Cons., février 1995, n°41, 3ème espèce.

⁷⁸⁶ De même il est possible de citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris, 5è Ch. Com., 13 octobre 1994, Dalloz, 1995, 264, note Y. Dagherne-Labbe, qui, pour exclure l'application de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, a pris la peine de relever que le professionnel sollicitant le bénéfice de cette protection était *« une société importante qui doit recouvrer chaque année un nombre très important de factures (...) »* et *« qu'on se trouve donc en présence de puissances économiques de même ordre et non d'un particulier qui subit le joug d'un partenaire susceptible de lui dicter sa loi »*.

*moindre document qui y fut relatif*⁷⁸⁷. Mais la jurisprudence n'est pas, là encore, dépourvue d'ambiguïtés puisque la Cour de cassation, dans son arrêt du 3 mai 1988⁷⁸⁸ a approuvé une Cour d'appel qui s'est contenté d'appliquer une protection *in abstracto*, sans rechercher si le consommateur était ou non expérimenté. De même, elle a jugé que la qualité d'avocat à la retraite ne faisait pas obstacle à l'ouverture d'un règlement amiable⁷⁸⁹.

153. Nous sommes de ceux qui déplorent cette surprotection conférée aux consommateurs. S'agissant plus particulièrement de la loi Neiertz du 31 décembre 1989, il est clair que la volonté initiale du législateur était de venir en aide aux ménages les plus défavorisés par la conjoncture économique, et non pas de venir au secours "*des personnes dont les revenus, le standing social, le niveau d'information aurait dû conduire à ne jamais être en situation d'impossibilité manifeste de faire face à leurs dettes*"⁷⁹⁰. Même en dehors du problème du surendettement des particuliers, serait-il si choquant d'exclure un consommateur du domaine de protection contre le démarchage à domicile ou les clauses abusives lorsqu'il apparaît qu'il n'était pas en position d'infériorité mais d'égalité par rapport à son cocontractant professionnel⁷⁹¹. N'existe-t-il pas un inconvénient majeur pour le droit à être déconnecté de la réalité et décalé par rapport aux véritables inégalités économiques existant dans la société? *De lege ferenda*, le droit positif devrait instaurer une protection qui couvre tous les cas d'inégalités, mais rien que les cas d'inégalités. *De lege lata*, force est de reconnaître que la notion abstraite de consommateur instaure non seulement une surprotection, mais également une sousprotection, ce qui est beaucoup plus critiquable.

B - UNE SOUSPROTECTION INJUSTIFIÉE

154. Nous avons vu que le fondement essentiel du droit de la consommation réside dans le fait que le consommateur est irréfragablement présumé en position de faiblesse économique face au professionnel, et ce en raison de sa place dans le circuit économique⁷⁹². Le corollaire de ce postulat est la présomption, là aussi irréfragable, d'égalité entre professionnels. Sans revenir sur l'absence de lien nécessaire entre la position ou la fonction économique et l'état de faiblesse, il convient de montrer qu'il existe des hypothèses de faiblesse économique en dehors de la notion de consommateur, et que par conséquent, le droit de la consommation entendu strictement entraîne un phénomène regrettable de sousprotection. M. Mestre souligne opportunément qu'il « *est des professionnels de toutes sortes, y compris dans la sphère d'une même activité : des puissants et des humbles, des sachants et des ignorants, des indépendants et des dépendants* »⁷⁹³.

⁷⁸⁷ Cass. Civ. 2ème, 13 novembre 1992, J.C.P., 1993, IV, 173.

⁷⁸⁸ Précité.

⁷⁸⁹ Cass. Civ. 1ère, 18 février 1992, Dalloz, 1992, 317, 1ère espèce, note G. Paisant.

⁷⁹⁰ A. Sinay-Cytermann, *Protection ou surprotection du consommateur?*, J.C.P., 1994, I, 3804, n°18 et 19.

⁷⁹¹ Sur la critique de la trop grande complexité d'une analyse *in concreto* des inégalités entre contractants, cf. infra n°626 et suiv., et notre proposition d'instaurer *de lege ferenda* une présomption simple d'infériorité économique au bénéfice du consommateur.

⁷⁹² Le consommateur se situe toujours au bout de la chaîne de la distribution, en position d'utilisateur de biens ou de services.

⁷⁹³ J. Mestre, *Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine*, art. précité, p.252. Dans le même sens, cf. G. Viney, JCP 1995 I 3893, n°28.

Consciente de ce problème, une partie de la jurisprudence et de la doctrine consumériste, favorable à l'application du critère finaliste, a cherché à étendre quelque peu le champ de protection avec l'insuccès que l'on sait. L'explication de cet échec réside dans l'utilisation inadéquate du critère de l'affectation des biens et services et de la règle de l'accessoire. Ce critère et cette règle servent le dogme de la protection abstraite du consommateur, sans se soucier des inégalités de puissance économique existant dans notre société.

1/ L'EXISTENCE DE CAS D'INFERIORITE ECONOMIQUE EN DEHORS DU CONSOMMATEUR

155 . Le clivage consommateur-professionnel est loin de couvrir l'ensemble de la réalité des inégalités économiques. Ce constat n'est pas nouveau et il est possible de trouver, en droit positif, des règles qui protègent le professionnel face au non-professionnel. Ainsi, la législation sur les baux commerciaux protège le locataire, qui est un professionnel commerçant, contre les abus éventuels du bailleur, qui est fréquemment un simple particulier⁷⁹⁴.

Surtout le postulat d'égalité de puissance économique entre professionnels est une fiction. Il est permis de s'étonner de l'instauration d'une présomption aussi artificielle et abstraite dans un droit se voulant protecteur et dont l'autonomie est fréquemment légitimée par le reproche fait au droit commun des obligations d'être exagérément égalitaire et abstrait⁷⁹⁵. En effet, certains professionnels ont un besoin de protection équivalent sinon supérieur à celui du consommateur. M. Virassamy l'a démontré en ce qui concerne les professionnels en situation de dépendance économique, tels que les franchisés ou les concessionnaires⁷⁹⁶. Avant lui M. Cabrillac avait attiré l'attention sur les déséquilibres existants dans certains contrats conclus entre professionnels, et issus de la pratique commerciale⁷⁹⁷.

156 . A la suite de la promulgation de la loi Scrivener du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs, des auteurs ont relevé, à juste titre, le caractère abstrait et artificiel de la fracture consommateur-professionnel, car il existe à l'évidence des disparités importantes de puissance économique entre professionnels, certains pouvant *"être dans une situation désavantageuse à l'occasion de contrats conclus avec d'autres professionnels"*⁷⁹⁸. Refuser de prendre en compte les inégalités de puissance

⁷⁹⁴ Décret du 30 septembre 1953.

⁷⁹⁵ A. Françon, *Rapport sur la protection du consommateur dans la conclusion des contrats civils et commerciaux en droit français*, in Travaux de l'ass. H. Capitant, *La protection des consommateurs*, tome XXIV, 1973 : *"il est conforme au principe de l'autonomie de la volonté que le contractant le plus faible soit à la merci du plus fort"*.

⁷⁹⁶ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, L.G.D.J., 1986; voir aussi J. Thérard, *Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur*, R.T.D. Com., 1972, p.537.

⁷⁹⁷ M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mélanges dédiés à G. Marty, p.235 et suiv.

⁷⁹⁸ G. Larroumet, note sous C.E., 3 décembre 1980, Dalloz, 1981, n°228; voir aussi J. Mestre, R.T.D. Civ., 1987, p.87 : *"Car enfin le notaire qui s'informatise ou le dentiste qui achète le matériel de son cabinet*

économique entre professionnels revient à créer des injustices significatives. Quelle explication rationnelle justifie qu'une clause limitative de responsabilité soit réputée non écrite pour le consommateur qui achète un appareil électroménager, une machine à café par exemple, alors que la même clause sera déclarée opposable à l'artisan boulanger acquérant un four à pain coûtant plusieurs centaines de milliers de francs, auprès d'une entreprise multinationale réalisant un chiffre d'affaires sans commune mesure au sien? La situation du boulanger paraît, vue sous cet angle, beaucoup plus précaire que celle du consommateur puisqu'un vice caché, qui entraîne un arrêt intempestif du four, lui causera un préjudice économique significatif, de nature à mettre son exploitation en péril. A cet égard, le fait que les deux contractants soient de même spécialité ne change en rien la faiblesse économique du boulanger par rapport au fabricant.

157. Mais la critique du système de protection des économiquement faibles tel qu'il existe actuellement, c'est-à-dire fondé presque exclusivement sur la notion abstraite de consommateur, va encore plus loin. Prenons l'exemple d'un avocat achetant un logiciel de comptabilité et un ordinateur. S'il affecte ce bien à la tenue de la comptabilité de son cabinet, il sera présumé l'égal du vendeur spécialisé en informatique et pourra se voir opposer la clause limitative de responsabilité qui aura été éventuellement insérée dans les conditions générales de vente. S'il utilise ce matériel pour la gestion du budget familial, il bénéficiera alors de la protection la plus étendue contre les clauses abusives ! Or il paraît évident que, sur le plan du savoir informatique, l'avocat ne peut être présumé l'égal du vendeur informatique sans tomber dans l'absurde. Mais déjà apparaît en filigrane la critique du principe de l'affectation des biens et de la règle de l'accessoire.

2/ L'UTILISATION INADEQUATE DES REGLES DE L'AFFECTATION DES BIENS ET DE L'ACCESSOIRE

158. La majeure partie de la doctrine consumériste fait preuve d'un juridisme excessif en voulant instaurer un critère finaliste pur et dur au risque de se déconnecter des réalités économiques et sociales et de créer une protection partielle des économiquement faibles. Les *"laissés pour compte de la protection"*, selon l'expression de M. Malinvaud⁷⁹⁹, éprouveront alors un fort sentiment d'injustice et d'ineffectivité de la protection instaurée uniquement pour certaines catégories privilégiées. La notion de professionnel n'étant pas synonyme de puissance économique l'utilisation des règles de l'affectation des biens et de l'accessoire se révèle particulièrement mal adaptée pour assurer une protection efficace. Mme Vialle, qui est une fervente partisane de la conception étroite du consommateur, estime que *"l'exclusion du professionnel du bénéfice des dispositions consuméristes est fondée sur l'affectation qu'il donne au bien ou au service objet du contrat"*. L'auteur ajoute plus loin : *"(...) dès lors que le contrat vise à satisfaire des besoins professionnels, le droit de la consommation n'a pas à s'appliquer puisqu'il est fondé sur la notion de consommation finale"*⁸⁰⁰. Cette opinion majoritaire en doctrine⁸⁰¹ est critiquable à un double titre.

sont-ils réellement à l'abri des clauses abusives et donc indignes de protection? N'est-il pas excessif de les opposer à ceux qui contractent pour leurs seuls besoins personnels, familiaux?".

⁷⁹⁹ P. Malinvaud, *La protection des consommateurs*, Dalloz, 1981, chron.49 et suiv., spéc., p.62.

⁸⁰⁰ S. Vialle, *La profession, étude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, thèse Grenoble, 1990, tome I, p.21 et 22.

159 . D'abord, une entreprise peut, dans l'exercice d'une activité professionnelle, se trouver dans une position de consommateur final. Il en est ainsi pour la consommation d'électricité et de chauffage, ou encore pour l'informatisation du secrétariat et le nettoyage des locaux administratifs. Ces charges sont comptabilisées dans les postes de frais généraux et n'ont pas vocation à être directement incorporées dans la production de biens et services. Certes, dans le langage économique, ces dépenses seront assimilées à de la consommation intermédiaire car l'entreprise qui les contracte est une unité productive⁸⁰². Mais ne peut-on pas considérer que, pour ce type de dépenses accessoires à l'activité principale, le professionnel peut, dans certains cas, se trouver dans la même situation que n'importe quel consommateur?⁸⁰³. Qu'est-ce qui peut bien justifier un régime différent entre la consommation finale et la consommation intermédiaire, alors que les inégalités de puissance économique s'analysent par rapport aux contractants et non en fonction de l'affectation d'un bien ou d'un service? Mme Vialle croit pouvoir apporter un élément d'explication en posant le principe qu'il existe, par essence, une différence de nature entre les déséquilibres de puissance économique pouvant exister entre professionnels et l'inégalité qui caractérise les rapports professionnel-consommateur. Dès lors, le professionnel ne semble pas pouvoir bénéficier d'un traitement similaire à celui du consommateur. S'il souffre d'infériorité par rapport à son contractant, elle n'est pas de même nature que celle qui affecte le consommateur⁸⁰⁴. Mme Vialle justifie cette différence essentielle par l'inaptitude du consommateur "*à la négociation contractuelle, laquelle n'a pas lieu d'être prise en compte dans le cas d'un professionnel*"⁸⁰⁵. Cependant, nos développements consacrés aux contrats d'adhésion⁸⁰⁶ ont permis de montrer combien était chimérique la croyance selon laquelle le professionnel est toujours en mesure de négocier les contrats qu'il conclut. De plus, l'existence d'une négociation ne permet pas de présumer irréfragablement que les contractants sont sur un pied d'égalité, puisque souvent une entreprise économiquement puissante va se servir de la période des pourparlers afin d'obtenir nombres d'avantages et de concessions au détriment de son partenaire, fut-il aussi professionnel. Ainsi, il ne nous semble pas qu'il y ait réellement une différence de nature entre la faiblesse économique du consommateur et celle affectant, dans certaines situations, le professionnel. Ou plutôt s'il en existe une, nous aurions tendance à considérer que le professionnel est en droit d'attendre, dans les relations avec ses homologues, une protection plus efficace que celle accordée aux consommateurs! En effet, alors que ce dernier est souvent protégé pour des actes banals de consommation courante, portant sur des biens ou services superflus, l'entreprise, quant à elle, peut voir son existence mise en jeu lorsqu'un litige survient lors de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat vital pour elle⁸⁰⁷.

160 . Ensuite l'affectation d'un bien peut être multiple. Prenons l'exemple d'un agent commercial, professionnel juridiquement autonome et indépendant, qui acquière un véhicule automobile pour ses déplacements professionnels de la semaine d'une part et, pour ses déplacements personnels et familiaux pendant les week-ends et les vacances

⁸⁰¹ J. Calais-Auloy et L. Leveneur, op. cit.

⁸⁰² D. Flouzat, op. cit., p.51.

⁸⁰³ En ce sens J.L. Aubert, op. cit.

⁸⁰⁴ Op. cit., p.342.

⁸⁰⁵ Op. cit., p.346.

⁸⁰⁶ Cf. supra n°54 et suiv.

⁸⁰⁷ Exemple : l'acquisition d'un système de production entièrement automatisé qui comporte un vice de fabrication. Dans cet exemple une simple panne peut entraîner la paralysie de l'entreprise. Or, les fabriquant insèrent fréquemment des clauses limitatives de responsabilité dans leurs contrats.

d'autre part. Quel régime peut-on appliquer à ce contrat s'il est conclu avec l'aide d'un prêt bancaire ou s'il contient une clause abusive? Comment justifier l'application de deux régimes juridiques, l'un protecteur, l'autre non, selon les jours et la nature du déplacement effectué?

Dans cette hypothèse, la Cour d'appel de Paris a rendu une décision qui ne peut que laisser sceptique⁸⁰⁸. En l'espèce il s'agissait d'un véhicule acheté par deux époux à l'aide d'un crédit professionnel. Ce véhicule servait à la fois pour les besoins professionnels du mari et pour les besoins personnels du foyer. La Cour considère que, la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative au crédit à la consommation *"dont les dispositions sont d'ordre public, ayant pour objet la protection des consommateurs, il convient d'interpréter restrictivement les cas dans lesquels elle ne s'applique pas"*. Il faut reconnaître, dans cet arrêt, que le critère d'affectation du bien n'entraîne pas une sousprotection. Néanmoins, on peut douter de la pertinence de cette solution qui reviendrait à faire entrer dans le champ de protection la totalité des biens affectés à un usage mixte!

L'arrêt du 13 juin 1991 de la Cour d'appel de Grenoble donne une solution beaucoup plus intéressante⁸⁰⁹. Il s'agissait cette fois de la location d'un véhicule automobile par un salarié *"technico-commercial"*. Ce dernier utilisa ce véhicule tant pour les besoins de sa profession qu'à des fins privées. La Cour pose le principe que l'usage mixte du véhicule *"ne suffit pas à lui faire perdre la qualité de consommateur"*. Mais l'analyse est poussée plus loin que dans la décision de la Cour d'appel de Paris. Les conseillers grenoblois se sont ensuite demandés quel était l'usage prépondérant du véhicule loué et si le locataire se trouvait dans une situation égalitaire vis-à-vis de la société de location. Ce n'est qu'après avoir constaté que le locataire *"n'a pas contracté en qualité de professionnel mais bien pour satisfaire d'abord un besoin personnel et familial, et ne se trouve pas dans une situation égalitaire vis-à-vis de la société DIAC"*, que la Cour a pu estimer que *"la loi régissant les clauses abusives et bien applicable à l'espèce"*.

La démarche et le raisonnement nous paraissent mieux coller à la réalité que ceux utilisés dans la décision du 9 novembre 1994, même si en fin de compte, la solution est identique. Mais alors, le critère d'affectation du bien a fortement tendance à être relégué au second plan et à servir seulement d'indice pour analyser la situation concrète, le véritable critère étant l'inégalité pouvant exister entre contractants. Face à la notion imprécise et abstraite de consommateur, les magistrats éprouvent donc le besoin légitime d'examiner s'il y a eu réellement un déséquilibre de puissance économique entre les parties, et de rejeter les abstractions simplistes.

161 . Nous allons retrouver le même genre de problèmes avec l'utilisation de la règle de l'accessoire en droit de la consommation. Mme Vialle a démontré que la règle de l'accessoire pouvait valablement être utilisée pour la détermination d'un statut professionnel⁸¹⁰. Cependant, l'application de cette règle au *"droit professionnel"* par opposition au *"droit de la consommation"* pour déterminer non plus un statut mais un régime juridique contractuel, est critiquable et injuste. Le raisonnement tenu par la majorité des auteurs consuméristes est le suivant : si le bien ou le service est destiné à participer, directement ou indirectement au cycle de production, le professionnel ne peut bénéficier

⁸⁰⁸ C.A., Paris, 9 novembre 1994, Cont. Conc. Cons., février 1995, n°40, obs. G. Raymond.

⁸⁰⁹ C.A., Grenoble, 13 juin 1991, J.C.P., 1992, II, 21819, et erratum 21834 bis, note G. Paisant.

⁸¹⁰ Thèse précitée.

des dispositions du droit de la consommation, et ce même si l'acte passé n'entre pas dans son champ de compétence habituel⁸¹¹.

Mme Vialle estime que le droit positif gagnerait *"en cohérence si l'on prenait comme critère de délimitation du droit des activités professionnels, le critère de l'accessoire. Serait exclu du bénéfice du droit de la consommation l'acte accompli par le professionnel et qui relève de son activité"*⁸¹². Si le parallèle avec la théorie de l'accessoire en droit commercial est évident, l'application de cette règle dans le domaine de la protection des économiquement faibles contre les abus des économiquement puissants n'est ni satisfaisante ni logique. En effet, le mécanisme de protection instauré par les diverses lois consuméristes repose sur la volonté de rétablir juridiquement un déséquilibre économique, notamment dans le domaine des compétences et de l'information. Ainsi, tout contractant en situation de faiblesse ou d'infériorité devrait bénéficier du régime protecteur, et il importe peu de savoir si l'acte conclu est ou non l'accessoire d'une activité professionnelle.

Nous sommes donc en désaccord avec Mme Vialle lorsqu'elle écrit : *"Verrait-on un constructeur automobile arguer de sa qualité de non spécialiste pour bénéficier du droit de la consommation dans ses rapports avec une entreprise de services (par exemple pour l'informatisation de ses services comptables)?"*⁸¹³. Cet exemple reprend celui donné par le rapport de la Cour de Cassation pour l'année 1986 dans lequel il était exclu que la Régie Renault puisse être traitée en consommateur quand bien même elle contracterait en dehors de sa spécialité⁸¹⁴. Pour notre part, 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.

162 . En raisonnant par l'absurde, il est possible de mettre en relief l'incohérence de la solution obtenue par l'application de la règle de l'accessoire. Que face à une P.M.E. de quelques salariés spécialisés en informatique, la Régie Renault ne puisse être assimilée à un simple consommateur pourrait a priori se concevoir, même si en réalité le problème n'est pas aussi simple. La position de la doctrine consumériste serait-elle la même si le rapport de puissance économique était inversée? Imaginons une petite entreprise de mécanique, vivant essentiellement de sous-traitance, qui contracte avec IBM pour l'informatisation de ses services. Si IBM lui impose une clause limitative de responsabilité en cas de dysfonctionnement des matériels livrés, serait-il équitable de ne pas faire bénéficier la petite P.M.E. de la législation sur les clauses abusives? De même, concevrait-

⁸¹¹ J. Calais-Auloy, op. cit. n°9; L. Leveneur obs. Sous-Cass. Com., 10 mai 1994, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1994, n°155; S. Vialle, thèse précitée, p.346 et suiv.

⁸¹² Op. cit., p.346.

⁸¹³ Op. cit., p.23.

⁸¹⁴ Y. Jouhaud et M. Viennois, *A propos de quelques arrêts rendus sur l'application de la loi Scrivener*, Rapport de la Cour de Cassation pour 1986, Doc. Franç., 1987, p.65 et suiv.

on qu'IBM n'ait pas à sa charge une obligation d'information renforcée au seul motif que l'informatisation est un acte accessoire à une profession?

Il est évident que la protection abstraite, basée sur la notion restrictive du consommateur et renforcée par l'application de la règle de l'accessoire, aboutit inévitablement à des paradoxes insurmontables et insupportables, dans la mesure où il n'existe aucun mécanisme protecteur des économiquement faibles dans la théorie générale des obligations. Si l'on part du postulat selon lequel tous les professionnels sont égaux et qu'ils n'ont pas besoin, dans leurs relations, de protection spécifique, comment expliquer que l'obligation de conseil d'une entreprise informatique, d'un avocat ou d'un notaire soit plus légère à l'égard d'un artisan professionnel, mais profane en ces matières, qu'à l'égard d'un simple consommateur? En terme d'obligation de conseil, l'artisan serait alors traité de la même façon que la Régie Renault, malgré la qualité de son service juridique interne ! Les professionnels n'ont pas le monopole de la puissance et inversement, les consommateurs n'ont pas celui de la faiblesse.

163. En conséquence, tant en raison de l'imprécision et de l'abstraction du critère subjectif, qu'en raison de l'absence de véritable critère objectif, la parcellisation du droit commun des obligations est inadaptée pour assurer une protection générale des économiquement faibles dans notre société. Cette conclusion ne revient aucunement à nier les spécificités et l'intérêt attachés aux dispositions protectrices des consommateurs, à l'occasion de certains contrats spéciaux. De même, il ne s'agit pas de contester les effets bénéfiques de la prévention collective issue des diverses lois consuméristes. Notre critique porte en réalité sur le caractère partiel et injuste d'un dispositif protecteur exclusivement axé sur le consommateur, ou sur certains cocontractants prédéterminés, écartant par là même tout effort de recherche des véritables économiquement faibles. Nous pensons avoir démontré que la parcellisation causée par le droit de la consommation ne permet qu'une protection partielle, abstraite et donc forcément insuffisante et injuste. Mais il n'y a pas qu'une inadéquation des moyens par rapport à l'objectif fixé. En effet, la parcellisation est aussi erronée sur le plan des principes. Les constats et analyses, qui ont plus ou moins volontairement provoqué la parcellisation du droit commun des obligations, se révèlent, à l'examen, totalement infondés, ce qui est de nature à dénier à celle-ci toute justification rationnelle.

CHAPITRE II

UNE PARCELLISATION INJUSTIFIEE

164 . La parcellisation du droit commun des obligations, aux moyens de la création de nouvelles catégories de contrats spéciaux⁸¹⁵ ou d'un droit autonome⁸¹⁶, procède d'un constat erroné, celui de l'incapacité de la théorie générale à prendre en compte les inégalités de fait existant entre les personnes. M. Calais-Auloy fut l'un des premiers à adopter cette solution en estimant que les juristes faisaient du "*droit de la consommation sans le savoir*", et que le "*développement d'un droit particulier en cette matière a été rendu nécessaire par l'insuffisance du droit commun*"⁸¹⁷. M. Bihl a repris le constat à son compte, expliquant les raisons de l'inadaptation du droit commun des obligations à protéger le consommateur, contractant présumé économiquement faible. "*C'est le triomphe de ces idées qu'assure le Code civil. Le contrat tout puissant, l'autonomie de la volonté, véritable clef de voûte du droit civil, reposant sur deux piliers : la liberté des contractants et l'égalité des contractants*"⁸¹⁸. Ainsi les deux obstacles rédhibitoires à la prise en compte des inégalités de puissance économique existant entre contractants par la théorie générale sont clairement désignés. Mme Amiel-Donat s'en servira pour justifier la création du "*contrat de consommation*", celle-ci se révélant nécessaire à cause de l'existence des "*postulats d'égalité et de libre volonté qui sont présentés traditionnellement comme constituant les principes fondamentaux du droit des contrats*"⁸¹⁹.

165 . Il est exact que l'égalité et la liberté sont le socle de notre droit positif depuis la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁸²⁰ et sa consécration en tant que norme constitutionnelle par la décision du conseil en date du 16 juillet 1971⁸²¹. Les racines philosophiques de ces principes sont évidentes. Rousseau, en 1762, écrivait que "*tout système de législation (...) se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité*"⁸²². Certes, les idées d'égalité et de liberté ne sont pas nées au XVIII^e siècle. Déjà Aristote avait posé les jalons d'une réflexion sur l'égalité en définissant le juste comme "*ce qui est prescrit par la loi et ce qui s'accorde avec l'égalité*"⁸²³. Le christianisme

⁸¹⁵ Les contrats de dépendance, d'adhésion et de consommation.

⁸¹⁶ Droit de la consommation.

⁸¹⁷ J. Calais-Auloy, *La protection légale et réglementaire du consommateur*, in Données nouvelles pour un droit de la consommation, Journées d'Aix en Provence des 17 et 18 novembre 1972, Dalloz, 1974, p.49 et suiv. L'auteur poursuit en considérant que "*les protections que le code civil accorde à l'acheteur de 1804 répondent bien mal aux dangers courus par le consommateur de 1972*".

⁸¹⁸ L. Bihl, *Vers un droit de la consommation*, G.P., 1974, doct., 754 et spéc. p.755.

⁸¹⁹ J. Amiel-Donat, *Contrats de consommation*, Juris. Class. Conc. Cons., Fasc.800, n°11.

⁸²⁰ Art. 1er : "*Tous les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*".

⁸²¹ Dalloz, 1972, 685.

⁸²² *Du contrat social*, Livre II, chap.XI.

⁸²³ *Ethique de Nicomaque*, Livre V, chap.II.

a , quant à lui, mis l'accent sur la liberté profonde et irréductible de chaque être humain⁸²⁴. Ce sont ces diverses influences qui ont été synthétisées par la philosophie du siècle des lumières. Mais les concepts d'égalité et de liberté n'avaient jamais été aussi abstraits et absolus qu'au moment de la Révolution Française, au cours de laquelle ils ont fait l'objet d'une véritable déification⁸²⁵.

166. Il était ainsi tentant de conclure, comme l'a fait la doctrine consumériste, à l'impossibilité d'intégrer, dans la théorie générale des obligations, les inégalités existant dans le monde économique et social. Pourtant, cette conclusion relève plus du postulat idéologique ou dogmatique que de l'analyse juridique objective. Les auteurs qui ont véritablement posé le problème sont relativement rares. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de citer Ripert, dans son ouvrage *La règle morale dans les obligations civiles*, ou encore M. Malinvaud qui, après avoir constaté que le droit de la consommation a fait "perdre sa cohérence à la théorie générale du contrat", pose la problématique en des termes qui doivent retenir l'attention : "*Un droit catégoriel est-il nécessaire pour protéger le consommateur? Cette protection ne pourrait-elle pas s'inscrire dans le schéma plus large de la protection des faibles contre les puissants qui est inscrit en filigrane de tout notre droit?*"⁸²⁶. Or avant de prôner la nécessaire fragmentation du droit et de proclamer l'autonomie du "*droit de la consommation*", encore aurait-il fallu démontrer que les principes généraux du droit commun des obligations que sont l'égalité et la liberté étaient incompatibles avec une prise en compte des déséquilibres de puissance économique. C'est seulement dans l'affirmative que la parcellisation du droit sera pleinement justifiée. A défaut, elle sera hautement critiquable, car son inutilité viendra s'ajouter à son inadaptation.

167. Il est pour le moins étonnant que le droit positif ait entamé un processus de parcellisation, de morcellement, afin d'assurer une protection juridique de l'économiquement faible, sans avoir, au préalable, posé clairement le débat de la compatibilité, ou de l'incompatibilité, de cette protection avec les principes directeurs du droit commun des obligations que sont l'égalité et la liberté. C'est ce que nous proposons de faire dans le cadre des prochains développements, afin de répondre à la question : Y-a-t-il, sur le plan des principes, un empêchement rédhibitoire, à ce que la théorie générale des obligations prenne en compte les inégalités de puissance économique, et ce sans avoir recours à la parcellisation et à l'autonomie radicale et critiquable que nous connaissons avec l'avènement du Code de la consommation? Il importe de préciser qu'une réponse négative à cette question n'est pas incompatible avec le maintien de dispositions protectrices particulières, tant sur le plan individuel et répressif, que sur celui collectif et préventif. Il s'agit simplement de déterminer si une protection minimale des économiquement faibles peut être instaurée à l'aide de la théorie générale des obligations.

Comme souvent lorsque l'on utilise des termes polysémiques, et c'est le cas pour les notions d'égalité et de liberté, le débat s'enlise et s'obscurcit très rapidement si la précaution

⁸²⁴ Evangile selon Jean, VIII, 32 : "*Vous connaîtrez la vérité et la vérité vous libérera*"; Epître de Paul aux Galates, V, 1 : "*Le christ nous a libérés pour la liberté. Debout donc! et qu'on ne vous retienne plus sous le joug de l'esclavage!*"; Epître de Jacques, II, 12 : "*Parlez et agissez comme des gens qui vont être jugés par une loi de liberté.*"

⁸²⁵ Sur cette observation, cf. J. Flour et J.L. Aubert, *L'acte juridique*, n°104, note n°2.

⁸²⁶ P. Malinvaud, *La protection des consommateurs*, Dalloz, 1981, chron.49 et spéc. p.62. Voir aussi dans une certaine mesure la chronique de L. Mayaux, *L'égalité en droit civil*, J.C.P., 1992, I, 3611, n°32 et suiv., l'auteur critiquant la méthode de « l'égalité par différenciation » : « *notre droit est malade des différenciations abusives* ».

n'est pas prise d'en définir rigoureusement le contenu et les limites. Bentham écrivait que *"la versatilité du langage est sans fin et ses variantes inépuisables. Par conséquent, il n'y a pas lieu de se fier aux simples mots"*⁸²⁷. La défiance exprimée par cet auteur, vis-à-vis du vocabulaire et des mots, doit être particulièrement exacerbée s'agissant des termes d'égalité et de liberté, si souvent utilisés et galvaudés dans nos sociétés. Il serait possible de se contenter de l'apparence, du sentiment procuré par les idées d'égalité et de liberté. Ce serait, en quelque sorte, revenir à la pureté des principes de la Révolution, non sans une certaine nostalgie d'une époque embellie et simplifiée, pour ne pas dire caricaturée. La nécessité de protéger juridiquement le faible paraît alors en contradiction avec les préceptes les plus classiques du droit civil. L'évolution ne peut donc se faire qu'en rupture avec la philosophie libérale dominant, à l'époque, le monde économique et la sphère sociale. Néanmoins, cette vision chronologique, ou historique, n'est qu'une vue de l'esprit, une explication simplificatrice et commode. En effet, même au XIX^{ème} siècle, les principes d'égalité et de liberté n'avaient pas la pureté et la clarté qu'on veut aujourd'hui leur conférer. Ainsi, Labbé, dont les écrits sont le reflet d'une conception du droit civil que l'on peut qualifier de classique⁸²⁸, écrivait que *"le but du droit est de consacrer, d'une façon de plus en plus parfaite, les droits inhérents à la nature de l'homme, la liberté des actes licites, compatibles avec l'ordre social, l'égalité des conditions et des aptitudes"*⁸²⁹. On remarquera que l'idée abstraite d'égalité est immédiatement suivie des termes *"conditions"* et *"aptitudes"*, ce qui contribue à lui donner une coloration concrète et nuancée. De même, l'idée de liberté n'est pas envisagée dans son aspect absolu puisque Labbé lui impose comme limites la licéité des actes et leur compatibilité avec l'ordre social.

168. Par conséquent, nous écarterons l'analyse diachronique pour étudier les concepts d'égalité et de liberté par rapport à l'intégration, en droit, des déséquilibres de puissance économique. Cela ne signifie pas que le contenu de ces principes n'ait pas évolué au fil des siècles, mais nous considérons cette évolution comme secondaire pour notre démonstration. Elle serait même parfois trompeuse, en ce qu'elle sert trop facilement de justification à la parcellisation du droit commun des obligations. Ainsi M. Pizzio, lorsqu'il évoque les raisons de l'émergence du droit de la consommation en droit français, établit le constat que selon le Code civil et les principes classiques de la théorie générale, *"le consommateur est supposé, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, intervenir sur le même pied d'égalité que le professionnel. Or l'évolution des relations économiques et surtout la concentration des entreprises ont profondément modifié les données de base ayant servi à l'élaboration des textes du Code civil. A l'inégalité accidentelle des contractants s'est substituée une inégalité permanente qui fausse les rapports contractuels. La nécessité de protéger le consentement de la partie faible s'impose donc pour rétablir l'équilibre rompu"*⁸³⁰. L'analyse diachronique contient en germe l'impératif de parcelliser le droit pour protéger le faible. Cette conclusion se déduit de l'évolution des données sociales. Or, il nous semble douteux que les inégalités substantielles et fréquentes entre contractants aient attendu l'avènement de la notion de consommateur pour se révéler! Que la concentration des entreprises depuis plus d'un siècle les ait accrues cela est vraisemblable, mais il s'agit d'une différence de degré et non de nature. Il est évident que lors de la

⁸²⁷ J. Bentham, *Of laws in General*, éd. H.L.A. Hart, in the collected works of Jeremy Bentham, Londres, 1970, p.143-144, cité par A. Strowel in *Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit autour de Bentham et de Posner*, Arch. philo. du droit, tome 37, p.164.

⁸²⁸ Il faut cependant nuancer notre propos car les écrits de Labbé font l'objet d'une controverse excellemment résumée par M. Jamin in *Relire Labbé et ses lecteurs*, Arch. philo. du droit, tome 37, p.247 et suiv.

⁸²⁹ Préface, p.II-III, cité par M. Jamin, op. cit., p.263.

⁸³⁰ J.P. Pizzio, *Droit de la consommation*, Ency. Dalloz civil, n°60.

promulgation du Code napoléonien, des problèmes de déséquilibres de puissance économique se posaient déjà entre contractants. Force est donc de préférer l'étude successive du principe d'égalité et du principe de liberté, en fonction de la nécessité de protéger l'économiquement faible, sans s'attacher aux évolutions de sens que ces termes ont pu connaître au fil des siècles.

SECTION I

LE PRINCIPE D'EGALITE ET LA PROTECTION DE L'ECONOMIQUEMENT FAIBLE

169 . L'égalité est un concept sur lequel les juristes ont beaucoup écrit⁸³¹. Par sa nature même cette notion se heurte à la protection légale des économiquement faibles. Le problème peut être posé dans les termes suivants : le principe d'égalité, consacré par le droit civil, et notamment la théorie générale des obligations, empêche-t-il l'instauration d'un mécanisme général de protection des économiquement faibles? En arrière plan, la réponse donnée à cette question permettra corrélativement de conclure au caractère justifié ou injustifié du postulat de la nécessaire parcellisation du droit. Mais, il n'est apparemment pas aisé d'y répondre, tant l'idée d'égalité peut paraître confuse et « *trompeuse* »⁸³². A partir du XIX^{ème} siècle, les doctrines les plus extrémistes et les plus contradictoires ont mis en avant la nécessité de parvenir à une égalité civile réelle. Ainsi, s'inspirant, non sans contresens, d'Aristote et de l'idée de justice distributive, J. de Maistre a prôné l'instauration d'un régime inégalitaire dans lequel « *les grands emplois appartiendront toujours (sauf exception) à l'aristocratie, c'est à dire à la noblesse et à la richesse le plus souvent réunies* »⁸³³. En ce sens, l'inégalité réelle est incompatible avec l'égalité juridique, et il n'y aura de véritable égalité qu'en respectant les différences existant entre les individus et les milieux sociaux. A l'opposé, l'idéologie socialiste s'est fondée sur l'impératif d'imposer dans les faits, et non seulement en droit, l'égalité entre les individus, au besoin par l'élaboration de normes juridiques inégalitaires visant à compenser les différences et les handicaps socio-économiques⁸³⁴. Bien qu'elles soient inconciliables, il est étonnant de constater que deux visions à ce point dissemblables puissent être fondées sur le même principe philosophique. Toute l'ambiguïté vient de la polysémie qui caractérise le mot égalité.

En réalité, tout dépend de la notion d'égalité qui est retenue. Pour simplifier, une dichotomie s'effectue entre une conception abstraite et une conception concrète de l'égalité des citoyens⁸³⁵. Si le droit positif retenait une définition abstraite de l'égalité des sujets de

⁸³¹ G. Cornu, *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français*, trav. ass. Capitant t.XIV, 1965, p.87; H. Batiffol, *Significations de l'égalité pour la philosophie du droit*, in *Mélanges Batiffol*, Paris, 1976, p.447; L. Mayaux, *L'égalité en droit civil*, J.C.P., 1992, I, 3611; S. Caporal, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution Française*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

⁸³² H. Batiffol, op. cit., p.449 : « *l'égalité est un terme trompeur* ».

⁸³³ J. de Maistre, *Etude sur la souveraineté*, liv.II, chap.II; voir aussi le comte de Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, Paris, 1884, 2^{ème} éd.

⁸³⁴ S. Maréchal, *Le Manifeste des Egaux*, cité par G. Cornu dans le rapport précité : « *périssent, s'il le faut, tous les arts pourvu qu'il nous reste l'égalité réelle.* »; L. Blanc, *Histoire de la Révolution de 1848*, Paris, 1870, t.I; voir aussi J.J. Rousseau qui fait figure de précurseur avec l'ouvrage intitulé : « *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* », 1755.

⁸³⁵ G. Cornu, op. cit.; nous approuvons cette distinction lumineuse, mais sommes en désaccord avec M. Cornu lorsqu'il utilise le raccourci, intellectuellement erroné, consistant à penser que « *l'égalité juridique est un axiome de l'individualisme libéral, l'égalité réelle une espérance du socialisme* ». Les choses ne sont pas si simples. D'abord, il n'y a pas opposition systématique entre les notions d'égalité juridique et d'égalité réelle. Souvent l'amélioration de l'égalité réelle passera par une plus grande égalité juridique. Souvenons-

droit, il est incontestable que les déséquilibres de puissance économique existant au sein de la société ne pourraient être pris en compte sans la création d'un droit spécial et autonome, d'un droit catégoriel qui aurait pour fonction d'assurer la protection d'un cocontractant déterminé et présumé en situation de faiblesse. Au contraire, si la dimension concrète de la notion d'égalité est mise en avant, ce principe du droit ne sera pas un obstacle à la prise en compte de certaines inégalités entre contractants. La parcellisation sera alors injustifiée sur le plan des principes, après s'être révélée inadaptée sur celui des moyens utilisés pour parvenir à assurer cette protection. C'est ce que nous entendons démontrer pour le droit de la consommation, qui est l'archétype de la parcellisation inadaptée et injustifiée⁸³⁶. Ainsi, selon que l'une ou l'autre des conceptions de l'égalité est privilégiée, il y aura opposition ou compatibilité avec l'objectif de protéger le contractant en situation d'infériorité.

PARAGRAPHE 1 - UNE INCOMPATIBILITE APPARENTE

170 . A priori, l'opposition entre la consécration du principe d'égalité de l'ensemble des sujets de droit et la volonté de tenir compte des disparités de puissance économique entre eux est irréductible. La définition même du concept d'égalité contient cet antagonisme. Si l'on se contente de la définition courante du terme égalité, on considère qu'est égal ce qui est de même quantité, dimension, nature, qualité ou valeur⁸³⁷. L'égalité confine alors à la neutralité et à l'équilibre. On dira que deux personnes sont égales lorsque leurs forces, leurs influences sont équivalentes. D'ailleurs l'étymologie du terme égalité renvoi directement au latin *aequalitas* signifiant identité entre des personnes ou des choses supposant une comparaison⁸³⁸. Or le principe d'égalité irrigue tous les domaines du champ social. Il est la base de notre régime politique et de notre système économique. Il ne peut donc être ignoré par le droit privé.

A - L'EGALITE POLITIQUE

171 . Le régime démocratique, qui est celui de la société française, est principalement basé sur le principe d'égalité entre les citoyens. M. Colliard considère à juste titre que « *l'égalité est l'idée maîtresse de la Révolution de 1789* »⁸³⁹. Sur ce point, la rupture avec l'Ancien Régime est très nette, puisque le système juridique en place à l'époque était précisément fondé sur l'inégalité, « *dont la division en trois ordres est, en ce qui concerne*

nous de l'abolition des privilèges le 4 août 1789. Ensuite, le libéralisme, qu'il soit économique ou politique, peut s'accommoder d'un objectif de réduction des inégalités réelles, si bien qu'il est faux de croire à une incompatibilité rédhitoire. D'ailleurs la société française est, depuis quelques décennies, un exemple d'organisation à dominante libérale qui recherche l'instauration d'une plus grande justice sociale, même si les résultats ne sont pas toujours à la hauteur des espérances. Par conséquent, en privilégiant l'une ou l'autre des deux conceptions de l'égalité, nous n'entendons pas opter pour le libéralisme ou le socialisme; notre analyse étant dépourvue de toute connotation ou coloration politique.

⁸³⁶ Par opposition au droit du travail, avec lequel on le compare souvent, mais qui est, quant à lui, basé sur des critères objectifs et subjectifs, de définition clairs et précis, cf. supra n°90 et suiv.

⁸³⁷ Définition donnée par le dictionnaire Le Petit Robert.

⁸³⁸ *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert.

⁸³⁹ C.A. Colliard, *Libertés publiques*, Dalloz, 1982, 6ème éd., p.200.

le droit public, la manifestation la plus évidente »⁸⁴⁰. M. Caporal a montré, dans sa thèse, que par la suppression des privilèges lors du décret des 4 et 11 août 1789, la Constituante a introduit, en droit public, l'égalité des citoyens. Or, il s'agit bien d'une égalité de type abstrait, c'est à dire qui interdit les discriminations entre les personnes, qui se trouve ainsi consacrée. Les caractères d'abstraction et de généralité qui servent à définir la règle de droit constituent des preuves indiscutables⁸⁴¹. Sur le plan des droits politiques, chaque citoyen est considéré *in abstracto* comme l'égal d'un autre. Qu'il soit intelligent ou demeuré, instruit ou ignorant, riche ou pauvre, chacun bénéficiera de droits politiques identiques. Lors des débats qui ont précédé le vote de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, les hommes de la Constituante ont assimilé l'égalité en droit à l'égalité devant la loi. Ainsi, La Fayette et Mounier ont expliqué que les lois devaient être « *précises et uniformes* » pour tous les citoyens. De même, Sieyès et le comte de Custine ont soutenu que « *devant la loi, tout homme en vaut un autre* ». Enfin, Thouret a proposé de dire que « *tous les citoyens sont parfaitement égaux devant la loi* »⁸⁴². La confusion entre l'égalité en droit et l'égalité devant la loi se retrouve dans la rédaction définitive de l'article 6 de la Déclaration. Alors que la rédaction de l'article 1er est relativement imprécise⁸⁴³, celle de l'article 6 est plus révélatrice d'une conception rousseauiste de la loi et de l'égalité : « *la loi doit être la même pour tous* ». En effet, pour Rousseau, la généralité de la loi se confond avec l'égalité devant la loi⁸⁴⁴. Le corollaire juridique de l'égalité devant la loi est l'interdiction pour le législateur de procéder à des discriminations lorsqu'il édicte une loi. D'ailleurs, lors de la codification napoléonienne, il a été allégué que l'élaboration d'un Code de commerce était contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi⁸⁴⁵. Ce principe va de pair avec celui de non-discrimination qui a valeur constitutionnelle et qui est reconnu en droit communautaire⁸⁴⁶.

En droit international, nous retrouvons le même principe de non-discrimination, notamment dans l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme : « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la religion, les opinions politiques, ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Evidemment ces dispositions n'interdisent pas les régimes juridiques de différenciation lorsqu'ils tendent vers un but légitime et que les moyens pour y parvenir sont raisonnablement proportionnés avec celui-ci⁸⁴⁷. Cependant, il n'est guère contestable que ces dispositions ont pour objectif d'instaurer une égalité abstraite entre les citoyens.

172 . L'égalité ainsi envisagée se prête mal à l'intégration, dans notre droit positif, d'un système de protection des économiquement faibles, et ce d'autant plus que l'égalité est un principe à valeur constitutionnelle⁸⁴⁸. Ce serait violer ouvertement ce principe que de

⁸⁴⁰ S. Caporal, op. cit., p.19.

⁸⁴¹ F.Terré, *Introduction générale au droit*, n°150.

⁸⁴² Cités par S. Caporal, op. cit., p.61.

⁸⁴³ « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

⁸⁴⁴ J.J. Rousseau, *Contrat social*, Liv.II; Chap.VI, et Liv.III, Chap.I; S. Caporal, op. cit., p.66 et 67.

⁸⁴⁵ Cf. H. Batiffol, op. cit., p.449.

⁸⁴⁶ Art. 5 du Traité C.E.E., voir sur ce point : B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, n°58.

⁸⁴⁷ G. Cohen-Jonathan, *La convention européenne des droits de l'homme*, 1985, p. 541 et suiv.

⁸⁴⁸ F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, R.T.D. Civ., 1982, p. 248 et suiv., et spéc. p.264 : « *L'égalité imprègne tout le droit constitutionnel français. (...) De nombreuses dispositions du droit civil ne sont que l'expression de la norme constitutionnelle d'égalité.* »; Le conseil constitutionnel a

vouloir instaurer une discrimination entre les citoyens au sein même du droit commun, qui comme son nom l'indique doit être le même pour tous. Seule une protection des économiquement faibles par un régime exorbitant du droit commun est envisageable, si l'on veut respecter les principes constitutionnels qui sous-tendent notre organisation politique. La parcellisation du droit qui en résulte serait conforme au principe d'égalité tel qu'énoncé ci-dessus puisque cette technique est fondée sur la constitution de catégories abstraites de personnes présumées en position de faiblesse⁸⁴⁹. Nous allons voir que cette méthode présente aussi l'avantage d'être très similaire à celle employée par les économistes.

B - L'EGALITE ECONOMIQUE

173. Les économistes se sont servis du concept d'égalité abstraite sur deux plans : d'abord comme postulat pour les besoins de leurs raisonnements et de la modélisation de la réalité qui résulte de leurs doctrines, ensuite comme objectif, en considérant que c'était la seule façon de satisfaire le maximum d'utilités dans le cadre d'une économie de marché.

La théorisation du système de l'économie de marché a pour axiome de base l'égalité des agents intervenant dans le circuit, que ce soit les producteurs, les distributeurs ou les consommateurs. Le modèle de Walras, développé dans son ouvrage *Eléments d'économie politique pure*⁸⁵⁰, est l'exemple le plus significatif de l'utilisation du principe d'égalité pris dans sa forme la plus abstraite. Le modèle walrasien est, en effet, fondé sur le postulat que tous les agents économiques sont réputés être sur un pied d'égalité⁸⁵¹. Partant de ce principe, Walras a cherché à construire un modèle d'équilibre général des prix et des échanges basé sur la rencontre de l'offre et de la demande comme facteur de création des prix. La structure de ceux-ci se fixera lorsqu'il y aura égalisation des offres et des demandes pour chaque bien. Dans ces conditions, on ne saurait introduire, dans le raisonnement, le phénomène d'inégalité entre les personnes, sous peine de détruire la cohérence et la logique du système de l'économie de marché. Avant Walras, Quesnay avait fait de l'égalité dans les échanges une analyse tendant à la rapprocher étroitement de celle existant dans les rapports de nature juridique. C'est parce que les échangistes sont libres et égaux, que les valeurs réciproquement échangées sont égales⁸⁵². La théorie de l'économie de marché ne peut donc admettre une discrimination entre les agents par l'instauration d'une protection légale au bénéfice des économiquement faibles.

174. Dans le même ordre d'idées, Adam Smith avait souligné la nécessité d'introduire un postulat d'égalité pour assurer la viabilité et le fonctionnement correct du libéralisme

eu l'occasion de consacrer le principe d'égalité dans sa forme abstraite dans les domaines de la justice (C.C. 23 juillet 1975), des charges publiques (C.C. 12 juillet 1979 et 13 décembre 1985). De son côté; le conseil d'Etat en a fait un principe général du droit et a eu l'occasion de l'utiliser dans divers domaines tels que les services publics (C.E. ass. 25 juin 1948, soc. du journal l'Aurore), les concours (C.E. ass 29 décembre 1978, ass. gén. des attachés d'administration centrale), ou encore la fonction publique (C.E. sect. 26 octobre 1979, Milan).

⁸⁴⁹ cf. supra n°146 et suiv.; voir en ce sens G. Cornu, op. cit., p.96 et suiv., pour qui l'égalité abstraite forme le principe en droit civil et l'égalité concrète l'exception.

⁸⁵⁰ L. Walras, 1ère éd., Paris, 1874.

⁸⁵¹ H. Guitton et D. Vitry, *Economie politique*, n°515, p.525.

⁸⁵² C. Larrière, *Droit naturel et physiocratie*, in Arch. philo. du droit, tome 37, p.82.

économique, bien que pour cet auteur la démarche relève plus du volontarisme que du constat. "*Blessé les intérêts d'une classe de citoyens, quelque légèrement que ce puisse être, sans autre objet que de favoriser ceux de quelque autre classe, c'est une chose évidemment contraire à cette justice, à cette égalité de protection que le souverain doit indistinctement à ses sujets de toutes les classes*"⁸⁵³. Les termes utilisés par Smith sont particulièrement révélateurs. D'abord, il tire du vocable "*égalité de protection*" la conclusion inverse de celle prônée par la doctrine consumériste contemporaine. En effet, nous aurons l'occasion de montrer que c'est justement en raison de l'objectif de protection qu'il ne peut y avoir égalité entre les sujets de droit⁸⁵⁴. Au contraire pour Smith, l'égalité de protection a pour fonction d'empêcher que l'activité de la classe économiquement dominante soit entravée par un système de compensation sociale au profit des classes les plus défavorisées. Ensuite, l'adverbe « *indistinctement* » renvoie à la conception abstraite de l'égalité entre individus, puisque cela implique que le souverain considère tous les sujets de droit sur un même pied d'égalité, sans instaurer de protection discriminatoire au profit de certains d'entre eux, fussent-ils économiquement faibles. Apparemment, il existe donc une incompatibilité de principe entre la notion d'égalité abstraite qui régit le système de l'économie de marché, du moins tel que conçu par Smith et Walras, et la volonté de prendre en compte, sur le plan juridique, certains déséquilibres de puissance économique pouvant se manifester, ça et là, dans les rapports sociaux.

175 . Cette incompatibilité est d'autant plus évidente qu'à l'époque de la promulgation du Code civil, la doctrine libérale et l'économie de marché étaient proches de leur apogée. Il est donc douteux qu'un régime de protection des économiquement faibles puisse être mis en place en droit commun des obligations. Certes, à suivre le raisonnement des économistes classiques et néoclassiques, la société ne devrait comporter aucun système de protection sociale qui serait de nature à entraver la recherche du profit et la fluidité du marché. Mais compte tenu de l'évolution des structures de la société et des idées dominantes⁸⁵⁵, il est concevable d'ériger, à côté du régime de droit commun, un régime dérogatoire afin de tenir compte de certaines inégalités économiques et de protéger les catégories qui méritent de l'être. Une telle protection, qui passe par la création d'un droit autonome par catégorie de personnes devant être protégées, constitue le moyen le plus respectueux des préceptes de l'économie politique classique, et notamment celui de l'égalité abstraite entre les agents intervenant sur le marché.

C - L'EGALITE JURIDIQUE EN DROIT PRIVE

176 . Il revient à Marx d'avoir eu le mérite de montrer que le droit, comme la philosophie, la morale ou la politique, n'était pas le pur produit de l'esprit humain, mais le reflet de l'ensemble des rapports de production, et plus généralement de la structure économique de la société⁸⁵⁶. L'économique sert donc d'infrastructure et détermine le contenu de la norme juridique, qui n'est qu'une superstructure. Cette vision, en ce qu'elle

⁸⁵³ *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Trad. Franç., Paris, 1843, II, p.298.

⁸⁵⁴ Cf. infra n° 186 et suiv.

⁸⁵⁵ Il est aujourd'hui admis, même par les partisans du libéralisme, que l'économie de marché ne peut fonctionner de façon satisfaisante sans un minimum de cohésion et de justice sociale.

⁸⁵⁶ K. Marx, *Critique de l'économie politique*, *Oeuvres*, par Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Vol.I, p.271 et suiv.

constitue un facteur explicatif, est critiquable. En effet, les relations entre le droit et l'économie sont beaucoup plus complexes et il existe des interactions et des influences réciproques. Cependant, il n'est pas contestable que la conception juridique de l'égalité a été influencée par la conception économique. *"Le droit bourgeois qui engendre la société marchande et qui culmine sous le capitalisme, est au contraire un droit achevé, caractérisé par une généralité et une abstraction parfaite. Ce droit s'applique à une personne abstraite totalement indifférenciée et éloignée de toute spécificité sociale, le sujet de droit. D'où l'idée que le droit bourgeois est foncièrement un droit égal, qui n'établit pas de hiérarchie entre les hommes car le rapport marchand suppose l'égalité autant des échangistes que des marchandises échangées"*⁸⁵⁷.

Cette constatation peut s'appliquer au droit positif français tel que gouverné par les principes issus de la Révolution de 1789. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler les termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui énoncent que la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse (...)* ». La conception abstraite de l'égalité entre les citoyens semble donc être un obstacle incontournable à l'intégration des inégalités économiques dans le droit commun des obligations. S'il est concevable de créer des droits autonomes catégoriels ayant pour fonction d'assurer la protection juridique de certains sujets, cette fonction protectrice du droit ne peut s'envisager dans le cadre du droit commun des obligations, qu'on le regrette comme Marx, ou qu'on le souhaite comme Smith ou Hayek. Ainsi, selon ce dernier, le droit ne doit pas se soucier de la vie concrète des personnes : *"le régime juridique se réduit à un mécanisme abstrait"*⁸⁵⁸.

177 . A première vue, la thèse du déterminisme marxiste se vérifie puisque le droit a fait sienne la conception abstraite de l'égalité. M. Cornu définit le principe d'égalité comme *"celui d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni, aujourd'hui, de sexe, la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit"*⁸⁵⁹. L'auteur ajoute au terme de cette définition, que l'on peut parler alors *"d'égalité juridique abstraite"*⁸⁶⁰. C'est sur la base de cette définition qu'une partie de la doctrine a prôné une nécessaire parcellisation du droit pour protéger le faible. Ainsi, pour dénier toute nature contractuelle au contrat d'adhésion, Duguît est parti du postulat que *"la notion de contrat suppose l'égalité de situation de ceux qui contractent"*⁸⁶¹. Les auteurs consuméristes ont repris le même argument pour légitimer l'existence et le développement du droit de la consommation. M. Calais-Auloy, en étudiant les influences du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, observe que le contrat entre professionnel et consommateur est souvent déséquilibré au détriment de ce dernier, et que *"le Code civil ne s'en préoccupe pas"*⁸⁶². Pour l'éminent auteur, cette indifférence du droit commun des contrats pour les inégalités de puissance économique trouve sa racine profonde dans le principe d'égalité. *"La conception du Code civil, parfaitement adaptée aux situations dans lesquelles les contractants sont d'égale puissance économique, entraîne de graves injustices dès lors*

⁸⁵⁷ F. Zénati, *Le droit de l'économie au delà de Marx*, Arch. philo. du droit, tome 37, p.124.

⁸⁵⁸ G. Farjat, *La notion de droit économique*, Arch. philo. du droit, tome 37, p.44.

⁸⁵⁹ *Vocabulaire juridique*, Ass. Capitant, p.302.

⁸⁶⁰ Op. cit.

⁸⁶¹ Cité par G. Dureux in *De la nature juridique du contrat d'adhésion*, R.T.D. Civ., 1910, p.513.

⁸⁶² J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., 1994, p.245.

qu'un contractant est en position de force"⁸⁶³. Dans le même sens, Mme Vialle pousse le raisonnement à son terme en prônant « *le maintien du principe de l'égalité abstraite* »⁸⁶⁴ entre les professionnels, et en considérant que seule une protection juridique spécifique à chaque catégorie abstraite de contractants peut être mise en place. La parcellisation du droit serait donc la seule technique pour insérer en droit positif un régime de protection des économiquement faibles, tout en respectant le principe de l'égalité entre les personnes dans le cadre du droit commun des obligations.

178 . Si Fouillée a pu écrire "*qui dit contractuel dit juste*", c'est parce qu'il estimait que les contractants traitaient sur un pied d'égalité et qu'en conséquence, nul n'étant ennemi de ses intérêts, les stipulations contractuelles issues de la négociation ne pouvaient que refléter justice et équilibre. A cet égard, M. Ghestin fonde le principe de la force obligatoire des contrats sur l'utilité et la justice : "*le contrat n'est obligatoire que s'il est juste*"⁸⁶⁵. Or les contractants ayant la plupart du temps des intérêts opposés et antagonistes, la justice contractuelle ne peut être réalisée qu'à condition de contracter entre égaux. Certes, des auteurs ont mis l'accent sur la coopération et la confiance entre contractants, parlant *d'animus cooperandi, d'affectio contractus*⁸⁶⁶, mais cette position relève plus du souhait que du constat. Il est vrai qu'en ce qui concerne l'objet et la cause du contrat, les parties peuvent avoir une communauté d'intérêts. Néanmoins, s'agissant des modalités pour atteindre l'objectif commun, et notamment le problème de la répartition des obligations pour y parvenir, on aurait tort de croire à une possible union idéale. Au contraire, tout le jeu d'une négociation consiste à faire supporter à son partenaire le plus de charges possibles, afin d'obtenir, pour soi, les avantages les plus significatifs. Dans ces conditions, seule l'égalité économique entre contractants permettra d'obtenir une certaine justice contractuelle. Mais le fait de proclamer une égalité juridique entre tous les sujets de droit suffit-il pour considérer que les contrats mettent toujours en présence des personnes de force égales? Plutôt que de se cantonner dans une égalité abstraite ne vaudrait-il pas mieux analyser si, concrètement les contractants sont sur un pied d'égalité? Partir du postulat qu'en droit commun des obligations tous les contractants sont sur un pied d'égalité n'est-ce pas privilégier une fiction juridique source de nombreuses injustices?⁸⁶⁷ Répondre à ces questions revient à passer de la conception abstraite à la conception concrète de l'égalité en droit. Cette nouvelle étape dans le raisonnement démontrera que l'incompatibilité entre le principe d'égalité et la protection des économiquement faibles par le droit commun des obligations n'est qu'apparente et, qu'en réalité, une conciliation est possible.

PARAGRAPHE 2 - UNE CONCILIATION POSSIBLE

⁸⁶³ Op. cit.; voir aussi J.P. Pizzio, *La protection des consommateurs est-elle une entrave à la concurrence?*, in *Concurrence et consommation*, Dalloz, 1994, p.82.

⁸⁶⁴ Thèse précitée, p.337.

⁸⁶⁵ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°251 et suiv.

⁸⁶⁶ Cf. R. Demogue, *Traité des obligations*, tome III, 1931, n°3; J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p.51; P. Rémy, *Droit des contrats : questions, positions, propositions*, in *Le droit contemporain des contrats*, 1987, p.271 et suiv.

⁸⁶⁷ Nous avons eu l'occasion de montrer, dans le chapitre précédent, que la prise en compte des inégalités de puissance économique par la création de droits autonomes et dérogoires par rapport au droit commun ne pouvait avoir pour résultat que l'instauration d'une protection partielle, abstraite et donc forcément injuste.

179 . L'incompatibilité apparente entre la prise en compte des déséquilibres de puissance économique par le droit commun des obligations et le principe d'égalité résulte d'une confusion regrettable sur le sens de cette notion. Mais avant de proposer des éléments de réponse permettant de dissiper cette confusion, il convient de revenir sur une idée reçue, qui est, sans doute, pour beaucoup dans le postulat d'incompatibilité sus-énoncé, selon laquelle le droit a véritablement pris conscience des inégalités entre contractants grâce au "*droit de la consommation*".

A - UNE IDÉE RECUE : LES INÉGALITÉS DE PUISSANCE ÉCONOMIQUE ONT ÉTÉ RÉVÉLÉES PAR LE "DROIT DE LA CONSOMMATION"

180 . Il est douteux que le droit positif ait un jour été régi par le principe d'égalité abstraite, tel qu'une partie de la doctrine le définit. Cette conception est, à elle seule, trop caricaturale pour prétendre être un principe fondamental du droit civil. Pour notre part, nous estimons que cette vision abstraite du principe d'égalité est inadaptée au droit des obligations et qu'elle n'a jamais eu, dans ce domaine, l'importance que lui a donnée, trop rapidement, la doctrine consumériste. Nous sommes donc en désaccord avec M. Calais-Auloy, lorsqu'il écrit que "*le droit de la consommation a fait prendre conscience du problème général de l'inégalité contractuelle*"⁸⁶⁸, sous entendant par là même que le droit des obligations, et la doctrine civiliste, se sont laissés bercer, depuis la Révolution de 1789, par un optimisme béat et une croyance naïve selon laquelle il n'existerait pas d'inégalité économique et sociale entre les sujets de droit, et qu'il suffirait d'ériger l'égalité en principe fondamental pour qu'automatiquement elle se concrétise dans les faits! Certes, le mouvement consumériste, comme tout phénomène de masse, a permis de révéler des inégalités particulières, d'une certaine nature. Il en a été de même pour le mouvement ouvrier qui, au XIX^{ème} siècle, a fortement contribué à l'élaboration d'un droit du travail dont la finalité essentielle est la protection des salariés. Au XX^{ème} siècle, il est possible de citer, avant celle protégeant les consommateurs, les législations protégeant les locataires, les voyageurs victimes d'accident et les assurés.

En réalité, les penseurs, juristes ou non, n'ont pas attendu l'avènement de la société de consommation pour prendre conscience du problème de l'inégalité entre les hommes⁸⁶⁹. Ainsi, Jean de la Fontaine, dans nombre de ses fables, a mis en exergue les conséquences qui découlent de l'existence d'inégalités naturelles ou sociales. La génisse, la chèvre et la brebis apprennent à leurs dépens qu'il est difficile de s'associer avec plus puissant que soi. Le lion, afin de s'approprier l'intégralité du produit de la chasse utilise au moins trois niveaux d'inégalités : l'inégalité naturelle en menaçant d'étranglement celui de ses associés qui voudrait toucher la quatrième part du cerf dépecé, ou encore en s'attribuant d'office la troisième part en raison de sa vaillance; l'inégalité sociale en arguant de son titre de lion pour s'approprier la première part; l'inégalité juridique, enfin, pour bénéficier de la dernière

⁸⁶⁸ Op. cit., p.254.

⁸⁶⁹ Edouard Herriot considérait qu'il était « *plus facile de proclamer l'égalité que de la réaliser* », in *Aux sources de la liberté*, éd. Gallimard.

part puisque la loi de la forêt consacre le droit du plus fort⁸⁷⁰. Cette fable rappelle la morale du pot de terre et du pot du fer : *"ne nous associons qu'avec nos égaux"*⁸⁷¹.

181 . Sur un plan plus juridique il faut relire les travaux préparatoires du Code civil pour s'apercevoir que certains de ses auteurs ont été sensibles aux inégalités de puissance économique entre les sujets de droit. Ceci est particulièrement perceptible dans les débats sur l'article 1305 et le problème de la lésion en général. Le premier consul, plaidant pour l'extension de la rescision pour lésion aux ventes mobilières, en vertu du principe de justice dans les contrats, donnait l'argument selon lequel : *"il n'y a pas de vente lorsque l'on ne reçoit pas l'équivalent de ce que l'on donne, quand la séduction des passions ou le besoin ont déterminé un propriétaire à céder sa chose pour rien. (...) S'il a cédé au besoin, pourquoi la loi ne prendrait-elle pas la défense du pauvre opprimé, contre l'homme riche, qui, pour le dépouiller, abuse de l'occasion et de sa fortune?"*⁸⁷². La pensée et les termes utilisés pour la traduire sont d'une modernité étonnante. En effet, le vice de séduction est l'un des problèmes principaux que le droit de la consommation se propose de résoudre en protégeant le consommateur contre *"les mirages de la publicité, les facilités de crédit, les boniments des vendeurs"*⁸⁷³. Même si ce phénomène a pris une importance significative depuis quelques décennies, il est erroné de prétendre qu'il soit apparu avec la société dite de consommation.

D'ailleurs, Ripert avait fait remarquer que *"les rédacteurs du Code civil n'ignoraient pas que dans certains contrats l'une des parties est toute puissante (...) "*⁸⁷⁴. Ainsi, la théorie des vices du consentement *"a 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"*⁸⁷⁵. Par exemple, il est intéressant de souligner le fait que l'article 1112 du Code civil impose que l'on ait regard, pour apprécier la violence, *« à l'âge, au sexe et à la condition des personnes »*. N'est-ce pas une façon non-équivoque de tenir compte concrètement de certaines inégalités naturelles, économiques et sociales pouvant exister entre les personnes⁸⁷⁶? Dans le cadre de cette analyse *in concreto*, les juges sont sensibles à certains facteurs de puissance économique tels que l'expérience des affaires⁸⁷⁷, la notoriété⁸⁷⁸, ou au contraire de faiblesse économique, tel que le besoin pressant d'argent⁸⁷⁹. Le développement

⁸⁷⁰ *La génisse, la chèvre et la brebis en société avec le lion*, Bibliothèque de la Pléiade, éd. Gallimard, p.37.

⁸⁷¹ Jean de la Fontaine, *Le pot de terre et le pot de fer*, Bibliothèque de la Pléiade, éd. Gallimard, p.180.

⁸⁷² Passage extrait de la déclaration du premier consul, cité par H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations*, tome II, volume 1er, p.214.

⁸⁷³ J. Calais-Auloy, op. cit. p.241.

⁸⁷⁴ Op. cit., n°57, p.100.

⁸⁷⁵ Op. cit., n°41, p.76; De Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, 1856, III, p.101; Demogue, *Obligations*, I, n°217 bis.

⁸⁷⁶ Sur ces différents types d'inégalités voir notamment G. Cornu, *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français*, précité.

⁸⁷⁷ Cass. Com., 30 janvier 1974, Dalloz, 1974, 382.

⁸⁷⁸ Cass. Civ. 1ère, 3 novembre 1976, G.P., 1977, 1, 67, note Damien, pour une annulation d'une convention d'honoraires en raison de la disparité des situations entre un avocat de grande notoriété et son client, grand infirme, inexpérimenté en affaires et ému à l'idée de recevoir une importante indemnisation.

⁸⁷⁹ Cass. Soc., 5 juillet 1965, Bull. Civ. IV, n°545; **contra** : Cass. Com., 20 mai 1980, Bull. Civ. IV, n°212, décision refusant l'annulation d'un contrat de concession dans lequel le concédant était en position de force économique, et le concessionnaire en situation de dépendance financière et commerciale, aux motifs que les juges du fond n'avaient pas précisé en quoi les agissements du premier étaient illégitimes.

de la société de consommation n'a donc fait que renouveler les données du problème en l'éclairant d'une lumière plus collective et moins individualiste⁸⁸⁰.

182 . Le raccourci historique, selon nous erroné, qui permet à la doctrine consumériste d'affirmer que la prise de conscience du problème général de l'inégalité contractuelle a été permise par le droit de la consommation, est à la fois un point de départ et une résultante. C'est d'abord un point de départ pour la justification du mouvement de parcellisation du droit. Si le problème de l'inégalité entre contractants n'a trouvé sa véritable dimension qu'avec le droit de la consommation, c'est que le droit commun des obligations est manifestement inapte à instaurer une protection de l'économiquement faible. Nous venons de voir qu'un tel raisonnement ne peut être valablement retenu, le problème de l'inégalité ayant toujours préoccupé la doctrine civiliste et justifié certaines dispositions protectrices en droit positif. C'est ensuite une résultante de la confusion, tendant à devenir habituelle, sur les sens de la notion d'égalité, qui comme tous les termes polysémiques doit être utilisé avec précaution.

B - UNE CONFUSION REGRETTABLE ENTRE EGALITE ABSTRAITE ET EGALITE CONCRETE

183 . Le constat selon lequel le principe d'égalité, qui régit le droit civil en général et le droit des obligations en particulier, est incompatible avec l'instauration d'un régime de protection des économiquement faibles par le biais de la théorie générale des obligations, est le fruit d'une confusion portant sur la notion d'égalité. Cette confusion doit être relevée tant dans le domaine de la philosophie que dans celui du droit. Nous ne consacrerons pas de développements spécifiques à l'évolution de la notion d'égalité en science économique, car celle-ci n'apporte, pour notre sujet, rien de plus par rapport aux analyses philosophiques et juridiques⁸⁸¹.

1/ DE LA CONFUSION PHILOSOPHIQUE ...

184 . Tout le problème posé par la notion d'égalité provient des erreurs d'interprétation commises dans certaines traductions, notamment celles des écrits d'Aristote, et de l'ambiguïté de son contenu. *L'Ethique à Nicomaque*, dans le livre V consacré à la justice, contient une distinction qui a fait florès, celle entre la justice distributive et la justice commutative. Mais, Michel Villey a montré que cette traduction était erronée et que "*le texte d'Aristote parle beaucoup moins de justice (...) que de deux types de droits : dikaia, deux égalités*"⁸⁸². L'erreur vient probablement du fait qu'Aristote se sert de l'égalité pour définir le juste. "*Puisque l'injuste ne respecte pas l'égalité et que l'injustice se confond*

⁸⁸⁰ Voir notamment la possibilité pour les associations de consommateurs d'ester en justice sur le fondement des articles L. 421-1 et suiv. du Code de la consommation.

⁸⁸¹ La science économique, notamment sous l'influence de F. Perroux, a progressivement atténué le postulat d'égalité pure et abstraite entre les agents économiques afin de tenir compte des phénomènes de domination d'une économie sur les autres, ou d'une entreprise sur un marché.

⁸⁸² M. Villey, *Philosophie du droit*, t.1, Précis Dalloz, 1986, p.71.

*avec l'inégalité, il est évident qu'il y a une juste mesure relativement à l'inégalité. Cette juste moyenne, c'est l'égalité. (...) Si donc l'injuste c'est l'inégal, le juste est égal*⁸⁸³.

L'imprécision de la traduction se double d'un contresens. La "*justice commutative*", qui régit les échanges, est souvent interprétée comme la référence à une égalité abstraite, mathématique et individualiste⁸⁸⁴, par opposition à la « *justice distributive* ». C'est de cette interprétation qu'a été tiré le principe d'égalité abstraite entre les sujets de droit, principe qui est le fondement du système individualiste et libéral, « *qui traitant les pauvres à l'égal des riches, en fait les écrase* »⁸⁸⁵. Or, c'est aller au-delà du texte et de la pensée d'Aristote que de vouloir opposer irréductiblement ces deux notions qui, en réalité se complètent. Si Aristote a, pour les définir, distingué "*justice distributive*" et "*justice commutative*", cela ne signifie pas que ces deux concepts soient antithétiques, et que l'un exclut forcément l'autre. Dans les échanges, qu'ils soient volontaires ou involontaires, l'idée de justice commutative n'instaure pas obligatoirement un postulat d'égalité abstraite entre les coéchangistes pour ne se préoccuper que de l'égalité des objets échangés. Par exemple, Aristote admet que lorsqu'une personne frappe un magistrat, celle-ci soit punie plus durement que si elle avait frappé un simple citoyen⁸⁸⁶. Batiffol avait compris les liens qui unissent les notions de justice commutative et de justice distributive⁸⁸⁷. Pour cet auteur, le problème de la répartition est préalable à celui du maintien de l'égalité dans les échanges. « *En réalité, il apparaît clairement que la justice commutative présuppose une répartition des biens qu'il s'agit de maintenir : c'est donc le problème préalable de cette répartition qui est fondamental* »⁸⁸⁸.

185. Selon Aristote, il est évident que l'on ne peut comparer également que des personnes ou des choses égales entre elles. "*Si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elles seront traitées l'égalité*"⁸⁸⁹. Quoi de plus injuste, en effet, que de traiter sur un pied d'égalité des personnes, qui en réalité, sont naturellement, socialement ou économiquement inégales? Les auteurs qui ont conclu à l'impossibilité pour la théorie générale des obligations de prendre en compte la faiblesse économique de certaines personnes, ont oublié, ou ignoré, que l'égalité ne renvoyait pas systématiquement à l'identité mathématique, à l'équivalence, mais pouvait aussi vouloir dire proportion, équité.

Le grand apport de la pensée aristotélicienne, dans le domaine de la justice, est d'avoir mis en relief les deux sens que pouvait revêtir la notion d'égalité. D'abord un sens abstrait, une égalité arithmétique, ensuite un sens concret, une égalité géométrique. L'erreur est d'affecter à ces deux conceptions des domaines distincts, l'une celui des contrats et plus

⁸⁸³ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chap.III, 1 à 3; une autre erreur de traduction consiste à croire qu'Aristote a défini l'équité comme la justice dans le concret. La justice est forcément une application pratique de la règle de droit, si bien que définir l'équité comme la justice dans le concret relève de la tautologie. En réalité, il ne s'agit pas de justice mais de droit, d'égalité dans le concret, par opposition à la norme purement abstraite. Voir en ce sens M.S. Zaki, *Définir l'équité*, in Arch. philo. du droit, 1990, t.35, *Vocabulaire fondamental du droit*, p.88.

⁸⁸⁴ H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n°27 à 31.

⁸⁸⁵ M. Villey, op. cit., n°44, p.74.

⁸⁸⁶ Op. cit., livre V, chap.V, 4, voir aussi G. Cornu, le rapport précité, p.124 : « (...) *le doigt d'un chirurgien vaut beaucoup plus que le bras d'un manoeuvre* (...) »

⁸⁸⁷ H. Batiffol, *Significations de l'égalité pour la philosophie du droit*, in Mélanges Batiffol, Paris, 1976, p.447 et suiv.

⁸⁸⁸ Op. cit., p.454.

⁸⁸⁹ Op. cit., Livre V, chap.III, 6.

largement des obligations et l'autre celui de la politique sociale⁸⁹⁰. La confusion consiste donc à croire que ce principe d'égalité abstraite s'applique seul au droit civil, et ce au regard d'une imprécision terminologique et d'une analyse erronée de la pensée d'Aristote. A cet égard, Michel Villey rappelle fort justement qu'il faut « *tenir compte de la qualité des personnes ou des biens* », et que, par conséquent, « *tout le droit ne pourra se couler dans une formule mathématique* »⁸⁹¹. Force est donc de déterminer rigoureusement, afin d'éviter de tels contresens et confusions, le contenu du principe d'égalité qui régit le droit commun des obligations. S'agit-il de l'égalité abstraite, dont la doctrine consumériste tire parti pour justifier l'existence et l'autonomie du droit de la consommation, ou s'agit-il de l'égalité concrète, plus proche en réalité de la notion d'équité? La réponse à cette question permettra de dissiper la confusion qui affecte la notion d'égalité sur le plan juridique.

2/ ... A LA CONFUSION JURIDIQUE

186 . A titre liminaire, il faut éviter le flou terminologique, qui alimente la confusion. Etymologiquement les termes d'égalité et d'équité ont la même racine, et viennent tous deux du latin *aequus* qui servait à désigner à la fois la comparaison de deux choses et le jugement d'équité. De cette racine commune, le latin a distingué deux termes : *aequalitas* pour signifier l'égalité mathématique ou politique⁸⁹², et *aequitas* signifiant équité, esprit de justice et de juste proportion⁸⁹³.

Or le terme égalité a eu tendance à remplacer celui d'équité, non sans une certaine démagogie politique. Il est vrai qu'à la fin de l'ancien régime, les parlements avaient mauvaise presse : "*Dieu nous garde de l'équité des parlements!*". La dimension subjective de l'équité, qui transparait au travers des jugements du même nom, était synonyme d'arbitraire et d'injustice⁸⁹⁴. Jean de la Fontaine écrivait, à ce propos, "*selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de Cour vous rendront blanc ou noir*"⁸⁹⁵. Les dangers que présente la conception subjective de l'équité sont suffisamment connus pour se contenter de citer les deux principaux : l'arbitraire et l'insécurité juridique⁸⁹⁶. C'est donc en réaction contre l'équité subjective que la Révolution a porté au pinacle le principe d'égalité abstraite. Mais à y regarder de plus près, la période révolutionnaire a donné au concept d'égalité un contenu extrêmement nuancé. M. Caporal rappelle, dans sa thèse, qu'outre l'égalité en droit, les révolutionnaires ont mis en avant la nécessité de réaliser, dans les faits, l'égalité par le droit⁸⁹⁷. L'auteur découpe cette période en deux temps : d'abord de

⁸⁹⁰ En ce sens cf. H. Roland et L. Boyer, op. cit.

⁸⁹¹ Op. cit., n°44, M. Villey ajoutant : « *Bien que le droit soit une harmonie, et s'analyse en la recherche de ces deux formes d'égalité, jamais la pensée d'Aristote ne fut de réduire la langue du droit aux mathématiques, pas plus que le discours musical* ».

⁸⁹² *Societas hominum et aequalitas et justicias*, Cicéron, *De legibus*, 1, 49.

⁸⁹³ *Multa pro aequitate contra jus dicere*, Cicéron, *De oratore*, 1, 240.

⁸⁹⁴ J. Carbonnier, *Introduction*, n°14; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°43.

⁸⁹⁵ *Les animaux malades de la peste*, éd. Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, p.250.

⁸⁹⁶ J. Carbonnier, op. cit.; H. Roland et L. Boyer, op. cit.; P. Jestaz, *Equité*, Ency. Dalloz civil; E. Agostini, *L'équité*, Dalloz, 1978, chron., p.7 et suiv.

⁸⁹⁷ S. Caporal, op. cit., p.139, citant Lazard Carnot : « *Tout gouvernement doit tenir autant qu'il est possible à l'égalité la plus parfaite des citoyens* ».

1789 au 10 août 1792 où l'égalité abstraite, l'égalité en droit, était seule envisagée⁸⁹⁸, ensuite du 10 août 1792 au 9 thermidor An II où l'idée d'égalité par le droit tend à encrever l'égalité concrète au sein de la société elle-même⁸⁹⁹. Au cours des discussions sur le projet girondin de constitution, Harmand a posé le problème en des termes éclairants : « *Après avoir obtenu l'égalité politique de droit, le désir le plus naturel et le plus actif c'est celui de l'égalité de fait (...) car si j'ai le droit, la privation du fait est une injustice* »⁹⁰⁰. Faisant écho à cette déclaration, le gouvernement révolutionnaire va fonder son action sur l'égalité de faits entre les citoyens. Ainsi, Barère plaide pour un « *Etat révolutionnaire* » impliquant « *la multiplication des petits propriétaires* »⁹⁰¹. M. Luchaire résume parfaitement l'ambiguïté du principe d'égalité en le qualifiant de « *Janus constitutionnel* » : « *Comme Janus, l'égalité a deux faces : l'une tournée vers le passé, l'autre vers l'avenir : la première condamne toute distinction interdite par la constitution, arbitraire ou n'ayant aucun rapport avec l'objet de la loi qui l'établit; la seconde s'efforce de corriger avec toute la prudence nécessaire ce qu'il y a de plus choquant dans l'inégalité des conditions humaines; de ces deux mouvements l'un est conservateur d'un certain ordre juridique, l'autre tend à le faire progresser; ils ont pourtant leur source dans le même principe d'égalité qui apparaît ainsi à la fois comme une protection contre l'arbitraire et un mythe pour le progrès social* »⁹⁰².

187. La confusion entre égalité abstraite et égalité concrète ne s'est pas instaurée sur le plan constitutionnel, contrairement à ce que pourrait laisser croire la consécration de ce principe par le Conseil constitutionnel. En effet, selon la jurisprudence de celui-ci « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁹⁰³. Les termes employés, qui s'inspirent directement de la pensée aristotélicienne, privilégient à l'évidence la notion d'égalité concrète. Rien ne s'oppose donc, sur le plan constitutionnel, à la prise en compte par la théorie générale des obligations des déséquilibres de puissance économique. M. Luchaire observe d'ailleurs qu'une « *loi formellement égale pour tous peut être matériellement inégalitaire lorsqu'elle traite uniformément des situations très différentes* »⁹⁰⁴. Au surplus lorsque M. Luchaire cite les domaines du droit civil régis par le principe constitutionnel

⁸⁹⁸ Op. cit., p.34 : « *Il ne fait aucun doute que les députés, en affirmant le principe d'égalité, l'entendent exclusivement comme une égalité juridique et nullement comme une égalité des conditions* »; à cet égard, le cahier de doléances du troisième ordre de Longuyon est riche d'enseignements : « *Que les riches et puissants ne craignent rien du Tiers; il ne tend point à une égalité absolue, tout ce qu'il demande, c'est que les égards et le respect pour les lois et devant les lois soient égaux pour tous* », C. Courvoisier, *Les droits de l'homme dans les cahiers de doléances*, in *Les droits de l'homme et la conquête des libertés. Des lumières aux révolutions de 1848*, P.U.G., 1988.

⁸⁹⁹ S. Caporal, op. cit., p.143, le 10 août 1792 la monarchie est renversée, et l'Assemblée législative convoque une nouvelle constituante qui portera le nom de Convention. En octobre de la même année, Robespierre écrira : « *La royauté est anéantie, la noblesse et le clergé ont disparu, le règne de l'Égalité commence* »; cf. A. Soboul, *La Révolution française 1789-1799*, 2ème éd., Paris, 1982, Ed. sociales, p.205.

⁹⁰⁰ Cité par S. Caporal, op. cit., p.152.

⁹⁰¹ Op. cit., p.157; il faut rapprocher cette volonté de morcellement de la propriété avec la phrase de Saint-Just dans les *Institutions républicaines* : « *Il ne faut ni riches ni pauvres* », et avec l'article rédigé par Brissot, paru le 29 décembre 1792 dans *Le Patriote français*, intitulé *L'égalité de fait* : « *Dans toute démocratie, les lois doivent détruire et prévenir la trop grande inégalité de fait entre les citoyens, sans cela l'égalité de leurs droits serait une chimère. L'indigent se vendrait au riche et celui-ci dominerait* ».

⁹⁰² F. Luchaire, *Un Janus constitutionnel : l'égalité*, R.D.P. 1986; p.1274.

⁹⁰³ Cons. Const., 3 août 1994, J.C.P., 1995, II, 22404, note Y. Broussolle.

⁹⁰⁴ F. Luchaire, article précité, p.1231.

d'égalité, le droit des obligations n'est pas mentionné⁹⁰⁵. En vérité, l'égalitarisme n'a été qu'une doctrine en vogue dans certains milieux intellectuels, mais qui n'a jamais reçu une quelconque consécration en droit français. Ce n'est que par un raisonnement elliptique que l'erreur s'est glissée et que l'on a pris pour de l'égalité ce qui était en réalité de l'équité.

188. Au-delà des circonvolutions politiques et des excès historiques, il faut redonner aux mots leur véritable sens et l'intégralité de leur amplitude. En effet, l'équité a aussi un sens objectif⁹⁰⁶ extrêmement important pour le droit. Que l'on privilégie une connotation subversive, supplétive ou supérieure⁹⁰⁷, l'essentiel est de mesurer combien le concept d'équité est important dans notre droit, et notamment en droit des obligations. Le droit civil, en général, et le droit des obligations, en particulier, ne sont pas soumis au principe d'égalité abstraite. Michel Villey écrivait, dans son ouvrage consacré à la philosophie du droit, qu'*"une bonne proportion dans le partage des biens entre membres d'un groupe, telle est donc l'essence du droit (...)"*⁹⁰⁸. Lorsque cet auteur disait que *"le droit consiste en une égalité"*, il s'empressait d'ajouter que ce mot ne fait pas référence aux mathématiques modernes dont la sécheresse et l'abstraction ne se retrouve pas dans les mathématiques grecques⁹⁰⁹. Il s'agit de proportion, d'équité. L'égalité, pris dans son sens abstrait, est donc rejetée comme une *"contrefaçon de justice"*⁹¹⁰, comme un idéal utopique, un mythe. Car, toute société repose sur l'inégalité des membres qui la compose. Le droit ne doit donc pas se suffire d'une proclamation abstraite consistant à croire aveuglément à l'égalitarisme. *"Débarrassons-nous du mirage idéaliste de l'égalité"*⁹¹¹.

Cette confusion a d'ailleurs donné lieu à une admirable parodie cynique, essentiellement axée sur l'ambiguïté du mot égalité, dont Georges Orwell a été l'auteur, dans son ouvrage *La ferme des animaux*. Après la révolte des animaux de la ferme du Manoir et le bannissement des humains, le propriétaire Mr. Jones en tête, les cochons, se montrant plus habiles à organiser, à penser et à diriger, prirent progressivement le pouvoir, avec le consentement tacite des autres animaux, plus aptes au travail des champs. Dans les premiers temps du régime, sept commandements ont été énoncés dont l'un disait : *"Tous les animaux sont égaux"*. Mais au fil des années, grâce à leur supériorité naturelle et leur malice, les cochons vont s'octroyer de plus en plus de privilèges jusqu'à instaurer une véritable dictature, dans leur seul intérêt. Le commandement édictant l'égalité entre tous devient alors : *"Tous les animaux sont égaux, mais certains plus que d'autres"*. Cette conclusion met en relief le caractère illusoire et éphémère de l'égalitarisme, dont la définition même heurte le principe de justice. Il est vain de vouloir instaurer une égalité numérique stricte et absolue entre les individus dans la répartition des biens et des charges, puisque *« les différences de tempérament et d'intelligence rétabliront vite les inégalités (...) »*⁹¹². A vrai dire, M. Cornu a raison d'écrire que *« l'égalité réelle parfaite est une chimère, et l'égalité juridique absolue une duperie »*⁹¹³.

⁹⁰⁵ F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, R.T.D.Civ., 1982, p.264 et suiv.

⁹⁰⁶ J. Carbonnier, op. cit.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°40.

⁹⁰⁷ P. Jestaz, *Equité*, Ency. Dalloz civil; Papinien assignait au droit prétorien, qui était fondé sur le principe d'équité, trois fonctions : seconder, suppléer ou corriger les termes de la loi.

⁹⁰⁸ Op. cit., n°42.

⁹⁰⁹ Op. cit., n°41.

⁹¹⁰ Op. cit., n°91.

⁹¹¹ Op. cit., n°123, l'auteur, dans un autre ouvrage, a écrit que : *« l'inégalité est la règle : le créancier ne saurait avoir le même droit que le débiteur »*. En ce sens voir aussi, J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°199; J. Dabin, *Le droit subjectif*, p.95.

⁹¹² H. Batiffol, op. cit., p.445.

⁹¹³ Op. cit., p.133.

189. Il convient néanmoins de préciser que le "mirage" de l'égalité abstraite est plus le fruit de la pensée politique que de la doctrine juridique. Celle-ci, dans sa grande majorité, n'a jamais cédé à la tentation d'affirmer une égalité abstraite entre tous les sujets de droit⁹¹⁴. L'équité est un principe moral qui a toujours irrigué notre droit des obligations⁹¹⁵. Pothier ne considérait-il pas que "l'équité doit régner dans les conventions"⁹¹⁶? Ripert, à ce sujet, cite Jaubert qui, au nom du Tribunal, disait : "le droit n'est que l'analyse de ce qui est équitable et bon"⁹¹⁷. Plus récemment, la doctrine contemporaine fait de l'équité un principe du droit des obligations. "C'est qu'il existe des inégalités de fait. Une justice plénière se doit de les corriger : elle rétablira l'égalité par des inégalités inverses qui ne seront que des compensations"⁹¹⁸. M. Batiffol, quant à lui, écrit que "(...) l'aspiration à la justice envisage directement la relation, et veut d'abord l'équité, c'est-à-dire l'égalité dans le concret (...)"⁹¹⁹. Sous cet angle, l'égalité est synonyme d'équité, de proportion. Débarrassée de sa dimension abstraite, la notion d'égalité peut alors s'immerger dans la réalité, le concret. L'égalité ne sera plus désormais un postulat du droit proclamé à des fins politiques, mais un objectif, une finalité, "un idéal d'égalité effective que les règles et les institutions tendraient progressivement à réaliser, en atténuant les inégalités de fait"⁹²⁰. A cet égard, MM. Terré et Sève rappellent que le sens ancien du mot droit, en grec *dikaion* venant de *dika* (à moitié), signifie le juste milieu objectif résultant du bon partage des biens et des charges⁹²¹.

Cette tendance à la redéfinition de la notion d'égalité est d'une actualité saisissante. L'effort de distinction d'Aristote doit encore être fourni aujourd'hui. C'est en ce sens que doit être perçu le rapport de la commission présidée par M. Minc, dans le cadre du commissariat général au plan. Ce rapport milite avec ferveur pour la suppression du principe d'égalité abstraite entre les administrés et les contribuables et pour son remplacement par le principe d'équité⁹²². Bien entendu, il ne s'agit pas de remettre en cause l'égalité des droits politiques du citoyen, puisque le mandat donné à cette commission par le premier ministre, était relatif à la politique économique. Dans ce domaine, le recours au principe d'équité, ou d'égalité concrète, est la source d'un volontarisme politique qui a pour ambition de compenser juridiquement les déséquilibres économiques et sociaux. « *Le principe d'équité doit désormais aller au-delà de la stricte application du principe d'égalité des chances : reconstituer celle-ci passe désormais par le principe de la*

⁹¹⁴ A l'inverse la politique a eu tendance à rechercher une certaine forme d'égalitarisme en érigeant en droit subjectif ce qui n'était que de simples libertés. Il en est ainsi, par exemple, pour le droit au logement, le droit à la santé ou le droit au travail. Il est bien difficile de dire qui est le sujet passif de ces prétendus droits! Sur ce point voir Roubier, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, Arch. philo. du droit. 1957, p.3 et suiv.

⁹¹⁵ Sans toutefois constituer une véritable source du droit, puisque le juge ne peut se fonder sur l'équité pour « soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés », Cass. Civ., 2 décembre 1947, G.P., 1948, 1, p.36; Cass. Civ., 20 décembre 1852, Dalloz, 1853, 1, p.95, décision dans laquelle la misère n'est pas considérée comme une cause de nullité; voir aussi J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°239.

⁹¹⁶ *Obligations*, n°33.

⁹¹⁷ Op. cit., n°20, p.32.

⁹¹⁸ J. Carbonnier, op. cit., n°51 et 53.

⁹¹⁹ *La philosophie du droit*, Que sais-je?, P.U.F., p.107.

⁹²⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitiant, p.302.

⁹²¹ F. Terré et R. Sève, *Droit*, in Arch. philo. du droit, 1990, t. 35, *vocabulaire fondamental du droit*, p.44.

⁹²² Rapport au premier ministre de la commission présidée par Alain Minc, *La France de l'an 2000*, La Documentation Française, éd. Odile Jacob.

"discrimination positive" »⁹²³. Cette proposition est une application pure de l'égalité distributive d'Aristote. Par analogie, il convient de faire preuve d'un volontarisme juridique⁹²⁴ identique dans le domaine du droit des obligations. Evidemment, les échanges continueront à être réglés selon l'égalité arithmétique. Néanmoins, l'égalité géométrique ne sera pas pour autant absente, car il existe des contrats conclus entre personnes de puissance économique manifestement inégale. Dans cette hypothèse, le droit positif devra, pour respecter les principes de justice et d'équité, vérifier si l'inégalité entre contractants ne se traduit pas par un déséquilibre de même sens dans les valeurs des prestations réciproques. La règle de droit jouera alors le rôle de système de compensation permettant le rééquilibrage des obligations⁹²⁵.

190 . Loin de constituer une entrave à la prise en compte des inégalités par le droit commun des obligations, le principe d'égalité envisagé dans sa dimension concrète, favorise au contraire celle-ci. Il suffit de mettre en avant la notion d'équité pour trouver la justification de l'instauration d'un régime général de protection des économiquement faibles face aux éventuels abus de puissance économique. Le raisonnement consistant à soutenir que le principe d'égalité entre contractants rendait nécessaire la parcellisation du droit pour permettre la protection de la partie en situation d'infériorité se révèle donc inexact. La théorie générale des obligations est apte, sur le plan des principes⁹²⁶ à tenir compte des déséquilibres de puissance économique entre contractants et à assurer une protection de l'économiquement faible.

Mais il ne faut pas se contenter d'une compatibilité avec le principe d'égalité pour pouvoir formuler une telle conclusion. Auparavant, il convient d'analyser les relations existant entre le principe de liberté et les déséquilibres de puissance économique. Cette analyse permettra de prendre une position définitive sur la légitimité de la parcellisation du droit des obligations.

SECTION II

LE PRINCIPE DE LIBERTE ET LA PROTECTION DE L'ECONOMIQUEMENT FAIBLE

191 . Les liens entre égalité et liberté peuvent être perçus de différentes façons. D'abord, il est possible de considérer ces deux notions comme antithétiques. Flaubert estimait, en ce sens, que *"l'égalité, c'est l'esclavage. Voilà pourquoi j'aime l'art. C'est que là au moins, tout est liberté dans ce monde des fictions"*⁹²⁷. La liberté paraît donc résolument incompatible avec l'égalité. Si je suis libre, c'est que je peux faire ce que je décide, ce qui me semble bon, sans déterminisme, sans soucis d'équité. D'ailleurs, le monde de l'art, que

⁹²³ Op. cit., p.92.

⁹²⁴ M. Cornu a utilisé l'expression « *esprit offensif* » pour parler de la volonté du législateur de corriger les inégalités sociales et de protéger les économiquement faibles, cf. rapport précité.

⁹²⁵ Cf. infra n°740 et suiv.

⁹²⁶ Notre seconde partie sera consacrée à l'étude des moyens de prise en compte.

⁹²⁷ *Correspondances à Louise Colet*, 1852.

chéri Flaubert, n'est-il pas celui où les inégalités sont les plus flagrantes? La liberté absolue de l'artiste transcende les règles établies et exprime le génie créateur. Sans nier le lourd travail que nécessite la création d'une oeuvre d'art, il est indéniable qu'elle procède aussi d'un talent inné dont la nature a pourvu chaque individu très inégalement.

A l'inverse, on peut concevoir une relation étroite entre les notions d'égalité et de liberté. Historiquement, il est possible de faire un parallèle étonnant. Il est rare qu'une société ait consacré l'un de ces principes sans consacrer l'autre. La Révolution française a vu la proclamation simultanée de la liberté et de l'égalité entre les hommes dans l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen. C'est parce qu'ils sont égaux en droit que les hommes sont libres, c'est-à-dire qu'ils peuvent s'auto-déterminer.

192. L'apparente contradiction de ces deux positions extrêmes, provient comme pour l'égalité, d'un problème de définition. Le terme liberté est lui aussi polysémique. Plus encore que pour le concept d'égalité, son contenu est extrêmement complexe. Paul Valéry considérait que c'était "*un de ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens, qui chantent plus qu'ils ne parlent*". Il est vrai que lorsqu'on parcourt les ouvrages de philosophie consacrés à la liberté, on est étonné de la diversité des conceptions en présence. Qui a-t-il de commun entre la liberté telle qu'envisagée par Spinoza et la définition qu'en donne André Gide? Pour l'un, la liberté est la simple conscience de la nécessité⁹²⁸, tandis que pour l'autre c'est la possibilité d'accomplir un acte purement gratuit, sans motivation⁹²⁹. Sans vouloir manier le paradoxe à l'excès, il est aussi intéressant de rapprocher la définition courante de la liberté, à savoir l'absence de contrainte, avec le mot de Sartre : "*Jamais nous n'avons été plus libres que sous l'occupation allemande*"⁹³⁰.

193. La multiplicité des définitions et des conceptions philosophiques de la liberté ne pouvait laisser le domaine juridique indifférent. Le juriste, utilisant un concept philosophique, intègre nécessairement dans son raisonnement les doutes et les ambiguïtés inhérents à ce concept. Tel a été le cas pour la notion de liberté, qui est la racine d'un des principes les plus controversés de notre droit, celui de l'autonomie de la volonté. Ici, la liberté rejoint la volonté pour former le socle de la théorie générale des obligations. C'est justement ce principe de l'autonomie de la volonté qui est avancé par la doctrine consumériste pour prouver l'incapacité de la théorie générale à mettre en place une protection juridique de l'économiquement faible, et spécialement du consommateur. M. Bihl justifie l'autonomie du droit de la consommation par ce biais : "*Et le XXème siècle unanime de dénoncer l'inadaptation du principe de l'autonomie de la volonté à l'économie et à la société moderne*"⁹³¹. Même en dehors de la doctrine consumériste certains auteurs partagent ce point de vue. Ainsi, Mme Pérot-Morel estime que « *c'est essentiellement au nom de la doctrine de l'autonomie de la volonté que l'on refuse tout rétablissement de la*

⁹²⁸ "*J'appelle libre une chose qui est et agit par la seule nécessité de sa nature, contrainte celle qui est déterminée par une autre à exister et à agir*", Spinoza, *Lettre 58 à Schuller*, cf. aussi *Ethique*, Livre III, proposition II, scolie.

⁹²⁹ A. Gide, *Les caves du Vatican*, ouvrage dans lequel le personnage central commet un crime sans raison, en précipitant dans le vide un voyageur qui se trouvait seul avec lui dans le même compartiment. La liberté du meurtrier s'exprime dans le fait qu'il décide simplement de tuer l'autre, s'il voit un feu dans la campagne avant de finir de compter jusqu'à douze.

⁹³⁰ *Lettres françaises*, septembre 1944, repris dans *Situations III*; pour Sartre la liberté découle de l'existence : "*l'homme est condamné à être libre*", qu'il subisse ou non des contraintes extérieures à sa propre volonté, *L'être et le néant*, p.494, 515 et suiv.

⁹³¹ *Vers un droit de la consommation*, G.P., 1974, Doct., p.255.

justice commutative dans le contrat »⁹³². Mais comme pour le principe d'égalité, nous allons voir dans un premier temps qu'il ne s'agit que d'une apparence d'incompatibilité résultant uniquement du choix de la définition de la liberté qui est utilisée pour légitimer le principe d'autonomie de la volonté. Dans un second temps, nous essayerons de montrer que ce principe n'a jamais été un obstacle à la protection des économiquement faibles en droit commun des obligations.

PARAGRAPHE 1 - UNE INCOMPATIBILITE APPARENTE

194 . A l'instar de l'égalité, le principe d'autonomie de la volonté a été présenté comme un obstacle rédhibitoire à la prise en compte des inégalités de puissance économique par le droit commun des obligations. S'agissant de la volonté de protéger le consommateur, partie présumée économiquement faible, la parcellisation du droit était donc inévitable. Avant d'analyser en quoi le principe de l'autonomie de la volonté peut constituer une entrave à l'instauration d'une protection de la partie en situation d'infériorité, en droit commun, il convient d'étudier le contenu de ce fameux principe.

A - LE CONTENU DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE

195 . L'autonomie de la volonté est un principe qui est né d'une conception bien précise de la liberté , celle du libre-arbitre. La plupart des auteurs qui se sont intéressés au problème de l'autonomie de la volonté, ont fait remonter à Grotius (1583-1645) et l'école du droit naturel l'origine de l'affirmation de la liberté absolue de l'individu⁹³³. La traduction, en droit positif, de la pensée de l'école du droit naturel s'incarne dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹³⁴, et notamment dans l'article premier qui proclame la liberté de tout homme. Mais là n'est pas, croyons-nous, la source véritable du principe de l'autonomie de la volonté. En effet, affirmer que "*l'autonomie de la volonté repose sur la croyance en la liberté naturelle de l'homme*"⁹³⁵ n'apporte pas grand chose dans la compréhension du contenu de ce principe. Plus précisément, il est d'usage de se référer à la philosophie kantienne pour définir l'autonomie de la volonté⁹³⁶. Pour le maître de Königsberg, la volonté de l'homme joue un rôle fondamental. Elle "*est conçue comme une faculté de se déterminer soi-même à agir conformément à la représentation de*

⁹³² M.A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Dalloz, 1961, p.18.

⁹³³ G. Auge, *Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, in Arch. philo. du droit, 1968, p.99 et suiv.

⁹³⁴ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°15.

⁹³⁵ J. Flour et J.L. Aubert, *L'acte juridique*, n°104.

⁹³⁶ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; contribution à l'étude critique de l'individualisme*, thèse Dijon, 1912, p.53; M. Villey, *Philosophie du droit*, n°82; J. Carbonnier, *Les obligations*, n°21; H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, 2, Contrats, n°7.

*certaines lois*⁹³⁷. La liberté et la volonté sont donc intimement mêlées pour former le principe de l'autonomie de la volonté. C'est parce que l'homme est naturellement libre que sa volonté peut s'auto-déterminer. La dimension métaphysique de la liberté est donc ici privilégiée.

196 . En France, il est habituel de rapprocher la pensée de Kant de celle de Rousseau, toutes deux étant imprégnées d'un individualisme traditionnel et caractéristique du siècle des lumières. Mais il semble plus pertinent d'opérer d'autres rapprochements. Ainsi, la volonté était particulièrement mise en avant par les stoïciens. Epictète écrivait : *"de toutes les choses du monde, les unes dépendent de nous, les autres n'en dépendent pas. Celles qui en dépendent sont nos opinions, nos mouvements, nos désirs, nos inclinations, nos aversions, en un mot toutes nos actions"*⁹³⁸. Plus déterminant pour notre civilisation, Aristote conférait à la volonté un rôle décisif pour déterminer si un acte était ou non le fruit de la liberté de l'individu. L'acte librement déterminé est celui qui résulte d'une volonté, d'un choix; mais pas dans n'importe quelle condition. Aristote ajoute qu'un acte volontaire n'est pas libre s'il dépend de causes étrangères à la raison. La volonté n'est libre que si elle est rationnelle. En cela, Aristote est très proche de Descartes qui avait, avant Kant, montré l'importance de la volonté et de la raison dans la détermination de la liberté. Lorsqu'il affirmait *"cogito ergo sum"*, il exprimait sa liberté souveraine d'homme, en ce que ce jugement n'était déterminé par aucune force extérieure à sa propre intelligence : *"si je connaissais toujours clairement ce qui est vrai et ce qui est bon, je ne serais jamais en peine de délibérer quel jugement et quel choix je devrais faire; et ainsi je serai entièrement libre, sans jamais être indifférent"*⁹³⁹. C'est donc la volonté éclairée par le raisonnement qui confère à l'homme sa liberté. Or cette liberté métaphysique est absolue : *"il n'y a que la volonté seule ou la seule liberté du franc arbitre que j'expérimente, en moi, être si grande que je ne conçois point l'idée d'aucune autre plus ample et plus étendue, en sorte que c'est elle principalement qui me fait connaître que je porte l'image et la ressemblance de Dieu"*⁹⁴⁰. Dans cette conception du libre-arbitre, l'homme peut même nier l'évidence et soutenir une erreur pour démontrer la puissance de sa liberté et de sa volonté!

Il est alors possible de percevoir combien la pensée cartésienne a influencé la culture française, et par voie de conséquence la culture juridique⁹⁴¹. D'une part, les liens étroits existant entre les idées de liberté, de volonté et de rationalité permettent de comprendre pourquoi le droit ne prend en compte que l'engagement sérieux et non les déclarations de volonté irréfléchies ou faites par pure plaisanterie, courtoisie ou amitié⁹⁴². Ils sont également un facteur explicatif des dispositions légales modernes qui imposent, au

⁹³⁷ E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, éd. Delagrave, p.184.

⁹³⁸ *Pensées I*, in *Les stoïciens, textes choisis*, P.U.F., 1966, p.114.

⁹³⁹ R. Descartes, *Méditations métaphysiques*, quatrième méditation.

⁹⁴⁰ Op. cit.

⁹⁴¹ Son influence est largement sous-estimée par les juristes, qui préfèrent généralement insister sur l'école du droit naturel initiée au XVII^{ème} siècle par Grotius et ses épigones, Pufendorf et Thomasius. Il est révélateur que, parmi les ouvrages d'introduction au droit, M. Terré est l'un des seuls à citer l'existence de Descartes pour seulement mentionner une connotation positiviste de sa pensée, *Introduction générale au droit*, n°138; Descartes est étrangement absent de la plupart des autres ouvrages, tels que ceux de J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, Thémis, 1992; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, L.G.D.J., 1994; H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, 1991.

⁹⁴² Pothier, *Obligations*, n°3; E.H. Perreau, *Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence*, R.T.D. Civ., 1914, 481; D. Mayer, *L'amitié*, J.C.P., 1974, I, 2663; P. Bedoura, *L'amitié et le droit civil*, thèse Poitiers, 1976.

bénéfice du consommateur, un délai de réflexion avant la conclusion du contrat⁹⁴³. D'autre part, la toute puissance du libre-arbitre va expliquer, et justifier par la même occasion, qu'un homme puisse se lier par les règles qu'il édicte lui-même et qu'il consent à s'imposer, quand bien même le contenu de ces règles impératives serait une erreur ou lui causerait un dommage. La première conséquence du libre-arbitre n'est-elle pas de choisir entre le bien et le mal? On rejoint ici Kant : "*En quoi peut bien consister la liberté de la volonté, sinon dans une autonomie, c'est-à-dire dans la propriété qu'elle a d'être à elle-même sa loi*"⁹⁴⁴. Ainsi l'autonomie de la volonté, dans sa dimension positive, explique qu'un individu peut volontairement se lier, se soumettre à des règles sans pour autant aliéner sa liberté⁹⁴⁵. Dans sa dimension négative, l'autonomie de la volonté implique qu'un individu ne peut être lié par une règle sans qu'il ait donné son consentement. "*Une personne ne peut être soumise à d'autres lois que celles qu'elle se donne à elle-même. Toute obligation dont elle ne serait pas elle-même la source serait contraire à la dignité de l'individu*"⁹⁴⁶.

197 . Le principe fondamental du droit des contrats est contenu dans ces deux faces de la définition de l'autonomie de la volonté. Il sera consacré par l'article 1134 al. 1 du Code civil qui énonce que "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". Cet article est évidemment complété par les dispositions de l'article 1165 du Code civil qui sont directement la transcription de la face négative du principe de l'autonomie de la volonté, à savoir que l'on ne peut être lié qu'à la condition d'avoir été partie au contrat. De ces textes, Gounot a fait ressortir trois conséquences majeures du principe de l'autonomie de la volonté : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et l'effet relatif des conventions⁹⁴⁷. Avec M. Carbonnier, il est possible d'en déduire une quatrième, sur le plan de la forme : le consensualisme⁹⁴⁸. Cet auteur structure les conséquences du principe de l'autonomie de la volonté de façon particulièrement éclairante en distinguant le fond, au moment de la formation du contrat (principe de la liberté contractuelle de contracter ou de ne pas contracter) et de son exécution (principe de l'effet obligatoire du contrat), de la forme quant à l'existence du contrat (principe du consensualisme) et à son interprétation (principe de la commune volonté). L'arborescence ainsi obtenue constitue la véritable trame de l'autonomie de la volonté. A tous les niveaux, ce principe paraît s'opposer à l'insertion, aussi minime soit-elle, d'une protection de la partie faible sur le plan économique. Il serait, en effet, incompréhensible qu'une personne, même en situation de faiblesse économique, puisse légalement se soustraire aux obligations qu'elle a contractées, celles-ci fussent-elles déséquilibrées à son détriment. Le seul moyen pour protéger ce type de personne semble être la création d'un droit autonome qui ne serait pas régi par le principe de l'autonomie de la volonté. C'est la démarche qui paraît avoir été suivie par le droit de la consommation, dont la création a été justifiée par l'existence en droit commun des obligations du principe de l'autonomie de la volonté⁹⁴⁹.

B - UNE ENTRAVE DE PRINCIPE A LA PROTECTION

⁹⁴³ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°38, p.82.

⁹⁴⁴ *Fondement de la métaphysique des mœurs*, 3ème section, Delagrave, 1975, p.180.

⁹⁴⁵ Dans *Le contrat social*, Rousseau écrivait que "*l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté*".

⁹⁴⁶ E. Kant, *Doctrine du droit*, passage cité par E. Gounot, op. cit., p.54.

⁹⁴⁷ Op. cit.

⁹⁴⁸ Op. cit., n°16, p.43.

⁹⁴⁹ cf. L. Bihl, *Vers un droit de la consommation*, G.P., 1974, doct., 754 et suiv.

DU FAIBLE ?

198 . Le premier obstacle à l'admission de règles protectrices des parties en situation d'infériorité, dans un système juridique dominé par le principe de l'autonomie de la volonté, réside dans l'opposition entre l'individuel et le collectif. L'expérience montre que le traitement collectif des problèmes favorise les faibles face aux puissants. Individuellement, chacun ne peut rien, ou pas grand chose, unis et fédérés, ils peuvent constituer un contrepoids efficace. Un tel phénomène peut être constaté en droit du travail, secteur dans lequel les avancées les plus significatives pour les salariés ont été obtenues par la négociation collective et le syndicalisme. Dans le domaine de la consommation, la doctrine prône sans cesse une collectivisation des conflits afin d'éviter que le professionnel tire parti de l'ignorance du consommateur isolé et de la faiblesse des sommes en jeu, en misant sur son inaction dans la quasi-totalité des cas. La loi sur l'action collective des associations de consommateurs est de nature à répondre aux attentes légitimes en matière de protection collective⁹⁵⁰.

Or, nous avons vu que le principe de l'autonomie est né à une époque où l'individualisme était à son apogée. Des philosophes tels que Locke, Rousseau, Kant et Fichte ont centré leur pensée autour de l'individu. Batiffol estime, en parlant de l'individualisme, que *"la tradition peut-être la plus imposante, en tout cas par la fermeté de son attitude, est celle dénommée individualiste, qui assigne au droit comme objectif ultime la protection de l'individu et de sa liberté"*⁹⁵¹. Certes, l'individualisme s'inscrit dans le cadre d'une démarche protectrice de l'individu, mais il ne s'agit pas du même type de protection. Il y a une profonde différence de nature entre la protection de la liberté individuelle et la protection des faibles. L'individualisme n'a d'autre ambition que de protéger l'individu, et sa liberté qui en est l'attribut essentiel, contre l'Etat et les risques de dérives arbitraires. A l'inverse, la protection des personnes économiquement faibles est dirigée contre les actions abusives d'autres individus, ceux que l'on considère économiquement puissants. Cette protection là est radicalement contraire à la philosophie individualiste dans laquelle chaque individu, de par son libre arbitre, est libre de choisir souverainement les actes qu'il estime devoir conclure ou ne pas conclure. Point n'est besoin d'une protection collective, qui ne serait qu'une nouvelle aliénation de la liberté des individus, après celle du contrat social.

199 . Outre cette opposition philosophique, il existe de fortes incompatibilités juridiques entre le principe d'autonomie de la volonté et la protection des personnes économiquement faibles.

Quant au fond, d'abord, la force obligatoire des conventions, prévue à l'article 1134 al. 1 du Code civil, empêche l'un des contractants de revenir sur son engagement, ce contractant fut-il en situation de faiblesse économique par rapport à son partenaire. Or la protection des consommateurs, par exemple, passe par la suppression de certaines clauses abusives, obtenues par un abus de puissance économique d'un professionnel. De même, le principe de l'autonomie de la volonté interdit de mettre à la charge d'une partie une

⁹⁵⁰ Loi n°88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, dont les dispositions ont été insérées dans les articles L. 421-1 et suiv. du Code de la consommation.

⁹⁵¹ *La philosophie du droit*, Que sais-je?, P.U.F., p.93.

obligation qu'elle n'a pas consentie à exécuter. Comment, dans ces conditions, expliquer que la jurisprudence ait mis à la charge du professionnel des obligations de sécurité et d'information qui ne ressortaient à l'évidence pas des stipulations contractuelles initiales, ni même de la commune volonté des parties au moment de la conclusion du contrat? La théorie générale des obligations, régie par le principe de l'autonomie de la volonté paraît, en tous cas, incapable d'apporter à cette question une réponse satisfaisante.

Quant à la forme, ensuite, le principe du consensualisme, en vertu duquel une convention se forme par le seul échange des consentements ne peut souffrir d'exceptions consistant à imposer, dans tous les contrats de consommation, le respect d'un formalisme protecteur. La volonté ne serait alors plus souveraine. Pire encore, l'individu serait avili, rabaisé à l'état d'incapable. Le pouvoir de se lier par sa seule volonté souveraine faisait la grandeur de l'homme et Loysel disait : "*on lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles*".

200 . Face à cette batterie d'objections, il est extrêmement tentant de céder aux facilités de la parcellisation du droit et de la fragmentation de la théorie générale. Les principes fondamentaux du droit commun des obligations sont tellement réfractaires à toute idée de protection discriminatoire entre individus que la seule solution paraît être la création d'un droit autonome, c'est-à-dire régi par ses propres règles. C'est évidemment ce qui s'est passé pour le droit du travail, dont la philosophie protectrice et militante était incompatible avec l'abstraction glacée des principes de liberté et de volonté souveraine des individus. Il devrait en être de même pour le droit de la consommation qui doit nécessairement, même s'il se révèle inadapté sur le plan des moyens⁹⁵², acquérir son autonomie, puisque sur celui des principes, son existence est justifiée par l'incompatibilité apparente entre l'impératif de protection du consommateur et le principe de l'autonomie de la volonté. Cependant, il convient d'être prudent, car cette incompatibilité ne pourrait être que pure apparence, masquant la réalité d'une conciliation possible.

PARAGRAPHE 2 - UNE CONCILIATION POSSIBLE

201 . Avant de développer les arguments susceptibles de prouver l'absence d'incompatibilité entre le principe de l'autonomie de la volonté et la nécessité d'assurer au contractant économiquement faible une protection juridique contre les abus de puissance économique, nous estimons indispensable d'expurger du débat une controverse stérile dans laquelle une partie de la doctrine a tendance à se laisser enfermer. En effet, le problème essentiel n'est pas de savoir si le principe de l'autonomie de la volonté a été ou est toujours la pierre angulaire de l'édifice contractuel, ou bien s'il n'est en réalité qu'une vaste supercherie qui a, depuis des siècles, pollué les esprits, et par là même obscurci le droit positif. Cette question fait pourtant couler beaucoup d'encre. Mme Ranouil, dans sa thèse sur la naissance et l'évolution du concept de l'autonomie de la volonté, a voulu montrer que la paternité de ce principe, attribuée traditionnellement à Kant, est abusive⁹⁵³. Il est exact que, chez Kant, l'autonomie de la volonté a, avant tout, une dimension morale. Le philosophe, qui utilise ce concept dans *Les fondements de la métaphysique des mœurs* et

⁹⁵² Sur cette question, cf. supra notre chapitre premier.

⁹⁵³ *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, thèse, 1980, p.53 et suiv.

dans *La critique de la raison pure*, n'y fait aucunement référence dans *Les principes métaphysiques du droit*⁹⁵⁴. C'est aussi l'avis de M. Rouhette qui reproche à Gounot d'avoir "*puisé abusivement une part de son inspiration*" dans la doctrine kantienne pour expliquer le principe de l'autonomie de la volonté⁹⁵⁵. Cette opinion est partagée par M. Ghestin qui, reprenant à son compte les réflexions de Mme Ranouil et M. Rouhette, estime que le principe de l'autonomie de la volonté n'est que le produit d'un "*Kantisme diffus, simplifié, voire déformé*"⁹⁵⁶.

202. Après avoir détruit le fondement philosophique sur lequel prétendait s'appuyer le concept de l'autonomie de la volonté, M. Ghestin tente de démontrer, qu'en vérité, ce principe a moins inspiré le Code civil que l'interprétation doctrinale qui en a été faite par la suite⁹⁵⁷. Et Mme Ranouil d'ajouter que c'est uniquement pour réagir politiquement contre les lois sociales, notamment dans le domaine du travail salarié, que le principe de l'autonomie de la volonté a été mis en avant, comme une sorte d'épouvantail conservateur⁹⁵⁸.

Cette interprétation de l'histoire de la pensée juridique doit être rapprochée des atteintes portées au principe de l'autonomie de la volonté depuis ces dernières décennies. Sans entrer dans le détail, force est de rappeler que, s'agissant de la liberté contractuelle, de l'effet relatif, de la force obligatoire du contrat ou encore du consensualisme, le droit positif ne permet plus aujourd'hui de maintenir ces principes dans leur pureté originelle, si toutefois celle-ci ait existé un jour. Ici, l'avènement d'un "*droit de la consommation*" a largement contribué à faire pencher les esprits vers une suppression pure et simple du principe de l'autonomie de la volonté. En réalité, il s'agit plus que d'une suppression mais d'un véritable révisionnisme historique tendant à prouver que ce principe n'a jamais existé, si ce n'est dans l'imagination fertile de quelques esprits isolés. M. Rouhette démontre, par une interprétation aussi fine qu'habile, que les décisions du conseil constitutionnel sont incompatibles, contrairement aux apparences, avec l'existence d'un tel principe en droit positif⁹⁵⁹. Sur le plan théorique, Gounot passe alors pour un mystificateur de haut vol avec sa thèse sur l'autonomie de la volonté⁹⁶⁰. M. Rouhette cite à son sujet, Bonnecase qui a pu, "*non sans quelque fondement, lui reprocher d'avoir confectionné de toutes pièces une "conception stupide" pour la plus aisément démolir*"⁹⁶¹.

Evidemment, la majorité de la doctrine ne partage pas une position aussi extrême, pour ne pas dire extrémiste. Les manuels et traités de droit des obligations les plus classiques continuent à faire référence au principe de l'autonomie de la volonté, tout en précisant les nombreuses et significatives exceptions qui l'affectent et qui peuvent en annoncer le

⁹⁵⁴ Il faut nuancer cette remarque puisque dans l'ouvrage *Métaphysique des moeurs*, Kant a consacré un chapitre, dans la première partie, à la "*doctrine du droit*".

⁹⁵⁵ *Droit de la consommation et Théorie générale du contrat*, Etudes offertes à R. Rodière, Dalloz, 1981, p.247 et spéc., note 41.

⁹⁵⁶ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°39; Ranouil, op. cit., p.56, 57; G. Rouhette, *La force obligatoire du contrat*, in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise*, L.G.D.J., 1987, n°14.

⁹⁵⁷ Op. cit., n°41.

⁹⁵⁸ Op. cit., n°86 et suiv.

⁹⁵⁹ Op. cit., n°2 et suiv.

⁹⁶⁰ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; contribution à l'étude critique de l'individualisme*, thèse Dijon, 1912.

⁹⁶¹ Op. cit. note 7 et supplément au traité de Baudry-Lacantinière, II, 1925, p.442.

déclin⁹⁶². Cependant, nous l'avons dit, ce débat semble être une aporie, et les données du problème paraissent mal posées. L'important n'est pas de soutenir ou de critiquer un principe du droit, mais de se mettre d'accord sur son contenu. Or c'est par cette démarche que nous pensons pouvoir démontrer l'absence d'incompatibilité entre le principe d'autonomie de la volonté et la nécessité de protéger juridiquement le contractant économiquement faible. Mais auparavant, force est d'effectuer un rapide détour philosophique afin de préciser le plus clairement possible les racines de ce concept juridique que sont les notions de liberté et de volonté.

A - LA RELATIVITE DES NOTIONS DE LIBERTE ET DE VOLONTE

203. La confusion qui entoure le principe de l'autonomie de la volonté provient, pour une grande part, de l'ambiguïté de la notion philosophique de liberté. Notre ambition n'est pas de passer en revue les nombreuses conceptions de la liberté qui ont été développées au cours des siècles par les philosophes. Néanmoins, il nous faut insister sur le fait que le mythe de la liberté absolue doit être combattu et ne peut, en aucun cas, servir de fondement philosophique à l'autonomie de la volonté telle qu'elle doit être conçue par le juriste. Dire que l'homme est libre absolument et en tirer la conséquence juridique que sa volonté est entièrement autonome n'est rien d'autre qu'une pure chimère. Il n'est guère de philosophe à avoir un jour soutenu pareille thèse. Epictète, avant Jésus-Christ, considérait déjà que *"la liberté consiste à vouloir que les choses arrivent, non comme il te plaît, mais comme elles arrivent"*⁹⁶³. Avec des nuances, mais toujours en bornant la liberté de l'homme dans d'étroites limites, Spinoza déclarait : *"Je dis qu'une chose est libre qui existe et agit par la seule nécessité de sa nature; et contrainte, une chose qui est déterminée par une autre à exister et à agir de façon précise et déterminée. (...) Je ne place pas la liberté dans un libre décret, mais dans une libre nécessité"*⁹⁶⁴. Ainsi, pour Spinoza, l'homme n'est pas *"dans la Nature comme un empire dans un empire"*⁹⁶⁵, mais comme un être libre lorsqu'il a conscience des nécessités naturelles. *"Il n'y a dans l'âme aucune volonté absolue ou libre, mais l'âme est déterminée à vouloir ceci ou cela par une cause qui est aussi déterminée par une autre, et cette autre l'est à son tour par une autre et ainsi à l'infini"*⁹⁶⁶. La liberté de l'homme sera donc effective lorsqu'il prendra conscience des nécessités qui l'entourent et le déterminent : liberté très relative qui rappelle la sagesse antique qui commandait de distinguer entre les choses qui dépendent de nous et celles qui n'en dépendent pas.

⁹⁶² J. Carbonnier, *Les obligations*, n°16 et 21 : "L'autonomie de la volonté n'en conserve pas moins même aujourd'hui valeur de principe"; J. Flour et J.L. Aubert, *L'acte juridique*, n°128 : "L'autonomie de la volonté n'est plus absolue : elle demeure la règle"; P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°610 : "L'autonomie de la volonté redevient vivante lorsque la doctrine juridique la condamne"; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations*, n°117 : "Il n'en reste pas moins que, sauf dans certains secteurs particuliers, comme celui des relations de travail, le contrat repose encore sur la volonté des contractants"; voir cependant une position très nuancée : H. Roland et L. Boyer, *Obligations, 2-contrats*, n°31 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, n°18 et suiv.

⁹⁶³ *Entretiens*, I, 35, in *Les stoïciens*, textes choisis par J. Brun, P.U.F., p.72.

⁹⁶⁴ Lettre LVIII, *Au très savant G. H. Schuller*.

⁹⁶⁵ *Ethique*, III.

⁹⁶⁶ Op. cit.

204 . Même Kant, qui est pourtant souvent considéré comme le père de la théorie de l'autonomie de la volonté, n'avait pas une conception absolue de la liberté. Certes, il définissait le libre arbitre comme la résultante de la raison pure. Néanmoins, Kant admettait que "*l'arbitre humain*" pouvait être affecté par "*les mobiles sensibles*", même s'il n'était pas concevable, pour lui, que ceux-ci puissent le déterminer⁹⁶⁷. En réalité, la liberté est, pour ce philosophe, une sorte de postulat inséparable de la raison humaine. L'homme est en quelque sorte irréfragablement présumé libre, ce qui rend possible le blâme et la punition, même si l'acte source de désordre social est en partie conditionné par les passions internes, l'éducation mauvaise ou encore l'influence négative de certaines personnes⁹⁶⁸. Car la liberté de chaque homme a au moins pour limite la liberté d'autrui⁹⁶⁹. Nous voyons donc qu'il est extrêmement dangereux de transposer purement et simplement des idées et des concepts philosophiques dans le raisonnement juridique. A l'instar de ce que nous avons pu constater pour les notions économiques ou sociologiques, une transposition sans précaution provoque des contresens et des erreurs inévitables. Ainsi, en ce qui concerne la notion de liberté, au moment où certains juristes admettaient sa dimension la plus absolue, les philosophes entreprenaient déjà de la combattre. En 1886, Nietzsche estimait que le libre-arbitre est le fruit de la réflexion de "*cerveaux à demi-cultivés*" et que la *causa sui*, c'est-à-dire ce qui est cause de soi-même, "*est la plus belle contradiction interne qui ait jamais été inventée, une sorte de viol et d'attentat à la logique*"⁹⁷⁰. Moins extrémiste, la pensée de Bergson permet de sortir la problématique de la liberté de l'homme du champ spatial dans lequel la plupart des penseurs l'ont enfermée. Poser le problème de la liberté c'est avant tout intégrer dans le raisonnement la dimension temporelle de l'homme et de ses actes⁹⁷¹. Il est donc possible de se débarrasser de l'illusion du déterminisme absolu, du "*mécanisme radical*", pour employer le vocabulaire de Bergson⁹⁷², et de prendre conscience que la liberté de l'homme ne peut être que relative, encerclée par les nécessités naturelles, sociales et économiques. Si ces nécessités constituent des bornes, des limites, il ne faut pas pour autant conclure à l'absence de liberté. La conception relative de la liberté permet d'éviter les deux écueils que sont la liberté absolue et le déterminisme absolu. A cet égard la pensée de Descartes est bien plus subtile et nuancée que la présentation que nous en avons faite plus haut. Sartre a excellemment montré que la seule liberté absolue de l'homme, pour Descartes, est celle du doute, celle du refus des fausses évidences et des idées confuses⁹⁷³. Il s'agit donc d'une liberté négative, non productive, proche du néant. Il existe, évidemment, un côté positif de cette liberté, mais alors elle sera simplement relative, c'est-à-dire limitée par les contraintes. Nous allons voir que cette proposition médiane et mesurée donne un contenu renouvelé à la notion de volonté.

⁹⁶⁷ *Métaphysique des moeurs*, 1ère partie, *Doctrine du droit, Introduction générale*; voir aussi la distinction entre le monde sensible et le monde intelligible, in *Critique de la raison pratique*, 1ère partie, Livre 1er, chap. III, P.U.F., 1966, p.91.

⁹⁶⁸ E. Kant, *Critique de la raison pure*, P.U.F., 1980, p.405.

⁹⁶⁹ La Déclaration de 1789 définit ainsi la liberté : « *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 borne que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits* ».

⁹⁷⁰ *Par delà le bien et le mal*, 1ère partie § 21, éd. U.G.E., 10/18, p.53 à 55.

⁹⁷¹ H. Bergson, *Essais sur les données immédiates de la conscience*, chap. III et conclusion, P.U.F., 1967, p.137 et 180 : "*le problème de la liberté est donc né d'un malentendu : il a été pour les modernes ce que furent, pour les anciens, les sophismes eux-mêmes, il a son origine dans l'illusion par laquelle on confond succession et simultanéité, durée et étendue, qualité et quantité*".

⁹⁷² *Evolution créatrice*, P.U.F., p.38 et 39.

⁹⁷³ J.P. Sartre, *La liberté cartésienne, Situations I*, Gallimard, p.314 à 327.

205 . Le principe de l'autonomie de la volonté a aussi souffert d'une conception trop absolue de la notion de volonté; c'est que Descartes l'a considéré comme infini, à l'image de Dieu⁹⁷⁴. Mais ne retenir que cette facette de la pensée cartésienne serait erroné. Descartes ajoutait immédiatement que, si la volonté de l'homme est infinie, son entendement en revanche est plus limité⁹⁷⁵. Je commets une erreur lorsque mon libre arbitre ne s'abstient pas de donner un jugement sur une chose que je ne conçois pas avec assez de clarté et de distinction. *"La lumière naturelle nous enseigne que la connaissance de l'entendement doit toujours précéder la détermination de la volonté"*⁹⁷⁶. La volonté, même lorsqu'on la suppose autonome et infinie, ne peut cependant être extraite du reste du processus de l'intelligence humaine, qui est soumis à des contingences conduisant à une nécessaire relativité.

Or nous devons essentiellement à Freud d'avoir souligné l'influence de l'inconscient sur la volonté déclarée et apparente. Sans accrédi-ter la thèse freudienne selon laquelle les grandes décisions ne seraient déterminées que par *"la motivation inconsciente"*⁹⁷⁷, force est de reconnaître que cet auteur a apporté une dose de relativité à la notion de volonté, envisagée, par les auteurs classiques, comme la seule manifestation de la raison. On ne peut pas concevoir une volonté humaine débarrassée de toutes passions, émotions et irrationalités diverses. De même, le milieu social et ses influences sur les individus, ne peut être négligé. Il est évident que nous ne pouvons admettre la définition de la volonté proposée par James : *"la volition est un acte exclusivement psychique et moral"*⁹⁷⁸. La volonté ne peut pas être qu'un *"fiat"*, qu'un pur pouvoir de déterminer ce que l'on désire!

206 . Il convient, à ce niveau, de s'entendre sur la définition du terme autonomie. Lorsque l'on accole ce mot à celui de volonté, il ne s'agit pas de faire référence à une sorte de souveraineté absolue de la volition. Cela signifie simplement que la volonté de l'homme peut se déterminer par les lois qu'elle se fixe à elle-même. Mais personne n'a un jour osé prétendre que la volonté de l'homme n'était soumise qu'à ses propres lois! Autonomie ne signifie pas souveraineté. Roubier écrivait, à juste raison, que *"la volonté privée n'est jamais souveraine, elle est tout au plus autonome, mais cela ne signifie pas l'affranchissement de toute règle"*⁹⁷⁹. Si l'homme a le pouvoir et la liberté de se lier lui-même par les règles qu'il veut bien se fixer, cela ne veut pas pour autant dire qu'il a la faculté d'annihiler les autres règles, qu'elles soient légales, psychologiques, sociales ou économiques. Nous ne pouvons ainsi nous extraire du monde pour atteindre l'absolu. C'est en ce sens que l'idéalisme kantien est critiquable. Il a conféré au principe de l'autonomie de la volonté un contenu exagérément abstrait et désincarné, déduit du postulat que la personne humaine est un sujet rationnel pur⁹⁸⁰. Villey a pu regretter l'utilisation du vocable *"autonomie de la volonté"*, *"terme fâcheux qui ne signifie rien"*⁹⁸¹, mais c'est, en fait, l'interprétation trompeuse qui en a été faite qui doit être l'objet de critique. En effet, c'est à

⁹⁷⁴ 4ème méditation.

⁹⁷⁵ 4ème méditation : *"D'où est-ce donc que naissent mes erreurs? C'est à savoir de cela seul que la volonté étant beaucoup plus ample et plus étendue que l'entendement, je ne la contiens pas dans les mêmes limites, mais je l'étends aussi aux choses que je n'entends pas"*.

⁹⁷⁶ Op. cit.

⁹⁷⁷ *Psychopathologie de la vie quotidienne*, P.B. Payot, 1981, p.272.

⁹⁷⁸ W. James, *Précis de psychologie*, p.598.

⁹⁷⁹ P. Roubier, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, Arch. philo. du droit, Sirey, 1957, p.68.

⁹⁸⁰ J.M. Trigeaud, *Convention*, Arch. philo. du droit, 1990, t.35, *vocabulaire fondamental du droit*, p.17.

⁹⁸¹ *Essor et décadence du volontarisme juridique*, Arch. philo. du droit, Sirey, 1957, p.93.

la lumière des pensées philosophiques qui viennent d'être sommairement esquissées qu'il convient d'appréhender le contenu juridique du principe de l'autonomie de la volonté.

B - LE CONTENU JURIDIQUE DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

207. La volonté de l'homme, même si on la considère autonome, est à l'évidence soumise aux influences du monde réel. Elle ne peut donc qu'être relative, tant il est vrai que je ne peux accomplir une chose naturellement impossible par ma seule volonté. De la même façon, la volonté est limitée, dans le champ juridique, par des règles qui ne dépendent pas d'elle. Dans la pensée antique et médiévale, la volonté était soumise à la raison⁹⁸². Ce n'est qu'à partir du XVI^{ème} siècle que la volonté a été amenée à jouer un rôle prépondérant. Villey date l'avènement du véritable volontarisme aux travaux de Duns Scott et de Guillaume d'Occam⁹⁸³, auteurs qui ont rabaisé la raison et proclamé "*la prééminence de la volonté, son aptitude à diriger*".

C'est au XIX^{ème} siècle que la pensée juridique a véritablement intégré le volontarisme. Mais à aucun moment le droit positif n'a consacré le principe de l'autonomie de la volonté dans sa forme absolue. "*L'idée volontariste était à ce point irréalisable, que l'âge même du libéralisme à son zénith n'a pas su la mettre en pratique. Il n'est pas vrai que le Code civil ait admis que toute expression de la liberté contractuelle ni toute convention méritaient d'être sanctionnées*"⁹⁸⁴. Force est en effet de reconnaître que, dès l'origine, le Code civil n'attribuait une force obligatoire qu'aux conventions légalement formées. De même, l'article 6 du Code civil a toujours subordonné la validité des conventions à leur conformité à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Enfin, même au XIX^{ème} siècle, la loi et la jurisprudence considéraient les conventions sans cause comme nulles. Villey en a déduit que le droit ne s'intéressait pas aux "*volontés effectives*" mais seulement aux "*volontés rationnelles*"⁹⁸⁵. "*Le droit, sous le nom de volonté, vise une fiction de volonté, une volonté corrigée, artificiellement rendue constante, cohérente, correspondante à la raison telle que la loi se la représente*"⁹⁸⁶. Il est d'ailleurs paradoxal de constater que, si le principe de l'autonomie de la volonté était entendu dans son sens le plus absolu, celui de la force obligatoire des contrats serait anéanti. En effet, il revient à M. Rieg d'avoir expliqué le contenu de la théorie allemande de la volonté qui considérait que ce que la volonté a pu construire seule, elle pouvait le détruire de la même façon⁹⁸⁷. Ainsi Schlossmann a montré que l'autonomie de la volonté était contraire au principe de la force obligatoire du contrat, "*car le pouvoir de supprimer à nouveau les lois qu'on s'est données à soi-même relève du concept de l'autonomie*"⁹⁸⁸. Or, il n'est pas sérieux de prétendre qu'un tel paradoxe puisse exister dans notre droit positif. C'est donc que l'autonomie de la volonté, si l'on veut que ce principe ait un sens, doit être entendue dans sa dimension relative. "*Au total l'historien*

⁹⁸² " *Lex est aliquid rationis* ", Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia, II ae, qu. XC, art. 1.

⁹⁸³ M. Villey, op. cit., p.89.

⁹⁸⁴ Op. cit., p.93.

⁹⁸⁵ Op. cit., p.94.

⁹⁸⁶ Op. cit.

⁹⁸⁷ A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^{ème} siècle*, Arch. philo. du droit, Sirey, 1957, p.131 et 132.

⁹⁸⁸ *Der vertag*, Leipzig, 1876.

*n'arrive qu'à noter l'échec successif de deux thèses trop absolues : ni le volontarisme pur, qui définissait le droit par l'accord empirique des volontés, ni le droit naturel antique, qui asservissait nos libertés à une justice préconstituée, ne sont des positions tenables*¹⁹⁸⁹.

208 . Il est donc certain que le principe de l'autonomie de la volonté ne peut être admis que dans son sens relatif, limité, borné par des règles légales qui lui sont supérieures. Ces règles, qui font partie du droit positif, ne démontrent pas l'inexistence du principe de l'autonomie de la volonté, comme le croit M. Ghestin⁹⁹⁰. Elles ne font que le tempérer et participent, avec lui, à la formation du droit, et plus précisément des droits subjectifs. Il est absurde de poser le problème de l'autonomie en terme d'existence ou non, de primauté ou de subsidiarité de ce principe; l'essentiel étant de définir correctement son contenu et de déterminer clairement les limites de son domaine. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a, lui même, estimé que le législateur pouvait apporter au principe de l'autonomie de la volonté des « *limitations de portée générale pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations contractuelles entre particuliers* »⁹⁹¹. Dans une décision en date du 3 août 1994⁹⁹², le Conseil est allé plus loin en considérant « *qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* »⁹⁹³. M. Broussolle explique cette décision par la recherche d' « *un certain équilibre, dans le droit des contrats, entre ces deux exigences contradictoires que sont la liberté et l'égalité* »⁹⁹⁴. On ne saurait exprimer plus clairement la relativité qu'il convient de conférer, en droit positif à ce principe.

209 . Concernant les limites légales du principe de l'autonomie de la volonté, il est possible de citer classiquement les bonnes moeurs, l'ordre public, l'intégrité du consentement. Plus moderne est la notion d'ordre public économique et social⁹⁹⁵. Savatier définissait l'ordre public économique comme « *les contraintes imposées à la liberté contractuelle par la doctrine économique au pouvoir* »⁹⁹⁶. Mais il faut affiner cette définition en distinguant, comme l'a suggéré M. Carbonnier, entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction⁹⁹⁷. Bien que cette distinction soit parfois source d'ambiguïté, l'ordre public de direction pouvant servir à protéger certaines personnes⁹⁹⁸, elle a l'immense mérite de faire ressortir une des fonctions essentielles de notre droit positif, celle de protéger les économiquement faibles par des dispositions impératives. Il en est ainsi pour les salariés, les fermiers et surtout les consommateurs. A cet égard, M. Ghestin a mis en exergue le fait que les inégalités des parties est l'un des aspects actuels des relations contractuelles⁹⁹⁹. Bien entendu, l'une des inégalités les plus flagrantes est celle

⁹⁸⁹ M. Villey, op. cit., p.97.

⁹⁹⁰ *La formation du contrat*, n°60 : « *Les dispositions même du code civil, comme l'a d'ailleurs montré ultérieurement la jurisprudence se prêtent à d'autres interprétations que celles qui découleraient de l'autonomie de la volonté* ».

⁹⁹¹ Cons. Const., 27 novembre 1959, cité par F. Luchaire in *Les fondement constitutionnels du droit civil*, R.T.D. Civ., 1982, p.262.

⁹⁹² J.C.P., 1995, II, 22404, note Y. Broussolle; RTD. civ. 1996, 151 obs. critiques J. Mestre.

⁹⁹³ Op. cit.

⁹⁹⁴ Op. cit., l'auteur ajoute : « *A partir du moment où les acteurs de la vie sociale ne sont pas placés sur un pied d'égalité, la sacralisation de la liberté contractuelle risquerait de conduire au triomphe de la loi du plus fort* ».

⁹⁹⁵ G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Gény*, 1934, 1939, t.II, p.347; G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse Dijon, 1963.

⁹⁹⁶ R. Savatier, *L'ordre public économique*, Dalloz, 1975, chron.37.

⁹⁹⁷ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°70.

⁹⁹⁸ Cf. l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

⁹⁹⁹ Op. cit., n°64 et suiv.

existant entre consommateurs et professionnels¹⁰⁰⁰, quoique ce ne soit pas la seule qui mérite d'être prise en considération¹⁰⁰¹. Or M. Ghestin rejoint sur ce point la doctrine consumériste lorsqu'il écrit que "*la protection du consommateur fait en tout cas apparaître en pleine lumière l'inadéquation du dogme de l'autonomie de la volonté*"¹⁰⁰² qui ne survivrait "*qu'en raison d'une ambiguïté*"¹⁰⁰³. Mais il ne faut pas exagérer ce parallèle, car M. Ghestin ne rejoint pas les auteurs consuméristes lorsqu'ils se fondent sur l'inadéquation du principe de l'autonomie de la volonté pour protéger la partie économiquement faible, afin de justifier une parcellisation du droit et une désolidarisation du droit de la consommation par rapport au droit commun. En effet, de deux choses l'une, ou bien le principe de l'autonomie de la volonté fait référence aux concepts de liberté absolue et de volonté souveraine, auquel cas il n'est pas susceptible d'expliquer des solutions du droit commun des obligations telles que la nullité pour absence de cause, les exceptions à l'effet relatif des contrats ou encore la théorie des vices du consentement¹⁰⁰⁴; ou bien ce principe est la traduction de conceptions relatives de la liberté et de la volonté, et alors il est compatible non seulement avec les solutions actuelles du droit commun mais aussi avec celles proposées par les lois consuméristes. Dans les deux cas, la parcellisation du droit commun est injustifiée, puisque dans le premier l'inexistence, en droit positif, du principe de l'autonomie de la volonté permet de prendre en compte, sans obstacle de principe, les inégalités de puissance économique, et que dans le second, le contenu relatif de ce principe est compatible avec l'instauration, dans le cadre de la théorie générale des obligations, d'un régime protecteur des économiquement faibles.

210. M. Carbonnier, dans le chapitre qu'il consacre à la conformité du contrat aux exigences sociales, subdivise ses développements en deux parties, d'une part le civisme contractuel et d'autre part la justice contractuelle¹⁰⁰⁵. Il intègre dans la partie consacrée à la justice contractuelle un paragraphe spécifique au droit de la consommation¹⁰⁰⁶. On perçoit donc clairement l'intimité des rapports liant l'ordre public de protection et la justice contractuelle. Ce rapprochement permet de dégager une règle d'ordre public limitant le domaine de l'autonomie de la volonté : l'interdiction d'abuser de sa puissance économique pour obtenir un avantage excessif. Il s'agit d'une règle qui transcende la distinction proposée par M. Carbonnier puisqu'on la retrouve à la fois dans le civisme contractuel avec l'ordre public de protection et dans la justice contractuelle avec la lésion et l'interdiction des clauses abusives en matière de consommation.

Cette règle est-elle incompatible avec le principe de l'autonomie de la volonté? Nous ne le pensons pas eu égard à la définition très relative que nous en avons proposée. A partir du moment où l'on admet des limites à la volonté et au libre-arbitre, le problème n'est plus celui de l'incompatibilité entre le principe et ses limites, mais de déterminer le positionnement de celle-ci. Gounot, célèbre pourfendeur du principe de l'autonomie de la volonté, n'avait adopté, à bien y regarder, qu'une position médiane. En effet, sa thèse avait pour but de critiquer le caractère absolu du principe de l'autonomie de la volonté. En aucun cas, cet auteur ne prônait la suppression de la liberté contractuelle et l'anéantissement du rôle de la volonté dans la formation des actes juridiques. Dans un article intitulé *La liberté*

¹⁰⁰⁰ Op. cit., n°65 et suiv.

¹⁰⁰¹ Cf. supra n°155 et suiv.; cf. infra n°471 et suiv.

¹⁰⁰² Op. cit., n°138.

¹⁰⁰³ Op. cit., n°186.

¹⁰⁰⁴ C'est l'opinion de Gounot et de M. Ghestin.

¹⁰⁰⁵ Op. cit., n°68 et suiv.

¹⁰⁰⁶ Op. cit., n°79.

*des contrats et ses justes limites*¹⁰⁰⁷, Gounot ne condamne que la doctrine de la liberté absolue et incontrôlée : "S'il faut que dans les conventions, la justice se réalise, les volontés individuelles sont de cette réalisation les meilleures organes juridiques (...). Ainsi la liberté des contrats se trouve rattachée aux principes même de justice objective (...). La liberté n'implique donc pas la négation de toute forme objective de justice. Nous ne lui attribuons au contraire ici une valeur que parce qu'elle apparaît comme le meilleur instrument pratique de réalisation de la norme. Ainsi conçue, la liberté devient donc elle-même principe d'ordre, de justice, de bien commun"¹⁰⁰⁸.

211 . L'opinion ainsi émise est parfaitement compatible avec le principe de l'autonomie de la volonté, dans la forme relative et mesurée qui doit être la sienne, c'est-à-dire à l'opposé du dogmatisme dont on l'affuble trop aisément. Au-delà des formules simplistes et des apparences trompeuses, la position de Gounot est très proche de celle exprimée par M. Aubert lorsqu'il écrit que "l'autonomie de la volonté n'est plus absolue : elle demeure la règle"¹⁰⁰⁹. Ces deux auteurs, tout comme M. Ghestin, se rejoignent en considérant que la volonté n'est pas un "pouvoir créateur du droit à la fois autonome et initial"¹⁰¹⁰, "elle n'est qu'un instrument de sa détermination et de sa mise en oeuvre"¹⁰¹¹. L'autonomie de la volonté ayant retrouvé sa place légitime, qu'elle n'aurait jamais dû quitter, il n'est plus possible aujourd'hui, de contester le fait que ce principe est soumis à celui de la justice contractuelle. On rejoint alors l'avis de M. Ghestin, pour qui l'utile et le juste constituent les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat. Une synthèse peut donc être trouvée, selon nous, entre toutes ces opinions doctrinales apparemment contradictoires : le contrat est obligatoire parce qu'il est utile et juste, mais il l'est aussi parce qu'il a été voulu.

212 . A ce stade du raisonnement, il convient de mettre en parallèle, plus précisément, le principe d'autonomie de la volonté et la protection de l'économiquement faible, afin d'en vérifier la compatibilité. Si la volonté des contractants est un élément nécessaire du contrat, ce ne peut être un élément suffisant. C'est évidemment le droit objectif qui peut seul déterminer si un accord de volonté peut ou non produire des effets juridiques. Or un tel accord ne sera sanctionné juridiquement qu'à la condition *sine qua non* de satisfaire au principe de justice contractuelle qui interdit d'abuser de sa puissance économique pour obtenir de son partenaire en situation d'infériorité un avantage excessif et sans contrepartie. Nous sommes alors dans la droite ligne du raisonnement de M. Ghestin lorsqu'il écrit que "dans l'échange chacune des parties doit recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne"¹⁰¹². Est-ce à dire que l'on sacrifie le principe de liberté et celui de l'autonomie de la volonté qui en découle? Loin s'en faut à condition de leur conférer un caractère relatif. D'ailleurs Lacordaire disait qu' «entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui libère". Ainsi, la relativité de la notion de liberté est inséparable du caractère concret de l'égalité que nous avons eu l'occasion d'aborder plus haut. En effet, ce n'est qu'entre personnes égales que la liberté pourra s'exprimer sans causer d'injustice. Mais lorsque l'on est en présence de personnes de puissance économique inégale, il faudra alors veiller à ce que le droit positif érige des normes impératives afin de prévenir et sanctionner d'éventuels abus. C'est ce qui existe, *de lege lata*, avec les vices du consentement ou la nullité pour défaut de cause, c'est ce que nous proposons de renforcer, *de lege ferenda*, avec une

¹⁰⁰⁷ Semaines sociales de France, 1938, p.321 et suiv.

¹⁰⁰⁸ Op. cit.

¹⁰⁰⁹ J. Flour et J.L. Aubert, *L'acte juridique*, n°128.

¹⁰¹⁰ Op. cit., n°128.

¹⁰¹¹ E. Gounot, op. cit.

¹⁰¹² Op. cit., n°253.

généralisation du mécanisme de la lésion dans les contrats qui mettent en présence des parties de puissances économiques manifestement déséquilibrées.

213 . L'autonomie de la volonté, fondée sur une conception relative de la liberté et du libre-arbitre, n'est donc pas un obstacle réel à l'instauration d'une protection de l'économiquement faible en droit commun des obligations. Ce n'est qu'en procédant à une caricature grossière et critiquable de ce principe que la doctrine consumériste a déduit la nécessité de créer un droit de la consommation afin d'assurer une protection au consommateur. La parcellisation du droit est donc injustifiée, en tout cas pour ce qui est du "*droit de la consommation*". En effet, la conclusion à laquelle nous parvenons, ne signifie pas que toute parcellisation est en soi injustifiée sur le plan des principes. Lorsqu'une discipline juridique a une existence et une autonomie réelle, c'est-à-dire qu'elle satisfait aux critères objectifs et subjectifs de définition d'un droit¹⁰¹³, il sera logique et naturel de prendre acte du morcellement du droit qui en résulte. C'est notamment le cas pour le droit du travail dont l'indépendance s'est forgée sur la base d'un contrat spécial unanimement reconnu. Au contraire, nous avons montré que la parcellisation du droit par la création d'un droit autonome de la consommation, sous prétexte de protéger les contractants en état de faiblesse, était injustifiée et abusive¹⁰¹⁴. La raison essentielle de cette critique résulte de l'ambition juridiquement incorrecte du droit de la consommation de se substituer à la théorie générale des obligations en tentant d'assurer, en dehors du cadre de certains contrats spéciaux, une protection générale du consommateur, dans tous les actes juridiques de la vie. Une telle fonction ne peut ressortir qu'au domaine de la théorie générale des obligations.

214 . Mais l'absence d'autonomie et la négation de l'existence d'un "*droit de la consommation*", en tant que matière juridique, ne s'assimilent pas à une contestation des spécificités dont beaucoup de dispositions consuméristes sont porteuses. Ainsi, M. Calais-Auloy est dans le vrai quand il considère que le droit civil classique ne permet qu'une approche individualiste des problèmes posés par la société de consommation¹⁰¹⁵. Or la dimension collective et préventive des litiges consuméristes ne doit pas être négligée : "*Le droit de la consommation ajoute donc aux remèdes du Code civil des mesures préventives et collectives, dont le but est d'empêcher, si possible, les abus de puissance économique, et par là de protéger l'ensemble des consommateurs qui auraient pu être victimes de ces abus*"¹⁰¹⁶. Il est donc envisageable d'intégrer certaines spécificités consuméristes dans la théorie générale des obligations, sans pour autant en tirer prétexte pour démanteler encore un peu plus le droit commun des obligations dont on peut se demander "*si à la longue l'excès maladif des règles ne le tuera pas*"¹⁰¹⁷. Une parcellisation injustifiée et inadaptée sera ainsi évitée en incorporant à la théorie générale des obligations, certaines dispositions spécifiques à la protection des consommateurs et en reversant le reste de ces dispositions dans chaque régime de contrats spéciaux, tels que la vente par démarchage à domicile, le crédit mobilier ou immobilier¹⁰¹⁸. Le droit des obligations retrouvera alors une partie non négligeable de sa cohérence. Mais une partie seulement, car parallèlement à la

¹⁰¹³ Cf. supra n°82 et suiv.; 96 et suiv.

¹⁰¹⁴ Cf. supra n°93 et suiv.

¹⁰¹⁵ J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., 1994, p.240.

¹⁰¹⁶ J. Calais-Auloy, op. cit., p.240.

¹⁰¹⁷ F. Terré, P. Simler, et Y. Lequette, *Les obligations*, n°12, p.15.

¹⁰¹⁸ Sur la distinction entre les domaines de la théorie générale et des contrats spéciaux, cf. supra n°26 et 41.

parcellisation, la prise en compte des déséquilibres de puissance économique par le droit commun a engendré un second mal : l'altération de certaines notions classiques.

TITRE II

L'ALTERATION DES NOTIONS CLASSIQUES DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS

215 . Les notions classiques du droit commun des obligations n'ont pas été élaborées en vue d'appréhender juridiquement les déséquilibres de puissance économique qu'il est possible de rencontrer dans les faits. Certaines ont un objectif clairement affirmé de protection, mais cette protection ne porte pas sur la faiblesse économique à proprement parler. Ainsi, l'erreur, le dol et la violence ont pour objet de protéger le consentement des contractants, qu'ils soient économiquement puissants ou faibles.

Cependant, au cours du XX^{ème} siècle, la jurisprudence a altéré certaines de ces notions afin d'intégrer dans le raisonnement juridique les inégalités de puissance économique existant entre les justiciables. Il convient donc de parler d'altération puisque d'une part les notions juridiques utilisées pour cela subissent une évolution de leur contenu, et que d'autre part, elles n'ont pas, à l'origine, pour fonction de protéger directement l'économiquement faible. Cette dernière affirmation ne signifie pas que des notions telles que la théorie des vices du consentement, l'objet du contrat ou encore la résolution pour inexécution n'aient jamais dans la pratique servi à protéger une personne économiquement faible face à une autre économiquement puissante, mais cette protection n'était qu'une conséquence induite de leur application traditionnelle et non une véritable altération. L'hypothèse que nous nous proposons d'étudier est celle d'une réelle modification du contenu des notions classiques du droit des obligations dans l'unique but de tenir compte des déséquilibres de puissance économique dans l'application de la règle de droit par le juge.

216 . Ce phénomène d'altération a plusieurs sources et il est possible d'en distinguer deux types. Il y a d'abord une source législative d'altération, que nous excluons de la présente étude. Il s'agit, dans le cadre du mouvement de parcellisation du droit qui a été précédemment examiné, d'une modification législative applicable dans un domaine particulier et apportant des exceptions à certains principes généraux en vigueur selon le droit commun. Il en est ainsi en droit du travail lorsque le législateur a imposé une motivation réelle et sérieuse du licenciement d'un salarié¹⁰¹⁹, alors qu'en droit commun tout contrat à durée indéterminée peut être résilié par l'une des parties sans qu'une motivation puisse être exigée¹⁰²⁰, à condition toutefois de ne pas tomber dans l'abus de droit¹⁰²¹. Des

¹⁰¹⁹ L. 122-14.3 Code du Travail.

¹⁰²⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 5 février 1985, Bull. Civ. I, n°54 : “ Dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties ”; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris, II, 1973, p.2; O. Porumb, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale*, thèse Paris, 1937, p.193; I. Aribi, *Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne*, thèse Grenoble, II, 1994.

exemples pourraient aussi être recherchés en droit de la consommation. Que l'on considère que le droit de la consommation met en lumière des déficiences anciennes d'un certain nombre de principes et notions classiques de la théorie générale¹⁰²², ou que l'on estime que celui-ci a réalisé de véritables innovations¹⁰²³, force est de reconnaître l'existence d'un bouleversement évident du droit des contrats¹⁰²⁴. Il serait fastidieux de s'attacher à donner une liste, même non exhaustive, d'exemples. D'autant plus que là n'est pas notre propos, car ce type d'altération n'est pas le plus critiquable sur le plan juridique. Certes, il est possible de regretter, sur un plan politique, que le législateur ait tendance à abuser des exceptions si bien qu'il est parfois difficile de dégager un quelconque principe général. Il est aussi légitime de déplorer le manque de précision des textes dérogoatoires au droit commun, notamment en matière de consommation, ce qui provoque de redoutables difficultés d'application. Mais l'ensemble de ces remarques ne permet pas de porter une critique juridique sur le principe même de l'altération législative, seuls le choix politique et les modalités de mise en oeuvre étant sujets à caution.

217. Au contraire, la seconde source d'altération est, quant à elle, très critiquable, tant sur le plan de la mise en oeuvre que sur celui des principes. Il s'agit de l'altération jurisprudentielle des notions classiques du droit commun des obligations. Au risque d'être taxé d'esprit excessivement légaliste, nous considérons que la jurisprudence ne doit pas, à l'instar du législateur, se permettre d'altérer certaines notions juridiques pour protéger les faibles en tenant compte des inégalités de puissance économique. En disant cela, nous n'entendons pas nier les pouvoirs créateurs et adaptateurs de la jurisprudence en droit français. Il n'est aujourd'hui guère contesté que la jurisprudence est une source du droit¹⁰²⁵ ou du moins une « *autorité privilégiée* »¹⁰²⁶ faisant partie intégrante du droit positif.

218. Or la jurisprudence utilise ses pouvoirs d'adaptation et de complément des dispositions législatives¹⁰²⁷ pour tenter de rééquilibrer les inégalités de puissance économique les plus flagrantes, mais qui ont été oubliées par le législateur. L'altération des principes juridiques par la jurisprudence trouve donc son explication dans la parcellisation du droit positif qui ne peut aboutir qu'à une protection partielle et injuste. Jusque là rien de critiquable, la jurisprudence joue son rôle habituel et salutaire de palliatif des carences législatives en matière de protection de l'économiquement faible. Mais le bât blesse lorsque l'on analyse les moyens utilisés par la jurisprudence pour remplir cette fonction. Loin de rechercher un principe général et d'élaborer un mécanisme spécifique de protection des économiquement faibles victimes d'abus, la jurisprudence a préféré altérer des notions juridiques, qui avaient une tout autre fonction, afin de les assouplir, de les dénaturer, pour permettre d'assurer une telle protection, au demeurant parfaitement légitime. Cette

¹⁰²¹ J. Guyenot, *La rupture abusive des contrats à durée indéterminée*, in *Etudes de droit privé : la tendance à la stabilité du rapport contractuel*, p.235 et suiv., L.G.D.J., 1960; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°693 et suiv.

¹⁰²² G. Rouhette, *Droit de la consommation et Théorie générale du contrat*, in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p.247 et suiv.

¹⁰²³ J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*; R.T.D. Civ., 1994, p.239 et suiv.

¹⁰²⁴ G. Berlioz, *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P., 1979, I, 2954, n°17 à 26.

¹⁰²⁵ Non pas formelle mais matérielle, en ce sens J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°486 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, tome 1, vol.1, n°105; H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n°833 pour une reconnaissance de facto d'un pouvoir normatif de la jurisprudence; F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°227 et suiv.

¹⁰²⁶ J. Carbonnier, *Introduction*, n°144, p.272; J.L. Aubert, *Introduction au droit*, n°163.

¹⁰²⁷ J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°469 et suiv.

altération des principes juridiques, qui a pour cause essentielle la parcellisation inadaptée et injustifiée du droit, est donc critiquable en ce qu'elle ne consacre pas officiellement un mécanisme juridique *ad hoc* de protection des économiquement faibles. La clarté et l'harmonie du droit ne sortent pas renforcées de ce mouvement d'altération puisque, sans que cela soit clairement dit, les juridictions, et parmi elles la Cour de cassation en tête, vont parfois modifier certaines conditions présidant au fonctionnement ou au déclenchement d'un principe ou d'un mécanisme juridique classique. Dans d'autre cas, toujours sans en expliciter la raison véritable, le même principe juridique ne sera plus altéré mais fera l'objet d'une application pure et dure. D'autre fois encore, une notion juridique sera tellement dénaturée à force d'altération que son application provoquera une perturbation grave d'un corps de règles homogènes ou une déstabilisation de certains contrats très utilisés en pratique. Il n'y a rien de pire pour la cohésion d'un système juridique que de ne pas afficher clairement les objectifs assignés aux notions et aux règles juridiques, et de les dénaturer pour les détourner de leur finalité originelle.

219. Dans le cadre de cette altération, nous ne sommes pas éloignés, semble-t-il, de l'équité subjective que M. Carbonnier oppose à l'équité objective¹⁰²⁸. En effet, les deux caractéristiques principales du jugement d'équité paraissent réunies. D'abord, les juges, en altérant dans certaines hypothèses les notions et les mécanismes juridiques, entendent seulement écarter une disposition sur un point et pour un cas d'espèce sans en tirer des conséquences juridiques pour l'avenir. Ensuite, l'équité ne pouvant servir de fondement, sauf exception, à une décision de justice, le juge va chercher à masquer l'altération de la notion juridique dont il entend faire application, et ce pour éviter la censure d'une juridiction supérieure. « *En somme, il est des cas où le juge du fond peut penser en équité, mais à condition de ne pouvoir l'écrire* »¹⁰²⁹.

Ce rattachement à l'équité subjective n'est pertinent que pour la responsabilité délictuelle. C'est en effet le domaine dans lequel les notions fondamentales ont, depuis l'origine, le plus de plasticité. Ainsi, l'évaluation du préjudice est traditionnellement laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, ce qui leur autorise, dans les faits, une marge de manoeuvre extrêmement large, même si le principe est celui de la réparation intégrale mais stricte du dommage¹⁰³⁰. Il en est de même pour l'appréciation du lien de causalité ou de la faute, et ce en dépit du contrôle de la Cour de cassation. En effet, le rôle de la subjectivité des magistrats, est déterminant dans la définition, au cas par cas, du contenu de ces notions¹⁰³¹. Il est relativement commode, dans un souci de protection du faible contre l'économiquement puissant, de moduler le montant des dommages-intérêts ou de donner une présentation des faits permettant d'assouplir ou au contraire de rigidifier les notions de faute et de causalité. Par exemple si un juge estime équitable d'octroyer une réparation à

¹⁰²⁸ J. Carbonnier, op. cit., n°14, p.43.

¹⁰²⁹ C. Puigelier, note sous Cass. soc. 11 mai 1994, Dalloz 1995, 626.

¹⁰³⁰ Tout le dommage, rien que le dommage, cf. Cass. Civ., 30 juillet 1877, D.P., 1878, 1, 24; 16 février 1948, S. 1949, 1, 69, note R. Jambu-Merlin; sur les pouvoirs des juges de fait : Civ., 29 juin 1853, D.P., 1854, 1, 188; Cass. Civ. 1ère, 16 juillet 1991, Bull. Civ. I, n°249; G. Viney, J.C.P., 1992, I, 3572; J. Carbonnier, *Obligation*, n°285 et 289; N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité délictuelle*, n°87; H. Roland et L. Boyer, *Responsabilité délictuelle*, n°1454 et suiv.

¹⁰³¹ S'agissant de la détermination de la faute, M. Carbonnier écrit : « *Nulle part autant qu'en matière de faute, le juge ne procède par voie de jugement d'équité, damnant ou pardonnant au nom de la société* », op. cit. n°231; sur le lien de causalité Esmein déclarait : « *J'ai écrit, il y a longtemps, que c'est par sentiment que les juges décident si la réalisation d'un dommage est une conséquence trop imprévisible d'un acte pour que son auteur en soit responsable* », *Le nez de Cléopâtre où les affres de la responsabilité*, Dalloz, 1964, chron.205.

une victime malgré le caractère insignifiant de la faute commise par le prétendu responsable, il aura d'autant plus facilement tendance à accentuer les indices faisant présumer une attitude fautive que ce dernier est couvert par une assurance. Le jugement basé sur l'équité subjective ne cherchera pas à modifier les dispositions du droit positif, mais agira sur la présentation des faits qui relèvent de son appréciation souveraine. La puissance financière de l'auteur du fait dommageable a, dans cet exemple, une influence certaine sur la sévérité plus ou moins grande avec laquelle le juge apprécie la notion de faute. Ici le jugement d'équité se distinguera, mais il sera très difficile d'en donner une explication systématique et d'en tirer une conclusion générale en droit positif. C'est pour cette raison que nous choisissons d'exclure de notre étude sur l'altération des notions juridiques en droit des obligations, le domaine de la responsabilité délictuelle. Certes, nous aurions pu étudier les modifications jurisprudentielles du droit positif en la matière, telles que les présomptions de faute, la notion de faute objective, ou encore les présomptions de responsabilité et de causalité. Mais nous ne pensons pas que ces altérations des notions du droit de la responsabilité délictuelle aient pour origine le souci de protéger une partie économiquement faible. Ces modifications de principe ont surtout pour objectif d'assurer une indemnisation plus facile et complète de la victime, qu'elle soit ou non économiquement faible.

220 . Par opposition, le domaine contractuel se prête moins facilement à l'équité subjective, même si elle n'en est pas absolument écartée. Nous croyons que, dans ce secteur du droit, la jurisprudence tend plutôt à utiliser le concept d'équité objective. En effet, l'altération des principes et des notions classiques du droit des contrats, qui peut aller jusqu'à la dénaturation, est beaucoup plus perceptible. Le juge n'agira pas sur la présentation factuelle du litige mais directement sur le mécanisme juridique dont il entend faire application. M. Agostini a stigmatisé la pratique de l'équité objective par le juge en décrivant les deux procédés classiquement utilisés : le gauchissement de la loi et l'altération des qualifications¹⁰³². L'altération qui en découle sera alors critiquable, car apparemment inexplicable sur le plan rationnel. Il n'existera aucun lien direct apparent entre l'altération et le but poursuivi par les magistrats. Bien sûr, l'observateur attentif comprendra la motivation profonde du magistrat qui a entendu, par un moyen détourné, assurer une protection juridique de l'économiquement faible. Cependant, ce lien entre l'altération apparente et l'objectif du juge ne sera pas clairement exprimé. Le résultat est particulièrement dommageable pour la cohésion et la logique du droit positif puisque, sans raison apparente, les notions classiques du droit des contrats vont connaître une modification de leur contenu selon les espèces. L'utilisation de concepts et de principes à géométrie variable n'est guère satisfaisante. D'autant plus que la plupart du temps, ces outils juridiques vont se révéler inadéquats pour assurer une protection efficace et juste des économiquement faibles. Ainsi l'insécurité va venir s'ajouter à l'inefficacité de la protection.

Cette altération critiquable de quelques unes des notions les plus classiques du droit des contrats, dans l'unique but de rééquilibrer les inégalités de puissance économique existant entre les parties, se retrouve au trois moments cruciaux de la vie d'un contrat : la formation, l'exécution et l'extinction. Afin de fournir l'analyse la plus cohérente possible

¹⁰³² E. Agostini, *L'équité*, Dalloz, chron.7, n°10.

nous diviserons en deux parties développements, en étudiant la formation du contrat d'une part, et les effets du contrats d'autre part¹⁰³³.

¹⁰³³ Il s'agit du plan retenu par M. Ghestin pour découper en deux volumes son traité de droit civil aux éditions L.G.D.J.

CHAPITRE I

L'ALTERATION DE LA FORMATION DU CONTRAT

221 . C'est un fait connu, les abus de puissance économique se commettent le plus souvent au moment de la formation des contrats. A ce stade, l'entreprise économiquement puissante peut mettre dans la balance toute sa force de négociation afin d'arracher à son partenaire le maximum de concessions. Les économiquement faibles sont donc particulièrement vulnérables lorsque le contrat est en passe d'être conclu, particulièrement si celui-ci présente pour eux un intérêt économique primordial, voire dans certains cas vital. Ils seront alors dans la quasi-impossibilité de résister aux abus de puissance économique de leur futur partenaire. C'est dans ce contexte que la jurisprudence a altéré progressivement certaines notions juridiques présidant à la formation des contrats, dans l'unique but d'assurer à la partie faible une certaine protection qui se traduit généralement par l'annulation du contrat dans son intégralité, ou seulement de l'une de ses clauses jugée abusive. Ce phénomène d'altération, qui a pour but de rééquilibrer juridiquement les inégalités de puissance économique entre cocontractants au moment de la formation du contrat, affecte tant les éléments subjectifs de formation que les éléments objectifs.

SECTION I

L'ALTERATION DE L'ELEMENT SUBJECTIF DE FORMATION DU CONTRAT

222 . La doctrine distingue classiquement deux éléments subjectifs dans la formation du contrat : le consentement et la capacité. A titre liminaire, il convient d'écarter de notre étude la notion de capacité à contracter. Certes, le droit érigera une incapacité lorsqu'il considérera qu'une personne, qu'elle soit majeure ou mineure, se trouve dans une situation de faiblesse telle qu'une protection se révèle indispensable. C'est donc bien dans un souci de protection du faible que le Code civil¹⁰³⁴ édicte l'incapacité de contracter des mineurs non émancipés et des majeurs protégés au sens de l'article 488¹⁰³⁵. Cependant, s'il s'agit bien de protection d'un être faible, cette faiblesse n'a pas une origine économique mais plutôt psychologique ou physiologique. L'impact sur la situation économique de l'incapable n'est qu'une conséquence de sa faiblesse. D'ailleurs, à l'origine, les

¹⁰³⁴ Article 1123 du Code civil.

¹⁰³⁵ Les termes de cet article sont révélateurs de la volonté de protection de l'incapable en raison de sa faiblesse : « ... le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts », « Peut pareillement être protégé le majeur qui par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin (...) ».

dispositions légales relatives à la tutelle étaient d'autant plus facilement mises en oeuvre, que la personne qui en était l'objet possédait des biens¹⁰³⁶. Il s'agissait, avant tout, d'empêcher que l'incapable dilapide la fortune familiale. A l'inverse le déséquilibre de puissance économique est une source directe de situations inégalitaires et donc de vulnérabilité pour les plus faibles. Le processus, qui est inversé, ne peut donc être assimilé à une incapacité.

En outre, nous aurons l'occasion de montrer que la puissance économique est une notion par essence relative et concrète¹⁰³⁷. Or l'incapacité, qu'elle soit de jouissance ou d'exercice, est, quant à elle, toujours absolue et abstraite. Il n'est fait aucune distinction selon la richesse ou la compétence de la personne qui a contracté avec l'incapable. L'incapacité s'imposera à tous, riche ou pauvre, sachant ou profane, puissant ou faible¹⁰³⁸. Inversement, la puissance économique s'apprécie par une comparaison nécessaire et incessante entre les parties en présence. Une entreprise peut être en situation de force par rapport à l'un des ses partenaires et en situation de faiblesse par rapport à un autre.

Enfin il n'est pas intellectuellement satisfaisant de frapper d'incapacité l'économiquement faible. C'est d'ailleurs un reproche fréquent qu'une partie de la doctrine adresse au droit de la consommation, qui tend à faire apparaître le consommateur comme un « *semi-débile, un incapable mineur* »¹⁰³⁹. Il est difficilement concevable que la jurisprudence s'arrogue le droit d'ériger, sans texte de loi, une incapacité de ce type.

223. C'est donc le second élément subjectif de la formation du contrat qui a subi les altérations les plus nettes. Il est vrai que la jurisprudence n'a eu qu'à imiter, dans ce domaine, la hardiesse du législateur; celui-ci intervenant à plusieurs reprises pour aménager dans un sens protecteur le processus de création de certaines conventions¹⁰⁴⁰. Le caractère parcellaire et partiel de cette protection législative, élaborée au coup par coup, n'est plus à démontrer¹⁰⁴¹. « *Un état moderne, gardien des grands équilibres économiques et sociaux, ne peut réserver au seul consommateur sa sollicitude* »¹⁰⁴². C'est pourquoi la jurisprudence a tenté, en altérant la notion de consentement, d'élargir le champ de protection à toute personne qui s'est trouvée, au moment de la formation du contrat, en situation de réelle faiblesse par rapport à son cocontractant. Le mouvement de protection par altération de cette notion classique du droit des obligations a affecté non seulement les principes régissant l'existence du consentement, mais aussi ceux permettant d'en vérifier l'intégrité.

¹⁰³⁶ Aujourd'hui, la notion d'incapacité sert d'avantage à protéger les pauvres et les indigents.

¹⁰³⁷ Cf. infra n°608 et suiv.

¹⁰³⁸ Seule existe une hiérarchie des actes juridiques, la protection étant plus rigoureuse s'agissant d'actes de disposition.

¹⁰³⁹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit. n°32-2; En ce sens cf. aussi : P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°325.

¹⁰⁴⁰ Notamment dans le domaine de protection du consommateur en instaurant des délais de réflexion et des droits de repentir. Cf. D. Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, Dalloz, 1980, chron.177; V. Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, Dalloz, 1993, chron.27; R. Bailod, *Le droit de repentir*, R.T.D. Civ., 1984, p.227; Il est intéressant de noter que le législateur n'a pas réservé l'instauration d'un formalisme protecteur aux seuls consommateurs mais en a fait bénéficier les agriculteurs dans le cadre de la loi sur les contrats d'intégration agricole du 16 juillet 1964 (Art. 19), ou encore les agents commerciaux (loi du 25 juin 1991, Art.2).

¹⁰⁴¹ Cf. supra n°79 et suiv.

¹⁰⁴² R. Savy, *La protection des consommateurs en France*, Rev. Intern. Droit comp., 1974, p.593.

SOUS-SECTION I - L'ALTERATION DE LA NOTION D'EXISTENCE DU CONSENTEMENT

224 . La notion d'existence du consentement est la clé de nombreuses difficultés, et il peut être extrêmement tentant d'user, voire d'abuser, de cette solution. En effet, prenons un contrat mettant en présence deux parties de puissance économique manifestement inégale. Le contrat qu'elles ont conclu comporte quelques clauses significativement déséquilibrées au détriment de l'économiquement faible. Un raisonnement séduisant peut consister, surtout s'il s'agit d'un contrat d'adhésion dans lequel la partie économiquement puissante est le pollicitant¹⁰⁴³, à considérer que la partie économiquement faible n'a pas consenti à les accepter, et qu'il n'y a pas eu, sur ces clauses, une rencontre de volontés. Cette méthode permet d'éradiquer les clauses abusives sans toucher au reste du contrat, et d'assurer ainsi une protection de la partie en situation de faiblesse. La jurisprudence a utilisé ce cheminement tant sur le plan de la forme de l'expression du consentement que sur celui du fond. Nous verrons que, sous des apparences de simplicité et d'efficacité, cette solution cause une altération critiquable de la notion de consentement, qui est de nature à lui faire perdre toute cohérence et logique. De plus l'altération de la notion d'existence du consentement peut même aller jusqu'à anéantir un contrat dans son intégralité lorsque son contenu est irrémédiablement déséquilibré.

PARAGRAPHE 1 - L'ALTERATION DES CONDITIONS D'EXPRESSION DU CONSENTEMENT

225 . La règle, en droit français, est que le consentement d'une personne s'exprime valablement sans forme spécifique; c'est ce qu'il est convenu d'appeler le principe du consensualisme. Ce n'est que par exception que le législateur impose, dans certains cas un formalisme particulier¹⁰⁴⁴. Ce formalisme, dont on a pu dire qu'il « renaissait »¹⁰⁴⁵ a le plus

¹⁰⁴³ Cette précision est nécessaire car nous avons vu que les rôles pouvaient, dans la pratique, être inversés, cf. supra n°59.

¹⁰⁴⁴ En ce sens : J. Carbonnier, op. cit., n°89; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°309 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°441; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°66; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°145; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°121; cf. pour une position plus nuancée et réservée : J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°374, pour qui le problème de l'opposition entre consensualisme et formalisme n'est plus de savoir si le premier demeure toujours le principe et le second l'exception, mais de « savoir si, au nom du principe du consensualisme, les dispositions « exceptionnelles » qui imposent un certain formalisme doivent être interprétées de façon restrictive ».

¹⁰⁴⁵ Moeneclay, *La renaissance du formalisme dans les contrats*, thèse Lille, 1914; Rouxel, *L'évolution du formalisme*, thèse Caen, 1935; M.A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, thèse Toulouse, 1975; cependant, il est inexact de parler de « renaissance » du formalisme puisque le formalisme contemporain n'a rien à voir avec le formalisme du droit romain. Ce n'est donc pas tant une renaissance qu'une naissance sous une nouvelle forme. En ce sens : J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, études Ripert, I, p.93; J. Carbonnier, op. cit., n°92; J. Ghestin, op. cit., n°373; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°128.

souvent une finalité de protection. Il faut alors distinguer la protection de l'intérêt général, des tiers ou d'une partie au contrat¹⁰⁴⁶. Pour le sujet qui nous intéresse ici, seule la protection d'une des parties au contrat doit être retenue; plus précisément, seules les dispositions protégeant une partie économiquement faible ou présumée telle.

En doctrine, il est traditionnel de distinguer entre le formalisme direct, sanctionné par la nullité du contrat, et le formalisme atténué ou indirect, imposé à titre de simple preuve¹⁰⁴⁷. Mais il serait erroné d'assimiler cette distinction à celle qui peut être faite entre le formalisme primitif et le formalisme contemporain¹⁰⁴⁸. C'est pourtant ce que font d'éminents auteurs en écrivant que « *le prétendu formalisme moderne n'est jamais qu'un formalisme atténué* »¹⁰⁴⁹. Or nous aurons l'occasion de constater que la jurisprudence sanctionne par la nullité certaines formes imposées par le législateur moderne, en dehors des cas où ce dernier a lui-même prévu cette sanction. A cet égard, la seconde remarque effectuée par Flour sur le formalisme moderne se révèle partiellement inexacte, en ce que les tribunaux n'ont pas, de façon systématique, réduit la portée du formalisme légal¹⁰⁵⁰. Au contraire, dans certaines hypothèses, la jurisprudence a transformé de simples règles de preuves en véritables règles de forme, et ce dans l'unique but de protéger une partie en situation d'infériorité économique. Mais l'altération des conditions d'expression du consentement ne s'arrête pas là. Il est possible d'en percevoir aussi les effets quant à la nature et au régime de la sanction utilisée, à savoir la nullité. Nous nous proposons d'aborder successivement ces deux pôles d'altération, en démontrant les conséquences néfastes qu'ils peuvent avoir sur la cohérence du droit positif et en relevant le caractère inadéquat de la protection de la partie économiquement faible ainsi mise en place.

A - LE FORMALISME PROTECTEUR ET LA JURISPRUDENCE

226. Il est évident que le formalisme légalement imposé est un instrument de protection des parties présumées faibles dans un rapport contractuel donné¹⁰⁵¹. Il ne faudrait cependant pas croire qu'il s'agit de la panacée dans le domaine de la protection des économiquement faibles. D'abord, il est illusoire de penser que le formalisme informatif, qui multiplie les clauses obligatoires et les annexes standardisées, améliore de façon significative les facultés de compréhension et les connaissances réelles des contractants profanes. Ensuite, le formalisme informatif imposé par le législateur dans un souci de protection du contractant profane a nécessairement un coût. Or, cet aspect a été complètement occulté, surtout en droit de la consommation. Il est pourtant logique d'imaginer que les professionnels répercuteront le coût de l'information sur les consommateurs.

¹⁰⁴⁶ Sur cette distinction cf. P. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n°448.

¹⁰⁴⁷ Cette distinction fait l'objet de critique, certains auteurs soutenant l'existence d'une analogie entre règles de preuve et règles de formes. En ce sens cf. notamment, J. Flour et J.L. Aubert, *op. cit.*, n°326.

¹⁰⁴⁸ Sur cette dernière distinction : F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°128.

¹⁰⁴⁹ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°93; J. Flour, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Etudes Ripert*, I, p. 93 et suiv.

¹⁰⁵⁰ J. Flour, *op. cit.*

¹⁰⁵¹ L. Aynès, *Formalisme et prévention*, in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982.

Dans ces conditions, il est étonnant que la jurisprudence, contrairement à l'analyse de Flour¹⁰⁵², ait privilégié l'extension du formalisme plutôt que sa limitation, voire sa restriction. Certes, cette tendance se manifeste surtout lorsque l'on est en présence d'un contrat dans lequel les parties ne se situent pas sur un pied d'égalité. Dans le cas contraire, il est vrai que la jurisprudence privilégie le principe du consensualisme : il en est ainsi pour la transaction¹⁰⁵³, le contrat d'assurance terrestre¹⁰⁵⁴, les donations indirectes déguisées¹⁰⁵⁵, ou la promesse d'hypothèque¹⁰⁵⁶.

227. Pour justifier cette différence de régime, il a été avancé que la jurisprudence a la volonté de minimiser les exceptions au consensualisme¹⁰⁵⁷ et que, sur le plan technique, le formalisme doit être interprété restrictivement puisqu'il est une exception au principe du consensualisme¹⁰⁵⁸. Cette explication est loin d'emporter la conviction, car elle ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles, dans certaines hypothèses, la jurisprudence minimise la portée des dispositions formalistes, alors que dans d'autres elle va préférer l'étendre. Une explication plus satisfaisante peut être trouvée dans la recherche de la justification de la forme prescrite¹⁰⁵⁹. Lorsque la forme a une finalité autre que la protection d'une partie économiquement faible, la jurisprudence a tendance à privilégier le principe du consensualisme et à considérer qu'il s'agit d'une simple règle de preuve. Dans le cas contraire, elle sera enclin à qualifier la formalité légale de forme *ad validitatem*. Néanmoins, cette proposition n'est pas susceptible d'expliquer l'intégralité des solutions jurisprudentielles. En effet, dans le contrat d'assurance, pour lequel l'assuré est présumé en situation d'infériorité économique, la Cour de cassation a considéré que « *si le contrat d'assurance doit, dans un but probatoire, être signé par les parties, il constitue un contrat consensuel qui est parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré* »¹⁰⁶⁰. Il n'est donc guère possible de tirer de la jurisprudence une tendance absolue et cohérente. Cependant, nous entendons mettre l'accent sur deux tendances actuelles qui sont, d'une part la transformation de règles de preuve en règles de forme, et d'autre part un recours excessif à la théorie de la nullité virtuelle, le tout dans une optique de protection de la partie économiquement faible.

1/ LA TRANSFORMATION DE CERTAINES REGLES DE PREUVE EN REGLES DE FORME

¹⁰⁵² Op. cit.

¹⁰⁵³ Cass. Civ., 28 novembre 1864, Dalloz, 1865, 1, 105.

¹⁰⁵⁴ Cass. Civ. 1ère, 4 juillet 1978, Bull. Civ. I, n°251, p. 198; Dalloz, 1979, I.R., 193, not. H. Groutel.

¹⁰⁵⁵ Cass. Civ. 1ère, 27 nov. 1961, Bull. Civ. I, n°553; Cass. Civ. 1ère, 29 mai 1980, Dalloz, 1981, 273, not. approbative I. Najjar, R.T.D. Civ., 1981, 422, obs. critique J. Patarin; Cass. Civ. 1ère, 1er juin 1994, Bull. Civ. I, n°195; I. Najjar, Rep. Civ. Dalloz, V° donation, et, la validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé, Dalloz, 1995, chron.115.

¹⁰⁵⁶ Rec. V, nov. 1860, D.P., 1861, I, 301; Cass. Civ. 3ème, 7 janvier 1987, Bull. Civ. III, n°4, p. 2, G.P., 1987, I, 219, not. Piedelievre.

¹⁰⁵⁷ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°320.

¹⁰⁵⁸ Guerriero, op. cit., p. 201; **Contra** : J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°384 : « *Le principe de consensualisme n'autorise pas l'interprétation restrictive des règles de formes* ».

¹⁰⁵⁹ J. Ghestin, op. cit.

¹⁰⁶⁰ Cass. Civ. 1ère, 4 janvier 1980, Bull. Civ. I, n°8, p.6, en l'espèce la décision du juge du fond est censurée en ce qu'elle avait refusé de condamner un assuré à payer les primes aux motifs qu'il n'avait signé qu'une proposition d'assurance et non la police que la compagnie lui avait adressée.

Il existe des règles de preuve, instaurées par le Code civil, qui ont été transformées par la jurisprudence en règles de forme. Il s'agit notamment des articles 1326 et 1907 al. 2 du Code civil. Il est intéressant de remarquer, avant de commencer l'analyse dans le détail, que cette altération a servi, ou sert encore dans le second cas, à protéger des contractants réputés pour leur vulnérabilité économique : la caution et l'emprunteur.

a - L'altération des dispositions de l'article 1326 du Code civil

228 . L'évolution jurisprudentielle qu'ont subie les dispositions de l'article 1326 du Code civil, dans le domaine du cautionnement, est suffisamment connue pour ne pas y revenir en détail¹⁰⁶¹. Néanmoins, il nous paraît intéressant de mettre en lumière la façon avec laquelle la jurisprudence a cru pouvoir jouer avec les notions les plus classiques du formalisme afin de protéger la faible caution face aux puissants organismes bancaires.

229 . Le point de départ du raisonnement est pourtant relativement clair puisque l'article 1326 du Code civil est inséré dans le chapitre VI intitulé *De la preuve des obligations et de celle du paiement*. Mais, par une mystérieuse alchimie la Cour de cassation a cru devoir tirer de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil une véritable règle de forme. Dans un arrêt en date du 22 février 1984, la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a jugé « *qu'il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve, mais ont pour finalité la protection de la caution* »¹⁰⁶². Cette décision marque, du moins en ce qui concerne la 1^{ère} chambre civile, une rupture totale avec la jurisprudence traditionnelle en la matière¹⁰⁶³, qui qualifiait l'acte non revêtu de la mention manuscrite exigée par l'article 1326 de commencement de preuve par écrit, pouvant être complété par une preuve extrinsèque à l'acte comme par exemple une correspondance¹⁰⁶⁴, ou un commencement d'exécution¹⁰⁶⁵. En effet, la formalité manuscrite de l'article 1326 n'est plus considéré comme une règle de preuve mais comme une règle de forme dont l'absence entraîne automatiquement l'annulation judiciaire du contrat de cautionnement. Même si la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est refusée à suivre la 1^{ère} chambre civile,¹⁰⁶⁶ un nombre significatif de juridictions du fond a saisi l'occasion pour libérer des cautions de leur engagement¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶¹ J. Carbonnier, op. cit., n°102; J. Ghestin, op. cit., n°371, H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°72; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°203. F. Terré, P. Simler, et Y. Lequette, op. cit. n°138, p. 114, voir aussi l'importante bibliographie citée dans le Lamy du financement 1995, n°3169.

¹⁰⁶² Bull. Civ. I, n°71; J.C.P., 1985, II, 20442, note. M. Storck; Banque, 1984, 1307 obs. Rives-Lange.

¹⁰⁶³ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mars 1970, D.S., 1970, 403, not. Etesse.

¹⁰⁶⁴ Cass. Com., 9 mars 1976, Bull. Civ. IV, n°84.

¹⁰⁶⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1978, Dalloz, 1979, I.R., 56.

¹⁰⁶⁶ Cass. Com., 21 juin 1988, Bull. Civ. IV, n°212; J.C.P., 1989, II, 21170, not. P. Delebecque; Dalloz, 1989, Som. Com., 1989, obs. L. Aynès; Cass. Com., 15 nov. 1988, Bull. Civ. IV, n°310.

¹⁰⁶⁷ Cf. par exemple, C.A. Versailles, 27 février et 7 mai 1986, Dalloz, 1987, Som. Com. 442, obs. L. Aynès; voir aussi la jurisprudence citée par P. Simler in Juris. Class. Civ., article 2011 à 2020, Fasc.40, n°92.

230 . Il semble évident que l'altération des dispositions de l'article 1326 du Code civil soit motivée par un souci de protéger la caution, le plus souvent personne physique, face aux banques qui n'omettent pas de se garantir par un nombre de sûretés toujours plus important. Il est vrai que, le plus souvent, les cautions ont tendance à s'engager à la légère, ou plutôt n'ont pas l'impression de souscrire un quelconque engagement lors de la signature d'un tel acte. Il paraît donc équitable et logique de faire peser sur le professionnel du financement une obligation rigoureuse de respecter un formalisme susceptible de permettre à la caution de prendre conscience et de mesurer la nature et l'importance de l'engagement qu'elle souscrit pour le compte d'un tiers. De plus, si on analyse le rôle et les intérêts en présence, la caution est fréquemment le maillon le plus faible de la chaîne. En effet le débiteur principal a bénéficié des fonds avancés par l'organisme de crédit. Ce dernier connaît les risques qu'il encourt dans l'opération et fixe en conséquence le montant de sa rémunération par le biais de la détermination d'un taux d'intérêt conventionnel. Seule la caution n'a aucun intérêt pécuniaire à conclure l'opération, sauf le cas spécifique des cautions professionnelles. Elle se voit donc recherchée, dans l'hypothèse où le débiteur principal ne satisfait pas à ses obligations, alors même que son patrimoine ne s'est pas enrichi d'une somme correspondante. Au surplus, l'action contre le débiteur principal, dont elle est théoriquement titulaire, se révélera illusoire en pratique, puisque celui-ci à toutes les chances d'être en redressement ou en liquidation judiciaire. Quoi de plus justifié sur le plan de l'équité que d'assurer la protection d'une personne qui s'est portée caution dans de telles conditions? Le but recherché ne légitime-t-il pas une altération du principe du consensualisme et une transformation des dispositions de l'article 1326 en règles de forme?¹⁰⁶⁸

231 . Pour notre part, nous considérons avec la majorité de la doctrine¹⁰⁶⁹, que cette altération est extrêmement critiquable. Il ne s'agit pas de revenir sur les arguments classiquement avancés pour démontrer qu'en réalité le législateur n'a pas entendu instaurer une formalité *ad validitatem* en édictant l'article 1326 du Code civil. Nous préférons montrer que la prise en compte d'un déséquilibre de puissance économique, par le biais d'une altération de la notion d'expression du consentement, n'est pas satisfaisante.

En effet, la protection de la caution ainsi envisagée engendre des solutions inéquitables, en ce qu'elle permet à certaines personnes de s'exonérer de leurs engagements, tout en étant d'une parfaite mauvaise foi. Il n'est tout de même pas admissible que, sous le prétexte de protéger des personnes qui ont signé un acte de cautionnement sans prendre conscience de la portée de leur engagement, des dirigeants d'entreprise, ayant garanti les dettes de la société qu'ils contrôlent, puissent s'abriter impunément derrière une simple insuffisance de leur mention manuscrite. Il faut rappeler que, si les dispositions de l'article 1326 du Code civil sont des règles de forme, un dirigeant de société peut obtenir l'annulation de l'acte de cautionnement qu'il a souscrit en garantie des dettes de la société qu'il dirige, dans le cas où la mention manuscrite ne contient que la somme en chiffres¹⁰⁷⁰!

On parvient alors à une surprotection critiquable, car en l'espèce, le dirigeant n'avait pas besoin d'être protégé en raison d'une quelconque ignorance. A la différence d'une caution purement profane, c'est-à-dire extérieure à la société, le dirigeant a, ou devrait avoir, une

¹⁰⁶⁸ Le législateur a d'ailleurs suivi le même raisonnement lorsqu'il a imposé de véritables règles de forme manuscrites pour le cautionnement donné en garantie d'un crédit à la consommation; cf. Art. L. 313-7 et suiv. C. Cons.

¹⁰⁶⁹ Cf. notamment P. Simler, op. cit., n°93.

¹⁰⁷⁰ Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 1989, J.C.P., 1990, II, 21422, note D. Legeais.

parfaite connaissance des dettes sociales et notamment de celles qu'il garantit. Est-il besoin de rappeler qu'une fragilisation aussi injustifiée des sûretés en général, et du cautionnement en particulier, affecte le crédit et contribue à paralyser l'économie? Si effectivement le droit doit tenir compte des inégalités de puissance économique pouvant exister entre des contractants afin de rétablir l'équilibre sur le plan juridique, il ne doit pas le faire aveuglément. La protection des économiquement faibles doit couvrir tous les faibles, mais rien que les faibles.

La première Chambre civile de la Cour de cassation n'a pas tardé à reconnaître l'inanité de la position par elle adoptée depuis 1984. Dès 1989, elle réaffirme que les dispositions de l'article 1326 du Code civil sont des « *règles de preuve* » qui « *ont pour finalité la protection de la caution* »¹⁰⁷¹. De façon plus convaincante, elle a jugé en 1991, rejoignant en cela la position de la Chambre commerciale, que les dispositions de l'article 1326, même combinées avec celles de l'article 2015 du Code civil, ne sont que des règles de preuve, l'acte de caution pouvant valoir comme commencement de preuve par écrit en cas d'absence ou d'insuffisance de la mention manuscrite¹⁰⁷². D'ailleurs les arrêts les plus récents fondent leur motivation sur l'article 1347 du Code civil consacrant ainsi indubitablement la qualification de commencement de preuve par écrit, l'acte comportant une mention manuscrite insuffisante¹⁰⁷³.

La solution ainsi dégagée est satisfaisante puisque les dispositions de l'article 1326 du Code civil ont toujours pour finalité la protection de la caution, mais ne permettent plus aux dirigeants de se soustraire, de mauvaise foi, à leurs obligations. Elle fait directement référence à la dimension informationnelle de la puissance économique, que nous aurons l'occasion d'analyser plus en détail¹⁰⁷⁴. Ainsi, seule la caution véritablement profane et vulnérable, pourra se prévaloir du défaut de force probante de l'acte qu'elle a signé en ne respectant pas les mentions manuscrites prévues à l'article 1326 du Code civil. Au contraire un dirigeant de société, qui doit normalement être informé de la situation de l'entreprise dont il est à la tête, ne bénéficiera plus de la protection accordée aux cautions profanes. Sa qualité de dirigeant viendra compléter le commencement de preuve par écrit que constitue l'acte de caution incomplet.

232 . Cependant il faut prendre garde de ne pas revenir au critère subjectif élaboré par la jurisprudence en 1986 pour faire échapper certaines cautions à leurs obligations, malgré le caractère clair et précis de la mention manuscrite¹⁰⁷⁵. A cet égard l'arrêt, non publié au bulletin, de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 9 mai 1994 a pu

¹⁰⁷¹ Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 1989, Bull. Civ. I, n°348; J.C.P., 1989, éd. E., I, 19298; J.C.P., 1990, II, 21422, note D. Legeais, il faut cependant noter que, malgré la modification de l'attente motivant cet arrêt, le cautionnement d'un dirigeant de société a néanmoins été déclaré nul.

¹⁰⁷² Cass. Civ. 1ère, 15 octobre 1991, J.C.P., 1992, II, 21923, note P. Simler; Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1992, J.C.P., éd. E., 1993, I, p. 385, obs. P. Simler; Cass. Civ. 1ère, 12 mai 1993, Dalloz, 1994, Som.10.

¹⁰⁷³ Cass. Com., 1er juin 1993, J.C.P., éd.E., 1993, II, n°488 obs. D. Legeais; Cass. Com., 9 novembre 1993, Cont. Conc. Cons., 1994, n°24, obs. L. Leveneur; Cass. Com., 14 décembre 1993, R.J.D.A., 1994, n°322; Cass. Com., 31 mai 1994, J.C.P., 1994, IV, 1948; J.C.P., 1995, I, 3851, n°3 obs. P. Simler et P. Delebecque; cf. toutefois Cass. civ. 1ère 27 juin 1995, Dalloz 1996, 133 note R. Micha-Goudet, décision selon laquelle, il résulte des articles 1326, 2015 et 1985 c.civ. que le mandat sous seing privé de se porter caution doit comporter, lorsque le montant de l'obligation cautionnée est déterminable au jour de l'engagement, la mention écrite de la main de la caution de la somme en toutes lettres et en chiffres.

¹⁰⁷⁴ Cf. infra n°542 et suiv.

¹⁰⁷⁵ Cass. Civ. 1ère, 4 mars 1986, Bull. Civ. I, n°49; Dalloz, 1987, jurisprudence p. 342, 2ème esp., note L. Aynès.

être critique¹⁰⁷⁶. En l'espèce, une Cour d'appel est censurée pour avoir déclaré valable un contrat de cautionnement qui comportait la mention manuscrite suivante : « *Lu et approuvé, bon pour caution solidaire dans les termes ci-dessus avec renonciation aux bénéfices de discussion et de division de toutes obligations quelles qu'elles soient, contractées par la société anonyme V.N. à l'égard de C.* ». Dans cet arrêt, la Cour rappelle que « *pour l'appréciation du caractère explicite et non équivoque, il doit être tenu compte non seulement des termes employés, mais également de la qualité des fonctions et des connaissances de la caution, de ses relations avec le créancier et le débiteur de l'obligation cautionnée, ainsi que de la nature et des caractéristiques de cette dernière* ». L'annotateur de cette décision, rapportée à la semaine juridique, se montre sévère à son égard en regrettant que la Cour ne se contente pas d'une analyse intrinsèque de l'acte, ce qui « *introduit un facteur non maîtrisable d'insécurité, ce qui est fâcheux pour une sûreté* »¹⁰⁷⁷. Mais il ne semble pas que cette critique soit justifiée. En effet, ce n'est que dans l'hypothèse d'une mention manuscrite ne satisfaisant pas aux prescriptions de l'article 1326 du Code civil, que le juge peut utiliser, à titre de complément de commencement de preuve, des éléments extrinsèques susceptibles de prouver la connaissance qu'avait la caution de la nature et de la portée de son engagement. Dans l'arrêt rapporté, la mention manuscrite ne satisfaisant pas aux dispositions de l'article 1326 du Code civil, il appartenait à la Cour d'appel de vérifier si les circonstances externes à l'acte permettaient de le compléter afin de lui donner force probante. Cette solution ne signifie cependant pas qu'en présence d'une mention manuscrite complète, la caution pourrait s'exonérer de son obligation de paiement par référence à des circonstances extrinsèques à l'acte, ce qui pour l'occasion infligerait un sérieux coup à la sécurité du crédit et des transactions. Les éléments extérieurs à l'acte, tels que les fonctions de la caution au sein de la société garantie, ne peuvent servir qu'à compléter une mention incomplète. On ne saurait imaginer qu'une caution puisse valablement arguer de son extériorité par rapport au débiteur principal pour obtenir l'anéantissement d'un acte de cautionnement satisfaisant aux dispositions de l'article 1326 du Code civil. Nous ne pouvons donc qu'approuver l'évolution de la jurisprudence en matière de cautionnement qui est revenue sur une altération critiquable et injustifiée du principe du consensualisme et des règles de preuve des obligations, tout en maintenant son souci de protéger certaines cautions vulnérables. Nous ne pouvons pas en dire autant sur l'interprétation actuelle de l'article 1907 al.2 du Code civil.

b - L'altération des dispositions de l'article 1907 al.2 du Code civil

233 . Sur ce point non plus, la thèse proposée par Flour, consistant à soutenir que la jurisprudence minimise le formalisme instauré par le législateur, ne se vérifie pas. En effet, il est aujourd'hui unanimement admis que l'alinéa 2 de l'article 1907 constitue une règle de forme et non simplement une règle de preuve¹⁰⁷⁸, et ce même pour les prêts commerciaux¹⁰⁷⁹. Mais par le passé, la solution retenue en droit positif n'avait pas la clarté

¹⁰⁷⁶ J.C.P., 1994, I, 3807, n°6.

¹⁰⁷⁷ Op. cit.

¹⁰⁷⁸ Cass. Civ. 1ère, 24 juin 1981, Bull. Civ. I, n°233; Dalloz, 1982, p.397 note M. Boizard; J.C.P., 1982, II, 19713, note M. Vasseur; Cass. Civ. 1ère, 26 mai 1982, Bull. Civ. I, n°197.

¹⁰⁷⁹ **Contra** : Cass. Com., 26 juin 1963, Dalloz, 1963, 581, note Rodière; R.T.D. Com., 1963, p.908, obs. Houin; cf. sur ce point : M. Boizard, *Fixation des taux d'intérêts*, Juris Class. Banque et crédit, Fasc.510,

qu'elle peut avoir actuellement. Au XIX^{ème} siècle, la Cour de cassation avait estimé que l'article 1907 al.2 du Code civil n'était qu'une règle de preuve ne dérogeant pas au droit commun¹⁰⁸⁰. Malgré un arrêt divergent¹⁰⁸¹, la Cour de cassation confirmera cette jurisprudence, en hésitant toutefois entre la règle de preuve dérogatoire au droit commun¹⁰⁸² et la règle de preuve ordinaire¹⁰⁸³. Ce n'est qu'avec la loi du 28 décembre 1966 et son article 4 que le problème va se poser en des termes différents¹⁰⁸⁴. La Cour de cassation a combiné les articles 1907 al.2 du Code civil et 4 de la loi de 1966, pour énoncer que le taux visé par le premier article n'est autre que le T.E.G. du second¹⁰⁸⁵, et en déduire que « l'exigence d'un écrit mentionnant le taux effectif global est une condition de validité de la stipulation d'intérêt (...) »¹⁰⁸⁶.

Le domaine d'application de cette nouvelle règle de forme s'est étendu, par la suite, au compte courant¹⁰⁸⁷, en dépit de la réception sans réserve des relevés de compte. Or il résulte d'une jurisprudence constante que l'approbation d'un relevé de compte par le client implique de sa part renonciation à contester les opérations qui y sont mentionnées, et que cette approbation peut résulter du simple silence conservé par le client postérieurement à la réception¹⁰⁸⁸. Cette solution ne s'applique pas en matière de fixation du taux d'intérêt conventionnel, la Cour de cassation décidant, qu'en l'absence d'un accord écrit, l'indication du taux sur les relevés de comptes ne répond pas à l'exigence de l'article 1907 al. 2, lors même qu'elle ne ferait pas l'objet d'une protestation de la part du client¹⁰⁸⁹. Ainsi, dans tous les domaines du crédit, l'article 1907 al.2 a été transformé en règle de forme, que les parties en présence soient ou non commerçantes.

234. Cette altération jurisprudentielle est difficilement justifiable sur le plan de la technique juridique. D'abord, force est de constater que le législateur n'a pas prévu de sanction spécifique à l'absence d'écrit fixant le taux d'intérêt. Certes, il est possible de rétorquer que le principe de la nullité virtuelle est admis sans contestation en droit français¹⁰⁹⁰, et qu'au surplus il paraît peu probable qu'en édictant les dispositions de cet article, le législateur n'ait entendu que rappeler les règles de preuve de droit commun et les étendre aux contrats de prêt inférieurs à 5000 Francs¹⁰⁹¹. Ces objections ne sont que de faible portée puisque d'une part l'existence du principe des nullités virtuelles n'implique pas une utilisation systématique de cette sanction¹⁰⁹², et que d'autre part la méthode

n°68; A. Couret, J. Devèze et G. Hirigoyen, *Lamy du financement*, n°2732, P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°948.

¹⁰⁸⁰ Cass. Civ., 22 juin 1853, D.P., 1853, 1, 211.

¹⁰⁸¹ Cass. Req., 30 juillet 1895, Sirey, 1896, 1, 353, note G. Appert, adoptant la thèse de la formalité *ad solemnitatem*.

¹⁰⁸² Cass. Req., 10 décembre 1902, D.P., 1903, 1, 202, rapp. Denis.

¹⁰⁸³ Cass. Com., 26 juin 1963, Dalloz, 1963, 581, note R. Rodière.

¹⁰⁸⁴ I. Petel-Teyssier, *Prêt à intérêt*, Juris. Class. Civil, Art. 1905 à 1908, Fasc.1, n°145 et suiv.

¹⁰⁸⁵ Cass. Civ., I, 24 juin 1981, Bull. Civ. I, n°233 et 234 précité.

¹⁰⁸⁶ Nous reviendrons plus loin sur les spécificités de la sanction utilisée : cf. infra n°345 et suiv.

¹⁰⁸⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 février 1988, et Cass. Com., 12 avril 1988, Bull. Civ. I, n°34 et Bull. Civ. IV, n°130; J.C.P., 1988, II, 21026, note C. Galvada et J. Stoufflet; D.S., 1988, 309, concl. Jéol; Banque, 1988, 590, note J.L. Rives-Lange; R.T.D. Com., 1988, 475, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

¹⁰⁸⁸ Cass. Com., 21 novembre 1989, J.C.P., 1990, IV, 22; cf. note J. Stoufflet sous Cass. Com., 23 octobre 1990, J.C.P., 1990, II, 21710.

¹⁰⁸⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, Dalloz, 1995, 213 note D. Martin; Defrénois, 1995, 743, obs. D. Mazeaud.

¹⁰⁹⁰ Cf. infra n°238 et suiv.

¹⁰⁹¹ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°320; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°4138.

¹⁰⁹² Cf. infra n°238 et suiv.

d'interprétation consistant à se référer à l'intention du législateur est loin d'être la seule méthode utilisable, le juge faisant preuve d'un « *éclectisme tactique dans sa méthode d'interprétation* »¹⁰⁹³.

Ensuite la combinaison des articles 1907 al.2 du Code civil et 4 de la loi du 28 décembre 1966, tout comme celle des articles 1326 et 2015 du Code civil en matière de cautionnement, n'est en aucun cas susceptible de créer une règle de forme. En effet, l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 oblige le prêteur à mentionner le taux effectif global « *dans tout écrit constatant un contrat de prêt* ». Or, il peut exister, selon cette rédaction, un contrat de prêt sans qu'un écrit soit obligatoire, la mention du T.E.G. n'étant impérative qu'à la condition qu'un écrit ait été rédigé¹⁰⁹⁴. De plus, rien n'indique que le T.E.G. doit être assimilé au taux d'intérêt visé par l'article 1907 al.2 du Code civil. Au contraire, il est habituel, en pratique, de considérer que cet article fait référence au taux nominal. En outre, il paraît difficile de justifier sur ces bases, la jurisprudence qui décide que, si en application de l'article 1906 le paiement des intérêts fait preuve du caractère onéreux du prêt, ce texte ne s'oppose cependant pas à la répétition de la partie des intérêts illégalement perçus au regard de l'article 1907 du Code civil et de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966¹⁰⁹⁵. En effet, cette solution est en contradiction avec le principe de l'effet novatoire du compte courant¹⁰⁹⁶ qui veut qu'une dette s'éteigne dès son inscription au compte. Cette décision est également contraire au texte même de l'article 1906 dont les dispositions visent justement l'hypothèse du paiement par l'emprunteur d'intérêts non stipulés! Il est pour le moins regrettable de protéger à ce point des personnes qui sont souvent de mauvaise foi. Une entreprise, qui est en partie définie par sa fonction de financement¹⁰⁹⁷, est censée connaître les fluctuations de ses comptes bancaires et réagir dans l'hypothèse d'un prélèvement d'intérêts non conventionnels.

Enfin, cette jurisprudence est inconciliable avec celle rendue par la Cour de cassation en matière de transaction. En effet, l'article 2044 al.2 du Code civil dispose que le contrat de transaction « *doit être rédigé par écrit* ». Or, la première et la troisième chambre civile estiment, sans équivoque, que l'écrit prévu par cet article n'est pas exigé pour la validité du contrat, dont l'existence peut être établie selon les modes de preuve prévus par les articles 1341 et suivants du Code civil¹⁰⁹⁸. Franchement, il n'est pas facile de comprendre les raisons techniques de cette différence de régime, alors que le Code civil prévoit l'exigence d'un écrit dans les mêmes conditions et selon des termes similaires¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹³ J. Carbonnier, *Introduction au droit civil*, n°160. Cet éclectisme considère la méthode exégétique comme une simple méthode parmi d'autres. Force est d'ailleurs de constater avec M. Carbonnier, que « *devant un texte de 1804, la révérence se perd, et les juges hésiteront moins à le manipuler pour lui faire dire des choses imprévues* ». Le législateur de 1804 avait-il eu l'intention de conférer aux dispositions de l'article 1384 al.1er du Code civil l'évolution qu'elles ont connue au cours du XXème siècle?

¹⁰⁹⁴ En ce sens, cf. A. Couret, J. Devèze et G. Hirigoyen, *Lamy du financement*, n°2732.

¹⁰⁹⁵ Cass. Com., 9 avril 1991, Dalloz, 1991, 385, note G. Vasseur, J.C.P., éd. N., 1992, II, 344, note Stoufflet.

¹⁰⁹⁶ Cass. Com., 23 octobre 1990, Dalloz, 1991, 73, note Gavalda : la banque qui a imputé unilatéralement au débit du compte de son client des intérêts que celui-ci n'avait pas payés volontairement ne peut invoquer à son encontre les dispositions de l'article 1906 du Code civil.

¹⁰⁹⁷ D. Lefebvre et E. Mollaret-Laforêt, *Droit et entreprise*, P.U.G., 1990, p.6.

¹⁰⁹⁸ Cass. Civ. 1ère, 18 mars 1986, Bull. Civ. I, n°74; Cass. Civ. 3ème, 6 février 1973, Bull. Civ. III, n°104, qui juge que la preuve peut être rapportée par témoins ou présomptions lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Cette jurisprudence n'est d'ailleurs généralement pas critiquée par la doctrine, même si certains auteurs se plaisent à en souligner la singularité : J. Ghestin, op. cit. n°369; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°138.

¹⁰⁹⁹ La Cour de cassation interprète dans un sens identique l'article L. 112-3 du Code des assurances qui dispose que « *le contrat d'assurance est rédigé par écrit en français, en caractères apparents* », Cass.

235 . Difficilement justifiable du point de vue de la technique juridique, la solution retenue en matière de taux d'intérêt ne peut être légitimée par le souci de protection de la partie économiquement faible, à savoir l'emprunteur. Non pas que ce dernier ne soit pas fréquemment en position de vulnérabilité économique face au banquier, mais parce que le système de protection, ainsi mis en place, est inadéquat en ce qu'il cause une altération du principe du consensualisme, provoquant par effets induits une déstabilisation du crédit, sans que cette altération soit compensée par le résultat obtenu, c'est-à-dire une protection efficace de la partie économiquement faible. Tout comme dans le domaine du cautionnement, le formalisme va permettre à certaines personnes de mauvaise foi d'échapper indûment à leurs engagements. Ainsi, dans le cadre des relations banque-entreprise, la jurisprudence a poussé trop loin les contraintes de forme, engendrant de la sorte une surprotection critiquable. Comment justifier l'annulation des prélèvements d'intérêts sur un compte courant alors que l'entreprise n'a jamais protesté à l'encontre ni du principe ni du montant de ceux-ci? C'est pourtant la solution à laquelle la Cour de cassation parvient avec la jurisprudence inaugurée en 1988¹¹⁰⁰. Une partie de la doctrine estime qu'un accord sur le taux d'intérêt peut intervenir en cours de convention par la réception sans protestation des relevés de comptes mentionnant ce taux¹¹⁰¹. Cette position modérée ne peut être qu'approuvée puisque c'est la seule qui permette d'éviter que l'emprunteur de mauvaise foi profite d'une condition de forme pour, a posteriori, remettre en cause le loyer de l'argent qu'on lui a avancé. D'ailleurs, on remarque en pratique que ce type de contentieux n'intervient que très rarement lorsque la banque et l'entreprise en question sont en relations d'affaires. L'argument de l'absence de fixation par écrit du taux d'intérêt ne ressort, le plus souvent, que lorsque l'entreprise est assignée en remboursement du débit du compte courant.

La jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation, sur ce point, ne peut donc être accueillie qu'avec un scepticisme non dissimulé. Ainsi, dans un arrêt en date du 10 mai 1994, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « *la réception sans protestation ni réserve, par le titulaire du compte, des relevés qui lui sont adressés ne peut suppléer l'absence de fixation préalable, par écrit, du taux de l'intérêt conventionnel* »¹¹⁰². Une telle motivation laisse songeur lorsque l'on connaît les impératifs de rapidité et de fluidité qui règnent en pratique dans le monde de l'entreprise et dans ses relations avec ses partenaires financiers. Il est proprement chimérique d'exiger, avant toute avance en compte courant, que le banquier fasse signer à son client une convention écrite ayant pour objet la fixation du taux d'intérêt conventionnel.

236 . Malgré ces critiques amplement justifiées, la Cour de cassation se livre à une surenchère difficilement compréhensible et décide en 1995 qu'en « *l'absence d'un accord écrit sur ce point, l'indication du taux d'intérêt sur les relevés de compte ne répond pas à cette exigence, lors même qu'elle ne fait pas l'objet d'une protestation de la part du*

Civ. 1ère, 4 juillet 1978, Bull. Civ. I, n°251 : « *Si le contrat d'assurance ou tout avenant à ce contrat doit, dans un but probatoire, être signé par les parties, il constitue un contrat consensuel qui est parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et de l'assuré* ».

¹¹⁰⁰ Cass. Civ. 1ère, 9 février 1988, J.C.P., éd. E, 1988, I, n°17333; Cass. Com., 12 avril 1988, Bull. Civ. IV, n°130.

¹¹⁰¹ C. Galvada et J. Soufflet, note J.C.P., 1988, I, 21026, J.L. Rives-Lange, obs. Rev. Banque, 1991, 92; T. Bonneau, *Droit bancaire*, éd. Montchrestien, 1994, n°362.

¹¹⁰² Cass. Com., 10 mai 1994, Dalloz, 1994, 550, note D.R. Martin.

client »¹¹⁰³. Peut-on encore justifier cette solution par la nécessité de protéger l'emprunteur qui se trouve en situation d'infériorité économique?¹¹⁰⁴ Nous ne le croyons pas pour deux raisons. D'abord, le taux d'intérêt conventionnel étant fixé et déterminé sur les relevés de compte reçus par le client de la banque, celui-ci ne peut en aucun cas se plaindre d'une carence informative qui ne lui aurait pas permis de prendre exactement conscience de l'engagement contracté. Ensuite, en l'absence d'exagération dans la fixation du montant du taux d'intérêt conventionnel, il est raisonnable d'assimiler le silence du client à une acceptation, ce qui n'est qu'une application pure et simple de la jurisprudence sur le silence valant consentement en matière de relations d'affaires suivies et continues¹¹⁰⁵. D'ailleurs, dans certaines espèces, la Cour de cassation a eu l'occasion de se montrer beaucoup plus rigoureuse. Par exemple, la cliente d'une banque avait réuni une somme importante sur un compte qu'elle venait d'ouvrir. Elle reçut ensuite un avis d'opération relatif à l'achat de warrants industriels qu'elle aurait effectué et un relevé de compte mentionnant un débit supérieur à la somme déposée, débit représentant le prix d'achat des titres. La cliente avait gardé le silence pendant plus d'un mois avant de protester et solliciter la restitution des sommes prélevées sans son ordre. La Cour d'appel lui avait donné raison au motif qu'elle « *n'était pas en relations d'affaires constantes ou habituelles avec la banque, que l'opération boursière litigieuse était la première et la seule réalisée en son nom, qu'il n'était pas établi qu'elle ait eu déjà l'expérience personnelle et réelle des opérations de bourse (...)* » et qu'en toute hypothèse, la réception sans protestation d'un seul avis d'opéré ne pouvait constituer la preuve d'un ordre donné par la cliente à la banque. La Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond pour violation de l'article 1134 du Code civil, en se bornant à observer « *qu'aucune des circonstances relevées par la Cour d'appel n'était de nature à priver de son effet la réception de l'avis d'opéré* »¹¹⁰⁶. Il faut avouer que la seule combinaison des articles 1907 al.2 du Code civil et 4 de la loi du 28 décembre 1966 paraît un fondement bien fragile et contestable pour justifier une telle divergence dans les décisions rendues en la matière. Car, si l'emprunteur est le plus souvent en situation de faiblesse économique vis-à-vis de son banquier¹¹⁰⁷, ce n'est pas pour autant qu'il doit être systématiquement protégé par la règle de droit. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un abus de puissance économique de la part du banquier, notamment dans la fixation a posteriori d'un taux d'intérêt anormalement élevé, qu'une protection juridique de l'emprunteur se révèle nécessaire et utile. En effet, dans une telle situation, l'emprunteur, surtout s'il s'agit d'une entreprise, sera dans l'impossibilité, sinon absolue du moins relative, de contester dès réception des relevés de compte, le taux lésionnaire pratiqué à ses dépens. Si d'aventure elle le faisait, le banquier lui demanderait le remboursement intégral des fonds ainsi avancés en compte courant, et ce n'est pas le préavis prévu à l'article 60 de la loi du 1er mars 1984¹¹⁰⁸, qui donnerait à l'entreprise le temps de trouver une solution de remplacement.

¹¹⁰³ Cass. Civ. 1ère, 17 janvier 1995, Dalloz, 1995, 213, note D.R. Martin

¹¹⁰⁴ Cass. Civ. 1ère, 21 février 1995, Dalloz, 1995, I.R., 98 : « *les dispositions d'ordre public de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 ont été édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur* ».

¹¹⁰⁵ Cass. Civ. 1ère, 12 janvier 1988, R.T.D. Civ., 1988, 521.

¹¹⁰⁶ Cass. Com., 9 décembre 1986, Bull. Civ. IV, n°234; J.C.P., 1988, II, 20918, note H. Croze.

¹¹⁰⁷ On peut envisager, en pratique, un rapport de force inverse. Prenons par exemple le cas d'une multinationale qui place au jour le jour ses excédents de trésorerie, nul doute que sa puissance économique lui permettra d'obtenir des conditions avantageuses en matière de crédit pour l'ensemble de ses filiales.

¹¹⁰⁸ En pratique 60 jours pour les découverts, et 30 jours pour les lignes d'escompte.

237 . Mais, hormis cette hypothèse d'abus de puissance économique dans la fixation du taux d'intérêt, il est clair que la transformation des dispositions de l'article 1907 al.2 du Code civil en règles de forme favorise la mise en place regrettable d'un système de surprotection généralisé qui porte préjudice, à la fois aux organismes bancaires victimes de contractants indéliçats, et à l'économie en général en créant une perturbation injustifiée et inutile du crédit. Nous allons voir que la Cour de cassation, elle-même, a pris conscience de ces inconvénients et a réduit les effets néfastes de la sanction habituellement appliquée à l'inobservation des règles de forme, à savoir la nullité. Mais avant d'aborder ce point, il convient de s'attarder un instant sur l'utilisation actuelle de la théorie des nullités virtuelles.

2/ LE RECOURS EXCESSIF A LA THEORIE DES NULLITES VIRTUELLES

238 . L'utilisation de la théorie des nullités virtuelles n'est que la conséquence induite de la transformation, par la jurisprudence, des règles de preuve en règles de forme. Le législateur, s'agissant d'une règle de preuve, n'a pas édicté de sanctions spécifiques. Il suffit alors de qualifier les dispositions en question de règles de forme et d'en sanctionner l'omission par le biais de la théorie des nullités virtuelles. Valable pour les textes anciens, cette tendance s'est surtout accentuée avec les lois récentes qui, tout en imposant certaines formalités, ne précisent pas la sanction attachée à leur non respect.

Il n'est pas dans notre intention de critiquer la théorie de la nullité virtuelle en tant que telle. L'existence de celle-ci est d'ailleurs largement admise en doctrine¹¹⁰⁹; l'adage « *pas de nullité sans texte* » n'étant qu'une exception à la règle dans certains domaines, tels que le mariage ou les sociétés¹¹¹⁰. En outre, la nullité virtuelle est un moyen commode et efficace pour le juge de compléter les insuffisances des lois modernes, qui ont tendance à multiplier les détails formalistes et à négliger la rigueur juridique. Or l'un des rôles fondamentaux de la jurisprudence est justement de pallier les carences du législateur et d'adapter la loi aux faits¹¹¹¹.

239 . Cependant, on aurait tort de confondre nullité virtuelle et nullité systématique, lorsque la formalité en question est édictée en vue de la protection d'une partie économique faible. Il est vrai que le raisonnement peut séduire : chaque fois que le législateur a imposé une formalité destinée à protéger un contractant et qu'aucune sanction n'a été prévue, la protection la plus efficace et la mieux adaptée passe par la nullité du contrat. Cette opinion se retrouve fréquemment dans les décisions statuant sur l'omission des mentions informatives impératives, dont le législateur moderne est particulièrement friand. Citons deux exemples pour illustrer ce propos.

240 . En droit de la consommation, le législateur a souvent imposé un formalisme rigoureux sans prévoir une sanction spécifique. Ainsi, les articles 5 alinéa 1er, et 7 alinéa 2 de la loi n°79-596 du 13 juillet 1979, dans sa rédaction antérieure à la loi du 31 décembre

¹¹⁰⁹ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°443; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°555; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°296; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°882; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°79.

¹¹¹⁰ L'exception est souvent contournée par l'utilisation de la notion d'inexistence.

¹¹¹¹ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°469 et 472.

1989, imposent au prêteur de formuler par écrit une offre remise ou adressée gratuitement à l'emprunteur et aux cautions, celles-ci ne pouvant accepter l'offre que dix jours après l'avoir reçue. Une Cour d'appel avait débouté la caution de sa demande de nullité de son engagement en constatant que, s'il était vrai que la caution avait donné son accord avant l'expiration du délai de 10 jours, elle n'avait pas été victime d'un vice du consentement. Les textes susvisés ne prévoyant pas de nullité de plein droit, la Cour a donc condamné ladite caution. Sa décision a été cassée au motif que l'inobservation d'une règle d'ordre public ne peut être couverte par la réitération de l'acceptation¹¹¹².

En l'espèce, l'annulation automatique ne se justifiait pas pour deux raisons. Sur le plan des principes juridiques, les dispositions protectrices des consommateurs relèvent de l'ordre public de protection, dont l'inobservation des règles est sanctionnée par la nullité relative. Or, dans ce cas, la confirmation de l'acte nul est possible par le comportement des parties¹¹¹³. Tel était le cas puisque la Cour de cassation prend la peine de relever la « réitération de l'acceptation ». Il est probable que si la caution n'avait pas réitéré de façon non-équivoque son acceptation, la Cour aurait saisi l'occasion pour appliquer une jurisprudence bien établie en la matière¹¹¹⁴. Sur le plan de l'équité, la solution retenue par la Cour de cassation est critiquable. Outre l'altération des notions juridiques qu'elle entraîne, force est de remarquer la surprotection injustifiée qu'elle met en place. Il est regrettable qu'une caution puisse, a posteriori, bénéficier du formalisme tatillon instauré par le législateur pour échapper, à bon compte, à une obligation qu'elle avait contractée en toute connaissance de cause, la Cour d'appel ayant pris la précaution de relever l'absence de vice du consentement. Certains auteurs pourraient, afin de justifier la solution retenue, arguer de la spécificité du droit de la consommation et mettre en avant le fait que la caution était profane. Mais, même entre professionnels, la nullité virtuelle, si elle est utilisée abusivement, provoque des solutions inéquitable.

241 . Le décret n°91-337 du 4 avril 1991, portant application de la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989, fixe le contenu du document que doit fournir, vingt jours au minimum avant la signature du contrat, la personne qui met à disposition d'une autre une marque en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité. Le formalisme impératif porte notamment sur la date de création de l'entreprise, le rappel des principales étapes de son évolution, et la présentation du réseau d'exploitants. La loi ni le décret d'application n'ayant prévu de sanction, il est possible de se demander si ces prescriptions informatives sont des règles de forme, sanctionnées par la nullité de la convention en cas d'omission, ou s'il ne s'agit que d'un moyen destiné à faciliter la preuve d'un vice du consentement ou d'un défaut de cause. Pour la majorité de la doctrine, la loi dite « Doubin » n'étant qu'une application particulière de l'obligation d'information de droit commun, il apparaît clair que la seconde hypothèse doit être privilégiée¹¹¹⁵. Pourtant dans un arrêt en date du 24 mars 1995 la Cour de Paris a jugé qu' « un contrat de franchise

¹¹¹² Cass. Civ. 1ère, 30 mars 1994, J.C.P., 1994, IV, 1476.

¹¹¹³ F. Terré P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°376 et suiv.

¹¹¹⁴ Op. cit., n°381.

¹¹¹⁵ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992, n°397, J.C.P., éd. E., 1990, cahier de droit de l'entreprise, supplément n°4; G. Virassamy, *La moralisation des contrats de distribution des contrats par la loi Doubin du 31 décembre 1989* (article 1er), J.C.P., 1990, éd. E., II, 15809; P. Durand, *L'information pré-contractuelle obligatoire du cessionnaire exclusif*, J.C.P., éd. E., 1990, cahier de droit de l'entreprise, supplément n°5, p. 21 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°839; L. Vogel et J. Vogel, *Loi Doubin : des certitudes et des doutes*, Dalloz Affaires, 1995, n°1, p.5.

*est nul pour non respect par le franchiseur des dispositions de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 dès lors que celui-ci ne justifie pas avoir communiqué, dans le délai légal, les informations mentionnées aux 5 et 6 de l'article 1er du décret du 4 avril 1991 (...) »¹¹¹⁶. Si cette décision marque à l'évidence une volonté louable de protéger le franchisé, contractant qui se trouve dans une situation de dépendance économique¹¹¹⁷, elle n'en est pas moins critiquable en ce qu'elle altère inutilement le principe du consensualisme, en exigeant à titre de formalité *ad validitatem*, des mentions informatives qui n'ont pas une telle portée¹¹¹⁸.*

D'ailleurs la protection, ainsi instaurée, est encore une fois trop abstraite et risque de bénéficier à des contractants de la plus parfaite mauvaise foi. En effet, il est trop facile, après plusieurs années d'exécution du contrat de franchise et une fois le savoir-faire transmis, de trouver refuge derrière un formalisme légal pointilleux afin d'échapper au paiement des redevances et à la clause de non-concurrence, en demandant la nullité d'un contrat, au demeurant valable selon le droit commun. Il paraît plus cohérent et efficace de se servir du formalisme imposé par la loi Doubin pour vérifier d'une part la réalité de la contrepartie de la redevance versée, en terme de savoir faire et de notoriété, et d'autre part l'intégrité du consentement du franchisé. La nullité en général, et la nullité relative en particulier, est certes un moyen de protection des économiquement faibles, mais elle doit rester un moyen exceptionnel, auquel le juge doit recourir avec prudence et mesure. A cet égard, nous ne pouvons que suivre l'avis de M. Ghestin qui préconise de « *rechercher la justification de la forme prescrite et adapter le plus exactement possible son régime juridique à ce but, notamment quant à la sanction la plus adéquate et aux assouplissements qui peuvent lui être opportunément apportés* »¹¹¹⁹. A défaut, à vouloir par trop généraliser et automatiser la sanction de la nullité virtuelle, les juges se trouveront fréquemment dans des situations inextricables, qui donneront lieu à de nouvelles altérations des notions juridiques classiques, telle que notamment la notion de nullité.

B - L'ALTERATION DE LA NOTION DE NULLITE

242 . Le mouvement jurisprudentiel de transformation des règles de preuve en règle de forme, et la tendance à recourir trop fréquemment à la théorie de la nullité virtuelle,

¹¹¹⁶ C.A. Paris, 5ème chambre, 24 mars 1995, Dalloz, 1995, I.R., 138 et 139; J.C.P., 1995, I, 3867, n°6 et suiv., obs. C. Jamin; dans le même sens, C.A. Paris, 5è ch. A, 7 avril 1993, Dalloz, 1995, Som. Com., 75, obs. D. Ferrier; **contra** : T. Com. Paris, 1ère ch. B, 22 mars 1993, R.J. Com., 1994, 199, obs. T. Hassler; C.A. Montpellier, 2ème ch., 21 septembre 1993, Juris data n°034824; C.A. Paris, 4ème ch. A, 20 septembre 1994, Juris data n°023140.

¹¹¹⁷ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, L.G.D.J., 1986, n°109 et suiv.

¹¹¹⁸ Le fait que le non respect du formalisme soit sanctionné pénalement n'est pas de nature à entraîner la nullité automatique du contrat. Selon M. Ghestin « *il est permis de penser que dans certains cas les sanctions pénales ont précisément pour but de fournir une solution plus opportune que l'annulation du contrat, qui peut dissuader d'agir les demandeurs et ne peut jouer le rôle essentiellement préventif parfois souhaitable* », *La formation du contrat*, n°445. En toute hypothèse, le raisonnement consistant à déduire de l'existence d'une sanction pénale la nullité du contrat ne peut déboucher que sur une nullité absolue, ce qui n'est pas satisfaisant pour une mention informative destinée à protéger une des parties au contrat.

¹¹¹⁹ J. Ghestin, op. cit., n°384; En ce sens, cf. J. Carbonnier, op. cit., n°93 : « *Ne sommes-nous pas en marche vers un formalisme causé, rendu raisonnable, où les sanctions ne sont plus encourus dès lors que les intérêts essentiels sont sauvegardés?* ».

amènent obligatoirement les juges à prononcer des annulations de contrat, alors que le contractant protégé par le formalisme n'est pas réellement en situation de faiblesse économique. Il existe également des hypothèses dans lesquelles les contractants présumés économiquement faibles par la loi profitent indûment de la protection ainsi mise en place pour obtenir l'annulation d'un contrat ou de certaines clauses. Afin d'éviter que de telles situations de surprotection entraînent des conséquences iniques et excessives, les juges ont opéré une deuxième vague d'altération. Après avoir altéré le principe du consensualisme et les conditions d'expression du consentement pour protéger des catégories de contractants présumés économiquement faibles, la jurisprudence a tendance, dans un processus dialectique, à contrebalancer ce phénomène en limitant les conséquences traditionnellement attachées à la nullité. Cette nouvelle strate d'altérations se retrouve tant sur le plan du régime que sur celui des effets de la nullité.

1/ L'ALTERATION DU REGIME DE LA NULLITE

243 . Il est classique, en droit français, de procéder à la distinction fondamentale entre nullité absolue et nullité relative. Pourtant, aussi fameuse que soit cette distinction, son fondement est très controversé, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Il est vrai qu'un flou certain règne quant à la détermination de leur domaine d'application respectif. L'existence de deux types de nullités vient du droit romain, qui distinguait la nullité de plein droit sanctionnant l'absence d'un élément essentiel du contrat (nullité absolue), et la nullité facultative que le préteur accordait aux mineurs et aux contractants, dont le consentement avait été vicié (nullité relative)¹¹²⁰. Sans véritablement garder le même sens à cette distinction, notre droit positif a tout de même été considérablement influencé par l'héritage romaniste. Ainsi, la doctrine du XIX^{ème} siècle a réservé à la nullité absolue « *les états les plus graves* »¹¹²¹, c'est-à-dire ceux relatifs à l'absence d'une condition d'existence du contrat¹¹²². A l'inverse, la nullité relative a été utilisée pour sanctionner « *les états moins graves* »¹¹²³, c'est-à-dire le défaut d'une condition de validité du contrat. Ce critère de distinction a fait l'objet de nombreuses critiques au cours du XX^{ème} siècle, car il prêtait à confusion. Par exemple, le consentement est à la fois une condition d'existence et de validité du contrat¹¹²⁴. Surtout, Japiot a montré qu'il fallait abandonner la conception anthropomorphique du contrat pour se diriger vers une analyse objective : la nullité étant la sanction d'une règle légale, c'est de la nature de cette règle qu'il faut partir pour fixer le régime de la nullité applicable¹¹²⁵. Il en résulte que le régime de la nullité doit être tiré directement de la finalité de la règle transgressée : ou bien la règle protège l'intérêt général et le contentieux est de nature objective, ou bien elle protège un intérêt particulier et, dans ce cas, la personne protégée est titulaire de l'action, qui devient un véritable droit subjectif. Certains auteurs contemporains¹¹²⁶ proposent de cantonner la nullité absolue à la sanction

¹¹²⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°108; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°299.

¹¹²¹ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°333.

¹¹²² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°81.

¹¹²³ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit.

¹¹²⁴ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°568.

¹¹²⁵ Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909.

¹¹²⁶ Notamment J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°336; G. Couturier, *La confirmation des actes nuls*, thèse Toulouse, 1972; D. Veaux, *Nullité ou rescision des conventions*, Juris. Class. Civil, Article 1304 à 1314, Fasc.10, n°8 et suiv.

des règles protectrices de l'intérêt général, et d'appliquer le régime de la nullité relative pour sanctionner la violation des règles protectrices d'intérêts privés. Il est alors séduisant de déduire de cette conception moderne de la nullité, le principe selon lequel, les règles édictées en vue de la protection des économiquement faibles sont toujours sanctionnées, en cas de violation ou d'omission, par la nullité relative.

244 . Mais la réalité est loin d'être aussi simple. D'abord, la doctrine a eu l'occasion de démontrer le caractère souvent artificiel de la distinction moderne¹¹²⁷, beaucoup de lois protégeant simultanément des intérêts privés et l'intérêt général¹¹²⁸. Ensuite, la jurisprudence de la Cour de cassation n'a jamais consacré la grille de distinction proposée par les tenants de la conception moderne de la nullité. Ainsi, le non respect des formalités requises *ad solemnitatem* est toujours, en principe, sanctionné par la nullité absolue¹¹²⁹. Cependant, en matière de fixation par écrit du taux d'intérêt conventionnel, la Cour de cassation décide que les « *dispositions d'ordre public de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 ayant été édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur, leur méconnaissance est sanctionnée par la nullité relative* »¹¹³⁰. Il est certes possible d'expliquer cette contradiction par le fait que le formalisme moderne se veut essentiellement protecteur des parties en situation de faiblesse, alors que le formalisme classique vise plutôt la protection de l'intérêt général¹¹³¹. Mais cette explication ne justifie aucunement une telle différence de régime, surtout qu'il est unanimement admis que les formalités requises *ad probationem* ne posent pas ce type de problème¹¹³². Il aurait donc été plus logique de ne pas transformer la règle de preuve de l'article 1907 al.2 du Code civil en règle de forme, ce qui aurait évité, sur le terrain de la nullité, une altération inutile. A cet égard, les ambiguïtés jurisprudentielles, même en ce qui concerne uniquement le formalisme moderne, posent un véritable problème de cohérence de notre droit. Ainsi, dans un arrêt en date du 3 mars 1993¹¹³³, la Cour de cassation a censuré une décision d'une Cour d'appel qui avait jugé qu'un emprunteur devait les intérêts aux taux légal dès lors qu'il avait fait savoir à la banque qu'il acceptait le nouveau plan d'amortissement en capital et intérêts, une telle acceptation valant, selon les juges du fond, renonciation à se prévaloir des dispositions de la loi du 10 janvier 1978. La motivation de l'arrêt rendu par la première chambre civile permet de déduire que celle-ci privilégie dans cette hypothèse la nullité absolue : « *la nullité résultant de l'inobservation de la règle d'ordre public édictée par l'article 5 de la loi du 10 janvier 1978 ne peut être couverte par la renonciation même expresse, des parties* ». Au regard de cet arrêt, les décisions rendues par la Cour de cassation les 21 février et 3 mai 1995¹¹³⁴ paraissent vouloir éviter, par l'utilisation de la nullité relative, qu'une autre personne que la partie en situation de faiblesse économique puisse se prévaloir de formalisme protecteur. Inversement, cette dernière décision se sert de la nullité absolue dans le but d'éviter que la renonciation de l'emprunteur ne couvre l'irrégularité, comme cela aurait été le cas pour la nullité relative. Il est clair, à la lumière

¹¹²⁷ J. Chevallier et G. Durry, *Trav. Ass. Capitant*, t.XIV.

¹¹²⁸ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°83.

¹¹²⁹ Cass. Civ. 1ère, 26 janvier 1983, *Daloz*, 1983, 31, note Breton; *R.T.D. Civ.*, 1983, 740, obs. F. Chabas; En ce sens : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.*, n° 300.

¹¹³⁰ Cas. Civ. 1ère, 21 février 1995, *Daloz*, 1995, I.R., p. 98; Cass. Com., 3 mai 1995, *J.C.P.*, 1995, n°24, *Actualités*.

¹¹³¹ J. Flour et J.L. Aubert, *op. cit.*, n°334; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°139.

¹¹³² En ce sens, par exemple : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.*, n°300.

¹¹³³ Cass. Civ. 1ère, 3 mars 1993, *J.C.P.*, 1993, I, 3684, n°6 et suiv., obs. G. Virassamy.

¹¹³⁴ Arrêts précités.

de ces décisions contradictoires, que le critère utilisé par la jurisprudence, pour distinguer les deux types de nullité, relève davantage de l'opportunité que d'un souci scientifique.

2/ L'ALTERATION DES EFFETS DE LA NULLITE

245 . Il est courant d'analyser les effets de la nullité, en distinguant l'effet rétroactif et l'effet d'anéantissement. Nous allons voir que la jurisprudence, afin d'atténuer les effets de la nullité, va altérer de façon significative ces notions. Là aussi, une telle altération aurait pu être évitée si la Cour de cassation n'avait pas opté pour l'érection d'un formalisme abstrait et automatiquement sanctionné par la nullité. Plutôt que de choisir un système de protection basé sur la protection aveugle et la sanction systématique, il aurait certainement mieux valu se contenter de ne sanctionner que les hypothèses d'abus de puissance économique.

a - L'atténuation de l'effet rétroactif

246 . Malgré quelques tempéraments, le principe de l'effet rétroactif de la nullité, qu'elle soit relative ou absolue, est indiscutable en droit français¹¹³⁵. Il s'agit de l'application pure et simple de l'adage *Quod nullum est nullum producit effectum*. Or, en matière d'annulation de la convention de taux d'intérêt en l'absence d'écrit préalable, la Cour de cassation a limité les restitutions découlant nécessairement de l'effet rétroactif, à la date d'entrée en vigueur du décret du 4 septembre 1985, permettant l'application de la loi du 28 décembre 1966¹¹³⁶. Cette solution est injustifiable sur le plan des principes juridiques. Lorsqu'un contrat est annulé, il l'est *ab initio*, et tout doit se passer comme s'il n'avait jamais existé. En réalité, une telle altération de l'effet rétroactif de la nullité a pour source les pressions du ministère des finances qui a alerté l'avocat général de l'ampleur des effets économiques de cette nouvelle jurisprudence. Le risque était en effet non négligeable de voir l'ensemble du système bancaire français déstabilisé par une vague de demandes de restitution des intérêts perçus sur 10 ou 30 ans selon les cas!¹¹³⁷ La Cour de cassation a donc été impressionnée par l'effet dévastateur que pouvait avoir sa jurisprudence sur le plan économique et financier. Elle aurait pu faire l'économie d'une acrobatie juridique de ce style en se contentant de sanctionner, au cas par cas, les abus de puissance économique de certaines banques dans la fixation des taux d'intérêt.

¹¹³⁵ J. Carbonnier, op. cit., n°106; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°369; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°585 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°331 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°398.

¹¹³⁶ Cass. Com., 12 avril 1988, Dalloz, 1988, 309, conclusions Jéol; R.T.D. Civ., 1988, 733, obs. J. Mestre; Cass. Com., 9 avril 1991, Bull. Civ. IV, n°122; Cass. Com., 22 mai 1991, Dalloz, 1991, I.R., 169; cf. aussi Vasseur, Dalloz, 1988, chronique 157.

¹¹³⁷ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris, I, L.G.D.J., 1992; M. Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, thèse Paris, II, Cujas, 1991; E. Poisson-Drocourt, *Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat*, Dalloz, 1983, chron.85; J. Schmidt-Zalewski, *Les conséquences de l'annulation d'un contrat*, J.C.P., 1989, I, 3397.

b - L'altération de l'effet d'anéantissement

247 . L'effet d'anéantissement de la nullité ne signifie pas que le contrat doit forcément être anéanti dans son intégralité. Il est admis, sans objection particulière, que la nullité peut n'être que partielle, c'est-à-dire n'affecter que certaines clauses de celui-ci¹¹³⁸. De plus, les « *solutions abruptes* » contenues dans les articles 900 et 1172 du Code civil ne suffisent plus à expliquer l'état actuel du droit positif¹¹³⁹, l'ensemble de la doctrine considérant que la distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux n'est pas pertinente pour déterminer si l'annulation doit être partielle ou totale¹¹⁴⁰. Dans un arrêt en date du 24 juin 1971, la Cour de cassation a mis en avant le critère du caractère impulsif et déterminant, dans la commune intention des parties, de la clause contractuelle frappée de nullité¹¹⁴¹.

248 . Qu'en est-il pour la clause d'intérêt conventionnel non écrite? A l'évidence, cette clause est impulsive et déterminante pour les parties. Le prêteur y voit la contrepartie de la mise à disposition des fonds, tandis que l'emprunteur l'appréhende comme le prix à payer pour obtenir des possibilités de financement. En conséquence, la nullité de la clause de taux d'intérêt conventionnel pour absence d'écrit devrait logiquement entraîner l'anéantissement du contrat en son entier. Or la jurisprudence n'a jamais voulu tirer une telle conséquence, qui pourtant s'impose au plan des principes juridiques. Il importe, bien entendu, de ne pas pénaliser l'emprunteur, partie réputée en position d'infériorité économique à l'égard du prêteur professionnel, en lui imposant une restitution immédiate de la totalité des fonds avancés dans le cadre du prêt, ce qui le découragerait d'intenter une action judiciaire. Cependant, la Cour de cassation aurait pu, là encore, faire l'économie d'une incohérence en choisissant de qualifier de règle de preuve les dispositions de l'article 1907 al.2 du Code civil, et de ne sanctionner que les abus de puissance économique dans la fixation arbitraire du taux. Certains pourraient nous objecter que la commune volonté des parties est illusoire dans les contrats mettant en présence deux parties de puissance économique inégale. Le contractant économiquement puissant peut parfaitement imposer à son partenaire une clause de style qualifiant « d'impulsives et déterminantes » les stipulations qui lui sont favorables. On peut répondre à cela deux choses. D'abord, il ne faut pas confondre l'apparence de commune volonté et la réalité. Il est clair que dans un contrat conclu entre personnes de puissance économique déséquilibrée, la clause de style sus-décrite pourra facilement être annulée pour fraude, si elle ne correspond pas à la volonté commune des parties et si elle a été obtenue par un abus de puissance économique¹¹⁴². Ensuite, il ne semble pas que cette objection peut être retenue en matière

¹¹³⁸ P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse Strasbourg, 1969, L.G.D.J.

¹¹³⁹ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°395.

¹¹⁴⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°106; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°367; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°582; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°329; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°395.

¹¹⁴¹ Cass. Civ. 3ème, 24 juin 1971, Bull. Civ. III, n°405; J.C.P., 1972, II, 17191 note J. Ghestin : « *Après avoir rappelé, à bon droit, qu'aux termes de l'article 1172, toute condition prohibée par la loi est nulle et rend nulle la convention qui en dépend, et qu'il en est ainsi, au moins, lorsque la clause illicite a été, dans l'esprit des parties, une condition essentielle de leur accord de volonté et que sa suppression aurait pour conséquence de bouleverser l'économie du contrat, la Cour d'appel relève (...) que dans la commune intention des parties, la clause illicite présentait bien un caractère impulsif et déterminant* ».

¹¹⁴² En ce sens : P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°582; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°329; Cass. Civ. 3ème, 6 juin 1972, JCP, 1972, II, 17255; Dalloz, 1973, 151, note P. Malaurie; Cass. Civ. 3ème,

de nullité du taux d'intérêt conventionnel pour défaut de rédaction d'un écrit préalable, car même s'il existe un déséquilibre de puissance économique manifeste entre les parties, il n'en reste pas moins vrai que la clause d'intérêt demeure déterminante pour les deux parties. En réalité, afin de ne pas pénaliser l'emprunteur en anéantissant intégralement le contrat de prêt, il ne faut pas rechercher une solution dans la notion de nullité. Deux autres mécanismes pourraient produire le même effet, sans présenter l'inconvénient d'altérer les notions les plus classiques du droit des obligations. Le premier relève, il est vrai de l'astuce juridique. Il suffirait au juge de constater que le prêteur, en sa qualité de professionnel, a commis une faute en ne présentant pas à son cocontractant un contrat juridiquement valable¹¹⁴³, et de le condamner, à titre de réparation, à supporter des délais de restitution identique à l'échéancier initial¹¹⁴⁴, et ce afin de ne pas accentuer le préjudice de l'emprunteur à raison de l'annulation du contrat¹¹⁴⁵.

249. Le second moyen que nous proposons est beaucoup plus satisfaisant et sera étudié en détail dans le cadre de notre seconde partie¹¹⁴⁶. Il s'agit de l'application de la notion de lésion. Sans aborder pour l'instant les raisons fondamentales qui nous poussent à émettre cette proposition de solution, nous nous bornerons à montrer que les effets que la jurisprudence moderne croit pouvoir faire produire à la nullité sont, en réalité, directement inspirés du particularisme de la lésion, en tant que sanction d'une convention déséquilibrée. Il en est notamment ainsi pour ce qu'il est convenu d'appeler la « nullité-réduction » ou la « nullité-substitution ».

En matière de prêt, la jurisprudence n'a pas voulu que la nullité pour défaut de fixation par écrit du taux d'intérêt produise ses pleins effets. Les organismes bancaires auraient été extrêmement pénalisés s'ils n'avaient pu percevoir de rémunération en contrepartie des sommes avancées. La Cour de cassation a décidé qu'à défaut d'écrit mentionnant le taux effectif global, le taux d'intérêt stipulé dans le contrat ne pouvant être appliqué, il convient de faire application du taux d'intérêt légal à compter de la date du prêt¹¹⁴⁷. Force est de reconnaître que cette solution est « *plus imposée par une politique des nullités que par une rigueur logique* »¹¹⁴⁸. En effet, si la nullité frappant le taux d'intérêt conventionnel en l'absence d'écrit est réellement un moyen de protection de l'emprunteur contre les abus de puissance économique des banquiers, il serait plus cohérent de priver ce dernier du droit de percevoir une quelconque somme au titre du contrat de prêt¹¹⁴⁹. Mais comme la protection

9 juillet 1973, Dalloz, 1974, 24, note P. Malaurie; **Contra** : Cass. Civ. 3ème, 24 juin 1971, J.C.P., 1972, II, 17191, note J. Ghestin.

¹¹⁴³ La doctrine estime en effet que l'anéantissement d'un contrat peut laisser subsister une responsabilité civile : J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°380 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°408 et suiv.

¹¹⁴⁴ Ces délais ne seraient d'ailleurs pas enfermés dans le délai de deux ans prévus à l'article 1244-1 du Code civil puisqu'il ne s'agit pas de paiement mais de restitution.

¹¹⁴⁵ Il s'agit d'une réparation en nature du préjudice.

¹¹⁴⁶ Cf. infra n°718.

¹¹⁴⁷ Cass. Civ. 1ère, 24 juin 1981, J.C.P., 1982, II, 19713, note M. Vasseur; R.T.D. Civ., 1982, 429, obs. Rémy; Cass. Civ. 1ère, 12 mai 1982, Bull. Civ. I, n°219.

¹¹⁴⁸ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°445. Une solution identique est appliquée en cas d'annulation d'une clause d'indexation : Cass. Civ. 3ème, 22 juillet 1987, Bull. Civ. III, n°151.

¹¹⁴⁹ Quoique l'on puisse, peut-être, fonder la solution retenue par la Cour de cassation sur la lettre des articles 1905 et 1907 al. 1er du Code civil. En effet, le premier précise qu'il est permis de stipuler des intérêts, ce qui confère un caractère onéreux au contrat de prêt. Le second dispose que cet intérêt est soit conventionnel soit légal. On peut donc en déduire que si le taux conventionnel est annulé, le taux légal reste seul applicable à peine d'entraîner une requalification du contrat en prêt à titre gratuit, ce qui ne serait pas compatible avec la volonté des parties.

de l'emprunteur est abstraite et que la nullité est encourue même en l'absence d'abus de puissance économique, le risque d'une déstabilisation du système bancaire ne pouvait être pris. Il a donc fallu rééquilibrer le contrat en obligeant l'emprunteur à verser aux banques une rémunération calculée sur la base du taux d'intérêt légal. La doctrine qualifie d'originale et de novatrice cette « *nullité-substitution* » qui limite, dans certaines hypothèses l'effet d'anéantissement du contrat, ou en cas d'annulation partielle, de la clause litigieuse¹¹⁵⁰. En réalité, ce procédé est antinomique avec la notion de nullité. Sauf à faire perdre à celle-ci toute cohérence et spécificité, un acte nul ne saurait produire d'effet par une substitution de clauses. Il est d'ailleurs impossible de trouver dans la théorie des nullités un fondement juridique permettant de démontrer le bien fondé de cette solution. Le juriste aurait plus de chance de trouver ce fondement du côté de la notion de lésion, dont il est unanimement admis qu'elle permet de procéder à une réfaction du contrat pour parvenir au rééquilibrage des obligations réciproques des parties¹¹⁵¹. Il est évident que la substitution du taux conventionnel par le taux légal, afin de ne pas déséquilibrer la convention initiale, s'apparente à la révision pour cause de lésion. Dans ce cas, pourquoi ne pas le dire clairement plutôt que de procéder à une altération critiquable et non fondée de la notion de nullité? L'ambiguïté de cette démarche est d'autant plus regrettable qu'elle ne se limite pas à la sanction du défaut de respect des règles de forme dans l'expression du consentement. Nous allons voir que dans le domaine des conditions d'existence du consentement, la jurisprudence se livre aussi à une altération des principes juridiques classiques afin de prendre en compte les inégalités de puissance économique entre contractants et de protéger celui qui se trouve en situation de faiblesse.

PARAGRAPHE 2 - L'ALTERATION DES CONDITIONS D'EXISTENCE DU CONSENTEMENT

250. La protection de l'économiquement faible peut parfois être assurée par une altération des conditions de fond d'existence du consentement. C'est le cas, par exemple lorsque le législateur impose, en matière de crédit à la consommation, au prêteur de remettre au futur emprunteur une offre préalable dont il a fixé le contenu¹¹⁵². Dans ce domaine, le législateur a imposé, afin de mieux protéger l'emprunteur, un renversement des positions contractuelles naturelles en qualifiant de pollicitant le prêteur, alors que dans la pratique c'est l'emprunteur qui sollicite l'ouverture de crédit. A l'instar du législateur, la jurisprudence s'est servie des conditions de fond d'existence du consentement pour tenir compte des inégalités de puissance économique entre contractants. Ainsi, pour dire qu'une clause abusive insérée dans un contrat d'adhésion est inopposable au consommateur, l'un des moyens les plus efficaces est de considérer que celui-ci ne l'a pas connue au moment de la conclusion du contrat¹¹⁵³. Cette jurisprudence a eu tendance à se développer ces vingt dernières années. La Cour de cassation a eu l'occasion de juger qu'il n'y avait pas de

¹¹⁵⁰ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°584; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°397; D. Veaux *Nullités ou rescision des conventions*, Juris. Class. Civil, Art. 1304 et 1314, Fasc.10, n°32.

¹¹⁵¹ Cf. infra n°740 et suiv.

¹¹⁵² Art. L. 310-10 du C. Cons.

¹¹⁵³ C.A. Lyon, 27 avril 1989 et C.A. Aix-en-Provence, 21 octobre 1988, R.T.D. Civ., 1990, p. 446 et suiv., obs. J. Mestre; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992, n°592; B. Petit, *Obligation d'information*, Juris. Class. Civil, Art. 1136 à 1145, Fasc.50, n°76.

consentement valable lorsque l'acceptation a porté sur une clause incompréhensible¹¹⁵⁴ ou bien lorsque la clause figure en caractère très peu apparent¹¹⁵⁵.

Il s'agit bien de protection de l'économiquement faible, puisque la circonstance qu'une clause pénale, figurant dans un contrat de crédit-bail, était très peu lisible en raison de l'emploi de caractères typographiques microscopiques, ne suffit pas à entraîner sa nullité, dès lors que l'intéressé, qui avait la qualité de commerçant averti de l'importance d'une signature, a apposé la sienne au bas de la page sous la clause litigieuse¹¹⁵⁶. En l'espèce, il apparaît que la qualité de commerçant a été déterminante dans le refus d'annulation de la clause, car, compte tenu de son expérience professionnelle et de sa connaissance de la pratique des affaires, le commerçant n'était pas en situation d'infériorité sur le plan de l'information.

Mais cette jurisprudence n'est pas critiquable, puisque même si elle introduit une certaine discrimination en fonction de la qualité des contractants en présence, elle n'altère pas les conditions fondamentales d'existence du consentement. Notre critique va en revanche porter sur le glissement qui s'opère subrepticement entre la notion de connaissance des obligations et la notion de conscience des obligations objet du contrat.

251. Les exemples les plus topiques se trouvent dans le domaine des sûretés personnelles. En matière de cautionnement, la jurisprudence et la doctrine ont parfois recours à la notion de conscience des engagements contractés par la caution, afin de déterminer la validité de l'acte. Ainsi, un cautionnement a pu être annulé au motif que la caution n'avait cru donner qu'une « *garantie morale, sans risque pour son patrimoine* »¹¹⁵⁷; en d'autres termes, elle n'avait pas eu conscience de l'engagement qu'elle contractait. Dans le même sens, le Tribunal de commerce de Bobigny a jugé inefficace le cautionnement d'une gérante de société qui avait écrit « *bon pour caution solidaire* »¹¹⁵⁸, aux motifs qu'« *elle n'avait manifestement pas entendu s'obliger à payer de ses deniers personnels la dette de la locataire défaillante* ». Ce jugement a été très justement infirmé par la Cour d'appel de Paris¹¹⁵⁹, qui a considéré qu'il ne ressortait pas de cette erreur que la caution n'ait pas eu conscience de la portée de son engagement.

Plus récemment la Cour de cassation a eu recours à la notion de conscience en matière de garanties autonomes, domaine en constante expansion à cause des incertitudes

¹¹⁵⁴ Cass. Civ., 14 mai 1974, Dalloz, 1975, p. 97 note J. Berr et H. Groutel, pour un contrat d'assurance contenant une clause relative à la durée de la convention jugée ambiguë et équivoque : « *durée du contrat : statutaire* ».

¹¹⁵⁵ Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1979, Bull. Civ. I, n°128; Dalloz, 1980, I.R., 262, obs. J. Ghestin, pour une clause figurant au verso d'un document signée au recto; Cass. Civ. 1ère, 19 juillet 1989, Juris. Data, n°002552, pour la signature d'un bulletin d'inscription à un stage de formation ne comportant pas en lui-même la référence à une clause selon laquelle les droits restaient acquis à l'établissement en cas de désistement; Cass. Com., 26 février 1991, Cont. Conc. Cons. 1991, n°105; R.T.D. Civ., 1992, obs. J. Mestre, pour une facture intitulée « *contrat d'achat et d'abonnement* » imposant à l'acheteur d'extincteurs un contrat d'entretien de dix ans. Il a été jugé que « *ce libellé prêtant à confusion* » et les stipulations de la clause figurant au verso, l'acquéreur n'avait pas donné son consentement, « *eu égard à la présentation matérielle du document litigieux* ».

¹¹⁵⁶ Cass. Civ. 1ère, 23 juillet 1979, G.P., 1979, panorama 25.12.1979, cité par J. Ghestin, in *La formation du contrat*, n°407, note 85.

¹¹⁵⁷ Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1964, Bull. Civ. I, n°269; R.T.D. Civ., 1965, 109, obs. Chevallier; cf. aussi dans le même sens, C.A. Paris, 18 janvier 1978, J.C.P., 1980, II, 19318, note P. Simler.

¹¹⁵⁸ T.C. Bobigny, 20 juin 1991, inédit, J.C.P., 1994, I, 3807, n°4.

¹¹⁵⁹ C.A. Paris, 5ème chambre, 9 juillet 1993, inédit, J.C.P., 1994, I, 3807, n°4.

jurisprudentielles pesant sur le cautionnement. En l'espèce, il s'agissait de deux actes de garanties autonomes souscrits par un gérant de société au profit d'un organisme de crédit-bail, pour sûreté des loyers dus par la société qu'il dirigeait. La caution reprochait à l'arrêt de la Cour d'appel de Besançon de l'avoir condamné sur le fondement des actes de garanties autonomes, alors que les formalités manuscrites prévues à l'article 1326 du Code civil n'avaient pas été respectées. La Cour de cassation a justement rejeté le pourvoi, mais la motivation ne nous semble pas satisfaisante¹¹⁶⁰. Pourquoi en effet constater que « *la personne engagée avait une exacte conscience de la nature et de la portée de l'obligation* », alors que la Cour aurait pu se contenter de rappeler qu'en sa qualité de gérant, la caution avait connaissance des engagements litigieux? Ce recours à la notion de conscience est donc inutile. Qui plus est, il est ambiguë, et M. Aynès, annotateur de cette décision au recueil Dalloz, a raison de se demander de quelle façon pourrait-on prouver « *que le garant a compris qu'il s'engageait de manière autonome* »¹¹⁶¹? Il est certain qu'il est plus sain de présumer que toute personne est censée avoir compris et accepté ce dont elle a eu connaissance, sauf les hypothèses d'incapacité et de vices du consentement.

Pourtant la doctrine a tendance à approuver cette jurisprudence qui fait référence à la notion de « *conscience de la portée de l'engagement* » pour annuler ou, au contraire, condamner une caution. Il n'est pas rare de lire dans les meilleurs ouvrages que « *la jurisprudence impose de caractériser le fait que la caution a eu conscience de la nature et de l'étendue de son engagement* »¹¹⁶². Cependant, les décisions de la Cour de cassation se réfèrent généralement à la seule connaissance par la caution de la nature et de la portée de ses obligations¹¹⁶³. La différence de terme pourrait apparaître comme un détail sans importance, mais il y a intérêt à ne pas assimiler connaissance et conscience de l'obligation.

252 . Il est vrai que la notion de conscience a été utilisée, en droit positif, pour protéger les faibles. Ainsi, les incapacités de contracter, prévues à l'article 1124 du Code civil, se justifient par l'absence de conscience des mineurs et des majeurs protégés au sens de l'article 488 du Code civil¹¹⁶⁴. Car dans la notion de consentement sont comprises les notions de volonté et d'intelligence. « *Il n'y a pas de consentement lorsqu'il n'y a pas de volontés réelles* »¹¹⁶⁵. Mais, si la notion de conscience peut servir à protéger les faibles d'esprit, elle est inadéquate pour protéger les faibles sur le plan économique. Reprenons la définition donnée par M. Cornu : la conscience est « *l'aptitude à comprendre ce que l'on fait, à être présent, en esprit, à un acte, intelligence élémentaire qui entre dans la définition de consentement et à défaut de laquelle est annulable, pour absence du consentement, l'acte accompli par celui qui en était, à ce moment, privé* »¹¹⁶⁶. De deux choses l'une : ou bien il y a absence totale de conscience de la part du contractant, en

¹¹⁶⁰ Cass. Com., 10 janvier 1995, Dalloz, 1995, 201, note L. Aynès.

¹¹⁶¹ L. Aynès, op. cit., p. 203.

¹¹⁶² A. Couret, J. Devèze, G. Hirigoyen, *Lamy du financement*, 1995, n°3254; cf. aussi : C. Mouly, *La grand-mère et le cautionnement omnibus*, R.J.D.A., 10/1993, p. 679 et spec., p. 681 : « *lorsque la caution n'est pas un commerçant, la conscience qu'elle a eue de la nature et de la portée de son engagement sera appréciée à travers les termes de la mention manuscrite qu'impose l'article 1326 du Code civil.* ».

¹¹⁶³ Cf. par exemple, Cass. Com., 5 juillet 1994, J.C.P., 1994, IV, 2229 : « *Sont impropres à établir sans équivoque qu'elle avait, lors de la souscription de cette mention, une parfaite connaissance de la nature et de la portée de ce à quoi elle s'engageait (...)* »; Dans le même sens : Cass. Com., 1er juin 1993, J.C.P., 1993, éd. E., II, 448, note D. Legeais.

¹¹⁶⁴ J. Carbonnier, op. cit., n°30.

¹¹⁶⁵ A. Breton, *Consentement*, Ency. Dalloz civil, n°6.

¹¹⁶⁶ *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitain, p. 186.

raison par exemple de l'ivresse ou d'un trouble mental, et il n'y a pas de consentement valable, ou bien nous ne sommes pas dans ce genre d'hypothèses et on ne peut conclure à l'insuffisance de conscience qu'avait le débiteur de la nature et la portée des engagements souscrits. L'abolition de la conscience est un état dans lequel on est ou l'on n'est pas, sans que des nuances puissent s'intercaler. Or la faiblesse économique n'a rien à voir avec le problème de la conscience. Une caution peut-être en situation d'infériorité économique, tout en ayant parfaitement conscience de la nature et de la portée de ses obligations. Il est, certes, tentant, dans certains cas, de vouloir sonder la psychologie du contractant afin de le protéger en annulant des engagements lourds et onéreux.

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. La protection ainsi accordée à l'économiquement faible serait difficilement compréhensible puisque le moyen n'a pas de relation logique avec la nature de la faiblesse qui est à la base de la volonté de protection. La faiblesse économique n'a pas de lien direct avec la conscience même si parfois, l'affaiblissement des facultés intellectuelles peut s'accompagner d'une précarité matérielle. Une personne peut être économiquement en état de faiblesse tout en étant parfaitement consciente de ses engagements. A l'inverse, une personne économiquement puissante peut voir ses facultés intellectuelles diminuées au point de conclure des actes insensés, susceptibles d'annulation. Il convient donc de privilégier la notion de connaissance des obligations et d'écarter celle de conscience, qui est trop subjective et personnelle pour prendre en compte, sans altération significative et critiquable, les déséquilibres de puissance économique.

253. La protection de l'économiquement faible doit être fondée sur des critères objectifs permettant d'évaluer la puissance économique de chacun des cocontractants, afin de déterminer s'il existe ou non un déséquilibre susceptible d'être source d'abus. Il est indispensable, afin de sauvegarder la cohérence du droit, d'instaurer un lien logique entre le moyen de protection et la nature de la faiblesse nécessitant cette protection. La cohérence doit d'ailleurs être aussi maintenue sur le plan de la sanction. Or il est généralement admis que l'absence de consentement est sanctionnée par l'inexistence de l'acte¹¹⁶⁷ ou la nullité absolue¹¹⁶⁸, ce qui permettrait à la partie économiquement puissante de se prévaloir, si tel était son intérêt, de l'absence de « conscience » de son cocontractant¹¹⁶⁹. Afin de contourner cette difficulté, la jurisprudence s'est placée sur le terrain de l'intégrité du consentement pour réserver à la seule partie économiquement faible la possibilité d'invoquer la nullité de la convention qui lui porte préjudice. Mais l'instauration de cette protection ne va pas sans une altération critiquable de la notion de vice du consentement.

¹¹⁶⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°104.

¹¹⁶⁸ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°301; **contra**, pour une nullité relative : J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°334.

¹¹⁶⁹ Le dernier état de la jurisprudence semble privilégier la nullité absolue, cf. Cass. Civ. 3ème, 15 avril 1980, Bull. Civ. III, n°73; ainsi que les développements et les décisions cités à propos de la notion d'erreur-obstacle par F. Terré, P. Simler, et Y. Lequette, op. cit., n°218.

SOUS-SECTION II - L'ALTERATION DE LA NOTION D'INTEGRITE DU CONSENTEMENT

254 . L'article 1109 du Code civil précise qu' « *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 la violence ou surpris par le dol* ». Le principe est donc apparemment clair et conforme à la logique de la théorie générale des obligations : l'existence du consentement n'est pas une condition suffisante de formation du contrat, encore faut-il que le consentement exprimé soit intègre, c'est-à-dire non vicié¹¹⁷⁰. A l'origine, la doctrine privilégiait une analyse de la théorie des vices du consentement fondée sur des données psychologiques, et morales¹¹⁷¹. Il s'agissait d'une part de sauvegarder l'autonomie réelle de la volonté des contractants en imposant que le consentement ne soit pas affecté d'une erreur, et d'autre part de sanctionner certains comportements moralement incorrects tels que le dol ou la violence.

255 . Une analyse plus moderne a plutôt tendance à mettre l'accent sur l'équilibre objectif du contrat. Les dispositions de l'article 1109 traduisent alors une volonté de protection du consentement envisagée, comme « *moyen de faire respecter la finalité du contrat et la justice commutative* »¹¹⁷². Il paraît, en effet, intéressant de pouvoir assurer la protection des économiquement faibles par la protection de l'intégrité de leur consentement. Il semble que ces démarches participent du même souci de veiller à ce qu'aucun des contractants ne soit lésé par l'autre, et que tous reçoivent l'équivalent de la prestation fournie. En ce sens, M. Ghestin voit la protection du consentement non comme une fin en soi, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, mais comme une technique permettant de sanctionner par la nullité les contrats économiquement déséquilibrés, en raison d'un vice du consentement¹¹⁷³. A l'origine, cette opinion avait été émise par Ripert, qui avait senti que la théorie des vices du consentement ne pouvait s'expliquer par la seule analyse psychologique, mais qu'il s'agissait d'avantage de « *permettre la protection d'un contractant qui lutte dans le contrat avec des armes inférieures et d'empêcher que l'autre partie ne tire un avantage de cette infériorité connue d'elle et quelque fois créée par elle* »¹¹⁷⁴. Depuis, la jurisprudence s'est engagée dans cette voie lorsque le contrat comporte une partie en position de vulnérabilité, tel qu'un salarié ou une caution, « *à travers l'appréhension plus large d'un vice du consentement* »¹¹⁷⁵. Cette idée qui renvoie directement à la notion de justice commutative et d'égalité dans les

¹¹⁷⁰ Il faut préciser qu'il existe deux acceptions du mot consentement, l'une désignant l'addition de deux volontés et l'autre renvoyant à la volonté individuelle de chaque contractant; sur ce point cf. B. Petit, *Consentement*, Juris. Class Civil, Art. 1109, n°2; cf. cependant M.A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, R.T.D. Civ., 1995, 573, qui propose de distinguer la volonté, manifestation de la puissance et de la capacité d'une personne à poser elle-même sa propre loi, et le consentement, signe de faiblesse, de concession, de capitulation devant le cocontractant. « *On peut alors soutenir que la volonté est une matrice de consentements qu'elle débite et met sur le marché comme autant de doubles juridiques des biens économiques* ».

¹¹⁷¹ En ce sens, J. Flour et J.L. Aubert, *L'acte juridique*, n°199.

¹¹⁷² J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°473, voir aussi P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°400, qui montrent qu'une des considérations de la théorie des vices du consentement est « *la protection du contractant le plus faible* », G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°40 et suiv.

¹¹⁷³ Op. cit., n°400; pour une refus d'une telle assimilation, cf. J. Carbonnier, *Les obligations*, n°47.

¹¹⁷⁴ Op. cit., n°41.

¹¹⁷⁵ Cf. J. Mestre, RTD. Civ. 1987, p. 106; cf. pour une critique de cette tendance jurisprudentielle : M. Armand-Prévoist et D. Richard, *Le contrat déstabilisé*, J.C.P., 1979, I, 2952, n°4.

échanges, permet de donner une explication intéressante du développement du formalisme dans la conclusion des contrats, et des mesures préventives obéissant aux règles de l'ordre public de protection¹¹⁷⁶. Il convient de recentrer ce phénomène moderne d'évolution du droit des contrats dans une optique plus large qui est celle de la protection des contractants présumés en situation de vulnérabilité. A cet égard, le formalisme, dans la conclusion des contrats, est souvent une technique pour prévenir d'éventuels vices du consentement. Il est vrai qu'il est quelque peu naïf de croire que le formalisme protecteur rend le consentement « *plus libre, plus réfléchi et plus éclairé* »¹¹⁷⁷. Par ce biais, il semble que le législateur cherche plus à faciliter la preuve d'un vice du consentement, en déduisant automatiquement de la violation d'une règle de forme l'absence d'intégrité du consentement donné par la partie protégée. Ainsi le contractant présumé vulnérable n'a pas à supporter la charge de la preuve de l'existence d'un vice du consentement¹¹⁷⁸.

256. Le parallèle est donc saisissant entre d'une part le développement du formalisme protecteur au moment de la formation du contrat, et d'autre part la volonté de protéger les économiquement faibles par le biais de la théorie des vices du consentement; mais paradoxalement, le parallèle peut être vu sous l'angle de l'opposition. Il est alors possible de souligner que le renouveau du formalisme trouve son origine dans la carence de la théorie des vices du consentement à assurer une protection satisfaisante des contractants en situation de faiblesse. MM. Malaurie et Aynès remarquent, à ce sujet, que « *la théorie des vices du consentement, telle que le Code civil l'a organisée, s'est révélée d'un médiocre rendement social* »¹¹⁷⁹. Pourtant, ce n'est pas faute pour les tribunaux d'avoir étendu, assoupli et altéré la notion de vice du consentement pour protéger les économiquement faibles. MM. Mazeaud et Chabas ont eu l'occasion de dénoncer cette tendance : « *les tribunaux, mus par le désir de moraliser le contrat, ont très vite malmené les textes du Code civil, s'arrogeant un grand pouvoir de contrôle et prononçant la nullité du contrat pour vice du consentement hors des limites étroites tracées par le législateur* »¹¹⁸⁰. En réalité, les raisons de ce mouvement jurisprudentiel sont plus à rechercher du côté de la protection des contractants en situation de dépendance et du souci de maintenir un certain équilibre économique dans les contrats, que dans un « *désir de moraliser le contrat* » même si cette moralisation en est la conséquence induite¹¹⁸¹.

Cette jurisprudence a été approuvée et encouragée par une partie de la doctrine. Dans sa thèse sur l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, Mme Pérot-Morel a voulu « *montrer dans quelle mesure l'idée de justice commutative peut trouver place dans la théorie des vices du consentement et comment, sous sa poussée cette dernière tend à se développer et à s'élargir, jusqu'à en subir parfois une certaine déformation* »¹¹⁸². Derrière cette extension de la théorie des vices du consentement, au delà de ses limites naturelles, il y a l'idée que toute disproportion excessive des prestations contractuelles masque une

¹¹⁷⁶ J. Ghestin, op. cit. n°475, avec les exemples des délais de réflexion ou des facultés de rétractation offerts aux consommateurs, dans certains contrats.

¹¹⁷⁷ Op. cit., n°476.

¹¹⁷⁸ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°422 et 444.

¹¹⁷⁹ Op. cit., n°422; cf. J. Carbonnier, op. cit., n°45, p. 94 qui utilise une expression identique.

¹¹⁸⁰ H., L. et J. Mazeaud et . Chabas, *Obligations*, t.II, vol. 1er, *Théorie générale*, n°159.

¹¹⁸¹ J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine des contrats*, P.U.F., 1986, p. 41 et suiv. et spec., p. 46. L'auteur fait remarquer, à juste titre, que le besoin d'équilibre dans le formalisme du lien contractuel a été ressenti en premier par la jurisprudence qui a, d'abord, utilisé la voie des vices du consentement.

¹¹⁸² M.A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Dalloz, 1961, p.167.

absence ou une insuffisance de liberté¹¹⁸³, ou plus généralement une volonté viciée¹¹⁸⁴. On assiste donc en quelque sorte à un mouvement d'objectivation de la théorie des vices du consentement, qui vient combler la place laissée vacante, dans notre droit positif, par la lésion, dont la conception est exagérément étriquée en France¹¹⁸⁵.

257. Mais c'est précisément à ce niveau que la critique peut être portée. La jurisprudence a, depuis quelques décennies, considérablement dénaturé la notion de vice du consentement, en essayant de lui faire tenir une fonction qui n'est pas la sienne, à savoir protéger les contractants en situation d'infériorité contre les abus de puissance économique dont ils peuvent être victimes de la part de certains de leurs partenaires. En effet, même s'il faut se garder d'accorder une importance trop grande à la dimension psychologique des vices du consentement, celle-ci ne peut néanmoins être totalement écartée. Il convient de ne pas oublier que le déséquilibre économique des prestations d'un contrat vicié par une erreur, un dol ou une violence, n'est que la conséquence du défaut d'intégrité du consentement. Négliger cet ordre logique revient à prendre les effets pour la cause! De plus, il peut très bien exister un vice du consentement sans qu'un déséquilibre entre les prestations en résulte, et inversement, un contrat peut être substantiellement déséquilibré sans pour autant que le consentement de la partie désavantagée ait été vicié. Ainsi, la théorie des vices du consentement n'est pas faite pour assurer le maintien de la justice commutative dans les contrats, comme le pensent Mme Pérot-Morel et M. Ghestin, même s'il se peut que, dans certaines hypothèses, le résultat obtenu par son application favorise le rétablissement de l'équilibre contractuel. Mais ce sera alors une conséquence fortuite qu'il faut se garder de généraliser. Nous en voulons pour preuve le fait que la théorie des vices du consentement protège indistinctement les économiquement puissants et les économiquement faibles, le consentement de ces deux types de contractants pouvant être vicié. En outre, un contrat peut être annulé pour vice du consentement que les prestations stipulées soient ou non déséquilibrées. L'opinion de Ripert doit donc être approuvée sans réserve : « *le Code civil n'avait trouvé d'autres remèdes à la faiblesse des contractants que (...) le remède hasardeux des vices du consentement* »¹¹⁸⁶.

258. Comme pour l'extension contemporaine du formalisme protecteur, ce n'est pas l'objectif poursuivi par la jurisprudence qui est critiquable. Au contraire, le souci de faire régner la justice dans les conventions, et d'éviter qu'une partie puissante impose sa loi à une autre plus faible, est louable en soi. Cependant, en utilisant la théorie des vices du consentement, les juridictions n'ont pas choisi l'outil juridique le plus adéquat, si bien que l'altération qui en résulte n'est pas compensée par l'instauration d'une protection satisfaisante. Il est possible de vérifier ce constat en analysant tour à tour l'altération des notions d'erreur, de dol et de violence. Nous concentrerons nos observations sur les exemples jurisprudentiels de dénaturation de ces trois notions, lorsque celle-ci est motivée par la volonté de protéger la victime d'un abus de puissance économique. A cette fin, il paraît judicieux d'utiliser la distinction consistant à séparer l'erreur, qui est le seul vice du consentement *stricto-sensu*, du dol et de la violence, qui sont plus des vices du

¹¹⁸³ Op. cit., p.171.

¹¹⁸⁴ B. Petit, op. cit., n°104 : « *il reste cependant que sauf intention libérale, la lésion ne peut guère s'expliquer pratiquement que par l'existence d'un vice du consentement* ».

¹¹⁸⁵ Cf. supra n°34 et suiv.

¹¹⁸⁶ Op. cit., n°55.

comportement¹¹⁸⁷. En effet, les tribunaux sont souvent influencés par le comportement des parties, notamment lorsque celui-ci caractérise un abus de puissance économique¹¹⁸⁸.

PARAGRAPHE 1 - LE VICE DU CONSENTEMENT STRICTO-SENSU : L'ERREUR¹¹⁸⁹

259. Il est habituel de définir l'erreur comme « une inadéquation entre la représentation intellectuelle que se fait l'un des contractants d'une qualité substantielle de la chose objet du contrat, d'une part, et de la réalité d'autre part »¹¹⁹⁰. Cette définition met en avant le caractère unilatéral de la notion d'erreur. Le contractant se trompe seul, sans que le comportement d'un tiers soit, en principe, déterminant dans l'appréciation de l'erreur commise. C'est ainsi que l'on a pu parler d'erreur spontanée par opposition à l'erreur provoquée qui caractérise le dol¹¹⁹¹. Contrairement au dol et à la violence, qui sont sanctionnés par la morale¹¹⁹², l'erreur trouve sa source directe dans la psychologie et l'intégrité du consentement¹¹⁹³. La finalité de cette notion est donc de tenir compte de l'erreur simplement fortuite. Evidemment, toute erreur n'est pas sanctionnée, en droit, par la nullité du contrat conclu sous son empire. Le Code civil a, dans son article 1110, limité son domaine aux erreurs portant « sur la substance même de la chose »¹¹⁹⁴. Mais d'ores et déjà, il est possible de relever deux obstacles de principe à l'utilisation de la notion d'erreur pour protéger le contractant économiquement faible contre des éventuels abus de puissance économique dont il pourrait être victime au moment de la conclusion du contrat.

260. D'abord la répression des abus de puissance économique suppose d'analyser et de porter un jugement de valeur sur le comportement de son auteur. Or la notion d'erreur se prête mal à cette démarche puisque ce qui la distingue du dol c'est justement le fait de ne pas s'occuper de l'attitude du cocontractant, mais de focaliser l'attention sur l'intégrité ou le

¹¹⁸⁷ Sur cette distinction voir : M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'informations dans les contrats*, L.G.D.J., 1992, n°346; B. Petit, op. cit., n°102.

¹¹⁸⁸ Il ne faudrait cependant pas en déduire que le dol est sanctionné pour le seul comportement frauduleux d'une des parties, sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'une erreur provoquée au détriment de l'autre. En ce sens, il est vrai que le dol se rapproche de l'erreur et s'oppose à la violence; en ce sens, cf. Cass. civ. 1ère, 10 juillet 1995 Cont. conc. cons. 1996 n°2, obs. L. Leveneur.

¹¹⁸⁹ Sur cette notion, cf. notamment R. Celice, *L'erreur dans les contrats*, thèse Paris, 1922; Chatelin, *L'objet d'art, objet de droit*, Mélanges Flour, 1979, p.63; Chauvel, *Le vice du consentement*, thèse Paris, II, 1981; Dabin, *Erreur inexcusable et nullité des conventions*, in *Etudes de droit civil*, Bruxelles, 1947; R. Fubini, *Contribution à l'étude de la théorie de l'erreur sur la substance et sur les qualités substantielles*, R.T.D. Civ., 1902, p. 301; J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, L.G.D.J., 1963, 2ème éd., 1971, et *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, Dalloz, 1971, chron.247; P. Malinvaud, *De l'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux*, Mélanges Capitant, 1939, p.491; O. Tournafond, *Erreur sur la substance, défaut de conformité et vices cachés*, Dalloz, 1989, chron.237; Trigeaud, *L'erreur de l'acheteur. L'authenticité du bien d'art* (étude critique), R.T.D. Civ., 1982, 55; G. Vivien, *De l'erreur déterminante et substantielle*, R.T.D. Civ., 1992, p.305.

¹¹⁹⁰ J. Ghestin, op. cit. n°490; voir aussi pour des définitions similaires : J. Carbonnier, *Les obligations*, n°45; J. Flour et J.L. Aubert, *L'acte juridique*, n°201; P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°402; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligation, Théorie générale*, n°163; B. Petit, *Erreur*, Juris. Class. Civil, Art. 1110; H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, n°402; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, n°200.

¹¹⁹¹ En ce sens, cf. notamment M.A. Pérot-Morel, op. cit., p. 191 et 209.

¹¹⁹² Il s'agissait en droit romain de délits prétoriens destinés à sanctionner la déloyauté d'un contractant.

¹¹⁹³ C'est le vice du consentement qui est le plus directement lié au principe de l'autonomie de la volonté et à celui de la volonté interne.

¹¹⁹⁴ Nous laissons de côté l'erreur portant sur la personne, qui est sans intérêt pour nos prochains développements.

vice du consentement de la partie qui s'est trompée, et non pas qui a été trompée. Certes, il pourrait être objecté à cette première remarque que l'aspect unilatéral de l'erreur est exagéré et qu'il n'a pas été tenu compte de l'idée « *d'erreur commune* », élaborée à partir du XIX^{ème} siècle pour ne pas négliger la bonne foi du défendeur à l'action en nullité pour erreur¹¹⁹⁵. Mais cette objection ne tiendrait pas, car l'expression « *d'erreur commune* » n'est qu'un abus de langage regrettable¹¹⁹⁶. Il s'agit, en réalité pour le juge, de vérifier si le caractère substantiel de la qualité sur laquelle l'une des parties s'est trompée était connu de l'autre, ce qui n'enlève aucunement la nature fondamentalement unilatérale de la notion d'erreur.

261 . Ensuite, la dimension très psychologique et subjective de ce vice du consentement rend délicate l'appréciation des déséquilibres dans les prestations pouvant résulter d'abus de puissance économique. En effet, nous aurons l'occasion de montrer que la notion de déséquilibre des prestations est une des caractéristiques essentielles de l'abus de puissance économique en matière contractuelle¹¹⁹⁷. Or l'analyse de l'existence ou non d'un déséquilibre entre les prestations réciproques est forcément objective et de nature économique. Comment la concilier avec la coloration fortement psychologique de l'erreur? Ce problème d'incompatibilité, entre deux raisonnements ne se situant pas sur le même plan, n'a pas gêné la doctrine qui considère que la notion d'erreur est un moyen de maintenir la justice commutative dans les contrats. Ainsi, M. Ghestin rapproche l'extension de la théorie de l'erreur avec les aspects modernes du droit des contrats, à savoir, la prise en considération de l'inégalité entre les parties¹¹⁹⁸. Poussant davantage le raisonnement, Ripert considérerait qu'en matière d'erreur tout a été plaidé et soutenu, car « *on a abandonné la conception du vice de la volonté dans le contrat pour faire de la théorie de l'erreur un procédé technique de protection du contractant (...)* »¹¹⁹⁹. Cet auteur avait, en effet, remarqué que « *c'est le constant appel fait à l'idée de lésion par les décisions qui prononcent la nullité et la constatation de l'absence de préjudice subi dans les décisions qui maintiennent le contrat* », qui caractérise la jurisprudence rendue en matière d'erreur sur la substance¹²⁰⁰. Si Ripert paraît regretter le caractère exagéré de cette évolution, Mme Pérot-Morel en fait, en revanche, le pivot de sa thèse, en tentant de démontrer que cette conception moderne de l'erreur pouvait rendre inutile la généralisation en droit positif de la notion de lésion¹²⁰¹. Sur le plan des principes, cette opinion ne convainc pas. Vouloir appréhender le problème de l'équilibre économique des prestations contractuelles à l'aide d'un instrument purement psychologique, tel que l'erreur, ne peut aboutir qu'à la dénaturation de cette notion¹²⁰². Sur le plan du régime juridique, cette dénaturation va avoir

¹¹⁹⁵ Sur ce point, voir J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°524.

¹¹⁹⁶ Voir notamment : J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°216, qui qualifient cette formule d'équivoque.

¹¹⁹⁷ Cf. infra n°649 et suiv.; il est possible de citer comme exemple le nouvel article L. 132-1 du Code de la consommation, qui fait référence à l'idée de « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » pour caractériser l'abus de puissance économique auquel faisait référence l'ancienne rédaction de cet article.

¹¹⁹⁸ Op. cit., n°474 et 64 et suiv.

¹¹⁹⁹ *La règle morale dans les obligations civiles*, n°42.

¹²⁰⁰ Op. cit., n°43; Req., 19 janvier 1925, D.H., 1925, 97.

¹²⁰¹ Op. cit., p. 210, « *dans ce domaine encore (celui de l'erreur), nous assistons à un élargissement continu de la théorie aboutissant, en de nombreux cas, à l'annulation d'engagements lésionnaires* »; voir aussi p. 212 : « *c'est pourquoi la théorie de l'erreur substantielle rejoint si aisément l'idée de lésion qui commande en définitive un grand nombre de solutions* ». En ce sens, voir aussi J. Ghestin, op. cit., n°513; M. Armand-Prévost et D. Richard, *Le contrat déstabilisé*, précité.

¹²⁰² Quel étonnant mouvement de balancier qui a fait passer l'erreur de la conception objective issue du droit romain à la conception subjective donnée par la jurisprudence du XIX^{ème} siècle, et qui l'a fait, aujourd'hui, revenir dans le champ de l'objectivité et de l'économique! Mais il ne s'agit pas d'un retour à

des conséquences critiquables, la notion d'erreur perdant toute cohérence intrinsèque, que ce soit au niveau des conditions ou de la sanction¹²⁰³.

A - L'ALTERATION DES CONDITIONS DE L'ERREUR SUR LA SUBSTANCE

262. Il ne s'agit pas ici de rejeter en bloc toute évolution de la notion juridique d'erreur. En particulier, le passage d'une conception objective de la substance, telle que la concevait Ulpien¹²⁰⁴, à une conception subjective¹²⁰⁵ n'est aucunement critiquable en ce qu'il a permis de délivrer l'erreur du carcan matériel dans lequel elle avait été injustement enfermée¹²⁰⁶. En revanche, certaines évolutions contemporaines ne paraissent fondées, ni sur le plan de l'équité, ni sur celui de la technique juridique. C'est le cas lorsque la jurisprudence altère les conditions juridiques d'existence de l'erreur dans le seul but de protéger un contractant dont la faiblesse par rapport à son partenaire est évidente. Le juge n'aura alors plus cure du consentement de celui-ci et ne se demandera plus s'il a été ou non vicié par une erreur. Son attention se focalisera sur le déséquilibre des prestations réciproques au détriment de la partie faible. Il aura alors tendance à effectuer le raisonnement simpliste selon lequel le déséquilibre constaté fait obligatoirement présumer l'existence d'une erreur¹²⁰⁷. Pour ce faire la jurisprudence utilise deux techniques qui relèvent de la confusion intellectuelle. D'abord elle a tendance à privilégier l'appréciation *in concreto* des différentes conditions de l'erreur. Ensuite, elle confond facilement les notions d'erreur et d'obligation d'information, au prix d'un glissement des idées et d'une détérioration des concepts.

l'identique. Il n'est pas question de revenir à la notion de substance, synonyme de matière. Le mouvement est d'avantage dialectique, et l'erreur est utilisée pour comparer les droits et obligations de chaque partie, en valeur. Mme Pérot-Morel a écrit à ce sujet : « Pour sanctionner l'erreur sur la valeur, il suffit, en effet, de la rattacher à une erreur sur l'objet même du contrat ce qui, à tout bien considérer, est une possibilité qui reste pratiquement toujours ouverte », op. cit., p. 220.

¹²⁰³ MM. Malaurie et Aynès insistent sur l'altération de la notion d'erreur : « L'état actuel du droit est contradictoire; à certains égards, l'erreur est largement comprise, ce qui porte atteinte à la sécurité des transactions; à d'autres égards, elle est étroitement entendue, ce qui est parfois injuste », op. cit., n°402.

¹²⁰⁴ Dig. 18. 1. 9 et 14.

¹²⁰⁵ Cass. Civ., 24 juin 1867, Sirey, 1867, 1, 393 : nullité d'un achat de semences quand l'acheteur attendait du blé d'automne et non du blé de mars; Civ., 28 janvier 1913, Sirey, 1913, 1, 487 : « l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté ». Voir en dernier lieu, pour une application de l'erreur à la cession de parts sociales, lorsque l'acheteur « n'aurait pas traité s'il avait connu l'indisponibilité du matériel constituant l'essentiel de l'actif immobilisé de la société, sans lequel l'entreprise ne pouvait avoir aucune activité et à défaut duquel l'acquisition perdait toute substance », Cass. com. 17 octobre 1995, RTD.civ. 1996, 148 obs. J. Mestre; Dalloz 1996, 167 note J. Paillusseau.

¹²⁰⁶ J. Carbonnier, op. cit., n°48 et 50; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°204; J. Ghestin, op. cit., n°512; P. Malaurie et L. Aynès, n°405; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°163; B. Petit, op. cit., n°5 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, n°407 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°207; **contra** : P. Malinvaud, *De l'erreur sur la substance*, Dalloz, 1972, chron.215.

¹²⁰⁷ Raisonnement erroné car dans le monde des affaires une entreprise en position de faiblesse économique par rapport à une autre, peut consentir à conclure un contrat qu'elle sait déséquilibré, mais que l'abus de puissance économique dont elle est victime ne lui permet pas d'effectuer un autre choix.

263 . Une certaine confusion règne en la matière, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Il faut donc revenir aux principes et comprendre les raisons qui conduisent la jurisprudence à privilégier l'appréciation *in concreto* de l'erreur. Il est généralement admis que le recours à l'appréciation *in concreto* est inspiré par le souci de protection du consentement¹²⁰⁹, et plus largement du contractant en situation d'infériorité économique. Cette méthode permet, en effet, d'individualiser et d'affiner au maximum l'analyse, pour savoir si tel contractant a été ou non victime d'une erreur. Le contraste avec la méthode d'appréciation *in abstracto* est évident : dans celle-ci on aura recours à un individu standard qui servira, en quelque sorte, de filtre, d'intermédiaire. L'analyse sera donc médiate et le juge se demandera si cet individu standard, ce bon père de famille pour reprendre l'expression qui nous vient du droit romain, aurait été trompé s'il avait été placé dans les mêmes conditions¹²¹⁰. Ainsi, il se peut que tel contractant ait été victime d'une erreur, alors que le contractant standard servant de modèle ne l'aurait pas été. La volonté de protéger les économiquement faibles incline donc la jurisprudence à opter pour l'appréciation *in concreto*, et ce, tant en ce qui concerne l'analyse du caractère substantiel de la qualité manquante que celle du caractère déterminant de l'erreur¹²¹¹. Par exemple, la Cour de cassation décide qu' « *il appartient à l'acheteur, arguant de son erreur, d'établir le caractère, pour lui substantiel des qualités qu'il n'a pas trouvées dans l'objet acheté* »¹²¹².

MM. Flour et Aubert ont estimé que l'appréciation *in concreto* de la substance engendrait un rigorisme excessif sur le plan de la preuve de l'erreur puisqu'il est souvent difficile, voire quasiment impossible, de démontrer que la qualité sur laquelle a porté l'erreur était, dans la psychologie personnelle de l'individu, substantielle¹²¹³. Cette remarque va apparemment à l'encontre de l'idée selon laquelle l'appréciation *in concreto* est plus protectrice que l'appréciation *in abstracto*. Il ne faut cependant pas s'arrêter à cette apparence, car lorsque les juges se montrent d'une rigueur excessive sur le plan de la preuve du caractère substantielle de la qualité, c'est généralement pour ne pas permettre au cocontractant en position de force d'annuler le contrat sous prétexte qu'il aurait commis une erreur. Dans l'arrêt cité en exemple, la Cour de cassation a pris soin de relever que l'acheteur était un professionnel averti. L'appréciation *in concreto* donne donc une marge de manoeuvre plus importante au juge qui peut, sans modifier la règle du fond, protéger un contractant en situation de faiblesse et refuser d'annuler le contrat lorsque le demandeur est

¹²⁰⁸ Cf. sur cette notion la thèse de M. Dejean de la Bâtie, *Appréciation « in abstracto » et appréciation « in concreto » en droit civil français*, L.G.D.J., 1965.

¹²⁰⁹ B. Petit, op. cit., n°25.

¹²¹⁰ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°171.

¹²¹¹ Il est classique en doctrine de distinguer ces deux niveaux d'analyse. Cf. notamment : Vivien, *De l'erreur déterminante et substantielle*, R.T.D. Civ., 1992, 305; **contra** : D. Tournafond, obs. sous C.A. Paris, 1ère chambre B, 25 février 1994, Dalloz, 1994, Som. Com., p.233 et 234, qui considère que « *dès lors que la jurisprudence adopte une conception subjective de l'erreur, celle-ci étant conçue comme l'absence d'une qualité attendue, ou entrée dans le champ contractuel, cette « qualité substantielle » va se confondre avec la « qualité déterminante* ». La qualité substantielle étant celle qui a été recherchée à travers le contrat, celle-ci a obligatoirement déterminé l'engagement de l'errans »; Voir aussi dans le même sens, J. Ghestin, n°498.

¹²¹² Cass. Civ. 1ère, 26 janvier 1972, Dalloz, 1972, jurispr. 517, et J.C.P., 1972, II, 17065.

¹²¹³ Op. cit., n°206.

une personne qui ne mérite pas cette protection¹²¹⁴. Pour notre part, nous considérons que l'importance exagérée donnée au comportement et à la qualité des parties n'est pas conforme au caractère unilatéral de l'erreur et, fait perdre à cette notion sa cohérence; si bien que dans certains cas on peut se demander si l'annulation du contrat est encore fondée sur l'erreur d'un des contractants.

264. La volonté de protéger le contractant en position d'infériorité par le biais de l'erreur oblige les juridictions à rendre des décisions surprenantes pour ceux qui croient encore que l'erreur est un vice du consentement. Y-a-t-il véritablement erreur sur une qualité substantielle lorsque la Cour d'appel de Paris annule un contrat de cautionnement, au seul motif qu'il s'agissait d'une caution âgée et de condition modeste?¹²¹⁵ De même peut-on croire qu'une « *personne frustrée et sans instruction* » a pu commettre une erreur sur la substance en se méprenant sur la rentabilité d'un immeuble acheté¹²¹⁶, ou encore qu'un « *ancien boulanger peu initié aux affaires* » ait confondu un prêt long terme avec un crédit différé¹²¹⁷? A l'évidence ces décisions sont uniquement motivées par le souci de protéger une partie en situation de faiblesse, et il est difficile de les concilier avec d'autres beaucoup plus sévères. Ainsi, un acquéreur achète dans une galerie d'art, pour un prix de 90 000 Francs, un tableau attribué à Magnasco. Postérieurement à la vente, il est prouvé qu'il s'agissait d'un faux sans aucune valeur marchande. La Cour de cassation refuse l'annulation du contrat de vente au motif qu'il n'était pas démontré que l'authenticité était, pour l'acquéreur, une qualité substantielle, et le prix payé pour l'acquisition ne suffisait pas à lui seul, à en apporter la preuve¹²¹⁸. Cette décision est pour le moins déconcertante, puisqu'en l'espèce, il semble indubitable que l'acquéreur était sensible à l'auteur du tableau et avait consenti à payer un tel prix en raison de son authenticité. Certes, il est possible d'avancer l'explication selon laquelle cet acheteur n'avait pas besoin de protection¹²¹⁹, et que son achat ne mettait sans doute pas sa fortune en péril. Mais est-ce que de telles considérations doivent entrer en ligne de compte dans l'analyse de l'intégrité du consentement? Rien n'est moins sûr. Les juges doivent se contenter de dire si psychologiquement le consentement d'une des parties a été ou non vicié par une erreur. Pour cet examen, l'analyse patrimoniale ou économique des contractants et des prestations stipulées est indifférente. L'erreur, telle qu'envisagée par le Code civil, est la sanction d'une méprise psychologique d'une nature et d'une gravité suffisamment significative pour vicier le consentement. La mauvaise compréhension de la nature ou de la portée des engagements contractés ne paraissent pas pouvoir influencer sur cet examen.

¹²¹⁴ A cet égard il est révélateur que des auteurs qui ne critiquent pas l'utilisation de l'appréciation *in concreto*, tels que MM. Flour et Aubert, distinguent les cas de refus d'annulation du contrat, entre les hypothèses dans lesquelles « *celui qui a commis l'erreur ne mérite pas d'être protégé* » (op. cit., p.147) et celles dans lesquelles « *le cocontractant de celui qui a commis l'erreur mérite d'être protégé* » (op. cit., p.148).

¹²¹⁵ C.A. Paris, 18 janvier 1978, J.C.P., 1980, II, 19318, note P. Simler. Plus généralement, M. Mestre a justement souligné que les juges retenaient l'erreur sur la substance, en matière de cautionnement, « *avec un peu plus de bienveillance qu'à l'ordinaire lorsqu'il existe une disproportion flagrante entre les ressources de la caution et le montant de la garantie accordée* » R.T.D. Civ., 1987, p. 106; C.A. Paris, 27 mars 1987, I.R., 446, obs. L. Aynès.

¹²¹⁶ T.G.I. Fontainebleau, 9 février 1970, Dalloz, 1972, jurisp. 89, note Ghestin.

¹²¹⁷ Cass. Com., 18 juillet 1956, Bull. Civ. III, n°220.

¹²¹⁸ Cass. Civ. 1ère, 26 janvier 1972; Bull. Civ. I, n°32; Dalloz, 1972, 517.

¹²¹⁹ Il n'était ni illettré, ni âgé, ni frustré; cf. cependant pour une « *large admission de l'erreur* », CA Paris 2ème Ch. B, 15 septembre 1995, RTD. civ. 1996, 148 et suiv. obs. J. Mestre.

265 . Privilégier l'appréciation *in abstracto* ne revient pas en enfermer le juriste dans une tour d'ivoire et à l'isoler de la réalité sociale. « *Aucun partisan de l'appréciation in abstracto n'a songé à ne tenir aucun compte des éléments concrets* »¹²²⁰. Il est évident que l'individu standard de référence doit être placé dans les mêmes circonstances pour pouvoir déterminer si, oui ou non, son consentement aurait été vicié. Seule cette méthode permettrait de redonner un peu de cohérence à la matière, puisque la doctrine a besoin de références objectives et stables pour extrapoler les solutions rendues par la Cour de cassation et en tirer des règles plus générales. Là se trouve l'avantage déterminant de l'analyse *in abstracto*. C'est d'ailleurs la seule possible en science sociale, domaine dans lequel la psychologie et l'introspection, qui caractérisent l'appréciation *in concreto*, ne peuvent pas prendre une place prépondérante.

266 . Mais l'appréciation *in abstracto* a un second avantage : celui de supprimer la référence à la notion « *d'erreur inexcusable* ». Celle-ci n'a été créée par la jurisprudence que pour pallier les inconvénients et les injustices provoquées par l'utilisation de l'analyse *in concreto*. En effet, comme la référence à un individu standard, normalement prudent et diligent, n'est pas de mise dans cette méthode, la théorie de l'erreur peut servir à des personnes de mauvaise foi pour se délier de leurs engagements. Ce serait notamment le cas pour les professionnels, sur qui pèse une obligation de se renseigner sur les prestations dont ils souhaitent l'exécution. Un professionnel négligent, qui se trompe sur une qualité substantielle de ces prestations, pourrait alors échapper à ses obligations en invoquant son erreur. Devant l'iniquité de cette solution, la jurisprudence refuse d'annuler les contrats dans lesquels l'*errans* a été négligent ou présumé tel en raison de sa profession ou de ses compétences¹²²¹. Mais pourtant *in concreto*, son consentement a bel et bien été vicié¹²²²! M. Ghestin s'étonne que l'erreur inexcusable « *longtemps presque ignorée de la pratique judiciaire, ne s'est vraiment imposée dans la jurisprudence qu'après 1956* »¹²²³. Cet auteur justifie et approuve ce recours à la notion « *d'erreur inexcusable* » par la nécessité de tenir compte du comportement et de la compétence de l'*errans*. Cependant cette observation ne démontre rien, tant ce problème est étranger à la notion d'erreur. M. Chauvel est dans le vrai lorsqu'il nie l'existence de la notion d'erreur inexcusable qui n'est qu'une « *dégénérescence contemporaine* »¹²²⁴. Il serait bien plus simple et plus juste de réintroduire l'appréciation *in abstracto*, tant en ce qui concerne le caractère substantiel qu'en ce qui concerne le caractère déterminant de l'erreur¹²²⁵. En tenant compte des circonstances externes, telles que la profession¹²²⁶, la méthode de l'appréciation *in abstracto* permet d'individualiser chaque cas d'espèce, sans toutefois tomber dans l'incertitude générale qui découle de l'utilisation de l'appréciation *in concreto*. Par exemple, dans l'affaire des statuettes chinoises, les juges du fond sont approuvés d'avoir rejeté la demande d'annulation de la vente pour erreur en observant que l'adjudicataire,

¹²²⁰ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°449.

¹²²¹ Cf. l'abondante jurisprudence citée par M. Ghestin, op. cit., n°523, notes 227 et 228. Cependant, « *l'erreur sur l'existence de la cause, fût-elle inexcusable, justifie l'annulation de l'engagement pour défaut de cause* », Cass. civ. 1ère, 10 mai 1995 Bull. civ. I n°194; JCP 1996 I 3914, obs. M. Fabre-Magnan.

¹²²² J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°214.

¹²²³ Op. cit., n°523; voir Mme Pérot-Morel qui estimait que : « *notre droit n'a jamais exigé que l'erreur viciant le consentement soit excusable* », op. cit., p.223.

¹²²⁴ P. Chauvel, *Le vice du consentement*, thèse Paris, II, 1981, n°504 et suiv.

¹²²⁵ En ce sens, H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°171; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°437; **contra** : N. Dejean de la Bâtie, op. cit., n°274 et suiv., privilégiant l'appréciation *in abstracto* du caractère substantiel mais l'appréciation *in concreto* du caractère déterminant de l'erreur.

¹²²⁶ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°449; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°437.

négociant professionnel averti, assisté d'un expert au moment de la vente, était en mesure d'apprécier la portée de la mention « *restauration* » figurant sur le catalogue et de l'annonce particulière « *très restaurée* » faite par l'expert lors des enchères, et qu'en outre la modicité de l'estimation de la valeur empêchait d'admettre qu'un professionnel ait pu commettre une erreur¹²²⁷.

267. Cette décision fait une utilisation pertinente de l'appréciation in abstracto en considérant qu'un professionnel spécialiste, placé dans les mêmes conditions, n'aurait pas commis d'erreur sur les qualités substantielles de l'objet acquis. A cet égard, la Cour de cassation aurait pu se contenter de rejeter le pourvoi en constatant l'absence d'erreur, sans avoir recours à la notion d'aléa, inutile en l'espèce. En toute hypothèse, il n'y avait pas lieu de se référer à l'idée d'erreur inexcusable qui, en revanche, aurait été indispensable si l'appréciation in concreto avait été utilisée. En effet, à la lumière de cette méthode, il était possible d'estimer, qu'en l'espèce, l'adjudicataire a commis une erreur véritable, mais s'agissant d'un professionnel spécialiste, il lui appartenait de mieux s'informer. Son erreur n'est donc pas excusable en raison de cette négligence sur le plan de l'information. La notion d'erreur inexcusable présente alors un dernier inconvénient : celui de susciter une confusion entre l'erreur et l'obligation d'information.

2/ LA CONFUSION ENTRE L'ERREUR ET L'OBLIGATION D'INFORMATION

268. L'assimilation des notions d'erreur et d'obligation d'information est aujourd'hui tellement ancrée dans les esprits qu'il paraît téméraire de la remettre en cause. La doctrine admet généralement sans difficulté que l'obligation d'information trouve une sanction dans la nullité pour vice du consentement, en particulier pour erreur sur la substance¹²²⁸. Dans sa thèse sur l'obligation d'information dans les contrats, Mme Fabre-Magnan a montré que l'erreur pouvait, dans certaines hypothèses, « *sanctionner un manquement à une obligation d'information ayant une incidence sur le consentement d'un contractant* »¹²²⁹. A priori, cette déduction est logique. L'obligation d'information, si elle est convenablement exécutée, contribue à l'intégrité du consentement des contractants et à prévenir les erreurs éventuelles. Des contractants mieux informés sont des contractants qui se trompent moins.

Cependant, il ne faut pas exagérer les liens qui unissent l'obligation d'information et l'erreur. L'inexécution de la première n'est pas une condition d'existence de la seconde, et Mme Fabre-Magnan reconnaît que « *la constatation de la violation d'une telle obligation d'information n'est pas indispensable à l'annulation du contrat pour erreur* »¹²³⁰. Ce constat provient du fait que « *l'existence d'un élément moral en la personne du défendeur*

¹²²⁷ Cass. Civ. 1ère, 31 mars 1987; Bull. Civ. I, n°115.

¹²²⁸ J. Ghestin, op. cit., n°666; B. Petit, *Obligation d'information*, Juris. Class. Civil, Art. 1136 à 1145, Fasc.50, n°75, mais avec des nuances notamment quant à la rareté de la nullité pour erreur en cas de violation d'une obligation d'information.

¹²²⁹ Mme Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, L.G.D.J., 1992, n°347.

¹²³⁰ Cf. l'exemple cité à l'appui de sa démonstration : Cass. Civ. 1ère, 1er mars 1988, Bull. Civ. I, n°56, décision qui reproche aux juges du fond d'avoir déclaré nul un contrat d'assurance au motif que l'assuré n'avait pas informé l'assureur sur un élément permettant de déterminer l'étendue de la garantie, « *sans rechercher si cette erreur portait sur la substance même de l'obligation de l'assureur, de sorte qu'en son absence, celui-ci aurait refusé de contracter* ».

à l'action en nullité n'est pas indispensable en matière d'annulation pour erreur »¹²³¹. On ne peut qu'approuver cette opinion. En revanche, que penser de celle selon laquelle « toute erreur implique l'existence d'une obligation de s'informer pour informer »¹²³²? Par cette formule, Mme Fabre-Magnan veut signifier qu'une partie au contrat ne peut légitimement rester dans l'ignorance du contenu d'une qualité substantielle de sa propre prestation. Cette proposition a l'avantage de la rigueur morale, en obligeant le débiteur de s'informer lui-même pour informer son partenaire, selon une obligation de moyens, à partir du moment où il sait, ou devrait savoir, que cette information porte sur une qualité substantielle de sa prestation.

269 . Mais, aussi pertinente que soit cette proposition quant à la finalité recherchée¹²³³, il ne semble pas qu'elle trouve, dans la notion d'erreur, une sanction véritablement adéquate et efficace, sauf à en altérer le contenu. En effet, la seule question qu'il faille se poser lorsqu'une erreur est soulevée par un plaideur est la suivante : est-ce que celle-ci porte sur une qualité substantielle de la prestation et si elle a été de nature déterminante dans le processus de formation du consentement? Il importe peu de savoir si le cocontractant de l'*errans* avait une obligation de s'informer pour informer, ou s'il l'a correctement exécutée. Ce détour par l'obligation d'information est inutile. De plus il est source d'une double confusion. En premier lieu, il contribue à dénaturer l'origine de l'obligation d'information. Celle-ci trouve sa source dans l'inégalité des contractants dans les domaines du savoir et de la compétence. Ainsi, la jurisprudence a tendance à mettre à la charge du contractant professionnel et sachant une obligation de s'informer pour pouvoir, dans un second temps, informer son partenaire profane¹²³⁴. Mais vouloir insérer le concept d'obligation d'information dans la notion d'erreur, qui est de nature psychologique et unilatérale, enlève cette spécificité qui découle directement du déséquilibre économique existant entre les contractants, en terme de puissance informationnelle. Oserait-on mettre à la charge d'un non-spécialiste une obligation de s'informer pour informer son partenaire spécialiste, et soutenir, dans l'hypothèse d'une inexécution de cette obligation, qu'il y a erreur sur la substance au préjudice du second? Prenons l'exemple d'un contrat d'installation d'un logiciel informatique spécifique à l'activité d'une entreprise non spécialisée en cette matière. Il est évident que la définition des besoins et des contraintes techniques de l'entreprise en question est un élément substantiel et déterminant pour l'entreprise de service informatique. Selon la thèse de Mme Fabre-Magnan, l'entreprise, chez qui le logiciel doit être installé, a une obligation de s'informer sur ses besoins et contraintes et, d'informer ensuite son cocontractant du contenu de ceux-ci. Si elle ne le fait pas, on devrait logiquement conclure à l'annulation du contrat pour erreur. Or tel n'est pas le sens actuel de la jurisprudence en la matière. Il est possible de relever plusieurs décisions qui mettent à la charge de l'entreprise de service informatique l'obligation d'étudier et d'analyser les besoins de son client, et de le conseiller ensuite sur le type de logiciel à installer¹²³⁵. Il serait, en effet, irréaliste d'imposer au client profane de traduire ses besoins en terme d'informatique, s'il ignore tout de ce domaine. Ce serait comme imposer au client d'un avocat de qualifier juridiquement les données de son litige pour permettre à celui-ci d'en tirer une solution!

¹²³¹ M. Fabre-Magnan, op. cit., n°351, p.282.

¹²³² Op. cit., n°352.

¹²³³ Favoriser la bonne foi et les comportements loyaux en matière contractuelle.

¹²³⁴ Cf. infra n°760 et suiv.

¹²³⁵ C.A. Montpellier, 1er juillet 1993, Juris Data, n°034637; C.A. Lyon, 25 juin 1993, Juris Data, n°045056; cités in J.C.P., 1994, éd. E., I, 357, n°10; voir cependant lorsque le cocontractant profane fait preuve d'un manque de coopération caractérisé : Cass. Com., 11 janvier 1994, cahiers Lamy, février 1994, p.5.

Peut-être pourrait-on nous reprocher de travestir la pensée de Mme Fabre-Magnan, cet auteur ne mettant à la charge d'une partie une obligation de s'informer pour informer uniquement lorsque la qualité substantielle litigieuse porte sur sa propre prestation. Mais tel est bien le cas en l'espèce puisque la Cour de cassation met à la charge du client profane en informatique une obligation de coopération¹²³⁶. C'est donc bien de sa propre obligation dont il s'agit, et il est fort peu probable qu'en cas de mauvaise évaluation de ses propres besoins, l'entreprise profane subisse l'annulation du contrat pour erreur sur la substance, à la suite d'une demande reconventionnelle de l'entreprise informatique, si d'aventure elle sollicitait la résolution pour inexécution. Dans cette hypothèse, il est vraisemblable que la jurisprudence utilisera la notion « *d'erreur inexcusable* » pour rejeter cette demande reconventionnelle en annulation¹²³⁷. Certes la thèse de Mme Fabre-Magnan permettrait de parvenir au même résultat puisque l'obligation de s'informer pour informer est subtilement qualifiée « *de moyens* »¹²³⁸, et que par conséquent, une entreprise profane peut être présumée ignorer légitimement l'information qu'elle doit transmettre pour la définition de ces besoins. Mais que de complications et de circonvolutions pour parvenir à cette solution, alors que l'utilisation de la notion de lésion pourrait, sans dénaturer, permettre aux juridictions d'intégrer des déséquilibres de puissance économique en matière d'information¹²³⁹.

270 . En second lieu, la confusion entre l'obligation d'information et l'erreur altère les conditions d'existence de cette dernière, si bien qu'il est parfois difficile de la distinguer du dol par réticence. On ne peut, en effet, s'empêcher de juger fautif le comportement de la partie qui connaissait le caractère substantiel et déterminant d'une qualité de sa propre prestation et qui omet de s'informer sur le contenu de celle-ci pour pouvoir transmettre cette information à son cocontractant. N'est-ce pas précisément la notion de dol par réticence telle que l'entend la jurisprudence contemporaine¹²⁴⁰? Mais c'est encore une fois déplacer le problème sur le terrain du comportement des parties, alors que la nature profonde de la notion d'erreur commande de se cantonner à la psychologie de l'*errans*, par référence à celle d'un individu standard placé dans les mêmes conditions. La confusion est d'autant plus renforcée qu'une partie de la doctrine admet que l'*errans* puisse obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi à cause du comportement fautif de son partenaire¹²⁴¹. De deux choses l'une, ou bien l'inexécution de l'obligation d'information est fautive et il s'agit d'un dol par réticence, ou bien elle ne l'est pas et l'article 1382 du Code civil aurait du mal à être appliqué.

¹²³⁶ Cf. Arrêt du 11 janvier 1994 précité.

¹²³⁷ P. Jourdain, *Le devoir de « se » renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)*, Dalloz, 1983, chron.139, n°2.

¹²³⁸ Op. cit., n°228.

¹²³⁹ Cf. infra n°735 et suiv.; 803 et suiv.

¹²⁴⁰ Cf. J. Carbonnier, op. cit., n°52, p.101 : « *Peut-être, le dol s'étant affaibli en réticence, la réticence s'affaiblira-t-elle à son tour en un simple manquement négligent à une obligation précontractuelle de renseigner ?* ».

¹²⁴¹ J. Ghestin, op. cit., n°519, citant à l'appui de son argumentation un arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation en date du 29 novembre 1968 (G.P., 1969, 1, 63), qui après avoir écarté le dol comme fondement de l'annulation du contrat, et précisé que celle-ci était prononcée sur celui de l'article 1110 du Code civil, a confirmé la condamnation à des dommages-intérêts prononcés contre le cocontractant de l'*errans*. Mais compte tenu de la jurisprudence de plus en plus laxiste sur les conditions d'existence du dol, et notamment du dol par réticence, on peut se demander si la Cour n'aurait pas aujourd'hui effectué une substitution de motif en vertu du principe de fongibilité des vices du consentement sur le plan procédural; cf. B. Petit, *Consentement*, Juris. Class., Art. 1109, n°103.

L'altération de la notion d'erreur, soit par l'utilisation de la méthode d'appréciation *in concreto*, soit par la confusion avec l'obligation d'information, est patente. Le juriste ne se soucie plus du problème de savoir si le consentement a été ou non vicié par une erreur, il se focalise sur le comportement du cocontractant et sur les inégalités en matière de savoir et d'accès à l'information. Mais le phénomène d'altération ne frappe pas uniquement les conditions d'existence de l'erreur. Il atteint aussi la nature de la sanction.

B - L'ALTERATION DE LA NATURE DE LA SANCTION DE L'ERREUR

271. Le rapprochement, pour ne pas dire la confusion, entre l'erreur et la lésion, qui a déjà été constaté pour déterminer la finalité de cette notion¹²⁴², va se retrouver dans la sanction. Alors que la sanction traditionnelle et indiscutable de l'erreur est la nullité relative du contrat vicié¹²⁴³, certaines juridictions du fond ont tenté de procéder à une réfaction du contrat, démarche qui a parfois reçue l'approbation de la Cour de cassation. Leur motivation est relativement aisée à comprendre. La protection de la partie économiquement faible, qui a été victime d'une erreur, ou qui est présumée telle, souhaite, dans certains cas, maintenir en vigueur le contrat vicié. L'annulation de celui-ci pourrait en effet avoir, dans certaines hypothèses, des conséquences dommageables au détriment de l'*errans*. Il importe alors de rééquilibrer les droits et obligations stipulés dans le cadre de ce contrat. Cette réfaction, qui ressemble trait pour trait à l'une des deux sanctions de la lésion, peut s'obtenir de deux façons.

272. D'abord les juridictions utilisent volontiers l'annulation partielle du contrat, c'est à dire limitée à la clause viciée par l'erreur, lorsque la protection du contractant en situation d'infériorité sera plus efficacement assurée par le maintien de celui-ci¹²⁴⁴. MM. Terré, Simler et Lequette estiment que l'annulation partielle n'est envisageable que si la clause en question est accessoire, c'est-à-dire qu'elle ne présente pas de caractère déterminant. Néanmoins, la jurisprudence paraît plus influencée par la volonté de trouver la sanction la plus adéquate pour protéger la partie économiquement faible, que par l'analyse du caractère déterminant ou accessoire de la clause dans la volonté commune des parties¹²⁴⁵. Or c'est bien de réfaction dont il s'agit, puisque la clause qui déséquilibrait le contrat sur le plan économique est purement et simplement supprimée, le reste des stipulations étant quant à lui maintenu.

¹²⁴² Cf. supra n°261.

¹²⁴³ J. Carbonnier, op. cit., n°104; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°343; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°569; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°301; B. Petit, *Erreur*, Juris. Class. Civil, Art. 1110, n°86; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°880; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°219.

¹²⁴⁴ Marty et Raynaud, *Les obligations*, n°152; Planiol, Ripert et Esmin, *Traité pratique de droit civil français*, tome 6, *Obligations*, 1ère partie, n°188; B. Petit, op. cit., n°88; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°219; Req., 6 février 1945, G.P., 1945, 1, 116; R.T.D. Civ., 1945, 288, obs. Boitard, Cass. Civ. 1ère, 12 octobre 1955, Bull. Civ. I, n°338.

¹²⁴⁵ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°395.

273 . Ensuite, la jurisprudence a tendance à modifier directement le contrat pour rétablir l'équilibre rompu par l'erreur¹²⁴⁶. Si certains auteurs mentionnent l'existence de cette jurisprudence ancienne sans émettre d'avis quant à sa pertinence¹²⁴⁷, M. Ghestin, pour sa part, la critique¹²⁴⁸. Il affirme que la seule sanction envisageable est la nullité relative, et ce en vertu des termes de l'article 1110 du Code civil. Cette critique a pourtant de quoi étonner de la part de M. Ghestin. En effet, celui-ci est l'un des auteurs qui met le plus l'accent sur l'idée selon laquelle les vices du consentement ont pour finalité de faire respecter la justice commutative dans les contrats¹²⁴⁹. Or le rééquilibrage économique des droits et obligations réciproques est parfois le meilleur moyen pour parvenir à établir la justice commutative dans un contrat qui met en relation deux parties de puissance économique inégale, lorsque celle qui se trouve en position d'infériorité ne peut se permettre de procéder aux restitutions qui accompagnent nécessairement l'annulation de celui-ci. Il n'en reste pas moins vrai que, sur le plan de la technique juridique, l'opinion de M. Ghestin est d'une parfaite rectitude. Ce n'est qu'au prix d'une altération de la notion classique d'erreur que certaines juridictions ont pu procéder à un rééquilibrage du contrat vicié. Mme Pérot-Morel l'a d'ailleurs montré dans sa thèse¹²⁵⁰, lorsqu'elle avance l'idée que les juridictions ont tendance à introduire, en droit positif, la notion d'erreur sur la valeur¹²⁵¹. Les décisions qui ont admis la réduction des engagements de l'une des parties au contrat ne sont, en réalité, qu'une application de l'idée de lésion, habilement dissimulée derrière la notion d'erreur. Le parallèle avec la notion de dol incident est intéressant : dans les deux cas, il n'est pas contestable que le consentement n'a pas été vicié; mais il semble indispensable de réduire un engagement trop onéreux. Il en était ainsi pour la vente du fonds de commerce, avant que la loi du 29 juin 1935 n'impose un formalisme informatif à peine de nullité facultative¹²⁵². Mme Pérot-Morel estime, à juste titre, qu'il s'agit d'une application indirecte de l'idée de lésion¹²⁵³. Dans le même ordre d'idée, l'auteur cite l'arrêt de la Cour de cassation en date du 30 juillet 1894¹²⁵⁴, dans lequel il a été admis que les engagements d'une caution pouvaient être réduits s'il y avait eu erreur sur les garanties conférées par le débiteur. En l'espèce, l'hypothèque consentie, par celui-ci, ne portait que sur une partie de l'immeuble désigné et non sur la totalité. Consciente du fait qu'il n'y avait pas véritablement erreur sur la substance, la Cour de cassation a néanmoins réduit l'engagement de la caution dans la proportion où se trouvait diminuée sa garantie hypothécaire.

274 . Force est de reconnaître, qu'aussi équitable que soit cette jurisprudence, elle contribue à altérer de façon critiquable la notion d'erreur. Comment celle-ci peut-elle garder une cohérence minimum si les tribunaux choisissent de l'appliquer lorsque ses conditions d'existence ne sont pas remplies, ou en dénaturant sa sanction naturelle qu'est la nullité relative? L'inadéquation de la notion d'erreur pour assurer une protection efficace

¹²⁴⁶ Cass. Civ., 23 juin 1873, D.P., 1874, 1, 332; Cass. Civ., 18 février 1898, D.P., 1898, 1, 192; C.A. Paris, 13 mars 1865, et C.A. Rouen, 29 janvier 1868, D.P., 1874, 2, 182.

¹²⁴⁷ B. Petit, op. cit., n°88; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°219.

¹²⁴⁸ Op. cit., n°491.

¹²⁴⁹ Cf. op. cit., n°473.

¹²⁵⁰ Op. cit., p.224.

¹²⁵¹ Op. cit. : « il reste à souligner que cette tendance est si nette que les tribunaux vont parfois jusqu'à remédier à l'erreur sur la valeur par une sanction différente de celle qui s'attache normalement à l'erreur sur la substance ».

¹²⁵² Cf. notamment l'article 12 de la loi du 29 juin 1935.

¹²⁵³ Op. cit. p.225 et la jurisprudence citée en note 93 : Cass. Civ., 15 février 1898, S., 1898, 1, 445; C.A. Paris, 9 novembre 1899, S., 1900, II, 296; Req., 6 mai 1929, Sem. Jur., 1929, 729.

¹²⁵⁴ Req., 30 juillet 1894, Dalloz, 1895, I, 340.

de la partie en situation de faiblesse économique s'explique de deux façons. D'abord, l'erreur oeuvre dans le domaine du psychologique alors que les inégalités entre les parties ressortissent au domaine de l'économique. Ensuite, s'agissant du seul véritable vice du consentement, les juges ne devraient tenir aucun compte du comportement du cocontractant de l'*errans*. Or ce n'est pas le déséquilibre de puissance économique pouvant exister entre cocontractants qui est répréhensible en lui-même, mais l'abus qui peut en résulter¹²⁵⁵. La protection des économiquement faibles, qui passe forcément par la lutte contre les abus de puissance économique, ne peut donc être effective qu'à la condition de pouvoir intégrer dans le raisonnement judiciaire l'appréciation du comportement de la partie économiquement puissante. Il est évident que le caractère unilatéral de l'erreur s'oppose, en principe, à une telle analyse. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence préfèrent utiliser les vices du comportement que sont le dol et la violence.

PARAGRAPHE 2 - LES VICES DU COMPORTEMENT : LE DOL ET LA VIOLENCE

275. A priori les vices du comportement paraissent mieux adaptés que l'erreur pour prendre en compte les abus de puissance économique et protéger les économiquement faibles contre les conséquences de tels abus. Cette supériorité provient incontestablement de la nature bilatérale des vices du comportement : tandis que l'erreur ne se soucie que de l'analyse de la psychologie de l'*errans* et n'a cure, ou ne devrait avoir cure, du comportement de l'autre contractant, le dol et la violence sont, quant à eux, davantage centrés sur le délit, au sens romain du terme. Il existe donc deux facettes dans ces notions, l'une axée sur l'analyse du comportement de l'auteur du dol ou de la violence, analyse permettant de savoir s'il y a eu abus de puissance économique, et l'autre portant sur les conséquences du comportement, ce qui permettra d'établir s'il y a eu ou non déséquilibre dans les prestations contractuelles réciproques.

276. D'emblée, il convient de tempérer cette opinion par la critique qui a été avancée à l'occasion de nos développements consacrés à la notion d'erreur¹²⁵⁶, à savoir que les vices du consentement *lato sensu* sont des instruments inadaptés pour appréhender et mesurer les déséquilibres économiques pouvant exister dans les droits et obligations réciproques. Même le dol et la violence, malgré l'importance donnée au comportement de leur auteur, restent conditionnés par l'existence d'un vice du consentement, ce qui, quoi qu'on en dise, est un facteur psychologique extérieur à l'analyse économique, ne se situant pas sur les mêmes plans. L'analyse psychologique appliquée au domaine économique peut, dans certains cas, donner des résultats incohérents ou inefficaces. Ainsi, il peut y avoir vice du consentement sans qu'une inégalité de puissance économique entre contractants ou un déséquilibre économique dans les prestations contractuelles réciproques soit constaté. Inversement, un cocontractant en position de faiblesse peut être victime d'un abus de puissance économique de la part de son partenaire, entraînant pour lui la conclusion d'un contrat manifestement déséquilibré, sans pour autant que son consentement ait été vicié par un dol ou une violence, telles que ces notions sont définies par le Code civil et la jurisprudence traditionnelle. Cette objection de principe étant rappelée, il convient

¹²⁵⁵ Cf. infra n°635 et suiv.

¹²⁵⁶ Cf. supra n°261.

d'étudier successivement les altérations subies, en jurisprudence, par les notions de dol et de violence afin de tenter de prendre en compte le double déséquilibre économique pouvant exister entre les parties d'une part, et entre les prestations réciproques d'autre part.

A - L'ALTERATION DE LA NOTION DE DOL

277. Ripert a, il y a plusieurs décennies, montré que « *c'est surtout dans la théorie du dol qu'éclate le caractère moral de la théorie des vices du consentement* »¹²⁵⁷. Cette dimension morale permettrait, *a priori*, de protéger le consentement de la partie faible. M. Testu rappelle, à cet égard, que le dol a été le premier moyen juridique imaginé par le préteur, à Rome, pour introduire le principe d'équité dans un droit extrêmement formaliste¹²⁵⁸. L'ensemble de la doctrine souligne, avec quelques variantes de vocabulaire et quelques nuances de fond, la double fonction du dol qui est, d'une part de protéger le consentement de la victime de l'erreur provoquée et, d'autre part de sanctionner le comportement malhonnête de son partenaire¹²⁵⁹. Cette ambivalence contribue à entretenir une certaine confusion en doctrine, des auteurs pressentant une convergence entre le dol et l'erreur¹²⁶⁰, d'autres souhaitant ou annonçant une autonomie du dol par rapport à l'erreur¹²⁶¹. Toujours est-il que la Cour de cassation maintient la définition traditionnelle du dol, entendue comme une erreur provoquée¹²⁶². Sur ce point il serait possible de reprendre la critique développée précédemment¹²⁶³, consistant à reprocher à certaines décisions d'avoir annulé un contrat alors que les manoeuvres n'ont pas provoqué d'erreur, dans le seul souci de rééquilibrer une convention au profit de la partie en situation de faiblesse

¹²⁵⁷ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°47, l'auteur poursuit : « 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 ».

¹²⁵⁸ F.X. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, J.C.P., 1993, I, 3673, n°1, précisant que *l'exceptio doli* « atteste que depuis longtemps le droit accepte d'intervenir pour protéger le consentement de la partie faible ». Au moyen-âge, St Thomas d'Aquin distinguait l'hypothèse de la vente d'une chose au dessus de son prix par l'utilisation de la fraude et celle de la vente, sans fraude, d'une chose à un prix différent de sa valeur. *Somme théologique* II, II, quest. 77, art. 1.

¹²⁵⁹ J. Carbonnier, op. cit., n°42; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°219; J. Ghestin, op. cit., n°549; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°413; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°187; B. Petit, *Dol*, Juris. Class. Civil, Art. 1116, n°1 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°449 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°220; voir aussi, plus généralement sur la notion de dol : Boccara, *Dol civil et dol criminel dans la conclusion des contrats*, thèse Paris, 1952; du même auteur, *Dol, silence et réticence*, G.P., 1953, 1, doct., 24; P. Bonassies, *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse Lille, 1955; Diener, *Le silence et le droit*, thèse Bordeaux, 1975, n°233 et suiv.; Y. Fabre, *Essai sur la nature juridique du dol dans la formation du contrat*, thèse Toulouse, 1941; Mme Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992, n°354 et suiv.; J. Ghestin, *La réticence*, Mélanges H. Capitant 1939, 287; F. Magnin, *Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation*, J.C.P., 1976, I, 2780; M. Perrin, *Le dol dans la formation des actes juridiques*, thèse Paris, 1931; M.A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Dalloz, 1961, p.191 et suiv.

¹²⁶⁰ Notamment J. Ghestin, op. cit., n°578.

¹²⁶¹ Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p.70; P. Bonassies, *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse Lille, 1955, t.I, p.386; Y. Loussouarn, note sous C.A. Colmar, 30 janvier 1970, J.C.P., 1970, II, 16609; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°452 à 455.

¹²⁶² Cass. Civ. 3ème, 1er mars 1977, Dalloz, 1978, 91, note Larroumet; Cass. Com., 2 juin 1981, Bull. Civ. IV, n°259; Rep., Defrénois, 1982, art. 32905, obs. J.L. Aubert.

¹²⁶³ Cf. supra n°264 et suiv.

économique. C'est le cas, par exemple, pour l'arrêt qui a déclaré nul sur le fondement de l'article 1116 du Code civil un contrat de cautionnement souscrit par le gérant de la société débitrice d'une banque¹²⁶⁴. En l'espèce, a été considéré comme une manoeuvre dolosive le fait pour la banque d'avoir accordé un nouveau prêt à la société et de s'en être servi pour absorber le découvert antérieur existant sur le compte courant ouvert dans ses livres. Il est possible de douter de l'existence d'une véritable erreur. Reprenons, brièvement les faits de l'espèce. La société débitrice connaissait des difficultés financières et la banque a indiqué qu'elle n'entendait pas renouveler les facilités de caisse. Il est donc très probable qu'une demande de remboursement du solde débiteur du compte courant avait été faite. Par la suite, la banque et la société avaient trouvé un terrain d'entente pour débloquent un crédit à moyen terme avec en garantie le nantissement du fonds de commerce et la caution personnelle du gérant. Il est évident que nous sommes dans le cadre très classique d'une « restructuration de la dette ». Ce procédé est fréquent en pratique. Lorsque les dettes à court terme d'une entreprise sont trop importantes et épuisent sa trésorerie, la banque peut consentir une transformation du crédit court terme en crédit long terme. En l'espèce, si le prêt moyen terme n'avait pas d'objet particulier, il est incontestable qu'il allait servir à éponger le découvert, qui était immédiatement exigible, pour lisser le remboursement sur plusieurs années. Il est difficile de croire que le gérant de la société ait pu commettre une erreur et imaginer de bonne foi que la banque allait doubler le montant de ses concours, alors même que la situation financière de sa société était délicate, et que, quelques temps avant, l'ensemble des concours avait été purement et simplement dénoncé¹²⁶⁵. En l'absence d'erreur, la Cour de cassation, comme avant elle la Cour d'appel de Paris, a été sensible à la situation de la caution qui avait donné sa garantie peu de temps avant le redressement judiciaire de la société, dans des conditions où elle n'avait pas vraiment de choix¹²⁶⁶. Malgré l'esprit d'équité et de bienveillance qui anime cette solution, il convient de la critiquer sur le plan de la technique juridique, car elle altère la notion de dol en la déconnectant de sa condition d'existence principale, à savoir l'erreur provoquée par des manoeuvres.

278 . Mais concernant le dol, il est préférable de ne pas s'attarder sur des problèmes qui ont déjà fait l'objet de développement dans le cadre de l'étude de la notion d'erreur. Beaucoup plus intéressante est l'analyse du phénomène de dégénérescence du dol¹²⁶⁷, 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, afin d'appréhender les « 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 »¹²⁶⁸. Cette extension a été progressive, et si dans un premier temps elle a permis, sans perturbation de la notion de dol, d'exiger plus de bonne foi de la part des contractants, elle s'est révélée, dans un second temps, largement excessive,

¹²⁶⁴ Cass. Com., 22 juin 1993, R.J.D.A., 1994, n°67.

¹²⁶⁵ La solution aurait été différente si le nouveau prêt avait un objet particulier, tel que l'achat d'un nouveau matériel ou l'accroissement des facilités de caisse.

¹²⁶⁶ Il est en effet difficile de refuser, pour un gérant de société, de donner sa caution si le sort de cette société en dépend.

¹²⁶⁷ Cf. notamment F. Magnin, *Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques. L'abus de situation*, J.C.P., 1976, I, 2780; M. Armand-Prévoist et D. Richard, *Le contrat déstabilisé*, précité, n°3 à 6.

¹²⁶⁸ F. Magnin, chronique précitée, n°6, voir dans le même sens, M.A. Pérot-Morel, thèse précitée, p.192 : « nous nous proposons cependant de montrer toutes les ressources qu'elle (la notion de dol) offre néanmoins en face du déséquilibre contractuel, précisément peut-être parce que fondée sur l'équité, elle présente plus de souplesse et plus d'affinité avec l'idée purement morale de justice commutative ».

engendrant une altération des conditions d'existence du dol, sans toutefois parvenir à protéger parfaitement les contractants économiquement faibles contre tous les abus de puissance économique dont ils peuvent être les victimes¹²⁶⁹. Après avoir étudié ce phénomène de dégénérescence, il sera intéressant de se pencher sur la notion, très contemporaine, d'abus de situation.

1/ LA DEGENERESCENCE DE LA NOTION DE DOL

279 . La doctrine distingue en principe deux éléments constitutifs du dol : un élément moral, d'abord, qui fait référence à la volonté intentionnelle de tromper son cocontractant, un élément matériel, ensuite, qui renvoie aux dispositions de l'article 1116 al.1er du Code civil sanctionnant les « *manoeuvres pratiquées* »¹²⁷⁰. Dans le but de protéger certains contractants en situation de faiblesse économique, la jurisprudence a altéré la notion de dol tant sur le plan de l'élément moral que sur celui de l'élément matériel. L'altération, qui est plus une dégénérescence complète de la notion qu'une simple évolution, s'effectue dans le sens d'un laxisme toujours plus important dans la vérification des conditions d'existence du dol. Nous aurons, en outre, l'occasion de constater ce phénomène de dégénérescence au niveau de la sanction du dol.

a - L'altération de l'élément moral

280 . Il est incontestablement admis, en droit positif, que le dol exige une faute intentionnelle, celle de tromper son cocontractant. C'est d'ailleurs cette exigence qui justifie un élargissement du champ de la nullité pour dol par rapport à celui de l'erreur¹²⁷¹, un peu comme en matière de responsabilité contractuelle où l'article 1150 du Code civil supprime la condition de prévisibilité des dommages et intérêts lorsque l'obligation n'est pas exécutée en raison du dol du débiteur. Il convient, en effet, de tenir compte de la malhonnêteté de l'auteur du dol, qui a directement contribué à provoquer l'erreur. Ainsi, le dol sera admis même si l'erreur provoquée ne porte pas sur une qualité substantielle, mais sur la valeur ou les motifs étrangers à l'objet du contrat¹²⁷². En contrepartie de cet élargissement des conditions d'annulation, par rapport à l'erreur, il est indispensable que le juge relève le caractère intentionnel de la tromperie : l'intention de tromper est un élément nécessaire du dol¹²⁷³. Cependant la jurisprudence a tendance à assouplir cette condition

¹²⁶⁹ J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.41 et suiv. et spec., p.46 et 47, l'auteur soulignant pertinemment le manque d'efficacité de la politique d'extension jurisprudentielle des vices du consentement.

¹²⁷⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°42, qui rajoute un élément injuste; J. Ghestin, op. cit., n°561 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°190 et 193; B. Petit, op. cit., n°10 à 28; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°456 et suiv., qui distinguent un troisième élément : l'élément psychologique; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°354 et suiv.

¹²⁷¹ J. Ghestin, op. cit., n°554.

¹²⁷² Op. cit., n°558.

¹²⁷³ Cass. Civ. 1ère, 26 novembre 1962, Bull. Civ., I, p.427; Cass. Civ. 3ème, 6 mars 1969, Bull. Civ. III, IV, 167; R.T.D. Civ., 1980, p.763, obs. F. Chabas; voir à ce sujet la doctrine quasi-unanime : J. Carbonnier, op. cit., n°42 parlant de « *dessein de nuire à l'autre partie* »; J. Ghestin, op. cit., n°561; M. Malaurie et L.

lorsque le contrat met en présence deux parties d'inégales puissances économiques et qu'au surplus, les prestations stipulées sont déséquilibrées au détriment de la plus faible. Deux procédés ont principalement été utilisés pour ce faire : la bonne foi et l'obligation d'information. La bonne foi n'étant imposée par le Code civil qu'au moment de l'exécution du contrat¹²⁷⁴, nous nous contenterons, pour l'instant¹²⁷⁵, de souligner la différence entre cette notion et la faute intentionnelle et de critiquer la confusion, qui s'est faite jour depuis quelques décennies, entre la faute intentionnelle et l'inexécution de l'obligation d'information.

281 . Les travaux préparatoires du Code civil de 1804 révèlent que le projet initial de rédaction de l'article 1134 était le suivant : « *les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi* »¹²⁷⁶. Sans aborder le problème de la délimitation du domaine de la bonne foi¹²⁷⁷, il convient néanmoins de souligner la différence de nature qui distingue cette notion de la faute intentionnelle. « *Classiquement, la bonne foi s'entend de l'absence d'intention malveillante* »¹²⁷⁸, mais certains auteurs ont prôné l'extension de cette définition tirée du droit romain. Ainsi Bonassies proposait de distinguer entre la « *bonne foi close* », qui se définit par le minimum de loyauté que l'on est en droit d'attendre d'un cocontractant, celui-ci ne devant pas tromper l'autre partie par ses paroles ou ses actes, et la « *bonne foi ouverte* » qui doit être entendue de façon extensive et positive, le contractant devant refuser de profiter de la situation d'infériorité dans laquelle se trouve son partenaire¹²⁷⁹. C'est précisément cet aspect positif de la bonne foi qui se démarque de la faute intentionnelle dont la preuve est exigée pour caractériser le dol. Mais lorsqu'ils sont en présence de parties d'inégales puissances économiques et de prestations déséquilibrées dans le même sens, les juges ont tendance à faire découler la preuve de la faute intentionnelle de l'absence de bonne foi de la partie en position de force.

Par exemple, la Cour de cassation a admis l'annulation d'un cautionnement sur le fondement de l'article 1116 du Code civil en relevant que « *par réticence, la banque avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi* »¹²⁸⁰. Dans le même sens, la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel, sous le double visa des articles 1134 al.3 et 1116 du Code civil, qui avait refusé l'annulation d'un cautionnement, en précisant que : manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager¹²⁸¹. Il est certain que, pour retenir ces solutions, la première Chambre civile a été sensible à la situation de faiblesse dans laquelle se trouvait

Aynès, op. cit., n°414 qui utilisent les termes de « *malhonnêteté* »; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°190; B. Petit, op. cit., n°27, rappelant que la Cour de cassation impose que la partie « *ait agi intentionnellement pour tromper le contractant* », Cass. Civ. 1ère, 12 novembre 1987, Bull. Civ. I, n°293 et R.T.D. Civ., 1988, p.339 obs. J. Mestre; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°458; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°226.

¹²⁷⁴ Article 1134 al.3 : les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ».

¹²⁷⁵ Sur la notion de bonne foi, voir infra n°399 et suiv.

¹²⁷⁶ Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIII, p.8.

¹²⁷⁷ Cf. infra n°399 et suiv.

¹²⁷⁸ F. Magnin, op. cit., n°19.

¹²⁷⁹ P. Bonassies, thèse précitée, p.441.

¹²⁸⁰ Cass. Civ. 1ère, 21 janvier 1981, Bull. Civ. I, n°25.

¹²⁸¹ Cass. Civ. 1ère, 10 mai 1989, Bull. Civ. I, n°187; Dalloz, 1990, Som. Com., p.385, obs. L. Aynès; R.T.D. Civ., 1989, p.738, obs. J. Mestre; voir dans le même sens, Cass. Civ. 1ère, 26 novembre 1991, Bull. Civ. I, n°331.

la caution face à la banque qui lui réclamait l'exécution de ses engagements de garantie. Sans critiquer la solution à laquelle est parvenue la Cour de cassation, il est possible de s'interroger sur la pertinence du fondement juridique utilisé.

282. En premier lieu, force est de reconnaître avec M. Magnin, que si le fait de tirer parti d'une erreur de son cocontractant, sans rien faire pour le détromper, n'est pas une attitude répondant à l'exigence de bonne foi, ce n'est pas non plus, une faute intentionnelle qui a provoqué cette erreur¹²⁸². Il convient de rappeler que le contrat est le lieu d'affrontements d'intérêts antagonistes et que chaque contractant tente de tirer parti des faiblesses de son partenaire pour obtenir de meilleures conditions. Exiger, au nom de la bonne foi, que les contractants s'avouent et se disent tout relève de l'utopie. On ne peut obliger les parties au contrat à suivre l'exemple de Scaevola qui offrit au vendeur d'un domaine 200 000 sesterces de plus que le prix de vente proposé, parce qu'il considérait que la terre qu'il achetait avait cette valeur¹²⁸³. « *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* »¹²⁸⁴. M. Mestre paraît être du même avis lorsqu'il écrit que « *la réticence doit avoir été faite délibérément pour tromper le cocontractant* »¹²⁸⁵.

283. En second lieu, la bonne foi ne constitue pas un moyen adéquat pour protéger certaines parties contre les abus de puissance économique? En effet, outre l'altération des conditions d'existence du dol qu'elle engendre, la bonne foi ne peut traduire le déséquilibre de puissance économique, car elle doit peser de la même façon sur tout cocontractant. On ne saurait imaginer que l'exigence de bonne foi ait un poids relatif selon la partie sur laquelle cette charge pèse¹²⁸⁶. Oserait-on affirmer clairement que, selon la puissance ou la faiblesse économique d'un contractant, l'exigence de bonne foi connaît des degrés différents, si bien que le dol serait constitué pour l'un par le simple manquement à la bonne foi et pour l'autre par la démonstration d'une faute intentionnelle? C'est pourtant ce que semble faire la Cour de cassation au fil de sa jurisprudence.

Dans un arrêt en date du 19 janvier 1977¹²⁸⁷, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel qui avait annulé pour dol le contrat de vente d'un véhicule d'occasion entre un garagiste et un particulier. Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'appel de s'être prononcé en ce sens alors qu'il n'était pas contesté que le garagiste « *n'avait pas truqué* » le compteur, mais avait seulement ignoré le kilométrage réel du véhicule. Le pourvoi est rejeté au motif que le garagiste « *ne pouvait ignorer que le compteur indiquait un kilométrage bien inférieur à celui que la voiture avait parcouru en réalité* »¹²⁸⁸.

A l'inverse, dans un arrêt du 12 novembre 1987¹²⁸⁹, la première Chambre civile de la Cour de cassation a exigé nettement la preuve d'un comportement délibéré et intentionnel du cocontractant pour pouvoir prononcer l'annulation du contrat pour dol. Les faits de l'espèce se prêtent particulièrement bien à la comparaison avec l'arrêt du 19 janvier 1977.

¹²⁸² Op. cit., n°33 et suiv.

¹²⁸³ Cicéron, *Traité des devoirs*, II, XV.

¹²⁸⁴ F. Magnin, op. cit., n°41.

¹²⁸⁵ R.T.D. Civ., 1987, p.338.

¹²⁸⁶ Sur ce point, cf. infra n°412 et suiv.

¹²⁸⁷ Bull. Civ. I, n°40.

¹²⁸⁸ Cf. dans le même sens, Cass. Civ. 3ème, 3 février 1981, Dalloz, 1984, 457, note J. Ghestin.

¹²⁸⁹ Bull. Civ. I, n°293; G.P., 31 mars 1988, Somm., p.14 note A. Piedelièvre; R.T.D. Civ., 1988, p.339, obs. J. Mestre.

Il s'agissait d'une vente d'un camion d'occasion, mis en circulation en 1972, pour un prix de 135 000 Francs. N'étant pas satisfait de ce camion, l'acquéreur saisit le juge de référés et obtient une expertise. Sur le fondement du rapport, les juges du fond admettent le dol en constatant que de nombreuses factures de réparation n'avaient pas été portées à la connaissance de l'acheteur. De plus, l'expert avait estimé qu'il fallait procéder à d'importantes réparations pour permettre au camion de « *travailler à peu près normalement* ». La décision est censurée sous le visa de l'article 1116 du Code civil : « *en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut de communication des factures de réparation et d'indication de réparations restant à effectuer avait été fait intentionnellement pour tromper le contractant et le déterminer à conclure la vente, la Cour d'appel, faute d'avoir caractérisé la réticence dolosive, n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cet arrêt a laissé sceptique et insatisfait M. Mestre, et ce avec juste raison. Il semble en contradiction totale avec l'arrêt précédemment cité, et l'« *on voit difficilement comment la non-dissimulation par le vendeur des multiples factures de réparation ainsi que celle des travaux à faire n'incluait pas elle-même et nécessairement un tel désir de tromper l'acquéreur* »¹²⁹⁰. A l'évidence, le vendeur a fait preuve, en l'espèce, d'une mauvaise foi caractérisée. La notion de bonne foi ne peut donc remplacer la faute intentionnelle, sans provoquer de graves incohérences.

284 . Mme Fabre-Magnan a proposé un critère beaucoup plus pertinent que celui de la bonne foi, pour expliquer les distorsions de la jurisprudence. Elle a avancé l'idée que « *la réticence dolosive sanctionne toujours directement la violation d'une obligation d'information* »¹²⁹¹. Cette opinion, qui est partagée par une partie de la doctrine¹²⁹², a été consacré par certaines décisions de justice¹²⁹³. A première vue, l'obligation d'information est un fondement plus satisfaisant que la notion de bonne foi pour sanctionner les abus de puissance économique. En effet, contrairement à cette dernière, l'obligation d'information naît d'un déséquilibre de puissance économique, et il est parfaitement légitime de l'imposer à un contractant économiquement puissant et d'exonérer de cette charge un contractant économiquement faible¹²⁹⁴. A propos de l'arrêt du 12 novembre 1987¹²⁹⁵, Mme Fabre-Magnan fait remarquer que le vendeur, à qui l'on reprochait un dol, n'était pas un professionnel, alors qu'il avait précisément cette qualité dans l'arrêt du 19 janvier 1977¹²⁹⁶. Il existait donc dans ces deux espèces un déséquilibre de puissance informationnelle¹²⁹⁷,

¹²⁹⁰ J. Mestre, op. cit., l'auteur rappelle que la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 27 janvier 1987, Dalloz, 1988, 156, note C. Carreau, a approuvé la condamnation pour tromperie sur les qualités substantielles de la marchandise vendue en indiquant que : « *l'existence d'un accident antérieur ayant gravement endommagé, au point de le réduire à l'état d'épave, un véhicule d'occasion est de nature à écarter certains acheteurs et doit être révélée par le vendeur même si les dégâts causés au dit véhicule ont été normalement réparés* ».

¹²⁹¹ Thèse précitée, n°354.

¹²⁹² Voir notamment J. Ghestin, op. cit., n°571 et 593 et suiv.; B. Petit, op. cit., n°24; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°225.

¹²⁹³ Cass. Civ. 3ème, 7 mai 1974, Bull. Civ. III, n°186, pour la violation d'une « *obligation d'informer leurs cocontractants* » qui caractérise « *une réticence dolosive* »; Cass. Com., 13 octobre 1980, Dalloz, 1981, I.R., 309, obs. J. Ghestin, qui annule pour dol une cession de fonds de commerce en relevant que la venderesse « *qui avait l'obligation de le faire, n'avait pas informé ses acquéreurs de ce qu'elle n'avait pas obtenu les autorisations nécessaires à l'exploitation de la salle de bal* »; Cass. Civ. 3ème, 27 avril 1991, R.T.D. Civ., 1992, 81, obs. J. Mestre, qui fait une double référence à la bonne foi et à l'obligation de renseignement.

¹²⁹⁴ Cf. infra n°260 et suiv., ainsi que sur la valeur économique de l'information : cf. infra n°549 et suiv.

¹²⁹⁵ Précité.

¹²⁹⁶ Précité.

¹²⁹⁷ Sur ce concept, voir infra n°542 et suiv.

qui justifie la mise à la charge du sachant d'une obligation d'information lorsqu'il est vendeur et d'une obligation de s'informer lui-même lorsqu'il est acheteur. On retrouve une solution identique dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 19 janvier 1994¹²⁹⁸, dans lequel un contrat de cession de titres est annulé pour dol, alors même que l'intention de tromper n'était pas manifestement établie, et, en tout cas, que l'erreur n'a pas été provoquée par l'attitude même réticente du cocontractant. En l'espèce, Mme Alary possédait des actions d'une société pour les avoir héritées quelques années auparavant de ses parents. Manifestement, elle n'était pas informée de la gestion de cette société, ni de sa valeur. Désirant vendre ses actions, elle prit contact avec le président de la société en qui elle avait toute confiance. Après quelques péripéties, Mme Alary est contactée par une banque pour l'achat des titres et elle donne préférence au président de la société pour les acquérir au prix proposé. Or quatre jours après, celui-ci les recède avec le contrôle de la société pour un prix substantiellement supérieur. Mme Alary agit en nullité sur le fondement du dol, et son action est jugée bien fondée, tant par le T.G.I. que par la Cour d'appel de Paris, au motif que « *cette rétention d'information a privé Mme Alary des renseignements indispensables pour apprécier en pleine connaissance de cause la valeur des titres litigieux* ». En effet, le président de la société avait omis de l'informer qu'un audit avait été effectué et que la société avait été évaluée à une somme largement supérieure au prix de vente proposé par elle et la banque. Cette décision est pour le moins surprenante dans la mesure où le président de la société n'avait rien fait pour tromper Mme Alary sur la valeur des parts, celle-ci étant d'ailleurs assistée d'un conseil lors de la négociation. La justification de la solution retenue pourrait, là aussi, être trouvée dans l'obligation d'information qui pesait sur la partie sachante, en l'espèce le président de la société, au bénéfice de la partie ignorante.

285 . Mais c'est aller trop loin dans l'exigence de loyauté entre les parties! 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. Dans l'exemple que nous avons pris, cela revient à exiger d'une partie qu'elle informe son partenaire du fait qu'il est en train de réaliser une mauvaise affaire! Comment peut-on raisonnablement exiger d'un acheteur qu'il informe son vendeur de la véritable valeur de la chose, si celui-ci propose un prix inférieur? En l'absence d'erreur sur la substance on ne voit pas ce qui justifierait une telle obligation. En outre, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, l'acheteur n'a aucunement provoqué d'erreur, mais il s'est contenté de profiter de l'erreur que la vendeuse a elle-même commise sur la valeur de ses titres. Mme Pérot-Morel, qui prône pourtant l'instauration de l'équilibre des prestations par le biais des vices du consentement, n'a jamais cru devoir tirer une pareille conclusion. « *On ne peut, malgré le désir d'introduire plus de justice dans le contrat, obliger un contractant à fournir à l'autre partie tous les renseignements que celle-ci aurait intérêt à connaître* »¹²⁹⁹. Le domaine de l'obligation d'information doit donc avoir certaines limites, et il est erroné de croire que toute violation d'une obligation d'information constitue un dol. Dans ces conditions, on ne peut que se réjouir lorsque la Cour de cassation revient à plus de rigueur juridique. Ainsi, dans un arrêt en date du 13 février 1996, la première chambre civile a censuré, pour défaut de base légale au regard de l'article 1116 du Code civil, l'arrêt « *qui annule le cautionnement donné par le vendeur d'un fonds de commerce afin de garantir le prêt consenti à l'acheteur, au motif que la banque a surpris le consentement du cédant en n'attirant pas son attention sur le caractère insolite de l'opération, sans rechercher si ce*

¹²⁹⁸ 15 ch. A., J.C.P., 1994, I, 3769, obs. A. Viandier; R.T.D. Civ., 1994, 853, obs. J. Mestre.

¹²⁹⁹ M.A. Pérot-Morel, thèse précitée, p.202.

défaut d'information avait pour but de tromper la caution et de la déterminer à s'engager, de sorte que la réticence invoquée n'était pas caractérisée »¹³⁰⁰. En l'espèce, il n'est pas dit que la banque n'avait pas une obligation d'informer ou de conseiller le prêteur. La Cour se contente de rappeler qu'un défaut d'information n'équivaut pas forcément à un dol, dans la mesure où l'intention de tromper n'est pas établie.

286. Au surplus, l'assimilation de ces deux notions est encore plus critiquable lorsqu'il s'agit de « l'obligation de s'informer pour informer ». C'est ce que Mme Fabre-Magnan intègre dans « l'élément psychologique du dol »¹³⁰¹. Cet auteur fait remarquer que certains arrêts de la Cour de cassation ont annulé des contrats pour dol en mettant à la charge du vendeur professionnel une obligation de s'informer pour informer son partenaire¹³⁰². Mais cette jurisprudence paraît critiquable en ce qu'elle dénature la notion de dol. En effet, l'intention de tromper son partenaire, soit par des manoeuvres positives, soit par la rétention d'informations que l'on sait déterminantes, n'est pas démontrée dans les espèces ayant retenu une obligation de s'informer pour informer. Même les auteurs qui approuvent cette extension jurisprudentielle de la notion de dol reconnaissent qu'elle ne va pas sans l'inconvénient de réduire l'importance du caractère intentionnel de la faute, qui est un élément essentiel du dol¹³⁰³. 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 juridique¹³⁰⁴, mais la seconde ne peut constituer un dol puisqu'il n'y a pas d'erreur provoquée ni véritablement rétention d'information. Il y a seulement inexécution d'une obligation de se renseigner pour transmettre les informations utiles à son partenaires.

287. La doctrine a avancé deux idées pour justifier la solution retenue par la Cour de cassation. D'abord Mme Fabre-Magnan considère que la dégénérescence de la notion de dol ne peut se justifier du point de vue de la technique juridique. Elle remarque que dans les espèces où la Cour de cassation a sanctionné par le dol un contractant qui avait omis de s'informer pour informer son partenaire, il y avait en réalité erreur sur les qualités substantielles de la prestation. La Cour de cassation aurait donc dû utiliser les pouvoirs de requalification conférés par l'article 12 du nouveau Code de procédure civile¹³⁰⁵. Mais cette proposition d'explication ne fait que déplacer le problème, car nous avons eu l'occasion de constater que l'erreur n'est pas un outil parfaitement adéquat pour protéger la partie ignorante et profane face à un cocontractant sachant ou professionnel. Les conditions d'existence de l'erreur ne permettent pas d'appréhender l'inégalité dans l'accès à l'information, sauf à introduire des concepts très discutables, tels que « l'erreur inexcusable », pour corriger, au cas par cas, les injustices qu'engendre l'application de cette notion¹³⁰⁶.

¹³⁰⁰ JCP 1996 IV 798; Juris-Data n°000417.

¹³⁰¹ Op. cit., n°358 et suiv.

¹³⁰² Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1977, et Cass. Civ. 3ème, 3 février 1981, précités, voir en ce sens J. Ghestin, op. cit., n°571.

¹³⁰³ J. Ghestin, op. cit., n°570 et suiv., M. Fabre-Magnan, op. cit., n°360.

¹³⁰⁴ Voir notre proposition d'appliquer la lésion lorsque l'information a une valeur économique : infra n°803 et suiv.

¹³⁰⁵ Mme Fabre-Magnan, op. cit., n°361.

¹³⁰⁶ Cf. supra n°266.

Ensuite, la doctrine s'est demandée « *si la Cour de cassation ne serait pas prête à étendre au dol la présomption irréfragable de mauvaise foi qu'elle attache en d'autres domaines à la qualité de vendeur professionnel* »¹³⁰⁷. La remarque est pertinente, car la jurisprudence n'a pas craint, dans le domaine des vices cachés, de poser en principe que le vendeur professionnel était présumé connaître les vices qu'affecte la chose vendue¹³⁰⁸. Mais cette position est doublement critiquable. En premier lieu, il n'est pas sain d'ériger en règle intangible qu'un professionnel est toujours de mauvaise foi. Rappelons que le dol a pour fonction de sanctionner la malhonnêteté d'un contractant¹³⁰⁹. Si ce professionnel n'a pas satisfait à son obligation d'informer son cocontractant, ce n'est pas une raison suffisante pour l'affubler d'une présomption de malhonnêteté. Une telle présomption est d'autant moins opportune qu'elle frappe aveuglément toute une catégorie sociale, les professionnels, qui est l'un des moteurs indispensables de la machine économique. Elle distille dans la société l'idée pernicieuse que tout professionnel est un maquignon! À l'évidence, le dol n'est pas une sanction adéquate en matière d'inexécution d'une obligation d'information et l'on ne peut déduire automatiquement l'existence d'un comportement déloyal et fautif du seul déséquilibre de puissance économique entre les contractants. En second lieu, la présomption de faute, que la jurisprudence tend à faire peser sur les professionnels, est contraire aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1116 qui précise que le dol « *ne se présume pas, et doit être prouvé* ». S'agissant d'un élément essentiel de la définition du dol, la faute intentionnelle ne devrait donc pas pouvoir faire l'objet d'une quelconque présomption. Il devrait en être de même pour l'élément matériel.

b - L'altération de l'élément matériel

288. En droit romain le dol était un délit; il ne pouvait donc être constitué qu'en présence d'un acte positif, d'une machination¹³¹⁰. Cette conception romaine du dol a influencé des auteurs tels que Domat et Pothier qui ne se sont pas véritablement écartés de la définition archaïque¹³¹¹. Historiquement, l'évolution de la notion de dol n'a pu se faire que le jour où la loi du 9 frimaire an II sépara le dol civil de l'escroquerie pénale¹³¹². Certes, l'article 1116 du Code civil utilise le terme « *manoeuvres* », traduction du latin *machinatio*, mais les travaux préparatoires contiennent déjà les germes de l'évolution que va connaître la conception de l'élément matériel du dol¹³¹³. Au cours du XX^e siècle, la Cour de cassation admet, sans difficulté particulière, que le simple mensonge est constitutif

¹³⁰⁷ B. Petit, op. cit., n°28.

¹³⁰⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 19 janvier 1965, Dalloz, 1965, 389; R.T.D. Civ., 1965, 665, obs. G. Cornu; Cass. Civ. 1^{ère}, 21 novembre 1972, J.C.P., 1974, II, 17890 note J. Ghestin; Cass. Com., 27 novembre 1973, J.C.P., 1974, II, 17887 note P. Malinvaud; Cass. Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1979, G.P., 1980, I, 249, note Planqueel; Cass. Civ. 1^{ère}, 11 mars 1980, Bull. Civ. I, n°84.

¹³⁰⁹ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°413.

¹³¹⁰ Digeste, IV, 3, 1, 2.

¹³¹¹ Domat, *Loix civiles*, Li.I, ti.XVIII, sect.III, I; Pothier, *Obligations*, n°28.

¹³¹² H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°193.

¹³¹³ Fenet, t.13, 315, Favard : « *La loi qui ne peut désigner tous les cas n'en doit désigner aucun; elle laisse aux tribunaux le soin de peser la gravité des circonstances* »; cité par H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit.

de dol en dehors de toute manoeuvre positive¹³¹⁴. Cet assouplissement des conditions d'existence du dol n'est pas critiquable puisqu'il reste dans la droite ligne de l'idée de tromperie. Parfois, un simple mensonge est aussi efficace qu'une savante mise en scène pour induire en erreur son futur cocontractant.

Une autre étape va être franchie dans l'évolution du dol, par l'admission de la réticence, en tant qu'élément matériel suffisant pour déclencher l'annulation d'un contrat sur le fondement des dispositions de l'article 1116 du Code civil. Outre l'argument de l'insécurité contractuelle engendré par ce relâchement des conditions traditionnelles d'existence du dol, force est de reconnaître la différence de nature existant entre le mensonge et la réticence. Si ni l'un ni l'autre ne constitue une manoeuvre, le premier est un acte positif tandis que le second n'est que pure abstention. Or une abstention peut-elle former à elle seule l'élément matériel du dol, tel que défini par l'article 1116 du Code civil? Sur un plan purement théorique il faut répondre par la négative, le terme « manoeuvre » renvoyant aux idées de travail et d'activité humaines qui sont incompatibles avec la notion d'abstention¹³¹⁵. Il est pourtant aujourd'hui unanimement admis que la réticence peut constituer un dol, en dehors de tout acte positif¹³¹⁶.

289 . Généralement, la notion de réticence dolosive est approuvée par la doctrine, celle-ci avançant, comme justification théorique, le devoir de contracter de bonne foi et, comme justification technique, l'obligation précontractuelle de renseignement¹³¹⁷. Mais nous avons déjà montré que ces deux notions n'étaient pas susceptibles de donner une explication cohérente de la jurisprudence en la matière, ni un fondement juridique satisfaisant¹³¹⁸. De plus l'idée très abstraite et trop générale de bonne foi entraîne une confusion entre la réticence et le silence. A trop vouloir moraliser les conventions, on parvient à des inexactitudes regrettables dont certaines décisions sont des exemples caractéristiques. Ainsi, dans un arrêt en date du 15 janvier 1971, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « *le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracté* »¹³¹⁹. L'imprécision du vocabulaire est critiquable, et fait subrepticement franchir une nouvelle étape à la jurisprudence, le dol par réticence devenant le dol par silence. Or, un auteur a parfaitement mis en lumière la différence de nature, et pas simplement de degré, existant entre ces deux termes¹³²⁰. Tandis que le silence n'est qu'une attitude passive laissant subsister une erreur déjà commise par le cocontractant, la réticence est caractérisée

¹³¹⁴ Req., 6 février 1934, Sirey, 1935, 1, 296; Cass. Civ. 3ème, 6 novembre 1970, J.C.P., 1971, II, 16942, note J. Ghestin.

¹³¹⁵ *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, p.1183.

¹³¹⁶ **En doctrine** : J. Carbonnier, op. cit., n°51; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°221; J. Ghestin, op. cit., n°565 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°193; B. Petit, op. cit., n°22 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°465 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°225. **En jurisprudence** : Cass. Civ. 1ère, 19 mai 1958, Bull. Civ. I, n°251; Cass. Com., 2 mars 1959, Bull. Civ. III, n°113; Cass. Com., 21 avril 1959, Bull. Civ. III, n°178; Cass. Civ. 1ère, 21 juin 1960, Bull. Civ. I, n°339; Cass. Civ. 3ème, 15 janvier 1971, Bull. Civ. III, n°38; R.T.D. Civ., 1971, 839, obs. Loussouarn; Cass. Civ. 3ème, 30 janvier 1974, Dalloz, 1974, 237; Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1977, Bull. Civ. I, n°40; Cass. Civ. 1ère, 19 juin 1985, Bull. Civ. I, n°201; Cass. Civ. 1ère, 10 mai 1989, Bull. Civ. I, n°187; Cass. Civ. 3ème, 27 mars 1991, Bull. Civ. III, n°108, Dalloz, 1992, Som. Com., 196, obs. G. Paisant; R.T.D. Civ., 1992, 81, obs. J. Mestre.

¹³¹⁷ Voir not. B. Petit, op. cit., n°24; mais aussi : J. Ghestin, op. cit., n°570 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°225; M. Fabre-Magnan, op. cit., n°354 et suiv.

¹³¹⁸ Cf. supra n°283 et suiv.

¹³¹⁹ Arrêt précité.

¹³²⁰ Boccara, *Dol, silence, réticence*, G.P. 1953, 1, doct., p.25.

par « *l'omission d'un fait connu et concernant un point suffisamment grave qui a dû être envisagé par les intéressés comme essentiel dans la conclusion du contrat* »¹³²¹. Dans le premier cas, on est en présence d'une erreur utilisée par le cocontractant, dans le second, il s'agit d'une erreur provoquée, celui-ci taisant une information essentielle; le silence étant alors comme « *une sorte d'aveu, une manière de reconnaître l'exactitude des faits articulés* »¹³²², alors que cette articulation n'est pas conforme à la réalité. Or, admettre, le silence comme une manoeuvre dolosive reviendrait à exiger d'un contractant qu'il corrige chaque erreur d'appréciation de son partenaire, ce qui paralyserait tout commerce. L'exigence de bonne foi ne peut aller jusqu'à interdire les « *bonnes affaires* » et contraindre une partie, aussi puissante soit-elle sur le plan économique, à informer son partenaire qu'il est en train de réaliser une mauvaise affaire.

290 . Pour notre part, la justification de la réticence dolosive est ailleurs. L'article 1116 du Code civil a pour finalité de sanctionner la malhonnêteté d'une partie qui a sciemment trompé son cocontractant. L'interprétation téléologique de ce texte commande de n'accorder aucune importance aux moyens utilisés pour organiser la tromperie : il peut s'agir d'une mise en scène complexe, d'un simple mensonge, ou bien de la rétention d'une information. Mais dans cette dernière hypothèse, encore faut-il que l'auteur de la réticence dolosive ait volontairement dissimulé cette information à son partenaire. Pour ce faire, il est obligatoire qu'il ait connu la teneur de cette information. L'assouplissement des conditions d'existence de l'élément matériel du dol ne peut s'envisager que par le renforcement, sur le terrain de la preuve, des conditions d'existence de l'élément intentionnel¹³²³. C'est pour cette raison que la violation de l'obligation de s'informer pour informer, pesant sur le professionnel¹³²⁴, ne peut être sanctionné par le dol par réticence. Il s'agit certes d'une négligence fautive, mais non d'une volonté de dissimuler une information à son cocontractant dans l'intention de provoquer une erreur et de l'amener à contracter. Nous verrons plus loin que le concept de lésion pourrait servir de fondement efficace lorsqu'une obligation d'information n'a pas été convenablement exécutée¹³²⁵. D'ailleurs dans ce domaine le dol tend à utiliser la sanction naturelle de la lésion : la réfaction du contrat.

c - L'altération de la sanction naturelle du dol

291 . La sanction du dol est forcément, en vertu de l'article 1117 du Code civil, la nullité du contrat, avec l'octroi d'éventuels dommages-intérêts dans la mesure où le comportement déloyal de l'auteur du dol a causé un préjudice à son cocontractant. Mais l'attribution de dommages-intérêts ne doit pas faire perdre de vue le caractère obligatoire de l'annulation du contrat, puisqu'il a pour origine une erreur provoquée. Ainsi, la Cour de cassation doit être approuvée lorsqu'elle précise que le droit de demander la nullité d'un contrat par application de l'article 1116 du Code civil n'exclut pas l'exercice, par la

¹³²¹ M.A. Pérot-Morel, op. cit., p.196.

¹³²² Voirin, note au Dalloz, 1939, 1, 5.

¹³²³ F. Magnin, op. cit., n°34 : « *c'est (...) la considération que l'élément essentiel du dol était l'intention de tromper et non pas l'exécution d'actes positifs, manoeuvres ou mensonges, que l'on a admis la sanction de la réticence sur le fondement de l'article 1116* ».

¹³²⁴ Partie présumée économiquement puissante.

¹³²⁵ Cf. infra n°803 et suiv.

victime, des manoeuvres dolosives d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi¹³²⁶. En revanche, nous sommes en désaccord avec la jurisprudence qui désolidarise l'action en nullité et l'action en réparation du préjudice subi. Il s'agit notamment d'un arrêt du 14 mars 1972¹³²⁷ dans lequel il a été jugé que la victime d'un dol pouvait, sur le fondement de l'article 1116, limiter sa demande à des dommages-intérêts, notamment dans une vente, sous forme d'une réduction de prix. Pour M. Ghestin cette solution incontestable doit être approuvée¹³²⁸. Elle a d'ailleurs été largement confirmée par la suite¹³²⁹. Pourtant cette jurisprudence est basée sur un vice de raisonnement évident. Comment le cocontractant peut-il se plaindre d'un dol et réclamer sur ce fondement des dommages-intérêts, sans solliciter, en même temps, l'annulation du contrat vicié? N'y a-t-il pas une contradiction irréductible à se plaindre d'avoir été trompé par des manoeuvres frauduleuses ou une réticence dolosive et à souhaiter le maintien du contrat? Il faut rappeler que l'article 1116 du Code civil précise que « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Or, cet article ne dit pas « *n'aurait pas contracté dans les mêmes conditions* », ce qui aurait laissé la porte ouverte à une éventuelle possibilité de rééquilibrage de la convention. Il peut paraître curieux qu'un auteur tel que M. Ghestin, qui rejette la notion de dol incident au motif que le juge ne peut accorder de dommages-intérêts à la victime sans annuler le contrat, accepte cette faculté de choix pour le plaideur¹³³⁰. Rien ne justifie cette discrimination puisque ou bien il y a dol et le contrat doit être annulé avec éventuellement l'octroi de dommages-intérêts compensant le préjudice subi, ou alors il n'y a pas dol, et seule l'action en responsabilité civile de droit commun est ouverte, sans qu'il soit pertinent ou opportun de faire référence à l'article 1116 du Code civil. D'ailleurs, certaines Cour d'appel ont tendance à ne pas vouloir suivre la Cour de cassation sur ce terrain glissant. Dans l'arrêt du 4 octobre 1988¹³³¹, la Chambre commerciale a dû censurer une décision des juges du fond déclarant irrecevable une action en dommages-intérêts pour dol, au motif que les demandeurs ne pouvaient « *sous couleur de dommages-intérêts pour dol antérieur à une convention dont ils ne poursuivraient ni la résiliation ni la nullité, solliciter en réalité la modification de cette convention qui fait la loi des parties* ».

¹³²⁶ Cass. Civ. 1ère, 4 février 1975, Dalloz, 1975, 405, note Gaury; J.C.P., 1975, II, 18100, note C. Larroumet; Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1988, Bull. Civ. I, n°265; Dalloz, 1989, Som. Com., 229, obs. J.L. Aubert.

¹³²⁷ Cass. Com., 14 mars 1972, Dalloz, 1972, 653, note J. Ghestin.

¹³²⁸ Op. cit., n°575 : le parallèle effectué avec l'option de l'article 1644 du Code entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire ne semble pas pertinent puisqu'elle est, contrairement au dol, prévu spécialement par la loi.

¹³²⁹ Cass. Civ. 3ème, 11 octobre 1978, G.P., 16 janvier 1979, Panorama; Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1988, Bull. Civ. I, n°265; Defrénois, 1989, art. 34554, n°49, obs. approbative de J.L. Aubert, Cass. Com., 23 mai 1989, J.C.P., 1989, éd. E., I, 18761; R.T.D. Civ., 1989, 736, obs. J. Mestre; Cass. Com., 4 décembre 1990, Cont. Conc. Cons., 1991, n°28, obs. L. Leveneur; Cass. Com., 18 octobre 1994, Dalloz, 1995, 180, note C. Atias.

¹³³⁰ Pour écarter la notion de dol incident, M. Ghestin cite Ripert et Boulanger : « *la volonté d'acquiescer ne prend une valeur juridique que si elle est la volonté d'acquiescer moyennant un prix déterminé* ». Il est possible de reprendre cet argument pour critiquer la faculté de choix que la jurisprudence offre à la victime d'un dol entre l'action en nullité et l'action en réparation du préjudice subi. En effet, si la volonté n'a de valeur juridique qu'en considération des modalités contractuellement stipulées, le fait d'avoir été la victime d'une erreur provoquée par la malhonnêteté de son cocontractant devrait atteindre le consentement de façon irrémédiable.

¹³³¹ Précité.

292. M. Carbonnier est l'un des seuls à considérer que les résultats de cette jurisprudence « *laissent l'esprit mal à l'aise. Si la victime choisit de maintenir le contrat, c'est qu'elle y trouve avantage : où se situe alors sauf cas particulier son préjudice? Si elle conclut à une diminution du prix, ne se réclame-t-elle pas d'une lésion, hors des cas où la lésion est prise en considération par la loi?* »¹³³². Là aussi il est étonnant de constater que M. Aubert, qui est un opposant à l'extension *de lege ferenda* de la rescision pour lésion¹³³³, approuve la jurisprudence qui autorise la victime d'un dol à intenter une action en réduction du prix, ou simplement, ce qui revient au même, une action pour obtenir des dommages-intérêts¹³³⁴. Car c'est bien de lésion dont-il s'agit puisque la Cour de cassation, sous couvert de dommages-intérêts, autorise la réfaction du contrat par un rééquilibrage des droits et obligations réciproques.

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. Refuser l'admission de la lésion, de façon générale en droit positif, oblige la jurisprudence à dénaturer d'autres notions classiques, telles que le dol, pour parvenir à un résultat identique¹³³⁵. Mme Pérot-Morel avait d'ailleurs émis l'idée que la notion de dol incident, qui permet de rééquilibrer les prestations contractuelles, pouvait servir de substitut à la lésion¹³³⁶. Dans ces conditions, pour quelles raisons altérer la sanction naturelle du dol alors que la rescision ou la réfaction pour cause de lésion permettrait d'atteindre un résultat satisfaisant l'équité et ne dénaturant pas les notions classiques du droit des obligations? Cette question est d'autant plus d'actualité que les tribunaux font preuve d'imagination en inventant de nouveaux concepts pour pallier les insuffisances de la théorie des vices du consentement et protéger la partie économiquement faible contre les éventuels abus de puissance économique de son partenaire plus puissant. Il s'agit notamment de la notion d'abus de situation.

2/ L'ABUS DE SITUATION

293. Dans les contrats conclus entre parties de puissance inégale, il est apparu nécessaire d'assurer la protection de la partie en situation de faiblesse. Certains auteurs ont prôné une extension de la notion de dol en la désolidarisant de celle « *d'erreur provoquée* »¹³³⁷. Il s'agirait alors de sanctionner, indépendamment de toute erreur provoquée dans le consentement de l'une des parties, l'abus de situation commis par son

¹³³² Op. cit., n°51.

¹³³³ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°258.

¹³³⁴ Note sous Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1988, précitée.

¹³³⁵ M.A. Pérot-Morel, op. cit., p.204 : « *la lésion conduit parfois les tribunaux, contrairement au principe, à présumer le dol. Lorsque le déséquilibre devient par trop choquant, il semble, en effet, apporter la preuve évidente que l'une des parties a profité des circonstances pour extorquer de manière dolosive des engagements excessifs. Mais si de telles décisions se défendent en équité, elles ne sont pas irréprochables sur le plan juridique car la théorie du dol, malgré l'extension qu'on désire lui voir prendre se trouve alors manifestement en défaut* ».

¹³³⁶ Op. cit., p.207 : « *Avec la théorie du dol incident, la question d'un texte nouveau posant le principe général de la lésion perd sans conteste une grande partie de son importance* ».

¹³³⁷ F. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 2ème éd., 1965, p.70; note et obs. Y. Loussouarn sous C.A. Colmar, 30 janvier 1970, J.C.P., 1971, II, 16609 et R.T.D. Civ., 1970, p.755; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°452 et suiv.

cocontractant. L'apparition de cette notion a pour origine directe le fait que la notion classique du dol, et plus généralement de la théorie des vices du consentement, n'offre pas une protection suffisante de la volonté individuelle¹³³⁸, et ce notamment lorsque la victime est une partie en situation de vulnérabilité ou de faiblesse.

294 . Cette idée a animé la célèbre décision de la Cour d'appel de Colmar, en date du 30 janvier 1970¹³³⁹. En l'espèce, il s'agissait d'une femme âgée de 75 ans, qui avait décidé de partager des actions d'une société, dont elle était propriétaire, en deux parts égales entre sa fille et son fils. Deux jours plus tard elle revenait sur ce projet et rétractait son offre de donation au profit de son fils, puis signait un acte de vente des actions au profit de son gendre pour un prix modique. Par la suite, cette dame demandait l'annulation de cette vente pour dol en insistant sur les conditions suspectes dans lesquelles son gendre avait particulièrement insisté pour lui faire signer l'acte¹³⁴⁰. Bien qu'aucune erreur n'ait pu être relevée en l'espèce, la Cour de Colmar n'en a pas moins annulé la cession pour dol en retenant la lassitude de la vieille dame devant l'insistance pugnace de son gendre qui a contribué à affaiblir sa volonté. En quelque sorte, le gendre a commis un abus de situation en profitant fautivement des circonstances. Apparemment cette décision n'a pas de rapport avec l'idée de déséquilibre de puissance économique qui conduit notre raisonnement depuis le début de ces développements. En effet, la vieille dame ne se trouvait pas en situation de faiblesse économique à l'égard de son gendre; rien dans l'arrêt de la Cour de Colmar ne permet en tout cas de le dire. La situation de vulnérabilité n'était pas de nature économique, mais physique et psychologique. Néanmoins, en approuvant cette décision, certains auteurs ont émis l'idée d'une généralisation de l'abus de situation, qui pour le coup intéresserait la lutte contre les abus de puissance économique et la protection des contractants économiquement faibles.

M. Loussouarn, approuvant la décision de la Cour de Colmar, estime que cette nouvelle conception du dol comble un « *no man's land* » en matière de vices du consentement, en débarrassant enfin le dol de son rattachement à l'erreur, rattachement que le texte de l'article 1116 du Code civil ne consacre pas. C'est ajouter aux dispositions de cet article que d'exiger la preuve d'une erreur provoquée pour annuler un acte sur le fondement du dol¹³⁴¹. Cet auteur considère qu'« *en réalité l'affirmation selon laquelle le dol est une erreur caractérisée provient du fait que, dans la majorité des cas, le dol provoque une erreur. Mais il faut se garder de systématiser à l'excès. Il est fort possible, et cela se produit même parfois en matière d'acte à titre onéreux, que le consentement de la victime du dol n'ait pas été libre et éclairé sans qu'elle ait pour autant été induite en erreur* »¹³⁴². En suivant ce raisonnement la Cour de Colmar a posé en principe général que « *tous les agissements malhonnêtes, tendant à surprendre une personne en vue de lui faire souscrire un engagement qu'elle n'aurait pas pris si on n'avait pas usé de la sorte envers elle, peuvent être qualifiés de manoeuvres dolosives* »¹³⁴³.

¹³³⁸ F. Magnin, op. cit., n°8.

¹³³⁹ Précitée, avec en plus la note de M. Alfandari au Dalloz, 1970, p.297.

¹³⁴⁰ L'arrêt retient que ce n'est qu'au terme de longues discussions qu'elle avait consenti à la vente, un premier notaire ayant refusé d'instrumenter tandis qu'un second, n'habitant pas la ville et ignorant tout de l'affaire, avait finalement reçu l'acte pendant la nuit.

¹³⁴¹ Cf. Loussouarn, note précitée; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°452.

¹³⁴² Loussouarn, op. cit.

¹³⁴³ C.A. Colmar, 30 janvier 1970, précité, les magistrats concluant que « *la personne victime d'un dol n'est pas nécessairement trompée, la notion de dol débordant l'erreur et la violence* » et rappelant que le digeste « *tenait pour dol toute manoeuvre malhonnête destinée à circonvenir une personne pour obtenir d'elle un consentement* », IV, 3, *De dolo*, 1, 2.

295 . Cette conception du dol pourrait s'appliquer aux abus de puissance économique dont sont parfois victimes les personnes en situation de faiblesse économique, au moment de la conclusion du contrat. En effet, en faisant pression sur son partenaire, le contractant économiquement puissant abuse de la situation, à savoir du déséquilibre de puissance économique qui penche en sa faveur. Dans cette hypothèse, le consentement de la partie économiquement faible n'est pas vicié, celle-ci contractant en toute connaissance de cause. Pourtant, elle est contrainte d'accepter un contrat déséquilibré à son détriment en raison de circonstances et de l'avantage que tire son partenaire de la situation.

En approfondissant l'analyse, force est de reconnaître que ce raisonnement comporte d'importantes lacunes, outre le fait qu'il a été sanctionné par la Cour de cassation¹³⁴⁴. D'abord, il faut bien reconnaître que le dol étant un vice de consentement, celui-ci doit effectivement être altéré pour entraîner l'annulation du contrat¹³⁴⁵. Or pour être intègre le consentement doit procéder d'une volonté libre et éclairée. Si le critère de liberté ressortit au domaine de la violence, celui de la volonté éclairée ressortit forcément à celui de l'erreur, qu'elle soit spontanée ou provoquée. Il est difficile d'imaginer que l'atteinte à l'intégrité du consentement puisse résulter d'autre chose que d'un acte de violence ou d'une erreur¹³⁴⁶. Si effectivement l'article 1116 du Code civil ne mentionne pas expressément le terme « *erreur* » dans ses dispositions, il n'en est pas moins évident que cette notion sous-tend la justification de l'existence de cette action. Les conditions de l'erreur sont, d'ailleurs, assouplies par rapport à l'article 1110 du Code civil, pour tenir compte de la déloyauté de l'auteur du dol.

296 . Ensuite, M. Ghestin a eu l'occasion de souligner que l'abus de situation se rapproche d'avantage de la violence que du dol¹³⁴⁷. Le fait de tirer profit de la vulnérabilité d'une personne ou de sa faiblesse économique, rappelle la notion d'état de nécessité qui est traditionnellement rattachée au concept de violence. De même, la lassitude provoquée par une lourde insistance et des sollicitations abrutissantes trouvera une sanction plus logique sur le fondement de la contrainte morale. « *C'est en réalité la crainte de voir se prolonger une pression devenue intolérable, et la contrainte qui en résulte qui déterminent le consentement. Il y a donc violence et non dol* »¹³⁴⁸. Analysons donc si la violence est susceptible de constituer un fondement adéquat pour sanctionner les abus de puissance

¹³⁴⁴ Cass. Civ. 1ère, 23 janvier 1980, G.P., 1980, 2, pan. 327; Cass. Com., 2 juin 1981, Bull. Civ. IV, n°205, précisant que la « *seule insistance* » manifestée par un contractant à l'égard de l'autre n'est pas « *constitutive d'une manoeuvre dolosive* ». Cf. en dernier lieu, Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 1995 Cont. conc. cons. 1996 n°2 obs. L. Leveneur : « *Attendu que pour décider que cet acte était nul pour dol, l'arrêt attaqué a retenu l'existence de pression et de violence morale,...qu'en se déterminant ainsi, sans constater des manoeuvres destinées à provoquer une erreur de nature à vicier le consentement, la Cour d'appel n'a pas caractérisé le dol* ».

¹³⁴⁵ L'article 1116 du Code civil se trouve dans la section première du chapitre II, intitulée *Du consentement*.

¹³⁴⁶ En ce sens, F. Magnin, op. cit., n°40. Mais nous ne partageons pas l'opinion de M. Magnin lorsqu'il dit : « *il n'y a pas de déloyauté en effet à exploiter une situation favorable dès lors qu'on ne l'a pas créée en violation de ces obligations* ». Les choses ne sont pas aussi simples, et c'est en raison de position aussi radicale que certains juges éprouvent le besoin d'étendre la notion de dol au delà de ses limites naturelles. En effet, si le principe peut être celui de la libre faculté de profiter de certaines situations favorables, il faut immédiatement le tempérer par une exception qui est celle de ne pas abuser de sa puissance économique et profiter de la faiblesse de son cocontractant dans le but d'obtenir de lui un avantage excessif. Mais c'est un problème qui n'a aucun rapport avec l'intégrité du consentement. Cf. infra n°649 et suiv.

¹³⁴⁷ J. Ghestin, op. cit., n°557, et *L'abus dans les contrats*, G.P., 1981, doct., 379 et suiv.

¹³⁴⁸ J. Ghestin, op. cit., n°557.

économique et assurer, par la même, une protection satisfaisante aux contractants se trouvant dans une situation de vulnérabilité ou de fragilité économique.

B - L'ALTERATION DE LA NOTION DE VIOLENCE

297. La violence s'oppose au dol et à l'erreur en ce qu'elle porte atteinte à la liberté du consentement. Elle se définit classiquement comme une contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour l'amener à donner son consentement¹³⁴⁹. Cette définition donne immédiatement une idée de l'intérêt d'utiliser la violence plutôt que les autres vices du consentement, pour réprimer les abus de puissance économique. Si la violence physique a tendance à se raréfier dans notre société moderne, ce n'est que pour mieux laisser la place à la violence morale, notamment dans le domaine économique¹³⁵⁰. Ce déplacement du physique vers l'économique est parfaitement logique, car en réalité le vice n'est pas la violence mais la crainte qu'elle inspire¹³⁵¹. Il aurait donc mieux valu parler de contrainte, car la victime de la violence ne donne un consentement que contraint par la crainte d'un mal plus grave dont elle subit la menace. Le consentement existe donc mais la victime suit l'adage : entre deux maux on choisit le moindre¹³⁵². Ainsi entendue, la notion de violence est susceptible d'appréhender la contrainte illégitime que peut exercer une partie économiquement puissante sur son cocontractant en situation de dépendance économique¹³⁵³. L'avantage excessif extorqué par le cocontractant puissant sera, alors, révélateur de la contrainte qu'il a illégitimement fait subir à son partenaire. L'apparition de la notion de violence dans le monde économique n'a rien de surprenant dans la mesure où l'on parle, à notre époque, de guerre commerciale et que les langages journalistiques et de management utilisent volontiers les termes et métaphores militaires pour traduire la réalité du monde économique. La notion de violence semble d'autant mieux adaptée à la contrainte économique que l'article 1112 du Code civil vise non seulement « *la crainte d'exposer sa personne* » à un « *mal considérable* », mais aussi « *sa fortune* ».

¹³⁴⁹ Voir pour les diverses définitions données par la doctrine : J. Carbonnier, op. cit., n°43; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°224; J. Ghestin, op. cit., n°579; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°419, H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°199; B. Petit, *Violence*, Juris. Class. Civil, Art. 1111 à 1115, n°1 et suiv., H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°476; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°223; ouvrages spéciaux : A. Breton, *La notion de violence en tant que vice de consentement*, thèse Caen, 1925; Demogue, *De la violence comme vice du consentement*, R.T.D. Civ., 1914, 435; Lallement, *L'état de nécessité en matière civile*, thèse Paris, 1922; Paillard, *L'exception de nécessité en droit civil*, thèse Poitiers, 1949; Rowinsky, *La violence dans la formation du contrat*, thèse Aix-Marseille, III, 1987; Abdullan el Araby, *La contrainte économique et le délit civil de violence*, thèse Lyon, 1924.

¹³⁵⁰ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, n°45 : « *De nos jours, la violence étant devenue plus rare, et surtout moins brutale, la menace s'appelle intimidation ou chantage* ».

¹³⁵¹ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°224.

¹³⁵² *Coacta voluntas est tamen voluntas*.

¹³⁵³ En sens inverse, la violence peut constituer un moyen d'obtenir satisfaction à l'encontre des économiquement puissants. C'est ce que l'on appelle « *la violence des faibles contre les forts* » qui n'est que la réplique à la contrainte économique exercée par ces derniers. Voir sur ce point l'intéressante analyse de M. Ghestin, op. cit., n°579, citant un jugement du Tribunal civil de Nantes du 6 janvier 1956, G.P., 1956, 1, 61 : « *il est de fait que la plupart des lois sociales qui ont aidé l'ouvrier à sortir de sa condition servile, ont été dictées par la force syndicale, les ouvriers trouvant parfois par la grève ou même la violence les moyens de se faire* », ce même tribunal ajoutant néanmoins que « *l'exercice de la violence ne saurait être pour autant consacré; que le droit tout entier a pour but d'atténuer les tendances de l'homme à la violence considérée comme une régression elle-même antisociale (...)* ».

Mais pour pouvoir sanctionner les abus de puissance économique par la notion de violence, encore faut-il admettre que la contrainte puisse provenir des circonstances de faits. Car, dans le domaine de la « *violence économique* », l'économiquement puissant ne crée pas la contrainte, il se contente d'utiliser sa position de force, d'abuser d'une situation existant naturellement. C'est bien ce rapport de force préexistant à la menace qui enlève toute liberté à la volonté de celui qui est en position de faiblesse économique. Force est donc, dans un premier temps, d'analyser si le droit positif peut prendre en compte la violence qui découle de l'état de nécessité. Dans un second temps, nous serons amenés à critiquer l'application de cette notion d'état de nécessité à la matière économique.

1/ LA NOTION D'ETAT DE NECESSITE

Avant d'étudier comment la notion d'état de nécessité peut s'appliquer au domaine économique, et en particulier lorsqu'il existe une inégalité de puissance économique entre contractants qui dégénère en abus, il convient d'en analyser brièvement le contenu.

a - L'analyse de la notion d'état de nécessité

298. L'article 1111 du Code civil dispose que « *la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite* ». Cette différence avec le dol peut s'expliquer, selon certains auteurs, par le fait que « *la violence trouble plus gravement l'ordre public que le dol, contre lequel une personne avertie peut se défendre* »¹³⁵⁴. Il est en effet déterminant de comprendre que l'erreur ou le dol peuvent souvent être évités par une meilleure information ou une plus grande vigilance, tandis qu'il est pratiquement impossible d'échapper à la contrainte, qu'elle soit économique ou autre. Peut-on par un raisonnement analogique considérer que la contrainte peut provenir des circonstances extérieures, et non plus d'une ou plusieurs personnes?

299. Pothier, reprenant l'analyse romaniste, estimait que la violence devait obligatoirement provenir d'une personne, ne serait-ce qu'en raison de son caractère intentionnel, même si l'engagement contracté sous l'empire de l'état de nécessité pouvait être réduit s'il était excessif¹³⁵⁵. Il semble que ce soit d'ailleurs la conception retenue par le Code civil puisque l'article 1109 du Code civil parle de consentement « *extorqué par violence* » et l'article 1111 fait référence à « *la violence exercée* ». L'utilisation de ces termes paraît supposer une menace d'origine humaine, et en tout cas, un fait positif de l'homme¹³⁵⁶. Dans cette optique il est impossible de sanctionner sur le fondement de la notion de violence, les abus de puissance économique. L'économiquement puissant ne met pas intentionnellement son partenaire en état de faiblesse économique. Il ne crée pas cette

¹³⁵⁴ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°192.

¹³⁵⁵ *Obligations*, n°24, opinion suivie par les auteurs postérieurs et qui n'est pas sans rappeler la lésion : Demolombe, XXIV, n°150, Baudry, Lacantinerie, Barda I, n°77.

¹³⁵⁶ C. Larroumet, *Droit civil*, t.3, *Les obligations*, 1ère partie, Economica, n°371.

situation, qui est préexistante à l'abus de puissance économique, il se contente de l'exploiter, par la suite, au mieux de ses intérêts.

300 . Mais, l'argument de texte et la conception romaniste de la violence, invoqués à l'appui de cette thèse, ne suffisent pas pour rejeter comme non-fondée la notion d'état de nécessité. Toute l'ambiguïté du débat a pour origine une imprécision de vocabulaire. Il aurait mieux valu reprendre la traduction originelle du latin *metus* : la crainte¹³⁵⁷, car ce n'est pas la violence qui cause le vice du consentement, mais la crainte qu'elle suscite. Il importe donc peu que la violence provienne d'une action humaine ou des circonstances extérieures, du moment que la crainte est exploitée par une personne au détriment d'une autre. D'ailleurs, même dans l'hypothèse de l'état de nécessité, le consentement est « extorqué » par l'auteur de la violence¹³⁵⁸. C'est ce à quoi concluaient Planiol et Ripert en commentant la jurisprudence de la Cour de cassation, pour qui « *le consentement (..)est bien extorqué, alors même que le péril provient d'événement extérieurs, si le bénéficiaire de la promesse (ou un tiers) exerce une pression pour l'obtenir et par là l'impose en abusant de la situation. Il y a alors violence exercée par l'homme sur le consentement, ce qui est nécessaire mais suffisant* »¹³⁵⁹. Au surplus, la pression des circonstances peut être un facteur de contrainte aussi redoutable et irrésistible qu'une intervention humaine¹³⁶⁰, et le contractant qui en profite pour bénéficier d'un avantage excessif est moralement sur le même plan que celui qui a organisé lui-même les circonstances permettant d'exercer la violence. Compte tenu de ces arguments, et du souci de faire respecter le principe de justice contractuelle, la doctrine, dans une quasi unanimité, admet aujourd'hui sans difficulté que le vice de violence peut s'induire des circonstances extérieures, d'un état de nécessité dans lequel se trouve au moment de la conclusion du contrat, la partie victime¹³⁶¹.

301 . La jurisprudence, quant à elle, a admis très tôt que l'état de nécessité dans lequel se trouve une personne pouvait constituer, s'il était exploité indûment par une autre, le vice de violence entraînant la nullité relative du contrat conclu dans de telles circonstances. Il faut rappeler le célèbre arrêt du 27 avril 1887¹³⁶², qui a confirmé la nullité, pour cause de violence, de la convention de sauvetage maritime passée entre le capitaine d'un vapeur danois, le « Rolf » échoué en baie de Seine, et le capitaine du remorqueur « L'abeille, n°9 ». En l'espèce, ce dernier avait exigé du premier une somme de 18150 Francs-or, soit 5 % de la valeur du navire et de sa cargaison, avant d'accepter de renflouer le navire en perdition. L'attendu de la Cour de cassation est extrêmement clair : « *Attendu que l'arrêt attaqué constate que le capitaine du Rolf n'a souscrit l'engagement litigieux que pour sauver son navire qui, sans cela, aurait été prochainement et fatalement submergé et perdu; que ce n'est que contraint et forcé qu'après s'être vainement débattu pour obtenir des conditions moins rigoureuses, il a dû subir comme une nécessité la convention que le capitaine de l'Abeille n°9, abusant de sa situation désespérée, lui a imposée; qu'en*

¹³⁵⁷ Voir Code suisse des obligations, art. 29, al.1er.

¹³⁵⁸ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°232.

¹³⁵⁹ Planiol et Ripert, *Traité pratique du droit civil français*, t.VI, p.260.

¹³⁶⁰ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°232; B. Petit, op. cit., n°13.

¹³⁶¹ J. Carbonnier, op. cit., n°52; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°232; J. Ghestin, op. cit., n°586; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°203; B. Petit, op. cit., n°13 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°484; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°239; **contra** : C. Larroumet, op. cit., n°371; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°422.

¹³⁶² Req., 27 avril 1887, Sirey, 1887, 1, 372; Dalloz, 1888, 1, 263.

*annulant par suite cette convention, la Cour d'appel n'a ni commis un excès de pouvoir, ni violé, ni faussement appliqué aucun des articles susvisés »*¹³⁶³.

Hormis le cas très spécifique des spoliations de biens sous l'occupation allemande¹³⁶⁴, la jurisprudence a eu l'occasion de confirmer la solution inaugurée lors de l'arrêt de 1887. Ainsi, la perception par un avocat d'honoraires excessifs peut faire l'objet d'une demande en restitution, l'ignorance de ce que pouvait être, dans les circonstances de l'affaire, le montant normal de tels honoraires étant l'un des éléments de la contrainte morale ayant déterminé son client, en situation d'infériorité manifeste, à lui régler la somme demandée¹³⁶⁵. En l'espèce, il ne s'agissait plus de circonstances naturelles, mais de l'exploitation abusive d'une situation d'infériorité du client profane, par un professionnel, ce qui moralement revient au même. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a censuré un arrêt de Cour d'appel qui avait refusé de procéder à l'annulation pour violence morale d'un contrat de cautionnement souscrit par l'épouse du dirigeant d'une société en liquidation de biens¹³⁶⁶, et ce sous la pression des élus locaux, du syndic et du président du Tribunal de commerce qui menaçaient les deux époux d'une remise en cause judiciaire du changement de leur régime matrimonial effectué trois ans plus tôt. Mais comme le montre M. Morvan dans sa note, la Cour de cassation a été plus sensible à la situation économique qu'aux menaces proférées. Il est intéressant, en effet, de relever les liens économiques existant entre l'épouse du dirigeant et les auteurs de la violence morale, ces derniers ayant pouvoir de vie ou de mort sur l'entreprise familiale. L'épouse était donc dans une situation de dépendance économique, ce qui autorise M. Morvan à parler de « *violence économique* » et « *d'abus de force économique contraignante* »¹³⁶⁷.

b - L'application de l'état de nécessité aux abus de puissance économique

302. La notion de violence ne faisant aucune référence à l'erreur, élément trop psychologique pour avoir une utilité en matière d'abus de puissance économique, elle est susceptible, suite à une extension de son domaine d'application traditionnel, d'appréhender les problèmes créés par les déséquilibres de puissance économique et les défauts d'équivalence dans les prestations contractuelles¹³⁶⁸. Certes, cette extension, ne va pas sans une altération de la notion de violence, mais cela ne semble pas gênant tant les notions de contrainte morale et d'état de nécessité sont « *malléables* »¹³⁶⁹. L'application de l'état de

¹³⁶³ Il s'agissait des articles 1108, 1109, 1111 et 1134 du Code civil; cette jurisprudence a été consacrée par la loi du 29 avril 1916. Mais la loi 67-545 du 7 juillet 1967, relative aux événements de mer ne reprend pas expressément cette solution.

¹³⁶⁴ Une loi spéciale est venue régler le problème si bien que les dispositions relatives à la violence n'ont pas eu à s'appliquer de façon significative. Ordonnance du 21 avril 1945, complétée par celle du 9 juin 1945.

¹³⁶⁵ Cass. Civ. 1ère, 3 novembre 1976, G.P., 1977, 1, 67, note Damien, voir aussi pour un problème d'honoraires excessifs d'un chirurgien cette fois : C.A. Rennes, 20 mars 1929, Sirey, 1929, 3, 556; **contra** : Trib. Civ. Seine, 23 février 1907, Rev. Crit., 1907, 193, obs. G. Ripert, décision ne relevant pas de caractère excessif des honoraires perçus.

¹³⁶⁶ Cass. Com., 28 mai 1991, Bull. Civ. IV, n°180; Dalloz, 1992, 166 note P. Morvan; Dalloz, 1991, Som. Com., 385, obs. L. Aynès, R.T.D. Civ., 1992, 85, obs. J. Mestre.

¹³⁶⁷ Cf. note précitée.

¹³⁶⁸ Voir notamment M.A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion des contrats*, Dalloz, 1961, p.178 et suiv.

¹³⁶⁹ Op. cit.

nécessité en matière économique peut aisément se fonder sur la définition très souple, que donne Breton, de la contrainte : « *la pression exercée sur la volonté de l'agent par la menace d'un mal. On suppose que l'agent était placé devant l'alternative suivante : ou bien accomplir un certain acte, ou bien subir un mal qui ne pouvait être évité autrement. Il y aura contrainte morale, alors même que l'agent aurait accompli l'acte à la suite d'une détermination froide et raisonnée, en pleine connaissance de cause, sans le moindre affolement en vue seulement d'éviter le mal dont il était menacé* »¹³⁷⁰. Dans cette conception, la notion de contrainte est comme désincarnée par rapport à la dimension psychologique qui colore habituellement les vices du consentement. Elle n'est que le produit de circonstances inévitables desquelles découlent automatiquement le choix du contractant qui en subit le poids. Son partenaire n'a plus qu'à profiter de ces circonstances pour bénéficier d'un avantage inespéré, le consentement de la victime étant d'avance vicié, déterminé par les circonstances de faits. En quelque sorte, l'atteinte à la liberté du consentement se trouve en germe dans la situation de fait, et le seul fait d'en profiter engendre systématiquement le vice de violence tel que défini aux articles 1111 et suivants du Code civil.

303. L'analogie entre l'état de nécessité provoqué par les circonstances naturelles et celui découlant des circonstances économiques paraît alors évidente. Un chef d'entreprise en difficulté ne sera-t-il pas dans une situation comparable au capitaine du Rolf, si une entreprise économiquement plus puissante profite de cette circonstance pour lui imposer un contrat certes désavantageux mais sans lequel le dépôt de bilan serait immédiat? Entre le naufrage et la conclusion d'un contrat désavantageux, ce chef d'entreprise choisira sans doute, à l'instar du capitaine danois, le second. Ainsi, l'entreprise économiquement puissante aura profité de la situation critique de son partenaire, sur le plan financier, pour en tirer un avantage anormal. Certaines juridictions ont été convaincues par cette analogie et ont volontiers assimilé les circonstances économiques aux circonstances naturelles. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a qualifié « *d'état de nécessité et de dépendance économique équipollent à une violence morale constitutive d'un vice du consentement* » le fait pour un commerçant, qui achetait depuis près de vingt cinq ans les mêmes bouteilles de plongée en aluminium à son fournisseur attitré, d'avoir été dans l'obligation, au cours d'un été et alors que les modèles habituellement commandés n'étaient plus disponibles, de commander d'urgence de nouveaux modèles en acier, qui se sont révélés peu satisfaisant et dangereux¹³⁷¹. Il convient de souligner la particularité de cette espèce : rien n'indique que le fournisseur de bouteilles de plongée ait exercé une quelconque pression, même morale, sur son cocontractant. Celui-ci a simplement omis d'avertir son partenaire, qui se trouvait en pleine saison de plongée, d'une rupture de stock. Cette décision se démarque clairement de celles qui admettent le vice de violence, après avoir pris la précaution de relever des faits de nature à impressionner le cocontractant et à susciter chez lui la crainte d'un mal considérable¹³⁷². Il est possible d'en déduire que la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvait l'exploitant de l'activité de plongée sous marine constitue, à elle seule, l'élément objectif du vice de violence. Le simple fait qu'un tiers en profite suffit à

¹³⁷⁰ Breton, *La notion de violence en tant que vice du consentement*, thèse Caen, 1924, p.95.

¹³⁷¹ C.A. Aix, 19 février 1988, Bull. Cour d'Aix, n°24; R.T.D. Civ., 1989, 535, obs. J. Mestre.

¹³⁷² Voir par exemple : Trib. Civil de Nantes, 6 janvier 1956, G.P., 1956, 1, 61, pour des « renégociations » entre employeurs et salariés conduites sous des menaces de tringles de tapis d'escalier, de tisonniers et de pieds de fauteuil brisés; C.A. Douai, 16 juin 1982, J.C.P., 1983, II, 20035, note R. Jambu-Merlin et R.T.D. Civ., 1984, 111, obs. F. Chabas, pour des négociations menées dans une cabine de navire gardée à la hache.

justifier l'application de l'article 1112 du Code civil, sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'actes spécifiques de violence ou de menace.

304 . Le même raisonnement a été utilisé dans l'hypothèse d'un lien de subordination juridique qui, la plupart du temps, ne fait que traduire une dépendance économique. Ainsi, dans un arrêt en date du 3 octobre 1973, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que la novation d'un contrat de travail de deux danseuses a été obtenue par violence, l'employeur menaçant de ne pas les payer si elles refusaient de signer¹³⁷³. Dans le même sens, une salariée qui a donné sa démission dans les locaux de la direction, contrairement aux stipulations du contrat de travail, a été considérée comme ayant fait l'objet d'une violence morale, eu égard à la situation particulièrement intimidante, qui comportait un élément émotionnel de nature à la mettre en position d'infériorité¹³⁷⁴. Sans multiplier à l'excès les exemples, il convient, enfin, de citer l'arrêt du 5 juillet 1965¹³⁷⁵, qui a annulé un contrat de travail comportant des clauses désavantageuses pour l'employé, qui l'avait conclu sous l'empire d'un état de nécessité fondé sur un besoin immédiat d'argent et la maladie d'un de ses enfants. Là aussi l'élément matériel de la violence est extrêmement ténu et semble plutôt découler de la dépendance économique dans laquelle se trouve le salarié à l'égard de son employeur.

305 . L'arrêt qui a le mieux traduit la dimension économique de l'état de nécessité est, sans doute, celui rendu par la Cour d'appel de Paris dans la célèbre affaire Audi NSU¹³⁷⁶. Les faits de l'espèce n'ont pas grande importance pour notre démonstration. Il suffit de savoir qu'un litige opposait la société Estagence, concessionnaire, et la société Audi NSU-France, concédant, concernant le renouvellement et la modification d'un contrat de concession à durée déterminée d'une année, renouvelable après de nouvelles négociations; la partie désirant ne pas procéder au renouvellement devant en informer l'autre dans un délai de trois mois avant le temps fixé. A l'évidence le préavis de résiliation n'avait pas été respecté en l'espèce par le concédant, celui-ci faisant d'ailleurs preuve d'une bonne foi pour le moins douteuse en imposant la signature d'un second contrat à son concessionnaire. Mais là n'est pas l'intérêt de la décision¹³⁷⁷, et il vaut mieux s'attarder sur la définition économique du contrat de concession que donne la Cour d'appel de Paris: « *considérant en effet que les deux partenaires au contrat de concession de vente d'automobiles ne sont pas placés sur un pied d'égalité du fait, à l'égard du concédant, de la sujétion économique du concessionnaire actuellement privé dans notre droit positif de toute protection légale; que les premiers juges ont à bon droit qualifié une telle convention de contrat d'adhésion entre une entreprise puissante et un concessionnaire d'un poids économique incomparablement*

¹³⁷³ Cass. Soc., 3 octobre 1973, Bull. Civ. V, n°541.

¹³⁷⁴ Cass. Soc., 13 novembre 1986, J.C.P., 1987, IV, p.27; **contra** : Cass. Soc., 22 novembre 1979, Bull. Civ. V, n°885, qui refuse de retenir le vice de violence en relevant que la lettre de démission a été envoyée de son domicile et non de l'endroit où avait eu lieu l'entretien préalable; Cass. Soc., 8 juin 1983, Dalloz, 1983, I.R., p.390, refusant de retenir la contrainte morale que prétendait avoir subi un salarié menacé de licenciement à l'issue de la période d'essai en cas de désaccord sur ses conditions de travail, son employeur lui ayant laissé croire par une annonce que son logement serait assuré; Cass. Soc., 25 avril 1984, Bull. Civ. V, n°142, refusant de qualifier de contrainte le licenciement antérieurement décidé, mais finalement rapporté, d'un salarié qui, entre temps, avait donné sa démission.

¹³⁷⁵ Cass. Soc., 5 juillet 1965, Bull. Civ. IV, n°545.

¹³⁷⁶ C.A. Paris, 27 septembre 1977, Dalloz, 1978, 690, note critique H. Souleau; G.P., 1978, 1, 110 note approbative J. Guyénot; R.T.D. Com., 1978, 595 obs. J. Hémar : cette décision a été cassée par un arrêt de la chambre commerciale en date du 20 mai 1980 rapporté au bulletin civil IV, n°212.

¹³⁷⁷ A s'en tenir à l'exposé de ces faits, la Cour d'appel aurait pu utiliser la notion d'abus du droit dans la rupture du contrat. Cf. notamment la note de H. Souleau.

plus faible ». De cette définition, la Cour de Paris tire la conséquence économique suivante : « Or, considérant que le contrat de concession exclusif, même s'il n'est pas d'intérêt commun, est une convention complexe réglant les modalités d'une collaboration économique entre le concédant et le concessionnaire et exigeant de ce dernier des investissements mobiliers et immobiliers importants, ainsi que des dépenses de publicité et de formation du personnel nécessitant pour être amortis une certaine stabilité des relations contractuelles entre les deux partenaires »¹³⁷⁸.

Que l'on critique¹³⁷⁹ ou que l'on approuve¹³⁸⁰ cette conception du contrat de concession, force est de reconnaître qu'elle a servi de point d'appui pour caractériser la violence morale subie par le concessionnaire dans le cadre de la conclusion du second contrat. En l'espèce, rien ne permet d'affirmer que le concessionnaire ait fait pression sur son cocontractant ou ait proféré des menaces quelconques susceptibles de susciter la crainte. Or, la Cour d'appel a pourtant déduit du rapport de force déséquilibré au détriment du concessionnaire, que celui-ci « a finalement accepté de souscrire l'engagement litigieux (...) pour échapper au mal considérable que représentait pour lui la fermeture immédiate de son entreprise; qu'il a dû subir comme une nécessité la convention que la société Audi NSU-France, abusant de sa force économique contraignante, lui a imposée; considérant dès lors que le consentement libre exigé par l'article 1108 du Code civil, comme condition essentielle de la validité d'une convention, n'existe pas en l'espèce (...) ». Il est clair que la violence morale est exclusivement induite du fait que le concessionnaire a abusé de sa puissance économique. Il a profité d'une situation qui le mettait en position de force. Compte tenu du déséquilibre de puissance économique qui existe entre le concédant et le concessionnaire, ce dernier avait le choix entre la soumission ou la disparition. Son consentement semble donc bien avoir été privé de liberté. Pourtant, et malgré la logique apparente de ce raisonnement, il ne semble pas que la violence morale, qu'on la nomme « état de nécessité » ou « violence économique », puisse constituer un moyen juridique adéquat pour prendre en compte les déséquilibres de puissance économique et assurer une protection satisfaisante du contractant en situation d'infériorité ou de dépendance.

2/ CRITIQUE DE L'APPLICATION DE LA NOTION D'ETAT DE NECESSITE EN MATIERE ECONOMIQUE

306. Appliquée au domaine économique, la notion d'état de nécessité est sujette à critiques¹³⁸¹, car il ne peut y avoir analogie avec les hypothèses où cette notion est utilisée pour tenir compte de circonstances naturelles, que ce soient le naufrage d'un navire ou l'état de guerre. Il est possible de distinguer deux types de critiques : la critique de principe et la critique technique. Il importe de préciser que ces critiques ne portent pas sur la finalité

¹³⁷⁸ Il est vrai qu'en l'espèce le concessionnaire avait effectué, sur demande du concédant, d'importantes dépenses, notamment pour ouvrir un deuxième local afin de séparer les activités de vente de véhicules Volkswagen d'une part et Audi d'autre part, et ce à la suite de la prise de contrôle de Audi par Volkswagen.

¹³⁷⁹ Cf. H. Souleau, note précitée.

¹³⁸⁰ Cf. J. Guyénot, note précitée.

¹³⁸¹ En ce sens, cf. M.A. Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, R.T.D. Civ., 1992, 269 et spec., 292 : « la pression économique ne peut constituer cet état de nécessité dont la jurisprudence n'a que sporadiquement et restrictivement fait usage pour annuler un contrat ».

de la jurisprudence en la matière, qui est d'introduire une plus grande dose d'équité et de justice contractuelle, mais uniquement sur les moyens et fondements juridiques pour y parvenir. A l'issue de ces développements, la critique de l'application de la notion d'état de nécessité en matière économique débouchera sur une remise en cause de la notion elle-même, que les circonstances qui en sont la source soient économiques ou même naturelles¹³⁸².

a - La critique de principe

307 . Il est classique de rappeler que le vice de violence, qu'il soit de nature physique ou morale, affecte le consentement dans son élément de liberté. La doctrine a coutume d'insister sur la contrainte engendrée chez celui qui en est victime. Ainsi justifiée, la violence doit être rapprochée du principe de l'autonomie de la volonté dont elle n'est finalement qu'une traduction juridique en droit positif¹³⁸³. Il est vrai que dans un état de nécessité, la liberté de l'individu est, sinon abolie, du moins fortement contrainte et conditionnée¹³⁸⁴. Tenir compte, sur le plan juridique, d'un consentement donné sans liberté serait contraire au principe de l'autonomie de la volonté. C'est la raison pour laquelle la convention, que le capitaine du vapeur danois le « Rolf » a été contraint de conclure, a été annulée pour cause de violence morale résultant de l'état de nécessité dans lequel il se trouvait¹³⁸⁵. Mais l'état de nécessité qui découle des circonstances économiques est-il véritablement comparable à celui provoqué par des circonstances naturelles?

Contrairement à certains auteurs, qui ont plus ou moins tendance à assimiler ces deux réalités et à les traiter comme s'il s'agissait de deux facettes d'un même concept¹³⁸⁶, nous estimons qu'il n'est pas correct d'induire le vice de violence d'un état de nécessité découlant d'une situation économique, aussi inégalitaire et déséquilibrée soit-elle. Deux raisons d'inégales valeurs peuvent être avancées.

308 . Si l'on compare le rôle de la volonté dans la naissance de l'état de nécessité, force est de constater une différence notable. Lorsque l'état de nécessité provient de circonstances naturelles, le rôle de la volonté, dans la naissance de cet état, est nul. Ainsi, le capitaine de navire n'a pas voulu, en prenant la mer, se mettre en situation difficile. Il n'est

¹³⁸² La seconde partie permettra de montrer que la notion de lésion est un fondement plus satisfaisant pour appréhender les situations envisagées actuellement dans le cadre de l'état de nécessité.

¹³⁸³ J. Carbonnier, op. cit., n°47; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., 224 et 232; B. Petit, op. cit., n°3; A. Rieg, *Violence*, Ency. Dalloz, n°1 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°476 : « la violence affecte la volonté dans son élément de liberté, supprimant pratiquement la liberté de décision »; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°233 : « le consentement est atteint non dans sa dimension réflexive mais dans sa dimension volitive ».

¹³⁸⁴ J. Carbonnier, op. cit., n°43 : « la violence fait pression sur la volonté, elle ne l'abolit pas (*coacta voluntas, tamen voluntas*) ».

¹³⁸⁵ Req., 27 avril 1887, précité.

¹³⁸⁶ J. Ghestin, op. cit., n°580; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°484 et suiv.; **contra** : P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°420; B. Petit, op. cit., n°18; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°240; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1989, 538, estimant que la notion d'abus de dépendance économique, entendue trop largement, est un « ferment révolutionnaire »; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°46 : « Par lui-même, l'état de nécessité n'est pas une cause de nullité de contrat », voir aussi en ce sens Lallement, *L'état de nécessité en matière civile*, thèse Paris, 1922, n°45 et suiv.

pour rien dans le naufrage ou la tempête. Au contraire, le concédant, qui a été protégé dans le cadre de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 septembre 1977¹³⁸⁷, a voulu contracter, du moins pour le premier contrat, avec un concessionnaire dont la force économique est sans commune mesure avec la sienne. C'est lui qui a voulu instaurer cette situation inégalitaire. Bien entendu, il ne pouvait influencer sur l'importance du déséquilibre économique, mais il avait le choix entre contracter ou ne pas contracter. Au moment de contracter, il savait que le rapport des forces économiques lui serait défavorable et qu'il courait un risque important de subir la loi dictée par le concédant. S'il préférait ne pas subir ce type de situation, il avait l'entière faculté de rester économiquement indépendant, en vendant, par exemple des voitures d'occasion sans se lier par un contrat que l'on peut qualifier de dépendance¹³⁸⁸.

Certes, on peut nous objecter que le capitaine du navire a choisi également de prendre la mer et que, s'il était resté à terre, il ne se serait pas trouvé dans un rapport de force défavorable à cause d'une tempête ou d'un risque de naufrage. Mais l'objection ne porte pas, car le rapport de force est extrêmement aléatoire : il est statistiquement peu fréquent qu'un navire soit en grande difficulté. En outre, l'état de nécessité n'existe pas par le simple fait de prendre la mer, il est créé à la suite de la survenance d'un événement naturel imprévu et extérieur à la volonté. Inversement, dans le cadre du contrat de concession, le déséquilibre de puissance économique existe dès l'origine. Le simple fait de vouloir contracter avec plus fort que soit crée l'état de nécessité. La seule incertitude est de savoir si le cocontractant économiquement puissant en abusera ou non. Mais une autre objection, celle-ci parfaitement fondée, pourrait être émise : l'état de nécessité économique peut ne pas être induit d'une volonté initiale. Que l'on pense au besoin pressant d'argent d'un salarié ou aux difficultés financières d'une entreprise. Il faut donc compléter l'analyse par un second argument qui est, quant à lui, décisif.

309. On vient de voir que l'état de nécessité, qui découle des circonstances naturelles, est purement aléatoire et statistiquement peu fréquent. Il est donc possible d'en déduire une contrainte susceptible de priver le consentement de toute liberté. En revanche, une contrainte de cette nature ne se retrouve pas dans le monde économique. Celui-ci est, en effet, en grande partie fondé sur une problématique de contrainte. Rappelons l'analyse du fondement de l'économie politique. A l'origine, il s'agit pour l'homme de subvenir à ses besoins par la création, l'emploi et la répartition de ressources. Or si les besoins de l'homme sont illimités, les biens économiques permettant leurs satisfactions sont, quant à eux, limités, d'où les phénomènes de rareté qui en découlent¹³⁸⁹. De là va naître l'activité économique qui est un effort constant d'adaptation, de réduction du décalage existant entre la nature et les besoins de l'homme¹³⁹⁰. La contrainte est donc à la source du système économique. L'homme dans l'univers est contraint de produire, de transformer, d'adapter, de consommer¹³⁹¹. D'ailleurs l'interdépendance des agents du circuit économique¹³⁹²

¹³⁸⁷ Précité.

¹³⁸⁸ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, thèse précitée.

¹³⁸⁹ P. Flouzat, *Economie contemporaine*, t.1, *Les fonctions économiques*, p.14.

¹³⁹⁰ H. Guitton et D. Vitry, *Economie politique*, n°3.

¹³⁹¹ Ce qui rappelle la condamnation divine : « *Maudit soit le sol à cause de toi ! C'est dans la souffrance que tu te nourriras de lui tous les jours de ta vie. Il fera germer pour toi épine et ronce et tu mangeras l'herbe des champs. A la sueur de ton visage tu mangeras du pain jusqu'à ton retour au sol, car tu es poussière et tu retourneras en poussière* », Genèse, III, 18, 19.

¹³⁹² D. Flouzat, op. cit., p.41, pour une explication du circuit simplifié dans une économie monétaire.

rappelle curieusement le sens originel du verbe contraindre : lier ensemble, enchaîner¹³⁹³. Les problèmes économiques posés dans notre société évoquent cette idée d'enchaînement, de liens entre les difficultés : l'emploi dépend du niveau de production qui dépend du niveau de consommation, qui lui-même dépend du niveau d'emploi et de la crainte ressentie dans la population active de s'en trouver un jour dépourvu.

Il faut reconnaître que les économistes avaient largement ignoré l'importance de l'idée de contrainte, tant était intense leur volonté de systématiser, de mécaniser les relations économiques entre les individus, pour en induire des lois abstraites et universelles. C'est l'un des grands mérites de François Perroux que d'avoir introduit dans l'analyse économique les notions d'inégalités, de dépendance et de contrainte, et de contribuer à sortir la théorie économique des raisonnements trop abstraits. « *Cette simplification est la gloire d'une pensée économique qui détermine les relations entre les hommes à la manière dont on détermine les relations entre les choses; c'en est aussi l'échec et la défaite. La preuve en est donnée par la redécouverte nécessaire, lente et pénible, qui est en train de s'accomplir : elle dévoile les conditions réelles dans lesquelles se forment les décisions des agents et leurs conduites. Ces agents **veulent et peuvent**; ils s'assignent des buts et ils y ajustent des moyens; il le font dans des conditions d'inégalités foncières* »¹³⁹⁴. Pour Perroux, la contrainte, qui est un bien économique à part entière¹³⁹⁵, est un facteur explicatif essentiel du processus de décision des agents économiques. C'est un élément incontournable et non négligeable du système économique¹³⁹⁶, à condition d'envisager l'étude de celui-ci, non pas de façon fallacieuse en posant comme postulat que la concurrence sur le marché est pure et parfaite, mais en admettant que les agents économiques sont d'inégales puissance économique et que leurs luttes et leurs forces contractuelles sont primordiales¹³⁹⁷.

310. Plus classiquement, et même si l'on ne fait appel à l'inégalité entre les agents économiques, il est impensable de croire qu'il s'agit d'un monde sans contrainte. A l'intérieur d'une entreprise, la réalisation du profit passe par une gestion des contraintes que constituent les différentes charges d'exploitation. A l'extérieur, l'entreprise est un centre de gestion des incertitudes du marché. Par conséquent, la fixation des prix tient moins de la volonté purement rationnelle de l'agent, que du résultat de la somme des contraintes, tant internes qu'externes, que l'entreprise subit en permanence. Ici, la notion de contrainte est extrêmement relative, et rares seront les situations dans lesquelles les intervenants bénéficieront d'une liberté totale de décision. Dans ces conditions, l'impératif de rentabilité, imposé à une société anonyme cotée en bourse par l'ensemble de ses actionnaires, est une contrainte aussi rigide que celle que peut rencontrer une P.M.E. en difficulté financière. Les besoins financiers sont, eux aussi, relatifs. Ils dépendent du type d'activité exercé et du besoin en fonds de roulement et en investissement exigé par l'exploitation. De même une entreprise peut faire des bénéfices annuels, avoir un actif

¹³⁹³ Du latin *constringere*; cf. *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, p.487.

¹³⁹⁴ F. Perroux, *L'économie du XXème siècle*, p.6.

¹³⁹⁵ Op. cit., p.571 et suiv.

¹³⁹⁶ Op. cit., p.46 : « *Susceptibles d'effets variables et gradués (...), elle (la contrainte) aboutit toujours à changer les éléments de décision et les résultats de certaines unités par d'autres. La comparaison s'établissant par référence à un état initial sans contrainte repérable ou caractérisé par des rapports de contraintes déterminés* ».

¹³⁹⁷ Op. cit., p.21 : « *Entre eux, les agents diffèrent par le nombre des variables et la longueur des périodes qui définissent leur champ mental et leur horizon économique; par leur consistance ou aptitude à résister aux pressions, par leur agressivité ou capacité de modeler leur environnement selon leur intérêt propre; par l'étendue de leurs flux et de leurs stocks de marchandises et de monnaie* ».

important, gage de sa solvabilité, et être, à un moment précis, dans une impasse de trésorerie caractérisant l'état de cessation des paiements tel que défini à l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985.

Dans le même ordre d'idées, le marché peut exercer une contrainte déterminante sur une entreprise. Prenons l'exemple de l'effondrement des prix de certains produits agricoles. Les entreprises le subissent par contrainte. Pourront-elles revenir, après la saison, sur les ventes effectuées à vil prix au seul motif qu'une contrainte économique leur a ôté toute liberté de choix? Il est certain que la baisse des prix a profité aux intermédiaires, aux grandes surfaces et, enfin de compte, aux consommateurs. Devront-ils verser des dommages-intérêts aux entreprises agricoles pour avoir profité de l'état de nécessité dans lequel elles se trouvaient en pleine saison? A bien y regarder, et sans porter de jugement de valeur, le système économique libéral est fondé sur l'exploitation des contraintes des autres, qu'ils soient salariés, clients, fournisseurs ou concurrents. Le profit ne peut naître que de l'exploitation de la nécessité dans laquelle se trouve chaque entreprise, le degré de contrainte variant de façon inversement proportionnelle à la puissance économique de l'agent. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'on prend la peine de signer des contrats à exécution successive¹³⁹⁸. Le but est d'éviter qu'une évolution de la conjoncture économique amène l'un des contractants à ne plus satisfaire l'autre en raison de contraintes plus importantes, telles que par exemple l'augmentation du prix des matières premières. Le contrat servira alors de contraintes juridiques primant la contrainte économique.

311. Prenons, pour illustrer notre propos, le cas moral proposé par Cicéron à propos de la famine de Rhodes¹³⁹⁹. « *Si par exemple un honnête homme avait transporté d'Alexandrie à Rhodes, une grande quantité de blé à un moment où Rhodes est sans ressources, où la famine sévit, et où les vivres se vendent très cher, s'il savait aussi que plusieurs marchands ont quitté le port d'Alexandrie, et s'il avait vu, dans la traversée, des bateaux chargés de blé à destination de Rhodes, va-t-il le dire au Rhodiens, ou gardera-t-il le silence pour vendre son blé le plus cher possible?* » Sur ce cas, Cicéron va faire dialoguer deux philosophes stoïciens, d'une part Diogène de Babylone qui estime que le vendeur a le droit de se taire sur les circonstances externes à sa marchandise, et d'autre part Antipater qui est choqué par cette rétention d'information et considère qu'un homme droit et juste doit informer les Rhodiens de l'arrivée imminente de bateaux chargés de blés. Cicéron, d'un point de vue moral, prend le parti d'Antipater, ce que fera aussi Pothier plusieurs siècles après¹⁴⁰⁰. Sur un plan juridique, comment appréhender cette situation? A juste titre, Mme Fabre-Magnan considère que ni l'erreur ni le dol ne peuvent servir de fondement à une éventuelle annulation des contrats de vente passés avec les Rhodiens¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁸ Cf. J.M. Mousseron, *La gestion des risques par le contrat*, R.T.D. Civ., 1988, 481.

¹³⁹⁹ Cicéron, *Traité des devoirs*, Liv.III, Chap.XII, 50, in *Les stoïciens*, Bibliothèque de La Pléiade, éd. Gallimard, textes traduits par Emile Bréthier.

¹⁴⁰⁰ Pothier, *Traité du contrat de vente*, Partie II, chap. II, Article III, n°241 : « *N'est-ce pas vouloir par cette réticence profiter et s'enrichir aux dépens des acheteurs, que de leur faire par cette réticence acheter une chose sur laquelle il est certain qu'ils doivent dans deux jours perdre les quatre cinquièmes?* », voir pour une opinion contraire Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, 2ème vol. de la 2ème partie, t.3 question 77 : *la fraude*, p.487, éd. du Cerf, Paris, 1985 : « *c'est seulement plus tard que la valeur de la marchandise doit baisser, du fait de l'arrivée de nouveaux marchands, et cette circonstance est ignorée des acheteurs* » ; « *par conséquent, le vendeur peut, sans blesser la justice, vendre sa marchandise au taux du marché où il se transporte, sans avoir à révéler la baisse prochaine* ».

¹⁴⁰¹ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, n°162 : « *En définitive, il n'y a pas lieu en principe à l'annulation de contrat dans des hypothèses similaires à l'exemple de Cicéron, sous peine d'élargir outre mesure la portée de l'obligation d'information* ».

Cependant, Mme Fabre-Magnan, reprenant l'opinion de Flour et de M. Aubert¹⁴⁰², prône l'utilisation, dans ce genre d'hypothèses, de la notion d'état de nécessité pour fonder l'annulation des contrats de vente, « *le consentement des habitants souffrant de la disette et de la famine n'étant pas libre* »¹⁴⁰³. Mais leur consentement n'est pas moins libre que celui d'une société qui conclut un marché économiquement désavantageux par besoins financiers ou qui brade son stock pour dégager des liquidités. Dans ces hypothèses, personne ne soutiendra sérieusement l'existence d'une violence morale, malgré un état de nécessité évident et une menace de disparition de l'entreprise! Reprocher au vendeur de blé d'exploiter abusivement la situation de faiblesse dans laquelle se trouve les Rhodiens reviendrait à nier ce qui est à la fois le fondement et le but de l'économie capitaliste et libérale : la recherche du profit. M. Rudden l'a très bien compris en reprochant à la position adoptée par Cicéron et Pothier, d'une part de ne pas tenir compte de la valeur du blé aux yeux des Rhodiens, ce qui revient à reprendre l'argument de Saint Thomas d'Aquin, et d'autre part de décourager l'activité économique et l'investissement¹⁴⁰⁴. Mais tout est question de culture et de civilisation, car plutôt que de blâmer de tels comportements, le peuple juif exalte les exploits du jeune Joseph qui, au pays d'Egypte interpréta les songes de Pharaon et devint gouverneur¹⁴⁰⁵. Pendant les sept années d'abondance il préleva un cinquième des récoltes de blé du pays, qu'il revendit peu à peu pendant les sept années de famine qui suivirent. Cette habile manoeuvre permit à la maison de Pharaon de récolter tout l'argent qui se trouvait aux pays d'Egypte et de Canaan¹⁴⁰⁶. Pour éviter de mourir de fin, les habitants échangèrent contre du pain l'ensemble de leur troupeau, puis la totalité de leurs terres¹⁴⁰⁷. L'affaire fut très lucrative puisqu'au sortir des sept années de famine, Pharaon s'était considérablement enrichi par la vente du blé et possédait la quasi-intégralité des terres d'Egypte¹⁴⁰⁸. Par la suite, Joseph donna ces terres en fermage et continua ainsi à prélever, pour le compte de Pharaon, un cinquième des récoltes à titre de redevance¹⁴⁰⁹. Il faut bien reconnaître que la richesse des plus grandes nations s'est formée, au cours de l'histoire par l'exploitation de la faiblesse des autres nations. En matière économique, le profit naît souvent de l'exploitation judicieuse des circonstances et des contraintes qui pèsent sur les individus. Il ne semble donc pas opportun de condamner le diligent marchand d'Alexandrie et Joseph pour exploitation abusive de l'état de nécessité dans lequel se trouvaient leurs cocontractants, sous peine de détruire les fondements de notre système économique¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰² J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°232 : « *L'assimilation de l'état de nécessité à la violence doit être posée comme une règle générale, mais seulement lorsque le cocontractant a profité des circonstances pour stipuler des conditions abusivement favorables* ».

¹⁴⁰³ M. Fabre-Magnan, op. cit., n°162.

¹⁴⁰⁴ B. Rudden, *Le juste et l'inefficace pour un non devoir de renseignements*, R.T.D. Civ., 1985, p.98 : « *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'accélérer le voyage : en conséquence, les transports ne se seraient pas développés, et les beaux clipper qui faisaient les grandes courses de thé n'auraient jamais été construits* ». Surtout, dans l'attente des autres navires, moins rapides, les Rhodiens auraient eu à subir quelques jours de famine en plus, ce qui aurait pu être fatal pour certains d'entre eux.

¹⁴⁰⁵ Genèse, chapitre XLI, v.1 et suiv.

¹⁴⁰⁶ Genèse, chap. XLVII, 13 à 15.

¹⁴⁰⁷ Genèse, chap. XLVII, 15 à 20.

¹⁴⁰⁸ Les terres appartenant aux Prêtres étant mises à part.

¹⁴⁰⁹ Op. cit., 23 et suiv.

¹⁴¹⁰ Il y a d'ailleurs une différence entre le problème posé par la famine de Rhodes et celui du vapeur danois échoué en baie de Seine. D'abord rien n'indique dans l'énoncé de Cicéron que le marchand a imposé un prix exagéré aux Rhodiens. Il est possible qu'il se soit contenté de proposer un prix élevé spontanément

Il faut donc conclure, à la suite de Ripert, qu'en matière économique l'état de nécessité n'est pas une cause de nullité des contrats. « *Tout homme se trouve plus ou moins dans la société en état de nécessité de contracter, car il ne peut vivre sans contracter* »¹⁴¹¹. L'impératif de liberté du consentement doit être entendu de manière relative¹⁴¹², en ce sens que l'homme n'est jamais totalement libre des décisions qu'il prend. Il est impossible de nier, surtout dans le domaine économique, le poids des contraintes et des circonstances dans le processus décisionnel. C'est justement ce qui permet à Mme Frison-Roche de distinguer la volonté, qui est l'affirmation de la liberté de l'homme, du consentement, qui traduit la capitulation devant la nécessité et l'acceptation des contraintes¹⁴¹³. En réalité, l'état de nécessité fait moins appel à la notion de violence morale qu'à celle de lésion. Si la convention de sauvetage maritime entre le capitaine du vapeur danois et celui du Rolf a été annulée, c'est surtout en raison du déséquilibre existant entre les prestations réciproques. D'ailleurs, la loi du 29 avril 1916, dont on dit volontiers qu'elle est venue confirmer la jurisprudence du Rolf, ne visait que les conventions dans lesquelles « *la rémunération est de façon excessive dans un sens ou dans l'autre hors de proportion avec le service rendu* ». Le fait que le consentement du capitaine du navire naufragé ait été contraint par les circonstances est relégué au second plan. En l'espèce, ce qui a été déterminant c'est d'une part que le capitaine du remorqueur a abusé de la position de force dont il bénéficiait, et que d'autre part cet abus est la cause directe d'un déséquilibre entre les prestations réciproques¹⁴¹⁴. On perçoit ainsi la différence fondamentale existant entre cette hypothèse et celle de l'effondrement des prix sur un marché donné. Dans ce dernier cas, les bénéficiaires de cet effondrement n'ont pas abusé d'une situation de force pour obtenir un avantage excessif. Même s'il ont obtenu un tel avantage, la cause de l'effondrement leur est extérieur. Elle est générale sur l'ensemble du marché. Cette différence ne peut être perçue que si l'on analyse les problèmes sous l'angle de la lésion¹⁴¹⁵, car sous celui de la violence, il est évident que dans tous les cas, le consentement est contraint par la pression des circonstances, par l'état de nécessité¹⁴¹⁶.

accepté par les Rhodiens, pour qui le blé avait à cet instant une grande valeur. Au contraire, le capitaine du remorqueur a imposé une rémunération exagérée au capitaine du Rolf, celui-ci ayant refusé dans un premier temps et s'étant « *vainement débattu pour obtenir des conditions moins rigoureuses* ». Ensuite, le comportement du capitaine du remorqueur semble plus condamnable car il savait qu'il était le seul à pouvoir secourir le Rolf. A l'inverse le marchand d'Alexandrie savait que d'autres allaient arriver, si bien que le sort des Rhodiens n'était pas désespéré. Evidemment ceux-ci ne le savaient pas mais il ne faut pas perdre de vue que le vice de violence, qui était en droit romain un délit, attache une certaine importance au comportement de son auteur. Il est alors curieux de remarquer un renversement de raisonnement par rapport à Cicéron : le marchand bénéficierait d'une circonstance exonératoire parce qu'il connaissait l'arrivée prochaine des navires, alors que pour Cicéron c'est la connaissance de cette information qui le condamnait.

¹⁴¹¹ G. Ripert, op. cit., n°46; voir aussi B. Petit, op. cit., n°4 : « *Si le consentement est en principe éclairé, jamais en revanche il n'est totalement libre : toujours il intervient sous l'empire d'une nécessité, d'un besoin ou d'un désir, spontané ou suscité; souvent il est donné aux conditions dictées par le cocontractant* ».

¹⁴¹² Cf. supra n°203 et suiv.

¹⁴¹³ M.A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, R.T.D. Civ., 1995, 573.

¹⁴¹⁴ Sur ce point, cf. infra n°672 et suiv.

¹⁴¹⁵ Telles que cette notion sera définie dans la seconde partie, cf. infra n°718 et suiv.

¹⁴¹⁶ Il faut rapprocher l'omniprésence de la contrainte économique de la proposition de certains auteurs de remplacer le vice de violence par le vice de séduction afin de protéger le consommateur des attraits de la vie moderne. Cf. L. Cadiet, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p.7 et suiv., n°34; voir aussi J. Mestre, *L'évolution du*

b - La critique technique

312 . La critique de principe a permis de prendre conscience qu'en plaçant le problème de l'état de nécessité sur le terrain de la liberté du consentement on parvient nécessairement à une impasse. Cette impasse se traduit, sur le plan de la technique juridique, par une altération critiquable des conditions d'existence du vice de violence morale et de la nature des sanctions de ce vice. La critique doit être accentuée lorsque l'état de nécessité s'induit des circonstances économiques, dont le profit que certains contractants peuvent tirer n'est pas juridiquement condamnable.

Il est unanimement admis que, pour entraîner l'annulation d'un contrat, la violence doit être illégitime, injuste¹⁴¹⁷. Or, la Cour de cassation, en censurant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 27 septembre 1977 a énoncé clairement que l'exploitation de la situation de faiblesse économique d'un cocontractant n'est pas, en soi, une violence illégitime¹⁴¹⁸. En réalité, il ne s'agit pas d'un problème de légitimité, tant l'abus de puissance économique dans le but d'obtenir un avantage excessif paraît injuste. La difficulté tient plutôt à l'absence de violence. C'est d'ailleurs ce qu'a compris la Cour d'appel de Pau, dans un arrêt en date du 24 mai 1983¹⁴¹⁹. En l'espèce, un hôtelier avait chargé un entrepreneur d'effectuer des travaux de rénovation de son hôtel. Un an plus tard, l'architecte établissait une proposition de paiement excédant de cinq millions de centimes le devis de base majoré des travaux supplémentaires demandés et acceptés. A la suite de l'établissement de cette proposition de paiement, l'hôtelier et l'entrepreneur chargé de la rénovation se mettaient d'accord pour un règlement¹⁴²⁰ assorti d'une quittance pour solde de tout compte. L'entrepreneur, prétendant avoir été contraint par la violence morale exercée sur lui, demandait l'annulation de cet accord. Il invoquait, au soutien de sa demande, le fait qu'il avait consenti à signer la quittance uniquement en raison de sa situation de trésorerie difficile le mettant dans l'impérieuse nécessité de faire rentrer les soldes de factures. La Cour de Pau n'a pas suivi ce raisonnement, considérant à juste titre que « *les difficultés économiques de l'entreprise ne sauraient constituer à elles seules le cas de contrainte morale* ». Avec M. Mestre, il convient d'approuver cette solution de bon

contrat en droit privé français, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.48; J. Carbonnier, *Flexible droit*, p.290.

¹⁴¹⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°43; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°229 et 230; J. Ghestin, op. cit., n°591 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°420; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°202; B. Petit, op. cit., n°20 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°490 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°237.

¹⁴¹⁸ Cass. Com., 20 mai 1980, Bull. Civ. IV, n°212 : « *Attendu que pour déclarer nulles, en ce qu'elles avaient de contraire aux clauses de la convention de 1973, les stipulations du contrat de concession exclusive de vente, à durée déterminée, de véhicules automobiles conclu pour l'année 1974 entre la société Estagence et la société Audi NSU France (société ANF), l'arrêt déposé énonce que la première société contrainte de souscrire à ces stipulations pour échapper au mal considérable que représentait pour elle la fermeture de son entreprise, la société ANF abusant de sa force économique contraignante; Attendu qu'en déduisant de ces seules énonciations l'existence des éléments caractérisant le vice de violence sans préciser en quoi les agissements de la société étaient illégitimes, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹⁴¹⁹ Cahiers de jurisprudence de la Cour d'appel et du Tribunal Administratif de Pau, 1983, p.117, obs. P. Le Cannu; R.T.D. Civ., 1984, 709, obs. J. Mestre.

¹⁴²⁰ Probablement inférieur à celui proposé par l'architecte.

sens. Pourtant, il est probable que cet hôtelier a profité des difficultés de trésorerie de l'entrepreneur pour obtenir une diminution de sa dette. Ce dernier a vu son consentement contraint par les difficultés invoquées, et c'est sans doute pour éviter un dépôt de bilan qu'il a accepté un paiement moindre, mais comptant. Il faut rapprocher cet arrêt de celui de la Cour d'Aix-en-Provence dans l'affaire des bouteilles de plongée¹⁴²¹. En l'espèce, l'état de dépendance économique dans lequel se trouvait le commerçant acheteur de bouteilles de plongée, à l'égard de son fournisseur, ne suffit pas à caractériser le vice de violence. Le fournisseur n'a effectué aucune menace, même s'il a commis une faute en ne prévenant pas son cocontractant habituel d'une rupture de stock en pleine saison. En matière économique, le problème n'est donc pas tant celui de la légitimité de la violence, que celui de son existence.

313. A cet égard, M. Ghestin estime que la solution contenue dans l'arrêt de la Chambre commerciale en date du 20 mai 1980¹⁴²² a été rendu caduque par les nouveaux textes régissant le droit de la concurrence, notamment l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Cet auteur considère que « *le caractère illégitime de la contrainte exercée sur une entreprise pour arracher son consentement est affirmé dans ce texte avec netteté. L'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 27 septembre 1977, censuré par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 20 mai 1980, se voit ainsi justifié par le législateur* »¹⁴²³. Même s'il convient d'approuver le souci de la Cour de Paris de sanctionner les abus de puissance économique, il nous semble que le fondement utilisé, à savoir la violence morale ou l'état de nécessité, est critiquable et qu'une censure de la Cour de cassation sur ce point était, et est toujours, inévitable¹⁴²⁴. Les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne sont pas susceptibles de justifier une solution contraire. En premier lieu, cet article ne parle pas de violence, ni de vice du consentement, mais d'abus de position dominante. En second lieu, s'agissant d'un texte relatif au droit de la concurrence, encore faut-il que l'abus d'état de dépendance économique, s'il est établi¹⁴²⁵, ait « *pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* ». En effet, il ne faut pas oublier que l'article 8 renvoie directement, pour son application, aux conditions posées par l'article 7. C'est d'ailleurs ce qu'ont rappelé le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris dans l'affaire « Cora », en refusant de sanctionner un abus de dépendance économique caractérisé au seul motif qu'il n'a pas « *eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence* »¹⁴²⁶. Par conséquent, une règle spécifique au droit de la concurrence n'est pas susceptible d'entraîner une modification du droit des obligations, même si celle-ci est opportune et souhaitable.

314. Le second caractère que doit revêtir la violence est celui de la gravité. L'article 1112 du Code civil dispose expressément que la crainte doit porter sur « *un mal considérable et présent* ». Ce n'est que la reprise de la crainte sérieuse du droit romain¹⁴²⁷ qui exige que le péril encouru soit le plus grand mal, la *major malitas*¹⁴²⁸. Or cette

¹⁴²¹ 19 février 1988, précité.

¹⁴²² Précité.

¹⁴²³ J. Ghestin, op. cit., 580.

¹⁴²⁴ Non en raison de l'illégitimité de la violence morale mais à cause de l'absence de violence morale découlant de l'état de nécessité en matière économique.

¹⁴²⁵ Ce qui est le cas dans l'affaire Audi.

¹⁴²⁶ Cons. Conc., 8 juin 1993, B.O.C.C., 25 juillet 1993, p.197; C.A. Paris, 24 mai 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°119, obs. L. Vogel; pour un développement plus complet sur la question, cf. infra n°589 et suiv.

¹⁴²⁷ *Instansis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*, Ulpian, D., 4, 2, 1.

¹⁴²⁸ A. Breton, *La notion de la violence en tant que vice du consentement*, L.G.D.J., 1925, p. 16 et suiv.

condition de gravité de la violence n'est pas compatible avec la protection du contractant économiquement faible. Le mal « *considérable* » n'est pas synonyme de mal important, ou significatif, qui est constitué par le fait de conclure, sous le poids de la contrainte économique, une convention désavantageuse. Sinon la plupart des contrats conclus par les entreprises seraient annulables, tant l'art de la gestion consiste à savoir arbitrer entre les contraintes, appréhender les incertitudes et choisir le moindre mal. Nous sommes donc en désaccord avec Breton et Mme Pérot-Morel lorsqu'ils définissent la violence morale découlant de l'état de nécessité comme l'alternative devant laquelle est placé un individu : ou bien accomplir un certain acte, ou bien subir un mal qu'il ne pouvait éviter autrement¹⁴²⁹. Il n'y a, selon nous, aucune violence dans « *la crainte de voir naître une situation embarrassante ou préjudiciable* »¹⁴³⁰. Admettre le contraire permettrait, par exemple, à un sous-traitant, qui accepte un marché pour un prix qui ne lui permet pas de couvrir l'intégralité des coûts directs et indirects de son exploitation, en raison d'un manque de travail et d'une situation de trésorerie délicate, de revenir sur son engagement en arguant de l'embarras dans lequel il se serait trouvé s'il avait dû se déclarer en état de cessation des paiements. L'insécurité contractuelle qui en résulterait serait extrêmement préjudiciable.

C'est pourquoi la jurisprudence, citée par Mme Pérot-Morel au soutien de sa thèse, est critiquable. Notamment l'arrêt de la Cour de cassation qui admet l'annulation d'un accord conclu entre un industriel et ses créanciers, aux termes duquel une société devait être constituée entre eux, le premier apportant son entreprise en nature¹⁴³¹. Or ce montage n'avait pour but que de faire perdre à cet industriel le contrôle de son entreprise, son apport n'étant évalué qu'à 48 % du capital total. La Cour de cassation a cru devoir retenir le vice de violence en relevant que le débiteur n'avait pu accepter de semblables conditions que sous la menace pressante de poursuites des créanciers et la perspective d'une déclaration imminente en faillite. Certes, on conçoit bien le caractère embarrassant et préjudiciable de la situation que cet industriel craignait de voir naître. Mais en aucun cas il ne s'agit « *d'un mal considérable et présent* » au sens de l'article 1112 du Code civil! Quoi de plus normal que des créanciers poursuivent leur débiteur ou qu'une entreprise dont la trésorerie est exsangue soit déclarée en faillite? Cette décision contribue à altérer de façon significative la notion de violence. Que les créanciers aient profité de la situation pour prendre le contrôle d'une société, ce n'est pas contestable. Mais ils profitent de la situation comme un contractant profite de la baisse d'activité de son fournisseur pour lui arracher une remise ou une ristourne, comme les consommateurs profitent d'une mauvaise saison pour acheter pendant les soldes ou encore comme un banquier profite du manque de fonds propres et du besoin de financement d'une entreprise pour lui prêter de l'argent, et percevoir ainsi des intérêts.

En réalité, ce n'est pas un problème de contrainte ou d'état de nécessité, car dans tous les exemples sus-cités le contractant est contraint, sur le plan économique, de passer l'acte. Il s'agit d'avantage d'un problème de déséquilibre des prestations. « *En d'autres termes, et s'agissant d'une contrainte résultant des événements, c'est le caractère excessif des obligations, acceptées par l'une des parties qui traduit, de la part de l'autre, une manière d'agir répréhensible. Ici le trouble psychologique ne suffit pas à lui seul (...)* »¹⁴³². Allons

¹⁴²⁹ A. Breton, op. cit., p.95.

¹⁴³⁰ **Contra** : M.A. Pérot-Morel, op. cit., p.179.

¹⁴³¹ Cass. Com., 28 avril 1953, Bull. Cass. III, n°104.

¹⁴³² J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°232.

plus loin et poussons la logique jusqu'au bout : le trouble psychologique est indifférent, seul la lésion est prise en compte!

315 . La jurisprudence altère donc les conditions d'existence de la violence pour, en vérité, sanctionner les contrats lésionnaires, ou plus exactement pour les rééquilibrer. En effet, alors que la sanction naturelle de la violence est la nullité du contrat passé sous l'empire de ce vice, qui affecte le consentement dans sa liberté, la jurisprudence a tendance à prononcer seulement la réduction des engagements excessifs¹⁴³³. Le plus étonnant est que cette jurisprudence, pour le moins audacieuse, est généralement approuvée par la doctrine, y compris les auteurs qui pourtant sont opposés à une extension *de lege ferenda* de la notion de lésion¹⁴³⁴. Si la réduction de la portion excessive des engagements souscrits se justifie parfaitement dans le cadre du régime de la lésion, dont la finalité est le respect de la justice contractuelle et de l'équilibre des prestations¹⁴³⁵, elle est, en revanche, incompréhensible lorsqu'il s'agit de sanctionner le vice de violence. Ou bien la violence a été suffisamment grave et illégitime pour vicier le contrat, et dans ce cas il doit disparaître dans son intégralité, ou bien cela n'a pas été le cas, et il semble difficile d'affirmer que le défaut de consentement n'a porté que sur la partie excessive des engagements. En effet, le contractant ne peut à la fois avoir consenti librement et ne pas avoir consenti librement dans un même contrat!

Ce dépeçage du contrat ne semble pas opportun et cadre mal avec la réalité¹⁴³⁶. Une fois encore, la difficulté vient de l'utilisation d'instruments juridiques subjectifs et psychologiques, c'est-à-dire faisant référence au consentement et à la volonté des parties, pour appréhender un problème objectif et essentiellement économique : l'inégalité de puissance économique pouvant exister entre les contractants, et le déséquilibre entre les prestations réciproques qui peut en être le corollaire en cas d'abus¹⁴³⁷. Mais cela ne veut pas dire que l'utilisation des éléments objectifs de formation du contrat soit, quant à elle, à l'abri de toute critique.

SECTION II

L'ALTERATION D'UN ELEMENT OBJECTIF DE FORMATION DU CONTRAT

¹⁴³³ Req., 27 avril 1887, précité; Trib. Civ., Metz, 4 juillet 1946, G.P., 1947, 1, 34; C.A. Rennes, 20 mars 1929, Sirey, 1929, 3, 556; **contra** : Trib. Civ. Seine, 23 février 1907, Rev. Crit., 1907, 193, obs. Ripert.

¹⁴³⁴ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°232 : « *il s'ensuit qu'en fait l'annulation ne se traduira que par une réduction des avantages stipulés (...). Cette solution s'impose d'autant plus que, pratiquement, on plaide toujours après que la prestation correspondante a été exécutée (...)* »; voir aussi B. Petit, op. cit., n°14 : « *Cette analyse implique d'ailleurs que la sanction, qui doit être à la mesure de la violence, puisse consister en une réduction des avantages excessifs plutôt qu'en une annulation du contrat* ».

¹⁴³⁵ Cf. infra n°740 et suiv.

¹⁴³⁶ La fiction doit, dans la mesure du possible, être la plus souvent évitée afin de ne pas décaler le droit par rapport à la réalité économique.

¹⁴³⁷ Pour certains auteurs, la violence est, en matière d'état de nécessité, utilisée en lieu et place de la lésion : J. Carbonnier, op. cit., n°46 : « *l'hypothèse y est plutôt rattachée à l'idée de lésion : il faut une disproportion entre les prestations* »; B. Petit, op. cit., n°39 : « *Cette sanction (la réduction) rapproche la violence de la lésion, tant par les conditions qu'elle exige que par les effets qu'elle produit* ».

316. Traditionnellement, la doctrine distingue deux éléments objectifs dans les conditions de validité des contrats : la cause et l'objet, par opposition aux éléments attachés à la personne des contractants (éléments subjectifs) que sont le consentement et la capacité. Les notions de cause et d'objet peuvent, aux yeux de certains, paraître extrêmement proches, sinon semblables; au point que l'on ait parfois entendu nier l'existence de l'une¹⁴³⁸. Pour les besoins du raisonnement, nous avons préféré scinder leur étude afin de pouvoir mettre en exergue leur différence essentielle et surtout les spécificités de la notion de cause ainsi que l'intérêt qu'il y a d'utiliser cette notion pour assurer la sanction des conventions comportant des prestations déséquilibrées¹⁴³⁹. C'est l'interdépendance des obligations réciproques qui confère à la notion de cause cette fonction. Au contraire nous estimons que la notion d'objet se prête mal à l'appréhension des phénomènes de déséquilibres que ce soit les déséquilibres de puissance économique entre cocontractants, ou que ce soit les déséquilibres des prestations réciproquement stipulées. Voilà la raison pour laquelle seule l'étude de la notion d'objet est intégrée dans la partie relative à la prise en compte critiquable de la puissance économique par le droit.

317. Selon M. Carbonnier, « *la matière de l'objet peut paraître paisible, teintée d'archaïsme* »¹⁴⁴⁰. Les textes prévoyant cette notion sont, en effet, inchangés depuis 1804. L'article 1108 du Code civil exige, comme condition essentielle pour la validité d'une convention, « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* ». Le Code civil consacre ensuite cinq autres articles à la description du contenu de la notion d'objet, le tout formant la section III du chapitre II intitulé *De l'objet et de la matière des contrats*. En réalité, derrière le calme apparent de la matière, on découvre vite une jurisprudence en « fusion » depuis plus de deux décennies. Mais l'agitation jurisprudentielle ne porte que sur un aspect de la matière, celui de la détermination de l'objet de l'obligation¹⁴⁴¹. A priori cette notion ne devrait pas poser de problème particulier, tant elle paraît simple et aller de soi. En effet, pour qu'une personne soit obligée à quelque chose, encore faut-il que ce quelque chose soit déterminé ou déterminable, qu'il s'agisse d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire. C'est ce qu'exige l'article 1129 du Code civil en disposant : « *il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». L'exigence générale de détermination de l'objet de l'obligation est renforcée dans certains contrats par un texte spécifique. Il en est ainsi pour le contrat de vente à propos duquel l'article 1591 du Code civil impose que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* »¹⁴⁴². Une obligation portant sur un objet incertain ou indéterminable doit

¹⁴³⁸ Cf. La théorie anti-causaliste de Planiol, *Traité de droit élémentaire*, t.II, n°1037 et suiv.; voir aussi la fusion de ces deux concepts en un seul dans le droit civil allemand.

¹⁴³⁹ Cf. infra n°695 et suiv.

¹⁴⁴⁰ Op. cit., n°57.

¹⁴⁴¹ Il est traditionnel de distinguer entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation; en ce sens : J. Carbonnier, op. cit., n°54; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°231; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°257; **contra** : certains auteurs privilégient la distinction entre l'objet de l'obligation née du contrat et l'objet de la prestation : J. Ghestin, op. cit., n°676 et suiv.; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°242; Marty et Raynaud, *Obligations*, n°171; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°493; voir plus généralement sur la notion d'objet : H. Mayer, *L'objet du contrat*, thèse Bordeaux, 1968; P.A. Foriers, *L'objet*, in *Le droit des obligations en droit français et en droit belge*, 1992, p.75 et suiv.

¹⁴⁴² L'article 1592 précise toutefois que la détermination du prix « *peut être laissée à l'arbitrage d'un tiers* ». Il aurait mieux valu utiliser le terme évaluateur ou arbitrator, plutôt que celui d'arbitre qui est manifestement inapproprié. Cf. J. Carbonnier, op. cit., n°57.

donc logiquement être déclarée nulle; son créancier aurait d'ailleurs bien du mal à en obtenir pratiquement l'exécution, sauf à en déterminer unilatéralement le contenu. Il convient d'ajouter que, compte tenu de la place des articles 1108 et 1129 dans le Code civil, l'exigence de la détermination de l'objet de l'obligation s'impose à tous les contrats et ressortit au domaine de la théorie générale.

318 . *A priori*, cette généralité est salutaire puisqu'elle empêche un des contractants de fixer arbitrairement, sans l'accord de l'autre, le contenu de l'obligation dont il est débiteur ou créancier¹⁴⁴³. Elle est d'ailleurs présente en droit international depuis que la convention de Vienne du 10 avril 1980, conclue sous l'égide des Nations Unies et applicable en France à compter du 1er janvier 1988, définit, dans son article 14, l'offre de contracter comme une « *proposition suffisamment précise* » et ajoute qu'une « *proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer* »¹⁴⁴⁴. Mais, de cette exigence commandée par la pure logique, le droit français est, peu à peu, parvenu à lui donner une coloration de justice contractuelle. Ce mouvement est relativement récent en doctrine. Des auteurs tels que Ripert¹⁴⁴⁵ et Mme Pérot-Morel¹⁴⁴⁶, qui avaient à coeur de montrer comment les instruments classiques du droit pouvaient indirectement contribuer à faire respecter les principes de morale et de justice dans les contrats, ne faisaient pas figurer dans leurs ouvrages l'exigence de la détermination de l'objet de l'obligation. M. Ghestin, voyant dans cette exigence une application du principe de justice contractuelle¹⁴⁴⁷, cite, à propos du contrat de vente, un arrêt de la Cour d'appel de Pau en date du 9 juillet 1889¹⁴⁴⁸ et un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 1962¹⁴⁴⁹. Dans cette dernière décision, la vente est considérée comme nulle car le vendeur « *s'était réservé le droit de fixer lui-même le prix (...) le caractère exorbitant et léonin de cette clause mettant l'acheteur à la discrétion du fabricant* », le premier s'étant « *engagé à acheter chaque année pendant dix ans une certaine quantité de cotonnade à des prix fixés par le fabricant dans la limite des dispositions légales* ». Il ressort des termes de cet arrêt la volonté évidente de ne pas laisser un contractant à la merci de son partenaire, celui-ci ayant la faculté de fixer arbitrairement le prix des marchandises vendues.

A cet égard, il est révélateur de constater que la France s'est retrouvée, dans la négociation de la Convention de Vienne, au côté des pays de l'Est de l'Europe et des pays en voie de développement, isolés par rapport aux autres pays développés, notamment l'Angleterre et l'Allemagne. Un auteur a justement souligné que ce paradoxe traduit la

¹⁴⁴³ Cf. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1969, p. 19 et 20 : « *L'objet est le substratum du contrat, la matière de l'engagement sur laquelle les volontés se rencontrent et se fondent* ». « *Il ne peut y avoir de volonté contractuelle ni de contrat sans objet* ».

¹⁴⁴⁴ Il est important de préciser que cet article fait prévaloir le point de vue français sur celui des pays de common law. Sous la pression de ceux-ci, un article 55 a été adopté, qui est en totale contradiction avec l'article 14 : « *si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, dans la branche commerciale considérée, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables* »; Cf. sur la conciliation entre ces textes, *La convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises et les incoterms*, Colloque LGDJ, sous la direction de Y. Dereins et J. Ghestin.

¹⁴⁴⁵ *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.

¹⁴⁴⁶ *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Dalloz 1961.

¹⁴⁴⁷ J. Ghestin, op. cit., n°689.

¹⁴⁴⁸ Dalloz, 1898, 2, 62.

¹⁴⁴⁹ Cass. Com., 23 octobre 1962, Bull. Civ. III, n°420.

finalité de la jurisprudence française qui est de protéger les contractants en position de faiblesse¹⁴⁵⁰. C'est précisément l'intrusion du souci de maintenir la justice contractuelle par le biais de la détermination du prix qui a gravement obscurci le droit positif en la matière. De plus en plus fréquemment, la jurisprudence utilise cette notion pour annuler des contrats lésionnaires et protéger ainsi certaines catégories de contractant en position d'infériorité économique. Cette tendance jurisprudentielle a depuis quelques années fortement marqué le domaine des contrats de distribution et celui des contrats de prêt. L'examen successif de ces domaines permettra de constater l'altération subie par la notion d'objet de l'obligation.

PARAGRAPHE 1 - L'INDETERMINATION DU PRIX DANS LES CONTRATS DE DISTRIBUTION

319. Parmi les problèmes juridiques qui agitent et préoccupent actuellement la doctrine, celui de la nullité des contrats de distribution pour indétermination du prix tient une place de choix¹⁴⁵¹. Nous n'entendons pas entrer dans le débat sur la pertinence ou l'opportunité de la jurisprudence qui impose dans les contrats de distribution, sur le fondement de

¹⁴⁵⁰ L. Vogel, *Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution*, Dalloz, 1995, chron.155, n°3.

¹⁴⁵¹ Cf. les développements consacrés dans les traités et manuels : J. Carbonnier, op. cit., n°57; J. Ghestin, op. cit., n°704 à 740; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°836; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°513 à 522; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°279; cf. également les nombreux articles et chroniques : L. Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse?* Dalloz, 1993, chron.25; J.J. Barbiéri, *La détermination du prix dans les contrats d'approvisionnement exclusif*, Rev. Jurisp. Com., 1983, 329 et 1984, 1; M. Béhar-Touchais, *La structure du contrat cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application*, J.C.P., 1994, I, 3800; J.M. de Bermont de Vaulx, *La détermination du prix dans le contrat de vente*, J.C.P., 1973, I, 2567; N. Coiret, *L'indétermination du prix dans le contrat de vente*, thèse Bordeaux 1989; D. Ferrier, *La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif*, Dalloz, 1991, chron.237; M.A. Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, R.T.D. Civ., 1992, 269 et suiv.; *De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix*, RJDA 1/1996, p.3 et suiv.; J. Ghestin, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)*, Dalloz, 1973, chron.293 et *Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix*, Dalloz, 1993, chron.251; F. Goré, *La détermination du prix dans les contrats dits « marchés de bière »*, G.P., 1979, Doct., 84; D. Legeais, *La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu*, J.C.P., éd. E., 1992, I, 135; P. Le Tourneau, *Du prix dans les contrats de bière*, Rev. Jurisp. Com., 1979, 377 et suiv.; L. Leveueur, *Des contrats cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix : le réflexe et ses limites*, Cont. Conc. Cons., mai 1991, 1; *Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats cadres de distribution*, Cont. Conc. Cons., novembre 1991, 1; *Indétermination du prix : le revirement et sa portée*, Cont. Conc. Cons. janvier 1996, 1; F. Leduc, *La détermination du prix, une exigence exceptionnelle?*, J.C.P., 1992, I, 3631; A de Martel, l'article 1129 du Code civil et *L'annulation des contrats de bière pour indétermination de 1er prix*, J.C.P. éd. C.I., 1980, II, 13316; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1987, 94; R.T.D. Civ., 1988, 527; R.T.D. Civ., 1991, 322; R.T.D. Civ., 1993, 350; R.T.D. Civ., 1995, 358; R.T.D. Civ. 1996, 153; J.L. Piotraut, *Les contrats de distribution et la détermination du prix*, R.J. Com., 1992, 16; Joanna Schmidt, *Le prix du contrat de fourniture*, Dalloz, 1985, chron.176; D. Tallon, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner*, Dalloz, 1992, chron.67; G. Virassamy et P. Le Tourneau, *Détermination du prix dans les contrats-cadres de fournitures*, Cont. Conc. Cons., décembre 1993, 11; L. Vogel, *Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution*, Dalloz, 1995, chron.155; voir dernièrement la thèse de D. Boulanger, *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats engendrant vente de marchandises*, thèse Lille, 1994, et pour une étude comparée, Univ. Paris II, *La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, sous la direction de D. Tallon, Pédone, 1989.

l'article 1129 du Code civil, la déterminabilité objective des prix des contrats de vente successifs qui sont l'application du contrat-cadre. Deux raisons peuvent être avancées. D'abord une telle analyse dépasserait les limites bornant le sujet qui nous intéresse dans le cadre de ces développements. Ensuite, les multiples revirements de jurisprudence de la Cour de cassation rendent la matière trop incertaine pour se laisser aller à donner une opinion définitive¹⁴⁵². Nous aborderons donc le problème sous l'angle de la protection de la partie économiquement faible par l'exigence de la déterminabilité objective de l'objet de l'obligation. Cet angle de vue permettra de montrer comment la jurisprudence utilise l'article 1129 du Code civil pour tenter d'assurer une protection de la partie économiquement faible et pourquoi cette jurisprudence altère de façon injustifiée et inefficace la notion d'objet, qui se révèle parfaitement inapte à atteindre un tel objectif.

A - LA DETERMINATION DU PRIX ET LA PROTECTION DE LA PARTIE ECONOMIQUEMENT FAIBLE

320 . La jurisprudence semble, dans ce domaine, fluctuante et instable, si bien que M. Ghestin a souhaité « *respectueusement que la Chambre commerciale et plus généralement la Cour de cassation, veuille bien formuler en cette matière de la nullité pour indétermination du prix, certes complexe, mais d'un intérêt pratique considérable, des principes clairs et dépourvus de contradictions* »¹⁴⁵³. On ne peut que partager cette opinion¹⁴⁵⁴ à la lecture des arrêts rendus ces dernières années; notamment, lorsque la Cour de cassation sanctionne une Cour d'appel qui a refusé de prononcer la nullité d'un contrat de concession exclusive¹⁴⁵⁵, et censure plusieurs années après la Cour de renvoi qui s'était pourtant, dans la même affaire, rangée aux directives de la Cour de cassation!¹⁴⁵⁶. Mais, même s'il est d'actualité de souligner l'inconstance, voire l'inconséquence, de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière¹⁴⁵⁷, nous nous attacherons à démontrer que ce phénomène affecte essentiellement les fondements des solutions, plus que les solutions elles-mêmes, et que derrière les changements fréquents de la motivation juridique des arrêts se cache une certaine constance de l'objectif.

1/ DES FONDEMENTS FLUCTUANTS

¹⁴⁵² Voir notamment les arrêts Alcatel; Cass. Civ. 1ère, 9 novembre 1994, J.C.P., 1995, II, 22371 note J. Ghestin, Dalloz, 1995, 122, note L. Aynès; J.C.P., 1995, éd. E., II, 662, note L. Leveneur; R.T.D. Civ., 1995, 358, obs. J. Mestre.

¹⁴⁵³ Note au Dalloz, 1993, 379 et suiv. et spéc., p.384.

¹⁴⁵⁴ Alors que la rédaction de notre travail venait d'être achevée, l'assemblée plénière s'est prononcée par deux arrêts, l'un de rejet et l'autre de cassation, du 1er décembre 1995, non encore publiés. La solution retenue confirme l'évolution amorcée par la première Chambre civile avec les arrêts Alcatel : « *l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix* ». Dans l'arrêt Bechtel, il est précisé que l'abus dans la fixation du prix ne peut donner lieu qu'à résiliation ou indemnisation.

¹⁴⁵⁵ Cass. Com., 5 octobre 1983, inédit.

¹⁴⁵⁶ C.A. Orléans, 24 mars 1988; Cass. Com., 22 janvier 1991, Arrêt « Baumgartner », Bull. Civ. IV, n°36, Dalloz, 1991, 175 concl. M. Jéol; J.C.P., 1991, II, 21679, note G. Virassamy; R.T.D. Civ., 1991, 323, obs. J. Mestre; voir notamment sur le déroulement procédural de cette affaire : P. Malaurie note sous Cas. Com., 2 juillet 1991, Dalloz, 1991, 501.

¹⁴⁵⁷ D. Boulanger, *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats engendrant vente de marchandises*, thèse Lille, 1994.

321. A l'origine, les contrats de distribution, et particulièrement ceux comportant une clause d'approvisionnement exclusif, étaient qualifiés de promesse de vente et soumis, à ce titre, à l'impératif de déterminabilité du prix imposé par l'article 1591 du Code civil, qui dispose que « *le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties* »¹⁴⁵⁸. En conséquence, si les prix des marchandises livrées dans le cadre du contrat de distribution ne sont pas déterminés ou déterminables, dès l'origine, par le biais de critères objectifs et extérieurs à la volonté des parties, le contrat sera nul. Cette analyse a pourtant été écartée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 9 juillet 1963¹⁴⁵⁹. Néanmoins, dans deux arrêts en date du 27 avril 1971, la Cour de cassation s'est expressément fondée sur les articles 1591 et 1592 du Code civil pour censurer des décisions de Cours d'appel, qui avaient refusé d'annuler des contrats de distribution de produits pétroliers alors que les prix n'étaient, dans le contrat-cadre d'origine, ni déterminé ni déterminable par des éléments objectifs et ne dépendant pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties¹⁴⁶⁰. L'application de ces articles paraît en contradiction avec l'arrêt rendu quelque mois plus tôt et qui décidait, en matière de « *contrats de bière* », que ce type de conventions constituait un contrat d'approvisionnement exclusif et non une vente nulle pour indétermination du prix¹⁴⁶¹. Ce qui, d'ailleurs, ne l'empêchait pas, le 5 novembre 1971, d'appliquer à nouveau les articles 1591 et 1592 à un contrat de distribution exclusive de produits pétroliers¹⁴⁶².

322. La doctrine avait eu l'occasion de dénoncer l'inanité de l'application des dispositions relatives au contrat de vente aux contrats de distribution exclusive, ceux-ci présentant des particularités économiques et juridiques empêchant une telle assimilation¹⁴⁶³. Ces contrats sont, en effet, des conventions-cadres comportant des droits et obligations réciproques complexes et variés, ne pouvant se réduire à la vente de produits : assistance financière et juridique, transfert de savoir-faire, établissement de la politique commerciale, licence de marque, transfert d'information, etc. Les ventes de produits, à l'intérieur du cadre ainsi défini, ne sont donc que des contrats d'application. La Cour de cassation a finalement retenu les critiques doctrinales et ne s'est plus fondée sur l'article 1591 du Code civil pour annuler des contrats de bière¹⁴⁶⁴. Mais cette modification de fondement juridique n'a pas entraîné un changement de solution. C'est en se fondant sur

¹⁴⁵⁸ Cf. la note de Voirin sous Req., 17 février 1931, D.P., 1931, 1, 41 et celle de J. Boré, sous les 3 arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 avril 1971, J.C.P., 1972, II, 16975.

¹⁴⁵⁹ Bull. Civ. III, n°368 : « *que la convention s'analyserait, non en un contrat de vente immédiate, mais en un contrat d'exclusivité(...)* ».

¹⁴⁶⁰ G.P., 1971, 2, 706, 3 arrêts; J.C.P., 1972, II, 16975, 3 arrêts, note J. Boré; Dalloz, 1972, 353, note J. Ghestin; les arrêts rapportés n'étant que des exemples de la vingtaine d'arrêts rendus le même jour dans le même type de litige.

¹⁴⁶¹ Cass. Com., 27 janvier 1971, Dalloz, 1972, 536, note J. Ghestin; J.C.P., 1971, II, 16736.

¹⁴⁶² Dalloz, 1972, 353, précité; voir aussi pour l'application des règles de la vente aux « *contrats de bière* » : Cass. Com., 12 février 1974, Dalloz, 1974, 414, note J. Ghestin; J.C.P., 1975, II, 17915, note J. Boré.

¹⁴⁶³ Rodière et Champaud, *A propos de « pompiste de marque » : les contrats de distribution intégrée et la marge commerciale du distributeur*, J.C.P., 1966, I, 1988; Champaud, *La concession commerciale*, R.T.D. Com., 1963, 451; J.M. Mousseron et A. Seube, *A propos des contrats d'assistance et fourniture*, Dalloz, 1973, chronique 197; J.M. Mousseron et autres, *Le droit de la distribution*, 1975, n°207.

¹⁴⁶⁴ Cass. Com., 11 octobre 1978, 2 arrêts, Dalloz, 1979, 135, note R. Houin; J.C.P., 1979, II, 19034, note Y. Loussouarn; Cass. Com., 11 décembre 1978, Bull. Civ. IV, n°16 et 17; J.C.P., 1981, II, 19585, note B. Gross; G.P., 1980, 1, 255, note P. Le Tourneau; Cass. Com., 17 novembre 1980, Bull. Civ. IV, n°378; Cass. Com., 25 janvier 1982, Bull. Civ. IV, n°26, Cass. Com., 11 janvier 1984, Bull. Civ. IV, n°17; Cass. Com., 22 juillet 1986, Bull. Civ. IV, n°190.

l'article 1129 du Code civil que la Cour de cassation a continué à exiger la détermination des prix dans les contrats de distribution, sous peine de nullité. L'article 1591 du Code civil n'est donc qu'une application spécifique à la vente d'un principe général, applicable à tous les contrats, selon lequel, l'objet de l'obligation, et donc le prix, doit être déterminé ou déterminable dès la conclusion du contrat, sans qu'un nouvel accord des parties, sur ce point, soit nécessaire¹⁴⁶⁵.

323. Mais la Cour de cassation a pris conscience de l'impasse dans laquelle elle s'était engagée en édictant que les dispositions de l'article 1129 du Code civil, en ce qu'elles imposent la déterminabilité des prix au moment de la formation du contrat¹⁴⁶⁶, s'appliquaient à l'ensemble des contrats¹⁴⁶⁷. Cette déduction, qui découle obligatoirement du raisonnement par analogie adopté par la Cour de cassation depuis 1978, se heurte à une jurisprudence classique en matière de contrat d'entreprise, pour lequel il est traditionnellement admis que la validité ne dépend pas d'un prix déterminé ou déterminable¹⁴⁶⁸. Pour échapper à cette contradiction, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a refusé de censurer une Cour d'appel n'ayant pas prononcé la nullité d'un contrat de distribution qui « *ne s'analysait pas comme une vente avec obligation de mentionner le prix mais comme une obligation de faire (...)* »¹⁴⁶⁹. M. Malaurie, approuvant cette décision qui assouplit la jurisprudence, souligne la référence faite à « *l'obligation de faire* » et y voit « *l'élément décisif : la condition de détermination du prix n'intéresse pas les contrats relatifs à l'activité humaine, dont on ne peut savoir à l'avance le « prix », à la différence des choses* »¹⁴⁷⁰. Les contrats de distribution qui comportent essentiellement des obligations de faire et de ne pas faire, seraient donc exclus du domaine de l'exigence de déterminabilité du prix¹⁴⁷¹. C'est la solution qu'a semblé consacrer l'arrêt Baumgartner, du 22 janvier 1991¹⁴⁷², en censurant une Cour d'appel qui avait prononcé la nullité d'un contrat de distribution exclusive alors que « *ce contrat avait pour objet d'assurer l'exclusivité de la distribution de produits, c'est-à-dire essentiellement des obligations de faire* », et qu'il ne « *s'identifiait pas avec les contrats de vente successifs nécessaires à sa mise en oeuvre comportant essentiellement des obligations de donner (...)* ». Quelques jours plus tard, la Chambre commerciale de la Cour de cassation précisait sa position, qui

¹⁴⁶⁵ Voir la très éclairante chronique de Mme Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, R.T.D. Civ., 1992, 269, sur la démarche analogique de la Cour de cassation qui a consisté à extraire de l'article 1129 une règle qu'il ne contenait pas en substituant le mot chose par les termes « *objets de l'obligation* », le premier n'étant que l'espèce, le second étant le genre. Par déduction, le prix étant un élément de l'objet de l'obligation, il a été possible de lui appliquer l'exigence de la déterminabilité de la qualité. Contre cette analyse exégétique : J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°718.

¹⁴⁶⁶ Exigence qui n'est pas évidente à la lecture de l'article.

¹⁴⁶⁷ M.A. Frison-Roche, op. cit., n°14, J. Mestre, R.T.D. Civ., 1991, 111 : *De la généralité de l'article 1129 du Code civil*.

¹⁴⁶⁸ Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1973, Dalloz, 1973, I.R., 199; Cass. Civ. 3ème, 18 janvier 1977, J.C.P., 1977, IV, 66; Cass. Civ. 1ère, 24 février 1987, Bull. Civ. I, n°70; Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1989, Bull. Civ. I, n°301.

¹⁴⁶⁹ Cass. Com., 9 novembre 1987, Dalloz, 1989, 35, note P. Malaurie; R.T.D. Civ., 1988, 527, obs. J. Mestre.

¹⁴⁷⁰ Note précitée.

¹⁴⁷¹ Voir cependant Cass. Com., 14 juin 1988, Dalloz, 1989, 89, note P. Malaurie; G.P., 7 et 8 décembre 1988, note J. Calvo qui approuve une Cour d'appel d'avoir annulé un contrat de distribution exclusif de produits pharmaceutiques sans faire référence à l'« *obligation de faire* »; dans le même sens, Cass. Com., 12 décembre 1989, Bull. Civ. I, n°318, Dalloz, 1990, Som. Com., 369, obs. D. Ferrier, R.T.D. Civ., 1991, 323, obs. J. Mestre.

¹⁴⁷² Ch. Com., Dalloz, 1991, 175, concl. M. Jéol; J.C.P., II, 21679, note G. Virassamy; R.T.D. Civ., 1991, 323, obs. J. Mestre.

était considérée par la doctrine comme un revirement de jurisprudence¹⁴⁷³ : « *Attendu que, dans les contrats n'engendrant pas une obligation de donner, l'accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel de la formation de ces contrats* »¹⁴⁷⁴. La distinction préconisée par M. Malaurie, et reprise pour partie par M. Jéol¹⁴⁷⁵, semblait donc consacrée en droit positif; les contrats de distribution, tels que les franchises ou les concessions, étant du même coup hors du champ d'application des dispositions de l'article 1129 du Code civil.

324 . Mais, là aussi, la modification de fondement et de raisonnement juridique n'a pas entraîné un changement de solution en droit positif. D'une part, la Chambre commerciale a rendu deux arrêts non publiés au bulletin officiel, en février 1991, qui admettent l'annulation des contrats de distribution de produits pétroliers pour indétermination du prix, sans faire référence à la distinction entre obligations de donner et obligations de faire¹⁴⁷⁶. D'autre part, des décisions postérieures ont admis que les contrats de franchise restaient soumis aux exigences de l'article 1129 du Code civil. Ainsi, l'arrêt « *Halles Capone* », rendu le 5 novembre 1991 par la Chambre commerciale, approuve une Cour d'appel d'avoir prononcé la nullité de la convention de franchise au motif que « *pour la conclusion des contrats de vente successifs nécessaires à la mise en oeuvre du contrat litigieux, qui comporte essentiellement des obligations de faire, les prix ne pouvaient être librement débattus et acceptés par les parties* »¹⁴⁷⁷. Force est de reconnaître que, malgré la référence à la notion d'obligation de faire, cette solution est identique à celle qui aurait été donnée avant l'arrêt « *Baumgartner* ».

Le recours à la distinction entre obligation de donner et obligation de faire n'a donc pas véritablement modifié le contenu de la jurisprudence en la matière¹⁴⁷⁸. Il a d'ailleurs été

¹⁴⁷³ Cf. notes précitées.

¹⁴⁷⁴ Cass. Com., 29 janvier 1991, Cont. Conc. Cons., 1991, n°103, obs. L. Leveneur; J.C.P., 1991, II, 21751; Dalloz, 1991, I.R., 59; en l'espèce il s'agissait d'un contrat de location et d'entretien de vêtements de travail. La Cour de cassation écarte expressément l'application de l'article 1129 du Code civil et opère une substitution de motifs pour sauvegarder l'arrêt déferé.

¹⁴⁷⁵ Concl. précitées : « *Il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions de l'article 1129 aux conventions qui ont un objet plus large que le strict approvisionnement du commerçant. Dans ces conventions de distribution les engagements des parties s'apparentent à des obligations de faire ou de ne pas faire. Or ce n'est que pour les conventions relevant de l'obligation de donner que la soumission aux exigences de l'article 1129 du Code civil s'impose* ».

¹⁴⁷⁶ Cass. Com., 12 février 1991, J.C.P., 1991, éd. E., II, 201, note L. Leveneur et Cass. Com., 26 février 1991, Total c. Fagega, cité par L. Leveneur in, *Des contrats-cadres en matière de distribution et l'exigence de détermination du prix : le reflux et ses limites*, Cont. Conc. Cons., mai 1991, 1 et suiv.

¹⁴⁷⁷ Cass. Com., 5 novembre 1991, Bull. Civ. IV, n°335, Dalloz, 1993, 379, note J. Ghestin; Cont. Conc. Cons., 1992, n°565, obs. L. Leveneur; J.C.P., 1992, I, 3570, obs. G. Virassamy; dans le même sens : Cass. Com., 19 novembre 1991, Arrêt « *Natalys* », Bull. Civ. IV, n°356; Dalloz, 1993, 379, note J. Ghestin, J.C.P., 1992, I, 3570, obs. G. Virassamy, décision qui censure un arrêt de Cour d'appel qui avait refusé de prononcer l'annulation d'un contrat de franchise au motif qu'il comportait un jeu complexe d'obligations de faire réciproques; **contra** : Cass. Com., 2 juillet 1991, Dalloz, 1991, 501, note P. Malaurie; Cass. Com., 16 juillet 1991, Cont. Conc. Cons., 1991, n°199, obs. L. Leveneur, décisions faisant application de la distinction entre obligations de faire et obligations de donner, la première en cassant un arrêt qui avait prononcé la nullité d'un contrat de distribution sans « *rechercher si les stipulations du contrat comportaient essentiellement des obligations de faire ou au contraire, essentiellement des obligations de donner* », la seconde en approuvant une Cour qui avait refusé d'annuler un tel contrat au motif que « *la convention de franchise avait pour objet essentiellement des obligations de faire et ne s'opposait pas à ce que les prix fussent librement débattus entre vendeur et acheteur, de sorte que l'article 1129 du Code civil n'était pas applicable* ».

¹⁴⁷⁸ D. Legeais, *La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu*, J.C.P., 1992, éd. E., I, 135.

éphémère puisque la Cour de cassation a très vite privilégié le critère de l'exclusivité pour déterminer si l'article 1129 du Code civil devait ou non s'appliquer. Ce nouveau fondement est apparu alors même que la référence à la distinction entre obligations de donner et obligations de faire n'avait pas encore disparu des attendus de la Cour de cassation. L'article 1129 du Code civil est toujours visé, mais le critère de son application se trouve être la possibilité de débattre et d'accepter librement les prix¹⁴⁷⁹. Ainsi, M. Ghestin estime que « *la véritable question était de savoir si l'existence même du contrat-cadre et de la clause d'exclusivité d'approvisionnement qu'il comportait ne rendait pas nécessairement illusoire la liberté pour le concessionnaire de discuter les prix des produits dont il était tenu contractuellement d'assurer la commercialisation* »¹⁴⁸⁰. M. Aynès rejoint ce point de vue, tout en critiquant la jurisprudence : « *c'est finalement à l'exclusivité même que s'en prend la Cour de Cassation* »¹⁴⁸¹.

325 . Mais à peine croyait-on le fondement jurisprudentiel stabilisé que deux arrêts de la première Chambre civile de la Cour de cassation, rendus le 29 novembre 1994, sont venus bouleverser les principes les mieux établis, qui président à la formation des contrats et à l'existence d'un objet certain et déterminé¹⁴⁸². Dans ces arrêts, l'un de rejet et l'autre de cassation, la première Chambre civile semble se contenter de la référence, dans le contrat-cadre de fourniture et d'entretien d'installation téléphonique, au tarif en vigueur au jour des modifications futures de l'installation pour considérer que le prix est déterminable. Elle prend, en outre, soin de relever qu' « *il n'était pas alléguer que la société GST-Alcatel eut abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi* ». Il était, à l'époque, difficile d'apprécier la portée de ces décisions, même si MM. Ghestin et Aynès se sont immédiatement prononcés pour un revirement non équivoque de jurisprudence. En effet, rien n'indiquait que la Chambre commerciale de la Cour de cassation allait suivre la première Chambre civile dans cette nouvelle voie¹⁴⁸³. Elle avait, dans une espèce identique, approuvé une Cour d'appel d'avoir prononcé la nullité du contrat de location et d'entretien d'une installation de téléphonie privée et de ses avenants¹⁴⁸⁴. Quelques jours avant les arrêts Alcatel, elle a eu l'occasion de réitérer sa jurisprudence en matière de nullité des contrats pour indétermination du prix¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁷⁹ L. Vogel, *Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution*, Dalloz, 1995, chron.155, n°8; Cass. Com., 23 février 1993, Bull. Civ. IV, n°71; Dalloz, 379, note J. Ghestin; Dalloz, 1994, Som. Com., 11, obs. L. Aynès; Cass. Com., 24 mai 1994, Cont. Conc. Cons., n°190, obs. L. Leveneur.

¹⁴⁸⁰ Note précitée.

¹⁴⁸¹ Dalloz, 1992, Som. Com., 266; dans le même sens cf. D. Legeais, chronique précitée n°17 : « *la plupart des contrats de franchise comportant une clause d'exclusivité d'approvisionnement sont ainsi menacés d'annulation* »; M. Béhar-Touchais, *La structure du contrat-cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application*, J.C.P., 1994, I, 3800, n°30, qui considère que ce n'est pas tant l'exclusivité qui doit être visée par la Cour de cassation, que l'obligation d'acheter une certaine quantité de marchandises; **contra** : F. Leduc, *La détermination du prix, une exigence exceptionnelle?*, J.C.P., 1992, I, 3631, qui pronostique une disparition de l'exigence de détermination du prix dans les contrats de distribution exclusive.

¹⁴⁸² Cass. Civ. 1ère, 25 novembre 1994, Arrêts « *Alcatel* », J.C.P., 1995, II, 22371, note J. Ghestin; Cont. Conc. Cons., 1995, n°24, obs. L. Leveneur; Dalloz, 1995, 122, note L. Aynès; R.T.D. Civ., 1995, 358, obs. J. Mestre; R.T.D. Com., 1995, 444, obs. B. Bouloc.

¹⁴⁸³ Cf. cependant les quatre arrêts de l'assemblée plénière du 1er décembre 1995.

¹⁴⁸⁴ Cass. Com., 2 juillet 1991, Bull. Civ. IV, n°248; J.C.P., 1991, IV, p.342; R.T.D. Com., 1992, 446, n°12, obs. B. Bouloc.

¹⁴⁸⁵ Cass. Com., 8 novembre 1994, Bull. Civ. IV, n°331.

Postérieurement aux arrêts Alcatel, la Chambre commerciale n'a pas saisi l'occasion de se rallier à la position de la première Chambre civile¹⁴⁸⁶, et a même réaffirmé sa jurisprudence traditionnelle en refusant d'annuler un contrat de distribution de produits nettoyeurs ménagers, au motif que « *ce contrat imposait à chaque partie des obligations de fourniture et d'approvisionnement, et qu'il ne met pas à la charge du distributeur l'obligation d'acheter une quantité de produits* », la Cour d'appel pouvait donc décider que ce contrat « *n'étant pas un contrat de vente, sa validité ne peut pas être affectée par l'indétermination de la quantité de produit pouvant être acquise par le distributeur* »¹⁴⁸⁷. Force est de reconnaître que cette décision, si elle refuse l'annulation du contrat de distribution, ne se fonde aucunement sur l'exécution de bonne foi de la convention, ni sur les notions d'abus d'exclusivité ou de « *profit illégitime* ». En outre, il est permis de douter de la rigueur de la solution retenue par les arrêts Alcatel, et notamment celui rendu à l'encontre de M. Kobloth sous le visa de l'article 1129 du Code civil. En effet, il est pour le moins contradictoire d'analyser la validité par référence à son exécution!¹⁴⁸⁸.

De toute évidence, les fluctuations de la jurisprudence, qui ne semblaient pas prêtes de se finir avec les arrêts Alcatel¹⁴⁸⁹, ont de quoi donner le vertige, non seulement aux justiciables et aux praticiens en quête de sécurité, mais aussi à la doctrine en quête d'explication rationnelle. Pourtant, derrière l'instabilité des fondements juridiques se dissimule un objectif constant : protéger la partie économiquement faible. Cet objectif a été révélé, sans équivoque possible, par les arrêts rendus en Assemblée plénière de la Cour de cassation le 1er décembre 1995¹⁴⁹⁰. Par ces décisions, il est enfin admis que les dispositions de l'article 1129 du code civil ne sont pas applicables à la détermination du prix dans les contrats. La formation la plus solennelle de la Cour de cassation a cependant précisé que, lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'abus dans la fixation du prix donne lieu à résiliation ou à indemnisation. Ici, la notion d'abus sert uniquement à la protection de la partie économiquement faible.

2/ UN OBJECTIF CONSTANT

326. En réalité, la justification profonde de la jurisprudence dans le domaine de l'exigence d'une déterminabilité du prix se trouvait dans la volonté de protéger la partie économiquement faible contre l'arbitraire et les abus de puissance économique de certains

¹⁴⁸⁶ Cass. Com., 14 février 1995, Dalloz, 1995, I.R., 68, même si le pourvoi ne portait pas explicitement sur le principe de la nullité pour indétermination du prix mais sur l'étendue de celle-ci.

¹⁴⁸⁷ Cass. Com., 21 février 1995, Dalloz, 1995, I.R., 92. Cette décision paraît donner raison à Mme Béhar-Touchais puisqu'elle se fonde non sur l'exclusivité, mais sur l'obligation d'acheter une certaine quantité de marchandises pour prendre position sur l'applicabilité de l'article 1129 du Code civil, cf. aussi : C.A. Paris, 5ème ch., 24 mars 1995, Dalloz, 1995, I.R., 127; J.C.P., 1995, I, 3867, n°8, obs. C. Jamin.

¹⁴⁸⁸ En ce sens, L. Leveneur, note sous Cass. Civ. 1ère, 29 novembre 1994, distinguant entre les éléments de formation du contrat et les refus d'exécution de celui-ci. Cf. la mise au point effectuée par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation dans les arrêts du 1er décembre 1995 qui parlent de résiliation.

¹⁴⁸⁹ En ce sens, J. Mestre, R.T.D. Civ., 1995, 360 qui considère que « *la cause est loin d'être entendue* » et B. Bouloc, R.T.D. Com., 1995, 365, réclamant la réunion d'une chambre mixte ou d'une assemblée plénière ou même du législateur pour fixer les principes en la matière.

¹⁴⁹⁰ JCP 1996 II 22565, concl. av. gén. M. Jéol, note J. Ghestin; Dalloz 1996, 17 note L. Aynès; R.T.D. Civ. 1996, 153 obs. J. Mestre; M.-A. Frison-Roche, art. préc., RJDA 1/96 p.3 et suiv.; L. Leveneur, art. préc., Cont. Conc. Cons. janv. 1996, 1.

cocontractants en position de domination. Vue sous cet angle, la jurisprudence de la Cour de cassation paraît étonnement stable. Lorsqu'en 1965, la Chambre commerciale décidait que le contrat de vente n'était parfait que s'il permettait, au vue de ses clauses, de déterminer le prix par des éléments ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties¹⁴⁹¹, c'était dans le but d'empêcher qu'un des contractants soit à la merci de son partenaire. Le souci de la Cour de cassation était identique quant elle a admis, en 1971, la nullité de contrats de distribution exclusive de produits pétroliers, en soulignant qu'il n'était pas établi que les prix ne dépendaient pas de la seule volonté des compagnies pétrolières¹⁴⁹². Dans les arrêts d'octobre 1978, les contrats de bière sont annulés au motif que la clause de référence au prix du marché ne constituait pas un élément sérieux, précis et objectif de détermination des prix, compte tenu d'une part du poids économique des brasseries sur ce marché, et d'autre part de la situation de dépendance dans laquelle se trouvait le distributeur, en raison de la clause d'exclusivité qui lui interdisait toute alternative¹⁴⁹³.

On retrouve toujours la même idée dans l'arrêt Baumgartner, lorsque la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si « *la convention s'opposait à ce que les prix de vente fussent librement débattus et acceptés par les parties* »¹⁴⁹⁴. Dans cette optique, il est plus aisé de comprendre pourquoi la Cour de cassation accepte plus facilement l'annulation des contrats de distribution comportant une clause d'exclusivité, ou plus encore, une clause de quotas obligeant le franchisé ou le concessionnaire à acheter une quantité déterminée de marchandises. Dans cette hypothèse, ce contractant se trouve à la merci de son partenaire qui peut de façon arbitraire augmenter le prix des produits, sans que le distributeur ait à sa disposition une solution de rechange. L'arrêt Halles Capone illustre parfaitement cette volonté de protéger le contractant de situation de dépendance et de vulnérabilité économique. La Cour, avant de pencher en faveur de l'annulation du contrat de franchise, prend le soin de relever l'existence d'une clause d'approvisionnement exclusif qui empêche le franchisé de débattre et accepter librement les prix¹⁴⁹⁵. En outre, l'arrêt isolé et non publié, du 30 juin 1992, participe aussi à cet objectif constant de protéger les contractants économiquement vulnérables¹⁴⁹⁶. En l'espèce pour déclarer valable le contrat de franchise, la Cour de cassation relève que « *le franchiseur ne jouit pas d'une position dominante ni d'une totale liberté pour fixer ses prix en raison de la faible part occupée par ses produits sur le marché* ». Ce recours à la notion de position dominante fait immédiatement penser au droit de la concurrence et aux abus que peut engendrer une telle position sur un marché, aux dépens d'entreprises de petites tailles.

Enfin, les arrêts Alcatel du 29 novembre 1994 restent dans la même ligne¹⁴⁹⁷. Par un raisonnement *a contrario*, il est possible de déduire de ces décisions que, si Alcatel avait abusé de son exclusivité pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, l'article 1129 aurait eu vocation à s'appliquer¹⁴⁹⁸. C'est donc bien la position de faiblesse

¹⁴⁹¹ Cass. Com., 24 mars 1965, Dalloz, 1965, 474; R.T.D. Civ., 1965, 821, obs. G. Cornu.

¹⁴⁹² Cass. Com., 27 avril 1971, précité.

¹⁴⁹³ Cass. Com., 11 octobre 1978, précité.

¹⁴⁹⁴ Cass. Com., 22 janvier 1991, précité.

¹⁴⁹⁵ Cass. Com., 5 novembre 1991, précité.

¹⁴⁹⁶ Cass. Com., 30 juin 1992, Dalloz, 1993, Som. Com., 391, obs. D. Ferrier; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°723.

¹⁴⁹⁷ Cass. Civ. 1ère, 29 novembre 1994, précités.

¹⁴⁹⁸ Il faut néanmoins rester prudent avec un tel raisonnement *a contrario*, car on voit mal comment la nullité pour indétermination du prix pourrait sanctionner une exécution de mauvaise foi du contrat.

du client d'Alcatel qui est déterminante et qui crée à l'égard de cette société dominante une obligation de ne pas exagérer ses tarifs¹⁴⁹⁹. C'est d'ailleurs ce que consacre les quatre arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995. A leur propos, M. l'Avocat général Jéol avoue que la volonté de la Cour de cassation, dans l'utilisation de l'article 1129 du code civil dans les contrats de distribution, était « *de protéger le faible contre le fort* »¹⁵⁰⁰.

327 . La doctrine a souvent eu l'occasion de souligner la volonté de la Cour de cassation de protéger les contractants économiquement faibles par le biais de l'article 1129 du Code civil. M. Ghestin a perçu la modification subie par le principe de détermination du prix, cette notion passant de la « *nécessité structurelle* » à celle de protéger « *l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre* »¹⁵⁰¹. Cet auteur considère à juste titre que la jurisprudence applique, par ce biais, le principe de justice contractuelle. Le même avis est partagé par l'ensemble de la doctrine¹⁵⁰², même si certains critiquent fortement cette dérive masquée vers plus d'équité dans les contrats de distribution. Ainsi, M. Malaurie a l'impression « *que derrière ces constructions savantes et artificielles, la jurisprudence veut protéger les pompistes de marque, les cafetiers ou les limonadiers, parce qu'ils sont dans une situation de dépendance à l'égard des compagnies pétrolières ou des brasseurs. Pourquoi, alors, ne pas le dire directement et simplement?* »¹⁵⁰³.

Il faut reconnaître qu'il est difficile de ne pas partager cet avis. Sur le principe, il est regrettable que la Cour de cassation n'ose pas affirmer clairement qu'elle entend assurer, dans certains contrats, la protection des contractants en situation de dépendance économique. La doctrine a déjà tracé brillamment le chemin menant vers une telle solution¹⁵⁰⁴. Sur le plan de la technique, la cohérence du droit positif ne sort pas renforcée des artifices utilisés par la Cour de cassation pour habiller une solution qui relève de la plus pure équité. La doctrine a eu le loisir de dire ce qu'elle pensait de l'utilisation, dans le cadre de l'article 1129 du Code civil, de la distinction entre les obligations de donner et les obligations de faire¹⁵⁰⁵. Les critiques suscitées par la distinction proposée par M. l'avocat

¹⁴⁹⁹ Sur l'obligation de ne pas abuser de sa puissance économique, cf. infra n°764 et suiv.

¹⁵⁰⁰ Cf. conclusions précitées.

¹⁵⁰¹ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°689 et suiv.; cf. aussi la chronique du même auteur, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, Dalloz, 1973, chron.293, n°3 : « *A partir d'une nullité organique, d'une inexistence au sens strict du terme, résultant de l'impossibilité d'exécuter une vente dont le prix n'a pas été fixé, la jurisprudence admet en outre, aujourd'hui, une nullité de protection, tendant à empêcher que l'une des parties puisse être autorisée par le contrat à agir après coup sur le montant du prix* ».

¹⁵⁰² Voir notamment J. Mestre, R.T.D. Civ., 1993, 352 : « *L'objectif poursuivi par l'article 1129 est bien de pourchasser le risque de l'arbitraire qui pourrait émaner de l'une des parties* »; M.A. Frison-Roche, op. cit., « *A travers un discours objectif de détermination de l'objet du contrat, c'est la partie faible que la jurisprudence veut ainsi protéger* »; G. Virassamy et P. Le Tourneau, *Détermination du prix dans les contrats-cadres de fourniture*, Cont. Conc. Cons., décembre 1993, 1 : « *La Cour de Cassation s'en tient fermement à cette position depuis quelques années, voulant ainsi protéger la partie la plus faible contre l'arbitraire de l'autre* ».

¹⁵⁰³ Cf. note sous Cass. Com., 2 juillet 1991, Dalloz, 1991, 501.

¹⁵⁰⁴ Voir notamment, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*; M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in Mélanges G. Marty, Université des Sciences Sociales de Toulouse, p.235 et suiv.; G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, L.G.D.J., 1986.

¹⁵⁰⁵ D. Tallon, *Le surprenant réveil de l'obligation de donner*, Dalloz, 1992, chron.67; P. Malaurie, note sous Cass. Com., 2 juillet 1991, précité; J. Ghestin, note sous Cass. Com., 5 novembre 1991, précité; L. Aynès, obs. sous Cass. Com., 5 novembre 1991, Dalloz, 1992, Som. Com., 267; M.A. Frison-Roche, op. cit., n°13; M. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, J.C.P., 1993, I, 3673, n°22.

général Jéol ont été encore plus virulentes¹⁵⁰⁶. Il est vrai que l'idée d'opposer les conventions « *ayant pour objet l'approvisionnement exclusif d'un commerçant en produits déterminés et plutôt élémentaires* » soumises à la nullité pour indétermination du prix, aux contrats « *ayant un objet plus large que le simple approvisionnement d'un commerçant* » et portant sur des produits « *généralement plus élaborés* », non soumis, quant à eux, aux dispositions de l'article 1129, est particulièrement obscure¹⁵⁰⁷, et ne semble pas correspondre à la distinction entre obligations de donner et obligations de faire¹⁵⁰⁸. En toute hypothèse elle ne permet pas d'expliquer l'intégralité de la jurisprudence en la matière, qui paraît davantage guidée par le souci de protéger la partie économiquement faible contre les abus des contractants économiquement puissants.

328. A cet égard, l'explication proposée par M. Ghestin, qui consiste à se référer à la notion de potestativité, n'est pas non plus satisfaisante. Cet auteur explique et justifie la jurisprudence sur l'indétermination du prix par la potestativité résultant du contrat qui laisse la fixation du prix à l'arbitraire d'une des parties, ce qui est prohibé à l'article 1174 du Code civil¹⁵⁰⁹. Il fait un parallèle entre l'application jurisprudentielle de cet article et les dispositions de l'article 1591 du Code civil¹⁵¹⁰. La jurisprudence de la Cour de cassation paraît, en effet, sensible à l'objectivité et la neutralité des modalités de détermination du prix, de la même façon qu'elle est attentive à ce que la condition d'une obligation comporte ces caractéristiques¹⁵¹¹. Cependant Mme Frison-Roche a justement observé, tout d'abord, que « *l'appréciation de la potestativité s'opère au regard d'une condition et non d'un élément essentiel du contrat* ». Or, le montant du prix doit manifestement être qualifié d'élément essentiel du contrat¹⁵¹². Ensuite, Mme Frison-Roche objecte, non sans raison, qu'une condition potestative n'est annulable que « *si elle profite à celui qui s'oblige et non pas lorsqu'elle est en faveur de celui qui exige* »¹⁵¹³. Enfin et surtout, la condition purement potestative est extrêmement difficile à distinguer de la condition mixte, qui se définit comme celle dépendant à la fois de la volonté d'une partie et d'un événement. Nous avons eu l'occasion de remarquer qu'en matière économique, il n'existe quasiment jamais de volonté pure, si bien que la partie économiquement faible ne pourra être que très rarement protégée contre les abus de puissance économique¹⁵¹⁴. La référence à la volonté, élément subjectif s'il en est, n'est donc pas opportune; l'objectif véritable de la jurisprudence étant de « *délivrer le cocontractant économiquement faible d'un contrat dans lequel son puissant partenaire lui impose ses conditions notamment quant au*

¹⁵⁰⁶ Cf. articles et notes précitées, ainsi que D. Ferrier, *La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif*, Dalloz, 1991, chron.238.

¹⁵⁰⁷ P. Malaurie, op. cit. : « *J'avoue avoir beaucoup de mal à comprendre la distinction que propose à cet égard M. l'avocat général Jéol. (...) Je ne sais pas. Je cherche et ne trouve pas* ».

¹⁵⁰⁸ Cf. D. Tallon, précité, et P. Malaurie, précité.

¹⁵⁰⁹ J. Ghestin, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, Dalloz, 1973, chron.293.

¹⁵¹⁰ Aujourd'hui on viserait l'article 1129 du Code civil.

¹⁵¹¹ Cass. Com., 22 février 1967, Bull. Civ. III, n°87, approuvant les juges du fond d'avoir décidé qu'était purement potestative l'obligation consistant à concéder la licence d'exploitation exclusive d'un brevet d'invention lorsque la convention ne fixait pas le prix de cette concession et ne contenait rien qui permette d'en déterminer l'importance puisqu'il suffisait au débiteur, pour se soustraire à son engagement, de manifester des exigences excessives.

¹⁵¹² Op. cit., n°31.

¹⁵¹³ Op. cit.

¹⁵¹⁴ Cf. supra; Cass. Com., 15 juin 1982, J.C.P., 1984, II, 20151, note Grillet-Pontont, refusant l'annulation au titre de la potestativité d'un contrat qui faisait dépendre le prix de cession d'actions pour partie du chiffre d'affaires ultérieur qui dépendait de la volonté du nouvel acquéreur, mais aussi de la conjoncture et des contraintes économiques.

prix »¹⁵¹⁵. Ceci étant clairement établi¹⁵¹⁶, il convient maintenant d'étudier l'aptitude de la notion de déterminabilité de l'objet de l'obligation à assurer la protection des économiquement faibles dans les contrats de distribution.

B - L'INADAPTATION DE L'INDETERMINATION DU PRIX POUR PROTEGER LA PARTIE ECONOMIQUEMENT FAIBLE

329 . Les dispositions de l'article 1129 du Code civil ne sont à l'évidence pas faites pour assurer une protection juridique de la partie économiquement faible. Vouloir les utiliser pour tenter d'atteindre un objectif pour lequel elles sont inaptes provoque une altération de la notion de détermination de l'objet de l'obligation et un phénomène de surprotection fortement préjudiciable pour l'économie. Les conséquences de l'inadaptation de cette notion se révèlent désastreuses sur le terrain de l'application du principe comme sur celui de sa sanction.

1/ L'INADAPTATION DU PRINCIPE DE L'EXIGENCE DE LA DETERMINATION DU PRIX

330 . L'inadaptation du principe de l'exigence de la détermination du prix dans les contrats de distribution, pour protéger la partie économiquement faible, se situe à deux niveaux distincts, qu'il convient d'examiner successivement : l'inadaptation des conditions d'application de ce principe d'une part et, l'inadaptation du principe par rapport au droit de la concurrence d'autre part.

a - L'inadaptation des conditions d'application du principe de détermination du prix

331 . Comme tous les éléments de formation du contrat, la déterminabilité de l'objet s'apprécie au jour de la conclusion de celui-ci. Sur le plan logique, le raisonnement est irréprochable puisque le contrat est juridiquement invalide si, au moment de sa formation,

¹⁵¹⁵ M.A. Frison-Roche, op. cit., n°27; M. Ghestin rejette cette explication en arguant du fait que la jurisprudence sur l'indétermination du prix s'applique même dans les contrats mettant face à face deux contractants de puissance économique sensiblement égale. Cf., *La formation du contrat*, n°706. Il cite à cet égard, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 22 novembre 1972, Dalloz, 1974, 93, P. Malaurie; M. Ghestin critique lui-même cet arrêt en précisant que : « *la nécessaire protection des parties ne peut aller jusque là* », op. cit., n°733. En fait, cette décision est critiquable non seulement parce qu'elle a annulé une cession de parts sociales au motif que le prix dépendait en partie de la volonté d'un des contractants, mais surtout parce qu'en l'espèce, les parties étaient de puissance économique équivalente et qu'il n'y avait pas lieu d'en protéger une contre les abus de puissance économique de l'autre.

¹⁵¹⁶ Nous aurons l'occasion de montrer que la référence à la bonne foi contenue dans les arrêts Alcatel rendus par la première chambre civile le 29 novembre 1994 est également une explication erronée de la jurisprudence. De plus la référence à cette notion est très critiquable. Cf. infra n°399 et suiv.; 764 et suiv.

une condition essentielle de son existence fait défaut¹⁵¹⁷. En matière de détermination du prix dans les contrats de distribution, la jurisprudence a toujours suivi ce principe, qui paraît néanmoins être remis en cause par les arrêts Alcatel du 29 novembre 1994 rendus par la première Chambre civile¹⁵¹⁸. Dans l'arrêt Baumgartner rendu le 28 janvier 1991, la Cour de cassation constatait qu' « *il n'est pas allégué que la convention s'opposait à ce que les prix fussent librement débattus et acceptés par les parties* »¹⁵¹⁹. En général, la doctrine regrette les conséquences découlant de cette appréciation de la déterminabilité de l'objet de l'obligation au jour de formation du contrat et seulement au regard des clauses stipulées¹⁵²⁰. En effet, cette appréciation au jour de la formation du contrat ne permet pas de tenir compte de l'exécution des obligations de celui-ci. Or, le simple fait que les prix des contrats de vente successifs ne soient pas déterminés ou déterminables dans le contrat-cadre n'implique pas forcément un abus de puissance économique. Force est de reconnaître, qu'à l'origine, rien ne permet de dire que le contrat, et plus particulièrement le montant des prix, sera lésionnaire. Il faut donc bien avoir égard à l'exécution du contrat de distribution pour pouvoir dire s'il y a eu ou non abus de puissance économique dans la fixation des prix. A défaut, il est impossible de distinguer entre les franchises et les concessions sérieuses d'une part et celles qui ne le sont pas d'autre part¹⁵²¹. Toutes sont traitées, si l'on peut dire, à la même enseigne, ce qui engendre une surprotection de certains contractants de mauvaise foi qui abuseront de cette situation pour obtenir la nullité du contrat-cadre, une fois le savoir-faire acquis, et échapper, par là-même, au paiement de la redevance, à la clause pénale et à la clause de non concurrence. Le principe de l'exigence de la détermination du prix dans les contrats de distribution devient alors un « *truc* » qui permet « *à un contractant de se dégager d'une mauvaise affaire* »¹⁵²². On assiste donc à une véritable altération de la notion d'objet de l'obligation, qui dérive en astuce juridique. L'exemple fourni par l'arrêt Natalys du 19 novembre 1991 est, à cet égard, significatif¹⁵²³. Ce franchiseur relativement connu n'a pas de position dominante sur le marché. Il intervient depuis de nombreuses années en la matière, sans que les contrats de franchise qu'il conclut en France aient eu la réputation d'être lésionnaires. Les prix pratiqués étaient identiques à ceux de l'ensemble du marché¹⁵²⁴. Mais la Cour de cassation a néanmoins sanctionné les juges du fond qui avaient refusé d'annuler ledit contrat, alors même que c'était la société Natalys qui avait pris l'initiative de l'action en justice au motif que son franchisé avait résilié le contrat, et s'était installé sous une autre enseigne malgré la clause de non rétablissement stipulée dans la convention!¹⁵²⁵

¹⁵¹⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°104.

¹⁵¹⁸ Précités. Ces arrêts accordent, selon un raisonnement *a contrario*, une grande importance à l'exécution de bonne foi du contrat, notamment quant à la fixation des prix. Voir cependant les deux arrêts de l'assemblée plénière qui ne paraissent pas se référer à la bonne foi.

¹⁵¹⁹ Précité; voir aussi Cass. Com., 16 juillet 1991, précité : « *que la convention de franchise (...) ne s'opposait pas à ce que les prix fussent librement débattus et acceptés entre vendeur et acheteur* »; Cass. Com., 5 novembre 1991, précité : « (...) *par l'effet des stipulations contractuelles (...)* ».

¹⁵²⁰ Cf. notamment M. Béhar-Touchais, note sous Cass. Com., 18 février 1992, J.C.P., 1992, éd. E., II, 344, n°7 : « (...) *Outre le fait que le juge doit rechercher concrètement si cette liberté de débattre les prix existe ou non, c'est toujours au jour de la formation du contrat-cadre que le juge doit se placer* »; cf. aussi chronique précitée au J.C.P., 1994, I, 3800, n°28.

¹⁵²¹ D. Legeais, chronique précitée, n°17.

¹⁵²² P. Malaurie, note sous Cass. Com., 14 juin 1988, précité.

¹⁵²³ Précité.

¹⁵²⁴ D. Legeais, op. cit.

¹⁵²⁵ Certaines juridictions du fond ont été sensibles à cette altération de la règle de droit et à ce détournement de la loi. Elles ont parfois déclaré irrecevable la demande en nullité eu égard aux véritables mobiles de l'action. Ainsi le Tribunal de Commerce de Lyon a décidé que « *les intérêts protégés par cette nullité ne sont ni menacés ni contestés (...)* », le distributeur l'invoquant « *non pour se protéger de l'état de*

332. Cette surprotection provient du seul fait que la notion de détermination de l'objet implique un examen au jour de la formation du contrat, sans avoir cure de son exécution postérieure. Pourtant, c'est bien l'exécution du contrat, par le biais de la fixation des prix, qui est en cause puisqu'au moment de sa conclusion, le simple fait que les prix ne soient pas déterminables n'implique pas qu'il y ait abus de puissance économique dans leur fixation. La notion de détermination du prix est donc inapte à prendre en compte les abus de puissance économique et à protéger les économiquement faibles victimes de ces abus. Plutôt que de se demander si les prix pouvaient être librement débattus et acceptés dans le cadre de la convention, il vaudrait mieux se poser la question de savoir s'ils ont été ou non librement acceptés, et s'ils ont été ou non fixés par l'entreprise économiquement puissante à des montants excessifs. Les clauses d'exclusivité ou d'obligation d'achats ne seraient alors plus que des indices permettant de déterminer s'il y a ou non situation de dépendance économique. Dans l'affirmative, il faudrait examiner les modalités d'exécution réelle et détecter les éventuels abus pratiqués dans la fixation des prix. Ce n'est qu'à cette condition que les phénomènes de surprotection et d'altération constatés dans l'arrêt Natalys pourront être évités. Cette attention particulière à l'exécution du contrat rappelle fortement le droit de la concurrence et l'infraction d'abus de dépendance économique visé par l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Il est vrai que certains auteurs prônent l'abandon de l'exigence de la détermination des prix dans les contrats de distribution en estimant que le droit de la concurrence suffirait à réprimer les éventuels abus¹⁵²⁶. D'autres vont encore plus loin en tentant de démontrer que le principe de détermination du prix est contraire au droit de la concurrence¹⁵²⁷.

b - L'inadaptation du principe de détermination du prix par rapport au droit de la concurrence

333. M. Vogel a tenté de montrer les incompatibilités existant entre le droit de la concurrence et l'exigence de la détermination du prix dans les contrats de distribution¹⁵²⁸. L'incompatibilité se situerait à deux niveaux : d'une part les clauses de détermination des prix imposées par l'article 1129 du Code civil, tel qu'interprété par la chambre commerciale, ne paraissent pas conforme aux dispositions communautaires et internes relatives à la prohibition des ententes et des pratiques anticoncurrentielles; d'autre part, l'exigence d'une détermination des prix dans le contrat-cadre de distribution s'opposerait à la prohibition des pratiques discriminatoires en matière de prix telle que prévue par les

dépendance où il se trouverait placé par l'imposition du prix des lubrifiants, mais dans un autre but », T.C. Lyon, 19 février 1992, cité par L. Aynès, Dalloz, 1992, Som. Com., 266; cf. aussi C.A. Poitiers, 12 avril 1989, R.G., 3178/87.

¹⁵²⁶ Not. D. Ferrier, *La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif*, Dalloz, 1991, chron.237; D. Legeais, *La détermination du prix d'achat des marchandises dans les contrats de franchise : l'espoir déçu*, J.C.P., 1992, éd. E., I, 135; M.A. Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, R.T.D. Civ., 1992, 269; L. Aynès, *Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse?*, Dalloz, 1993, chron.25; D. Boulanger, *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats engendrant vente de marchandises*, thèse Lille, 1994.

¹⁵²⁷ L. Aynès, Dalloz, 1992, Som. Com., 266 et Dalloz, 1993, chronique 25; L. Vogel, *Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution*, Dalloz, 1995, chron.155.

¹⁵²⁸ Op. cit., n°18 et suiv.

articles 33 et 36-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Cette volonté de sortir le droit commun des obligations de sa tour d'ivoire et de le confronter aux réalités économiques est très saine. Elle permet de lutter contre les constructions artificielles et trop théoriques qui ont tendance à se développer en droit positif, engendrant des effets pervers fortement nuisibles pour l'économie. Il est certain que la déstabilisation des contrats de distribution causée par la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination des prix fait partie incontestablement de ces altérations résultant d'un excès de juridisme. Néanmoins, les contradictions mises en exergue entre le droit de la concurrence et l'exigence de la détermination des prix ne sont pas vraiment convaincantes.

334 . Sur un plan général, il faut bien reconnaître que le droit de la concurrence et le droit des obligations ont des domaines d'application distincts. Il est exact qu'il existe quelques interpénétrations. Ainsi des règles du droit de la concurrence peuvent venir perturber des solutions classiquement admises en droit des obligations¹⁵²⁹. Mais on ne peut en tirer un principe de primauté du droit de la concurrence sur le droit des obligations¹⁵³⁰. La règle selon laquelle un droit spécial déroge à un droit général ne peut s'appliquer que dans les limites du champ d'intervention du droit spécial, ce qui condamne toute volonté expansionniste du droit de la concurrence au détriment du droit des obligations. A cet égard, M. Jéol, dans les conclusions prises à l'occasion des quatre arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995, estime qu'a priori « *le droit civil, le droit de la concurrence et celui de la consommation s'intéressent au prix des biens et des services avec des objectifs différents : le premier veut que le contrat soit formé et exécuté convenablement, le deuxième veille au libre jeu de l'économie de marché; le dernier se soucie des intérêts du consommateur* »¹⁵³¹.

335 . Les contradictions techniques relevées par M. Vogel n'emporte pas, elles non plus, la conviction. L'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui dispose que « *les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* », n'interdit pas la conclusion, dans un contrat-cadre de distribution, d'une clause d'indexation permettant de fixer les prix des produits vendus. Certes, une telle clause « *aboutit à mettre en oeuvre un système de fixation des prix autonomes par rapport au marché* »¹⁵³². Mais l'article 1er de l'ordonnance n'a pas pour objet d'interdire cela. Il convient de rappeler que la déclaration de principe qu'il contient avait pour but essentiel de rompre avec la politique de contrôle des prix qui avait été instituée sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945. Au surplus, dire que les prix doivent être librement déterminés par le jeu de la concurrence n'interdit pas la conclusion de clause d'indexation ou à dire de tiers. Au contraire, le jeu de la concurrence peut participer à la fixation du contenu de telles clauses. D'ailleurs les termes de cet article 1er ne sont pas aussi incompatibles qu'on veut bien le dire avec la jurisprudence de la chambre commerciale en matière de détermination des prix dans les contrats de distribution. Cette jurisprudence tente, maladroitement il est vrai, de lutter contre la fixation arbitraire des prix par l'une des parties. Il n'est pas contestable que la jurisprudence refuse, depuis l'arrêt Baumgartner,

¹⁵²⁹ Par exemple Cass. Com., 18 février 1992, J.C.P., 1992, éd. E., II, 344, note M. Béhar-Touchais; R.T.D. Civ., 1992, 759; Cont. Conc. Cons., 1992, n°113, obs. L. Vogel; Dalloz, 1993, 57, note C. Hannoun.

¹⁵³⁰ Pour un approfondissement la question, cf. infra n°565 et suiv.

¹⁵³¹ Concl. préc.; cf. également l'opinion de Mme Frison-Roche : « *Il n'est pas certain que la jurisprudence nouvelle marque un rapprochement de droit des obligations avec le droit de la concurrence* », RJDA 1/1996 p.8.

¹⁵³² L. Vogel, op. cit., n°19.

d'annuler les contrats dans lesquels les prix sont librement débattus et acceptés par les parties.

336 . Enfin, l'argument consistant à taxer d'entente illicite, aux termes des articles 7 al.2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, et 85 du traité de Rome, les clauses prévoyant un mode de détermination des prix, n'est pas probant. Il suffit de rappeler que les ententes ne sont pas condamnables en soi, mais seulement si elles ont pour effet ou pour objet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché¹⁵³³. Le seul fait que les clauses d'indexation conduisent à une rigidité des prix, sans rapport avec le marché, et favorisent le parallélisme des comportements, n'implique pas *ipso facto* leur caractère illicite au regard du droit de la concurrence. Il est tout de même temps d'abandonner la croyance naïve en la pureté et la perfection de la concurrence sur le marché¹⁵³⁴! Il est légitime de sanctionner certains comportements anticoncurrentiels, mais il ne faut cependant pas imaginer que les prix peuvent être fixés par la seule intervention de la main invisible et de la loi de l'offre et de la demande, et qu'aucune rigidité ne doit entraver le jeu de la concurrence. D'ailleurs les arrêts cités par M. Vogel à l'appui de son argumentation ne sanctionnent pas *per se* les clauses d'indexation d'offre concurrentes. Dans l'arrêt Hoffman-La Roche¹⁵³⁵, la Cour de justice a jugé anticoncurrentielle une telle clause au motif qu'elle était mise en oeuvre par une entreprise en position dominante. Il est bien évident que si une telle clause n'a pas pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché en question, elle sera déclarée licite au regard des règles du droit de la concurrence.

337 . La seconde série d'incompatibilités avec le droit de la concurrence est fondée sur la prohibition des pratiques restrictives et l'obligation de respecter le principe de transparence tarifaire. M. Vogel rappelle que « *ce droit postule notamment que la fixation des prix par les fournisseurs doit se faire par le biais de conditions générales de vente uniformes et appliquées sans discrimination* »¹⁵³⁶. La jurisprudence de la chambre commerciale est donc apparemment en porte-à-faux avec cette règle lorsqu'elle exige que les prix, dans les contrats de distribution, soient librement débattus et acceptés. Mais il s'agit d'une vision trop dogmatique et absolutiste du droit de la concurrence. A ce compte, « *on peut craindre que tout contrat soit remis en cause devant les autorités de contrôle du droit de la concurrence puisque le choix d'un cocontractant est fondé sur des critères subjectifs, sur un certain intuitu personae et que ce choix aboutit nécessairement à exclure d'autres partenaires économiques* »¹⁵³⁷. L'uniformisation absolue des tarifs et des conditions générales de vente obligerait les entreprises à ne conclure que des contrats d'adhésion! Ce serait nier toute liberté contractuelle sous prétexte que chaque accord particulier contiendrait un germe de discrimination illicite.

En réalité, une lecture mesurée de l'article 36-1 permet de constater que la pratique de prix ou de conditions contractuelles discriminatoires n'est prohibée que si ces discriminations ne sont pas justifiées par des « *contreparties réelles* ». Ainsi, la fixation d'un mode spécifique et préétabli de détermination des prix, dans un contrat cadre de distribution, peut être légitimée par les contreparties que procurent l'exclusivité, l'engagement d'acheter certaines quantités pendant une durée déterminée, ou encore la circulation d'informations

¹⁵³³ Article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

¹⁵³⁴ Cf. infra n°515 et suiv.; 519 et suiv.

¹⁵³⁵ Aff. 85-76, Rec., C.J.C.E., p.461.

¹⁵³⁶ Op. cit., n°22.

¹⁵³⁷ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, Dalloz, 1995, chron.51.

commerciales et techniques. Il est évident que pour comparer deux situations encore faut-il qu'elles soient comparables. Il est donc illogique de vouloir mettre sur un pied d'égalité de simples clients occasionnels et des contractants liés par un contrat de distribution. D'ailleurs, la doctrine n'a jamais soutenu que les dispositions de l'article 36 interdisaient la constitution d'un réseau de distribution intégré¹⁵³⁸. En conséquence, il n'est pas possible d'affirmer que la fixation des prix entre le vendeur et ses acheteurs exclusifs par le jeu de la libre négociation est illicite au regard des articles 36-1 et 33 de l'ordonnance du 1er décembre 1986¹⁵³⁹. L'administration a précisé sa position en la matière en posant que « *le principe est celui de la libre négociation commerciale. En d'autres termes, il n'y a rien d'illégal, ni pour le fournisseur, ni pour le distributeur, à ce que le contrat qu'ils concluent au terme de leur négociation commerciale s'écarte des conditions générales de vente du fournisseur* »¹⁵⁴⁰. S'agissant de la transparence tarifaire imposée par l'article 33 de l'ordonnance de 1986, l'administration vient de rompre clairement avec une interprétation excessivement rigide des dispositions de cet article en admettant la possibilité « *d'élaborer des conditions contractuelles pour chaque catégorie de clients et de n'en réserver la communication qu'à leurs destinataires naturels* »¹⁵⁴¹. Le droit positif de la concurrence ne paraît donc pas incompatible avec la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats de distribution. Cependant, cette jurisprudence gagnerait à s'inspirer du pragmatisme et du réalisme du droit de la concurrence pour éviter une déformation trop importante de la notion de déterminabilité de l'objet de l'obligation, et les conséquences regrettables entraînées par cette altération sur le plan de la sanction.

2/ L'INADAPTATION DE LA SANCTION DE L'INDETERMINATION DU PRIX

338. L'exigence de la déterminabilité de l'objet de l'obligation étant un élément de formation, une condition de validité des contrats, la sanction classique ne peut être que la nullité absolue¹⁵⁴². C'est ce que décidait, de façon constante, la Cour de cassation¹⁵⁴³, malgré quelques critiques doctrinales¹⁵⁴⁴. Mais le caractère absolu de la nullité est

¹⁵³⁸ Y. Chartier, *Droit des affaires*, tome 1, n°350.

¹⁵³⁹ **Contra** : L. Vogel, op. cit., n°22.

¹⁵⁴⁰ Courrier adressé par le directeur de la D.G.C.C.R.F. à l'Union Nationale des Industries du bricolage et des activités de loisirs et à l'Association des centres distributeurs Edouard Leclerc; Cont. Conc. Cons., 1995, n°70, obs. L. Vogel.

¹⁵⁴¹ Op. cit., d'ailleurs M. Vogel avait déjà eu l'occasion de dénoncer les effets pervers des règles de la transparence tarifaire, L. et J. Vogel, *Ombres et lumières de la transparence tarifaire*, J.C.P., 1995, éd. E., I, 436, et leur incohérence avec les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles, cf. note L. Vogel, sous Cons. Conc., 13 décembre 1994, Secteurs des lessives, Cont. Conc. Cons., 1995, n°31.

¹⁵⁴² J. Carbonnier, op. cit., n°104; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°304; **contra** : J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°336, qui remettent en cause le critère classique de distinction entre nullité absolue et nullité relative. Selon le critère proposé par ces auteurs, la nullité pour indétermination du prix devrait être relative puisqu'elle a pour objet de protéger des intérêts privés, ceux de la partie qui se trouve à la merci de son cocontractant.

¹⁵⁴³ Cass. Com., 30 novembre 1983, Bull. Civ. IV, n°333; Cass. Com., 9 mai 1985, Bull. Civ. IV, n°146; Cass. Civ. 1ère, 11 mars 1986, Bull. Civ. I, n°67; Cass. Civ. 3ème, 29 juin 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°217, obs. L. Leveneur.

¹⁵⁴⁴ L. Leveneur, op. cit.; Ghestin et Desché, *Traité des contrats, la vente*, n°398; Gross et Bihl, *Contrats*, t.1, p.141; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°218; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1987, p.98; **contra** : Collart, Dutilleul et Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, n°142.

critiquable en ce qu'il permet au contractant qui a la liberté de fixer unilatéralement le prix d'invoquer contre son partenaire la nullité pour indétermination du prix!¹⁵⁴⁵. Nous avons pourtant constaté que la nullité des contrats pour indétermination du prix avait pour objectif de protéger la partie qui se trouve en situation de dépendance. La solution adoptée par la Cour de cassation démontre donc l'inaptitude du principe de la détermination du prix à protéger, de façon satisfaisante, la partie économiquement faible. Même si elle opérerait un revirement, la jurisprudence n'en serait pas moins critiquable, car il ne semble pas que l'indétermination ou l'inexistence de l'objet de l'obligation doivent être sanctionnés par la nullité relative. En effet, même en adoptant la théorie moderne des nullités¹⁵⁴⁶, il est peu probable que le principe de détermination de l'objet du contrat puisse servir à la protection d'une partie contractante. Il s'agit d'avantage d'un élément objectif de formation du contrat, sans lequel le juge sera dans l'incapacité de prononcer une quelconque condamnation¹⁵⁴⁷. La protection des intérêts de la partie en situation de dépendance économique dans les contrats de distribution relève d'autres institutions telles que la cause, et surtout la lésion¹⁵⁴⁸.

La sanction de la nullité est non seulement critiquable s'agissant de sa nature, mais également sur le plan de ses conséquences. Quelle soit absolue ou relative, la nullité entraîne nécessairement, lorsqu'elle est prononcée, la disparition rétroactive du contrat, ou de la clause litigieuse s'il s'agit d'une nullité partielle¹⁵⁴⁹. S'agissant de l'indétermination du prix dans un contrat-cadre de distribution, la jurisprudence appliquait rigoureusement l'intégralité des effets de la nullité : destruction intégrale du contrat et restitutions réciproques.

339 . La destruction intégrale du contrat-cadre de distribution entraînait, avant les arrêts d'assemblée plénière de la Cour de cassation, l'anéantissement de tous les contrats de vente successivement conclus¹⁵⁵⁰. Admettre le contraire reviendrait à faire produire un effet juridique à un contrat qui est censé n'avoir jamais existé, et ce en contradiction avec l'adage *Quod nullum est, nullum producit effectum*. La Cour de cassation a donc logiquement censuré les juridictions qui, malgré la nullité des contrats-cadres de distribution pour indétermination du prix, ont néanmoins condamné le distributeur à payer le prix des marchandises livrées au motif qu'il « *n'a jamais été contesté préalablement à chacune des livraisons* »¹⁵⁵¹. Cette solution est, sur le plan des principes, excessive. La Cour d'appel dont l'arrêt est ainsi censuré avait parfaitement senti que la nullité pour indétermination du prix n'était qu'un prétexte pour le distributeur afin de se sortir des liens contractuels sans payer la marchandise. Elle prend d'ailleurs le soin de relever, qu'auparavant, les prix des marchandises n'avaient jamais été contestés en raison de leur montant excessif. Mais sur le plan technique, la solution de la Cour de cassation est irréprochable et d'une parfaite logique. Pourtant elle n'était pas aussi évidente qu'il y paraît. En effet, dans un arrêt en date du 2 mars 1993, la Chambre commerciale de la Cour

¹⁵⁴⁵ C'est notamment le cas dans l'arrêt du 29 juin 1994, précité.

¹⁵⁴⁶ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°336.

¹⁵⁴⁷ D'ailleurs Aubert et M. Flour se gardent de prendre position et omettent de préciser dans leur ouvrage la nature de la nullité pour indétermination du prix.

¹⁵⁴⁸ Cf. infra n°718 et suiv.

¹⁵⁴⁹ J. Carbonnier, op. cit., n°106; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°369 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°579 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., n°331 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°934 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°398 et suiv.

¹⁵⁵⁰ Cass. Com., 23 juin 1992, Pinier c. Disco Gros et Bertron et autres c. Esso SAF, J.C.P., 1993, éd. E., II, n°407, note L. Leveneur.

¹⁵⁵¹ Arrêts précités.

de cassation a décidé que le cautionnement devait être maintenu en cas d'annulation du contrat de distribution et ses effets de sûreté reportés sur la créance de restitution¹⁵⁵². Si cette solution a le mérite d'éviter la fiction de la nullité, elle heurte en revanche le principe d'indivisibilité des contrats accessoires. En effet, la jurisprudence, en matière de nullité pour indétermination du prix dans les contrats de distribution, repose essentiellement sur l'indivisibilité existant entre le contrat-cadre et les contrats de vente successifs, si bien que l'indétermination du prix de l'un rejailli sur les autres. Comment justifier dans ces conditions que l'indivisibilité entre le contrat-cadre et le contrat de vente soit rejeté en ce qui concerne le cautionnement, celui-ci ayant été donné en fonction de la conclusion du contrat-cadre? A l'évidence, la jurisprudence a voulu tempérer les conséquences excessives engendrées par la nullité des contrats de distribution pour indétermination du prix. Mais ce tempérament est obtenu au prix d'une altération critiquable des principes d'indivisibilité et de rétroactivité.

340. S'agissant des restitutions réciproques, les conséquences excessives de la nullité prètent également le flanc à la critique. Dans les arrêts du 23 juin 1992¹⁵⁵³, la Cour de cassation a clairement exprimé que les restitutions devaient se faire à la valeur réelle, « *sans inclure la part de bénéfice réalisé par le fournisseur* ». Il est vrai que si le distributeur était condamné à verser au fournisseur le prix de vente, qui est par définition indéterminable, cela reviendrait à exécuter le contrat nul. En outre, si les marchandises existaient encore en nature, la restitution s'effectuerait sans le bénéfice escompté par le fournisseur¹⁵⁵⁴. Mais aussi rigoureuse que soit cette solution sur le plan technique, il est difficile de ne pas être heurté par les conséquences excessives qu'elle entraîne.

En premier lieu, le calcul des restitutions va se révéler d'une complexité extrême. Le terme de « bénéfice » utilisé par la Cour de cassation est ambiguë. S'agit-il du bénéfice net, du bénéfice d'exploitation, du bénéfice courant ou plutôt de la marge brute commerciale? Au surplus, comment traiter le bénéfice réalisé par le distributeur? Juridiquement ce bénéfice a été réalisé grâce à des contrats qui sont sensés ne jamais avoir existé. Il devrait donc faire l'objet d'une restitution et d'une compensation avec le bénéfice indûment perçu par le fournisseur. Mais ne pourrait-on pas considérer qu'il rémunère l'activité et l'investissement du distributeur? La Cour de cassation semble pencher en faveur de cette solution puisque dans un arrêt en date du 5 avril 1994, elle a décidé que c'était au fournisseur de payer la différence entre le prix perçu à l'occasion de chaque vente et la valeur réelle des produits livrés, sans compensation avec les bénéfices retirés par le distributeur lors de la revente¹⁵⁵⁵.

En second lieu, le montant des restitutions va dépendre de la durée de prescription en la matière. Si l'on considère qu'il s'agit d'une nullité absolue, la durée sera de trente ans, puisque pour l'annulation d'une opération commerciale, et le prononcé des restitutions qui

¹⁵⁵² R.J.D.A., 1993, 327, n°381.

¹⁵⁵³ Précités.

¹⁵⁵⁴ L. Leveneur, *Les conséquences de la nullité pour indétermination du prix des contrats cadres de distribution*, Cont. Conc. Cons., novembre 1992, 1.

¹⁵⁵⁵ Cass. Com., 5 avril 1994, Express. doc., 10 juin 1994, n°2539, cité par D. Ferrier, J.C.P., 1995, éd. E., I, 439; citant également deux arrêts de la Cour d'appel de Paris qui ont jugé, qu'en vertu de la disparition rétroactive du contrat-cadre et des contrats de vente successifs, le distributeur n'a jamais été propriétaire des marchandises et n'a donc pu les revendre. Il les a donc forcément vendus pour le compte du fournisseur et doit reverser à celui-ci le prix de vente, sous déduction de la partie du prix déjà versée et de la rémunération de son activité de mandataire, conformément aux articles 1999 et 2000 du Code civil; C.A. Paris, 5ème ch. A., 8 décembre 1993; 5ème ch. B., 27 mai 1994.

en est le corollaire, la prescription décennale n'a pas vocation à s'appliquer¹⁵⁵⁶. Le calcul risque donc de porter sur des chiffres astronomiques si les relations contractuelles sont anciennes. Enfin, même si en la matière la prescription est plus courte, il ne faut pas négliger les problèmes fiscaux posés par les restitutions, tant chez le restituant que chez le restitué, en matière d'impôt sur les sociétés et de T.V.A.¹⁵⁵⁷.

341. Pour terminer ces développements consacrés à la nullité des contrats de distribution pour indétermination du prix, il convient de mettre l'accent sur les raisons profondes de l'altération de cette notion en la matière. Comme pour les vices du consentement, l'altération jurisprudentielle de la nullité pour indétermination du prix rappelle fortement la rescision et la réfaction pour cause de lésion. Le principe est que le juge n'a aucun pouvoir de se substituer aux parties pour déterminer l'objet de l'obligation à leur place¹⁵⁵⁸. Cependant dans certains cas, les juges se sont octroyés de larges pouvoirs de réfaction du contrat. Il faut rappeler que, dans le domaine des contrats d'entreprise, l'article 1129 du Code civil n'ayant pas vocation à s'appliquer, le juge peut opérer une modification du prix initialement convenu ou une fixation du prix en l'absence de stipulations sur ce point¹⁵⁵⁹. En dehors de cette hypothèse, la doctrine s'interroge sur l'opportunité de conférer au juge le pouvoir de déterminer lui-même les prix non fixés conventionnellement dans les contrats de distribution, ou même dans les contrats de vente. Ainsi, M. Leveneur approuve la jurisprudence qui exclut l'application de l'article 1129 du Code civil aux contrats n'engendrant pas une obligation de donner, à condition de reconnaître aux juges du fond un pouvoir général de fixer ultérieurement le prix ou la rémunération en cas de litige. « *Toute autre solution, qui abandonnerait une partie au pouvoir arbitraire de l'autre, serait contraire à la plus élémentaire justice contractuelle, et donc serait difficilement acceptable* »¹⁵⁶⁰. Il est intéressant de remarquer que l'alternative est identique pour M. Ghestin selon qui « *toute la question est alors de savoir dans quels contrats le juge peut fixer le prix à défaut de détermination préalable de ce dernier ou d'accord ultérieur* »¹⁵⁶¹. Pour cet auteur, le principal obstacle à la suppression de l'exigence de détermination du prix dans les contrats de distribution se trouve dans l'impossibilité pour le juge français¹⁵⁶² de fixer lui-même le prix en cas de conflit. Et le fait que les arrêts Alcatel du 29 novembre 1994¹⁵⁶³ semblent conférer au juge un contrôle sur le montant des prix a été un élément déterminant dans l'approbation, par cet auteur, de la nouvelle jurisprudence de la première Chambre civile¹⁵⁶⁴. En réalité, il s'agit moins d'un contrôle positif du juge sur les prix, qu'un pouvoir de révision exercé sur « *les prix inéquitable* » ou « *lésionnaires* »¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁵⁶ R.T.D. Com., 1949, 5, obs. Houin.

¹⁵⁵⁷ Cf. L. Vogel, op. cit., n°16.

¹⁵⁵⁸ Cass. Com., 29 janvier 1981, Bull. Civ. IV, n°298; en ce sens : J. Carbonnier, op. cit., n°57; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°244; P. Malaurie et L. Aynès, *Contrats spéciaux*, n°217.

¹⁵⁵⁹ Cf. sur ce point, Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1989, Bull. Civ. I, n°301; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°700 et suiv.; M.A. Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, R.T.D. Civ., 1992, 269, n°54.

¹⁵⁶⁰ L. Leveneur, note sous Cass. Com., 29 janvier 1991, Cont. Conc. Cons., 1991, n°109.

¹⁵⁶¹ J. Ghestin, *Réflexions sur le domaine et le fondement de la nullité pour indétermination du prix*, Dalloz, 1993, chron.251, n°7.

¹⁵⁶² Contrairement à celui d'autres pays tels que les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, l'Allemagne. Cf. L. Vogel, op. cit., n°2.

¹⁵⁶³ Précités.

¹⁵⁶⁴ Note sous les arrêts précités, J.C.P., 1995, II, 22371, n°13.

¹⁵⁶⁵ En ce sens, cf. M.-A. Frison-Roche, art. préc., RJDA 1/96, p.7; et L. Aynès note précitée au Dalloz 1996, 20.

342 . Force est donc de constater que les problèmes posés par l'indétermination du prix sont étroitement liés à l'office du juge¹⁵⁶⁶. Classiquement, « *la mission du juge n'est pas de faire des contrats* »¹⁵⁶⁷. L'omnipotence qu'une partie de la doctrine a donné au principe de l'autonomie de la volonté est encore présente dans les esprits; suffisamment pour affirmer que le juge est soumis au contrat comme à une loi¹⁵⁶⁸. Or il est évident qu'une réfaction du contrat assurerait une protection plus efficace et plus juste de la partie économiquement faible¹⁵⁶⁹. M. de Fontbressin a vu juste lorsqu'il a qualifié le problème de l'indétermination du prix comme « *la conscience malheureuse de la lésion mobilière* »¹⁵⁷⁰. Mais dans ce cas pourquoi ne pas dire clairement les choses et affirmer une bonne fois pour toutes l'existence du principe général de lésion en droit des obligations? La démarche, si elle peut paraître téméraire, aurait le mérite de la franchise, plutôt que de procéder par altération des notions classiques du droit des obligations pour rapprocher leur régime de celui de la lésion. Ce phénomène est particulièrement caractéristique en matière de nullité de clauses d'indexation. La jurisprudence reconnaît au juge le pouvoir de modifier le contrat en substituant l'indice illicite ou inefficace par un indice valable, et ce afin de préserver l'équilibre contractuel¹⁵⁷¹. En réalité, sous couvert de l'interprétation divinatoire de la volonté des parties¹⁵⁷², les juges utilisent le concept de lésion. Nous allons voir qu'une tendance identique anime la jurisprudence en matière de prêt.

PARAGRAPHE 2 - L'INDETERMINATION DU TAUX D'INTERET DANS LES CONTRATS DE PRET

343 . L'article 4 de la loi du 28 décembre 1966, aujourd'hui intégré dans le Code de la consommation à l'article L. 313-2, impose la mention du taux effectif global, dans tous les contrats de prêt, qu'ils aient pour objet le financement d'un bien de consommation ou d'une activité professionnelle. La généralité de cette règle a une double justification. D'un point de vue historique, d'abord, la notion de consommateur, au sens juridique, n'existait pas lorsque la loi du 28 décembre 1966 a été élaborée, si ce n'est la référence purement fortuite contenue dans l'article 11-4 de la loi du 1er août 1905¹⁵⁷³. Compte tenu de cette contingence historique, il est étonnant que la loi du 26 juillet 1993 ait abrogé l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966, pour en intégrer le contenu dans l'article L. 313-2 du Code de la consommation. S'agissant d'une codification à droit constant, il n'est pas permis d'en conclure que la mention du T.E.G. n'est désormais obligatoire que dans les contrats de prêt à la consommation. Pourtant, il sera, pour le moins, paradoxal d'appliquer cette disposition

¹⁵⁶⁶ M.A. Frison-Roche, op. cit., n°43 et suiv.

¹⁵⁶⁷ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Ventes et échanges*, n°829.

¹⁵⁶⁸ L'article 1134 du Code civil donne en quelque sorte valeur législative au contrat.

¹⁵⁶⁹ M.A. Frison-Roche, op. cit., n°45 et n°48 : « *la modification judiciaire du prix, dans les hypothèses visées par le système de l'indétermination, satisfait à la fois la morale et une saine économie* ».

¹⁵⁷⁰ P. de Fontbressin, *De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats*, R.T.D. Civ., 1986, 655, et spéc., 668.

¹⁵⁷¹ Cass. Civ. 3ème, 16 juillet 1974, Dalloz, 1974, 681, note P. Malaurie; Cass. Com., 7 janvier 1975, J.C.P., 1975, II, 18167, note J. Ghestin; Dalloz, 1975, 516, note P. Malaurie.

¹⁵⁷² Cf. infra n°385 et suiv.

¹⁵⁷³ Aujourd'hui intégré dans l'article L. 212-1 du Code de la consommation : « *Dès la mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs* ».

du Code de la consommation à des conventions conclues entre des professionnels, et ayant pour objet le financement d'une activité économique.

344. Ensuite, du point de vue général, il faut admettre que, face aux organismes bancaires, une entreprise est, comme un simple consommateur, fréquemment en situation de vulnérabilité et de faiblesse économique. Il est donc indispensable d'assurer une protection globale des emprunteurs, quelque soit leur qualité. C'est d'ailleurs ce que fait la jurisprudence par une interprétation audacieuse et combinée des articles 1907 al.2 du Code civil et 4 de la loi du 28 décembre 1966¹⁵⁷⁴. Mais la protection, si elle est globale, n'est pas de la même intensité, selon que l'emprunteur est un consommateur ou un professionnel. Dans le premier cas, le Code de la consommation régleme minutieusement les crédits mobiliers et immobiliers¹⁵⁷⁵, afin d'éviter tout abus de puissance économique de la part du banquier sur le consommateur. Dans le second cas, seul le droit commun s'applique¹⁵⁷⁶. Or les entreprises se révèlent être, en pratique, beaucoup plus vulnérables que les consommateurs face aux banques. En effet, le financement de leur besoin en fonds de roulement, ou de leurs investissements, est vital pour leur survie, tandis que la plupart des biens de consommation financés à crédit relèvent du superflu, sans donner à ce mot un sens péjoratif. Ceci explique peut-être, en partie, les distorsions existant entre ces deux domaines de crédit. Nous verrons que ces distorsions sont parfois surprenantes, car la protection la plus renforcée n'est pas toujours du côté de celui que l'on croit. L'exemple le plus significatif est, sans doute, la jurisprudence sur les clauses de révision de taux d'intérêt en fonction du taux de base bancaire. Après avoir analysé le principe de nullité de ces clauses, il conviendra de dire quelques mots sur la sanction appliquée par les juges du fonds, approuvés en cela par la Cour de cassation.

A - LE PRINCIPE DE NULLITE DES CLAUSES DE REVISION EN FONCTION DU TAUX DE BASE BANCAIRE

345. Le principe de nullité de la clause de révision du taux d'intérêt en fonction du taux de Taux de Base Bancaire (TBB) découle directement de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions de l'article 1129 du Code civil depuis 1978 et, plus particulièrement, des arrêts rendus en matière de contrat de distribution¹⁵⁷⁷. En effet, la généralisation de l'exigence de la détermination de l'objet de l'obligation sur le fondement de l'article 1129 du Code civil ne pouvait pas ne pas affecter le contrat de prêt, qui pourtant est régi par une disposition spécifique relative à la fixation du taux d'intérêt¹⁵⁷⁸. Dans un arrêt en date du 2 mai 1990, la Première chambre civile de la Cour de cassation a expressément visé l'article 1129 du Code civil pour annuler la clause de variation du taux d'intérêt d'un prêt¹⁵⁷⁹ : *« qu'en admettant même que le taux d'intérêt dépende de la seule volonté de Sofal, l'obligation des époux Lévy au paiement de l'intérêt ne serait pas pour autant affectée*

¹⁵⁷⁴ Ce point ayant déjà été étudié, il n'y a pas lieu d'y revenir, cf. supra n°233 et suiv.

¹⁵⁷⁵ Art. L. 311 et suiv. et L. 312-1 et suiv. du Code de la consommation.

¹⁵⁷⁶ Art. 1905 et suiv. du Code civil.

¹⁵⁷⁷ Précités.

¹⁵⁷⁸ Art. 1907 al.2 du Code civil qui impose que le taux soit fixé par écrit.

¹⁵⁷⁹ Dalloz, 1991, 41, note C. Galvada, Revue Banque, 1990, p.1097, obs. Rives-Lange; R.T.D. Civ., 1991, 111, obs. J. Mestre, J.C.P., 1991, II, 21655, note Stoufflet.

d'une condition potestative de leur part (...) qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher si le taux d'intérêt était déterminable par référence à des éléments du marché financier extérieurs à la volonté du prêteur, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». La doctrine unanime a considéré que cet arrêt, qui pouvait être qualifié de principe malgré sa non parution au bulletin officiel, sonnait le glas de la clause de variabilité en fonction du TBB¹⁵⁸⁰. Cette jurisprudence a été logiquement étendue à la clause de remboursement anticipé du prêt qui fait dépendre le montant de la somme devant être versée par l'emprunteur, qui prend l'initiative de la résiliation, du taux pratiqué par le prêteur à la date du remboursement¹⁵⁸¹. La motivation est également fondée sur le fait que l'indemnité de remboursement « *n'était pas déterminée par référence à des éléments extérieurs à la volonté du prêteur, mais fixée unilatéralement par ce dernier puisqu'il variait en fonction du taux d'intérêt pratiqué par le C.E.P.M.E. à l'époque du remboursement, pour les prêts de même nature* ».

346. La référence à la notion de potestativité est ici flagrante, quoiqu'inexacte. C'est parce que le TBB est fixé unilatéralement par la banque, et non en fonction d'éléments extérieurs à sa volonté, que la clause d'indexation est nulle¹⁵⁸². L'ensemble des annotateurs approuvent cette jurisprudence¹⁵⁸³. Ainsi, M. Martin, après avoir souligné le lourd secret pesant sur les méthodes de calcul des TBB approuve cette jurisprudence, au regard de l'article 1129 du Code civil, la banque fixant unilatéralement et souverainement ce taux¹⁵⁸⁴. De son côté, M. Rives-Lange constate que « *le taux de référence est laissé à la libre détermination du prêteur* » et en déduit : « *l'objet de l'obligation de l'emprunteur est indéterminé et indéterminable; la nullité est encourue* »¹⁵⁸⁵. M. Ghestin, pour sa part, tout en critiquant la position adoptée par les commentateurs susvisés, approuve la référence faite au critère d'arbitraire dans la détermination du taux¹⁵⁸⁶.

347. Mais il est permis de porter un jugement critique sur l'utilisation de potestativité en la matière. En effet, les conclusions de M. l'avocat général Curti, avant l'arrêt de la chambre commerciale rendu le 9 juin 1992, démontrent l'ambiguïté de l'utilisation des notions de volonté, d'arbitraire ou de potestativité dans les domaines économiques et financiers. « *Si au plan des principes, le taux de base bancaire est donc fixé librement par chaque établissement, ses évolutions ne peuvent toutefois dans la réalité des faits, ignorer celles qui affectent le marché monétaire, elles mêmes très largement marquées par les décisions des autorités monétaires, à travers les interventions de la banque de France* »¹⁵⁸⁷. Toujours dans ses conclusions, M. l'avocat général Curti relève qu'entre les

¹⁵⁸⁰ Voir auteurs précités, ainsi que M. Ghestin, *La formation du contrat*, n°748; par la suite, la chambre commerciale a adopté la même solution en sanctionnant le Crédit du Nord : Cass. Com., 9 juin 1992, Bull. Civ. IV, n°228; J.C.P., 1992, II, 21892, concl. J. Curti.

¹⁵⁸¹ Cass. Com., 15 décembre 1992, Bull. Civ. IV, n°417; Cont. Conc. Cons., 1993, n°67, obs. L. Leveneur; Defrénois, 1993, art. 35484, p.310, obs. J.L. Aubert; Cass. Civ. 1ère, 22 juin 1994, Dalloz, 1995, 368, note A. Penneau.

¹⁵⁸² Il en est de même pour la clause de remboursement anticipé.

¹⁵⁸³ **Contra** : A. Penneau, note précitée sous Cass. Civ. 1ère, 22 juin 1994.

¹⁵⁸⁴ D. Martin, *Le taux de base*, Dalloz, 1991, chron.127.

¹⁵⁸⁵ Op. cit.

¹⁵⁸⁶ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°750.

¹⁵⁸⁷ Cf. conclusions précitées, aux termes desquelles M. Curti conclue à la nullité de la clause et à la confirmation de l'arrêt d'appel sur ce point : « *Il m'apparaît au vu de cette analyse que le TBB n'est pas déterminable uniquement par référence à des éléments du marché financier extérieurs à la volonté du prêteur et qu'à défaut de référence dans l'acte de prêt à des éléments connus définis avec précision et objectifs pour déterminer la variation du taux d'intérêt, la Cour d'appel a considéré à juste titre qu'une telle clause était nulle pour indétermination de l'obligation* ».

grandes banques les écarts de TBB sont extrêmement faibles¹⁵⁸⁸, ce qui démontre la vivacité et la réalité de la concurrence dans ce secteur. Comment affirmer, dans ce cas, que la banque détermine arbitrairement, ou selon sa seule volonté, le taux de base bancaire? Il faut bien reconnaître que le recours aux notions de volonté et de liberté n'est pas opportun en matière économique. Dans un tel problème, ce qu'il importe de savoir c'est si la banque a abusé de sa puissance économique pour imposer à l'emprunteur, en cours de contrat pour l'indexation, ou en fin de contrat pour la clause de remboursement anticipé, un taux d'intérêt excessif, c'est-à-dire anormalement élevé par rapport au marché. Si l'indice de référence, même dépendant partiellement de la volonté du prêteur, a permis de déterminer un taux normal par rapport à ceux pratiqués sur le marché, alors l'emprunteur n'a nul besoin de protection.

La meilleure preuve est qu'en matière de crédit à la consommation, le décret n°78.509 du 24 mars 1978 dispose que « *le taux est révisable. Le taux effectif global suivra les variations en plus ou en moins du taux de base que le prêteur applique aux opérations de même nature* »¹⁵⁸⁹. Ainsi, le consommateur serait moins bien protégé contre l'arbitraire du banquier que le professionnel! Cette différence de régime n'est pas justifiée par la plus grande dépendance financière des entreprises à l'égard des banques pour le financement de leur activité. Elle n'est pas justifiée non plus, contrairement à ce que croit M. Ghestin¹⁵⁹⁰, par le particularisme du marché du crédit à la consommation, sur lequel la concurrence serait plus vive et les clients moins complexés pour la faire jouer; ce qui reste largement à démontrer. La différence de régime ne se justifie pas. Elle s'explique seulement par l'inadaptation des dispositions de l'article 1129 du Code civil, ainsi que par celle des notions de potestativité et de libre volonté, à assurer une protection efficace des économiquement faibles. Ces notions sont en effet trop empreintes de subjectivité pour appréhender un problème qui se traduit essentiellement par un déséquilibre de puissance économique entre contractants et un déséquilibre entre les prestations contractuelles réciproques. Ici, comme en matière de contrat de distribution, le simple fait de se référer au TBB pour réviser le taux d'intérêt initial n'est pas en soi abusif. L'abus pourra cependant venir de l'exécution du contrat et de la fixation d'un TBB anormalement élevé. C'est d'ailleurs en ce sens que s'oriente la doctrine à la suite des arrêts Alcatel du 29 novembre 1994¹⁵⁹¹, et de ceux rendus en assemblée plénière le 1er décembre 1995¹⁵⁹². Ce déplacement de l'analyse juridique qui va de la formation du contrat vers son exécution permettra de pallier l'inadéquation des effets de la nullité sanctionnant le défaut de déterminabilité du taux d'intérêt.

¹⁵⁸⁸ Entre l'automne 1990 et l'automne 1991, les TBB s'échelonnaient entre 10, 15 % et 10, 35 %.

¹⁵⁸⁹ Sur la question de la légalité de ce décret, voir dans un sens favorable : J. Ghestin, op. cit., n°752 et suiv.; **contra** : C. Galvada, note au Dalloz, 1990, 42.

¹⁵⁹⁰ Op. cit., 751.

¹⁵⁹¹ Cf. notamment : A. Penneau, note sous Cass. Civ. 1ère, 22 juin 1994, précité.

¹⁵⁹² Il semble que les juges du fond aient emboîté le pas de la Cour de cassation. Cf. Trib. Com. Nanterre, 7ème Ch., 27 octobre 1995, Dalloz 1996, IR 11, refusant d'annuler comme potestative, en raison de l'indétermination des taux, une clause contenue dans les conditions générales d'une convention d'ouverture de compte courant selon laquelle les intérêts sont calculés suivant les tarifs en vigueur dans la banque au moment de la réalisation effective de l'opération, dès lors que « *ceux-ci ne sont pas spécifiques à un client mais applicables à l'ensemble de la clientèle de la banque, se basant sur une référence de marché connue de tous, et qu'il n'est pas allégué que le pouvoir de fixation du taux d'intérêt a eu pour objet ou pour effet de permettre à la banque de tirer un profit illégitime en abusant de son droit* ». Cf. également, CA Paris 15ème Ch. B, 12 janvier 1996, Dalloz 1996, IR 72 considérant que « *le régime juridique de la clause faisant varier les intérêts à partir du taux de base bancaire n'est pas soumis à l'article 1129 du Code civil relatif à la détermination de l'objet de l'obligation, mais aux règles générales de l'abus de droit* ».

B - LES EFFETS DE LA NULLITE

348. L'article 1129 du Code civil, tel qu'interprété par la jurisprudence jusqu'au 1er décembre 1995, étant altéré et utilisé en dehors de son domaine naturel, la sanction qu'il comporte ne pouvait qu'être inadaptée et engendrer des conséquences excessives. En d'autres termes, les moyens ne sont pas en conformité avec le but recherché, qui est de protéger l'emprunteur, partie contractante fréquemment en position de vulnérabilité face aux établissements bancaires. Puisque la stipulation du taux d'intérêt est déterminante, tant pour le prêteur que pour l'emprunteur, la nullité devrait affecter l'intégralité du contrat¹⁵⁹³. Mais la Cour de cassation, dans le seul but d'éviter à l'emprunteur une restitution immédiate de l'intégralité des sommes restant dues, a choisi d'appliquer une nullité partielle, n'affectant que la clause litigieuse¹⁵⁹⁴. Le prêt reste donc en place et les remboursements s'effectueront aux échéances et au taux d'intérêt initial. Dans le domaine bancaire, la Cour de cassation n'est pas allée jusqu'à substituer une indexation non potestative comme elle avait pu le faire dans d'autres contrats. Cette position a été diversement accueillie par la doctrine, MM. Stoufflet et Galvada estimant qu'elle s'imposait; M. Mazeaud jugeant qu'il s'agit d'un « *compromis acceptable* » entre deux extrêmes; MM. Cabrillac et Teyssié regrettant l'interventionnisme trop présent du juge; M. Mestre et Mme Casaux déplorant son inefficacité, le risque encouru par les organismes financiers étant trop faible. En toute hypothèse, il est frappant de constater la différence de régime entre la vente et les contrats de distribution d'une part, et le prêt d'autre part. Alors que dans le premier cas, la nullité est totale et se propage même aux contrats d'application successifs, dans le second elle est cantonnée à une clause. Cette observation est de nature à remettre en cause l'opinion de M. Ghestin, qui voit une unité profonde dans la jurisprudence appliquant l'article 1129 du Code civil aux contrats de distribution et aux contrats de prêt¹⁵⁹⁵. Il existe, au contraire, une différence substantielle de régime, entre ces deux contrats, sur le plan de la nullité et de ses conséquences; différence qui d'ailleurs se justifie mal : pourquoi supprimer tout droit de perception d'un bénéfice au fournisseur et ne pas imposer la gratuité du prêt au banquier¹⁵⁹⁶?

349. La différence de régime peut s'expliquer par le souci du juge de sauvegarder l'équilibre économique du contrat. Dans les contrats de distribution, annulés pour indétermination du prix, le distributeur ne doit pas, en principe, rembourser quelques sommes que ce soit à son fournisseur, si ce n'est le paiement des marchandises livrées à leur valeur réelle. Mais ce paiement était exigible avant l'annulation du contrat, ce qui n'est pas le cas pour les échéances d'un prêt. Le plus souvent, le distributeur sera créancier de la

¹⁵⁹³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°395, « *si la clause était essentielle dans l'esprit des parties, si elle constituait à leurs yeux la « cause » ou la « condition impulsive et déterminante », l'acte tout entier est nul* »; pour un développement, cf. P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse Strasbourg, 1969.

¹⁵⁹⁴ Cass. Com., 9 juin 1992, Bull. Civ. IV, n°228; R.T.D. Com., 1992, 652, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié; Banque, 1992, 736, obs. J.L. Rives-Lange; Dalloz, 1992, 529, note C. Galvada; J.C.P., 1992, II, 21892, conclusions Curti; J.C.P., 92, éd. E., II, 351, note J. Stoufflet; Cass. Civ. 1ère, 9 février 1994, Bull. Civ. I, n°54; Defrénois, 1994, p.1115, obs. D. Mazeaud; Dalloz, 1994, 605, note L. Casaux.

¹⁵⁹⁵ Op. cit., n°749.

¹⁵⁹⁶ M. Mestre a démontré que le risque de gratuité du prêt était le seul suffisamment comminatoire pour le banquier, R.T.D. Civ., 1991, 112.

restitution des bénéfiques perçus par le fournisseur, si bien que la protection de ses intérêts n'entrave pas les effets de la nullité. Dans le prêt, la volonté de protection de l'emprunteur est encore très présente, même avant le prononcé de l'annulation, puisque s'il est débiteur des remboursements, il bénéficie cependant de l'échelonnement initialement prévu pour les effectuer. Faire jouer la totalité des effets de la nullité dans cette hypothèse reviendrait à le pénaliser lourdement en l'obligeant à une restitution immédiate des sommes dues, déduction faite toutefois des intérêts perçus indûment sur le fondement de la clause indexation potestative. Mais inversement, obliger le banquier à respecter le plan de remboursement initial, sans percevoir le moindre intérêt, reviendrait à déséquilibrer la convention. Aussi puissant soit-il sur le plan économique, il n'est pas équitable de le priver de disponibilités financières sans contrepartie.

C'est donc ce souci de préserver l'équilibre économique des contrats qui incite le juge à adopter des solutions qui altèrent indiscutablement la notion classique de nullité. Il s'octroie, à cet effet, un véritable pouvoir de réfaction des contrats, « *le juge se bornant le plus souvent à réduire la part excessive de la stipulation d'intérêt, pour limiter le taux au niveau du seuil qui varie selon le vice à l'origine de l'irrégularité* »¹⁵⁹⁷. Bien plus que l'arbitraire ou la potestativité, c'est le caractère excessif du taux que veut sanctionner le juge. Le point déterminant n'est pas que l'indice de variation du taux d'intérêt dépende en tout ou en partie de la volonté du banquier, ni que celui-ci puisse en fixer librement le montant. C'est seulement lorsque cette liberté dégénère en abus que l'emprunteur a un besoin réel de protection. Il est tout de même excessif d'annuler une clause de variation qui produit un taux d'intérêt normal par rapport à ceux pratiqués sur le marché, auprès d'une clientèle semblable et pour des conditions de prêt identiques. Doit-on surcharger encore les organismes bancaires de formalités administratives inefficaces, leur imposant d'obtenir un accord écrit des clients à chaque variation du TBB? Une telle mesure serait inutile, car il y a fort à parier que la quasi totalité des clients accepterait ces variations. Placer le problème sur le terrain de la volonté se révèle donc être une impasse¹⁵⁹⁸.

350. En tout état de cause il est permis de douter du maintien de cette jurisprudence suite aux arrêts Alcatel rendus par la 1^{ère} Chambre civile le 29 novembre 1994¹⁵⁹⁹. Ces arrêts, s'ils recourent de façon erronée à la notion de bonne foi¹⁶⁰⁰, présentent l'avantage de déplacer le problème de la détermination du prix de la formation du contrat vers son exécution. Cette solution présente l'immense mérite de tenir compte des éventuels abus de puissance économique dans l'exécution du contrat, sans se référer aux notions subjectives de volonté et de potestativité. L'emprunteur ne serait protégé, si cette jurisprudence était appliquée au contrat de prêt, qu'à la condition que le taux fixé unilatéralement par le banquier se révèle anormalement élevé par rapport au marché. Le juge bénéficierait donc d'une marge d'appréciation importante et pourrait appliquer des sanctions souples et proportionnées, qui ne sont pas sans rappeler celles prévues pour la lésion. Le déplacement de l'analyse juridique vers l'exécution du contrat se montre fructueux et, il faut, à cette

¹⁵⁹⁷ L. Casaux, op. cit., cf. également B. Teyssié, *Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat*, Dalloz, 1976, chron.281 : « *Ne sera fréquemment imposée qu'une simple transformation de l'accord par retranchement pur et simple ou substitution d'une disposition entièrement ou partiellement nouvelle à la disposition entachée de nullité* ».

¹⁵⁹⁸ Cf. infra notre seconde partie pour une problématique placée sur le terrain économique.

¹⁵⁹⁹ En ce sens, A. Penneau, note précitée.

¹⁶⁰⁰ Cf. infra n°399 et suiv.; cf. les quatre arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995 qui ne font pas référence à la notion de bonne foi.

occasion, prendre conscience que des abus de puissance économique peuvent aussi exister au moment de l'exécution du contrat.

CHAPITRE II

L'ALTERATION DES EFFETS DU CONTRAT¹⁶⁰¹

351 . Logiquement, les effets du contrat ne devraient pas constituer un terrain très fertile pour l'étude de l'influence de la puissance économique d'un des contractants sur la règle de droit. A ce stade, les abus de puissance économique sont beaucoup plus rares que lors de la formation des contrats, moment favorable à l'exercice de pressions économiques pour obtenir des avantages injustifiés au regard des principes de justice contractuelle et de l'équilibre des conventions. Une fois le contrat formé, l'alternative paraît très simple : ou bien il contient certaines clauses abusives et elles devront être annulées, ou bien il n'en contient pas et l'intégralité des stipulations contractuelles devra produire ses effets juridiques. Dans cette dernière hypothèse, force sera d'appliquer les principes et règles classiques du droit des obligations, sans que le concept de puissance économique puisse interférer. Il serait illogique d'une part de reconnaître la validité du contrat et des clauses qu'il contient et, d'autre part de réduire la portée de ses effets juridiques afin de protéger une partie qui se trouve en situation de faiblesse économique.

352 . Mais la solution n'est pas aussi évidente, et le droit a tendance à tenir compte des déséquilibres de puissance économique pour altérer les effets juridiques des obligations contractuelles valablement conclues. Par exemple, le législateur a lui même senti le risque de l'abus de puissance économique au moment de l'exécution du contrat. L'article 3 du décret n°78-464 du 24 mars 1978 interdit, dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs la clause ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques des biens à livrer ou des services à rendre. Bien entendu, le problème de la non validité de cette clause se pose au stade de la formation du contrat, mais c'est au niveau des effets de celle-ci que le législateur a entendu protéger le consommateur, contractant présumé économiquement faible face au professionnel. Beaucoup plus intéressante est l'altération jurisprudentielle du contenu de certaines notions juridiques régissant les effets du contrat dans le but de tenir compte des déséquilibres de puissance économique entre cocontractant et des avantages excessifs qu'entraînerait, au détriment de la partie en situation de vulnérabilité, leur application stricte. C'est que, lorsque le contrat est valablement formé, il n'existe aucun échappatoire, l'article 1134 al.1er du Code civil disposant que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ». Ce texte, qui vient directement des écrits de Domat¹⁶⁰², est fréquemment présenté comme l'archétype de la traduction juridique du principe de l'autonomie de la volonté. Il est évident qu'en dépit des

¹⁶⁰¹ Il s'agit d'une formule elliptique car, en réalité ce sont les effets des obligations engendrées par le contrat qu'il s'agit d'étudier; J. Carbonnier, op. cit., n°111.

¹⁶⁰² *Lois civiles*, 1ère partie, Liv.1, Titre 1, Section 2, n°7.

atteintes contemporaines portées à ce principe, l'autorité du contrat, qui tient lieu de loi, « lui vient de ce que ses sujets se la sont donnée de leur propre volonté »¹⁶⁰³. Que l'on se souvienne de la célèbre jurisprudence « Canal de Crapone » dans laquelle il est dit qu'en aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en compte le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants¹⁶⁰⁴. Dès lors la jurisprudence va entamer un mouvement de fond consistant à altérer subrepticement les effets classiques du contrat, puisque toute modification officielle, sur le fondement de l'équité, est prohibée.

353. L'étau, dans lequel le principe de la force obligatoire des contrats enferme les contractants, devient difficilement tolérable lorsqu'il est au service d'une partie économiquement puissante qui s'en sert pour opprimer son partenaire. Les juges vont, dans ce cas, avoir recours aux notions classiques du droit des obligations régissant les effets du contrat pour tenter d'y trouver des palliatifs, des moyens de contrecarrer cette oppression. La démarche ne se fera pas au grand jour, comme celle que peut se permettre le législateur¹⁶⁰⁵. Elle se caractérise par l'utilisation de notions qui ne sont, a priori, pas faites pour protéger les contractants faibles. Il y a donc une inévitable dénaturation qui se révèle critiquable en ce qu'elle fait perdre au droit positif une partie de sa cohérence. Nous allons voir que ce phénomène d'altération se retrouve d'une part lors de l'exécution des contrats et d'autre part lors de leur extinction. Dans les deux cas l'objectif est estimable : introduire une plus grande justice contractuelle dans le domaine des effets du contrat¹⁶⁰⁶. Ce sont les moyens et techniques mis en oeuvre pour y parvenir qui se révèlent critiquables. Nous pourrions constater que l'ensemble des critiques converge finalement vers un même point : l'altération du principe de la force obligatoire des contrats¹⁶⁰⁷.

SECTION I

L'EXECUTION DU CONTRAT

¹⁶⁰³ J. Carbonnier, op. cit., n°112.

¹⁶⁰⁴ Cass. Civ., 6 mars 1876, D.P., 1876, 1, 193.

¹⁶⁰⁵ Qui autorise certains contractants, présumés en situation de faiblesse, à revenir après coup sur leurs engagements : Art. 32 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique; Article 3 de la loi du 22 décembre 1972 sur la vente par démarchage à domicile; Articles 7 et 16 de la loi du 10 janvier 1978 sur les opérations de crédits; Article 132-5-1 du Code des assurances.

¹⁶⁰⁶ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°3.

¹⁶⁰⁷ Nous laissons de côté le principe de l'effet relatif des contrats qui ne paraît pas avoir été perturbé par la prise en compte des déséquilibres de puissance économique, même si certaines atteintes se justifient par l'idée de justice commutative et la volonté de garantir le paiement de certaines créances, que le créancier soit ou non économiquement faible; cf. C. Jamin, *La notion d'action directe*, L.G.D.J., 1991; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°763 et suivants; sur le principe de la relativité des conventions, cf. A. Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit français*, thèse Strasbourg, Dalloz, 1938; J.L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, thèse Paris, II, L.G.D.J., 1981; L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, thèse Paris, II, Economica, 1984.

354 . La perturbation des notions et règles classiques du droit des obligations par la prise en compte du phénomène des inégalités de puissance économique entre contractants se situe tant au niveau de la durée que du contenu des contrats. Cette distinction n'a pas la prétention de permettre une énumération exhaustive des diverses altérations des notions gouvernant le régime de l'exécution des contrats. Néanmoins, la durée et le contenu des contrats sont les deux pôles essentiels de l'exécution, si bien que les abus de puissance économique se concentrent principalement sur ceux-ci.

PARAGRAPHE 1 - LA DUREE DES CONTRATS

355 . Au stade de l'exécution, ce sont les contrats à exécution successive qui sont le plus sensibles aux abus de puissance économique¹⁶⁰⁸. Alors que pour les contrats à exécution instantanée, seule la formation peut donner lieu à de tels abus, la notion de durée, dans les contrats à exécution successive, est un facteur d'aliénation significatif de la liberté des contractants. Il y a création d'un état durable de dépendance qui vient s'ajouter à la coercition découlant du principe de la force obligatoire des contrats. Cette dépendance a des répercussions sur le plan économique. Nous aurons l'occasion de montrer que la durée des contrats a une valeur économique non négligeable¹⁶⁰⁹ et doit entrer en ligne de compte dans l'analyse de l'équilibre des prestations réciproques conclues dans un contrat. M. Ghestin a justement fait remarquer que la durée des contrats est un élément qui participe au principe de justice contractuelle¹⁶¹⁰. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur est intervenu dans certains domaines pour fixer des règles d'ordre public quant à la durée des contrats.

356 . L'intervention législative a surtout été présente en ce qui concerne le choix du point de départ de la durée des contrats. Ainsi, alors que le principe est celui de la liberté contractuelle, le législateur a donné au juge le pouvoir d'accorder des délais de grâce au débiteur en difficulté¹⁶¹¹. Dans le domaine du droit de la consommation, le législateur interdit au professionnel d'imposer au consommateur un terme incertain de livraison dans les contrats de vente mobilière et de prestation de services¹⁶¹². Toujours dans ce domaine, certaines dispositions légales prévoient, en matière de prêt, que l'emprunteur peut se délier par anticipation, c'est à dire avancer le point de départ de son obligation de remboursement, alors même que le prêt à intérêt comporte un terme stipulé en faveur des deux parties, ce qui devrait s'opposer à une résiliation unilatérale¹⁶¹³. Enfin, la loi du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, interdit

¹⁶⁰⁸ Sur les diverses façons d'entendre la notion de durée successive, cf. Brière de l'Isle, *De la notion de contrat successif*, Dalloz, 1957, chron.153; J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, thèse Paris, 1969; I. Pétel, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier, 1984; M.L. Cros, *Les contrats à exécution échelonnée*, Dalloz, 1969, chron.50; M. Picq, *La distinction entre les contrats à exécution successive et les contrats à exécution instantanée*, Thèse Grenoble, 1994; cf. également sur l'ensemble de la question et notamment la distinction entre « durée d'exécution », « durée d'existence » et « durée d'efficacité », J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°141.

¹⁶⁰⁹ Cf. infra n°690 et suiv.

¹⁶¹⁰ Op. cit., n°151.

¹⁶¹¹ Article 1244-1 et suiv. du Code civil.

¹⁶¹² Art. L. 114.1 du Code de la consommation.

¹⁶¹³ Art. L. 132-21 du Code de la consommation, relatif au crédit immobilier; Art. L. 311-29 du Code de la consommation relatif au crédit mobilier.

les clauses stipulant la déchéance du terme dans l'hypothèse de la survenance d'un jugement d'ouverture¹⁶¹⁴. Il est évident que ces dispositions législatives visent à protéger les contractants économiquement faibles en leur permettant, par un déplacement du point de départ de la durée d'exécution du contrat, soit de maintenir ou d'allonger la durée contractuelle initiale, soit de la réduire. Le caractère unilatéral de ces dispositions démontre, sans contestation possible ce souci de protection.

357. Ce même souci se retrouve dans la fixation du point d'arrivée du contrat. La loi impose parfois un maximum de durée¹⁶¹⁵, ou au contraire un minimum¹⁶¹⁶. M. Carbonnier a remarqué que « *le droit libéral avait fixé un maximum, en faveur de la liberté; le droit contemporain a, ça et là, institué un minimum, en faveur de la sécurité, car il est des contrats qui représentent, pour l'un des contractants, une situation vitale* »¹⁶¹⁷. Si cette opinion reste valable en grande partie, il convient néanmoins d'y apporter une nuance, la liberté cédant parfois le pas à l'impératif de protection d'un contractant. Ainsi, il se peut que dans un souci de protection de la partie économiquement faible, la jurisprudence écarte une clause de durée maximum. Dans un arrêt du 16 février 1994, la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁶¹⁸ a réputé non écrite la clause du contrat de travail fixant, à la charge du salarié, une durée maximum d'emploi de six années¹⁶¹⁹. En réalité, la jurisprudence n'utilise aucun raisonnement dogmatique en la matière, et choisit le plus souvent la solution la plus favorable au contractant en situation de vulnérabilité, et ce, dépit de l'altération des principes juridiques que cette démarche est susceptible d'engendrer¹⁶²⁰. Principalement, deux notions juridiques font l'objet d'une altération critiquable, non pas quant au but recherché mais, quant aux moyens utilisés : l'engagement perpétuel et la fixation arbitraire du terme extinctif.

¹⁶¹⁴ Art. 56, loi du 25 janvier 1985.

¹⁶¹⁵ Art. 1er, loi du 14 octobre 1943, limitant à 10 ans la durée maximale de la validité des contrats d'exclusivité d'approvisionnement; L. 132-19 du Code de la propriété intellectuelle fixant à cinq ans la durée du contrat de représentation exclusive d'une oeuvre de l'esprit; Art. 1838 du Code civil limitant à 99 ans la durée des sociétés; Art. 1873-3 du Code civil limitant à cinq ans la durée des conventions d'indivision qui ne sont pas conclues à durée indéterminée; Art. L. 132-6 du Code du travail limitant à cinq ans la durée des conventions et accords collectifs qui ne sont pas conclus à durée indéterminée; Art. 1660 al.1er du Code civil limitant à cinq ans la durée de la faculté de rachat dans la vente à réméré.

¹⁶¹⁶ Art. L. 411-5 du Code rural, disposant que les baux ruraux sont censés faits pour neuf ans; Art. 3-1 du décret du 30 septembre 1953 imposant une durée de 9 ans aux baux commerciaux, Art. 48 de la loi du 30 décembre 1967 imposant une durée minimale de 20 années au contrat de concession immobilière; Art. 10 de la loi du 6 juillet 1989, imposant une durée de 3 ans pour les baux d'habitation consentis par des personnes physiques et à 6 ans pour ceux consentis par des personnes morales.

¹⁶¹⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°140.

¹⁶¹⁸ J.C.P., 1994, IV, 1033.

¹⁶¹⁹ A l'inverse, la Cour de cassation a jugé valable une clause garantissant une durée minimale d'emploi de cinq ans à un salarié, ce qui démontre l'influence du déséquilibre de puissance économique sur ces décisions, Cass. Soc., 28 avril 1994, Dalloz, 1994, I.R., 130.

¹⁶²⁰ Le plus souvent, mais pas toujours. Voir notamment la présomption jurisprudentielle d'indétermination de la durée des contrats en matière commerciale, tant en ce qui concerne le renouvellement des contrats à durée déterminée par tacite reconduction: Cass. Com., 7 novembre 1963, Bull. Civ. III, n°463; Cass. Civ. 3ème, 12 juin 1974, Bull. Civ. III, n°250, qu'en ce qui concerne la formation initiale : Cass. Com., 5 décembre 1984, Bull. Civ. IV, n°332. Cette jurisprudence est approuvée par M. Bischoff, *La protection des engagements temporaires*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Etudes de droit privé, sous la direction de P. Durand, L.G.D.J., 1960, p.115; mais d'autres auteurs critiquent fortement cette présomption qui ne peut se justifier par une analogie avec le droit du travail, puisqu'en cette matière, le salarié sous contrat à durée indéterminée bénéficie du régime protecteur du licenciement, l'employeur devant motiver la rupture du contrat de façon réelle et sérieuse, et verser des indemnités, cf. J. Azéma, op. cit., n°84 et suiv.; H. Roland, *Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs*, in *Mélanges Voirin*, p.755 et suiv.; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°204.

A - L'ALTERATION DE LA NOTION D'ENGAGEMENT PERPETUEL

358. Il existe une différence profonde entre l'engagement à durée indéterminée et l'engagement perpétuel, différence qui explique pourquoi l'un est juridiquement valable et l'autre prohibé. Le premier laisse à chacune des parties contractantes la faculté de rompre le lien juridique qu'elles ont elles-mêmes créé. Le second, au contraire, interdit toute rupture unilatérale¹⁶²¹. La prohibition de l'engagement perpétuel qui paraît couler de source pour notre société individualiste et libérale, n'est pas explicitement énoncée par la loi. La jurisprudence et la doctrine ont tiré, de quelques dispositions spéciales interdisant la perpétuité¹⁶²², un principe général du droit aujourd'hui incontesté¹⁶²³. Mais ce n'est pas parce qu'un principe est général qu'il doit être utilisé de façon incorrecte, c'est à dire en dehors de son domaine naturel d'application. Avant d'étudier ce point, il faut brièvement rappeler le fondement de l'interdiction des engagements perpétuels. Nous pourrions, ensuite conclure, au terme de ces développements, que la notion d'engagement perpétuel n'est pas adaptée pour appréhender les déséquilibres de puissance économique et protéger le contractant en position de faiblesse.

1/ LE FONDEMENT DE LA PROHIBITION DE L'ENGAGEMENT PERPETUEL

359. A l'origine, le fondement de la prohibition des engagements perpétuels était simple : il s'agissait de protéger la liberté des individus. Au lendemain de la Révolution de 1789, il était indispensable de rompre avec le régime féodal et les servitudes personnelles qui caractérisaient le lien social¹⁶²⁴. Il n'était plus question de lier indéfiniment des hommes à des terres ou à d'autres hommes. Par l'intermédiaire de l'abolition des privilèges au cours de la nuit du 4 août 1789 et par l'élaboration, quelques semaines plus tard, de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la liberté était érigée au rang de valeur essentielle. Cette notion philosophique, au demeurant très imprécise¹⁶²⁵, a eu une traduction juridique dans le Code civil. Ainsi l'article 686 édicte la possibilité d'établir des servitudes de propriété, mais prend soin de préciser que les « *services établis* » ne doivent pas être « *imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds* ». Evidemment, cet article ne signifie pas que les servitudes *in faciendo* sont interdites, mais que la notion de perpétuité est exclusivement réservée au domaine du

¹⁶²¹ J. Azéma, op. cit., n°135 et suiv.; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris, II, 1973; P. Simler, *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée*, J.C.P., 1971, I, 2413.

¹⁶²² Art. 1780 al.1er du Code civil, interdit le louage de service à vie; Art. L. 122-1 du Code du travail; Art. 1838 du Code civil interdisant les sociétés de plus de 99 ans.

¹⁶²³ J. Carbonnier, op. cit., n°140 et 141; J. Ghestin, op. cit., n°179 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°747.

¹⁶²⁴ Cf. J. Ghestin, op. cit., n°182 et suiv.; Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, Larose, 1878; J. Ellul, *Histoire des institutions*, t.3, *Le Moyen-Age*, p.151 et suiv.

¹⁶²⁵ Cf. supra n°191 et suiv.

droit réel. Là, en effet, la liberté de l'homme n'est pas en cause, car il s'agit d'un lien entre une personne, ou plutôt son patrimoine, et une chose. Au contraire, l'idée de liberté exclut de la façon la plus radicale la notion de perpétuité en droit des obligations. Il faut dire que la structure du droit personnel ne met plus en présence une personne et une chose, mais deux personnes entièrement libres¹⁶²⁶.

360. La justification historique de la prohibition de l'engagement perpétuel a perdu de son intérêt. Le risque d'un retour au système féodal n'existe plus guère aujourd'hui. Pourtant, le principe de la prohibition est resté très vivace, tant en jurisprudence qu'en doctrine. En particulier, la notion de perpétuité est à l'origine de la jurisprudence sur la limitation des clauses de non-concurrence. Pour la Cour de cassation, la clause de non-concurrence n'est valable que si elle ne compromet pas définitivement la liberté de travail de chaque individu¹⁶²⁷, d'où l'exigence d'une double limitation des effets de cette clause dans le temps et l'espace¹⁶²⁸. La doctrine a, sans doute, été interpellée par l'écart existant entre l'actualité du principe de prohibition de l'engagement perpétuel, et l'anachronisme de sa justification traditionnelle. Certains auteurs ont donc recherché un fondement plus moderne, plus actuel, à ce principe bicentenaire.

361. M. Ghestin, voulant dépoussiérer le fondement historique du principe de prohibition des engagements perpétuels, a cru déceler, à la base, une notion plus large, un principe plus général, dont la liberté ne serait qu'un élément : l'utilité sociale du contrat¹⁶²⁹. On sait que les notions de justice et d'utilité sont, pour M. Ghestin, des principes fondamentaux du droit des contrats¹⁶³⁰. S'agissant du fondement de l'interdiction des engagements perpétuels, l'auteur estime qu'il relève d'une utilité sociale de ne pas « aliéner définitivement la liberté d'au moins une partie » au contrat¹⁶³¹. Mais plus qu'une utilité sociale, il s'agit, en réalité, d'une utilité économique qui fait « obstacle à la conclusion des conventions perpétuelles parce que celles-ci, en figeant des situations juridiques, sont un obstacle à la formation de nouveaux échanges et, par voie de conséquence, à la création et la circulation de richesse »¹⁶³². Le fondement du vice de perpétuité prend donc un véritable bain de jouvence en s'immergeant dans les sciences économiques, très en vogue actuellement pour légitimer ou critiquer les règles de droit positif¹⁶³³.

¹⁶²⁶ Le principe de la prohibition de l'engagement perpétuel, fondé sur la liberté, renvoie à la conception sartrienne selon laquelle l'homme est condamné à être libre. Comment expliquer autrement le fait qu'il ne puisse définitivement aliéner sa liberté si telle est sa volonté?

¹⁶²⁷ Cass. Soc., 6 mars 1985, Dalloz, 1985, I.R., 476, obs. Y. Serra; Cass. Soc., 31 mars 1981, Bull. Civ. V, n°282 et 283; Cass. Soc., 4 décembre 1990, Bull. Civ. V, n°607; Cass. Civ. 1ère, 16 décembre 1992, Bull. Civ. I, n°314.

¹⁶²⁸ Voir à propos des conditions de protection des intérêts légitimes de l'entreprise, Cass. Soc., 14 mai 1992, Bull. Civ. V, n°309; et de proportionnalité, Cass. Com., 4 janvier 1994, Bull. Civ. IV, n°4; cf. infra n°455, pour plus de développements.

¹⁶²⁹ J. Ghestin, op. cit., n°192.

¹⁶³⁰ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°226 et suiv.

¹⁶³¹ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°192.

¹⁶³² Op. cit.

¹⁶³³ Cf. le mouvement de l'analyse économique du droit provenant des Etats-Unis : E. Mackaay, *La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit*, R.I.D. Eco., 1986, t.1, p.43 à 88; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°196 et suiv.; voir pour une analyse critique, M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992, n°57 à 86.

Il faut reconnaître que ce nouveau fondement n'est pas sans intérêt dans la mesure où il paraît très proche de la philosophie qui anime le droit de la concurrence depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986. Le but de la législation relative à la concurrence est, en effet, de préserver la structure du marché pour que les échanges ne connaissent pas d'entraves artificielles et que les entreprises soient libres de leurs actions et de leurs choix¹⁶³⁴. MM. Louis et Joseph Vogel, constatant que la doctrine commercialiste ne s'est guère interrogée sur les raisons de la prohibition des engagements perpétuels, proposent d'en trouver une explication grâce à la théorie de la concurrence¹⁶³⁵. « *Un tel engagement constitue en effet une formidable barrière à l'entrée sur le marché qui empêche les agents économiques, qui seraient en mesure de devenir concurrents, de se porter candidats à une relation contractuelle en raison de l'indissolubilité des liens préexistants* »¹⁶³⁶. Cette opinion doctrinale semble trouver un appui sérieux avec la jurisprudence dites « *des cuves* »¹⁶³⁷. La Cour de cassation a eu à connaître de la validité de la clause imposant, aux concessionnaires exploitant une station service, de restituer les cuves de stockage en nature lorsque le contrat prend fin. Au regard des principes et règles du droit des obligations, la Cour de cassation avait déclaré que ce type de clause était valable malgré le coût très élevé pour les extraire du sol¹⁶³⁸. Mais cette clause va être déclarée illicite sur le fondement des principes du droit de la concurrence : « *l'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant, non justifiés par les nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs* »¹⁶³⁹.

En l'espèce, c'est bien la perpétuité de l'engagement exclusif d'achat de carburant qui est visée. Bien entendu, il ne s'agit pas de la perpétuité au sens où l'entendait le droit féodal, mais force est de reconnaître que cette clause visait à asservir le concessionnaire afin qu'il ne puisse faire autrement que de rester lié à la compagnie pétrolière avec qui il a contracté en premier. Cette entrave au libre jeu de la concurrence est source d'inefficacité économique puisque le marché aura tendance à se scléroser sur des positions définitivement acquises.

362. Néanmoins, ce fondement économique du vice de perpétuité n'est pas entièrement satisfaisant. Contrairement aux apparences, la logique de la prohibition de l'engagement perpétuel ne se confond pas avec celle de la concurrence et de l'efficacité économique, même si accessoirement elle est susceptible de la favoriser. Il se peut que ces deux logiques soient en opposition. Prenons l'exemple du servage ou de l'esclavage. Le lien, qui asservissait le serf, ou l'esclave, au seigneur, ou au maître, était perpétuel. Non seulement il durait toute la vie, mais en plus il se transmettait de génération en génération, si bien que

¹⁶³⁴ Y. Chartier, *Droit des affaires*, t.1, n°340.

¹⁶³⁵ L. et J. Vogel, *Vers un retour des contrats perpétuels? Evolution récente du droit de la distribution*, Cont. Conc. Cons., août-sept. 1991, 1.

¹⁶³⁶ Op. cit., ces auteurs concluant : « *la rente de situation dont bénéficient ainsi les contractants ayant pénétré antérieurement sur le marché est un facteur très important d'inefficacité économique* ».

¹⁶³⁷ Cass. Com., 18 février 1992, J.C.P., éd. E., 1992, II, 344, note M. Béhar-Touchais, ainsi que les autres références déjà citées.

¹⁶³⁸ Cass. Com., 29 janvier 1985, Bull. Civ. IV, n°43; Cass. Com., 18 décembre 1986, Bull. Civ. IV, n°242.

¹⁶³⁹ Cass. Com., 18 février 1992, précité; dans le même sens, Cons. Conc., 29 septembre 1987, B.O.C.C., 20 octobre 1987, p.304; J.C.P., 87, éd. E., I, 16188; C.A. Paris, 5 mai 1988, J.C.P., 1988, éd. E., I, 17475.

serfs et esclaves étaient, au regard du droit, plus des choses que des personnes¹⁶⁴⁰. Or, le système économique était producteur de richesses. Si des pénuries alimentaires existaient dans la population, il s'agissait plus d'un problème de répartition des richesses que de création. De même, l'esclavage a été, jusqu'à un certain point, à la base du développement économique du Sud des Etats-Unis. A cet égard, la traite des noirs a été un commerce des plus fructueux!

A l'époque actuelle, rares sont les économistes qui croient encore aux vertus du libéralisme pur. Une trop grande concurrence peut être économiquement désastreuse sur un marché. Les prix baissent sans cesse, jusqu'à ce que les entreprises fonctionnent à perte et que nombre d'entre elles disparaissent. Dans ces conditions, la stabilité des contrats peut être un élément favorable pour la création des richesses. Au delà de toute conception dogmatique, pourquoi ne pas imaginer un instant que, dans le cadre d'un contrat perpétuel, les parties soient plus tranquilles et paisibles, et puissent concentrer tous leurs efforts sur l'investissement à long terme, sans craindre de ne pas pouvoir en recueillir les fruits? L'économie a sans doute besoin de concurrence autant que de stabilité¹⁶⁴¹. D'ailleurs, les ententes, qui constituent un facteur substantiel de stabilité d'un marché, sont justifiées, sur le plan juridique, si elles ont pour effet d'assurer un progrès économique¹⁶⁴².

C'est également la raison pour laquelle, le droit de la concurrence admet la validité des accords de distribution exclusifs malgré l'entrave que leurs effets causent à la concurrence¹⁶⁴³. Même si leur durée ne peut excéder 10 ans, ils sont la preuve que l'efficacité économique n'est pas forcément synonyme de liberté et de précarité. Bien entendu la durée des contrats de distribution n'a rien de comparable avec la durée perpétuelle, quoique l'on puisse envisager des contrats de recherche fondamentale et recherche-développement en matière de grands projets industriels sur plusieurs dizaines d'années¹⁶⁴⁴. Mais, il s'agit plus d'une différence de degré que de nature, car sur le principe la critique du fondement économique du vice de perpétuité reste valable. Il n'y a pas d'adéquation parfaite entre les deux logiques. Il est donc artificiel de vouloir rattacher systématiquement le principe de prohibition des engagements perpétuels au raisonnement économique et à la logique du droit de la concurrence. En tout cas, la proposition de M. Ghestin, qui estime que « *l'utilité sociale du contrat suppose une durée d'exécution utile, mais (...) interdit aussi une durée perpétuelle* », paraît être un truisme peu explicatif¹⁶⁴⁵.

363. Il semble plus judicieux de revenir au fondement traditionnel du principe de l'interdiction des engagements perpétuels, en le débarrassant des scories historiques qui ont servi à le légitimer à la suite de la Révolution. Car, le vice de perpétuité est intimement lié aux notions de liberté et de dignité humaine qui sont des attributs inaliénables de la personne. Peu importe de savoir s'il sert ou non « *l'utilité sociale* » ou « *l'efficacité économique* », il faut se contenter de poser que ce principe est l'une des valeurs fondamentales de notre civilisation individualiste. On peut concevoir qu'il n'en soit pas

¹⁶⁴⁰ Ceci est surtout vrai pour l'esclavage à Athènes et à Rome, cf. J. Ellul, *Histoire des institutions*, t.1-2, *l'Antiquité*, p.94 et 95, et p.250 et 303; le serf ayant une personnalité juridique reconnue, J. Ellul, op. cit., t.3, *Le Moyen-Age*, p.188 et suiv.

¹⁶⁴¹ Cf. P. Salin, *La concurrence*, P.U.F., 1995, Que sais-je?, ouvrage dans lequel l'auteur démontre que la concurrence atomistique n'est pas forcément source de progrès économique.

¹⁶⁴² Cf. art. 10-2, ord. 1er décembre 1986.

¹⁶⁴³ Sous réserve de satisfaire aux exigences de l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

¹⁶⁴⁴ Voir par exemple, dans les domaines de l'espace, de l'aéronautique, de l'armement.

¹⁶⁴⁵ Op. cit., n°192.

ainsi dans d'autres sociétés qui possèdent un système de valeurs différent du notre. Mais, en France, tant que le principe de liberté individuelle sera considéré comme sacré, au point que la volonté humaine ne puisse définitivement l'aliéner, il ne sera pas concevable de supprimer l'interdiction des engagements perpétuels. On pourrait, certes, nous objecter que ce principe s'applique aussi aux personnes morales, alors que l'on ne peut décemment soutenir qu'elles jouissent de la dignité humaine. Mais, derrière toute personne morale, il y a l'activité humaine, et c'est cette activité qui est le vecteur de la liberté. La liberté n'est pas une idée figée, statique; elle a besoin de mouvement, de décisions, de choix. Voilà ce que la prohibition de l'engagement perpétuel veut protéger. Ce débat n'est pas exclusivement philosophique. Les conséquences juridiques découlant du choix du fondement que l'on attribue au principe de la prohibition des engagements perpétuels sont importantes. Nous allons voir, en effet, que le choix du fondement économique entraîne une utilisation incorrecte de cette prohibition.

2/ L'UTILISATION INCORRECTE DU PRINCIPE DE PROHIBITION DE L'ENGAGEMENT PERPETUEL

364 . L'utilisation incorrecte de cette prohibition réside dans le fait que la jurisprudence tente de s'en servir pour protéger, dans certains cas, le contractant économiquement faible, victime d'un abus de la part de son partenaire dans la fixation de la durée du contrat. Une première altération provient de l'assouplissement de la notion de perpétuité. En toute rigueur, le terme perpétuité signifie « *pour toujours* », « *pour toute la vie* »¹⁶⁴⁶. D'où l'idée classique de fixer la perpétuité à 99 ans, par une sorte de « *forfait* »¹⁶⁴⁷, qui est le rythme normal de trois générations selon le décret du 29 septembre 1790¹⁶⁴⁸. Or, il est paradoxal de constater, en cette fin de XXème siècle, que plus l'espérance de vie de la population s'allonge, plus la durée de la notion de perpétuité se réduit. Ainsi, dans un arrêt du 27 avril 1978, la première Chambre civile de la Cour de cassation a censuré un arrêt de Cour d'appel qui avait déclaré valable l'engagement d'un coopérateur d'une durée de cinquante ans, au motif qu'un « *tel engagement, conclu pour un laps de temps égal ou supérieur à la durée moyenne de la vie professionnelle ne respecte pas la liberté individuelle de celui qui l'a souscrit* »¹⁶⁴⁹. Nul doute, qu'en l'espèce, la Cour a été sensible à la dépendance économique du coopérateur, et que le vice de perpétuité a été un moyen de le libérer de cet état.

Pourtant cette décision est critiquable en ce qu'elle altère la notion de perpétuité. Il est vrai que la référence à la vie professionnelle était judicieuse, mais dans ce cas, la retraite au taux plein étant versée au bout de 40 années de travail, il faudrait décréter que tout engagement au delà de cette durée est illicite. Plus encore, compte tenu de l'allongement

¹⁶⁴⁶ Du latin *perpetuitas* signifiant continuité, permanence, ce terme a pris un sens juridique dès le XIIIème siècle pour signifier toute la vie; Cf. une condamnation à perpétuité, *Dictionnaire Historique de la Langue Française*, Le Robert.

¹⁶⁴⁷ Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, t.II, 1957, n°1930.

¹⁶⁴⁸ J. Carbonnier, *op. cit.*, n°141.

¹⁶⁴⁹ Bull. Civ. I, n°161; dans le même sens, Cass. Civ. 1ère, 31 janvier 1989, Bull. Civ. I, n°53.

constant de la durée des études et du caractère tardif de l'arrivée sur le marché du travail qui en est le corollaire, pourquoi ne pas fixer une durée maximum de 30 ou 25 ans? Mais c'est se tromper de débat! Le problème n'est pas de savoir si la durée du contrat excède ou non la durée de la vie professionnelle des contractants, mais de déterminer si la durée du contrat ne crée pas un déséquilibre économique au détriment de la partie économiquement faible. En partant du principe que la durée d'un contrat est un élément de valorisation de la prestation, il aurait été possible de parvenir au même résultat par le moyen de la lésion¹⁶⁵⁰.

365 . La seconde altération est plus grave, puisque la jurisprudence a utilisé la notion de vice de perpétuité pour annuler des contrats, alors que les conditions d'existence de celle-ci n'étaient pas réunies. L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 3 janvier 1989 est, à cet égard, caractéristique¹⁶⁵¹. Une société Léonard avait conclu avec Cofratel un contrat ayant pour objet, moyennant une redevance annuelle, le service d'une installation téléphonique. La durée du contrat était de 15 ans, avec une clause de tacite reconduction et une autre stipulant que la convention « *reprendra sa durée initiale pour la totalité du réseau à partir de la date où la location initiale aura subie une augmentation supérieure à 25% par suite d'une ou de plusieurs augmentations de l'installation ou même d'un pourcentage inférieur dans le cas de remplacement du matériel par suite d'adjonction* ». La finalité de cette clause était à l'évidence de nature économique. Cofratel ne voulait pas effectuer des investissements de modernisation chez son client, investissements certainement fort coûteux, tout en prenant le risque d'une rupture prématurée du contrat qui ne lui aurait pas permis de les rentabiliser. Au bout de neuf années d'exécution, la société Léonard rompait le contrat. La société Cofratel l'assigna en paiement d'une indemnité convenue au cas de résiliation anticipée. La Cour de cassation a approuvée la Cour d'appel d'avoir rejeté cette demande au motif que le contrat était nul, la clause précitée imposant une durée indéfinie aux obligations des parties sans que l'une d'elle puisse y mettre fin après un certain temps. Le locataire ne pouvait, en effet, être délié de ses obligations qu'en acceptant de maintenir l'installation primitive dans son état et en refusant toute adaptation à l'évolution de ses besoins, si bien qu'elle pouvait devenir inapte à rendre les services pour lesquels le contrat avait été conclu. A juste titre, M. Ghestin considère que « *cet arrêt traduit une conception extensive de la notion de perpétuité* »¹⁶⁵². Même si l'état de dépendance du locataire était indéniable en l'espèce, il est peu probable que le vice de perpétuité soit réellement constitué¹⁶⁵³. En effet, le locataire avait la possibilité de se délier du contrat, même si le coût économique de cette décision était très élevé, puisqu'il était condamné à garder pendant plusieurs années une installation téléphonique obsolète, compte tenu de la constante évolution technique et de la fluctuation des besoins. Si elle était condamnable, cette clause ne l'était pas sur le fondement du vice de perpétuité.

M. Ghestin explique cette altération de la notion de perpétuité par le défaut d'utilité sociale du contrat. Mais cette explication n'est pas convainquante dans la mesure où il faut arbitrer entre deux intérêts contradictoires. Il est certain que, pour le locataire, la clause litigieuse de la convention de location présente une utilité très faible. Elle l'enchaîne de façon très rigoureuse en le mettant dans l'impossibilité de faire jouer les rouages de la concurrence. A l'opposé, cette clause est d'une utilité économique évidente pour Cofratel

¹⁶⁵⁰ Cf. infra n°807; 766 et suiv.

¹⁶⁵¹ Bull. Civ. IV, n°3.

¹⁶⁵² J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°192.

¹⁶⁵³ La solution a pourtant été confirmée par Cass. Com., 3 novembre 1992, Bull. Civ. IV, n°339.

puisqu'elle favorise la pérennité de son fonds de commerce. Or il n'est pas facile de concilier ces intérêts contradictoires pour dire si la convention avait ou non une utilité sociale au regard de sa durée. Si l'on privilégie la libre concurrence, on ne peut que suivre l'opinion de M. Ghestin. Mais on pourrait aussi soutenir que la durée de la convention permet à Cofratel d'effectuer de lourds investissements en matière de recherches-développements; investissements qu'elle n'aurait jamais risqués si elle n'avait pas eu une garantie du maintien des relations contractuelles dans le temps. Aussi, la durée de la convention aurait une utilité sociale pour le locataire, qui bénéficie d'une installation à la pointe de la technique, et pour la société en général dans la mesure où le progrès technique est favorisé.

En réalité, ce qui choque dans cette clause, ce n'est pas son inutilité sociale ou sa durée, c'est l'état de dépendance dans lequel se trouve enfermé le locataire. Or, pour juger du caractère abusif de cette convention, il faut examiner si la durée est compensée par d'autres avantages, notamment en terme de prix ou de technicité. La véritable question est la suivante : y-a-t-il ou non déséquilibre manifeste entre les valeurs des prestations réciproques¹⁶⁵⁴? Ce n'est que dans l'affirmative que le locataire a besoin d'une protection légitime contre l'abus de puissance économique de son partenaire. Dans ce cas, un rééquilibrage de la convention par réduction de la durée serait opportun.

366 . Un dernier problème se pose au niveau de la sanction. D'abord la nullité de l'intégralité de la convention est d'une opportunité contestable. Elle obligera le juge à effectuer un compte de restitutions, toujours délicat à établir dans les contrats à exécution successive. Ensuite, le principe même de la nullité est discutable, puisque il s'agit d'une nullité absolue. En effet, que le vice soit fondé sur le principe de liberté ou sur celui d'utilité sociale et d'efficacité économique, c'est l'intérêt général qui est avant tout protégé. D'ailleurs le fondement moderne du vice de perpétuité renforce la qualification de nullité absolue, car étant un moyen de favoriser les échanges économiques¹⁶⁵⁵, sa prohibition ressortit au domaine de l'ordre public de direction¹⁶⁵⁶. Mais dans ce cas, on parvient à la solution absurde de permettre à la partie qui a imposé à l'autre la prétendue perpétuité du contrat d'en demander l'annulation si tel était son intérêt. Il est donc clair que le vice de perpétuité est inefficace pour assurer une protection de l'économiquement faible se trouvant en situation de dépendance. Son altération n'en est que d'autant plus critiquable.

B - LA FIXATION ARBITRAIRE DU TERME EXTINCTIF

¹⁶⁵⁴ Cf. infra n°649 et suiv.

¹⁶⁵⁵ En ce sens, J. Ghestin, op. cit.

¹⁶⁵⁶ **Contra** : J. Azéma, thèse précitée, n°32 : « le fondement de la prohibition de l'engagement perpétuel apparaît être de moins en moins la protection de l'intérêt général et bien d'avantage celle de la liberté individuelle (...). Si la nullité absolue s'accordait bien avec le fondement primitivement assigné à la prohibition, la nullité relative semble au contraire convenir beaucoup mieux à celui que l'on s'accorde à lui reconnaître aujourd'hui ».

367. Le terme extinctif présente une importance considérable dans les contrats à exécution successive. La durée peut être un facteur de domination d'une partie sur l'autre, et il ne faut pas que le terme extinctif puisse être arbitrairement fixé par l'une d'entre elles¹⁶⁵⁷. Curieusement, le Code civil ne contient aucune disposition générale sur le terme extinctif, alors qu'il consacre quatre articles au terme suspensif¹⁶⁵⁸. Cette carence peut s'expliquer par le fait que le terme extinctif ressortit d'avantage à l'étude de l'extinction des contrats qu'à celle de leurs exécutions¹⁶⁵⁹. Pourtant, il est concevable de le faire entrer dans l'étude de l'exécution des contrats en ce qu'il en borne la durée¹⁶⁶⁰. D'ailleurs la notion de terme extinctif sert d'instrument juridique de protection de certaines parties contractantes, en situation de dépendance. C'est pour cette raison que M. Ghestin émet l'idée que le terme extinctif d'une convention ne peut être laissé à la discrétion de la volonté d'une seule des parties, et ce tant sur le fondement de l'article 1129 du Code civil que sur celui de l'article 1174 dudit Code. Mais, en analysant successivement ces deux fondements, force sera de constater l'inadéquation de la notion de terme extinctif pour assurer cette protection, ainsi que l'altération de cette notion qui en résulte.

1/ LE TERME EXTINGTIF ET L'INDETERMINATION DU PRIX

368. M. Ghestin a proposé d'effectuer un parallèle entre les solutions jurisprudentielles obtenues sur le fondement de l'article 1129 du Code civil et l'exigence d'une détermination du prix dans les contrats d'une part, et celles rendues lorsque le terme extinctif d'un contrat est laissé à l'arbitraire de l'une des parties d'autre part¹⁶⁶¹. A priori, l'analogie peut se révéler fructueuse puisque dans le cas de l'indétermination du prix, la jurisprudence recherche si celui-ci pouvait être librement débattu et accepté entre les parties ou s'il ne dépendait que de l'arbitraire d'une seule d'entre elles¹⁶⁶².

S'agissant de la détermination du terme extinctif du contrat, et par voie de conséquence de sa durée, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel qui avait jugé « *qu'il n'y avait pas en l'espèce une promesse de bail valable, faute d'accord sur la durée et sur le prix* »¹⁶⁶³. Tout en reconnaissant que la durée du contrat n'a pas été déterminante dans le prononcé de cette décision, M. Ghestin estime que l'absence de fixation d'un terme extinctif constitue une indice « *d'une absence d'accord de volonté suffisant pour donner naissance à un contrat* »¹⁶⁶⁴. L'auteur cite également à l'appui de son argumentation un arrêt inédit de la Cour d'appel de Paris en date du 10 juillet 1986. En l'espèce, la Cour a annulé un contrat de sous-location, sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, au

¹⁶⁵⁷ J. Ghestin, op. cit., n°210; cf. aussi J. Azéma, thèse précitée, n°89 avec une nuance : « *la réalisation du terme ne doit pas dépendre exclusivement de la volonté d'une des parties* ».

¹⁶⁵⁸ Art. 1185 à 1188 du Code civil, formant la section II intitulée *Des obligations à terme*, du chapitre IV consacré aux *diverses espèces d'obligations*.

¹⁶⁵⁹ En ce sens, H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°1016; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°1102.

¹⁶⁶⁰ J. Ghestin, op. cit., n°210.

¹⁶⁶¹ J. Ghestin, op. cit., n°211.

¹⁶⁶² Cf. supra n°319 et suiv.; cette jurisprudence est caduque depuis les arrêts d'assemblée plénière du 1er décembre 1995.

¹⁶⁶³ Cas. Com., 23 février 1967, Bull. Civ. III, n°88, dans le même sens, Cass. Civ. 1ère, 31 octobre 1962, Bull. Civ. I, n°453, arrêts cités par M. Ghestin, op. cit., n°211.

¹⁶⁶⁴ Op. cit.

motif que la durée du contrat dépendait de la seule volonté du bailleur et que cette situation empêchait la détermination de la quotité de la chose¹⁶⁶⁵. Il en conclut que « *c'est seulement le fait que le terme dépende de la volonté arbitraire de l'une des parties qui peut conduire à écarter le caractère obligatoire de ce dernier* »¹⁶⁶⁶, approuvant ainsi les décisions d'annulation du contrat.

369. Cette explication est loin d'emporter entièrement la conviction. D'abord les arrêts Alcatel rendus le 29 novembre 1994 par la première Chambre civile de la Cour de cassation, et qui semblent inaugurer une nouvelle jurisprudence, ne se fondent plus sur la notion d'arbitraire pour appliquer l'article 1129 du Code civil¹⁶⁶⁷. En effet, les contrats d'entretien n'ont pas été annulés alors même que les tarifs étaient déterminés par la seule volonté d'Alcatel¹⁶⁶⁸. Il semble ainsi, sous réserve de l'extension de ce revirement de jurisprudence à la détermination de la durée des contrats, que l'on ne puisse plus fonder l'interdiction de la fixation arbitraire du terme extinctif du contrat sur la jurisprudence qui exigeait une détermination objective des prix au moment de la formation du contrat. Surtout, la position adoptée par M. Ghestin n'est plus soutenable depuis que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix. Par analogie, il est permis de penser que la jurisprudence se refusera à appliquer les dispositions de cet article au problème de la fixation du terme extinctif des conventions.

Ensuite, l'article 1129 n'a pas pour objet de régir la durée des contrats. Cet article ne fait référence qu'à l'objet de l'obligation et à la détermination de la « *quotité de la chose* ». Le raisonnement consistant à déduire de la fixation arbitraire du terme extinctif par l'une des parties, l'indétermination de la « *quotité de la chose* » porte à faux. Ce n'est pas parce que la durée du contrat n'est pas déterminable objectivement à l'origine du contrat que la sanction de l'article 1129 doit s'appliquer. L'admettre reviendrait à considérer comme nuls les contrats à durée indéterminée! Certes dans ce type de contrat chacune des parties a la faculté de le résilier unilatéralement, mais ne peut-il pas en être de même dans le contrat pour lequel le terme est fixé par la seule volonté d'une des parties? Ce contrat ne doit-il pas être qualifié de contrat à durée indéterminée, le juge ayant la possibilité d'intervenir, dans certains cas pour fixer lui-même le terme, ou les parties ayant la faculté de le résilier unilatéralement?¹⁶⁶⁹

Enfin, la sanction de la nullité qu'impose l'article 1129 du Code civil n'est pas opportune. Sans parler du caractère absolu de celle-ci, qui permet à la partie dominante de la soulever si c'est son intérêt, il faut reconnaître que l'anéantissement rétroactif du contrat pose de sérieux problèmes de restitutions réciproques¹⁶⁷⁰. Surtout, il est plus opportun d'octroyer au juge le pouvoir de fixer lui-même le terme extinctif afin d'une part de sauver le contrat et d'autre part d'éviter qu'une des parties reste sous la dépendance de l'autre. En

¹⁶⁶⁵ Op. cit.

¹⁶⁶⁶ Op. cit.

¹⁶⁶⁷ Arrêts précités.

¹⁶⁶⁸ Seul l'exercice abusif de l'exclusivité pour percevoir indûment un bénéfice excessif sert de critère d'annulation.

¹⁶⁶⁹ En ce sens, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, op. cit., n°454, p.350 note 1; D. Veaux, *Obligations à terme*, Juris. Class. civil, Art. 1185 à 1188, Fasc.50, n°11 et suiv.; cf. également l'article 1901 du Code civil et son extension jurisprudentielle à d'autres contrats que le prêt : Cass. Civ. 1ère, 17 février 1976, Bull. Civ. I, n°72, pour une reconnaissance de dette.

¹⁶⁷⁰ Cf. supra n°348 et suiv.

effet, outre la stabilité que permet cette solution, il n'y aurait pas lieu de craindre l'inaction de la partie en situation de dépendance, celle-ci ne souhaitant pas invoquer la nullité pour ne pas perdre le bénéfice du contrat ou se retrouver débitrice de certaines sommes. Rappelons que l'article 1901 du Code civil autorise expressément le juge à fixer lui-même un terme de paiement lorsque les parties ont omis d'en stipuler un. De même, le juge bénéficie de pouvoirs similaires dans le cadre du contrat de bail¹⁶⁷¹. Il est donc critiquable de rattacher le problème de la fixation du terme extinctif au stade de la formation des contrats, et ce en dépit du risque de potestativité¹⁶⁷².

2/ LE TERME EXTINGTIF ET LA NOTION DE POTESATIVITE

370. Le Code civil ne comportant aucune disposition interdisant la stipulation d'un terme extinctif potestatif, il faut revenir au principe de la distinction entre terme et condition. Selon une doctrine unanime, cette différence réside dans l'incertitude de la réalisation de l'événement que les parties ont choisi comme modalité de leurs obligations. Si la réalisation de l'événement est certaine dans son principe, on sera en présence d'un terme; si elle ne l'est pas, il s'agira d'une condition¹⁶⁷³. Ainsi ces deux modalités ne se rapprochent que parce qu'elles ont pour but commun de permettre l'étalement du contrat dans le temps¹⁶⁷⁴. Toujours selon la doctrine, la condition, contrairement au terme, a un effet rétroactif¹⁶⁷⁵, et ne peut dépendre, selon l'article 1174 du Code civil, de la seule volonté de celui qui s'oblige. La potestativité est donc exclue de la notion de condition, l'article 1170 du Code civil précisant que : « *La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* ».

Partant de là, il est tentant d'appliquer au terme extinctif, grâce à un raisonnement analogique, l'interdiction de la potestativité. C'est ce que propose M. Ghestin en justifiant la nullité du terme extinctif, laissé à l'arbitraire d'une des parties, par le fondement de la potestativité et de l'article 1174 du Code civil¹⁶⁷⁶. Le terme extinctif entraînerait, selon l'auteur, la nullité de l'engagement lorsqu'il dépend de la seule volonté d'une partie et qu'il subordonne cet engagement à l'arbitraire du débiteur. Un certain nombre d'arrêts de la Cour de cassation vient renforcer cette opinion, en décidant qu'il faut vérifier si la faculté de résiliation anticipée d'un contrat à durée déterminée « *ne constitue pas un droit unilatéral, abandonné à la volonté arbitraire du débiteur, soumis dès lors à l'article 1174*

¹⁶⁷¹ Cf. Art. 285-1 du Code civil; Art. 31 al.2, du décret du 30 septembre 1953.

¹⁶⁷² La logique et l'opportunité commanderaient plutôt de le rattacher à l'exécution du contrat; cf. infra n°807.

¹⁶⁷³ J. Carbonnier, op. cit., n°132; J. Ghestin, op. cit., n°161; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°1100 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°1013 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1096 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°1102 et suiv.; J.J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse Lille, 1977; Derouin, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, R.T.D. Civ., 1978, 1; J. Ghestin, *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, in Mélanges Weill, 1983, p.243 et suiv.

¹⁶⁷⁴ J. Carbonnier, op. cit.

¹⁶⁷⁵ Cf. auteurs sus-cités, ainsi que P. Simler *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée*, J.C.P., 1971, I, 2413.

¹⁶⁷⁶ J. Ghestin, op. cit., n°212.

du Code civil »¹⁶⁷⁷. La conséquence logique d'une telle constatation ne peut être que la nullité du contrat, sanction expressément prévue par l'article susvisé. Cette application de la notion de potestativité au terme extinctif marque le souci de protéger la partie qui est à la merci de son partenaire, celui-ci ayant la possibilité de fixer arbitrairement la durée du contrat.

371. Mais, aussi louable que soit la volonté de limiter l'état de dépendance de ce contractant, il est critiquable d'altérer à ce point la notion de terme extinctif. La jurisprudence est pour le moins fluctuante en la matière, puisque certains arrêts ont considéré, à juste titre, que l'article 1174 du Code civil ne sanctionne qu'une absence d'obligation juridique pour défaut de consentement réel, et qu'en conséquence la faculté de résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée ne peut être assimilée à une condition potestative¹⁶⁷⁸. MM. Mazeaud et Chabas approuvent cette solution puisque la résiliation affecte l'exécution du contrat tandis que la condition potestative affecte la formation¹⁶⁷⁹. Mais la véritable justification de la solution n'est peut-être pas là. Il conviendrait plutôt de la rechercher du côté de la nature synallagmatique des contrats qui ont fait l'objet des décisions susvisées. Pendant un certain temps, la jurisprudence considérait que la prohibition de la condition potestative ne s'appliquait pas aux contrats synallagmatiques car, dans ce cas, chaque partie est à la fois débitrice et créancière l'une de l'autre¹⁶⁸⁰. Or, il est de jurisprudence constante que l'engagement est valable si la condition potestative dépend de la volonté du créancier¹⁶⁸¹. Cette solution a été critiquée par M. Ghestin¹⁶⁸² au motif que « *lorsque l'une des obligations est soumise à une condition purement potestative, c'est bien son débiteur qui n'a pris aucun engagement réel et dont l'obligation est, de ce fait, à proprement parler, inexistante* »¹⁶⁸³. La Cour de cassation a entendu cette critique et a opéré un revirement de jurisprudence le 7 juin 1983¹⁶⁸⁴.

Pourtant l'argumentation donnée par M. Ghestin n'était pas de nature à emporter la conviction, car elle méconnaît l'interdépendance des obligations réciproques, qui est la caractéristique principale du contrat synallagmatique. Si le débiteur de l'obligation use de la faculté discrétionnaire de ne pas accomplir la condition potestative, il ne pourra alors bénéficier de l'exécution de l'obligation corrélatrice. Ce phénomène ne s'explique pas par le principe de nullité du contrat pour défaut de cause, comme le croit M. Ghestin, mais par le simple effet de la non réalisation de la condition suspensive. Or, dans ce cas, on ne

¹⁶⁷⁷ Cass. Soc., 28 octobre 1963, Bull. Civ. IV, n°739, Cass. Soc., 9 novembre 1961, Bull. Civ. IV, n°923; Cass. Com., 28 juin 1965, Bull. Civ. III, n°405.

¹⁶⁷⁸ Cass. Civ., 2 mai 1900, Dalloz, 1900, 1, 392; Cass. Civ. 3ème, 16 janvier 1974, Bull. Civ. III, n°22, écartant l'application de l'article 1170 en considérant que la clause affectant la durée de la convention n'est pas une condition au sens de l'article 1168 du Code civil.

¹⁶⁷⁹ Op. cit., p.863.

¹⁶⁸⁰ En dernier lieu : Cass. Civ. 3ème, 21 janvier 1971, Dalloz, 1971, 323; R.T.D. Civ., 1971, 632, obs. Loussouarn.

¹⁶⁸¹ Cass. Civ. 3ème, 24 avril 1981, G.P., 1981, 2, pan. 336; en ce sens J. Carbonnier, op. cit., n°1106; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°1125; Théodoresco, *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux*, thèse Paris, 1923, p.72 et suiv.

¹⁶⁸² *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, Dalloz, 1973, chron.293, n°14; cf. aussi J. Chevallier, R.T.D. Civ., 1968, 146 montrant que la jurisprudence s'est inspirée d'une opinion d'Aubry et Rau fondée elle-même sur une analyse erronée de l'article 1587 du Code civil relatif à la vente à dégustation.

¹⁶⁸³ Op. cit., n°13, l'auteur poursuivant : « *Quant à l'obligation corrélatrice, elle doit alors être annulée, elle aussi, pour défaut de cause, afin que l'autre partie ne puisse être liée par un contrat dont la contrepartie serait illusoire, puisqu'elle dépendrait de la seule volonté de son cocontractant* ».

¹⁶⁸⁴ Cass. Civ. 3ème, 7 juin 1983, Bull. Civ. III, n°132; R.T.D. Civ., 1984, 713, obs. J. Mestre.

saurait dire que la décision du débiteur est totalement arbitraire puisqu'il renonce à la contrepartie dont il était créancier. Il en est de même pour la condition résolutoire. Si le contrat a été exécuté, les deux parties devront procéder aux restitutions réciproques, ce qui supprime le caractère arbitraire de la condition potestative. En effet, dans cette hypothèse, le créancier n'est pas soumis au caprice du débiteur, puisque celui-ci est lui-même créancier. Il y a ainsi une différence profonde de nature entre la condition potestative conclue dans les contrats unilatéraux au profit du débiteur, et celle conclue dans les contrats synallagmatiques. Dans ce dernier cas, l'autonomie de la volonté autorise des parties de puissance économique équivalente à conférer conventionnellement à l'une d'entre elles la faculté de sortir du contrat, si bon lui semble, à condition de restituer ce qu'elle a perçu à ce titre¹⁶⁸⁵. C'est d'ailleurs ce qui se passe dans le cadre de la vente à réméré prévu à l'article 1659 du Code civil qui est qualifié de vente sous condition résolutoire¹⁶⁸⁶, alors même que la condition est purement potestative. De même, nul ne conteste la validité de la vente avec faculté d'échange, ouverte aux clients des grands magasins, « *quoiqu'elle semble bien affecter la vente d'une condition résolutoire purement potestative* »¹⁶⁸⁷.

372. Il faut rapprocher ce problème de celui de la potestativité dans les conditions résolutoires. Une doctrine et une jurisprudence, aujourd'hui infirmée, considéraient que la prohibition de la potestativité ne s'appliquait pas aux conditions résolutoires¹⁶⁸⁸. La justification donnée par cette doctrine est que le débiteur est néanmoins engagé car sa rétractation est subordonnée soit à la renonciation à la contrepartie stipulée, soit à la restitution des prestations obtenues. En toute hypothèse, sa rétractation ne va pas sans un sacrifice. Or, c'est précisément la notion de sacrifice qui permet à la doctrine favorable à l'interdiction des conditions potestatives dans les contrats synallagmatiques de déterminer si le créancier est soumis à l'arbitraire de son débiteur. Ainsi, MM. Malaurie et Aynès considèrent que « *la condition potestative est nulle dans un contrat synallagmatique si elle confère à un contractant le pouvoir arbitraire et sans contrepartie de pas exécuter sa prestation; elle est valable si le pouvoir du débiteur est soumis au contrôle du créancier ou d'un tiers, ou lui impose un sacrifice* ». Mais dans les contrats synallagmatiques, le pouvoir arbitraire de ne pas exécuter une obligation, par le biais d'une condition potestative, implique toujours le sacrifice de renoncer symétriquement à la créance corrélative.

373. Le problème de la potestativité est donc mal posé lorsque l'on se réfère à la notion d'arbitraire. Il est, en effet, très délicat de déterminer, dans chaque cas d'espèce, si l'événement qui est l'objet de la condition dépend exclusivement de la volonté du débiteur. Pour effectuer cette analyse, la doctrine classique et la jurisprudence ont eu recours à la délicate distinction entre la condition simplement potestative et la condition purement potestative, seule cette dernière étant frappée de nullité¹⁶⁸⁹. Cette distinction est dictée par une vérité d'expérience : en pratique, il est rare qu'un événement dépende totalement de la volonté d'une partie, et inversement, il est rare que la volonté d'une des parties ne puisse

¹⁶⁸⁵ La situation serait différente si cette clause était obtenue par un abus de puissance économique.

¹⁶⁸⁶ P. Malaurie et L. Aynès, *Contrats spéciaux*, n°86; Cass. Civ. 3ème, 31 janvier 1984, Bull. Civ. III, n°21.

¹⁶⁸⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°135.

¹⁶⁸⁸ En ce sens : J. Carbonnier, op. cit., 135 et 137; Marty, Raynaud et Jestaz, *Droit civil*, t.II, n°76 c.; **contra** : J.J. Taisne, op. cit., n°114; Cass. Com., 28 juin 1965, Bull. Civ. III, n°405.

¹⁶⁸⁹ J. Carbonnier, op. cit., n°135; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°1111; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°1041; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1104; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°1126.

pas influencer partiellement sur l'événement et sa réalisation. Certes, cette distinction n'est pas prévue par l'article 1174 du Code civil, mais le principe édicté par les dispositions de celui-ci est trop absolu, trop systématique pour ne pas devoir souffrir d'importantes atténuations.

Mais il est très difficile de faire le départ entre les conditions simplement et purement potestatives, tant les liens entre la volonté des hommes et la réalité du monde sont inextricables. Cette difficulté a suscité, dans la doctrine moderne, un courant niant l'existence de la condition simplement potestative, celle-ci n'étant qu'un exemple de la condition mixte prévue à l'article 1171 du Code civil¹⁶⁹⁰. Elle a suscité surtout une jurisprudence complexe et ambiguë. Ainsi, que penser d'une clause stipulée dans une cession de parts sociales qui a pour objet de faire varier le prix de vente en fonction du chiffre d'affaires que réalisera l'acquéreur pendant un nombre déterminé d'exercices après la cession? Dans un arrêt en date du 12 novembre 1974, la première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'une telle clause devait entraîner l'annulation du contrat de vente en raison du vice de potestativité qui affectait la détermination du prix¹⁶⁹¹. Mais dans un arrêt en date du 15 juin 1982, la Chambre commerciale a approuvé une Cour d'appel, dans un litige similaire, d'avoir admis la validité d'une telle clause au motif que « *le prix des actions vendues était pour partie dépendant du chiffre d'affaires réalisé et de certains loyers perçus par une société dont l'activité et l'intérêt étaient distincts de celles des personnes physiques débitrices* », celles-ci étant pourtant dirigeantes de la société¹⁶⁹².

La clause de fixation du prix de vente qui renvoie au chiffre d'affaires futur est donc à la limite entre la potestativité pure et la potestativité simple, si l'on se réfère à l'analyse classique¹⁶⁹³. En effet, la réalisation du chiffre d'affaires dépend évidemment de la volonté du débiteur du prix, qui devient dirigeant de la société. Il aura donc la possibilité d'en faire varier le montant au gré de la politique commerciale qu'il mettra en place. Mais le chiffre d'affaires dépend aussi de la conjoncture économique et de la demande du marché, paramètres non maîtrisables par le dirigeant. En outre, s'il diminue volontairement le montant du chiffre d'affaires pour payer un prix plus faible, il subit le sacrifice d'une diminution de rentabilité de l'entreprise qu'il vient d'acquérir.

374 . Un problème identique s'est posé à la Cour de cassation avec le prêt consenti par une société de crédit à l'un de ses collaborateurs, remboursable sur 15 ans, mais exigible immédiatement, « *si bon lui semblait* », au cas où l'emprunteur cesserait de se trouver en activité et si l'agent de la société prêteuse n'exerçait plus ses fonctions dans ladite société. L'emprunteur a été, avant que le prêt ne soit intégralement remboursé, licencié pour motif économique. En vertu de la clause de déchéance du terme, la société prêteuse demandait le remboursement immédiat de la totalité du prêt. L'emprunteur s'opposait à cette demande en arguant de la potestativité de la condition résolutoire dont la réalisation dépendait de la seule volonté de l'employeur. Dans un arrêt en date du 21 mars 1984, la première Chambre civile de la Cour de cassation n'a pas suivi cette argumentation en estimant que le licenciement ne dépendait pas de la seule volonté de l'employeur qui avait été contraint de recourir à cette mesure en raison de sa situation économique¹⁶⁹⁴. Ici aussi, le problème est extrêmement délicat. Le salarié paraît soumis à son employeur, il est juridiquement et

¹⁶⁹⁰ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°112; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°1126.

¹⁶⁹¹ Affaire du crédit Suisse, Bull. Civ. I, n°301; voir aussi les observations de M. Ghestin, *La formation du contrat*, n°733.

¹⁶⁹² Bull. Civ. IV, n°229; J.C.P., 1984, II, 20141.

¹⁶⁹³ Entre la potestativité et la condition mixte si l'on se réfère à la doctrine moderne.

¹⁶⁹⁴ Bull. Civ. I, n°112; R.T.D. Civ., 1985, 381, obs. J. Mestre.

économiquement dépendant. On aurait donc tendance à taxer de potestative la condition résolutoire, affectant le prêt, qui est déclenché par le licenciement. D'ailleurs, l'analyse aurait dû être poussée plus loin : le licenciement économique avait-il une cause réelle et sérieuse? Les critères de choix des salariés licenciés avaient-ils été objectivement fixés et respectés? La réponse donnée à ce problème ne peut qu'être nuancée et circonstanciée, tant il est difficile en pratique de séparer la volonté des difficultés économiques, et plus généralement le subjectif de l'objectif¹⁶⁹⁵. C'est certainement la raison pour laquelle certains auteurs considèrent que les critères utilisés pour apprécier la potestativité d'une condition sont « *suffisamment flous pour justifier toutes solutions d'opportunité et d'équité. L'écart entre le simplement et le purement potestatif est particulièrement subtil* »¹⁶⁹⁶.

375 . En conséquence, il est certainement inopportun d'appliquer au terme extinctif une conception de la potestativité aussi vague et imprécise, fondée sur l'arbitraire. Le droit positif n'y gagnerait pas en cohérence! En réalité, la clé du problème a été donnée par M. Carbonnier lorsqu'il suggère de distinguer deux conceptions de la potestativité, l'une « *purement technique* » faisant référence à la traduction latine du terme *potestas* signifiant volonté; l'autre sociale, le terme *potestas* pouvant aussi désigner l'idée de puissance¹⁶⁹⁷. « *Suivant cette dernière conception, ce qu'il faudrait rechercher pour appliquer l'article 1174, ce n'est pas si l'obligation, dans son mécanisme abstrait, est subordonnée à la volonté du débiteur, mais bien plutôt si celui-ci, concrètement, tient le créancier sous sa puissance* »¹⁶⁹⁸. Cette proposition dépasse largement le domaine étroit de la condition potestative et de l'article 1174 du Code civil. Elle peut trouver une application originale et pertinente, non seulement en ce qui concerne le terme extinctif mais également dans l'ensemble de la théorie générale des contrats¹⁶⁹⁹. Le problème n'est plus de savoir si le débiteur peut, par sa seule volonté, se délier de son obligation, mais de rechercher si celui-ci commet un abus de puissance économique en rompant unilatéralement un contrat.

A cet égard, le déséquilibre économique créé lors de l'extinction du contrat par la survenance du terme potestatif, aux dépens de la partie économiquement faible, constituera un indice d'abus de puissance économique. Inversement, si les deux parties ne présentent pas un déséquilibre de puissance économique manifeste, rien ne les empêche de conclure une clause potestative dans leur contrat. La potestativité n'est condamnable que lorsqu'elle est un facteur de domination économique. En dehors de cette hypothèse et de celle de l'existence d'un vice du consentement, un terme extinctif dépendant de la seule volonté d'une des parties ne devrait pas pouvoir entraîner l'annulation du contrat, ce qui serait une sanction disproportionnée et fréquemment inopportune. Au mieux pourrait-il entraîner une requalification de l'acte en contrat à durée indéterminée, si en cours d'exécution l'une des parties abuse de la potestativité qui est mise à sa disposition. Cette requalification s'effectuerait sous le contrôle du juge, selon les circonstances, par analogie avec les

¹⁶⁹⁵ Voir J.M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, L.G.D.J., 1987, n°181, qui rappelle que dans sa forme primitive l'échange consistait dans la cession du superflu pour obtenir le nécessaire. Même si cette conception s'est affinée et édulcorée au fil des siècles et à mesure du développement économique, il n'en reste pas moins vrai que dans le domaine des affaires en général, et des contrats d'affaires en particulier, l'idée de nécessité est omniprésente. Il est donc très peu probable de trouver en cette matière un événement qui dépende intégralement de la volonté d'une seule personne.

¹⁶⁹⁶ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°1126.

¹⁶⁹⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°137.

¹⁶⁹⁸ Op. cit.

¹⁶⁹⁹ cf. infra n°718 et suiv., notre proposition d'appliquer la lésion aux conventions dans lesquelles les parties présentent une inégalité de puissance économique, de telle façon que l'une tient l'autre sous sa puissance.

pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 1901 du Code civil en matière de prêt. Ici, l'intervention du pouvoir judiciaire enlève le risque « *d'arbitraire* » qui justifiait la nullité du contrat conclu sous condition potestative. Cette solution aura également l'avantage d'éviter des qualifications artificielles qui sont rendues nécessaires par l'application de la conception technique et subjective de la potestativité.

Ainsi, dans un arrêt en date du 15 février 1953, la Cour d'appel de Montpellier a admis la validité d'un contrat de prêt stipulant que le débiteur remboursera la somme le jour où il aura cédé son fonds de commerce¹⁷⁰⁰. M. Ghestin semble approuver cette décision : « *Une telle modalité d'exécution ne peut être une condition purement potestative, pour la raison suffisante qu'elle n'est pas une condition mais un terme incertain. Cette façon de raisonner peut, semble-t-il, être appliquée pour identité de motifs au terme extinctif* »¹⁷⁰¹. Mais, là encore, la solution est critiquable, car la vente du fonds de commerce n'est pas un terme incertain mais une condition suspensive. En effet, le principe de réalisation de l'événement n'est pas acquis au jour de formation du contrat de prêt. Le débiteur peut ne pas vouloir céder son fonds, ou il peut vouloir le céder à un prix excessif par rapport au marché. Au surplus, le fonds peut disparaître sans cession : donation, apport en société ou encore disparition. Or, si la qualification erronée de terme incertain a été choisie, c'est uniquement pour sauver le contrat de la nullité pour cause de potestativité de la condition. On aurait pu parvenir au même résultat, sans altérer les principes du droit des obligations, en abandonnant la notion de potestativité telle qu'elle est entendue par la jurisprudence et la majorité de la doctrine, et en appliquant le critère de l'abus de puissance économique. Si en l'espèce les deux parties étaient sur un pied d'égalité au moment de la conclusion du contrat, il leur était loisible de stipuler une telle condition. Si d'aventure, le débiteur abusait en cours d'exécution, de la potestativité qui lui est octroyée, en ne faisant aucune démarche pour céder le fonds, le juge pourrait appliquer l'article 1178 du Code civil disposant que « *la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* »¹⁷⁰². Nous allons voir, que dans le cadre de la détermination du contenu du contrat et de ses obligations, le procédé de la « *qualification erronée* » est aussi employé par la jurisprudence afin de protéger certains contractants économiquement faibles.

PARAGRAPHE 2 - LE CONTENU DU CONTRAT

376. L'expression « *contenu du contrat* » est susceptible d'interprétations diverses. Il convient de préciser le sens à lui donner dans le cadre des prochains développements. Il ne s'agit pas d'analyser l'influence de la puissance économique d'un contractant sur le contenu du contrat. Ce problème ressortit à l'étude de la formation des contrats et aux éventuels abus de puissance économique qui peuvent exister à ce moment. Il ne s'agit pas

¹⁷⁰⁰ C.A. Montpellier, 15 février 1953, G.P., 1953, 1, 314.

¹⁷⁰¹ J. Ghestin, op. cit., n°213.

¹⁷⁰² La présence de cet article dans le Code civil démontre l'inanité de la conception subjective de la potestativité, fondée sur la notion de volonté et d'arbitraire. Car si les conditions potestatives, entendues de cette façon, sont nulles, et que seules les conditions dont la réalisation ne dépend pas de la volonté du débiteur sont valables, les dispositions de cet article seraient inutiles. L'article 1178 est donc la preuve que le problème de la potestativité ne se pose pas terme de volonté ou d'arbitraire, mais de déséquilibres de puissance économique.

non plus de passer en revue l'éventail des obligations que peuvent contenir les contrats. Cette démarche fastidieuse fait appel à la classification des contrats spéciaux et non à la théorie générale des obligations. Le problème doit être recentré autour de l'étude des altérations jurisprudentielles de certaines notions juridiques classiques. C'est donc le contenu du contrat tel que le perçoit le juge qui nous intéresse ici. Il est vrai, qu'en principe, les relations entre le juge et le contrat ne devraient pas poser de difficulté particulière. Le juge, selon la conception absolutiste et souveraine du principe de l'autonomie de la volonté¹⁷⁰³, n'est que le serviteur du contrat; il doit se contenter de le faire appliquer, d'imposer l'exécution de son contenu tel que les parties l'ont voulu. Le contrat ayant en quelque sorte force de loi¹⁷⁰⁴, le juge doit se soumettre au contenu fixé librement par les parties. Il ne peut en aucun cas, sous prétexte d'équité, le modifier¹⁷⁰⁵. La limitation de l'office du juge est logique. Elle s'explique par le principe de la force obligatoire des conventions et du caractère accusatoire de la procédure contentieuse. De nombreuses dispositions du nouveau code de procédure civile font état du rôle limité du juge¹⁷⁰⁶. Le caractère accusatoire de la procédure n'est d'ailleurs qu'une conséquence du principe de la force obligatoire des contrats. Les parties, qui se sont soumises volontairement à la loi qu'elles ont, elles-mêmes, fixée, ne recourent au juge, en cas de difficulté, que pour que celui-ci ordonne l'application forcée du contenu initial du contrat.

377 . Mais sous l'apparence de la simplicité, l'examen des contrats soumis au juge pose des problèmes complexes. L'intervention du juge, dans l'exécution du contrat, ajoute une subjectivité de plus, en vertu de laquelle le contenu des contrats sera exactement fixé. C'est cette relation entre le contenu du contrat et le juge, qui est source d'altérations de certaines notions juridiques, qu'il est intéressant d'étudier. En effet, examiner le contenu par le prisme judiciaire entraîne certaines déformations par rapport à la vision qu'en avaient les parties lors de la formation. Outre les déformations factuelles¹⁷⁰⁷, le juge peut avoir recours à des déformations juridiques¹⁷⁰⁸ du contenu du contrat. Il en sera notamment ainsi lorsque le principe de justice contractuelle commandera de rééquilibrer une convention dans laquelle les parties sont de puissances économiques inégales, de telle sorte que l'une est à la merci d'un abus de puissance de la part de son partenaire. Si tel est le cas et si le déséquilibre de puissance économique entre contractants se traduit par un déséquilibre parallèle de valeur entre les prestations réciproques, le juge aura alors la tentation d'influer sur le contenu du contrat afin d'éviter une solution inéquitable. Sur le plan de la technique juridique, il a, à sa disposition, trois instruments. D'abord, la première démarche du juge face à un acte juridique consiste à le qualifier pour pouvoir le ranger dans une catégorie et déterminer ainsi son régime juridique. Le dévoiement de cette démarche consistera à appliquer à un contrat une qualification erronée afin de le soumettre à un régime plus favorable à la partie faible. Ensuite, après avoir qualifié le contrat, le juge peut être dans l'obligation de l'interpréter, si les clauses de celui-ci s'avèrent ambiguës¹⁷⁰⁹. Alors que la

¹⁷⁰³ Cf. supra n° 195 et suiv.

¹⁷⁰⁴ Art. 1134, du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹⁷⁰⁵ Cass. Soc., 9 octobre 1985, R.T.D. Civ., 1986, 342, obs. J. Mestre.

¹⁷⁰⁶ Article 2 : « les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent »; Art. 4 : « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties (...) »; Art. 5 « le juge doit de prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé »; Art. 7 : « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ».

¹⁷⁰⁷ Cf. les jugements d'équité, ou équité subjective, J. Carbonnier, *Introduction au droit civil*, n° 14.

¹⁷⁰⁸ L'équité objective.

¹⁷⁰⁹ L'interprétation peut être antérieure à la qualification si un élément obscur est susceptible d'influencer cette dernière.

qualification est une opération systématique, l'interprétation n'est qu'éventuelle, subordonnée à l'ambiguïté d'un acte. Mais sous couvert d'interprétation, le juge peut vouloir, en réalité, modifier le contenu du contrat afin de protéger la partie économiquement faible. Pour ce faire, il dispose d'un troisième instrument juridique, très en vogue depuis quelques années, qui est la notion de bonne foi. Il ne s'agit plus vraiment d'interprétation tant cette notion a acquis une autonomie. Aujourd'hui, le juge s'en sert pour porter une atteinte directe au principe de la force obligatoire des contrats. Mais, comme pour la qualification et l'interprétation, l'utilisation de la bonne foi est critiquable en ce qu'elle altère cette notion, qui n'a pas pour objet de protéger les contractants en situation de vulnérabilité, et qui, par conséquent, ne permet pas d'instaurer une protection efficace.

A - L'ALTERATION DE LA QUALIFICATION

378. La qualification se définit 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) en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement* »¹⁷¹⁰. A priori, rien n'indique, dans cette définition, que la notion de qualification puisse servir à appréhender le problème du déséquilibre de puissance économique entre contractants et à assurer une protection juridique de la partie économiquement faible. Pourtant, un certain nombre d'exemples permettront de démontrer qu'en réalité, il n'en est rien. Après les avoir analysés, il conviendra d'expliquer les raisons qui conduisent à devoir critiquer cette jurisprudence.

1/ EXEMPLES JURISPRUDENTIELS DE PROTECTION DES ECONOMIQUEMENT FAIBLES PAR LA REQUALIFICATION

379. En premier lieu, il est possible de citer l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation en matière de répression des clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Avant que la Cour de cassation reconnaisse aux juges le pouvoir de réputer non écrites les clauses limitatives de responsabilité, sans faire référence au décret du 24 mars 1978¹⁷¹¹, ceux-ci étaient obligés, afin de protéger le consommateur, de jouer sur la qualification du contrat comportant la clause litigieuse. Il en est ainsi du

¹⁷¹⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant; cf. également D. Lefebvre, *La qualification des contrats*, in *Liber amicorum* en hommage au Doyen Chauvet, Fac. Lib. Droit de Valence, 1990.

¹⁷¹¹ Cass. Civ. 1ère, 6 décembre 1989, Dalloz, 1990, 289, note J. Ghestin; J.C.P., 90, II, 21534, note Delebecque; Cass. Civ. 1ère, 14 mai 1991, J.C.P., 1991, II, 21763, note G. Paisant. Mais l'utilisation abusive du mécanisme de la qualification n'a pas cessé pour autant : Cass. Civ. 1ère, 10 octobre 1995 JCP 1996 II 22580, note G. Paisant; JCP 1996 I 3914, obs. M. Billiau; Dalloz 1996 som. com. 116, obs. P. Delebecque. En l'espèce, une clause contractuelle a été qualifiée indûment de clause pénale pour pouvoir être réduite. M. Delebecque estime que « *cette solution conduit à se demander si, la Cour de cassation, sous couvert de qualification, n'est pas en train de consacrer la révision judiciaire des contrats* ».

contrat ayant pour objet le développement de films photographiques. A l'évidence, un tel contrat doit être qualifié de contrat d'entreprise, celui-ci pouvant se définir comme le contrat dans lequel « *une personne s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre sans la représenter* »¹⁷¹². Or, l'article 2 du décret du 24 mars 1978 interdit les clauses « *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* », uniquement dans les contrats de vente. Le contrat ayant pour objet le développement de films photographiques n'emportant aucun transfert de propriété, il ne pouvait en aucun cas être qualifié de vente. Pourtant, dans un arrêt en date du 25 janvier 1989, la première Chambre civile de la Cour de cassation a approuvé les juges du fonds d'avoir qualifié un tel contrat de vente, « *fût-ce de manière partielle* »¹⁷¹³. La motivation donnée à l'appui de cette qualification est très artificielle : « *l'offre faite par la société Kodak Pathé de traiter le film a été connue et acceptée de M. Robin, non pas au moment du dépôt du film pour son développement, mais au moment de l'achat du film et que le prix global ne distinguait pas entre le coût de la pellicule et le coût de son traitement* ». Même en qualifiant le contrat de mixte, et en estimant qu'il y avait indivisibilité des obligations, la Cour de cassation ne pouvait appliquer les règles de la vente à la partie du contrat ayant pour objet une prestation de service¹⁷¹⁴. En l'espèce, il convenait d'appliquer de façon distributive et successive les règles du contrat de vente et du contrat d'entreprise. Même si l'on suivait la Cour dans sa qualification mixte du contrat, et qu'on le qualifiait partiellement de vente, il était donc impossible d'appliquer le droit de la vente à la phase de développement des photographies. Au surplus, la protection ainsi établie au profit des consommateurs était très fragile puisqu'il suffisait aux professionnels de distinguer formellement, à l'avenir, le prix de la pellicule du coût de son développement, pour neutraliser le procédé de qualification extensive utilisé par le juge.

Une démarche semblable a été utilisée par la Cour de cassation pour protéger les mandataires, gérant de station-service. Aux termes du contrat de distribution de produits pétroliers, le distributeur détient pour le compte de la compagnie pétrolière certaines sommes d'argent reçues des clients. Si le distributeur ne les restitue pas, et que la compagnie pétrolière en réclame le paiement, peut-il invoquer une compensation avec les pertes subies à l'occasion de sa gestion? Dans un arrêt en date du 1er juin 1993, la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel qui avait rejeté la demande de compensation au motif que « *la créance de la société Mobil-oil avait pour cause la restitution d'un dépôt, constitué par les recettes des ventes de carburants, de sorte que la compensation ne pouvait s'opérer entre les créances respectives des parties* ». Pour motiver la cassation, la Cour a estimé que « *le seul fait de recevoir des fonds pour le compte de son mandant ne suffit pas à transformer le mandat en dépôt* »¹⁷¹⁵. Mais n'aurait-il pas été plus rigoureux d'effectuer une qualification distributive du contrat plutôt qu'une qualification unitaire? M. Ghestin a montré que les critères du principal et de l'accessoire pouvaient jouer un rôle

¹⁷¹² P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°709; définition tirée de Cass. Civ. 1ère, 19 février 1968, Bull. Civ. I, n°69.

¹⁷¹³ Dalloz, 1989, 253, note P. Malaurie, J.C.P., 1989, II, 21357, note G. Paisant, R.T.D. Civ., 1989, 533, obs. J. Mestre; Dans le même sens : Cass. Civ. 1ère, 6 juin 1990, J.C.P., 1991, II, 21594, note T. Hassler.

¹⁷¹⁴ En ce sens : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., p.790; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°97 : « *il semble que pour confirmer une solution qu'elle jugeait équitable, la 1ère chambre civile ait quelque peu forcé les règles qui régissent la qualification des contrats* ».

¹⁷¹⁵ Cass. Com., 1er juin 1993, R.J.D.A., 1994, n°28; J.C.P., 1993, I, 3709, n°1 et suiv., obs. G. Virassamy.

déterminant dans le choix à effectuer entre ces deux types de qualification¹⁷¹⁶. Par ailleurs, M. Terré a, quant à lui, insisté sur le rôle de la volonté des parties pour imprimer aux éléments du contrat un caractère principal ou secondaire¹⁷¹⁷. Il ressort de ces deux propositions que les parties peuvent, par leur seule volonté, faire d'une obligation accessoire une obligation principale¹⁷¹⁸. Or, en l'espèce, il n'est pas évident que les parties n'aient pas entendu mettre sur un même pied les éléments découlant du mandat et ceux découlant de l'obligation de restituer les sommes déposées, et donc du dépôt. D'ailleurs la Cour de cassation réserve, dans son arrêt, la possibilité de stipuler une clause qualifiant de dépôt l'obligation de restituer les fonds déposés sur un compte. Sur un plan objectif, l'obligation de restitution des sommes était certainement aussi importante, aux yeux des parties, que celle de représentation auprès des clients. Par conséquent, il eut été plus respectueux de la volonté des parties, et de l'économie du contrat, d'opérer une qualification distributive et successive, puisque l'obligation de restitution ne peut être considérée comme l'accessoire du mandat. La qualification unitaire du contrat, qui sert à protéger le distributeur, est donc artificielle¹⁷¹⁹. Nous verrons que la protection qu'elle procure est illusoire.

380 . En deuxième lieu, en dehors de la qualification des contrats complexes, le juge peut parfois qualifier de façon erronée un contrat simple. Il en est ainsi pour les contrats voisins du cautionnement. Le droit français connaît depuis quelque temps un essor significatif de l'utilisation de la garantie à première demande. A titre d'exemple, il est possible de citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui requalifie une garantie à première demande en cautionnement sur le fondement du caractère inéquitable de la généralisation de ce type de garantie en droit interne¹⁷²⁰. Cette décision est à l'évidence animée par la volonté de ne pas soumettre le garant à un régime juridique trop strict¹⁷²¹. Il est savoureux de constater que lorsque le régime de la garantie autonome est plus favorable, certaines juridictions n'hésitent pas à requalifier un contrat de cautionnement en garantie à première demande!¹⁷²²

Toujours dans le domaine du cautionnement, la première Chambre civile de la Cour de cassation a cru pouvoir qualifier de garantie financière autonome, la garantie des conseils juridiques prévue par l'article 59 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971¹⁷²³. En l'espèce, la COJURA opposait, au client d'un conseil juridique, l'absence de déclaration de sa créance, à la suite du redressement juridique de celui-ci. La COJURA tentait ainsi de bénéficier de l'extinction de la créance principale qui entraîne, par voie de conséquence, l'extinction du cautionnement¹⁷²⁴. La première Chambre civile n'a pas suivi cette argumentation au motif que cette garantie financière « *a pour but de mettre ceux de leurs (les conseils juridiques) clients, qui leur confient des fonds à l'abri de leur insolvabilité* ».

¹⁷¹⁶ J. Ghestin, op. cit., n°82

¹⁷¹⁷ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, L.G.D.J., 1957.

¹⁷¹⁸ J. Ghestin, op. cit., n°87.

¹⁷¹⁹ Planiol, note sous Cass. Civ., 18 octobre 1911, D.P., 1912, 1, 113 : « *il n'y a aucune utilité à obtenir une unité systématique pour un contrat qui est composite par nature. La simplicité obtenue est fautive, parce qu'elle ne correspond pas aux faits* ».

¹⁷²⁰ C.A. Paris, 5 février 1992, Dalloz, 1993, Som. Com., 107, obs. Vasseur.

¹⁷²¹ **Contra** : Cass. Com., 11 janvier 1995, Dalloz, 1995, 201, note L. Aynès.

¹⁷²² C.A. Colmar, 1ère ch., 22 février 1994, J.C.P., 1994, I, 3765, n°12.

¹⁷²³ Cass. Civ. 1ère, 4 juin 1991, Bull. Civ. I, n°179; J.C.P., 1993, II, 21990, note Béhar-Touchais.

¹⁷²⁴ Cass. Civ. 1ère, 17 juillet 1990, Dalloz, 1990, 494, note Honorat; J.C.P., 1991, éd. E., II, 101, note Amlon, et I, 46, n°11, obs. Cabrillac et Pétel.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation, après avoir adopté la solution inverse¹⁷²⁵ en qualifiant de cautionnement la garantie donnée par la COJURA, s'est ensuite ralliée à la jurisprudence de la première Chambre¹⁷²⁶. Le commentateur de cet arrêt à la Semaine Juridique ne cache pas son scepticisme à l'égard de ce revirement : « *Au delà des motifs d'opportunité, on recherche cependant vainement la justification de la solution. Si la garantie financière en question est bien un cautionnement, ce qui paraît difficilement niabile, on n'aperçoit pas le motif qui expliquerait en vertu de quoi les conséquences du caractère fondamentalement accessoire de cautionnement (...) peuvent être écartées* »¹⁷²⁷. La jurisprudence, qui paraissait fixée, a connu un nouveau rebondissement, la première Chambre civile abandonnant sa jurisprudence initiale en qualifiant de cautionnement la garantie financière légale des agents immobiliers et en excluant la qualification d'action directe¹⁷²⁸. Il est bien difficile de dire si toutes les chambres de la Cour de cassation se sont résolues à une plus grande rigueur juridique sur le terrain de la qualification¹⁷²⁹. Le doute est permis puisque la troisième chambre civile vient de décider que la garantie de livraison dans le contrat de construction de maisons individuelles est un engagement autonome malgré les termes « *caution solidaire* » utilisés par l'article L.231-6 du Code de la construction¹⁷³⁰. Mais, pour lors, on ne peut que souscrire sans réserve à la très juste remarque de M. Aynès : « *Quant à l'opportunité de la solution, personne ne gagne rien, à terme, à une déformation des concepts juridiques* »¹⁷³¹.

381. En troisième lieu, la Cour de cassation tend à qualifier de façon erronée des contrats afin de leur appliquer un régime protecteur qu'elle a, elle-même, créé de toute pièce. Il s'agit notamment de la notion de « *mandat d'intérêt commun* »¹⁷³², qui impose au mandant d'indemniser le mandataire en cas de rupture unilatérale du contrat¹⁷³³. Depuis la création de ce concept¹⁷³⁴, de nombreux contractants ont tenté de se prévaloir de son régime protecteur. En principe, ce régime protecteur ne devrait s'appliquer qu'au contrat de mandat, comme son nom l'indique¹⁷³⁵. Cependant, un arrêt du 2 mars 1993 a expressément

¹⁷²⁵ Cass. Com., 1er octobre 1991, J.C.P., 1993, II, 21990; dans le même sens : C.A. Paris, 7ème ch. B., 28 février 1991, J.C.P., 1992, II, 21911, note Girestet; C.A. Paris, 2ème ch. B., 25 septembre 1992, Juris Data, n°02, 4378.

¹⁷²⁶ Cass. Com., 5 octobre 1993, J.C.P., 1994, II, 22225, note M. Béhar-Touchais, R.T.D. Com., 1994, 122, obs. A. Martin-Serf, décision cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 28 février 1991, précité.

¹⁷²⁷ J.C.P., 1994, I, 3765, n°9.

¹⁷²⁸ Cass. Civ. 1ère, 10 janvier 1995, Dalloz, 1995, 178, note L. Aynès; J.C.P., 1995, I, 3843, obs. C. Jamin; J.C.P., 1995, II, 22489, note critique M. Béhar-Touchais; P. Simler et P. Delebecque, *Chronique de droit des sûretés*, JCP 1995 I 3889, n°2 : « *la qualification d'action directe est certainement erronée* »..

¹⁷²⁹ M. Jamin appelant de ses vœux une décision de l'assemblée plénière en disant que « *la question qui devra finalement être tranchée est de savoir qui doit être préféré du client ou du garant?* »: voir en dernier lieu la position de la deuxième Chambre civile qui qualifie d'action directe, et non de cautionnement, la garantie financière des agents immobiliers; Cass. Civ. 2ème, 22 février 1995, Dalloz, 1995, 346, note J.P.S. et F.D.; cf. également Cass. Civ. 1ère, 7 mars 1995, J.C.P., 1995, II, 22489 (2 arrêts) note M. Béhar-Touchais, qui maintient la qualification de cautionnement, mais qui ouvre la voie à une action en responsabilité à l'encontre de l'organisme garant, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, pour manquement au devoir de contrôle de la gestion de l'adhérent.

¹⁷³⁰ Cass. Civ. 3ème, 4 octobre 1995 JCP 1995 II 22545, note H. Périnet-Marquet.

¹⁷³¹ Op. cit.

¹⁷³² Sur la critique de cette notion, cf. infra n°448 et suiv.

¹⁷³³ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°557; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°249 et suiv.

¹⁷³⁴ Cass. Civ., 13 mai 1885, D.P., 1885, 1, 350; S., 1887, 1, 220; P. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun*, in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean Derrupé, 1991, p.105 et suiv.

¹⁷³⁵ Exclusion du contrat de commission; Cass. Com., 10 février 1979, Bull. Civ., IV, n°49.

qualifié de mandat d'intérêt un contrat de commission¹⁷³⁶. Il s'agissait en l'espèce d'un diffuseur de presse qui avait vu son contrat unilatéralement résilié par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP). Le diffuseur, Mme Nitescu, réclamait des dommages-intérêts en se fondant sur le régime du mandat d'intérêt commun. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel, qui avait suivi l'argumentation de Mme Nitescu en lui octroyant une somme à titre de dommages-intérêts. Or, en l'espèce, tous les commentateurs de cette décision sont d'accord pour reconnaître que le contrat de diffusion de Presse est un contrat de commission¹⁷³⁷ et non un contrat de mandat¹⁷³⁸. En effet, le diffuseur, qui exploite un fonds de commerce, vend les journaux pour le compte des NMPP en son nom. La Cour de cassation a qualifié de façon erronée le contrat, afin de faire bénéficier le diffuseur de presse, partie économiquement faible, du régime protecteur du mandat d'intérêt commun. Mme Béhar-Touchais recentre d'ailleurs cette décision dans « *la jurisprudence des professionnels économiquement dépendants* »¹⁷³⁹. Sans se prononcer sur la véritable portée de l'arrêt, et notamment sur le point de savoir si désormais les diffuseurs de Presse bénéficieront du régime du mandat d'intérêt commun¹⁷⁴⁰. Il convient néanmoins de reconnaître que la Cour de cassation s'est gardée de censurer une erreur manifeste de qualification. Nul doute que le souci de protéger la partie économiquement faible a été très présent dans cette décision.

2/ CRITIQUES DE L'UTILISATION DE LA REQUALIFICATION POUR PROTEGER LES ECONOMIQUEMENT FAIBLES

382. Comme toute science, le droit est une systématisation¹⁷⁴¹, ou plus exactement devrait l'être si on tient compte de la dispersion et des incohérences du droit positif contemporain. Cette systématisation passe obligatoirement par une démarche taxinomique, que ce soit à l'égard des institutions ou des catégories juridiques¹⁷⁴². La qualification est l'instrument au service du juriste qui permet de déterminer à quelle catégorie appartient telle institution ou tel acte juridique. C'est donc un facteur essentiel de classification du droit et de détermination de la nature juridique d'une institution, d'un contrat ou d'un bien¹⁷⁴³. Ainsi, indirectement, la qualification détermine le régime juridique applicable.

¹⁷³⁶ Cass. Com., 2 mars 1993, J.C.P., 1993, II, 22176, note M. Béhar-Touchais; Dalloz, 1994, 48, note T. Aubert-Monpeyssen; Cont. Conc. Cons., Juin 1993, 3, obs. L. Leveneur; J. Ghestin, *Les diffuseurs de presse bénéficient-ils du régime du mandat d'intérêt commun?* (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 mars 1993), Dalloz, 1994, chron.73.

¹⁷³⁷ Article 94 al.1er du Code de commerce : « *le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ».

¹⁷³⁸ Article 1984 du Code civil : « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

¹⁷³⁹ Op. cit., n°17.

¹⁷⁴⁰ Cf. sur ce point la chronique de M. Ghestin précitée, dans laquelle l'auteur estime qu'il s'agit d'un arrêt d'espèce eu égard à la façon dont s'est déroulé le litige et la procédure devant la Cour d'appel. Il en conclut que ni la Cour d'appel ni la Cour de cassation n'étaient tenues de requalifier la convention en contrat de commission.

¹⁷⁴¹ J. Carbonnier, *Introduction*, n°23.

¹⁷⁴² D. Lefebvre et E. Mollaret-Laforêt, *Droit et entreprise*, p.15 et 16.

¹⁷⁴³ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, 1955; D. Lefebvre, art. préc., p.99 : « *la qualification est l'opération qui consiste à dire la nature juridique d'une situation donnée. (...) Cette opération consiste plus précisément à dire à quelle catégorie juridique se rattache*

C'est en quelque sorte le lien qui, par un mouvement de va et vient, relie le fait à la règle de droit. Il permet au droit d'appréhender le fait et au fait de pénétrer le droit.

Tout ceci pour souligner l'importance extrême de la notion et du rôle de la qualification en droit. Compte tenu de cette importance, le processus de qualification devrait obéir exclusivement, autant que faire se peut, à l'objectivité et à la rigueur scientifique. Il ne devrait, en aucun cas, subir une quelconque altération, même dans le but louable de protéger le contractant qui se trouve en situation de dépendance ou de faiblesse économique. La qualification est commandée, selon M. Lefebvre, par des éléments internes, l'objet et la cause du contrat, et des impératifs externes au contrat, notamment l'ordre public¹⁷⁴⁴. M. Virassamy, fervent partisan de la prise en compte par le droit de certaines situations inégalitaires, considère que « *la qualification d'un contrat ne doit pas dépendre de la condition économique et sociale des parties à la convention. Compte doit être tenu de la dépendance économique de l'une d'elles à l'égard de l'autre, car nous verrons qu'elle altère leurs rapports contractuels, mais sans que soit modifiée la nature juridique du contrat conclu* »¹⁷⁴⁵. Malgré l'unanimité de la doctrine et la sûreté de ce principe, nous avons vu que la jurisprudence n'a eu cure d'une telle recommandation. Elle a tenté, par le biais de la qualification, d'instaurer une protection de l'économiquement faible; protection qui se révèle, à bien y regarder, incohérente et inefficace.

383 . La protection de l'économiquement faible, par une qualification erronée du contrat en cause, ne peut qu'être un facteur de perturbation du droit. En effet, le juge ne peut pas afficher ouvertement l'erreur volontaire de qualification. Il utilisera un raisonnement biaisé ou une présentation des faits tronquée. Nous avons vu que, sans justification technique valable, le juge qualifie d'action directe l'acte qui est un cautionnement, de cautionnement l'acte qui est une garantie autonome, de contrat de vente l'acte qui est un contrat d'entreprise ou encore de mandat l'acte qui est un contrat de commission. Dans tous ces exemples, les règles de qualification sont dévoyées sans que l'on puisse en tirer de conséquences pour l'avenir dans des litiges similaires. A cet égard, l'opposition doctrinale, à propos de l'affaire Nitescu c/. NMPP, entre Mme Aubert-Monpeyssen et M. Ghestin est caractéristique. L'une considère que l'arrêt du 2 mars 1993 « *constitue un premier pas vers l'élargissement de la théorie de l'intérêt commun* »¹⁷⁴⁶, l'autre s'interdisant de voir dans cet arrêt « *une solution de portée générale* »¹⁷⁴⁷.

Force est de reconnaître que la méthode est viciée à la base. La qualification est inapte à instaurer une protection des contractants en position de faiblesse, car la protection comporte nécessairement un dose de prévention, et pour cela, le système protecteur doit être cohérent; l'absence de cohérence supprime toute prévisibilité. Persister à vouloir faire jouer à la qualification un rôle qui n'est pas compatible avec sa nature aboutit progressivement à obscurcir les principes généraux découverts par la jurisprudence¹⁷⁴⁸. Boulanger avait, en effet, montré que les principes du droit se caractérisent par leur

l'élément à analyser, sachant que cet élément peut faire partie de plusieurs catégories juridiques à la fois (..) ».

¹⁷⁴⁴ D. Lefebvre, op. cit., étant précisé que l'ordre public économique impose ou réserve, selon le cas, certaines voies contractuelles.

¹⁷⁴⁵ *Les contrats de dépendance*, thèse L.G.D.J., 1986, n°198.

¹⁷⁴⁶ Dalloz, 1994, 53.

¹⁷⁴⁷ Dalloz, 1994, 73, chron. précitée, n°12.

¹⁷⁴⁸ J. Carbonnier, *Introduction*, n°140; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°491 et suiv.; F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°252 et suiv.

généralité: ils comportent « *une série indéfinie d'application* »¹⁷⁴⁹. Comment, dès lors, le juriste pourra-t-il distinguer entre les arrêts de principe, opérant un revirement de jurisprudence en matière de qualification, et les arrêts d'espèce, qualifiant de façon volontairement erronée et complaisante un acte dans le but de favoriser l'une des parties? Evidemment, cette situation nuit à la cohérence du droit positif en mettant les juristes dans l'impossibilité de systématiser les solutions rendues par les juridictions, y compris la Cour de cassation. Mais il y a un second niveau d'incohérence, celui de la protection ainsi mise en place. Les justiciables ne pourront jamais connaître, à l'avance, la qualification qui sera retenue par le juge. Les parties en situation de vulnérabilité ne seront jamais certaines d'être protégées si leur partenaire abuse de leur faiblesse économique. En outre, même si les parties se sont données la peine de qualifier expressément leur convention, elles ne seront pas à l'abri d'une requalification intempestive sur le fondement de l'article 12 du nouveau code de procédure civile. L'incohérence de la protection se double alors d'une inefficacité.

384. Dans l'arrêt Mobil Oïl du 1er juin 1993¹⁷⁵⁰, la Cour de cassation reconnaît expressément que la qualification mixte distributive du contrat de distribution de produits pétroliers, écartée, en l'espèce, pour empêcher l'application des règles du dépôt en matière de compensation, peut être imposée par l'existence d'une stipulation expresse. En d'autres termes, il suffit que la compagnie pétrolière insère, dans ses contrats de distribution, une clause qualifiant expressément de dépôt l'obligation de l'exploitant de station-service de conserver les recettes provenant des ventes à la clientèle, jusqu'à leur versement sur un compte désigné par la compagnie, pour que le juge soit lié par cette qualification. A première vue, cette proposition est contraire aux dispositions de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, qui précisent que le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposées (...)* ». Mais cette contradiction n'est qu'apparente.

D'abord l'article 12 du nouveau Code de procédure civile n'impose au juge aucun devoir de requalification d'office¹⁷⁵¹, sauf s'il s'agit d'appliquer une règle d'ordre public commandée par la qualification du contrat. Ensuite et surtout, la volonté des contractants joue souvent un rôle essentiel dans la qualification¹⁷⁵². M. Terré a montré que la volonté des parties au contrat pouvait avoir une influence déterminante sur la qualification de celui-ci¹⁷⁵³. Même si « *la volonté ne peut se substituer à un élément essentiel du contrat qui fait défaut* »¹⁷⁵⁴, elle peut transformer à elle seule une obligation accessoire en obligation principale¹⁷⁵⁵. Or c'est précisément cette transformation qui est possible dans l'arrêt Mobil Oïl. Il suffit que, pour l'avenir, les compagnies pétrolières érigent en obligation principale le dépôt des fonds sur un compte, ainsi que l'obligation de les restituer périodiquement,

¹⁷⁴⁹ J. Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, in Mélanges Ripert, 1950, t.1, p.56, n°5.

¹⁷⁵⁰ Précité.

¹⁷⁵¹ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°121; citant Cass. Civ. 2ème, 30 janvier 1985, Bull. Civ. II, n°23; Cass. Civ. 2ème, 4 novembre 1988, Bull. Civ. II, n°202; dans le même sens, voir H. Croze et C. Morel, *Procédure civile*, P.U.F., 1988, n°167; **contra** : Cass. Civ. 2ème, 14 février 1985, Bull. Civ. II, n°38; J.C.P., II, 21030, note J. Héron; Cass. Civ. 1ère, 16 juin 1993, Bull. Civ. I, n°224.

¹⁷⁵² F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse Paris, 1955; du même auteur : *Volonté et qualification*, Arch. Philo. du droit, Sirey, 1957, p.99 et suiv.

¹⁷⁵³ Thèse précitée.

¹⁷⁵⁴ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°86.

¹⁷⁵⁵ G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse Nancy, L.G.D.J., 1969, n°153 : « *l'élément accessoire poursuit finalement le même but que l'élément principal (...). C'est donc du but poursuivi par les parties que dépend largement la qualification du contrat* ».

pour que la compensation soit interdite en vertu de l'article 1293 2° du Code civil. La protection des exploitants de station-service instaurée par la Cour de cassation le 1er juin 1993 sera donc très éphémère et illusoire, en un mot inefficace. Le contractant économiquement puissant prendra soin d'imposer à son partenaire la qualification qui lui sera la plus favorable, ce qui, dans les contrats complexes, sera de nature à lier le juge¹⁷⁵⁶. En effet la qualification unitaire ou distributive ne dépend pas, en principe, d'une règle d'ordre public permettant au juge de soulever d'office un moyen de requalification. Ainsi, la protection instaurée par l'altération de la notion de qualification ne sera véritablement utilisable que dans l'hypothèse de l'application d'une règle d'ordre public ou dans celle de l'absence d'expression d'une volonté formelle des parties. Il faut avouer que la première n'est pas très fréquente et, est loin de couvrir toutes les situations inégalitaires, tandis que la seconde se révèle très aléatoire, dans la mesure où le juge devra recourir à une interprétation souvent tendancieuse des clauses contractuelles, au risque d'encourir la sanction de la dénaturation du contrat¹⁷⁵⁷. M. Terré a justement mis en relief l'attitude du juge, qui choisira parmi les clauses contractuelles celle qui lui semble correctes, en oubliant les autres, et ce afin de donner une qualification de nature à entraîner l'application du régime juridique protecteur souhaité¹⁷⁵⁸. Le juge se placera, pour ce faire, sur le terrain de l'interprétation de la volonté des parties, pouvoir qui ressortit à son domaine de compétence souveraine¹⁷⁵⁹. Les pouvoirs d'interprétation du juge viennent donc pallier l'inadaptation naturelle de la notion de qualification à instaurer un régime de protection cohérent et efficace des contractants économiquement faibles. Nous allons voir que l'altération des contrats par le jeu l'interprétation n'est pas non plus à l'abri des critiques.

B - L'ALTERATION PAR LE JEU DE L'INTERPRETATION

385. Il est une idée reçue selon laquelle les articles 1156 et suivants du Code civil sont parmi ceux auxquels la doctrine a été la plus indifférente¹⁷⁶⁰. Il est vrai qu'a priori l'interprétation des contrats se prête mal à la systématisation doctrinale, puisqu'elle est

¹⁷⁵⁶ On retrouve ce phénomène chaque fois que le juge instaure une protection qui n'est pas d'ordre public. En matière de cautionnement du solde d'un compte courant, il a été jugé que la caution n'est tenue du solde provisoire, existant au jour de la révocation, que sous déduction des remises subséquentes, Cass. Com., 3 avril et 30 mai 1978, J.C.P., 1980, II, 19325, note P. Simler; Cass. Civ. 1ère, 20 décembre 1983, Bull. Civ. I, n°306. Par la suite, les banques ont inséré, dans les conventions de compte courant, une clause « *de résiliation à effet limité* » aux termes de laquelle cette déduction est interdite; clause déclarée valable par Cass. Com., 12 février 1991, Bull. Civ. IV, n°62 et 9 juin 1992, Bull. Civ. IV, n°227. Le processus est identique depuis que la Chambre mixte a décidé que la résolution du contrat de vente entraîne la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve des clauses ayant pour objet de régler la conséquence de cette résiliation : Ch. mixte, 23 novembre 1990, Dalloz, 1991, 121, note C. Larroumet; J.C.P., 1991, II, 21642, note D. Legeais; la pratique a vu fleurir de nombreuses clauses d'aménagement en faveur des crédit-bailleurs, cf. Cass. Com., 26 octobre 1993, Bull. Civ. IV, n°360; J.C.P., 1993, I, 3744, obs. C. Jamin.

¹⁷⁵⁷ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°355 : « *Par la dénaturation le juge s'insurge directement contre la volonté des parties clairement exprimée, il bouleverse l'économie du contrat, modifie ses effets, viole ouvertement l'article 1134 du Code civil* ».

¹⁷⁵⁸ Thèse précitée, n°213 et suiv.

¹⁷⁵⁹ J. Ghestin, op. cit., n°13.

¹⁷⁶⁰ P. Simler, *Interprétation des contrats*, Juris. Class. Civil, Art. 1156 à 1164, Fasc.10, n°3.

l'oeuvre souveraine des juges du fond¹⁷⁶¹. Contrairement à la loi, règle générale et abstraite, le contrat est spécial et concret, caractères qui interdisent en principe toute idée de théorie, de système, de taxinomie. Pourtant, les juristes ne se sont jamais totalement désintéressés des problèmes d'interprétation, et il faut bien reconnaître que, depuis quelques décennies, l'intérêt va croissant¹⁷⁶². La jurisprudence de la Cour de cassation n'est assurément pas étrangère à ce surcroît d'intérêt pour les problèmes posés par l'interprétation des conventions. En effet, elle a tendance à altérer ce mécanisme classique de la théorie générale des contrats pour lui faire jouer un rôle d'équité et de prise en compte des déséquilibres de puissance économique entre contractants d'une part et, entre les prestations contractuelles réciproques d'autre part.

Ce rôle moderne joué par la notion d'interprétation a de quoi surprendre. Fondé sur l'article 1156 du Code civil, le principe de l'interprétation des contrats se limite à « *rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes* ». Bien que l'on affirme traditionnellement le caractère simplement indicatif des règles insérées dans les articles 1156 et suivants du Code civil¹⁷⁶³, la Cour de cassation impose aux juges du fond de se référer à la commune intention des parties pour interpréter les contrats¹⁷⁶⁴. Cette exigence a pour source directe les principes de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire des contrats, en vertu desquels les parties sont liées par la loi qu'elles se sont données à elles-mêmes¹⁷⁶⁵. Ainsi, « *interpréter un contrat par hypothèse obscur, c'est plus précisément, rechercher le sens que les parties ont entendu donner aux stipulations contractuelles auxquelles elles ont souscrits* »¹⁷⁶⁶. C'est également les principes traditionnels du droit des contrats qui suscitent l'intervention du contrôle de la Cour de cassation lorsque le juge a, sous couvert d'interprétation, dénaturé les termes clairs et

¹⁷⁶¹ Ch. réunies, 2 février 1808, S., 1808, 1, 183, arrêt de principe laissant au pouvoir souverain des juges du fond l'interprétation des contrats.

¹⁷⁶² J. Boré, *Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes*, R.T.D. Civ., 1972, 252; Bosshart, *L'interprétation des contrats*, thèse Genève, 1939; G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse Paris, 1905; J. Lopez Santa Maria, *Les systèmes d'interprétation des contrats*, thèse Paris, 1968; J. Dupichot, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit-guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil*, in *Mélanges Flour* 1979, p.179 et suiv.; T. Ivaner, *L'ambiguïté dans les contrats*, Dalloz, 1976, chron.153, *La lettre et l'esprit de la loi des parties*, J.C.P., 1981, I, 3023; G. Marty, *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Trav. Ass. H. Capitant, 1949, p.85 et suiv.; J. Mestre et A. Laude, *L'interprétation « active » du contrat par le juge*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993; Y. Placot, *Recherches sur l'interprétation juridique*, thèse Paris, 1988; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, thèse Strasbourg, L.G.D.J., 1961; G. Viney, *L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge*, Dalloz, 1994, chron.301.

¹⁷⁶³ Cass. Req., 18 mars 1807, S., 1807, 1, 361; Cass. Req., 24 février 1868, D.P., 1868, 1, 308; jurisprudence constante depuis lors : Cass. Civ. 1ère, 6 mars 1979, Dalloz, 1979, I.R., 396; Cass. Soc., 1981, Bull. Civ. V, n°490; Cass. Com., 19 janvier 1981, Bull. Civ., IV, n°34.

¹⁷⁶⁴ Cass. Civ. 1ère, 20 janvier 1970, Bull. Civ. I, n°24; Cass. Com., 17 mai 1988, Bull. Civ. IV, n°167 : « *Attendu qu'en interprétant la clause litigieuse selon un usage, sans constater que les parties avaient entendu expressément l'adopter, le Tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹⁷⁶⁵ P. Simler, op. cit., n°6.

¹⁷⁶⁶ Op. cit.; cf. dans le même sens : J. Carbonnier, *Obligations*, n°142; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°403; P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°630; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°342; voir cependant, H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°163 qui exposent la thèse subjective et la thèse objective sans véritablement prendre position; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°424, estimant que la thèse subjective est la principale, mais qu'en l'absence totale de volonté des parties sur un point obscur, la thèse objective aura vocation à intervenir; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°50, refusant de considérer l'interprétation objective comme subsidiaire.

précis de la convention¹⁷⁶⁷. Le juge n'est que le serviteur du contrat, il est lui-même lié par la force obligatoire des stipulations qu'il contient. Il ne peut donc procéder à une interprétation qu'à condition qu'une clause se révèle obscure ou ambiguë. Si tel est le cas, il doit suivre une seule directive : la recherche de la commune volonté des parties contractantes.

386. A l'heure où le principe de l'autonomie de la volonté a incontestablement subi de nombreuses atténuations et exceptions, cette conception du lien contractuel paraît, à juste titre, frappée d'archaïsme. Le juge n'est plus - l'a-t-il un jour été? - cet arbitre passif qui se contente de faire appliquer le contenu du contrat tel que les parties l'ont fixé¹⁷⁶⁸. Dans le domaine de l'interprétation, le souci de protection de l'économiquement faible est, en partie, présent depuis l'origine du Code civil, sans que cela constitue une altération de cette notion. L'article 1135 du Code civil, même si sa portée réelle est source de difficulté, fait directement référence à l'équité dans les contrats. L'article 1162, quant à lui, dispose que « *dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ». Ces dispositions peuvent paraître quelque peu obscures si elles sont appliquées aux contrats synallagmatiques, dans lesquels chaque partie est à la fois débitrice et créancière l'une de l'autre. A cet égard, la rédaction des articles du Code, relatifs à l'interprétation des conventions, renvoie à la conception romaine, qui ne voyait dans le contrat que deux engagements unilatéraux sans interdépendance. M. Carbonnier a donné, à cet article, sa juste portée : « *il faut rechercher, pour chaque type de contrat, quelle partie est en possession de dicter ses conditions à l'autre* »¹⁷⁶⁹. Cette analyse de l'article 1162 est des plus pertinentes. Il est équitable de faire bénéficier du doute le contractant qui se trouve en situation d'infériorité économique. Son partenaire, qui était en position dominante au moment de la conclusion du contrat, était certainement en mesure d'éviter l'ambiguïté, surtout s'il s'agissait d'un contrat d'adhésion¹⁷⁷⁰. L'article 1162 revient, en quelque sorte, à sanctionner la partie qui avait le pouvoir d'éviter une rédaction imprécise ou obscure du contrat, en faisant bénéficier son cocontractant du doute. L'avantage est d'empêcher que les contractants économiquement puissants restent dans le flou lors de la détermination de leurs obligations.

C'est un raisonnement identique qui anime l'article 5 de la directive CEE n°93-13 du 5 avril 1993¹⁷⁷¹ qui dispose qu'« *en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut* ». Il s'agit incontestablement d'une consécration, spécifique au consommateur, de l'interprétation de l'article 1162 telle que proposée par M. Carbonnier¹⁷⁷². La référence à l'article 1162 du Code civil présente l'avantage de généraliser, à tous les contrats, la règle de l'interprétation des clauses ambiguës ou obscures en faveur de la partie économiquement faible. Mais l'inconvénient est que cette protection est partiellement inefficace. Il suffit, en effet, que le contractant dominant s'efforce de préciser clairement les obligations de son partenaire à son profit, pour qu'elles

¹⁷⁶⁷ Cass. Civ., 15 avril 1872, D.P., 1872, 1, 176; Sirey, 1873, 1, 232 : « *il n'est pas permis aux juges lorsque les termes des conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles renferment* ».

¹⁷⁶⁸ Cf. not. J. Mestre et A. Laude, *L'interprétation « active » du contrat par le juge*, article précité.

¹⁷⁶⁹ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°142.

¹⁷⁷⁰ Dupichot, article précité, n°23.

¹⁷⁷¹ Dalloz, 1993, p.360; M. Trochu, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* (directive n°53-13 CEE du conseil du 5 avril 1993), Dalloz, 1993, chron.315.

¹⁷⁷² **Contra** : J. Ghestin, op. cit., n°31, estimant qu'il s'agit plutôt d'une transposition de l'article 1602 du Code civil « *car le professionnel sera généralement celui qui a contracté l'obligation* ».

ne puissent souffrir aucune interprétation et qu'elles soient appliquées tel quel, malgré leur caractère éventuellement lésionnaire. Pour pallier cet inconvénient, les juges ont poussé l'interprétation au delà des limites naturelles de cette notion. La tentation est grande de modifier le contenu du contrat sous prétexte d'interpréter une clause obscure ou ambiguë. Le juge se livre alors à une « *interprétation-déformation* » des stipulations contractuelles d'origine. Mais ce n'est pas tout, les juges sont allés plus loin. En dehors de toute interprétation réelle, ils se sont arrogés le pouvoir de créer des obligations qui n'existaient pas au jour de la formation du contrat, pratiquant ainsi un véritable « *forçage* » du contrat¹⁷⁷³. On sera, alors, en présence d'une « *interprétation-crétation* ». En étudiant ces deux notions, il sera possible de prendre la mesure des artifices utilisés par la jurisprudence pour protéger les contractants économiquement faibles, artifices aussi altérants qu'inefficaces¹⁷⁷⁴.

1/ L'INTERPRETATION - DEFORMATION

387. Il ne s'agit plus, pour le juge, d'interpréter une clause ambiguë ou obscure en faveur de la partie en situation de faiblesse, ce qui n'est en rien critiquable. Ici, le juge va se reconnaître le pouvoir d'interpréter des stipulations pourtant claires et précises, mais dont le contenu est manifestement inéquitable, ou en tout cas en défaveur de la partie dont il entend assurer la protection. Il créera à cet effet une ambiguïté artificielle qui lui confèrera le pouvoir apparent d'interpréter le contrat et de l'orienter dans le sens qu'il souhaite. Le problème posé par cette démarche est qu'officiellement le juge rendra une décision aux termes de laquelle il dira avoir recherché la commune volonté des parties! Or cette volonté commune peut ne pas exister. Pire, les deux parties peuvent avoir eu, dès l'origine, une volonté contraire. Plus exactement, dans les contrats conclus entre personnes de puissance économique inégale, la plus puissante pourra imposer sa volonté à la plus faible. Cette dernière, si elle tient à la conclusion du contrat, sera obligée de plier et d'accepter de faire sienne la volonté de son partenaire. Dans ce cas, sous prétexte d'interprétation, le juge rétablira l'équilibre en donnant à la stipulation imposée une signification qui n'était pas celle convenue entre les parties. C'est en ce sens qu'il y a déformation de la volonté commune des parties. Il ne faut pas croire que le contrat est toujours le produit d'une volonté de coopération, d'un « *affectio contractus* »¹⁷⁷⁵. Le plus fréquemment, il sera le résultat d'après négociations au cours desquelles chaque contractant essaiera de faire valoir sa puissance, son *bargaining power*. Le contrat est, dans cette hypothèse, le point de rencontre des concessions réciproques consenties par les parties. S'il n'y a pas de négociation préalable, c'est que, dans la plupart des cas, l'une des parties est suffisamment puissante pour imposer à l'autre, sans discuter, un contrat d'adhésion. A cet égard, Saleilles estimait que le contrat d'adhésion ne devait pas donner lieu à une recherche de volonté commune, celle-ci n'ayant de valeur que dans les contrats où les deux volontés

¹⁷⁷³ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°632.

¹⁷⁷⁴ Voir J. Ghestin, op. cit., n°10, qui utilise la distinction entre interprétation subjective et interprétation objective; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°424, utilisant, quant à eux, la distinction entre interprétation explicative et interprétation créatrice.

¹⁷⁷⁵ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, J.C.P., 1988, I, 3318; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1986, 101; J.M. Le Loup, *La création de contrats par la pratique commerciale*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, p.167 et suiv.; L. Aynès, Dalloz, 1995, chron.25.

ont joué un rôle égal¹⁷⁷⁶. Lorsque l'une des parties a imposé à l'autre la norme contractuelle, l'auteur préconisait une méthode d'interprétation identique à celle d'un texte de loi¹⁷⁷⁷. On perçoit donc facilement l'artifice qui consiste, dans ces hypothèses à prétendre rechercher la commune volonté des parties. L'artifice est encore plus criant lorsque le juge interprète une stipulation contractuelle dans un sens opposé de celui qui était imposé par la partie économiquement puissante.

388 . Prenons quelques exemples pour illustrer notre propos. Dans les contrats d'agents commerciaux, l'agent commercial est le plus souvent en situation de vulnérabilité par rapport à son mandant, d'où la promulgation de la loi du 25 juin 1991 instaurant un statut protecteur, notamment par la référence à la notion de contrat « *conclu dans l'intérêt commun des parties* ». Compte tenu du rapport de force, il est évident que la clause de quota, qui oblige l'agent commercial à réaliser un chiffre d'affaires minimum, est impérative. En outre, le mandant mentionne fréquemment dans le contrat que cette clause de quota est une condition impulsive et déterminante sans laquelle l'acte n'aurait pas été conclu. Si jamais le quota n'était pas atteint, la volonté « *commune* » des parties¹⁷⁷⁸ est de considérer le contrat comme inexécuté. Or, la Cour de cassation a tendance à interpréter cette clause comme un objectif indicatif, ne constituant pas une inexécution fautive en cas de non respect¹⁷⁷⁹. Il est clair que cette interprétation déforme la volonté initiale des parties dans le seul but de protéger l'agent commercial.

Un autre exemple peut être pris dans le secteur de la distribution de produits pétroliers. Les compagnies pétrolières concluent habituellement un contrat de mandat avec l'exploitant d'une station-service. Dans le cadre du contrat de mandat, l'article 1999 du Code civil dispose que « *le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a fait pour l'exécution du mandat (...)* ». En outre, l'article 2000 du Code civil prévoit que « *le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a*

¹⁷⁷⁶ *De la déclaration de volonté*, p.230.

¹⁷⁷⁷ Cf. G. Dereux, *La nature juridique des « contrats d'adhésion »*, R.T.D. Civ., 1910, 501; F.X. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, J.C.P., 1993, I, 3673; cf. sur le problème du contrôle de l'interprétation des contrats d'adhésion par la Cour de cassation l'excellente synthèse de J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°19 et suiv.; en faveur de ce contrôle: P. Esmein, *Traité pratique de droit civil*, de Planiol et Ripert, n°375; Lindon, *A chaque tribunal sa vérité*, J.C.P., 1967, I, 2081; contre ce contrôle notamment J. Boré, *La cassation en matière civile*, Sirey, 1980, n°1273 et suiv.

¹⁷⁷⁸ En fait la volonté du mandant imposée à l'agent pour signer le contrat.

¹⁷⁷⁹ Cass. Com., 13 novembre 1990, Bull. Civ. IV, n°269; dans le même sens, la Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas inexécution fautive du contrat si la diminution du chiffre d'affaires s'explique par les circonstances économiques ou la dureté de la concurrence : Cass. Com., 13 février 1973, Bull. Civ. IV, n°71. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation introduit une notion de faute de l'agent dans l'inexécution de l'obligation, comme s'il s'agissait d'une condition supplémentaire pour le prononcé de la résolution du contrat. Or la jurisprudence a tendance à considérer que la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée quel que soit le motif qui a empêché la partie de remplir ses engagements, alors même que cet empêchement résulterait du fait d'un tiers ou d'un cas de force majeure: Cass. Civ., 14 avril 1891, D.P., 1891, I, 329, note Planiol; Cass. Civ. 1ère, 2 juin 1982, Bull. Civ. I, n°205; R.T.D. Civ. 1983, 340, obs. F. Chabas; Cass. Civ. 1ère, 12 mars 1985, Bull. Civ. I, n°94; R.T.D. Civ., 1986, 345 obs. J. Mestre; C.A. Aix-en-Provence, 15 octobre 1991, R.T.D. Civ., 1993, 119, obs. J. Mestre; **contra**: J. Carbonnier, op. cit., n°186, qui estime que seule l'inexécution fautive peut entraîner la résolution du contrat; cf. aussi H. L & J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°1097, qui conditionnent la résolution à l'engagement de la responsabilité contractuelle de la partie défaillante et à la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat. Mais en ce qui concerne la clause de quota dans le contrat d'agent commercial, il est bien certain qu'il s'agit, selon la volonté commune des parties, d'une obligation de résultat. Par conséquent en exigeant en plus de l'inexécution de cette clause une faute de l'agent, le juge a entendu protéger celui-ci.

essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ». Ces deux textes n'étant pas d'ordre public¹⁷⁸⁰, les compagnies pétrolières avaient pris l'habitude de les exclure par la stipulation d'une commission forfaitaire, comprenant les frais avancés. Dans un arrêt en date du 4 décembre 1990, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé cette démarche et a considéré que la commission forfaitaire, comprenant les frais, couvrait également les pertes de l'exploitant de la station-service¹⁷⁸¹. La solution, ainsi établie, étant d'une parfaite logique juridique, c'est avec étonnement que la doctrine a accueilli le revirement de jurisprudence consacré dans les arrêts rendus les 17 décembre 1991, et 28 janvier 1992¹⁷⁸². Ces décisions, notamment celles du 17 décembre 1991, précisent que les juges du fonds ne peuvent déduire du caractère forfaitaire de la commission incluant les frais, que cette clause couvre aussi les pertes d'exploitation de l'article 2000 du Code civil, et ce en l'absence d'une renonciation expresse à se prévaloir de celui-ci. « *Cette jurisprudence dénote (...) très clairement une volonté de protection du pompiste mandataire, mais il n'est pas certain que la technique de protection choisie soit très satisfaisante* »¹⁷⁸³. D'une part les compagnies auront tôt fait d'inclure dans chacun de leur contrat de mandat une clause de renonciation expresse à l'indemnisation des pertes d'exploitation prévue à l'article 2000 du Code civil. La protection mise en place ne sera donc que de courte durée.

D'autre part, la Cour de cassation, elle-même, s'est livrée à une dénaturation des stipulations contractuelles. En effet, il n'est pas contestable que les parties ont eu, au moment de la conclusion du contrat, la volonté d'exclure toute indemnisation autre que la commission forfaitaire stipulée. Eu égard à la jurisprudence en vigueur à la date de formation du contrat¹⁷⁸⁴, la compagnie pétrolière entendait exclure, par le biais du forfait, les articles 1999 et 2000 du Code civil. Si telle était sa volonté, on voit mal comment le pompiste pouvait sérieusement soutenir que la commune volonté des parties étaient d'indemniser les éventuelles pertes d'exploitation sur le fondement de l'article 2000! Dans ces conditions, il y a fort à parier que la compagnie pétrolière n'aurait pas signé le contrat. Au contraire, il est beaucoup plus probable que la compagnie pétrolière ait imposé sa volonté au pompiste, celui-ci se trouvant devant l'alternative suivante : ou bien signer le contrat tel quel, ou bien renoncer à sa conclusion. D'ailleurs, il est intéressant de noter que dans les deux arrêts du 17 décembre 1991, les compagnies Esso et Total avaient une clause quasi-identique. Enfin, un dernier argument autorise à conclure à la déformation de la volonté commune des parties; il s'agit de l'imbrication logique des articles 1999 et 2000 du Code civil. Si l'on suit la dernière position de la Cour de cassation, ces deux articles sont inconciliables. Rappelons que le premier vise les frais avancés dans le cadre de l'exploitation, tandis que le second renvoie à l'indemnisation éventuelle des pertes d'exploitation du mandataire. Or condamner la compagnie pétrolière à indemniser les pertes d'exploitation sur le fondement de l'article 2000 du Code civil, alors qu'une clause forfaitaire englobe le paiement de tous les frais, revient à faire prendre en charge à cette compagnie une partie des frais, en contrariété totale avec cette clause. En effet, les pertes d'exploitation ne sont que la différence entre le montant des commissions perçues par le mandataire et des frais engagés par celui-ci. En obligeant la compagnie à indemniser le

¹⁷⁸⁰ Cass. Req., 9 février 1938, D.H., 1938, 213.

¹⁷⁸¹ Dalloz, 1991, 328, note F.X. Testu.

¹⁷⁸² Bull. Civ. IV, n°396, Dalloz, 1992, Som. Com., 390, obs. Ferrier; et M. Béhar-Touchais, *Indemnisation par les compagnies pétrolières des pertes d'exploitation de leurs distributeurs*, R.J.D.A., 1992, chron.163.

¹⁷⁸³ M. Béhar-Touchais, op. cit., n°7.

¹⁷⁸⁴ Cass. Com., 4 décembre 1990, précité.

solde déficitaire, la Cour de cassation déforme la volonté des parties, en faisant prendre en charge, par le mandant, les frais déjà indemnisés par le forfait¹⁷⁸⁵.

389. Cette déformation de la volonté des parties, sous prétexte d'interprétation, s'explique, sur le plan de l'équité, par la nécessaire protection des pompistes de marque qui se trouvent en situation de dépendance économique à l'égard des compagnies pétrolières. Mais il est regrettable que cette protection se fasse au prix d'une altération du mécanisme de l'interprétation et d'une perturbation des règles du mandat¹⁷⁸⁶. Comme l'a proposé Mme Béhar-Touchais, il serait préférable d'étendre la notion de clause abusive aux contrats conclus entre professionnels puissants et professionnels en état de dépendance économique¹⁷⁸⁷.

Il ne servirait à rien de multiplier les exemples, mais il faut préciser que la démarche jurisprudentielle, consistant à déformer le contenu des contrats sous prétexte d'interprétation de la volonté commune des parties, n'est pas la plus fréquente. Il convient de ne pas perdre de vue que, dans les contrats conclus entre personnes ne présentant pas une inégalité manifeste de puissance économique, la Cour de cassation fait preuve de rigueur dans le contrôle de la dénaturation. Il en est ainsi, par exemple, à propos des clauses dites « *de style* », qui sont sensées produire leur effet normal dans la mesure où leur contenu est clair et précis¹⁷⁸⁸. Le phénomène de *l'interprétation-déformation* demeure marginal, même si on ne peut douter de son effet perturbateur sur le droit positif, et de l'altération de la notion d'interprétation qu'il provoque. Sur ce dernier point, la critique provient du fait que la jurisprudence part du postulat erroné que le contrat est la résultante de la fusion de deux volontés harmonieuses produisant « *la commune volonté* ». Dans les faits, la volonté ne sera souvent commune qu'après avoir été imposée par la partie puissante à la partie faible. Ainsi vouloir protéger cette dernière par l'interprétation de la volonté des parties, sur le fondement de l'article 1156 du Code civil est totalement illusoire. C'est pourquoi une partie de la doctrine, afin de tenter d'expliquer la jurisprudence qui autorise la modification judiciaire du contenu du contrat, a proposé une autre méthode d'interprétation des contrats, une méthode qui ne se réfère plus à la volonté des parties, mais qui serait purement objective. C'est ce que nous appellerons « *l'interprétation-création* ».

2/ L'INTERPRETATION - CREATION

390. A ce stade, il ne s'agit plus d'expliquer la déformation de la volonté des parties par une interprétation tendancieuse, mais d'expliquer comment le juge peut ajouter une obligation à la charge d'une des parties, alors que cette obligation n'a jamais été stipulée lors de la formation du contrat. Des auteurs ont justement parlé d'interprétation

¹⁷⁸⁵ En ce sens, cf. M. Béhar-Touchais, chronique précitée.

¹⁷⁸⁶ Logiquement, et selon M. Béhar-Touchais, l'article 2000 du Code civil ne devrait viser que les pertes fortuites ou exceptionnelles, en d'autres termes celles qui ne sont pas la suite nécessaire et prévisible de l'exécution du mandat.

¹⁷⁸⁷ Chronique précitée, n°145; cf. infra n°662 et suiv.

¹⁷⁸⁸ Cass. Civ. 3ème, 3 mai 1968, Bull. Civ. III, n°184; Cass. Civ. 3ème, 8 juillet 1971, Bull. Civ. III, n°442; voir aussi la chronique de Mme Viney sur l'interprétation des contrats d'assurance dans laquelle, l'auteur montre que l'interprétation de ce genre de contrats ne se fait pas systématiquement en faveur de l'assuré.

« *divinatoire* »¹⁷⁸⁹ pour accentuer le fait qu'ici, il n'était même plus question de parler de volonté tacite des parties¹⁷⁹⁰. D'autres auteurs parlent de « *forçage* », de « *réfection* » ou de « *renforcement* » du contrat¹⁷⁹¹. Toutes les créations judiciaires d'obligations à la charge de l'une des parties n'ont pas pour origine la nécessité de protéger la partie contractante économiquement faible. L'obligation de sécurité dans le contrat de transport¹⁷⁹² ou dans divers autres contrats¹⁷⁹³ est tout autant, sinon davantage, fondée sur le principe du respect de l'intégrité physique de la personne humaine et sur le souci d'assurer une indemnisation à la victime¹⁷⁹⁴. En revanche, il est possible de rattacher l'obligation d'information, qui englobe les notions d'obligation de renseignement, de mise en garde et de conseil¹⁷⁹⁵, au phénomène du déséquilibre de puissance économique entre contractants¹⁷⁹⁶. Nous centrerons donc notre critique de la notion « *d'interprétation-création* » des contrats sur l'exemple fourni par l'obligation d'information.. En tout état de cause, le mouvement jurisprudentiel qui a pour objet la création d'obligations et, par conséquent, la modification du contenu de certains contrats, ne peut en aucun cas se fonder sur la notion d'interprétation des conventions, même dans la forme objective que croit pouvoir lui conférer une partie de la doctrine. Après avoir critiqué cette notion d'interprétation objective, il sera possible de montrer, qu'en réalité, elle se fonde sur d'autres concepts qu'il convient d'éclaircir.

a - Critique de la notion d'interprétation objective

391. L'expression d'interprétation objective semble avoir été inaugurée par M. Dupichot¹⁷⁹⁷ et reprise par M. Ghestin¹⁷⁹⁸. Elle s'oppose à l'interprétation subjective en ce qu'elle est, par définition, extérieure à la volonté des parties. M. Ghestin explique l'évolution de la notion d'interprétation des contrats du subjectif vers l'objectif, par le recul des principes de l'autonomie de la volonté et du volontarisme. Si la force obligatoire ne trouve pas son fondement dans la volonté des parties, mais dans le droit objectif¹⁷⁹⁹, alors l'interprétation peut se libérer du carcan de la « *commune volonté des parties* » imposé par l'article 1156 du Code civil pour aller, elle aussi, du côté de l'objectivité et de « *l'utilité sociale* ». Ce passage permettrait, toujours selon M. Ghestin, d'expliquer plus logiquement le pouvoir que le juge s'arroge pour imposer certaines obligations que les parties n'avaient

¹⁷⁸⁹ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°407.

¹⁷⁹⁰ J. Lopez Santa Maria, thèse précitée, p.67 : « *J'avoue que je n'arrive pas à comprendre comment, si la volonté des parties n'est pas décelable, on puisse expliquer l'emploi des usages au moyen de la volonté, même tacite* ».

¹⁷⁹¹ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°632; J. Carbonnier, *Les obligations*, n°146; J. Ghestin, op. cit., n°44 et suiv.

¹⁷⁹² Cass. Civ., 21 novembre 1911, D.P., 1913, 1, 249, note Sarrut.

¹⁷⁹³ Exploitant d'un manège : Cass. Civ. 1ère, 18 février 1986, Bull. Civ., I, n°32; d'un toboggan : Cass. Civ. 1ère, 28 octobre 1991, Bull. Civ. I, n°289; contrat de vente : Cass. Civ. 1ère, 11 juin 1991, Bull. Civ. I, n°201.

¹⁷⁹⁴ Il est vrai que le fait que le responsable du dommage soit un professionnel couvert par un contrat d'assurance responsabilité a sans doute influencé la jurisprudence. Pour plus de développements, cf. infra n°756 et suiv.

¹⁷⁹⁵ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, thèse L.G.D.J., 1992, n°8 et suiv.

¹⁷⁹⁶ Cf. infra n°760 et suiv.

¹⁷⁹⁷ Article précité.

¹⁷⁹⁸ Op. cit., n°9 et n°39 et suiv.

¹⁷⁹⁹ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°9; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°224.

pas envisagées. Il y aurait donc lieu de faire une distinction entre l'interprétation subjective, qui n'aurait qu'une fonction déclarative¹⁸⁰⁰, et l'interprétation objective, qui aurait une fonction constitutive et même normative¹⁸⁰¹.

Certains auteurs partagent, dans les grandes lignes cette analyse. Ainsi M. Lopez Santa Maria estime que l'on « *peut, lorsqu'il est nécessaire, ne pas rechercher les intentions des parties mais se demander ce qui est socialement le plus utile ou ce que la justice indique comme devant être les conséquences de l'acte* »¹⁸⁰². M. Placot, pour sa part, a mis en avant l'ambivalence de la démarche interprétative : d'une part, retrouver le sens préexistant d'une stipulation contractuelle dont la formule est défectueuse, d'autre part, élaborer une solution juridique appropriée compte tenu des besoins et des intérêts à satisfaire, en corrigeant ou en imposant des obligations¹⁸⁰³. D'autres auteurs sont plus sceptiques quant à cette distinction. Ainsi, MM. Roland et Boyer se contentent d'exposer la thèse objective de l'interprétation des conventions en rappelant qu'« *il est bien difficile de dire qu'elle est, en fait, la doctrine suivie par les tribunaux* »¹⁸⁰⁴. MM. Terré, Simler et Lequette, quant à eux, distinguent entre l'interprétation explicative et l'interprétation créatrice, mais en considérant que la seconde n'est que supplétive par rapport à la première et ne peut donc être utilisée qu'en l'absence de volonté clairement exprimée par les parties¹⁸⁰⁵. Enfin, une partie de la doctrine reste hermétique à la notion de l'interprétation objective, sans toutefois prendre la peine d'en démontrer le mal fondé¹⁸⁰⁶.

392. Les termes « *d'interprétation objective* » sont antinomiques, et l'antinomie sémantique se retrouve sur le plan des concepts. C'est un non sens de dire que « *la volonté n'étant plus l'âme du contrat, elle ne peut plus être la mesure de son interprétation* »¹⁸⁰⁷. La prémisse est juste, dans la mesure où il n'est pas question de consacrer l'omnipotence et l'absolutisme du principe de l'autonomie de la volonté¹⁸⁰⁸. C'est en ce sens qu'il est exact d'affirmer que la volonté n'est plus l'âme du contrat, quoique le recours à cette notion métaphysique est maladroit, car si sans âme il n'y a pas de vie, sans volonté il n'y a pas de contrat¹⁸⁰⁹. Mais la conséquence tirée de cette prémisse est inexacte. L'interprétation ne peut avoir pour mesure que la volonté des parties, même si des directives et des présomptions peuvent guider l'interprète. D'ailleurs, le terme interprétation vient du latin classique *interpretatio*, qui signifie « *explication* », « *traduction* »¹⁸¹⁰. Or, on ne peut expliquer ou traduire qu'une volonté, qu'une pensée humaine. L'évolution de ce mot a donné au moyen-âge le sens de « *donner une signification* », d'abord à un songe, puis à des actes, des paroles¹⁸¹¹. Certes, il serait possible d'objecter qu'un songe ne dépend pas de la volonté humaine. Il en est de même pour l'interprétation d'un événement, d'un signe

¹⁸⁰⁰ Découvrir la volonté commune des parties derrière l'ambiguïté ou l'obscurité de certaines clauses.

¹⁸⁰¹ Découvrir et imposer des obligations aux parties, en dehors de leur volonté, dans un but d'utilité sociale et de justice contractuelle.

¹⁸⁰² Thèse précitée, p.2.

¹⁸⁰³ Thèse précitée, citée par M. Ghestin à l'appui de son argumentation.

¹⁸⁰⁴ Op. cit., n°167.

¹⁸⁰⁵ Op. cit., n°424 et suiv.

¹⁸⁰⁶ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°345; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°630; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°430 et suiv.; mais ces auteurs utilisent plus volontiers le concept d'équité prévu à l'article 1135 du Code civil.

¹⁸⁰⁷ J. Lopez Santa Maria, op. cit., p.111.

¹⁸⁰⁸ Cf. supra n°195 et suiv.

¹⁸⁰⁹ Il vaudrait mieux dire que la volonté n'est pas le seul élément déterminant du contrat.

¹⁸¹⁰ *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Petit Robert.

¹⁸¹¹ Op. cit.

naturel. Mais derrière le signe, qu'il soit songe ou événement naturel, c'est la volonté du destin ou d'une divinité qu'il s'agit d'interpréter. Dans l'antiquité grecque et romaine, l'oracle désignait à la fois la réponse du dieu consulté et le lieu ou la divinité donnait ses réponses¹⁸¹². Ainsi, lorsque l'on parle d'interprétation d'un événement ou d'un fait¹⁸¹³, c'est soit par panthéisme, soit par métonymie. Il en est de même dans l'expression « *interprétation de texte* ». En toute rigueur, il s'agit de l'interprétation de la pensée de l'auteur du texte. Il est vrai que le langage moderne a rendu fréquent l'usage du mot interprète pour désigner celui qui traduit. Mais il ne faut pas oublier que pour qu'il y ait un interprète, encore faut-il qu'il y ait un « *interprété* ». L'interprétation est toujours médiate, et doit s'effectuer au travers d'un texte, d'un acte ou d'une parole, mais il ne faut pas confondre l'objet de l'interprétation, c'est-à-dire la pensée ou la volonté de « *l'interprété* », et le médium véhiculant cette pensée ou cette volonté. Il semble donc très artificiel de parler d'interprétation objective et de croire à la possibilité de déconnecter l'interprétation des conventions de la volonté des parties.

393. Il est possible d'expliquer ce glissement du raisonnement par une analogie avec l'interprétation des textes de loi. A Rome, le juriste était l'interprète de la loi. Mais ce terme avait, à l'époque, un autre sens : celui d'intermédiaire¹⁸¹⁴. « *Les jurisconsultes présidaient à tous les moments de l'oeuvre du droit* »¹⁸¹⁵, c'est-à-dire qu'ils créaient les règles générales et qu'ils conseillaient les juges au stade du procès¹⁸¹⁶. Le juriste était donc l'intermédiaire entre, d'une part la norme abstraite et générale et, d'autre part le pouvoir judiciaire, occupé à traiter des litiges concrets et spéciaux; entre « *l'affaire litigieuse et sa solution* »¹⁸¹⁷. Il est évident que, dans le cadre de la fonction d'intermédiaire et de consultant du juge, le juriste était amené à donner des interprétations des lois. Mais, compte tenu de son double rôle de créateur et d'interprète, son pouvoir d'interprétation pouvait aller au-delà des lois. C'est en ce sens que l'on a pu parler « *d'interprétation créative* »¹⁸¹⁸. Comme le juriste hier, le juge, aujourd'hui, ne se contente plus d'interpréter la loi, il la complète en cas de lacune et la contredit en cas d'injustice. C'est ainsi qu'une jurisprudence *praeter legem* ou *contra legem* peut voir le jour au sein même de la Cour de cassation¹⁸¹⁹. Mais, on dépasse alors le cadre de l'interprétation¹⁸²⁰ pour entrer dans celui de l'office du juge, qui a pour mission de trancher les litiges¹⁸²¹. Le pouvoir de création du juge ne se rattache donc pas à sa fonction d'interprétation, mais à sa fonction de *jurisdictio*. Il serait, en effet, artificiel de rattacher au pouvoir d'interprétation du juge une jurisprudence *contra legem*. D'ailleurs, les

¹⁸¹² Op. cit.

¹⁸¹³ Exemple : le vol des oiseaux ou les entrailles d'animaux.

¹⁸¹⁴ Du latin *interpres*, *-etis*, signifiant intermédiaire, agent d'affaire, courtier; « *le mot est probablement un ancien terme juridique composé de inter et d'un élément -pres, qui représente peut-être une forme nominale d'un verbe disparu, signifiant « acheter » ou « vendre » et qui serait apparenté à pretium, le prix* », *Dict. Hist. Lang. Franç.*, Le Petit Robert.

¹⁸¹⁵ M. Villey, *Philosophie du droit*, II, *Les moyens du droit*, n°242, p.221.

¹⁸¹⁶ Au Bas-Empire, une loi de 426 avait donné force de loi aux écrits des cinq jurisconsultes : Papinien, Paul, Gaius, Ulpian et Modestin, Cf. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°574.

¹⁸¹⁷ Op. cit.

¹⁸¹⁸ M. Villey, op. cit., n°220, pour une critique sans concession du positivisme légaliste.

¹⁸¹⁹ J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°469 et suiv.; F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°232; M. Villey, op. cit., n°220.

¹⁸²⁰ Au sens de « *donner une signification* ».

¹⁸²¹ P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, in *Mélanges Couzinet*, 1974, p.39 et suiv.; J. Maury, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in *Mélanges Ripert* 1950, t.1, p.43; B. Oppetit, *Le rôle créateur de la Cour de cassation*, in *Bicentenaire de la Cour de cassation*, 28, 30 novembre 1990, éd. 1991, p.158 et suiv.

jurisconsultes ne fondaient pas leur pouvoir créateur sur l'interprétation, mais sur l'*aequitas*¹⁸²². A l'évidence, ce n'est plus d'interprétation dont il s'agit lorsqu'un intermédiaire donne au texte un sens contraire à celui que lui avait son auteur.

Le problème est que la doctrine prônant l'utilisation de « *l'interprétation objective* » a transposé, par analogie, cette confusion relative à « *l'interprétation* » de la loi, dans le domaine de l'interprétation des contrats. Puisque le juge peut « *interpréter* » la loi sans se référer à l'intention du législateur, il peut donc aussi interpréter le contrat, qui n'est pas autre chose que la loi des parties, sans recourir à la recherche de leur commune volonté. Mais c'est là que le bât blesse. En premier lieu, l'ensemble de la doctrine s'accorde à penser que l'interprétation de la loi et celle des contrats présentent une différence profonde de nature¹⁸²³. Notamment, en matière contractuelle, « *les contractants ne sont pas sujets d'une règle extérieure : ils s'assujettissent eux-mêmes à une norme qu'ils ont créée volontairement* »¹⁸²⁴. Il n'est donc pas admissible, sur le plan philosophique, de faire fi de leur volonté pour interpréter le sens qu'ils ont voulu donner à leurs stipulations. Cela ne signifie pas que le juge doit rester cantonner dans un rôle passif, tel un fonctionnaire du contrat, pourrait-on dire en paraphrasant Michel Villey¹⁸²⁵. Il n'est pas dépourvu de tout pouvoir créateur¹⁸²⁶, mais ce pouvoir doit trouver son fondement autre part que dans la notion d'interprétation, sous peine de l'altérer en la déconnectant de la volonté humaine.

394. Mais quittons le terrain des principes et des concepts généraux pour entrer dans celui de la technique. Que penser de l'objection selon laquelle, dans certains contrats et notamment les contrats d'adhésion, il n'existe pas de volonté commune?¹⁸²⁷ Peut-on en tirer la conclusion que le juge serait, alors, dépourvu de tout pouvoir d'interprétation des stipulations contractuelles. Répondre affirmativement à cette question démontrerait par l'absurde l'utilité, à défaut de la pertinence, de la notion d'interprétation objective. C'est ce que paraît admettre M. Calais-Auloy lorsqu'il écrit qu' « *il s'agit d'une rupture avec l'interprétation classique du Code civil : des clauses sont supprimées, d'autres sont ajoutées, sans aucune référence à la volonté commune des contractants* »¹⁸²⁸. M. Calais-Auloy a effectivement raison de faire remarquer l'absence de lien entre la suppression et l'ajout de clauses d'une part, et la commune volonté des parties d'autre part. Mais il s'agit moins d'une rupture avec la méthode d'interprétation classique, que d'une rupture pure et simple avec la notion d'interprétation. Nous aurons l'occasion d'analyser les fondements réels sur lesquels le juge peut s'appuyer pour modifier le contenu des contrats. Cependant, d'ores et déjà, on peut admettre que la notion d'interprétation n'est pas susceptible de fournir une explication correcte du pouvoir créateur du juge, pouvoir qui peut aller jusqu'à la suppression de clauses ou l'ajout d'obligations. Ceci étant précisé, il ne faut pas en conclure que le juge est dépourvu de tout pouvoir d'interprétation dans les contrats d'adhésion.

¹⁸²² Cf. J. Ellul, op. cit., t.1-2, p.475 et 476.

¹⁸²³ L. Carbonnier, *Les obligations*, n°142; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°6; F. Terré, P. Simler, et Y. Lequette, op. cit., n°421.

¹⁸²⁴ G. Marty, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, in Trav. Ass. H. Capitant, t.V, 1949, p.84.

¹⁸²⁵ M. Villey, op. cit., p.219.

¹⁸²⁶ Cf. infra n°751 et suiv.

¹⁸²⁷ Saleilles, op. cit.; G. Dereux, op. cit.; et F.X. Testu, op. cit.

¹⁸²⁸ J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., 1994, 249.

En réalité, la doctrine a mal posé le problème lorsqu'elle est partie du postulat que la commune volonté des parties n'existait pas dans les contrats d'adhésion. En effet, ce n'est pas parce que dans ce genre de contrat une des parties est suffisamment puissante pour dicter sa volonté à l'autre qu'il n'existe pas, au moment de la formation de la convention, une volonté commune. Il faut se garder de confondre volonté commune et volonté spontanée¹⁸²⁹. Certes, on ne peut pas dire que la partie économiquement faible a émis une volonté spontanée en adhérant aux stipulations qui lui étaient imposées. Mais une fois l'offre acceptée, elle a, bon gré mal gré, consenti à se lier contractuellement, si bien qu'au moment de la formation, une volonté commune est présente; que cette volonté commune soit la résultante d'une contrainte exercée par la partie économiquement puissante importe peu en ce qui concerne l'interprétation de la convention. Il faut préciser que lorsque l'on parle de contrainte, il ne s'agit pas d'une violence morale, au sens de l'article 1112 du code civil, mais d'une contrainte économique sans influence sur l'intégrité du consentement.

Ce phénomène n'est pas l'apanage des contrats conclus entre personnes de puissance économique inégale, il se retrouve dans la plupart des contrats, négociés ou non. Ainsi, dans une négociation, les parties sont amenées à se faire des concessions réciproques, à céder chacune une partie de terrain de telle sorte qu'au moment de la conclusion définitive du contrat, les stipulations convenues ne seront pas le résultat de la rencontre de leurs volontés initiales. Il serait naïf de croire que la volonté commune se définit comme la rencontre de deux volontés spontanées¹⁸³⁰. Le plus souvent, la négociation contraindra les parties à accepter des clauses qu'elles refusaient au départ. Or, nul ne conteste que, dans ce cas, il existe une volonté commune; la négociation participant évidemment à la recherche de l'équilibre contractuel. Revenons un instant aux contrats d'adhésion pour montrer que la situation est identique. Si la partie économiquement faible a finalement adhéré au contrat qui lui était proposé, elle est censée en avoir accepté les clauses. A défaut il y aurait inexistance du consentement et donc absence d'obligation contractuelle¹⁸³¹, sans avoir besoin de recourir à la notion d'interprétation;

395. Si d'aventure, le contrat d'adhésion comprenait une clause obscure ou ambiguë, rien n'empêche alors de faire application de l'article 1162 du Code civil, tel qu'interprété par M. Carbonnier¹⁸³²; la clause litigieuse serait donc, en cas de doute, interprétée dans le sens le plus favorable au contractant économiquement faible, qui a subi la volonté de son partenaire. Or, les dispositions de cet article permettent d'expliquer, par le biais de l'interprétation dite subjective, les décisions que M. Ghestin cite comme des exemples d'interprétation objective. Ainsi en est-il pour l'arrêt approuvant une Cour d'appel d'avoir estimé qu' « à l'entrée clandestine, qui s'entend de toute entrée réalisée à l'insu de l'assuré et dans un but illicite, doit s'assimiler toute manoeuvre crédible de nature à tromper l'assuré sur l'identité et les intentions véritables de celui auquel il ouvre ouvertement sa porte »¹⁸³³. En l'espèce, un individu se disant réparateur de téléphone avait

¹⁸²⁹ Voir, en ce sens, le récent article de M.A. Frison-Roche, qui propose une distinction similaire entre la volonté et le consentement, R.T.D. Civ., 1995, 573.

¹⁸³⁰ Au sens latin du terme *sponte* : de son plein gré.

¹⁸³¹ En ce sens, Cass. Civ. 1ère, 3 mai 1979, Bull. Civ., I, n°128 : « les juges du fond constatent que la clause de l'article 8 des conditions générales de vente se trouvait au milieu de nombreuses autres dispositions figurant au dos du bon de commande signé au recto seulement par l'acheteur, qui, en signant ce bon, et faute de référence précise, n'avait certainement pas remarqué qu'il portait au verso diverses dispositions; qu'ils ont pu en déduire que l'acheteur n'avait pas donné son accord à ses dispositions et que celles-ci ne lui étaient pas opposables ».

¹⁸³² Cf. supra n°386.

¹⁸³³ Cass. Civ. 1ère, 20 mars 1989, Bull. Civ. I, n°124.

profité de cette fausse qualité pour s'introduire au domicile d'une dame et lui voler ses bijoux. L'assurance prétendait s'exonérer de son obligation d'indemnisation en arguant que la police ne couvrait les risques de vol qu'en cas « *d'introduction clandestine* ». Contrairement à M. Ghestin, nous ne voyons là qu'une interprétation subjective de la volonté des parties. Il semble probable que les parties avaient voulu, lors de la formation du contrat, couvrir tous les risques de vol par entrée clandestine. Si l'assureur avait voulu limiter sa garantie au vol avec effraction, nul doute qu'il l'aurait expressément stipulé. En toute hypothèse, l'interprétation de la notion « *d'introduction clandestine* », qui est assez vague, s'est faite en faveur de la partie la plus faible sur le plan économique, à savoir, l'assuré. Qui plus est elle paraît conforme à la commune volonté des parties, puisque le contrat d'assurance avait pour objet de couvrir les risques de vol dont l'assuré n'était pas responsable. Or, l'assuré a bel et bien été trompé par le voleur et c'est sur un consentement vicié par cette tromperie qu'elle l'a laissé pénétrer dans les lieux.

En outre, un arrêt du 10 décembre 1985¹⁸³⁴, cité par M. Ghestin ne paraît pas non plus être un exemple d'application de la notion d'interprétation objective. En effet, si en l'espèce la Cour de cassation n'a pas tenu compte d'une clause claire et précise d'un contrat d'assurance, ce n'est pas sous couvert de son interprétation, mais d'avantage en raison du caractère d'ordre public de l'adage *Infans conceptus*, qui touche à la notion d'être humain et à l'état des personnes. D'ailleurs, la cassation n'est pas prononcée pour dénaturer mais pour violation de la règle de droit, ce qui laisse à penser que le problème ne se posait pas en termes d'interprétation de la convention. A l'évidence, la clause litigieuse ne souffrait aucune interprétation puisqu'elle ne visait que les enfants vivant au foyer au jour du décès. On pourrait expliquer encore différemment cette décision en partant du principe que si l'enfant simplement conçu est considéré comme né lorsqu'il y va de son intérêt, alors l'enfant en question est censé fictivement « *vivre au foyer* » même s'il n'est pas né. Sous cet angle, il existe bien une obscurité sur la véritable portée de la clause de garantie. Mais cette clause devant s'interpréter en faveur de la partie la plus faible, alors la cassation se justifiait¹⁸³⁵. Ainsi, l'un des deux aspects de l'interprétation objective¹⁸³⁶, telle que prônée par M. Ghestin, relève, en réalité, de l'interprétation classique qui se réfère à la commune volonté des parties, ou en cas de doute prend partie pour le contractant qui a subi la loi de son partenaire. Reste le second aspect, « *le renforcement du contenu du contrat* »¹⁸³⁷. Nous allons voir qu'en fait, d'autres fondements que l'interprétation justifient ce renforcement judiciaire.

b - Le renforcement judiciaire du contenu du contrat et le rattachement artificiel de certains concepts à la notion d'interprétation.

396 . M. Ghestin rattache à la notion « *d'interprétation objective* » l'article 1135 du Code civil, qui dispose que « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est*

¹⁸³⁴ Cass. Civ. 1ère, Bull. Civ. I, n°339.

¹⁸³⁵ Il faut rappeler que la première chambre civile impose de tenir compte de l'article 1602 du Code civil, sous peine de Cassation et que logiquement, on ne comprendrait pas pourquoi il n'en serait pas de même pour l'article 1162. Cass. Civ. 1ère, 13 octobre 1993, Bull. Civ. I, n°287, J.C.P., 1994, I, 3757, p.196 - 197, obs. M. Billiau.

¹⁸³⁶ La précision du contenu du contrat.

¹⁸³⁷ J. Ghestin, op. cit., n°44 et suiv.

exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Il est vrai que cet article sert fréquemment de fondement au juge lorsqu'il procède à la réfaction d'un contrat en mettant à la charge d'une partie une obligation qui n'était pas prévue au moment de la formation de celui-ci. Mais il est douteux que cet article ressortisse au domaine de l'interprétation, fut-elle objective. Il faut rappeler qu'il ne se situe pas au sein de la section V, du chapitre III, consacré aux effets des obligations, intitulée *De l'interprétation des conventions*. Certes, il s'insère dans la section première relative aux *dispositions générales*, ce qui pourrait justifier une application à tout le chapitre, mais la rédaction même du texte ne s'y prête pas. L'article 1135 vise, en effet, à déterminer le contenu des obligations et non à en interpréter la portée. Or, si l'interprétation sert à préciser le contenu d'un contrat, elle ne permet pas de le compléter¹⁸³⁸, et encore moins de le modifier en créant de nouvelles obligations. En réalité, ce qui a incité la Cour de cassation à faire usage de l'article 1135 du Code civil, c'est le renvoi à l'équité qu'il opère.

MM. Malaurie et Aynès ont mis en relief la différence de nature existant entre l'interprétation et l'équité. Ces auteurs, tout en constatant que l'interprétation est souvent pour le juge un procédé de « forçage » des contrats, regrettent que celui-ci ne soit pas plutôt fondé sur l'article 1135 du Code civil¹⁸³⁹. Plus précisément, Mme Fabre-Magnan a montré que l'article 1135 du Code civil servait fréquemment de fondement au juge pour imposer à un contractant une obligation d'information qui n'était pas stipulée dans le contrat¹⁸⁴⁰. Or l'auteur ne fait aucunement référence à la notion d'interprétation. Au contraire, elle se félicite que la jurisprudence ne recourt plus à une prétendue volonté implicite des parties pour justifier la création d'une obligation d'information¹⁸⁴¹. Dans le même sens, M. Carbonnier ne fait aucune référence à l'article 1135 du Code civil lorsqu'il traite de l'interprétation des contrats¹⁸⁴². L'auteur reconnaît que l'interprétation des conventions a ses limites, et qu'elle ne peut expliquer le pouvoir de réfaction qu'exerce le juge dans un souci d'équité¹⁸⁴³. Force est d'approuver cette opinion, car c'est bien l'idée d'équité, de justice contractuelle, qui pousse le juge à créer de toute pièce des obligations à la charge du contractant économiquement puissant.

397. Ce fondement, beaucoup plus direct et exact, a le mérite de ne pas enfermer l'analyse dans la distinction entre l'interprétation subjective et l'interprétation objective; car cette distinction est loin d'être claire et, en l'absence de lien de subsidiarité entre elles, il est difficile de savoir laquelle des deux doit être utilisée par le juge dans tel ou tel cas. M. Ghestin tente de donner un critère d'application : « lorsque la Cour de cassation censure une décision qui s'est référée à la méthode objective au lieu de s'être inspirée de la méthode subjective -l'inverse étant également concevable- c'est parce que le juge du fait a appliqué à l'objet de l'interprétation la méthode qui ne correspondait pas. Autrement dit,

¹⁸³⁸ **Contra** : Y. Placot, thèse précitée, n°301 et suiv., qui parle « d'interprétation complétive ».

¹⁸³⁹ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°632.

¹⁸⁴⁰ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Thèse L.G.D.J., 1992, n°445 et suiv.

¹⁸⁴¹ Op. cit., n°450 : « les tribunaux rattachent effectivement l'obligation d'information aux effets que la loi ajoute au contrat (article 1135) et non plus à une prétendue volonté implicite des contractants ». Rattacher la création judiciaire de l'obligation d'information au pouvoir d'interprétation du juge présente, en outre, l'inconvénient de permettre, pour l'avenir, à la partie qui en est débitrice de s'exonérer par l'insertion d'une clause limitant soit l'étendue de cette obligation soit la responsabilité contractuelle qui en découle. Or Mme Fabre-Magnan estime à juste titre que de telles clauses sont la plupart du temps illicites; cf. op. cit., n°562 et suiv.

¹⁸⁴² Op. cit., n°142; M. Carbonnier étudie l'article 1135 dans l'analyse de la structure du contrat.

¹⁸⁴³ Op. cit., n°146 et 27.

pour rechercher la révélation du contenu du contrat, il a utilisé une directive objective alors que seule une directive subjective pouvait le conduire au résultat souhaité; ou inversement, pour déterminer le contenu du contrat il a eu recours à une directive subjective alors qu'une directive objective s'imposait »¹⁸⁴⁴. Mais ces remarques n'expliquent pas grand chose. Elles n'expliquent ni le critère qui détermine l'application de l'une ou l'autre méthode, ni pourquoi la Cour de cassation tantôt reproche aux juges du fond de ne pas s'être référés à la commune volonté des parties, tantôt les approuvent d'avoir « *découvert* » une obligation non prévue à l'origine.

Or sur ce point, le recours direct à l'équité n'est d'aucun secours. D'abord, les juges du fond ne peuvent pas fonder explicitement leur décision sur la notion d'équité pour modifier le contenu du contrat¹⁸⁴⁵. Ensuite si MM. Ghestin et Goubeaux voient dans l'équité une valeur dont le juriste doit tenir compte, ils estiment qu'il s'agit d'une notion morale qui ne peut être source de droit¹⁸⁴⁶. Il en est de même pour les idées de justice et d'utilité. Si ces notions doivent servir de guide pour le juge, elles ne peuvent servir de fondement juridique à son pouvoir créateur. Enfin, la notion d'équité, à laquelle fait référence l'article 1135 du Code civil, ne permet pas de comprendre pourquoi l'interprétation objective n'est applicable que dans l'hypothèse de la création judiciaire d'une obligation, alors qu'elle est exclue lorsqu'il s'agit de soustraire l'un des contractants à l'accomplissement d'un engagement clair et précis¹⁸⁴⁷. En effet, la notion d'équité doit avoir une portée générale et devrait permettre, si elle était le fondement du pouvoir créateur du juge, l'éradication de clauses lésionnaires qui ont été imposées par un abus de puissance économique. Il devrait en être de même pour les idées de justice et d'utilité.

398. En réalité, le pouvoir créateur du juge fait partie d'un ensemble beaucoup plus vaste qui lui est accordé dans le domaine de la lésion. En cas de lésion, le juge a le pouvoir de rescinder ou de réviser la convention¹⁸⁴⁸. Or c'est bien de cela qu'il s'agit sous couvert de « *l'interprétation objective* » ou « *constitutive* ». Force est, en effet, de reconnaître que le juge a tendance à créer une obligation non prévue par les parties, lorsque l'économie du contrat lui paraît déséquilibrée et que ce déséquilibre s'explique par un abus de puissance économique de la partie dominante. Il en est ainsi pour l'obligation d'information mise à la charge du professionnel. En cette qualité, le professionnel détient l'information, ou à tout le moins, la possibilité de s'informer facilement sur le bien ou la prestation qu'il fournit. S'il ne transmet pas une information déterminante au consommateur, le contrat n'aura plus aucune utilité pour celui-ci. Les prestations seront alors déséquilibrées, à son détriment, puisqu'il aura versé une somme d'argent sans véritable contrepartie. Ainsi, en mettant à la charge du professionnel une obligation d'information, le juge procède au rééquilibrage d'un contrat lésionnaire. Evidemment sa démarche est commandée par un souci de justice et d'utilité, et plus largement d'équité, mais le fondement juridique devrait être la lésion, plutôt que l'interprétation. La meilleure preuve est que l'obligation d'information n'est mise qu'à la charge du contractant qui bénéficie de la puissance informationnelle la plus importante. On ne saurait imaginer qu'une obligation d'information aussi rigoureuse puisse être imputée au consommateur à l'égard d'un professionnel!

¹⁸⁴⁴ J. Ghestin, op. cit., n°50.

¹⁸⁴⁵ Cass. Civ., 6 juin 1921, D.P., 1921, 1, 73, rapport A. Colin : « *Lorsque les conventions sont claires et précises, aucune considération d'équité n'autorise le juge à modifier, sous prétexte de les interpréter, les stipulations, qu'elles renferment* ».

¹⁸⁴⁶ J. Ghestin et G. Goubeaux, op; cit., n°239.

¹⁸⁴⁷ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°50, citant Cass. Civ., 2 décembre 1947, G.P., 1948, 1, 36.

¹⁸⁴⁸ Cf. infra n°337 et suiv.

Cette inégalité de traitement ne trouve aucune explication rationnelle dans la notion d'interprétation des conventions, et ce même si l'on qualifie le professionnel de mauvaise foi. En effet, les juges ont une tendance prononcée, approuvés en cela par une partie de la doctrine, à considérer que la notion de bonne foi est incompatible avec celle de professionnel, et plus largement d'économiquement puissant. La bonne foi vient alors au secours du consommateur en particulier et de l'économiquement faible en général. Elle pallie les lacunes congénitales affectant le mécanisme d'interprétation lorsque celui-ci est utilisé pour élaborer un système de rééquilibrage des contrats et de protection des contractants en situation d'infériorité économique¹⁸⁴⁹. Mais la bonne foi se révèle, elle aussi, inefficace et inapte à atteindre un tel objectif.

C - L'ALTERATION DE LA NOTION DE BONNE FOI

399. En droit français la notion de bonne foi a fait l'objet d'un réveil jurisprudentiel tardif. Jusqu'à une époque récente, elle n'était que très rarement visée par les décisions de justice et notamment les arrêts de la Cour de cassation. La doctrine lui a pourtant consacré quelques ouvrages¹⁸⁵⁰, sans toutefois parvenir à lui donner la généralité que certains semblaient souhaiter¹⁸⁵¹. A l'origine, l'article 1134 al.3 du Code civil a été édicté pour consacrer, sans équivoque, la suppression de la distinction romaine entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi¹⁸⁵². L'énonciation du principe selon lequel les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* » signifierait donc que désormais, tous les contractants doivent respecter le principe de bonne foi et se montrer loyaux et honnêtes les uns à l'égard des autres. Mais très vite l'analyse doctrinale est allée au delà de cette contingence historique pour faire de l'article 1134 al.3 du Code civil un critère d'interprétation des conventions par rapport à leur exécution. « *Les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties, et au but en vue duquel elles ont été formées* » écrivaient Aubry et Rau¹⁸⁵³. Certains auteurs ont dénoncé avec raison, l'assimilation faite entre la bonne foi et l'interprétation des conventions¹⁸⁵⁴. L'article 1134 al.3 ne déclare pas que « *les conventions doivent être interprétées de bonne foi* », mais « *exécutées de bonne foi* »¹⁸⁵⁵. La dénonciation de cette confusion a permis à cet article d'acquérir une autonomie par rapport aux directives

¹⁸⁴⁹ Y. Loussouarn, rapport de synthèse des travaux de l'Ass. H. Capitant consacrés à la bonne foi, t.XLIII, 1992, journées Louisianaises, Litec, p.7 et suiv., et not. p.17.

¹⁸⁵⁰ F. Gorphe, *Le principe de bonne foi*, thèse Paris, 1928; A. Breton, *Des effets civils de la bonne foi*, Rev. Crit. Leg. et jurisp., 1926, 86; R. Vouin, *La bonne foi, Notion et rôle actuel en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1939. A. Volansky, *Essai d'une définition expressive du droit basé sur l'idée de bonne foi*, thèse Paris, 1929; G. Lyon-Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, R.T.D. Civ., 1946, 75.

¹⁸⁵¹ R. Demogue, *Traité des obligations*, t.VI, 1932, p.8 à 44; estimant que « *de nouveaux rameaux* » sortiraient de la notion de bonne foi.

¹⁸⁵² Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t.VIII, 2ème éd., 1936, n°307; Marty et Raynaud, *Les obligations*, t.1, *Les sources*, 2ème éd., 1988; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°730-2.

¹⁸⁵³ Aubry et Rau, *Droit civil français*, t.IV, 6ème éd., par Bartin, 1942, n°346; Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.1, 1906, 3ème éd., n°343.

¹⁸⁵⁴ R. Vouin, op. cit., n°307.

¹⁸⁵⁵ A. Rieg, op. cit., n°86, l'article 1134 al.3 n'est pas contenu dans la section consacrée à l'interprétation des conventions.

d'interprétation contenues dans les articles 1156 et suivants du Code civil, ces derniers ne pouvant alors qu'être « *une paraphrase prolixe et médiocrement heureuse* »¹⁸⁵⁶.

400. Si l'autonomie de l'article 1134 al.3 du Code civil, par rapport aux règles d'interprétation, ne fait pas de doute, l'assimilation momentanée de ces deux notions a contribué à l'expansion de la notion de bonne foi en droit positif. En effet, nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence ont une conception créative et dynamique de l'interprétation des conventions. La bonne foi étant considérée comme une directive d'interprétation, elle a été, par contagion, affectée par le rôle actif du juge, qui consiste à « *découvrir* » des obligations non prévues par les parties. Dès lors que la confusion a été clairement dénoncée, l'autonomie de la notion de bonne foi a permis de trouver un nouveau fondement juridique à cette activité judiciaire inventive et dérangeante sur le plan des principes. Une partie de la doctrine a cru pouvoir déjouer les critiques formulées à propos de l'altération de la notion d'interprétation en proposant la bonne foi comme fondement des obligations d'information, de loyauté, de collaboration ou encore de sécurité.

Il est vrai que le droit comparé incitait fortement à une telle extension de la notion de bonne foi. Par exemple, outre la fonction interprétative, la doctrine belge distingue les fonctions complétives, restrictives et modificatives¹⁸⁵⁷. Dans le même sens, les droits québécois, néerlandais, suisse et allemand confèrent une place considérable à la notion de bonne foi¹⁸⁵⁸, tant dans le cadre de l'exécution du contrat qu'au moment de sa formation. Dans nombre de ces pays, la bonne foi sert de fondement à la jurisprudence en matière de rupture des pourparlers, d'abus de droit, de vices du consentement, de lésion, d'obligation d'information, de révision pour imprévision. Suivant l'exemple de ces droits étrangers, certains auteurs prônent fermement l'extension du rôle de la notion de bonne foi en droit des obligations¹⁸⁵⁹. Leur influence se fait clairement sentir dans certains arrêts récents de la Cour de cassation¹⁸⁶⁰.

401. Avant d'aborder l'analyse critique de l'extension, il convient de délimiter le domaine naturel de la notion de bonne foi. Il ne s'agit pas d'invoquer l'argument textuel selon lequel l'article 1134 al.3 concerne uniquement l'exécution du contrat et non la formation¹⁸⁶¹. On ne peut que se rallier à l'opinion de M. Mestre qui se demande à quoi

¹⁸⁵⁶ Beudant et Lerebours-Pigeonnière, op. cit., n°307.

¹⁸⁵⁷ J. Perilleux, *Rapport belge*, in *La bonne foi*, Trav. Ass. H Capitant, t.XLIII, 1992, journées Louisianaises, p. 244 et suiv.

¹⁸⁵⁸ Op. cit.

¹⁸⁵⁹ Depuis Demogue : cf. not. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., 1989; *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, J.C.P., 1988, éd. G., I, 3318; *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993, P.U.A.M., p.57 et suiv.; R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats, rôle actuel et perspectives*, thèse Paris, II, 1992; A. Rieg, *Effet obligatoire des conventions*, Juris. Class. Civil, Art. 1134 et 1135, Fasc.11; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°255 et suiv.; voir pour une position plus critique et réservée : J. Carbonnier, op. cit., n°113; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°386; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°622; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°730-2; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1993, 354, *Exigence de bonne foi et fixation du prix*.

¹⁸⁶⁰ Cf. par exemple : Cass. Civ. 1ère, 20 mars 1985, Bull. Civ. I, n°102; Cass. Civ. 1ère, 26 novembre 1991, Bull. Civ. I, n°331; Cass. Com., 31 mars 1992, R.J.D.A., 1992, n°552; R.T.D. Civ., 1992, 760, obs. J. Mestre; Cass. Com., 3 novembre 1992, Bull. Civ. IV, n°338; R.T.D. Civ., 1993, 124, obs. J. Mestre; J.C.P., 1993, II, 22164, note G. Virassamy.

¹⁸⁶¹ Le projet de Code civil de l'an VII précisait que « *les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi* ». Le terme « *contractées* » a été supprimé dans la version définitive pour des raisons de

servirait « *d'exiger la bonne foi dans l'exécution du contrat si on ne l'impose pas au stade premier, et à bien des égards décisif, de la formation de l'acte? Le contrat forme assurément un corps unique; il est vital que la bonne foi l'irrigue complètement* »¹⁸⁶². Il ne s'agit pas non plus de cantonner la bonne foi dans une fonction d'interprétation des conventions, comme le faisait la doctrine du début du siècle. Il a été amplement démontré qu'une différence de nature existait entre l'article 1134 al.3 d'une part et les articles 1156 et suiv. du Code civil d'autre part¹⁸⁶³.

402 . Ceci étant précisé, la bonne foi a certainement une dimension juridique lorsqu'elle est appréhendée sous son aspect subjectif, intellectuel¹⁸⁶⁴. Ainsi entendue, la bonne foi désigne « *la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière* »¹⁸⁶⁵ et s'applique directement dans la théorie du mandat apparent ou de la possession autorisant la perception des fruits¹⁸⁶⁶. La notion de bonne foi a également une dimension juridique dans son acception objective et morale. Les juges s'en servent alors pour apprécier la loyauté du comportement des parties contractantes¹⁸⁶⁷. Mais cette démarche ne peut s'effectuer que par rapport aux stipulations contractuelles¹⁸⁶⁸. Le juge doit vérifier si les parties ont exécuté le contrat de bonne foi, c'est-à-dire conformément non seulement à la lettre mais aussi, et surtout, à l'esprit de la convention. Il ne faut pas que l'ambiguïté de certains termes du contrat soit utilisée par l'une des parties pour exécuter la convention en sa faveur¹⁸⁶⁹. Vouin a montré que le juge était amené à intervenir deux fois et à deux titres différents dans la vie du contrat : une première au titre des articles 1156 et suiv. du Code civil pour interpréter les clauses obscures ou ambiguës, une seconde sur le fondement de l'article 1134 al.3 pour comparer l'exécution réelle du contrat avec l'interprétation qui en est faite¹⁸⁷⁰. Le rôle de la bonne foi, sur le plan juridique, se limite donc à celui d'un standard permettant une comparaison entre le comportement effectif d'une personne et le comportement normal d'un individu de référence.

403 . Au delà de ces deux hypothèses (croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière et standard juridique), il est abusif de conférer à la notion de bonne foi une force juridique. En effet, l'unanimité de la doctrine s'accorde à reconnaître qu'il s'agit

forme. Peut-être considérait-on à l'époque que la théorie des vices du consentement suffisait pour imposer l'exigence de bonne foi dans la formation du contrat?

¹⁸⁶² J. Mestre, R.T.D. Civ., 1989, 736 et suiv., *L'exigence de bonne foi dans la conclusion du contrat*.

¹⁸⁶³ Cf. supra n°400.

¹⁸⁶⁴ Sur la distinction entre les acceptions subjective et objective de la bonne foi, cf. Y. Loussouarn, *Rapport de synthèse, La bonne foi*, Trav. Ass. H. Capitant, précité, p.11 et suiv.; Distinction expressément consacré en droit suisse : H. Schönle, *Rapport suisse*, op. cit., p.193 et suiv.

¹⁸⁶⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.105.

¹⁸⁶⁶ Art. 549 et 550 du Code civil.

¹⁸⁶⁷ Y. Loussouarn, op. cit., p.12; G. Cornu, op. cit., H. Schönle, op. cit.

¹⁸⁶⁸ Cf. par exemple : Cas. Civ., 2 février 1904, Sirey, 1904, 1, 389, pour un maître de l'ouvrage qui reprochait à l'entrepreneur de s'être écarté des prévisions du devis et qui lui demandait de refaire les travaux, alors que la solidité et la salubrité de l'immeuble étaient sauvegardées et qu'aucun préjudice n'était subi puisque les travaux se sont avérés moins chers que prévu; Lyon, 4 février 1971, G.P., 1971, 1, 363, décidant qu'un imprimeur ne pouvait être contraint d'imprimer des textes manifestement contraires à son intérêt et par suite susceptibles de lui causer un préjudice. Les conventions devant s'exécuter de bonne foi, le client ne pouvait prétendre qu'en vertu du contrat l'imprimeur était tenu d'une telle obligation.

¹⁸⁶⁹ Sauf disposition légale particulière telle que l'ancien article 1268 abrogé par la loi du 9 juillet 1991 ou l'article L. 331-2 du Code de la consommation qui subordonne l'ouverture d'une procédure de surendettement à la bonne foi du débiteur.

¹⁸⁷⁰ R. Vouin, thèse précitée, n° 43 et suiv.

d'une notion floue, comportant de multiples facettes¹⁸⁷¹. Les journées Louisianaises de 1992, organisées par l'association Henri Capitant, n'ont pas permis de dégager une définition homogène et unitaire de cette notion¹⁸⁷². M. Loussouarn, qui était en charge de la rédaction du rapport de synthèse, a constaté que la notion de bonne foi touchait moins au droit lui-même qu'à la psychologie et la morale¹⁸⁷³. La bonne foi est certainement un principe philosophique qui se trouve à l'origine de nombreuses institutions juridiques; mais il ne peut être reconnu comme une institution lui-même. Gorphe avait résumé cette idée en renonçant à donner une définition juridique unique de la bonne foi et en y voyant qu'une directive devant servir de ligne de conduite au juge pour l'application du droit¹⁸⁷⁴. Dans le même sens, Ripert rattachait la notion de bonne foi à l'idée plus générale de morale dans les obligations¹⁸⁷⁵. Il est également possible de l'inclure dans l'idée d'équité¹⁸⁷⁶ ou de devoir de loyauté¹⁸⁷⁷. Or, c'est sur la base de cette acception très vague de la bonne foi que la jurisprudence, approuvée en cela par une partie de la doctrine, a étendu le domaine de cette notion pour en faire une « *mer sans rivage* »¹⁸⁷⁸.

Cette extension a notamment eu pour objet d'assurer la protection de l'économiquement faible dans la formation et l'exécution du contrat. M. Jourdain, en observant que « *le concept de bonne foi conserve une consonance trop morale et des contours trop vagues pour produire des effets directs en droit positif* », a remarqué que la fonction essentielle de celui-ci est de traduire « *une moralisation des relations pré-contractuelles qui tend à s'accroître aussi bien à travers la multiplication des lois de protection (des consommateurs surtout, mais pas seulement), que par le développement d'une jurisprudence soucieuse de pallier les déséquilibres entre contractants* »¹⁸⁷⁹. Mais si la notion de bonne foi sert l'objectif général de moralisation du droit, elle est en revanche inadaptée pour appréhender les inégalités de puissance économique entre contractants. En l'utilisant à cet effet, la jurisprudence altère la substance même de cette notion en lui faisant perdre toute cohérence et unité. L'extension contemporaine de la bonne foi à l'intérieur de l'ensemble du droit des contrats, aux fins de sanctionner les abus de puissance économique et rééquilibrer les inégalités, est à la fois inutile et injustifiée, illustrant ainsi le mot de M. Carbonnier : « *L'outrance peut perdre une idée juste* »¹⁸⁸⁰.

1/ L'EXTENSION INUTILE D'UNE NOTION VAGUE

404. « *La bonne foi demeure une notion floue, qui ne s'exprime efficacement qu'en se coulant dans le moule juridique d'autres concepts au contenu plus précis* »¹⁸⁸¹. Nous allons voir qu'effectivement, tant au niveau de la formation que de l'exécution du contrat,

¹⁸⁷¹ Y. Loussouarn, op. cit., p.9.

¹⁸⁷² Op. cit.

¹⁸⁷³ Op. cit., p.9.

¹⁸⁷⁴ F. Gorphe, thèse précitée, n°243 et suiv.

¹⁸⁷⁵ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, n°157.

¹⁸⁷⁶ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°386.

¹⁸⁷⁷ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., 1989.

¹⁸⁷⁸ Selon l'expression de Mme S. David-Constant, *La bonne foi : une mer sans rivage*, in *La bonne foi*, A.S.B.L., éd. du jeune barreau de Liège, 1990, p.8 et suiv.

¹⁸⁷⁹ P. Jourdain, *Rapport français*, Trav. Ass. H. Capitant, précité, p.122 et 131.

¹⁸⁸⁰ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°113.

¹⁸⁸¹ P. Jourdain, op. cit., p.132.

le droit français contient de véritables notions juridiques susceptibles de protéger l'économiquement faible. Le recours à la bonne foi sera alors inutile. Tout le problème vient du fait que les auteurs ne se placent pas au même niveau d'analyse pour déterminer si la notion de bonne foi a une influence essentielle en droit positif. D'un côté, on peut considérer que de nombreuses institutions de droit positif sont la traduction juridique de ce concept¹⁸⁸² : le dol, la violence, l'abus de droit etc. D'un autre côté, il est possible de penser qu'en dehors des institutions classiques du droit civil, la bonne foi n'a qu'un domaine très restreint¹⁸⁸³. En réalité, les deux opinions sont exactes. Ce qui est en revanche critiquable, c'est le recours inutile à la notion de bonne foi lorsqu'une institution juridique de droit positif permet d'obtenir la même solution.

405. Au moment de la formation du contrat, certaines décisions relatives à la rupture fautive des pourparlers font expressément référence à la bonne foi entre contractants¹⁸⁸⁴. Or la simple application des articles 1382 et 1383 du Code civil suffit à sanctionner l'auteur d'une faute dans la rupture des pourparlers, si bien que le recours à la bonne foi paraît superfluo¹⁸⁸⁵. D'ailleurs l'analyse consistant à apprécier la bonne ou la mauvaise foi d'une personne revient à rechercher s'il a commis ou non une faute de nature à engager sa responsabilité civile¹⁸⁸⁶. Des remarques similaires peuvent être faites s'agissant du dol. Dans un arrêt en date du 26 novembre 1991, la première Chambre civile a censuré pour manque de base légale une Cour d'appel qui n'avait pas recherché « *si la banque savait que la situation* » du débiteur principal « *était lourdement obérée au moment où le cautionnement était consenti et si elle n'avait pas, en omettant, par une réticence dolosive, de révéler cette situation* » aux cautions, conduit celles-ci « *à consentir le cautionnement litigieux et ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi* »¹⁸⁸⁷. Ici aussi, le recours à la bonne foi est inutile; le seul fait de connaître un élément déterminant pour le consentement de son futur cocontractant et de ne pas lui en communiquer intentionnellement la teneur suffit pour caractériser le dol par réticence¹⁸⁸⁸. La notion de bonne foi ne permet donc pas une protection plus efficace de la caution face au banquier.

A la frontière entre la formation et l'exécution du contrat, certains auteurs expliquent l'*exceptio non adimpleti contractus* par l'article 1134 al.3 du Code civil. « *Il est contraire à la bonne foi de prétendre recevoir sans exécuter soi-même* »¹⁸⁸⁹. Mais il semble moins

¹⁸⁸² Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats*, article précité.

¹⁸⁸³ Cf. supra n°403.

¹⁸⁸⁴ Cass. Com., 20 mars 1972, J.C.P., 1973, II, 17543, note J. Schmidt; P. Jourdain, op. cit., p.127 et suiv.; la même solution se retrouve en droit belge; D. Philippe, Rapport belge, p.66; en droit canadien, B. Lefebvre, op. cit., p.88 et suiv.; en droit suisse, H. Schönle, op. cit., p.195 et suiv.; mais il faut faire observer qu'en général, les droits qui font référence à la bonne foi pour sanctionner la rupture abusive des pourparlers détache cette sanction de la responsabilité civile, cf. P. Van Ommeslaghe, *Rapport général*, p.55 et 56; c'est notamment le cas pour le droit néerlandais depuis l'arrêt du Hoge Raad der Nederlanden du 15.11.1957, cf. M.E. Storme, rapport néerlandais, op. cit., p.161 et suiv.

¹⁸⁸⁵ Cass. Civ. 3ème, 3 octobre 1972, Bull. Civ. III, n°491.

¹⁸⁸⁶ « *La faute est la défaillance de l'homme qui n'accomplit pas son devoir* », P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°50. Le fait de se comporter de mauvaise foi lors d'une négociation entre incontestablement dans cette définition.

¹⁸⁸⁷ Bull. Civ. I, n°331.

¹⁸⁸⁸ En ce sens, cf. par exemple : Cass. Civ. 3ème, 15 janvier 1971, Bull. Civ. III, n°38, précisant que le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter.

¹⁸⁸⁹ Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.VI par E. Esmein, 2ème éd., 1952, n°440; F. Gorphe, thèse précitée, p.74; A. Rieg, op. cit., n°96; le même raisonnement est utilisé pour la résolution pour inexécution.

artificiel d'expliquer ce mécanisme par l'interdépendance des obligations dans les contrats synallagmatiques, idées traduites par les notions de cause¹⁸⁹⁰, ou d'équivalence des prestations¹⁸⁹¹.

406. L'inutilité de l'extension de la notion de bonne foi se retrouve au moment de l'exécution du contrat. Il est fréquent que certains auteurs voient dans l'exécution pure et simple d'une obligation une application de l'idée de bonne foi. Ainsi, M. Rieg¹⁸⁹² estime que « *la règle de l'article 1134 al.3 signifie d'abord que le débiteur doit exécuter fidèlement ses obligations, malgré les difficultés plus ou moins sérieuses qui peuvent s'élever au cours de l'exécution du contrat* ». Il faut avouer que cette explication a de quoi surprendre! En bonne logique, il conviendrait de rattacher le devoir d'exécuter fidèlement ses obligations, malgré les difficultés rencontrées, au principe de la force obligatoire des conventions prévues par l'article 1134 al.1er du Code civil. La référence à la notion de bonne foi est donc pour le moins obscure. De même, M. Picod considère que l'obligation de coopération « *est la traduction juridique du principe selon lequel exécuter de bonne foi, c'est exécuter utilement* »¹⁸⁹³. Mais exiger que l'exécution d'une obligation soit utile revient tout simplement à exiger l'exécution de l'obligation elle-même. Une fois encore le détour par le concept de bonne foi est inutile. Pothier n'écrivait-il pas « *s'obliger à faire quelque chose, c'est s'obliger à le faire utilement* »? Il paraît évident qu'en l'absence d'utilité la notion d'obligation n'a aucun sens. Concevrait-on qu'un contractant puisse se déclarer satisfait et rempli de ses droits par l'exécution d'une prestation qui ne lui a pas procuré l'utilité qu'il en attendait? C'est en ce sens qu'il faut interpréter la jurisprudence qui déclare, dans le contrat de vente, que l'obligation de délivrance de la chose n'est remplie par le vendeur que s'il a mis « *à la disposition de l'acquéreur une chose qui correspond en tout point au but recherché par lui* »¹⁸⁹⁴. En d'autres termes, le vendeur n'est censé avoir exécuté son obligation de délivrance qu'à condition d'avoir fourni une chose satisfaisant à l'utilité qu'en attendait l'acheteur¹⁸⁹⁵. L'utilité est donc inhérente à la nature même de l'obligation. Elle correspond aussi à l'analyse économique du contrat qui est un instrument de maximisation des utilités individuelles et sociales¹⁸⁹⁶. On voit bien que l'important est que chaque contractant reçoive une contrepartie équivalente à la prestation qu'il fournit, et que dans cet échange, le critère d'utilité est un élément essentiel

¹⁸⁹⁰ H. Capitant, *De la cause*, n°147 et suiv.; **contra** : P. Le Tourneau, note J.C.P., 1977, II, 18563; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°1089, fondant la résolution judiciaire sur l'idée de réparation.

¹⁸⁹¹ Maury, *La notion d'équivalence*, thèse Toulouse, 1920, t.1, p.287; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°76, fondant l'*exceptio non adimpleti contractus* sur le déséquilibre des prestations, Cass. Civ., 29 novembre 1865, Dalloz, 1866, 1, 27 : la résolution est « *la consécration de cette règle d'équité qui ne permet pas de laisser un des contractants dans le lieu du contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'équivalent* ».

¹⁸⁹² Juris. Class. Civil, Art. 1134 et 1135, Fasc.11, n°90.

¹⁸⁹³ Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit., n°10. Cette confusion entre l'utile et la bonne foi pourrait, a priori, trouver sa source et sa justification dans les écrits de Cicéron consacrés aux liens étroits unissant l'utilité et l'honnêteté, cf. *Traité des devoirs*, liv.II, III, 9 et suiv.; mais Cicéron, loin de confondre ces deux notions, les a rapprochées pour démontrer qu'il n'existe aucun conflit entre elles; op. cit., liv.III, VII, 34 : « *il n'est rien d'utile qui ne soit également honnête, et rien d'honnête qui ne soit utile* ».

¹⁸⁹⁴ Cass. Civ. 1ère, 20 mars 1989, Bull. Civ. I, n°140.

¹⁸⁹⁵ Il en est de même dans les contrats d'entreprise lorsqu'une obligation de résultat pèse sur l'entrepreneur, cf. pour les garagistes, Cass. Civ. 1ère, 2 février 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°70, obs. L. Leveneur.

¹⁸⁹⁶ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992, n°73 et 74 : « *Si chaque contractant doit coopérer avec l'autre, c'est notamment afin que la somme de leurs deux utilités soit maximale* ».

de l'équilibre des prestations¹⁸⁹⁷. Le caractère artificiel du fondement procuré par la notion de bonne foi est donc patent.

D'ailleurs, les auteurs, qui prônent l'extension de la bonne foi, intègrent dans cette notion des obligations de loyauté et de fidélité qui ne sont que la traduction pure et simple du contenu de la convention. Ainsi, en droit du travail, il est inutile de rattacher l'obligation de fidélité du salarié à l'idée de bonne foi, comme le fait M. Buy¹⁸⁹⁸, alors qu'il ne s'agit que de la contrepartie du salaire¹⁸⁹⁹. La meilleure preuve en est que cette obligation est renforcée pour les cadres, dont le salaire est proportionnel aux obligations et aux responsabilités mises à leur charge. De même, l'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats emportant transfert de clientèle ne trouve pas son véritable fondement dans la notion de bonne foi, mais plus simplement dans la garantie d'éviction due par le vendeur à raison de son fait personnel et prévue par les articles 1626 et suiv. du Code civil¹⁹⁰⁰. En effet, l'obligation de délivrance du vendeur n'est pas remplie s'il concurrence l'acquéreur de sa clientèle et l'empêche de l'exploiter utilement. Par conséquent, le recours à la notion de bonne foi se révèle fréquemment inutile et superfétatoire.

407. Dans le même ordre d'idées, l'arrêt de la Chambre commerciale en date du 16 avril 1991¹⁹⁰¹, qui a reproché à une banque créancière privilégiée d'une entreprise en redressement judiciaire de ne pas avoir demandé à l'administrateur judiciaire d'interjeter appel du jugement de redressement dans lequel elle n'était inscrite que comme créancier chirographaire, recourt de façon inutile et erronée au concept de bonne foi. En l'espèce il est probable que la banque n'a pas eu l'intention d'agir de mauvaise foi, ni de nuire aux intérêts de la caution. En outre, sans faire référence à la bonne foi, la solution aurait été identique sur le fondement de l'article 2037 du Code civil qui précise que la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, en raison d'une faute de celui-ci¹⁹⁰². Il est clair que la bonne foi, en tant que concept psychologique et moral, est sous-jacente dans de nombreuses institutions du droit positif, mais l'erreur est de croire qu'elle constitue une condition de leur existence. Pourtant, la critique principale ne se situe pas à ce niveau. L'altération de la notion de bonne foi est beaucoup plus significative dans les hypothèses où il s'agit d'appréhender les abus de puissance économique entre contractants. L'extension est alors non seulement inutile mais surtout injustifiée.

2/ L'EXTENSION INJUSTIFIÉE D'UNE NOTION INADAPTEE

¹⁸⁹⁷ Cf. infra n°687 et suiv.

¹⁸⁹⁸ M. Buy, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 1993.

¹⁸⁹⁹ Cass. Soc., 3 mai 1962, Bull. Civ. IV, n°392, décision sanctionnant un salarié qui avait procédé à l'enregistrement clandestin de diverses conversations de ses supérieurs se rapportant à l'exercice de ses fonctions.

¹⁹⁰⁰ **Contra** : Y. Picod, *L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle*, J.C.P., 1994, éd. E., I, 349, n°2.

¹⁹⁰¹ Bull. Civ. IV, n°142, J.C.P., 1991, II, 21716, note Bouteiller.

¹⁹⁰² Cass. Civ. 1ère, 6 octobre 1971, Dalloz, 1973, note Ivainier, précisant que l'article 2037 s'applique aussi en cas de simple négligence du créancier.

408 . Depuis quelques années, la bonne foi est devenue un concept à la mode, tant en doctrine qu'en jurisprudence¹⁹⁰³. Il fait preuve d'un impérialisme que l'on pourrait qualifier de conquérant¹⁹⁰⁴ en remplaçant progressivement l'interprétation des conventions dans ses fonctions créatrices d'obligations et limitatives de droits. Mais ces deux fonctions sont indûment et artificiellement rattachées à la notion de bonne foi, comme elles l'étaient, d'ailleurs, à la notion d'interprétation. Nous verrons en les étudiant successivement que ces deux fonctions ressortissent à un tout autre domaine, celui des inégalités de puissance économique entre contractants, domaine dans lequel les notions psychologiques sont particulièrement inadaptées¹⁹⁰⁵.

a - De la prétendue « *fonction complétive* » de la bonne foi

409 . Dans son *Vocabulaire juridique*, M. Cornu distingue la bonne foi subjective, entendue comme une croyance erronée et légitime, de la bonne foi objective, qui commande une analyse de la loyauté du comportement¹⁹⁰⁶. Mais il ne confère pas expressément à la bonne foi un rôle « *actif* », une fonction complétive¹⁹⁰⁷, ou un pouvoir créateur d'obligations. Or, certains auteurs tentent d'amener la bonne foi sur la même voie que l'interprétation des conventions, en lui faisant jouer le rôle de critère de détermination du contenu contractuel. Ainsi, M. Picod écrit : « *le passage de la « loyauté du contractant », critère d'évaluation concrète de la conduite des parties, à la « loyauté contractuelle », critère de détermination du contenu contractuel, est particulièrement illustré par la consécration prétorienne de nouvelles obligations qui traduisent une éthique de solidarité et de communauté d'intérêts. L'exigence de bonne foi va relayer la volonté des parties chaque fois qu'elle sera insuffisamment exprimée* »¹⁹⁰⁸. C'est en quelque sorte une simple réactualisation de la vieille idée de Demogue qui voyait dans le contrat « *une sorte de microcosme* », « *une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par (les contractants) absolument comme dans la société civile et commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union* »¹⁹⁰⁹. Cette idée a été mise au goût du jour et l'on parle aujourd'hui d'*affectio contractus*¹⁹¹⁰ pour justifier l'existence d'obligations de loyauté et de coopération¹⁹¹¹. Certains vont même jusqu'à écrire que « *la bonne foi de l'article 1134 c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au*

¹⁹⁰³ Y. Loussouarn, op. cit., p.8.

¹⁹⁰⁴ J. Mestre, *Une bonne foi franchement conquérante (...)*, R.T.D. Civ., 1993, 124; cf. aussi Y. Loussouarn, op. cit., qui parle de « *bonne foi caméléon* » et de « *bonne foi alligator* ».

¹⁹⁰⁵ C. Galvada et C. Lucas de Leyssac, obs. sous C.A. Paris, 1ère ch., 2 mars 1992, Dalloz, 1994, Som. Com., 172 : l'analyse économique en générale « *dispense de sonder les reins et les coeurs à la recherche d'une incertaine intention du demandeur suspecté d'être de mauvaise foi. En matière économique mieux vaut s'en tenir, chaque fois que possible à des faits dénués de toute connotation morale* ».

¹⁹⁰⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.105.

¹⁹⁰⁷ C. Masse, *Rapport général sur la notion de bonne foi dans l'exécution du contrat*, Trav. Ass. H. Capitant, précités, p.224.

¹⁹⁰⁸ Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, article précité, n°8.

¹⁹⁰⁹ Demogue, *Traité des obligations en général*, t.VI, n°3.

¹⁹¹⁰ Y. Picod, op. cit., n°11; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°416.

¹⁹¹¹ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, J.C.P., 1988, I, 3318; G. Morin, *Le devoir de coopération dans les contrats internationaux*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1980, p.9 et suiv.; J. Mestre, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986.

profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère »!¹⁹¹². C'est dans le cadre d'une conception aussi idyllique que naïve du contrat que certains proposent de fonder sur la bonne foi l'obligation d'information ou l'obligation de renégociation du contrat en cours d'exécution¹⁹¹³.

Plus généralement, ce mouvement doctrinal recentre le problème de la dépendance économique de certains contractants en situation de vulnérabilité autour du concept de bonne foi afin de tenter d'instaurer une protection cohérente et efficace. Ainsi, M. Testu estime « *juste d'admettre que le principe de bonne foi dans la formation même du contrat, permettra de réputer non écrites les clauses qu'une partie aurait imposées sans nécessité par rapport à l'économie du contrat passé, mais à l'occasion seulement de l'état de subordination économique dans laquelle de trouvait son cocontractant* »¹⁹¹⁴. De même, M. Mestre a centré une partie essentielle de son analyse de l'évolution contemporaine du contrat sur la notion de bonne foi, qui permettrait de passer du souci d'équilibre des prestations au souhait de collaboration entre les parties, le tout dépendant d'une problématique issue du constat d'inégalité de puissance économique entre contractants¹⁹¹⁵. Enfin, M. Jourdain a fait observer que la fonction complétive de la bonne foi participe à la jurisprudence moderne soucieuse de pallier les déséquilibres entre contractants¹⁹¹⁶.

410. Mais il est possible d'émettre de sérieux doutes sur la cohérence et l'opportunité du recours à la notion de bonne foi pour rééquilibrer les conventions, conclues entre parties d'inégales puissance économique, soit par l'adjonction d'obligations, soit pour l'éradication des clauses abusives. Manifestement, le contenu de cette notion n'est pas adapté au but que tente de lui assigner une partie de la doctrine. Il en ressort une altération critiquable de ce concept. Il est intéressant de rappeler que l'expression « *bonne foi* » a sa source directe dans le terme latin *fides* qui signifie « *foi, confiance* », « *loyauté* », « *promesse, parole donnée* »¹⁹¹⁷. Or, la confiance a été avancée pour expliquer le principe de la force obligatoire des contrats. A Rome, la déesse Fides présidait à la conclusion des conventions, et la partie qui n'exécutait pas les obligations qu'elle avait contractées était frappée d'infamie¹⁹¹⁸. Reprenant cette idée, M. Carbonnier propose un nouvel angle de vision du contrat en asseyant la force obligatoire, non plus sur la volonté autonome du débiteur, mais sur la confiance du créancier : « *Ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est la confiance que l'un des contractants fait à l'autre* »¹⁹¹⁹. Mais en disant cela, c'est la confiance du créancier en son débiteur qui est consacrée, et non celle du débiteur en son créancier. D'ailleurs, l'origine étymologique du terme créancier est le verbe latin *credo, -ere* signifiant « *croire* ». Le droit romain, qui conférait à la notion de puissance, la *potestas*, une place centrale¹⁹²⁰, liait la puissance à la *Fides*. Que ce soit dans

¹⁹¹² A. Seriaux, *Les obligations*, 1992, n°201.

¹⁹¹³ Cf. not. Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, article précité, n°10.

¹⁹¹⁴ F.X. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, J.C.P., 1993, I, 3673, n°39.

¹⁹¹⁵ J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, article précité, p.46 et suiv.

¹⁹¹⁶ P. Jourdain, *Rapport français sur la bonne foi dans la formation du contrat*, op. cit., p.131.

¹⁹¹⁷ *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, p.808.

¹⁹¹⁸ J.L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F., 1992, n°71.

¹⁹¹⁹ J. Carbonnier, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.34; cf. aussi, Patry, *Le principe de la confiance*, thèse Genève, 1953; H. Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, thèse Nice, 1977; J.L. Souriou, *La croyance légitime*, J.C.P., 1982, I, 3058, n°28 et suiv.; R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats, rôle actuel et perspectives*, thèse Paris, II, 1992, p.113 et suiv. « *Au fond, la confiance en la bonne foi de son cocontractant confère à la volonté du contractant l'énergie créatrice* ».

¹⁹²⁰ Cf. supra : Introduction, n°18.

les relations privées, ou entre les cités, le puissant, ou le vainqueur, tenait le faible, ou le vaincu, en sa puissance, par l'imposition de sa main droite sur celui qui lui est soumis¹⁹²¹. La *Fides* servait la puissance du maître, ou du créancier, en ce que le faible ou le débiteur avait confiance dans l'efficacité magique, puis juridique, de l'acte rituel effectué¹⁹²².

Mais, par un étonnant retournement des choses, le débiteur, ou le vaincu, invoquait lui-même la *fides* qu'il avait en son créancier, ou en son vainqueur, dans le but de limiter sa puissance, de l'empêcher d'agir arbitrairement, d'abuser de sa force. Il ne s'agit là que de l'application la plus classique de l'article 1134 du Code civil. Le premier alinéa de cet article édicte le principe de la force obligatoire, tandis que le troisième tempère, limite, ce principe afin d'éviter les abus éventuels que le créancier pourrait être amené à commettre au détriment de son débiteur. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le principe selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Lorsque M. Carbonnier écrit que ce principe « signifie, notamment, qu'une partie ne peut s'enfermer dans la lettre du contrat pour en éluder l'esprit »¹⁹²³, c'est à l'esprit de confiance auquel il fait référence. Or cet esprit de confiance s'impose, dans les conventions, tant à l'égard du créancier que du débiteur. Le premier ne doit pas arguer de termes obscurs ou ambigus du contrat pour obtenir de son débiteur plus que ce qui était prévu, tandis que le second ne peut se réfugier derrière les mots pour trahir la confiance mise en lui par le créancier. Ainsi conçu, le concept de bonne foi n'est pas susceptible de servir d'explication, et encore moins de fondement¹⁹²⁴ à la jurisprudence qui « découvre » dans les contrats des obligations auxquelles les parties n'avaient jamais songées.

411 . En effet, les obligations d'information ou de renégociation sont directement liées au déséquilibre de puissance économique entre les contractants. C'est parce que le profane est en situation d'infériorité sur la plan de l'accès au savoir que le professionnel, avec qui il contracte, a l'obligation de le renseigner sur les caractéristiques de la chose vendue ou de la prestation promise¹⁹²⁵. C'est aussi parce que le distributeur de produits pétroliers est en situation de dépendance économique, que la Cour de cassation a mis à la charge de la compagnie pétrolière une obligation de renégocier le contrat de distribution devenu déséquilibré avec le temps¹⁹²⁶. M. Picod approuve la référence à la notion de bonne foi qui est contenue dans cette décision¹⁹²⁷. La société Française des Pétroles B.P. devait, selon cet auteur, se comporter en contractant de bonne foi et renégocier le mécanisme de fixation des prix du contrat de distribution de produits pétroliers en raison de la baisse générale des prix de ces produits sur le marché, baisse qui ne pouvait bénéficier au distributeur exclusif en question, à cause de la clause de variation des prix stipulés dans le contrat¹⁹²⁸.

¹⁹²¹ *Manu capere* : acquérir un pouvoir.

¹⁹²² J. Ellul, *Histoire des institutions*, t.1 et 2, *L'antiquité*, p.247 et 248.

¹⁹²³ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°112.

¹⁹²⁴ Compte tenu de sa généralité et de son imprécision.

¹⁹²⁵ Cf. pour plus de développements, infra n°760 et suiv.

¹⁹²⁶ Cass. Com., 3 novembre 1992, J.C.P., 1993, II, 22164, note G. Virassamy; R.T.D. Civ., 1993, p.124 et suiv., obs. J. Mestre; on pourrait multiplier les exemples avec le débiteur d'une clause de non-concurrence qui est en situation de vulnérabilité à l'égard du créancier de cette obligation; le distributeur exclusif qui est en état de dépendance économique lorsque le fournisseur est libre de fixer les prix de ventes des marchandises.

¹⁹²⁷ Y. Picod, op. cit., n°18.

¹⁹²⁸ On perçoit ici l'inanité de l'acharnement de la Cour de cassation à vouloir imposer une détermination objective et préalable des prix dans les contrats de distribution. En l'espèce, la compagnie pétrolière est condamnée à payer des dommages-intérêts pour avoir inclus dans le contrat une clause de détermination

« *L'obligation de renégocier puise ici sa source dans l'exigence de bonne foi de l'article 1134 du Code civil* ». M. Mestre, pour sa part, considère que c'est « *l'exigence de bonne foi visée par l'article 1134, qui oblige ici l'une des parties à modifier, en cours d'exécution du contrat, un système de prix pourtant librement ou, au moins, conventionnellement fixé à l'origine parce que des circonstances nouvelles rendent très lourde l'obligation souscrite par l'autre, et donc précaire sa situation* »¹⁹²⁹. Mais avec M. Virassamy¹⁹³⁰, nous pensons que cette référence à la notion de bonne foi est erronée. M. Virassamy critique l'incertitude de la jurisprudence qui enrichit autoritairement la norme contractuelle. Cette incertitude pèse notamment, selon cet auteur, sur la définition et les conditions d'existence de la faute contractuelle. Il est vrai qu'à partir du moment où le juge crée postérieurement à la formation du contrat, et souvent même à son exécution, une obligation nouvelle, il est difficile, pour le contractant débiteur de cette obligation, de connaître d'avance l'étendue exacte de ses engagements. Mais l'incertitude ne vient pas tant de l'enrichissement judiciaire que du fondement juridique utilisé pour le justifier. Le recours à la bonne foi contribue, en effet, à obscurcir cette jurisprudence en la rendant véritablement inexplicable sur le plan logique.

412. La bonne foi est une notion omniprésente et homogène, c'est-à-dire, dans les contrats synallagmatiques, forcément multilatérale. Elle est omniprésente, en droit des obligations, dans la mesure où il s'agit d'un principe directeur du droit; les dispositions légales ou conventionnelles ne devant pas servir les intérêts des gens de mauvaise foi. Elle est homogène entre les personnes, en ce sens qu'elle n'est pas susceptible de degré. Le devoir de bonne foi doit être identique pour tous les contractants : son intensité ne saurait varier selon les individus, à peine de porter atteinte à la solidité du lien social en affublant certaines catégories de personnes d'une présomption de mauvaise foi dans leur comportement. A cet égard, il serait vain d'objecter qu'en matière de vices cachés la Cour de cassation présume irréfragablement le vendeur professionnel de mauvaise foi¹⁹³¹. D'abord, le problème ne se pose pas véritablement en terme de bonne ou de mauvaise foi. La jurisprudence utilise des formules beaucoup plus nuancées en parlant de présomption de connaissance des vices cachés¹⁹³². Ensuite, le recours à la notion de bonne ou mauvaise foi, qui n'est généralement pas critiqué par la doctrine¹⁹³³, est extrêmement condamnable. Il est, d'une part, malsain de taxer les professionnels de malhonnêtes en les présument de mauvaise foi et, d'autre part, regrettable d'avoir conféré une connotation aussi morale à une obligation dont l'unique source est le déséquilibre de puissance économique, notamment sur le plan informationnel, entre le vendeur professionnel et l'acheteur

des prix, celle-ci ayant pour effet de déconnecter leur fixation de la volonté de l'une des parties et, par voie de conséquence, du marché.

¹⁹²⁹ J. Mestre, *Une bonne fois franchement conquérante (...) au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat!*, R.T.D. Civ., 1993, 124 à 126.

¹⁹³⁰ Note au J.C.P., 1993, II, 22164.

¹⁹³¹ Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1965, Bull. Civ. I, n°52, Dalloz, 1965, 389; F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 1993, n°289; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°411.

¹⁹³² Voir sur ce point les observations de P. Malinvaud, *La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose*, J.C.P., 1968, I, 2153, n°27; à cet égard H. Mazeaud a montré que la présomption de mauvaise foi pesant sur le vendeur professionnel ne pouvait être irréfragable. Cf. *La responsabilité civile du vendeur-fabricant*, R.T.D. Civ., 1955, 611, n°15 et suiv.; Pourtant la jurisprudence de la Cour de cassation semble aujourd'hui l'admettre, approuvée en cela par la C.J.C.E., 24 janvier 1991, Dalloz, 1991, 273, note C. Berr; Cass. Com., 27 avril 1971, Bull. Civ. IV, n°117; J.C.P., 1972, II, 17280, décision dans laquelle un fabricant n'a pu échapper à l'obligation d'éliminer les vices de la chose vendue en prouvant sa bonne foi et le caractère indécélable des vices cachés.

¹⁹³³ F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, op. cit.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit.

occasionnel ou de spécialité différente¹⁹³⁴. Enfin, même si l'on considère que le problème des vices cachés doit être effectivement abordé en terme de bonne ou de mauvaise foi, il faut reconnaître qu'il s'agit de l'acceptation subjective de cette notion dont la dimension juridique est incontestable¹⁹³⁵. Le problème de la connaissance, ou au contraire de l'ignorance d'un fait ou d'une information est distinct de celui de l'analyse objective. Or c'est précisément de cette conception objective de la bonne foi qu'une partie de la doctrine tire, aujourd'hui, une explication et une justification du rôle actif du juge dans la détermination du contenu du contrat.

413. A ce propos, il est paradoxal de vouloir fonder sur la notion de bonne foi la protection du contractant économiquement faible, et par la même la jurisprudence qui « découvre » à la charge de la partie puissante certaines obligations initialement non-stipulées. En effet, le raisonnement est le suivant : le principe général de bonne foi, duquel découle les obligations de coopération et de loyauté, doit contribuer à faire régner la confiance et la solidarité dans la formation et l'exécution des conventions; c'est cette confiance et cette solidarité qui commandent la création judiciaire d'obligations au profit de la partie faible lorsque les prestations contractuelles sont déséquilibrées¹⁹³⁶. Or, c'est justement la considération opposée qui a conduit la jurisprudence à mettre à la charge du vendeur professionnel une obligation d'information. Ici, le professionnel est celui en qui on ne peut avoir confiance. Il est la partie présumée de mauvaise foi dont on doit se méfier. La méfiance est telle que le législateur édicte, notamment en droit de la consommation, des normes d'ordre public lui interdisant d'insérer certaines clauses dans les contrats ou, au contraire, lui imposant le contenu de certaines stipulations. Quel étonnant renversement de situation! Les auteurs qui prônent l'explication du « forçage » des contrats par la notion de bonne foi créditent les économiquement puissants d'un lien de confiance avec leur partenaire, oubliant que dans les contrats, il existe le plus souvent une « coopération antagoniste »¹⁹³⁷. Notre propos n'est pas de nier l'existence de toute obligation de coopération dans les contrats. Il est bien évident que cette obligation existe dans les contrats d'informatisation, de mise au point de brevet ou encore de transfert de savoir-faire¹⁹³⁸. Mais elle est inhérente à l'objet même de ces contrats qui ne peut se réaliser utilement sans coopération. En outre, la coopération, comme la bonne foi et la loyauté, est exigée de toutes les parties, et pas uniquement de la partie économiquement puissante. C'est ce que reconnaît M. Mestre lorsqu'il écrit : « au souci contemporain d'équilibre contractuel, justifiant une intervention unilatérale de rééquilibrage au profit de la partie considérée en situation d'infériorité, pourrait bien, demain, se substituer un esprit de collaboration, plus riche parce que naturellement bilatéral »¹⁹³⁹.

414. Or, c'est ce caractère bilatéral qui rend les notions de bonne foi, de loyauté ou de coopération inapte à assurer une protection efficace de la partie économiquement faible. Reprenons l'exemple donné par la décision du 3 novembre 1992, obligeant la compagnie

¹⁹³⁴ Cf. infra n°557, pour une explication de la jurisprudence sur les vices cachés par le déséquilibre de puissance économique entre contractants.

¹⁹³⁵ Cf. supra n°402.

¹⁹³⁶ Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, article précité, n°8, liant la consécration prétorienne de nouvelles obligations aux idées de « loyauté contractuelle », « d'éthique de solidarité » et de « communauté d'intérêts ».

¹⁹³⁷ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°113.

¹⁹³⁸ Cf. J. Mestre, R.T.D. Civ., 1986, 100 et suiv.

¹⁹³⁹ J. Mestre, R.T.D. Civ., 1986, 102.

pétrolière à renégocier les prix stipulés dans le contrat de distribution exclusif¹⁹⁴⁰. Le raisonnement de la Cour de cassation, fondé sur la bonne foi, aurait-il été identique si au lieu d'être supérieur les prix stipulés dans le contrat étaient devenus, en cours d'exécution, inférieurs à ceux du marché? Dans cette hypothèse, la puissante compagnie pétrolière aurait-elle pu obtenir la condamnation de son distributeur pour exécution de mauvaise foi du contrat et violation de l'obligation de renégociation? A l'évidence, la réponse est négative. Pourtant, il est juridiquement logique, socialement opportun et moralement souhaitable d'exiger de tous les contractants une bonne foi et une loyauté d'intensité équivalente. On n'oserait concevoir d'absoudre un manquement à la loyauté contractuelle au seul motif que celui qui l'a commis est économiquement faible.

415 . Le problème se pose sensiblement dans les mêmes termes en droit social. Dans un arrêt en date du 25 février 1992¹⁹⁴¹, la Cour de cassation a jugé que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* ». Elle a donc approuvé une Cour d'appel qui avait décidé que le licenciement pour motif économique était dépourvu de cause réelle et sérieuse aux motifs que l'employeur avait la possibilité de reclasser la salariée licenciée dans un emploi compatible avec ses capacités¹⁹⁴². Cette solution se justifie parfaitement sur le plan de l'équité¹⁹⁴³, mais l'utilisation de la notion de bonne foi paraît une fois encore injustifiée. La bonne foi devant être identique pour tous, sauf à dénaturer la portée de ce concept ou à créer une société juridiquement inégalitaire, on voit mal comment le salarié pourrait se voir imposer par le juge une obligation d'adapter le contenu de son contrat de travail en cas de modification des circonstances économiques. Raisonçons par l'absurde : la bonne foi, ainsi entendue, commanderait que le salarié accepte une diminution de salaire ou une augmentation de la durée du travail dans l'hypothèse où l'entreprise connaîtrait des difficultés financières sérieuses. Il n'est pas, en effet, concevable de cantonner l'exigence de bonne foi sur la tête d'une seule des parties. Il ne peut y avoir, en matière d'appréciation de la loyauté des comportements, deux poids et deux mesures.

En réalité, il n'était nul besoin de recourir à la bonne foi pour parvenir à la même solution. Ce qui est déterminant en l'espèce, c'est la puissance économique qui justifie et légitime l'obligation mise à la charge de l'employeur d'adapter le contrat de son salarié. C'est également l'idée d'inégalité de puissance économique qui explique que l'on ne peut exiger la même obligation du salarié¹⁹⁴⁴. D'ailleurs dans un arrêt postérieur, la Cour de

¹⁹⁴⁰ Précité.

¹⁹⁴¹ Cass. Soc., 25 février 1992, Bull. Civ., V, n°122; R.T.D. Civ., 1992, 761, obs. J. Mestre; Dalloz, 1992, 390, note M. Defossez, J.C.P., 1992, I, 3610, n°8, obs. D. Gatamel.

¹⁹⁴² Jurisprudence confirmée depuis lors : Cass. Soc., 8 avril 1992, J.C.P., 1992, éd. E., II, 360, note J. Savatier; Cass. Soc., 23 septembre 1992, Bull. Civ. V, n°472; Cass. Soc., 19 novembre 1992, Bull. Civ. V, n°564.

¹⁹⁴³ A. Lyon-Caen, *Le droit et la gestion des compétences*, Droit social, 1992, 573.

¹⁹⁴⁴ Il serait plus équitable, au vu de ce critère, de n'imposer l'obligation d'adaptation et de reclassement qu'aux entreprises se trouvant en situation économique et financière satisfaisante, et qui pratiquent un licenciement économique, par exemple, pour cause de réorganisation suite à l'introduction d'une nouvelle technologie. Il ne nous semble pas que ces obligations doivent être mises à la charge de l'entreprise qui connaît d'importantes difficultés financières. L'obliger à adapter le contrat de ses salariés revient, en pratique, à l'empêcher de licencier, ce qui est parfois de nature à entraîner sa liquidation judiciaire. Si l'employeur peut être présumé économiquement puissant, encore faut-il que la preuve contraire puisse être amenée. Cf. infra n°620 et suiv. sur l'appréciation *in concreto* de la puissance économique.

cassation n'a pas repris le visa de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil et s'est contentée de faire référence à la force obligatoire des conventions¹⁹⁴⁵.

416 . En vérité, l'enrichissement autoritaire du contenu du contrat par le juge ne se situe pas sur le terrain de la morale ou de la psychologie, mais s'explique par le déséquilibre de puissance économique existant entre les contractants et par un déséquilibre, dans le même sens, existant entre les valeurs des prestations réciproques contractuellement stipulées¹⁹⁴⁶. C'est uniquement parce que le contrat devenait lésionnaire aux dépens de la partie économiquement faible que la Cour de cassation a obligé la compagnie pétrolière à renégocier les prix convenus. Le déséquilibre inverse n'aurait certainement pas engendré cette solution. De même l'obligation de renseignement mise à la charge du contractant professionnel n'est que le fruit de l'inégalité d'accès à l'information et du constat de déséquilibre entre les valeurs d'utilité des prestations réciproques, si l'information essentielle n'a pas été transmise. Ce raisonnement est le seul qui puisse rejoindre la pertinente observation de M. Jourdain selon laquelle « *le devoir de se renseigner est un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception* »¹⁹⁴⁷. En effet, si l'obligation d'information était fondée sur la notion de bonne foi, alors la solution de principe serait celle de toujours informer son partenaire, et de faire le nécessaire pour s'informer soi-même à cet effet. Peut-on dire que le consommateur, qui ne se renseigne pas de lui-même lors d'un achat important, est de bonne foi? Certainement pas. Il arrive un point où ne pas se renseigner devient blâmable: *Emptor debet esse curiosus!* Or la jurisprudence a tendance à décharger le consommateur de tout effort de recherche d'information en imposant au professionnel une obligation de renseignement et de conseil rigoureuse¹⁹⁴⁸.

L'explication rationnelle de cette jurisprudence peut être trouvée dans le déséquilibre de puissance informationnelle entre le professionnel et le consommateur. D'ailleurs, lorsque l'on est en présence de deux professionnels, l'obligation d'information du vendeur s'allège considérablement¹⁹⁴⁹. Cet allègement est inexplicable par le recours à la bonne foi, celle-ci devant toujours être de même intensité, que le cocontractant soit faible ou puissant, profane ou sachant. Il est préférable de recourir à une analyse purement économique : l'obligation d'information existera lorsque le juge constatera d'une part une inégalité de puissance informationnelle entre contractants et d'autre part une traduction de cette inégalité par un

¹⁹⁴⁵ Cass. Soc., 8 avril 1992, précitée : « *dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppression ou de transformation d'emplois, proposer aux salariés concernés des emplois disponibles de même catégorie, ou à défaut, des catégories inférieures, fut-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail* ». Il faut noter que cet arrêt est beaucoup plus réaliste que le précédent en n'exigeant qu'un reclassement dans les postes disponibles et en abandonnant l'idée d'une obligation d'adaptation du contrat quelques soient les disponibilités et les difficultés de l'entreprise.

¹⁹⁴⁶ Cf. infra n°751 et suiv.

¹⁹⁴⁷ P. Jourdain, *Le devoir de « se » renseigner*, Dalloz, 1983, 139.

¹⁹⁴⁸ Cette solution n'est pas sans effet pervers sur l'autonomie et la responsabilité dont devrait faire preuve les consommateurs. D'ailleurs le droit anglais est plus hostile que le nôtre à l'obligation de renseignement. Cf. B. Rudden, *Le juste et l'inefficace, pour un non-devoir de renseignement*, R.T.D. Civ., 1985, 91.

¹⁹⁴⁹ C.A. Nancy, 2ème ch., 28 mai 1990, Juris. Data, n°048526, précisant que si l'obligation de renseignement est imposée à raison de la connaissance du fournisseur et de l'ignorance de l'acheteur, elle est nécessairement alléguée, lorsque ce dernier est un professionnel qui, dans le marché économique libéral a le devoir de se renseigner; Cass. Com., 8 janvier 1973, Bull. Civ. IV, n°16 : « *le vendeur d'un produit dont la dénomination était indiquée n'était pas tenu d'y joindre un mode d'emploi, l'acheteur devant, en sa qualité de professionnel, connaître la formule d'utilisation ou se renseigner sur elle* »; cf. aussi P. Le Tourneau, *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, Dalloz, 1987, chron.101.

déséquilibre de valeur entre les prestations réciproques¹⁹⁵⁰. Ici, il faudra intégrer dans l'appréciation de la valeur de la prestation du vendeur l'utilité de l'information non transmise à l'acheteur¹⁹⁵¹. Si cette information était essentielle pour satisfaire les besoins de l'acheteur, alors il y aura déséquilibre, lésion; car c'est bien de lésion dont-il s'agit¹⁹⁵².

417. Sur ce point le droit comparé est riche d'enseignement. Les droits étrangers, qui ont admis le principe de la lésion mobilière entre majeurs, n'ont que très peu recours à la notion de bonne foi¹⁹⁵³. En tout cas, ils ont érigé la lésion en institution juridique spécifique et autonome, détachée de la bonne foi, tant sur le plan des conditions que sur celui des effets¹⁹⁵⁴. Il en est ainsi pour le droit suisse qui sanctionne par la lésion « *la disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre* » lorsque cette disproportion a été déterminée par l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de la partie lésée¹⁹⁵⁵; pour le droit québécois qui applique la lésion au bénéfice des consommateurs face aux professionnels¹⁹⁵⁶; ou encore pour le droit néerlandais qui a consacré la notion « *d'abus de circonstances* »¹⁹⁵⁷. L'ensemble de ces droits utilisent la notion de bonne foi, mais il faut reconnaître que la solution de la lésion est souvent un fondement beaucoup plus solide pour justifier la jurisprudence qui met à la charge des contractants économiquement puissants des obligations non stipulées. Sa consécration par le droit positif permet, dans ces divers pays, de ne pas dénaturer la notion de bonne foi en l'étirant démesurément.

M. Rieg, qui prône l'extension de la bonne foi, reconnaît toutefois que « *l'explication de ces diverses solutions par leur rattachement à la maxime de bonne foi est quelque peu arbitraire* »¹⁹⁵⁸, ce qui démontre tout l'artifice consistant à fonder le pouvoir créateur du juge sur cette notion. Mais la critique principale de l'extension de la bonne foi, au delà de son domaine naturel, réside dans le fait que cette notion ne permet pas d'expliquer pourquoi, dans certains cas, une obligation va être créée et mise à la charge d'une partie contractante, et que, dans d'autres, le juge se refuse à mettre en oeuvre son pouvoir

¹⁹⁵⁰ En voulant appliquer en la matière la notion de bonne foi comme fondement de l'obligation d'information, on parvient à des résultats absurdes. M. Mestre a expliqué que « *dans l'esprit de la Haute juridiction, la bonne foi peut aller jusqu'à devoir informer l'autre qu'il fait présentement une mauvaise affaire et qu'il lui vaut mieux attendre pour vendre ou encore exiger un meilleur prix!* », R.T.D. Civ., 1994, 855; cette solution est manifestement excessive car elle est de nature à paralyser l'activité économique qui est basée sur la recherche du profit. En outre, elle est trop abstraite, ne distinguant pas en fonction de la puissance informationnelle des parties en présence.

¹⁹⁵¹ Sur les liens entre valeur et utilité, cf. infra n°687 et suiv.

¹⁹⁵² Ou d'imprévision dans les cas de l'obligation de renégociation; mais l'imprévision n'est que l'application du principe de lésion en cours d'exécution du contrat; cf. infra n°802 et suiv.

¹⁹⁵³ P. Van Ommeslaghe, *Rapport général sur la bonne foi dans la formation du contrat*, Trav. Ass. H. Capitant précité, p.45 et 46. L'auteur ajoute qu'« *au contraire, dans d'autres systèmes où l'on préconise l'introduction de la lésion qualifiée dans l'arsenal juridique, en l'absence de texte spécifique, le fondement peut se trouver dans la bonne foi* ». Cette affirmation n'est vraie qu'en partie. Il est exact que dans les systèmes juridiques, qui n'ont pas admis le principe de la lésion, la notion de bonne foi a tendance à se développer et à s'y substituer. Mais sur le plan des principes juridiques, nous ne croyons pas que la notion de bonne foi puisse remplacer efficacement la lésion, même au prix de la dénaturation qu'elle subit actuellement en jurisprudence.

¹⁹⁵⁴ Ce qui permet d'éviter l'altération que la bonne foi subit dans notre droit positif.

¹⁹⁵⁵ Article 21 du Code des obligations; il faut préciser qu'à notre connaissance le droit suisse n'a pas appliqué le principe de la lésion aux obligations d'information comme nous le préconisons, cf. infra n°718 et suiv.

¹⁹⁵⁶ Art. 8 de la loi sur la protection des consommateurs.

¹⁹⁵⁷ 3. 44. 4. NBW.

¹⁹⁵⁸ Juris. Class. Civil, Art. 1134 et 1135, Fasc.11, n°104.

créateur. Seul le déséquilibre de puissance économique permet de comprendre cette jurisprudence. Il en est de même s'agissant de la prétendue fonction modératrice de la bonne foi.

b - De la prétendue « *fonction modératrice* » de la bonne foi

418 . Nous avons vu que, par un surprenant renversement de situation, la confiance que le créancier mettait en son débiteur s'est retournée contre lui, le débiteur invoquant celle-ci pour limiter les droits de son créancier¹⁹⁵⁹. Ici la bonne foi est prise en compte par l'intermédiaire de son aspect négatif : la mauvaise foi. M. Bénabent a proposé de classer en catégories les manières dont les tribunaux utilisent la mauvaise foi pour limiter les droits du créancier¹⁹⁶⁰. La mauvaise foi du créancier peut, d'abord, se déduire des motifs qui inspirent l'usage qu'il fait de ses droits. Elle peut, ensuite, découler de la manière dont il effectue cet usage. Enfin, la mauvaise foi peut parfois s'induire du résultat excessif auquel conduit cet usage. En vérité, seule deux premières catégories paraissent ressortir effectivement au domaine de la mauvaise foi. La première relève davantage de l'idée d'abus de droit, mais l'on sait qu'en l'absence de texte spécial en matière contractuelle, il est admis que l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil constitue un fondement juridique satisfaisant, lorsque l'un des contractants, bien que « *se tenant dans les limites précises du contrat, en épuise les prérogatives uniquement pour porter préjudice à l'autre partie* »¹⁹⁶¹. Cette solution entre tout naturellement dans l'acception classique de la notion de bonne foi. Le juge analyse l'exécution du contrat non par rapport à la lettre mais par référence à son esprit. Or, il est contraire à la bonne foi contractuelle de se servir du sens littéral des termes pour parvenir à causer un préjudice¹⁹⁶². La seconde catégorie se rattache également à la conception la plus classique de l'article 1134 al.3 du Code civil. Il y a absence de bonne foi lorsque l'une des parties exerce ses droits de manière malicieuse. Ainsi, le bailleur manque à l'exigence de bonne foi en effectuant une sommation de payer les loyers ou de faire des réparations obligatoires à son locataire, pendant les vacances annuelles de celui-ci¹⁹⁶³. En revanche, la troisième catégorie dégagée par M. Bénabent ne semble pas pouvoir relever de la bonne foi, sauf à altérer significativement le contenu de cette notion. Trois séries d'exemple peuvent servir à démontrer notre position.

419 . En premier lieu, le dernier état de la jurisprudence de la première Chambre civile de la Cour de cassation, en matière d'indétermination du prix, caractérise l'usage injustifié et inadapté de la notion de bonne foi. Il s'agit des fameux arrêts Alcatel du 29 novembre

¹⁹⁵⁹ Cf. supra n°410.

¹⁹⁶⁰ A. Bénabent, *Rapport français sur la bonne foi dans l'exécution du contrat*, op. cit., p.298 et suiv.

¹⁹⁶¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°101; CA Paris 5ème Ch. A, 25 janvier 1995, R.T.D. Civ. 1996, 158 obs. J. Mestre : « *validité de la clause de résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée mais exigence de bonne foi dans sa mise en oeuvre* ».

¹⁹⁶² Cass. Civ. 3ème, 11 mars 1976, Dalloz, 1978, 269, note Taisne, pour un vendeur voulant faire usage de sa faculté de dédit pour obtenir des sommes non prévues au contrat; Cass. Civ., 3ème, 8 avril 1987, Bull. Civ. III, n°88, pour un vendeur qui n'avait pas réclamé le paiement de la rente viagère depuis plus de 10 ans et qui soudainement demande l'entier paiement et le bénéfice de la clause résolutoire, ce « *brusque changement* » étant « *seulement dû à des dissensions familiales* ».

¹⁹⁶³ Cass. Civ. 3ème, 29 juin 1976, inédit, cité par J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°259; Cass. Civ. 3ème, 15 décembre 1976, Bull. Civ. III, n°465, R.T.D. Civ., 1977, 340, obs. G. Cornu.

1994¹⁹⁶⁴, qui ont fondé le refus d'annulation d'un contrat de location d'une installation téléphonique pour indétermination du prix sur l'exécution de bonne foi des obligations du bailleur, celui-ci n'ayant pas abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime. Par un raisonnement *a contrario*, il est permis de penser que si le bailleur avait profité de l'exclusivité imposée au locataire pour appliquer des prix excessifs, il aurait été sanctionné par la Cour de cassation, sans d'ailleurs que l'on sache si cette sanction prendrait la forme d'une annulation, en raison du visa de l'article 1129 du Code civil, ou d'une résolution pour inexécution. C'est donc bien l'excès dans la détermination du montant des prix que la Cour de cassation souhaite appréhender à l'aide de la notion de bonne foi. Cette dernière crée, en quelque sorte, une obligation de ne pas faire à la charge du bailleur, lequel ne doit pas profiter de l'exclusivité pour imposer au locataire des prix excessifs. Il ne s'agit plus, en l'espèce, d'un problème d'analyse de l'exécution du contrat par rapport à l'esprit des obligations qu'il contient, mais d'un véritable « *forçage* » du contrat par adjonction d'une obligation. Mais l'adjonction a pour finalité de restreindre les droits du créancier du prix, en bornant sa liberté d'en fixer le montant.

Or, la bonne foi ne peut expliquer ce phénomène. D'abord, il paraît excessif, voire dangereux, de postuler, dans une économie de marché fondée sur le libéralisme, que la perception d'un profit excessif est un acte de mauvaise foi. Même cantonné dans les limites du domaine des contrats exclusifs, ce jugement, non dénué de coloration morale, est à la fois sulfureux et subversif. Cette solution n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'idée très artificielle du devoir de coopération dans les contrats caractérisés par la domination d'une partie et la dépendance économique de l'autre. Ensuite, il faut reconnaître que le recours à l'article 1134 al.3 du Code civil n'est qu'une astuce textuelle destinée à revêtir d'un vêtement juridique un jugement fondé sur l'équité. Le rattachement artificiel à un texte rappelle étrangement ceux pratiqués en 1972 et 1978 par la Cour de cassation avec l'utilisation des articles 1951 et 1129 du Code civil¹⁹⁶⁵, ce qui a donné lieu à de nombreuses critiques. Enfin, cet artifice est condamnable dans la mesure où il ne permet pas d'expliquer le véritable sens de la jurisprudence. Tout le problème va désormais porter sur la définition du contenu de la bonne foi. Si imposer des prix excessifs dans un contrat exclusif semble contraire à la bonne foi, qu'en sera-t-il dans les contrats sans exclusivité mais dans lesquels l'une des parties se trouve soumise à la puissance économique de son partenaire? Dans ce cadre, la bonne foi est un « *standard juridique qui risque de susciter plus de questions qu'il n'en résout* »¹⁹⁶⁶.

Mieux vaut exprimer plus clairement les choses! La bonne foi, notion principalement psychologique, n'a pas grand rapport avec la jurisprudence dégagée par les arrêts Alcatel. D'ailleurs, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation vient de se prononcer, par quatre arrêts en date du 1er décembre 1995, en écartant l'article 1129 du Code civil du problème de la détermination du prix sans recourir à la notion de bonne foi. A notre sens, il suffit de constater qu'il existe une inégalité manifeste de puissance économique entre Alcatel et son cocontractant, pour comprendre que c'est cette puissance économique qui lui a permis d'imposer à son locataire une clause d'exclusivité. Il est certain que celui-ci n'avait, au

¹⁹⁶⁴ Arrêts précités, cf. supra n°325.

¹⁹⁶⁵ Cf. supra n°321 et suiv.

¹⁹⁶⁶ C. Jamin, R.T.D. Civ., 1995, 463, commentaires de la thèse de D. Boulanger, *L'indétermination de l'objet pécuniaire des contrats engendrant vente de marchandises*, thèse Lille, II, 1994; cf. cependant M. Ghestin pour qui la notion d'abus dans la fixation des prix doit être rapprochée de celle de bonne foi, note au JCP 1996 II 22565.

moment de la conclusion du contrat, aucun pouvoir de négocier les clauses-types insérées dans le contrat d'adhésion qui lui était proposé. A partir de là, la société Alcatel ne doit pas abuser de sa puissance économique pour imposer à son locataire des prix excessifs. Il importe peu de distinguer entre l'abus de puissance économique au moment de la formation du contrat d'une part, et l'abus de puissance économique commis en cours d'exécution d'autre part. Le résultat est en tout point identique : le contrat se révèle lésionnaire à un instant donné. On comprend donc bien que ce n'est pas la bonne foi qui explique la création par le juge d'une obligation de ne pas fixer des prix excessifs à la charge de la société Alcatel. L'explication provient de l'existence d'une inégalité de puissance économique entre contractants, et du constat que seule la création d'une obligation de ne pas imposer des prix excessifs en cours d'exécution est susceptible de prévenir la survenance d'un déséquilibre entre les valeurs des prestations réciproques. D'ailleurs, si les deux parties étaient de puissance économique équivalente, il serait opportun de laisser à la seule loi de l'offre et de la demande le soin de fixer les prix; les parties étant alors les meilleures juges de leurs intérêts.

420 . En deuxième lieu, il est fréquent d'expliquer le régime des clauses limitatives de responsabilité par la mauvaise foi du vendeur. MM. Malaurie et Aynès estiment à cet égard que « depuis 1950 environ, la jurisprudence assimile au vendeur de mauvaise foi (celui qui connaît les vices de la chose), le vendeur professionnel et le fabricant, ce qui a également pour conséquence d'aggraver leur responsabilité. Il leur est interdit de restreindre et, à plus forte raison, d'écarter la garantie légale, car ils sont tenus de connaître la chose qu'ils vendent »¹⁹⁶⁷. Cette opinion doctrinale, partagée par la plupart des auteurs, s'appuie sur une jurisprudence bien établie. Si le principe demeure celui de la licéité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité¹⁹⁶⁸, la Cour de cassation précise toutefois que le vendeur professionnel est tenu de connaître les vices affectant la chose qu'il vend et ne peut, par conséquent, se prévaloir d'une stipulation excluant à l'avance sa garantie pour vices cachés¹⁹⁶⁹. Mais, là encore la bonne ou la mauvaise foi ne peut servir de fondement à cette jurisprudence; non qu'il s'agisse d'un problème de formation des contrats alors que l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil ne vise que l'exécution; nous avons vu qu'il ne servait à rien de consacrer le principe de bonne foi dans l'exécution si c'est pour mieux l'écarter dans la formation¹⁹⁷⁰. La critique est beaucoup fondamentale. Outre le fait qu'il n'est pas opportun de présumer malhonnête ceux qui sont le moteur de l'économie, la notion de bonne foi ne peut expliquer le caractère irréfragable de la présomption. S'il s'agissait véritablement de sanctionner la mauvaise foi d'un contractant, il conviendrait de l'autoriser à faire la preuve de sa bonne foi. Or, même si le vice est indécélable le vendeur professionnel est tenu par la garantie légale des vices cachés, et la clause limitative ou exonératoire de responsabilité est déclarée nulle. Surtout, la notion de bonne foi n'explique pas pourquoi une telle clause est valide si l'acheteur est un professionnel de même spécialité que le vendeur¹⁹⁷¹. Sur un plan purement moral, l'obligation de ne pas vendre

¹⁹⁶⁷ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°432.

¹⁹⁶⁸ Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1982, Dalloz, 1982, 457, note C. Larroumet; J.C.P., 1984, II, 20215, note F. Chabas; R.T.D. Civ., 1983, 144, obs. Durry : Aucune disposition légale ne prohibe de façon générale l'insertion de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion.

¹⁹⁶⁹ Cass. Com., 17 décembre 1973, J.C.P., 1975, II, 17912, note R. Savatier.

¹⁹⁷⁰ Cf. supra n°401.

¹⁹⁷¹ Cass. Com., 8 octobre 1973, Bull. Civ. IV, n°272; J.C.P., 1975, II, 17927, note J. Ghestin; voir également P. Malinvaud, *Pour ou contre la validité des clauses limitatives de garantie des vices cachés dans la vente*, J.C.P., 1975, éd. CI, II, 11748; B. Starck, *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*, Dalloz, 1974, chron.157; J. Bigot, *Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre*

une chose viciée, ou d'avertir son cocontractant de l'existence d'un vice, est identique quelque soit la qualité ou les compétences de celui-ci¹⁹⁷². Il est tout de même difficilement admissible que, pour un même acte, le vendeur professionnel soit déclaré de bonne ou de mauvaise foi selon la qualité de son cocontractant!

Sans entrer dans le détail¹⁹⁷³, le point fondamental de cette jurisprudence est l'importance accordée par les tribunaux, y compris la Cour de cassation, au déséquilibre de puissance économique entre les parties contractantes. Lorsqu'il y a équilibre, les clauses limitatives sont valides. Lorsqu'il y a un déséquilibre manifeste, elles sont annulées eu égard aux conséquences excessives qu'elles sont susceptibles d'engendrer en cas de survenance d'un dommage. Derrière ce système c'est avant tout le consommateur que la jurisprudence cherche à protéger en interdisant aux professionnels de lui imposer une clause excluant toute indemnisation¹⁹⁷⁴.

421. En troisième lieu, il convient de s'intéresser au problème des clauses résolutoires de plein droit, qui ont, ces dernières années, donné l'occasion à la jurisprudence d'appliquer la notion de bonne foi. Le principe en la matière est celui de la validité des clauses résolutoires¹⁹⁷⁵, à condition toutefois que leur contenu soit exprimé de façon non-équivoque¹⁹⁷⁶. Cependant, pour des raisons d'équité, la Cour de cassation a tenté de tempérer la rigueur des effets de telles clauses, d'abord, en imposant un formalisme dont l'efficacité est douteuse¹⁹⁷⁷, ensuite, par l'utilisation de la fonction modératrice de la bonne foi¹⁹⁷⁸. Cette notion est utilisée par les juges pour entraver l'application et les effets de la clause résolutoire, ce qui est normal dans l'hypothèse où le créancier est à l'origine de l'inexécution des obligations par le débiteur¹⁹⁷⁹. En revanche, le recours à la notion de bonne foi devient critiquable lorsqu'il est clair que le créancier n'a fait que se comporter en contractant normalement diligent et prudent. Or, la Cour de cassation, dans un souci de protection du débiteur, paralyse les effets de la clause résolutoire sans qu'il y ait réellement mauvaise foi de la part du créancier¹⁹⁸⁰. Dans l'arrêt du 31 janvier 1995, une Cour d'appel est censurée pour ne pas avoir déclaré inefficace une clause résolutoire insérée dans un contrat de prêt. Pourtant, le banquier ne s'était pas comporté de mauvaise foi, dans la mesure où il avait attendu 6 ans pour procéder à une saisie de l'immeuble appartenant à ses débiteurs. Il faut rappeler que ceux-ci avaient obtenu des délais pour s'acquitter de leur

professionnels, J.C.P., 1976, I, 2755; L. Leveneur, *Vente entre professionnel et clause limitative de responsabilité*, Cont. Conc. Cons., mars 1994.

¹⁹⁷² M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992, n°153 : « le devoir moral d'information est trop exigeant pour être introduit tel quel dans le droit des contrats ».

¹⁹⁷³ Cf. infra n°664 et suiv.

¹⁹⁷⁴ P. Malinvaud, chronique précitée, n°19 : « *Le profane doit être protégée contre les risques qu'il encourt tant dans ses biens que dans sa personne en usant de produits entachés de vices cachés* ».

¹⁹⁷⁵ Cass. Civ., 2 juillet 1860, D.P., 1860, 1, 284; décision fondée sur le principe de la force obligatoire des conventions et du respect de la volonté des parties.

¹⁹⁷⁶ Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1986; R.T.D. Civ., 1987, 313, obs. J. Mestre; Cass. Civ. 3ème, 7 décembre 1988, Bull. Civ. III, n°176; Cass. Civ., 13 décembre 1988, Bull. Civ. I, n°353; Cass. Civ. 1ère, 16 juillet 1992, Bull. Civ. I, n°227; Cass. Civ. 3ème, 12 octobre 1994, IV, 2509.

¹⁹⁷⁷ Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, Bull. Civ. I, n°217, J.C.P., 1995, I, 3828, obs. C. Jamin, estimant qu'une lettre recommandée ne peut s'assimiler à un commandement de payer pour le déclenchement de la clause résolutoire.

¹⁹⁷⁸ Voir en dernier lieu : Cass. Civ. 1ère, 31 janvier 1995, Dalloz, 1995, 389, note C. Jamin; Dalloz, 1995, Som. Com., 230, obs. D. Mazeaud.

¹⁹⁷⁹ Cass. Civ. 3ème, 27 mai 1987, Bull. Civ. III, n°108; Cass. Civ. 3ème, 23 juillet 1986, Bull. Civ. III, n°130; Cass. Civ. 3ème, 15 décembre 1976, Bull. Civ. III, n°465; RTD. Civ. 1977, 340, obs. G. Cornu.

¹⁹⁸⁰ Cass. Civ. 3ème, 25 janvier 1983, Bull. Civ. III, n°21; Cass. Civ. 1ère, 31 janvier 1995, précité.

dette, et qu'ils ne les avaient pas respectés, si bien qu'une somme de 91 434 Francs était encore due. Franchement il est difficile de percevoir la mauvaise foi du banquier dans cette affaire!¹⁹⁸¹ D'ailleurs, la Cour de cassation se fonde, d'une part sur la bonne foi des débiteurs qui avaient remboursé l'intégralité du capital, comme si cela suffisait pour établir leur bonne foi et emporter la mauvaise foi du banquier, et d'autre part sur le délai écoulé entre la mise en demeure et la saisie immobilière, la patience du banquier se retournant contre lui. M. Jamin explique cette décision par la nature pénale de la clause résolutoire¹⁹⁸². En laissant écouler plusieurs années entre l'exigibilité des sommes et la mise en jeu de la clause résolutoire, le banquier ne pouvait plus bénéficier de l'effet comminatoire de cette clause, qui a pour objet « *de faire peser sur le débiteur la menace d'une sanction s'il ne respecte pas scrupuleusement les termes de son engagement* »¹⁹⁸³.

Mais, sans nier l'aspect pénal de la clause résolutoire, il faut se méfier des effets pervers d'un tel raisonnement, qui laisse la situation la plus enviable aux débiteurs de mauvaise foi qui n'exécutent pas pendant des années leurs engagements, et qui se montre d'une grande sévérité avec les débiteurs plus honnêtes mais dont l'exécution n'est pas entièrement satisfaisante. En outre, si telle est la véritable explication de la jurisprudence, on ne voit pas ce qu'apporte le notion de bonne foi. Mais peut-être était-il possible de déduire de la nature pénale de la clause résolutoire une autre conséquence? M. Jamin l'a pressenti lorsqu'il écrit que l'arrêt sanctionne « *la mise en oeuvre d'une clause résolutoire censée ne pas assez respecter les intérêts de l'une des parties* »¹⁹⁸⁴. Mais alors pourquoi la Cour de cassation ne le dit-elle pas explicitement? Car là est le coeur du problème : s'agissant de débiteurs en situation financière précaire¹⁹⁸⁵, la clause résolutoire paraît conférer au banquier prêteur un avantage excessif. La Cour de cassation a très certainement été sensible, d'une part à la faiblesse des sommes en jeu et à la gravité des conséquences familiales d'une vente forcée de l'immeuble et, d'autre part au fait que les sommes réclamées représentaient essentiellement des intérêts et des pénalités. C'est donc dans le caractère excessif des effets de la clause et dans le déséquilibre de puissance économique entre les parties qu'il faut chercher la motivation profonde de cette jurisprudence. M. Carbonnier l'a parfaitement compris : « *à la vérité, mieux que par un maniement de la bonne ou de la mauvaise foi contractuelle, cette jurisprudence pourrait se justifier comme l'exercice d'un pouvoir modérateur des juges, dont une autre manifestation est l'octroi des délais de grâce* »¹⁹⁸⁶. Il est exact que la modération des excès de la loi contractuelle est une préoccupation de plus en plus présente en droit positif. Il n'est plus question, aujourd'hui, de laisser une partie en situation de faiblesse à la merci de la « *férocité contractuelle* »¹⁹⁸⁷ d'un cocontractant d'une puissance économique incomparable. Ce n'est donc pas une question de bonne foi mais d'équité au sens où l'entendait Aristote¹⁹⁸⁸. Nous allons retrouver cette préoccupation à un autre moment stratégique de la vie du contrat : l'extinction.

¹⁹⁸¹ En ce sens, cf. les observations très critiques de M. D. Mazeaud, au Dalloz, 1995, Som. Com., 230, qui conclut ainsi : « *En définitive, la morale de cet arrêt est pour le moins surprenante. Est, en effet, susceptible d'être considéré de mauvaise foi le créancier qui, après avoir fait preuve d'indulgence, de patience et de tolérance envers son débiteur, s'avisera brusquement, le fourbe, de lui réclamer son dû! Comprenne qui pourra ...* ».

¹⁹⁸² D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, L.G.D.J., 1992, n°338.

¹⁹⁸³ C. Jamin, note sous Cass. Civ. 1ère, 31 janvier 1995, précité.

¹⁹⁸⁴ Op. cit.

¹⁹⁸⁵ L'arrêt précise que l'époux avait perdu son emploi.

¹⁹⁸⁶ J. Carbonnier, op. cit., n°113.

¹⁹⁸⁷ R. David, *Les contrats en droit anglais*, n°401, cité par MM. Malaurie et Aynès, in *Les obligations*, n°610.

¹⁹⁸⁸ Cf. supra n°185.

SECTION II

L'EXTINCTION

422 . Tout comme la formation et l'exécution, l'extinction du contrat est un moment crucial et sensible, au cours duquel des abus de puissance économique peuvent être constatés. A ce niveau, les problèmes posés par le déséquilibre de puissance économique entre contractants se distinguent, par leur nature et leur domaine, de ceux posés lors de la formation ou de l'exécution des contrats. Au moment de la formation, l'important est d'empêcher qu'un contractant économiquement puissant impose à un partenaire plus faible un contrat déséquilibré, lésionnaire. Lors de l'exécution, le juge sera attentif à ce que la pratique du contrat par les parties soit équitable et de bonne foi, c'est-à-dire conforme à l'esprit plutôt qu'à la lettre du texte conventionnel. Enfin, l'extinction du contrat pose le problème de la protection du contractant économiquement faible face à la volonté de rupture de son partenaire. Contrairement aux deux phases précédentes, la préoccupation du juge ne sera pas d'équilibrer le contrat, mais de restreindre les conséquences dommageables subies par la partie économiquement faible lors de l'arrivée du terme. Ainsi, le domaine d'étude est plus étroit que celui de la formation du contrat. Ici, seuls les contrats à exécution successive nous intéresseront¹⁹⁸⁹. A l'intérieur de cette catégorie, nous nous intéresserons tant aux contrats à durée indéterminée qu'aux contrats à durée déterminée, à partir du moment où ils se caractérisent par l'existence d'un lien de dépendance économique au détriment de l'une des parties¹⁹⁹⁰. C'est en effet dans ce type de contrats, dont l'exemple le plus caractéristique est celui des contrats de distribution, que la rupture du lien contractuel exacerbe les inégalités de puissance économique. Il suffit de songer aux conséquences économiques et financières que peut avoir pour un distributeur exclusif ou un franchisé, soumis à l'issue du contrat à une obligation de non-concurrence, l'extinction du contrat qui constituait l'intégralité de son activité économique. Bien entendu la jurisprudence et la doctrine ne sont pas restés insensibles devant la vulnérabilité de contractants en état de dépendance économique au moment de l'extinction du contrat. Mais les moyens juridiques utilisés ou proposés ne permettent pas d'assurer une protection efficace. Au contraire, ils provoquent une altération inutile et critiquable des principes classiques du droit des obligations qui régissent l'extinction des contrats. Ce phénomène peut être constaté tant sur le plan des conditions d'extinction des conventions que sur celui des conséquences de l'extinction.

PARAGRAPHE 1 - L'ALTERATION DES CONDITIONS D'EXTINCTION DES CONVENTIONS

¹⁹⁸⁹ Brière de l'Isle, *De la notion de contrat successifs*, thèse Lyon, 1969; I. Pétel, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier, 1984; M.L. Cros, *Les contrats à durée échelonnée*, Dalloz, 1989, chron. 49.

¹⁹⁹⁰ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, thèse L.G.D.J., 1986; M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in *Mélanges Marty* 1978, p.239, parlant de « *contrats de situation* »; voir également, G. Farjat, *Droit économique*, P.U.F., 1982.

423 . Les principes, en la matière, sont apparemment d'une extrême simplicité. Lorsque les parties sont convenues d'un terme extinctif, l'arrivée de celui-ci met fin de plein droit et sans formalité au contrat¹⁹⁹¹. Cette règle est expressément affirmée par l'article 1737 du Code civil : « *le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé* ». Il s'agit donc d'une interprétation amplifiante de cette disposition spéciale permettant d'en tirer une règle générale applicable à toutes les conventions. Dans les contrats à durée indéterminée, le principe est celui de la libre résiliation, c'est-à-dire que chacune des parties a la faculté unilatérale de rompre la convention¹⁹⁹². Généralement, ce principe se fonde sur l'interdiction des contrats perpétuels¹⁹⁹³ et l'idée selon laquelle un sujet de droit ne peut définitivement aliéner sa liberté¹⁹⁹⁴. La Cour de cassation veille à sauvegarder une stricte égalité de traitement en ouvrant aux deux parties la faculté de résilier le contrat¹⁹⁹⁵. Cependant, cette égalité juridique contraste avec l'inégalité de puissance économique qui existe parfois entre deux parties contractantes. Le législateur y a été sensible et a instauré des régimes dérogatoires du droit commun dans les hypothèses les plus flagrantes. Par exemple, le contrat de travail à durée indéterminée ne peut être rompu, par l'employeur, que selon certaines formes¹⁹⁹⁶ et sur le fondement d'une motivation traduisant une cause réelle et sérieuse¹⁹⁹⁷. De même, par exception au principe de l'effet automatique de la survenance du terme, le législateur dispose que les baux commerciaux ne cessent que par l'effet d'un congé donné au moins six mois à l'avance par acte extrajudiciaire¹⁹⁹⁸. En outre, toujours dans le but de protéger la partie présumée économiquement faible, le législateur autorise celle-ci à rompre le contrat avant l'arrivée du terme stipulé, qui pourtant a force obligatoire. Par exemple, le locataire peut résilier à tous moments, avec un préavis de trois mois, le bail d'habitation conclu pour trois ans¹⁹⁹⁹.

424 . La jurisprudence ne s'est pas montrée passive face à ce mouvement législatif destiné à assurer aux contractants en situation de vulnérabilité un régime juridique protecteur au moment de la rupture. Le propre du système de protection législatif est d'être abstrait, et de procéder par généralité. Or, il existe, en dehors des catégories de contractants protégées par les dispositions légales, d'autres personnes économiquement faibles prises sous la dépendance de la puissance de leur partenaire. La stricte égalité juridique du droit commun de l'extinction des contrats ne permet pas de les protéger contre les abus de puissance économique dont ils sont parfois victimes. La jurisprudence, encouragée par une

¹⁹⁹¹ I. Pétel, op. cit., n°430 et suiv.; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°220.

¹⁹⁹² O. Porum, *La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale*, thèse Paris, 1937; M. Sagues, *La rupture unilatérale des contrats*, thèse Paris, 1937; B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris, II, 1973; J. Carbonnier, op. cit., n°139; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°388; J. Ghestin, op. cit., n°238 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°321; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°277 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1208; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°454; P. Simler, l'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, J.C.P., 1971, I, 2413.

¹⁹⁹³ Cf. supra n°358 et suiv.

¹⁹⁹⁴ Cass. Civ. 1ère, 5 février 1985, Bull. Civ., I, n°54 : « *Dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte (1134 C. Civ.), offerte aux deux parties* ». Cf. pour la reprise de cette formule : Cass. Com., 31 mai 1994, J.C.P., 1994, IV, 1939.

¹⁹⁹⁵ Cf. arrêts précités.

¹⁹⁹⁶ Entretien préalable, lettre recommandée avec A.R. ou remise en main propre.

¹⁹⁹⁷ L. 122-14 et suiv. du Code du travail.

¹⁹⁹⁸ Article 5 du décret du 30 septembre 1953.

¹⁹⁹⁹ Article 12 de la loi du 6 juillet 1989.

certaine partie de la doctrine et animée par un légitime souci d'équité, tente de rééquilibrer le rapport de force en imposant des conditions de forme et de fond à l'extinction du contrat régi pourtant par le droit commun, ce qui n'est pas sans entraîner certaines perturbations du droit positif.

A - LES CONDITIONS DE FORME

425 . Nous nous cantonnerons à l'étude des causes normales d'extinction, les causes anormales posant des problèmes qui relèvent de l'exécution des contrats²⁰⁰⁰. Dans les contrats à durée déterminée, la cause normale d'extinction est la survenance du terme sans qu'aucune formalité ne soit exigée²⁰⁰¹. Pourtant, dans les contrats de distribution caractérisés par l'existence d'un lien de dépendance économique, la Cour de cassation a fini par admettre que le fournisseur, partie généralement puissante, devait informer suffisamment à l'avance son distributeur de sa décision de non-renouvellement du contrat²⁰⁰². Cette solution s'est notamment développée à propos du contrat de concession commerciale²⁰⁰³. M. Virassamy a expliqué que cette jurisprudence avait pour origine directe le lien de dépendance existant entre le concédant et le concessionnaire²⁰⁰⁴. Il est exact que le déséquilibre de puissance économique entre le concédant et le concessionnaire a joué un rôle déterminant dans l'obligation faite au premier d'informer le second de sa décision de ne pas renouveler le contrat dans un délai « *lui permettant de faire face à la situation nouvelle que représente la cessation prochaine de son contrat* »²⁰⁰⁵. D'ailleurs, il semble que cette obligation soit unilatérale, et à la seule charge du cocontractant dominant. Il n'existe pas, en effet, à notre connaissance de décision de la Cour de cassation qui oblige le concessionnaire à informer par avance le concédant de sa décision de ne pas renouveler le contrat au terme initialement prévu. Dans ce sens la rupture du fait de la survenance du terme est entièrement soumise au droit commun et régie par le principe de l'effet automatique du terme.

426 . Force est de reconnaître qu'il s'agit d'une altération des effets classiques du terme extinctif, qui, en l'absence de disposition légale particulière, produit l'extinction immédiate et automatique du contrat²⁰⁰⁶. A vrai dire, cette altération ne serait pas critiquable si elle permettait de protéger efficacement le concessionnaire, et tous les contractants en situation

²⁰⁰⁰ Cf. supra n°421 et suiv. nos développements sur la clause résolutoire de plein droit et la tentative de protéger le débiteur de l'obligation inexécutée par un renforcement rempart du formalisme.

²⁰⁰¹ Cf. les auteurs cités supra; et par exemple Cass. Civ., 3ème, 20 juin 1989, Dalloz, 1989, I.R., 206 : « *le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé* ».

²⁰⁰² Cass. Com., 13 juin 1978, Dalloz, 1978, I.R., 423; Cass. Com., 30 novembre 1982, Bull. Civ. IV, n°392; voir aussi : C.A. Paris, 12 novembre 1962, Dalloz, 1963, Som. Com., 25; C.A. Paris, 2 février 1962, Dalloz, 1962, 514, obs. J. Hémar; C.A. Paris, 19 novembre 1969, J.C.P., 1970, II, 16253; la Cour de cassation avait commencé par appliquer le droit commun en refusant d'imposer un préavis Cass. Com., 5 juillet 1962, G.P., 1962, 2, 161.

²⁰⁰³ D. Ferrier, *Concession commerciale*, Ency. Dalloz, n°215.

²⁰⁰⁴ G. Virassamy, thèse précitée, n°293.

²⁰⁰⁵ Op. cit.

²⁰⁰⁶ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°220 : « *l'échéance du terme produit un effet automatique en ce que le contrat cesse de produire ses effets pour l'avenir sans que les parties aient à manifester leur volonté; le terme extinctif opère de plein droit* ».

de dépendance économique. Mais tel n'est pas le cas. Il est douteux qu'une simple condition de forme puisse instaurer une protection réelle²⁰⁰⁷. Il suffira au contractant économiquement puissant de respecter quelques mois de préavis pour priver son partenaire d'un contrat essentiel à sa survie économique. Le véritable problème ne se situe pas dans le préavis²⁰⁰⁸, mais dans la durée du contrat; la partie économiquement puissante imposant fréquemment à son partenaire des contrats successifs de courte durée, renouvelables par tacite reconduction. Si le concessionnaire a réalisé des investissements massifs, qui s'amortissent par exemple sur cinq ans, et que le contrat de concession est d'une durée annuelle renouvelable, le préavis de quelques mois ne sera pas suffisant pour empêcher le préjudice que causerait un non-renouvellement du contrat la première ou la deuxième année. Le législateur l'a très bien compris lorsqu'il qualifie de contrat à durée indéterminée le contrat d'agent commercial conclu pour une durée déterminée et qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme²⁰⁰⁹. Il en est de même lorsque le règlement d'exemption CEE, n°123/85 de la commission du 12 décembre 1984 impose une durée minimale de quatre ans pour les contrats de concession automobile²⁰¹⁰, sachant qu'un projet de règlement communautaire prévoit de faire passer la durée minimale de quatre à cinq ans²⁰¹¹. En conséquence, la protection n'est pas tant dans le délai de prévenance, puisque le cocontractant connaît l'existence et la date du terme extinctif, que dans le maintien du contrat pendant une durée compatible avec l'amortissement des investissements effectués à la demande du concédant. A défaut, le contrat serait manifestement déséquilibré, puisque le concédant bénéficiera, sans contrepartie, des investissements de notoriété effectués par le concessionnaire, tandis que celui-ci supportera le coût de ses investissements après l'extinction du contrat, sans percevoir les profits afférents à l'exploitation.

427. S'agissant des contrats à durée indéterminée, la jurisprudence et la doctrine admettent l'existence d'une obligation de respecter un délai de préavis raisonnable avant toute rupture, et ce même en l'absence de clause contractuelle expresse²⁰¹². Cette règle « *correspond au légitime souci d'éviter à la victime de la rupture de subir un préjudice trop important en lui permettant de faire face à la situation et de conclure un nouveau contrat* »²⁰¹³. Elle trouve son fondement légal soit dans l'article 1134 al.3²⁰¹⁴, soit sans l'article 1315 du Code civil²⁰¹⁵. Les délais de préavis imposés par le législateur, quant à eux, sont évidemment d'ordre public, les parties ne pouvant y déroger dans un sens défavorable à celle d'entre elles qui fait l'objet de la protection légale. Qu'en est-il en l'absence de dispositions spéciales? Un arrêt de la première Chambre civile, interprété *a contrario*, semble conférer un caractère supplétif à l'exigence d'un préavis dans les

²⁰⁰⁷ Cf. supra n°226 et suiv. sur le formalisme.

²⁰⁰⁸ Cf. toutefois A. Robert, *La protection contre la rupture abusive des contrats à durée déterminée par la théorie du congé et du préavis*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, L.G.D.J., 1960, p.37.

²⁰⁰⁹ Art. 11, loi n°91593 du 25 juin 1991, relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants.

²⁰¹⁰ Art. 5. 2, 2.

²⁰¹¹ Cf. J.C.P., 1994, éd. E., n°26, p.266.

²⁰¹² Cass. Com., 8 avril 1986, Bull. Civ. IV, n°58; Dalloz, 1988, Som., 19 obs. D. Ferrier; Cass. Com., 5 décembre 1984, Bull. Civ. IV, n°275; **contra** : Cass. Civ. 1ère, 13 février 1967, Bull. Civ. I, n°59, arrêt qui est toutefois resté isolé; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°246; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°834; D. Ferrier, op. cit., Ency. Dalloz, n°214.

²⁰¹³ J. Azéma, thèse précitée, n°228.

²⁰¹⁴ Cass. Com., 31 mai 1994, J.C.P., 1994, IV, 1939.

²⁰¹⁵ J. Ghestin, op. cit., n°246; il est sans doute préférable de fonder cette solution sur l'équité et l'usage.

contrats à durée indéterminée²⁰¹⁶. Il est certain que, si l'exigence d'un préavis raisonnable est fondée sur la notion de bonne foi, les parties peuvent alors stipuler valablement dans leur convention que chacune d'entre elles pourra la résilier immédiatement. A partir du moment où une telle clause est insérée, la partie qui résilie la convention sans délai de prévenance ne peut être considérée de mauvaise foi²⁰¹⁷. C'est d'ailleurs peut-être la raison pour laquelle le législateur a éprouvé le besoin de préciser, dans l'article 60 de la loi bancaire du 1er mars 1984, que tout concours non occasionnel à durée indéterminée, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Cet article ne semble être que la traduction du droit commun qui impose un délai de préavis avant la résiliation de tout contrat à durée indéterminée. Son utilité est donc de conférer à cette disposition, en matière de concours bancaire, un caractère d'ordre public pour empêcher les banquiers d'insérer une clause dérogatoire dans leurs conditions générales contractuelles.

En l'absence de texte, la protection de la partie économiquement faible, par le biais du délai de préavis, est donc très légère. Elle n'est pas inutile, car elle lui donne quelques mois pour trouver une solution de remplacement, mais elle est insuffisante dans la mesure où ce délai est relativement court. Il faut, en outre, penser à la clause de non-concurrence qui empêchera le distributeur d'exercer, pendant plusieurs années, la même activité dans la zone géographique qui était la sienne, de telle sorte que les investissements de notoriété qu'il a effectués ne lui bénéficieront plus jamais. M. Virassamy, conscient de l'insuffisance de la protection conférée par l'exigence d'un préavis, a proposé de renforcer, dans les contrats de dépendance, les conditions de fond présidant à leur extinction. Ce renforcement tourne autour des idées de motivation de la rupture et d'indemnisation du cocontractant qui en est la victime.

B - LES CONDITIONS DE FOND

428. Les principes de base régissant les conditions de fond de l'extinction du contrat sont, également, relativement simples. Pour les contrats à durée indéterminée, chaque partie a la faculté de résilier unilatéralement sans avoir à donner de motif, ni d'explication. C'est une conséquence directe de la prohibition des contrats perpétuels. M. Houin a qualifié la rupture du contrat d'acte juridique unilatéral mettant fin à la convention²⁰¹⁸. Il existe, pour cet auteur, un véritable droit de rupture d'essence objective et impérative²⁰¹⁹. Ce droit de rompre²⁰²⁰ est donc manifestement incompatible avec d'éventuelles obligations de motivation de la rupture²⁰²¹ ou d'indemnisation²⁰²². En ce qui concerne les contrats à

²⁰¹⁶ Cass. Civ. 1ère, 17 juillet 1985, Bull. Civ. I, n°231; en ce sens M. Béhar-Touchais, *Extinction du contrat : les causes*, Juris. Class., Contrats et Distribution, Fasc.175, n°119; voir pour une analyse plus réservée: J. Ghestin, op. cit., n°246.

²⁰¹⁷ Du moins dans l'acception stricte de cette notion.

²⁰¹⁸ B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris, II, 1973, p.2 et suiv.

²⁰¹⁹ Sur le caractère d'ordre public du droit de résiliation unilatéral, cf. J. Ghestin, op. cit., n°240.

²⁰²⁰ A proprement parler, il s'agit davantage d'une liberté de rompre le contrat à durée indéterminée que d'un droit.

²⁰²¹ Cass. Com., 15 décembre 1969, Bull. Civ. IV, n°384; J.C.P., 1970, II, 16391, note J.H.

durée déterminée, le principe est qu'à l'échéance du terme extinctif stipulé, les effets des contrats cessent de plein droit sans qu'une partie ait un droit au renouvellement²⁰²³. En ce sens, la Cour de cassation a décidé que « *s'agissant d'un contrat conclu pour une durée déterminée d'un an dénoncé plus de trois mois avant son expiration (...) le concédant n'avait pas de motifs à fournir pour justifier sa décision d'y mettre fin* »²⁰²⁴. Le corollaire de ce principe est que jusqu'à l'échéance du terme le contrat emporte un effet obligatoire, aucune des parties ne pouvant, sauf inexécution d'une obligation ou *mutuus dissensus*, se délier du contrat²⁰²⁵.

429. Ces solutions de principe conviennent parfaitement lorsque les parties sont sur un pied d'égalité et luttent avec les mêmes armes, si l'on veut utiliser un vocabulaire qui insiste sur les relations antagonistes souvent présentes dans les contrats. Mais, dès qu'il y a déséquilibre de puissance économique entre les contractants, l'égalité juridique du traitement renforce la dépendance économique et la vulnérabilité de la partie faible. Le législateur a imposé, dans certains contrats, une obligation de motivation de la rupture ou, à défaut, d'indemnisation de la partie qui l'a subie, lorsqu'elle est économiquement faible. Par exemple, l'employeur qui souhaite rompre un contrat de travail à durée indéterminée est dans l'obligation de démontrer la cause réelle et sérieuse qui a motivé sa décision. Dans le contrat d'agent commercial, la loi du 25 juin 1991 a prévu une indemnisation destinée à compenser le préjudice découlant de la rupture du contrat²⁰²⁶. En dehors des dispositions législatives particulières, certaines juridictions et une partie de la doctrine tentent d'étendre des mécanismes semblables aux hypothèses dans lesquelles une partie se trouve, compte tenu de son état de dépendance économique, assujettie à son partenaire. Dans ce cas, il est vrai que le non renouvellement d'un contrat à durée déterminée ou la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, qui procure à la partie assujettie l'intégralité de son travail et de ses revenus, a des conséquences préjudiciables et souvent dramatiques. A partir du moment où les franchisés et les concessionnaires se trouvent dans une situation économique aussi précaire que le salarié, le locataire ou l'agent commercial, pourquoi ne pas les faire bénéficier, eux aussi, d'une protection renforcée de nature à interdire au contractant économiquement puissant de mettre fin discrétionnairement au contrat? C'est en ce sens que doivent être étudiés l'utilisation de la notion d'abus de droit et la proposition d'exiger une motivation de la rupture.

1/ L'UTILISATION DE LA NOTION D'ABUS DE DROIT

²⁰²² P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°834, citant parmi une jurisprudence constante, Cass. Com., 5 décembre 1984, Bull. Civ. IV, n°332.

²⁰²³ Sauf dispositions légales contraires.

²⁰²⁴ Cass. Com., 30 novembre 1982, Bull. Civ. IV, n°392; voir aussi Cass. Com., 4 février 1986, Dalloz, 1988, Somm., p.19; Cass. Com., 9 juin 1992, Cont. Conc. Cons., 1992, n°223, obs. L. Leveneur; Cass. Com., 6 janvier 1987, Bull. Civ. IV, n°7, R.T.D. Com., 1988, 122, obs. J. Hémar et B. Bouloc.

²⁰²⁵ Voir cependant un arrêt demeuré isolé qui a caractérisé un abus de droit à l'encontre d'un bailleur qui avait, sans intérêt, refusé à son locataire une résiliation anticipée du contrat de bail d'habitation conclu à durée déterminée. Cass. Civ. 3ème, 22 février 1968, Bull. Civ. III, n°71; Dalloz, 1968, 607, note P. Malaurie; R.T.D. Civ., 1968, 735 obs. G. Cornu; décision très critiquée par J. Azéma, thèse précitée, n°282 bis; et J. Ghestin, op. cit., n°222.

²⁰²⁶ L'indemnisation est écartée en cas de faute grave de l'agent, de rupture à l'initiative de l'agent ou de cession à un tiers du contrat d'agence. Art. 13.

430 . Notre propos n'est ni d'entrer dans le débat sur le fondement ou le critère de l'abus de droit²⁰²⁷, ni de prendre position sur la question du caractère discrétionnaire ou non du droit de rupture d'un contrat à durée indéterminée²⁰²⁸. Il importe seulement de montrer comment, par une altération de la notion d'abus de droit, la jurisprudence tente, souvent en vain, de protéger la partie contractante en situation de dépendance économique²⁰²⁹. Ce phénomène se retrouve tant au moment de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, qu'à celui du refus de renouvellement d'un contrat à durée déterminée arrivé à échéance. Dans les deux cas, l'abus de droit se révèle inadapté au but poursuivi.

a - L'altération de la notion d'abus de droit

431 . La jurisprudence a, d'abord, tendance à altérer la notion d'abus de droit pour essayer de sanctionner le franchiseur ou le concédant qui refuse de renouveler un contrat de distribution à l'échéance²⁰³⁰. Le refus de renouvellement étant traditionnellement rattaché à la catégorie des droits discrétionnaires²⁰³¹, on ne sera pas étonné de constater que la Cour de cassation censure régulièrement les Cours d'appel faisant référence, dans cette hypothèse, à l'abus de droit. Mais la fréquence des arrêts de censure dénote un malaise profond, une inadéquation entre la réalité économique et la règle de droit. Par exemple, n'a pas été considéré comme abusif le refus de renouveler le contrat de distribution malgré le maintien des relations avec le concessionnaire au-delà du terme contractuel²⁰³², ou en dépit de la promesse faite à tous les membres du réseau de tenir compte de leur efficacité²⁰³³, ou encore en l'absence de manquements caractérisés aux obligations découlant du contrat²⁰³⁴. Plus récemment, le problème de l'importance du volume et de la durée d'amortissement des investissements imposés au distributeur est devenu d'une acuité significative. Dans un arrêt en date du 4 janvier 1994, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré

²⁰²⁷ Cf. sur ce point J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°761 et suiv.; M. Jeantin, *Abus de droit*, Juris. Class. civil, Art. 1382 à 1386, Fasc.131-1; la controverse doctrinale est loin d'être close, s'agissant du fondement et du critère de l'abus de droit. Mais peut-être pourrait-on concevoir de ramener la notion d'abus de droit dans un domaine à la fois plus restreint et juridiquement plus précis que celui qui est actuellement le sien? M. Jeantin a montré qu'aucun critère, proposé par la doctrine, ne peut réellement expliquer la jurisprudence en la matière, ce qui s'avère fâcheux pour la cohérence et la fonction didactique du droit. Il est donc permis de se demander si nous ne devrions pas revenir à une conception plus compacte et homogène de l'abus de droit, recentrée sur le critère de l'intention de nuire comme le proposaient Ripert (*La règle morale dans les obligations civiles*, n°103 bis) et Savatier (*Traité de responsabilité civile*, 1939, n°383).

²⁰²⁸ Cf. B. Houin, thèse précitée, p.556; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°247; J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°775, discutant l'existence de la catégorie des droits discrétionnaires.

²⁰²⁹ Cf. A. Karimi, *L'application du droit commun en matière de clauses abusives après la loi du 1er février 1995*, JCP 1996 I 3918; *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Thèse Strasbourg 1995. Selon cet auteur, la théorie de l'abus de droit pourrait constituer le fondement juridique de l'annulation par le juge des clauses abusives.

²⁰³⁰ Cf. la jurisprudence citée par M. Jeantin, *Abus de droit*, Juris. Class. civil, Art. 1382 à 1386, Fasc.131-2, n°33 et suiv.

²⁰³¹ J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°705 et suiv.

²⁰³² Cass. Com., 3 mai 1979, Bull. Civ. IV, n°140; Dalloz, 1979, 364.

²⁰³³ Cass. Com., 3 décembre 1980, Bull. Civ. IV, n°410.

²⁰³⁴ Cass. Com., 30 novembre 1982, Bull. Civ. IV, n°392.

un arrêt de Cour d'appel qui avait condamné un concédant à payer à son concessionnaire des dommages-intérêts pour « *usage abusif du droit de ne pas contracter* » à la suite de son refus de renouveler le contrat. La Cour d'appel avait pourtant pris soin de relever que le concessionnaire avait, sur ordre du concédant, effectué d'importants travaux pour scinder les organisations commerciales des diverses autres marques qui lui étaient concédées²⁰³⁵. La doctrine s'est montrée très critique à l'encontre de cette décision de la Cour de cassation. M. Jamin, invoquant l'autorité de Demogue²⁰³⁶, considère que « *l'écoulement du temps doit influencer sur le régime du contrat, qui lorsqu'il est formé, dépasse les seuls intérêts antagonistes des parties pour renforcer une exigence de coopération et de loyauté exigée par le droit positif actuel en vue d'enrichir leur relation* »²⁰³⁷. Pour sa part, M. Virassamy regrette également cette solution en estimant que « *le concédant qui a demandé, et pour parler sans ambages, qui a imposé des investissements devrait laisser à son cocontractant le temps de les amortir conformément à l'exigence de bonne foi et de loyauté dans l'exécution du contrat* »²⁰³⁸.

432. Sur le plan de l'équité, ainsi que sur celui de l'utilité économique, l'opinion de ces auteurs est justifiée et pertinente. Cependant, la Cour de cassation a eu raison, sur le plan de la technique juridique, de censurer la Cour d'appel qui avait altéré les conditions d'application de l'abus de droit. Il ne faut pas assimiler cette notion avec celles de faute, de loyauté ou de bonne foi²⁰³⁹. En premier lieu, le droit de ne pas contracter est un droit discrétionnaire²⁰⁴⁰, ou plus exactement une liberté. « *Toute personne est libre en principe de refuser d'entrer en relations juridiques avec une autre. Si cette abstention est dictée par une pensée de haine, cette personne manque au devoir de charité et d'assistance, mais cette violation du devoir moral n'est pas assez coupable pour que le juge s'en occupe. Il n'y aurait abus de droit de ne pas contracter que si une personne avait le devoir de contracter (...) mais alors il n'y a plus de droit de ne pas contracter et il n'est plus besoin de parler d'abus* »²⁰⁴¹. A cet égard, il est difficile de comprendre comment l'écoulement du temps ou la succession de contrats à durée déterminée transformeraient la liberté de ne pas contracter en abus de droit. Au mieux, il y aurait une faute, compte tenu de la généralité et de l'imprécision de ce « *droit* »²⁰⁴². En second lieu, la Cour d'appel ne caractérisait pas l'intention de nuire du concédant, élément qui est pourtant une condition essentielle pour que l'abus de droit soit constitué²⁰⁴³. Mais la Cour de cassation semble évoluer vers une conception plus large de l'abus de droit, contribuant ainsi à l'altération de cette notion.

²⁰³⁵ Cass. Com., 4 janvier 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°69 obs. L. Leveneur, R.J.D.A., 1994, n°644; J.C.P., 1994, I, 3757, n°10 et suiv., obs. C. Jamin; Dalloz, 1995, 355, note G. Virassamy.

²⁰³⁶ *Traité des obligations en général*, t.6, 1931, n°3.

²⁰³⁷ Op. cit., n°11.

²⁰³⁸ Note au Dalloz, 1995, 356, n°3.

²⁰³⁹ En ce sens, cf. F. Fabre-Magnan, obs. sous Cass. Com., 5 juillet 1994, J.C.P., 1995, I, 3828, n°4, *De l'usage abusif de la notion d'abus de droit*.

²⁰⁴⁰ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°100; Rouast, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, R.T.D. Civ., 1944, 1.

²⁰⁴¹ G. Ripert, op. cit., n°100; cf. pour une exception au principe de liberté ne pas contracter: art. 36-2 ord. 1er déc. 1986.

²⁰⁴² Cf. J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°769 proposant comme critère de distinction entre la liberté et le droit, la notion de « *précision des prérogatives* »; voir en ce sens, Pirovano, *La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand*, Dalloz, 1972, chron.67, n°14.

²⁰⁴³ J. Carbonnier, op. cit., n°125; P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°122 et suiv.; voir pour une analyse nuancée, se référant à la théorie de la finalité sociale des droits de Josserand : J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., n°786 et suiv.; **contra** pour une assimilation des notions d'abus de droit et de faute : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°458; voir pour une démonstration de l'insuffisance de l'ensemble des critères proposés: M. Jeantin, op. cit., n°25 et suiv.

Dans un arrêt du 5 juillet 1994, la Chambre commerciale a, même si en fin de compte l'abus de droit n'a pas été retenu en l'espèce, constaté que « *le franchisé ne justifiait pas que, du fait de l'activité déployée et les dépenses faites par lui en exécution du contrat, le refus de renouvellement du contrat par le franchiseur ait présenté le caractère d'un abus de droit (...)* »²⁰⁴⁴. Implicitement, la Cour de cassation paraît admettre que le refus de renouvellement d'un contrat pourrait dégénérer en abus de droit dans l'hypothèse d'une activité déployée importante et de dépenses significatives. Or, il est bien difficile de comprendre en quoi ces faits sont de nature à obliger les franchiseurs à renouveler le contrat arrivé à terme, à peine de commettre un abus de droit. Où seraient donc l'abus et l'intention de nuire? Il est certain que le franchisé, ou le concessionnaire, avait conscience au jour de la conclusion du contrat qu'il existait un risque de non renouvellement à l'échéance. S'il a accepté de courir ce risque et d'investir des sommes importantes sans garantie de durée, il n'est guère possible de reprocher à son cocontractant un abus de droit dans le refus de renouvellement²⁰⁴⁵.

433. Une dénaturation identique peut être relevée dans la résiliation unilatérale des contrats de distribution à durée indéterminée. L'abus de droit va, alors, servir de frein à la rupture des relations contractuelles, lorsque le contractant en situation de dépendance n'a pas démerité et a correctement exécuté ses obligations. M. Houin considère que l'intention de nuire, caractérisant l'abus de droit, est constitué « *lorsque le cocontractant, sans y trouver avantage, rompt la convention dans le seul but de porter atteinte aux droits de l'autre partie* »²⁰⁴⁶. Cette proposition n'est pas, en soi, critiquable, car elle est une application correcte de la notion classique d'abus de droit. Mais il convient de se montrer plus circonspect lorsque l'auteur écrit que l'abus se manifeste, dans le cadre d'une rupture de contrat, si l'une des parties « *cherche à réaliser une appropriation personnelle des avantages nés du contrat, et qui devraient profiter à toutes les parties* »²⁰⁴⁷. En effet, dans cette hypothèse, il n'y a pas véritablement intention de nuire puisque la partie qui prend l'initiative de la rupture ne fait qu'agir dans son propre intérêt²⁰⁴⁸. Si l'on recherche la motivation véritable de la rupture, il y a fort à parier qu'on la trouvera davantage dans la volonté de réaliser une opération économiquement profitable, que dans celle de nuire à son cocontractant. Ici, le préjudice subi par celui-ci n'est qu'une résultante, qu'un effet induit. Admettre, dans ce cas précis, l'existence d'un abus de droit serait extrêmement dangereux, puisqu'il suffirait qu'un acte cause fortuitement un dommage à autrui pour entraîner la condamnation de son auteur. Une conception aussi lâche de l'abus de droit est inadaptée à la réalité du monde économique, dans lequel l'idée de concurrence contient, en elle-même, le principe de licéité du dommage économique causé aux concurrents.

434. C'est dans un arrêt en date du 5 avril 1994, que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a véritablement dénaturé la notion d'abus de droit²⁰⁴⁹. En l'espèce, un contrat de concession automobile d'une durée annuelle, se renouvelait depuis 1963. En

²⁰⁴⁴ Cont. Conc. Cons., 1994, n°219, obs. L. Leveneur.

²⁰⁴⁵ Cf. infra n°690 et suiv.; 766 et suiv., en réalité le problème ne se situe pas au moment du renouvellement du contrat mais au niveau de la fixation de sa durée initiale.

²⁰⁴⁶ Thèse précitée, n°561.

²⁰⁴⁷ Op. cit., n°561.

²⁰⁴⁸ On sait que l'absence d'intérêt de l'acte pour la partie qui le réalise sert de présomption à l'intention de nuire.

²⁰⁴⁹ Cass. Com., 5 avril 1994, Bull. Civ. IV, n°326; Cont. Conc. Cons., 1994, n°159, obs. L. Leveneur; R.T.D. Civ., 1994, 603, obs. J. Mestre; Dalloz, 1995, Som. Com., 90, obs. D. Mazeaud, J.C.P., 1994, I, 3803, n°7 et suiv., obs. C. Jamin; R.J.D.A., 1994, n°921; Dalloz, 1995, 355, note G. Virassamy.

1986, les parties concluaient un contrat à durée indéterminée. Le 28 janvier 1988, le concédant résiliait le contrat avec effet le 31 janvier 1989, ce qui constituait un préavis très raisonnable. Or, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir qualifié cette rupture d'abus, aux motifs que le concessionnaire avait consenti à la demande du concédant, « *d'importants efforts d'investissement et de publicité* », et que celui-ci était un concessionnaire « *ancien et des plus importants* », « *qui n'avait pas démerité* ». Cet arrêt a été approuvé par M. Ghestin, qui y voit une référence directe aux notions de bonne foi, de loyauté et de coopération²⁰⁵⁰. Il l'est aussi par MM. Jamin et Mazeaud, qui déduisent très justement la nécessité d'assurer la pérennité du lien contractuel en fonction de l'importance des investissements imposés par le concédant²⁰⁵¹. Certes, on ne peut que partager l'opinion de ces deux derniers auteurs, mais comment ne pas éprouver un certain scepticisme quant à l'utilisation de la notion d'abus de droit en pareil cas?

M. Mestre relève que « *le comportement du concédant n'était, en effet, guère critiquable* »²⁰⁵². L'application à l'espèce de l'abus de droit n'est pas adéquate. Il n'est pas établi que le concédant ait voulu nuire à son partenaire. Au contraire, un préavis d'une année a été observé. On est donc très loin de la brusque rupture que constate parfois la Cour de cassation pour dire qu'il y a abus de droit²⁰⁵³. On est également éloigné de l'hypothèse de l'inexécution grave des obligations du concédant ou du franchiseur²⁰⁵⁴. Dans l'arrêt du 5 avril 1995, le concédant n'a commis aucun abus de droit, ni dans les mobiles par l'intention de nuire, ni dans les moyens par une rupture brusque ou vexatoire. En réalité, la Cour de cassation cherche à limiter le droit de résiliation unilatérale du contrat afin de protéger la partie économiquement faible qui a correctement exécuté ces obligations. Mais la notion de l'abus de droit n'est pas adaptée à cet objectif.

b - L'inadaptation de la notion d'abus de droit

435 . L'abus de droit n'est pas susceptible de sanctionner efficacement et logiquement certains abus de puissance économique, et on a constaté l'artifice qui a consisté à l'appliquer à une situation dans laquelle le concédant n'avait pas abusé de son droit de résiliation, ni quant aux motifs ni quant aux moyens. La meilleure preuve en est apportée grâce au raisonnement par l'absurde. S'il est fréquent que le fournisseur économiquement dominant impose des investissements au distributeur, il lui arrive, en pratique, d'en supporter une partie. Imaginons un concédant qui réalise de lourds investissements pour

²⁰⁵⁰ J. Ghestin, op. cit., n°247.

²⁰⁵¹ Cf. obs. précitées.

²⁰⁵² Cf. obs. précitées.

²⁰⁵³ Cass. Com., 28 juin 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°218, obs. L. Leveneur; Cass. Com., 28 février 1995, Cont. Conc. Cons., 1995, n°82, obs. L. Leveneur; D. Manguy, *Vers l'abus du droit de mettre fin à des relations commerciales*, Cah. dr. entrep. 1995, n°6. Dans l'arrêt du 28 février 1995, la Cour de cassation semble déduire l'abus de droit, non seulement de l'absence de préavis lors de la rupture, mais également de la constitution de stocks importants par la société victime de la rupture. En fait, il s'agit de constater l'existence d'un déséquilibre entre l'importance des stocks du fournisseur et la rapidité avec laquelle les relations commerciales ont été rompues.

²⁰⁵⁴ Cass. Com., 5 octobre 1993, J.C.P., 1994, II, 22224, note C. Jamin, constatant que le concédant a eu recours non seulement à des motifs délibérément fallacieux, mais encore a violé l'obligation d'exclusivité, alourdi les frais financiers de son cocontractant, compliqué sa gestion, aggravé les conditions d'exploitation et commis des actes de dénigrement et de discrimination.

ouvrir une concession dans une région donnée. On sait qu'il est de bonne guerre pour le concédant de consacrer des sommes importantes lors de l'ouverture d'un point de vente, que ce soit en matière publicitaire ou par des offres promotionnelles. Au terme d'une année, le concessionnaire notifie, moyennant un préavis raisonnable, sa volonté de résilier le contrat. Peut-on concevoir une condamnation du concessionnaire pour abus de droit de résilier la convention avant l'amortissement des investissements réalisés par le concédant? Ce dernier peut pourtant subir un important préjudice commercial en raison de la perturbation de la clientèle lors du changement de concessionnaire et du lieu d'exploitation.

La réponse peut être trouvée dans le déséquilibre de puissance économique existant entre le concédant, ou le franchiseur, d'une part, et le concessionnaire, ou le franchisé, d'autre part. Le contractant économiquement puissant a toujours la faculté d'imposer à son partenaire une durée minimale permettant l'amortissement de ses investissements. S'il ne le fait pas il ne pourra s'en prendre qu'à lui-même. La référence à la bonne foi ou la loyauté est donc superflue, dans la mesure où, ce qui importe, c'est l'état de dépendance économique dans lequel se trouve le concessionnaire ou le franchisé²⁰⁵⁵. L'obligation de coopération, également bilatérale, n'est pas susceptible de servir de facteur explicatif. Ce n'est pas comme si deux parties de puissance économique équivalentes avaient l'obligation de coopérer pour réaliser l'objet du contrat. Ici, il importe de protéger une partie en situation de dépendance contre d'éventuels abus de puissance économique de son partenaire. Mais l'abus ne se situe pas exclusivement au jour de l'extinction du contrat par la résiliation unilatérale. Il faut prendre en compte les droits et obligations de chaque partie afin de vérifier leur équilibre. Or, il est clair que le fait d'imposer des investissements qui s'amortissent sur plusieurs années, et de rompre, sans motif légitime, le contrat avant la fin de la période d'amortissement constitue un abus de puissance économique²⁰⁵⁶.

436. L'abus de droit ne peut en aucun cas appréhender ce type de situation. Traditionnellement, l'abus de droit se caractérise par l'intention de nuire²⁰⁵⁷. Or, en matière économique, il sera très rare de pouvoir prouver que la résiliation du contrat était motivée par une intention de nuire. Le concédant trouvera toujours des raisons économiques justifiant sa décision, tant il est vrai que l'on peut avoir conscience de nuire tout en oeuvrant pour son propre intérêt. D'ailleurs, il est, en pratique, peu vraisemblable qu'un concédant résilie un contrat économiquement avantageux et profitable dans le seul but de nuire à son partenaire qui, le plus souvent, est d'une dimension suffisamment négligeable pour exclure tout risque de concurrence sérieuse et préjudiciable. On sait que la jurisprudence utilise volontiers l'absence d'intérêts que présente l'acte pour celui qui l'a effectué. Cette absence d'intérêts fait présumer l'intention de nuire. Mais là aussi, le calcul économique aussi froid que rationnel permettra, le plus souvent, au concédant de démontrer qu'il avait un intérêt commercial ou financier à procéder à la résiliation du contrat de concession. Le résultat ne sera guère plus heureux en utilisant le critère de la finalité social du droit; critère proposé par Josserand²⁰⁵⁸, et repris par MM. Ghestin et Goubeaux²⁰⁵⁹. Il est, en effet, délicat de déterminer la « fonction » du droit de résiliation

²⁰⁵⁵ En ce sens, G. Virassamy, op. cit., D. Mazeaud, obs. précitées et C. Jamin, obs. précitées.

²⁰⁵⁶ D. Mazeaud, op. cit., « la dépendance créée par le contrat de concession ne doit pas aboutir à soumettre l'avenir du concessionnaire à l'entière discrétion du concédant ».

²⁰⁵⁷ Cf. not. G. Ripert, op. cit., n°94 et suiv.

²⁰⁵⁸ *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, 2ème éd., 1939; *Evolution et actualités, conférences de droit civil*, 1936.

²⁰⁵⁹ Op. cit., n°789 et suiv.

d'un contrat à durée indéterminée. Ne s'agit-il pas d'un droit « égoïste » qui est à la disposition de son seul titulaire?²⁰⁶⁰ Il est logique de penser que le droit de résiliation a justement pour fonction de permettre au contractant de sortir du contrat, quand il le juge utile. MM. Ghestin et Goubeaux proposent d'ailleurs de rechercher la fonction des droits dans leur utilité sociale et leur justice²⁰⁶¹. Mais comment déterminer l'utilité et la justice du droit de résiliation? Au delà de *l'affectio contractus* qui relève d'une conception utopique du contrat, il faut reconnaître que les parties ont fréquemment des intérêts antagonistes au moment de la rupture. La résiliation peut présenter une utilité pour celui qui en prend l'initiative et constituer un désastre économique pour l'autre. Si l'on se réfère à la notion de justice, on ne sera guère plus avancé. A partir de quel critère déterminer si une résiliation est juste ou injuste? On ne fait que repousser le problème sans véritablement le résoudre²⁰⁶². En outre, on s'approche de façon significative d'une obligation de motiver la résiliation du contrat. En effet, pour juger si la rupture est juste ou injuste, les tribunaux s'attacheront vraisemblablement aux intentions qui animaient le contractant qui a pris l'initiative de cette rupture. Pourquoi alors ne pas exiger expressément l'obligation de motiver la résiliation des contrats dans lesquels une partie est en situation de dépendance économique? Il est certain qu'une telle solution serait moins artificielle que le recours à la notion altérée d'abus de droit.

2/ L'OBLIGATION DE MOTIVATION

437. Sauf dispositions légales particulières, la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, ou le refus de renouveler un contrat à durée déterminée, n'a pas à être motivé²⁰⁶³. Mais ce principe n'a pas la clarté et l'évidence qu'il laisse paraître. Nous avons vu qu'en altérant la notion d'abus de droit dans les contrats de distribution, dans lesquels l'une des parties est en situation de dépendance, la Cour de cassation introduit, sans véritablement l'avouer, l'exigence d'une motivation réelle et sérieuse dans la rupture. La doctrine a perçu cette évolution récente de la jurisprudence, et le non-dit qu'elle comporte. M. Virassamy est le plus ardent promoteur de cette idée. Dans sa thèse consacrée aux contrats de dépendance, il a tenté de montrer que « *le moyen le plus efficace pour obtenir que la décision du partenaire privilégié ne soit pas le fruit de l'irréflexion ou de l'arbitraire, a consisté à lui imposer de la motiver, et cela de manière très sérieuse* »²⁰⁶⁴.

²⁰⁶⁰ Dabin, *Le droit subjectif*, p.291.

²⁰⁶¹ Op. cit. n°789, citant M. Villey : « *le juste est en définitive cela qui sert le bien de l'homme (...) un bien « commun » qui n'est point donné à l'avance, que la mission même du juriste est de découvrir, de susciter* », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, p.134, note 2.

²⁰⁶² **contra** : M. Maymon-Goutaloy, *Contre une intervention législative en matière de concession commerciale*, R.T.D. Com. 1982, 519 et suiv. pour qui le contrat de concession « *obéit à une finalité économique et sociale précise à savoir l'établissement de rapports de collaboration entre le concédant et le concessionnaire, l'amélioration du service rendu aux usagers* » et plus généralement « *une certaine amélioration de la distribution* ». Mais pour cet auteur, la solution passe obligatoirement par un arbitrage judiciaire des intérêts divergents de chaque partie. Cf. également, L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, Thèse L.G.D.J. 1995, n°255, qui prône l'existence d'un « *intérêt supérieur du réseau* » qui assure l'union des parties et la convergence de leurs intérêts, le tout dans « *une collaboration égalitaire et active* ».

²⁰⁶³ Jurisp. constante, voir en dernier lieu, Cass. Com., 4 janvier et 5 avril 1994, Dalloz, 1995, 355, note G. Virassamy.

²⁰⁶⁴ G. Virassamy, thèse précitée, n°278.

Cet auteur rappelle que la Cour de cassation n'est pas imperméable à toute idée de motivation. Ainsi, lorsqu'un concédant a subordonné le renouvellement du contrat de concession à durée déterminée à certaines conditions, il est dans l'obligation de l'effectuer si celles-ci sont remplies par le concessionnaire²⁰⁶⁵. Cependant, la Cour de cassation n'adopte pas la même position s'agissant de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée. Dans un arrêt en date du 31 mai 1994, la Chambre commerciale a décidé que « *l'abus de droit imputé à la société ne pouvait résulter du seul fait que la résiliation était intervenue en dehors des cas prévus au contrat* »²⁰⁶⁶. Il faut avouer que cette différence de régime, en fonction de la durée des contrats, est difficilement justifiable, sauf à estimer que les arrêts, cités dans le cadre des contrats à durée déterminée, étaient fondés sur un engagement conditionnel de renouvellement du contrat²⁰⁶⁷.

438 . En tout état de cause, même si l'exigence de motiver une résiliation, ou un refus de renouvellement, n'a jamais été expressément consacrée par la Cour de cassation, la proposition de M. Virassamy présente un intérêt indéniable. D'abord, elle permet d'éviter le recours artificiel et inefficace à la notion d'abus de droit. La clarification des solutions qui en résulterait serait un facteur non négligeable de cohérence, et donc de sécurité, du droit positif. Ensuite, le fait d'imposer au contractant économiquement puissant de motiver la résiliation ou le refus de renouvellement du contrat contribue à la stabilité du lien contractuel. Or, la partie économiquement dépendante voit fréquemment son existence inextricablement liée au maintien du contrat de distribution. L'un des mérites de la thèse de M. Virassamy a été de montrer que des contractants juridiquement indépendants se trouvaient dans une situation de dépendance et de vulnérabilité économique, semblable à celle des salariés²⁰⁶⁸. Pourquoi dans ces conditions ne pas raisonner par analogie et exiger une cause réelle et sérieuse pour la rupture des contrats de distribution lorsque c'est la partie dominante qui en prend l'initiative?²⁰⁶⁹ Enfin, cette solution opérerait un renversement de la charge de la preuve, et ce ne serait plus au contractant en situation de dépendance économique de prouver le caractère abusif de la rupture, mais à celui qui se trouve en position de domination d'apporter les éléments permettant de convaincre le juge du sérieux et de la réalité des motifs qui l'ont conduit à la rupture²⁰⁷⁰.

439 . Malgré son originalité, la proposition de M. Virassamy n'a reçu d'écho favorable, ni en jurisprudence, ni en doctrine. Dans la dernière édition de son traité consacré aux effets du contrat, M. Ghestin continue à penser qu' « *il n'appartient pas au juge en l'absence de disposition législative, de se substituer à l'auteur de la rupture quant à l'appréciation de l'opportunité de la poursuite des relations contractuelles* »²⁰⁷¹. Plusieurs critiques peuvent, en effet, être émises à l'encontre de l'exigence d'une motivation de la rupture. En premier lieu, il n'existe pas en droit positif de texte susceptible de servir de fondement légal à cette exigence. Nous verrons que, ni la loi Doubin de 1989 et la notion

²⁰⁶⁵ Cass. Com., 2 mars 1981, J.C.P., 1981, IV, p.179; Bull. Civ. IV, n°113; voir pour un contrat de gérance, Cass. Soc., 15 mars 1978, Bull. Civ. V, n°196.

²⁰⁶⁶ J.C.P., 1994, I, 3803, n°1 et suiv., obs. critiques G. Virassamy.

²⁰⁶⁷ Cass. Com., 9 février 1981, Bull. Civ. IV, n°240, distinguant la promesse de renouvellement de l'offre sous condition.

²⁰⁶⁸ Thèse précitée, n°283.

²⁰⁶⁹ Il faut remarquer que dans le cas des contrats à durée déterminée, les franchisés et les concessionnaires seraient plus protégés que les salariés eux-mêmes puisqu'aucune motivation du refus de renouvellement n'est exigée par le Code du travail.

²⁰⁷⁰ G. Virassamy, note sous Cass. Com., 4 janvier et 5 avril 1994, Dalloz, 1995, 355, n°7.

²⁰⁷¹ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°248; P. Le Tourneau et G. Virassamy, *Juris. Class., Contrats et distribution*, Fasc.531, n°20 dans lequel M. Le Tourneau exprime sa divergence d'analyse.

de contrat d'intérêt commun²⁰⁷², ni l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986²⁰⁷³ ne peuvent jouer ce rôle. En second lieu, si l'on admet que la jurisprudence puisse se fonder sur les articles 1134 al.3 ou 1135 du Code civil²⁰⁷⁴, il est possible de douter de l'opportunité d'une telle exigence, qui engendrerait une trop grande rigidité dans les réseaux de distribution. Imposer une motivation provoquerait, selon toute vraisemblance, une désaffection durable des entreprises pour les contrats de distribution, tels que la concession ou la franchise. Il ne faut pas sous-estimer les effets pervers inhérents à tout système de protection²⁰⁷⁵. Le contrat de travail en est un exemple caractéristique. Les praticiens du droit savent que beaucoup d'entreprises préfèrent recourir à la sous-traitance ou au contrat de commission plutôt que de conclure un contrat de travail. Notre propos n'est pas de critiquer la protection accordée aux salariés, mais il faut avoir conscience du coût social et économique de cette protection.

M. Jestaz a montré que, chaque fois que le législateur a imposé une qualification contractuelle et un régime de protection pour « *emprisonner la partie forte à l'intérieur d'un réseau contraignant de règles impératives* », celle-ci a recherché les moyens juridiques de s'évader de ce carcan²⁰⁷⁶. L'auteur critique très justement le mépris de l'économique en « *raison du désir de protéger à tout prix* »²⁰⁷⁷. En matière de distribution, l'un des critères de choix entre un réseau intégré d'établissements ou de succursales et un réseau externalisé de distributeurs réside dans le régime très protecteur dont bénéficient les salariés. Le fabricant évite, par la conclusion de contrats de distribution, l'accroissement trop important du nombre de ses salariés. Il préfère, le plus souvent, avoir affaire à des personnes juridiques indépendantes pour ne pas supporter les risques et les charges d'exploitations, dont la masse salariale et les charges sociales constituent souvent le poste le plus important. Ce phénomène se retrouve dans le secteur des transports de marchandises, où certains groupes ont pris l'habitude de « *dégraïsser* » leurs effectifs de chauffeurs en vendant un camion au chauffeur licencié, et en continuant à le faire travailler en sous-traitance, après avoir pris la précaution de lui faire constituer une société unipersonnelle à responsabilité limitée pour éviter une requalification des rapports contractuels²⁰⁷⁸. Il y a fort à craindre qu'un phénomène identique se reproduise si les concédants et les franchiseurs ont une obligation de motiver leur décision de résiliation ou de refus de renouvellement.

440. En effet, cette obligation sera perçue comme un frein substantiel à la restructuration et à la souplesse des réseaux de distribution. M. Virassamy tente de répondre à cette objection en soulignant que « *l'obligation de motiver la rupture du contrat n'interdit pas (...) ce renouvellement des hommes et des entreprises, mais le subordonne seulement à l'expression et à la légitimité des motifs d'une telle décision* ». Mais c'est précisément parce qu'il est très délicat de contrôler la légitimité d'un acte sans prendre position sur son opportunité qu'un durcissement structurel des réseaux de distribution est à craindre. D'ailleurs, en reprenant l'alternative proposée par M. Virassamy, on perçoit

²⁰⁷² Cf. infra n°448 et suiv.

²⁰⁷³ Cf. infra n°581 et suiv.

²⁰⁷⁴ Ce qui est envisageable dans la mesure où l'équité commande de ne pas rompre l'équilibre contractuel sans raison légitime.

²⁰⁷⁵ Cf. supra Introduction n°11 et suiv.

²⁰⁷⁶ P. Jestaz, *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945*, in *L'évolution du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.119.

²⁰⁷⁷ Op. cit., p.131.

²⁰⁷⁸ Art. L. 781-1 du Code du travail et L. 311-2 et suiv. du Code de la sécurité sociale.

clairement le danger : « Ainsi sera justifié le non renouvellement d'un contrat de concession dont le concessionnaire n'entendait pas moderniser ses installations pour les rendre conformes aux nouvelles données commerciales ou à la pression de la concurrence. Sera en revanche condamnable le non renouvellement du contrat seulement justifié par le fait que le concessionnaire refusait l'amputation de son territoire ou des pratiques commerciales critiquables ou discriminatoires et la volonté pure et simple de l'évincer »²⁰⁷⁹.

Mais ce raisonnement se fonde sur une confusion entre la résiliation et la résolution. Il est vrai que la définition de ces notions est discutée en doctrine. Nous retiendrons celle qui paraît la plus logique et qui a été proposée par MM. Mazeaud et Chabas. La résiliation est la dissolution du contrat pour l'avenir et par un acte volontaire d'une ou de l'ensemble des parties. La résolution, quant à elle, est réservée aux hypothèses d'anéantissement rétroactif du contrat synallagmatique, pour cause d'inexécution par l'une des parties de ses obligations²⁰⁸⁰. Ceci étant précisé, l'alternative suggérée par M. Virassamy annihile toute possibilité de résiliation des contrats de distribution à durée indéterminée, ou de refus de renouvellement des contrats à durée déterminée. En effet, il n'évoque, dans les exemples qu'il donne, que des cas d'inexécution du contrat, qui normalement relève de la résolution prévue à l'article 1184 du Code civil. Si le concessionnaire refuse la modernisation de ses installations, ou leur mise en conformité, il se rend coupable d'une inexécution de son obligation d'assistance et de coopération²⁰⁸¹. Il ne s'agit donc pas d'une résiliation ou d'un refus de renouvellement. A l'inverse, M. Virassamy considère que le non renouvellement d'un contrat sera condamnable s'il est justifié par le fait que le concessionnaire refuse l'amputation de son territoire ou des pratiques commerciales discriminatoires. Mais, ce n'est pas la résiliation, ou le refus de renouvellement, qui est critiquable, mais l'exécution fautive du contrat par le concédant, qui cherche, par des moyens illicites, à évincer le concessionnaire. Dans les deux cas, on est en présence d'un problème de résolution pour inexécution et non de résiliation unilatérale. Par conséquent, il est légitime de redouter l'instauration d'une interdiction pure et simple de résilier, ou de refuser le renouvellement d'un contrat, en dehors des hypothèses d'inexécution. Or, le concessionnaire et le

²⁰⁷⁹ G. Virassamy note précitée au Dalloz, 1995, 358, n°8.

²⁰⁸⁰ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op; cit., n°723 et 1103; il faut noter qu'une partie de la doctrine estime qu'il ne peut y avoir de résolution d'un contrat à exécution successive, et qu'il ne faudrait parler que de résiliation. La justification de cette position résiderait dans l'impossibilité de faire rétroagir la rupture lorsque les contractants ont déjà exécuté une partie du contrat. Cf. J. Carbonnier, op; cit., n°188; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°744; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°119. Mais, ce raisonnement est ambiguë et il vaut mieux réserver le terme de résiliation à la rupture non fautive des contrats, et le terme de résolution à l'anéantissement du contrat pour inexécution, quelque soit la durée ou le mode d'exécution. La jurisprudence paraît fixée en ce sens, cf. Cass. Civ. 1ère, 3 novembre 1983, Bull. Civ. I, n°252 : « Dans les contrats à exécution échelonnée, la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire un marché indivisible ou fractionné en une série de contrats »; Cass. Civ. 3ème, 28 janvier 1975, Bull. Civ. III, n°33, précisant que, pour les contrats à exécution successive, la résolution rétroagit jusqu'au jour de la première inexécution d'une obligation. Cf. pour une étude complète sur ce débat, I. Aribi, *Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne*, thèse Grenoble II, 1992, p.195 et suiv., qui voit dans la jurisprudence récente la consécration du critère de divisibilité de la convention pour distinguer les notions de résolution et de résiliation.

²⁰⁸¹ D. Ferrier, *Concession commerciale*, Ency. Dalloz commercial, n°256 : « le concessionnaire devra respecter les normes de commercialisation édictées par le concédant »; cf. en ce sens, Cass. Com., 19 février 1963, G.P., 1963, 2, 136; il sera fréquent de constater que le contrat de concession contient une clause en vertu de laquelle le concessionnaire déclare s'obliger à se conformer aux normes commerciales et techniques imposées par le concédant et à en suivre les évolutions. Cette obligation est renforcée dans le contrat de franchise dont l'objet déterminant est le transfert d'un savoir-faire.

franchiseur peuvent vouloir réorganiser, restructurer leur réseau même sans avoir rencontré des problèmes d'inexécution ou d'exécution fautive. Il peut être de bonne politique commerciale de réduire le nombre de distributeurs ou la surface du territoire sur lequel s'effectue la distribution des produits et des services. Il sera, alors, bien difficile de contrôler la légitimité de la motivation sans entrer dans le contrôle de son opportunité.

Le terrain du contrôle des motifs est suffisamment mouvant pour permettre au juge de déclarer abusives les ruptures qui ne sont pas vraiment motivées par une exécution défectueuse du contrat. Cette tendance, que l'on retrouve avec force en droit du travail, est d'autant plus prévisible que la finalité indemnitaire de la motivation, en cas de rupture, revient à accorder une réparation au cocontractant qui est victime d'une décision incorrectement motivée. Cette finalité incitera les juges à se montrer relativement sévères dans l'appréciation du caractère réel et sérieux des motifs de la rupture. Ils seront enclin à octroyer systématiquement une indemnisation à la partie en situation de dépendance économique, qui n'a pas démérité dans l'exécution du contrat de distribution. En effet, s'il n'y a pas d'exécution fautive, l'équité commande d'indemniser les distributeurs de la perte des fruits de l'activité déployée et de celle découlant de la cessation du contrat, sans parler des dommages-intérêts résultant du comportement fautif du contractant en position de domination²⁰⁸². Mais, il n'est pas douteux que ce type de solution contribue à paralyser le dynamisme des circuits de distribution, les fabricants refusant de s'engager dans des contrats pour lesquels la rupture peut s'avérer extrêmement onéreuse. Le souci de sauvegarder l'équilibre et la pérennité des contrats ne doit pas aboutir à la création d'un déséquilibre inverse et d'une autre nature, susceptible d'entraîner des lourdeurs dont l'activité économique se passerait volontiers. Il est certain que les conséquences de l'extinction des conventions pèsent sur la décision des parties de conclure ou de ne pas conclure tel type de contrats.

PARAGRAPHE 2 - L'ALTERATION DES CONSEQUENCES DE L'EXTINCTION DES CONVENTIONS

441 . L'exigence de la motivation de la rupture n'a qu'un seul but, celui de procurer au contractant qui en est la victime une juste indemnisation²⁰⁸³. Cette indemnisation doit être, dans l'esprit des auteurs qui y sont favorables, une conséquence systématique de l'extinction du contrat de distribution caractérisé par une situation de dépendance économique, sauf l'hypothèse d'une exécution défectueuse du contrat. Ce courant doctrinal s'est fondé sur la notion d'intérêt commun qui a été appliquée, en premier lieu, au mandat, et qui a tendance, peu à peu, à étendre son domaine, malgré les fortes réticences de la Cour de cassation. La philosophie de cette extension est de limiter les conséquences préjudiciables de l'extinction du contrat pour la partie en situation de dépendance économique. La limitation des effets des clauses de non concurrence participe à cette même idée. Il s'agit de faciliter la survie de l'entreprise victime de la rupture en lui octroyant des fonds lui permettant de se financer et en restreignant les entraves à l'exercice de son

²⁰⁸² G. Virassamy, thèse précitée, n°296 et suiv.

²⁰⁸³ L'objectif d'assurer la pérennité du lien contractuel est illusoire car si le contractant économiquement puissant a décidé de rompre le contrat de distribution, par exemple pour des questions de stratégie ou de rentabilité, il ne sera pas bloqué par l'obligation de motiver sa décision, ni par celle de verser une indemnité.

activité économique. Cette double préoccupation anime la jurisprudence et une partie de la doctrine au point de provoquer une véritable altération des principes et des notions juridiques. Cette altération est critiquable dans la mesure où ni la notion d'intérêt commun, ni les restrictions des effets de la clause de non concurrence ne permettent d'assurer une protection cohérente et efficace du contractant économiquement faible.

A - L'UTILISATION DE LA NOTION « D'INTERET COMMUN »

Avant d'analyser les propositions d'extension de cette notion à tous les contrats « d'intérêt commun », il convient d'examiner l'évolution et l'état actuel de la notion de mandat d'intérêt commun.

1/ LE MANDAT D'INTERET COMMUN²⁰⁸⁴

442. Il ressort de l'article 2004 du code civil que le contrat de mandat est révocable, par le mandant, *ad nutum*²⁰⁸⁵, sans que celui-ci ait à justifier d'un motif ou à verser une quelconque indemnité. La Cour de cassation décide, de façon constante, que le mandant est libre de révoquer à tout moment le contrat, sauf à ne pas commettre d'abus²⁰⁸⁶. La Haute juridiction va même jusqu'à juger valable la résiliation avant terme d'un contrat de mandat à durée déterminée²⁰⁸⁷. Ce régime spécifique a pour origine le caractère essentiellement gratuit du mandat en droit romain. A cette époque, le mandat était fondé sur l'amitié et la confiance²⁰⁸⁸, ce qui lui donnait la qualification du contrat unilatéral. Effectivement, le mandataire n'avait, dans ce cadre juridique, aucun intérêt pécuniaire à la poursuite du contrat de mandat. Il n'avait d'autre objectif que d'être agréable à son ami. Cette coloration amicale du mandat a perduré, puisque l'article 1986 du Code civil précise que « *le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire* ». Mais depuis la promulgation du Code civil de 1804, le système économique a connu de nombreux bouleversements, et la gratuité fait figure d'anachronisme. D'ailleurs, il est possible de se demander si, compte tenu de l'obligation du mandant de rembourser les frais du mandataire, il ne vaudrait pas mieux parler de désintéressement plutôt que de gratuité. Il a donc incombé à la jurisprudence la lourde charge de devoir adapter les anciennes institutions à la réalité économique et aux

²⁰⁸⁴ J. Ghestin, *Le mandat d'intérêt commun*, in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à J. Derrupé, 1991, p.105 et suiv.; T. Hassler, *L'intérêt commun*, R.T.D. Com., 1985, 581 et suiv.; G. Pigache, *Le mandat d'intérêt commun*, thèse Paris V, 1991; C. Giverdon, *L'évolution du contrat de mandat*, thèse Paris, 1947; J.M. Delucca, *La révocation du mandat professionnel*, thèse Aix, 1965; G. Zaquin, *L'indemnisation du mandataire révoqué en droit commercial*, thèse Paris, 1970.

²⁰⁸⁵ Du latin *nutus* : mouvement de tête.

²⁰⁸⁶ Cass. Civ. 1ère, 2 mai 1984, Bull. Civ. I, n°143.

²⁰⁸⁷ Cass. Civ. 3ème, 27 avril 1988, Bull. Civ. III, n°80; Dalloz, 1989, 351, note C. Atias.

²⁰⁸⁸ J.L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F., 1992, n°72 et 110; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°547 : « *Pas de confiance sans amitié; pas d'amitié sans gratuité* »; ce n'est qu'à partir du Haut Empire (1er siècle) que le droit romain a admis que le mandataire pouvait percevoir des honoraires; du latin *honorarium* signifiant « *manifestation de reconnaissance pour honorer le talent dont on a bénéficié* ».

contraintes modernes. De plus en plus, les mandataires sont des professionnels qui tirent l'essentiel de leurs revenus des contrats de mandat qu'ils concluent chaque jour. Immanquablement, la forme juridique du mandat a suivi l'évolution, de gratuit ce contrat est devenu onéreux, d'unilatéral il est devenu synallagmatique, à tel point que, en totale contradiction avec les termes de l'article 1986 du Code civil, la Cour de cassation a jugé que le mandat est présumé salarié en faveur des personnes qui font profession de s'occuper des affaires d'autrui²⁰⁸⁹.

443. Le facteur principal de modifications de l'économie du contrat de mandat est le caractère synallagmatique dont il a été revêtu. A partir du moment où le mandataire perçoit une rémunération, ses obligations sont renforcées²⁰⁹⁰, et son intérêt pour la poursuite du contrat s'accroît. Il existe une véritable interdépendance des droits et obligations réciproques de chaque contractant, qui se heurte parfois à la libre révocabilité du mandat. C'est pour résoudre ce conflit que la jurisprudence a créé la notion de mandant d'intérêt commun. Si au départ l'idée était juste, elle semble avoir été considérablement altérée, même si aujourd'hui la doctrine, dans son ensemble, n'émet aucune critique sur ce phénomène.

a - Une idée juste...

444. Traditionnellement, on fait remonter à un arrêt du 13 mai 1885 l'affirmation du principe de l'existence du mandat d'intérêt commun. La Chambre civile posait alors en principe que « *lorsque le mandat a été donné dans l'intérêt du mandat et du mandataire, il ne peut être révoqué par la volonté de l'une ou même de la majorité des parties intéressées, mais seulement de leur consentement mutuel, ou pour une cause légitime reconnue en justice, ou enfin suivant les clauses et conditions spécifiées par le contrat* »²⁰⁹¹. La finalité de cette décision est d'octroyer une indemnisation au mandataire lorsque le mandant résilie le contrat sans justifier d'un motif légitime de rupture²⁰⁹². Mais à l'époque, le contenu du mandat d'intérêt commun était différent de celui d'aujourd'hui. En effet, la notion d'intérêt commun traduisait l'idée de réalisation d'un objet commun présentant, un intérêt pécuniaire pour les deux parties. Dans un arrêt en date du 22 janvier 1868, la Chambre des requêtes a jugé que « *si une partie des traites était endossée en blanc et si la procuration résultant d'un tel endossement était en général révoquée par le décès de celui qui l'avait donné, il doit en être autrement dans l'espèce où le mandat étant donné dans l'intérêt du mandataire aussi bien que dans celui du mandant, était irrévocable* »²⁰⁹³. En l'espèce, les parties avaient un véritable intérêt commun puisque la réalisation effective du paiement par traites, qu'elles avaient décidé, ne pouvait s'obtenir que par le maintien du

²⁰⁸⁹ Cass. Civ. 1ère, 10 février 1981, Bull. Civ. I, n°50; Cass. Civ. 1ère, 19 décembre 1989, Bull. Civ. I, n°399; Cass. Com., 22 janvier 1991, Bull. Civ. IV, n°33.

²⁰⁹⁰ Art. 1992, al.2, C. Civ. : « *Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* »; cf. Cass. Civ. 1ère, 30 octobre 1985, Bull. Civ. I, n°277, précisant que l'agent immobilier est tenu d'une obligation de renseignement et de conseil vis-à-vis de son mandant.

²⁰⁹¹ Sirey, 1887, 1, 220; dans le même sens, Cass. Civ., 11 février 1891, S., 1891, 1, 121; Req., 22 janvier 1868, Dalloz, 1868, 1, 169; Req., 6 janvier 1873, S., 1873, 1, 24.

²⁰⁹² B. Houin, thèse précitée, p.292, p.390 et suiv.

²⁰⁹³ Dalloz, 1868, 1, 169.

mandat malgré le décès du mandant. Il en est de même dans l'arrêt du 6 janvier 1873, les parties ayant en commun l'objectif de créer une société avec l'aide d'un mandat donné entre les futurs associés²⁰⁹⁴.

Dans l'arrêt de principe en date du 13 mai 1885²⁰⁹⁵, il est encore possible de relever la volonté de réaliser un objet commun. Le mandataire, en l'espèce syndic d'immeuble, avait intérêt à la poursuite du mandat, qui lui avait été confié au vue de sa qualité de copropriétaire des biens dont il assurait l'administration. Le mandat portait donc bien sur un objet commun à toutes les parties au contrat. En revanche, il était admis que la perception d'une rémunération ne suffisait pas à caractériser l'objet commun exigé par la jurisprudence²⁰⁹⁶. Nous allons voir que depuis une quarantaine d'années, la jurisprudence a abandonné le critère de l'objet commun pour utiliser le concept très critiquable de « *clientèle commune* ».

b - ... aujourd'hui altérée

445 . M. Ghestin a eu l'occasion de préciser que « *le régime propre au mandat d'intérêt commun a été plus particulièrement appliqué dans la situation où le mandataire avait concouru à la création ou au développement d'une clientèle commune représentant une application particulière de l'objet commun visé par les décisions antérieures* »²⁰⁹⁷. L'auteur cite une série de décisions, qui illustre cette extension de la notion d'intérêt commun. A proprement parler, le critère de la « *clientèle commune* » est erroné. En effet, le mécanisme du mandat instaure une représentation juridique parfaite, le mandataire agissant au nom et pour le compte de son mandant. Il n'est donc titulaire d'aucune clientèle, celle-ci n'appartenant qu'au seul mandant. D'ailleurs, les arrêts cités ne font pas directement référence à la notion de « *clientèle commune* ». La Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 8 octobre 1969, que « *la réalisation de l'objet du mandat présentait pour* » le mandant et le mandataire « *l'intérêt d'un essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle, intérêt commun justifiant pour la révocabilité de ce mandat une dérogation aux règles des mandats gratuits ou salariés dont l'objet n'intéresse que le mandant* »²⁰⁹⁸. Dans un arrêt en date du 2 juillet 1979, cette même chambre a pris le soin d'énoncer que la participation à l'essor de l'entreprise, par le développement de la clientèle, est suffisante, et qu'il importe peu que le mandataire « *soit intéressé à l'objet même d'un mandat, c'est-à-dire qu'il dispose de droits concurrents avec ceux du mandant sur cet objet* », de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire de constater, pour caractériser un mandat d'intérêt commun, un droit personnel du mandataire sur la clientèle exploitée au nom et pour le compte de son mandant²⁰⁹⁹.

²⁰⁹⁴ Req., 6 janvier 1873, Sirey, 1873, 1, 24.

²⁰⁹⁵ Précité.

²⁰⁹⁶ Req., 1er mai 1907, S., 1908, 1, 88; Cass. Civ., 4 mars 1914, D.P., 1916, 1, 68; Cass. Com., 6 janvier 1965, Bull. Civ. III, n°12; Cass. Civ. 1ère, 11 juin 1969, Bull. Civ. I, n°223.

²⁰⁹⁷ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°253.

²⁰⁹⁸ Dalloz, 1970, 143, concl. J. Lambert; R.T.D. Com., 1970, 473, n°12, obs. J. Hémar, pour une formule identique cf. Cass. Com., 20 janvier 1971, Bull. Civ. IV, n°20; Cass. Com., 30 octobre 1978, Dalloz, 1979, I.R., 58.

²⁰⁹⁹ Bull. Civ. IV, n°222.

446. Cette motivation laisse quelque peu sceptique. Il semble qu'elle contribue à l'abandon du critère initial de l'intérêt commun qui était la réalisation d'un objet commun entre les parties. La clientèle ne faisant pas l'objet de droits concurrents de propriété entre le mandant et le mandataire, elle ne peut faire office « *d'objet commun* ». Il est révélateur que la Cour de cassation ait utilisé le terme « *entreprise* » pour cristalliser la communauté d'intérêt. Que peut bien signifier l'utilisation d'un tel vocable dans le cadre de la détermination de l'intérêt commun? A l'évidence, il ne s'agit pas du contrat d'entreprise par lequel un entrepreneur s'engage à l'égard du maître de l'ouvrage à effectuer un ouvrage²¹⁰⁰. Ce n'est pas non plus le sens capitaliste, entendu comme un ensemble de moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique unique, à la réalisation d'un objectif, de mise sur le marché de biens ou de services, qui doit être retenue. En effet, il n'existe aucune direction économique commune entre le mandant et le mandataire, chacun restant juridiquement indépendant. En outre, il n'y a pas de mise en commun de moyens matériels et humains, chaque partie gardant l'entier contrôle de ses actifs patrimoniaux et de ses préposés.

Il semble que la réponse doit être recherchée du côté du sens étymologique du terme « *entreprise* »; celui qui avait cours aux XVII et XVIIIème siècles et qui désignait « *l'opération commerciale* », « *l'action d'entreprendre* »²¹⁰¹. Il est exact, qu'en ce sens, le mandant et le mandataire ont une entreprise commune : ils ont commencé ensemble une opération commerciale qui a pour finalité la conclusion d'actes juridiques par la voie de la représentation, et en bout de course, la création et le développement d'une clientèle. Mais on perçoit immédiatement le contresens, certainement volontaire, qu'a fait la Cour de cassation sur le terme « *entreprise* ». Ce terme, pris dans un sens historique qui n'est plus guère utilisé au XXème siècle, ne s'imposait nullement sur un plan rationnel. En revanche, il permettait d'instaurer une subtile confusion avec l'objet commun sur lequel les parties avaient des droits concurrents. Sans le dire vraiment, la Cour de cassation distille l'idée selon laquelle l'activité du mandataire s'effectuerait dans le cadre d'une entreprise commune, comportant un *affectio societatis* et empêchant la révocation *ad nutum* du mandat. Ce contresens explique la confusion de la doctrine qui utilise le terme de « *clientèle commune* ». Il explique aussi la mise au point qu'a dû effectuer la Cour de cassation dans l'arrêt du 2 juillet 1979²¹⁰², en précisant que la notion d'intérêt commun n'exigeait pas que le mandataire dispose de droits concurrents avec ceux du mandant sur la clientèle. Mais dans ce cas, il est bien difficile de donner une définition précise de l'intérêt commun. Il n'a été possible que de borner les extrémités du domaine juridique de cette notion. D'abord, la perception d'une rémunération par le mandataire ne suffit pas à caractériser l'intérêt commun²¹⁰³. Ensuite, l'existence, soit de droits directs et concurrents sur l'objet du mandat, soit d'activités réciproques destinées à accroître une chose constituant le « *bien* » commun des deux parties, constitue la notion d'intérêt commun²¹⁰⁴.

A l'intérieur de ces deux bornes, règne le flou le plus total. La définition proposée par M. Houin, selon laquelle l'intérêt commun procède de la collaboration de deux parties à la réalisation d'une oeuvre commune au sein de laquelle leurs intérêts particuliers se trouvent

²¹⁰⁰ Sur la distinction entre mandat et contrat d'entreprise, cf. P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°710.

²¹⁰¹ *Dictionnaire historique de la Langue Française*, le Robert, p.700.

²¹⁰² Précité.

²¹⁰³ Cass. Com., 6 janvier 1965, Bull. Civ. IV, n°12.

²¹⁰⁴ J. Hémar, R.T.D. Civ., 1974, 578; Lambert note au Dalloz, 1970, 143; A. Brunet, *Clientèle commune et contrat d'intérêt commun*, in Mélanges A. Weill, 1983, p.88 et suiv.

étroitement liés²¹⁰⁵, est tellement large, qu'elle peut s'appliquer à un nombre indéfini de contrats, en particulier depuis que l'on se plaît à découvrir des obligations de coopération entre les parties et à utiliser les idées d'*animus cooperandi* et d'*affectio contractus*. C'est d'ailleurs en raison des risques inhérents à cette absence de précision que la Cour de cassation refuse résolument d'appliquer la notion d'intérêt commun à d'autres contrats que le mandat²¹⁰⁶. En effet, dans l'arrêt du 2 mars 1993²¹⁰⁷, la Chambre commerciale a donné une définition très extensive de la notion d'intérêt commun, en induisant cette qualification de la diminution de valeur du fonds de commerce du mandataire par la révocation du contrat de mandat²¹⁰⁸. On peut alors se demander si « *l'intérêt commun* » constitue véritablement le fondement de cette jurisprudence. Il est patent de relever une contradiction importante dans l'explication doctrinale de la jurisprudence développée à propos du mandat d'intérêt commun. Dans le but de limiter le domaine d'application d'une notion très imprécise, et qui a une évidente propension à envahir un grand nombre de contrats, M. Ghestin précise que la condition *sine qua non* d'une telle qualification réside dans le fait que la clientèle ne doit pas être simplement, en fait, « *plus ou moins commune* » mais « *juridiquement commune* »²¹⁰⁹. Or immédiatement après, M. Ghestin écrit que « *c'est seulement dans cette situation que cet intermédiaire (le mandataire) n'a juridiquement (...) aucun droit sur la clientèle dont il a contribué à faire bénéficier son mandant. La théorie du mandat d'intérêt commun vise alors à corriger les inconvénients particuliers de cette situation juridique propre au mandataire en subordonnant la rupture unilatérale du contrat à la preuve d'un motif légitime* »²¹¹⁰. Mais cela revient à affirmer une chose et son contraire. La clientèle ne peut pas être à la fois juridiquement commune entre le mandant et le mandataire et propriété exclusive du seul mandant! Si le mandataire bénéficie d'une indemnité destinée à compenser le préjudice subi en raison de la rupture du contrat, c'est parce que son activité a profité au mandant en accroissant le volume de sa clientèle. Au moment de l'extinction du contrat, le mandataire se trouve donc en situation de dépendance économique à l'égard de son mandant. Or c'est cette situation de dépendance économique du mandataire que la jurisprudence a voulu appréhender par la notion d'intérêt commun²¹¹¹.

Au fond, il s'agit de protéger une partie dont les revenus dépendent largement du maintien du contrat de mandat, et qui se trouve en situation de faiblesse économique, dans la mesure où elle n'a aucun droit sur la clientèle que son activité a contribué à créer ou à développer. Le principe d'équité, de justice commutative selon Aristote, commande de rééquilibrer cette inégalité patrimoniale à la sortie du contrat. Le mandant, qui a bénéficié de l'introduction dans son patrimoine d'une valeur économique (la clientèle), devrait donc, en contrepartie, en verser la contre-valeur à celui qui en est la source. Mais cela suppose de considérer que la rémunération perçue, en cours d'exécution du contrat, n'englobe pas déjà, à titre forfaitaire, cette indemnisation²¹¹².

²¹⁰⁵ B. Houin, thèse précitée, p.291; G. Virassamy, thèse précitée, n°286.

²¹⁰⁶ Cf. J. Ghestin, *Les diffuseurs de presse bénéficient-ils de régime du mandat d'intérêt commun?*, Dalloz, 1994, chron.73; *Les effets du contrat*, n°255 et suiv.

²¹⁰⁷ Cass. Com., 2 mars 1993, Dalloz, 1994, 48, note T. Aubert-Monpeyssen, J.C.P., 1993, II, 22176, note M. Béhar-Touchais.

²¹⁰⁸ Mme Aubert-Monpeyssen observe justement que cette définition très large de l'intérêt commun pourrait s'appliquer à la plupart des contrats de distribution, cf. note précitée.

²¹⁰⁹ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°262.

²¹¹⁰ Op. cit.

²¹¹¹ G. Virassamy, thèse précitée, n°289.

²¹¹² Sur ce problème, cf. infra n°388.

447. L'intérêt commun n'est donc pas la véritable explication de l'obligation d'indemnisation qui pèse sur le mandant, à la suite de la révocation unilatérale du contrat sans motif légitime. D'ailleurs, cette notion n'est pas susceptible d'expliquer pourquoi ce mécanisme ne joue qu'en faveur du mandataire. Si réellement la jurisprudence était fondée sur l'intérêt commun des deux parties dans le maintien du contrat, le mandataire ne pourrait, lui non plus, révoquer librement le contrat sans motif légitime. Mais, à notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée en ce sens. L'article 2007 du Code civil, qui dispose que « *le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation* », n'a jamais fait l'objet de l'application jurisprudentielle de la notion d'intérêt commun²¹¹³. Au contraire, le second alinéa de cet article ne prévoit une indemnisation du mandant qu'en cas de préjudice découlant de la renonciation. Il paraît évident que ce préjudice ne peut être constitué par la renonciation elle-même. On perçoit, donc, le caractère inégalitaire de la situation de chacune des parties au moment de l'extinction du contrat : le mandant ne peut révoquer sans motif légitime, sauf à indemniser son cocontractant, tandis que le mandataire a la faculté de renoncer librement à la simple condition de ne pas causer de préjudice, ce qui n'est qu'un rappel du droit commun de la responsabilité contractuelle²¹¹⁴. En outre, rappelons que la loi du 25 juin 1991, qui énonce que le contrat d'agent commercial est conclu « *dans l'intérêt commun des parties* »²¹¹⁵, ne prévoit d'indemnisation, en cas de rupture unilatérale du contrat, qu'à la charge du mandant et au seul profit de l'agent commercial²¹¹⁶.

Par conséquent, il est incontestable que le régime du mandat d'intérêt commun est réservé au seul mandataire²¹¹⁷ et que l'obligation d'indemnisation en cas de rupture sans motif légitime pèse exclusivement sur le mandant. Dire, dans ces conditions, que l'obligation de motivation de la rupture, ou d'indemnisation du préjudice subi, s'explique par la notion « *d'intérêt commun* » relève de la pure logomachie. Ou bien, il y a un intérêt commun à la poursuite du contrat, et chaque partie doit bénéficier du régime protecteur en cas de résiliation, ou bien seule une partie en bénéficie, mais alors il n'est plus possible de parler d'intérêts commun, seul celui de la partie protégée étant pris en compte²¹¹⁸.

²¹¹³ On ne peut cantonner cet article à l'hypothèse dans laquelle le mandat n'a pas encore reçu un commencement d'exécution. En effet, malgré l'utilisation maladroite du terme « *renonciation* », il faut admettre qu'il s'agit d'une véritable résiliation unilatérale; l'article 2003 en faisant d'ailleurs une cause d'extinction du mandat.

²¹¹⁴ Le mandataire est même exonéré de l'obligation de réparer le préjudice qu'il « *se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable* ». Art. 2007 al.2, C. Civ.

²¹¹⁵ Art.4 al.1er de la loi n°91-593 du 25 juin 1991.

²¹¹⁶ Art. 12 : « *En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* », sous réserve des dispositions de l'article 13.

²¹¹⁷ Voir cependant D. Alexandre, *Fin du mandat*, Juris. Class. civil, Art. 2003 à 2010, Fasc.H, n°84, qui semble estimer qu'en cas de renonciation du mandataire au mandat d'intérêt commun, le mandant a droit à des dommages-intérêts; l'auteur cite en ce sens : Cass. Com., 20 février 1978, Bull. Civ. IV, n°67, R.T.D. Com., 1979, 318; mais cet arrêt, s'il a effectivement débouté le mandataire de sa demande d'indemnisation, au motif qu'il avait pris l'initiative de la rupture, ne précise aucunement que le mandant a droit à des dommages-intérêts en raison de cette rupture. Voir également P. le Tourneau, *mandat*, Ency. Dalloz civil, 1992, n°348 et suiv.; cet auteur ne fait référence au mandat d'intérêt commun qu'à propos de la révocation, aucune allusion n'étant faite à cette notion dans les développements consacrés à la renonciation par le mandataire.

²¹¹⁸ Il est caractéristique de constater que le mandat judiciaire, même d'intérêt commun, est révocable *ad nutum*, sans motivation, par le juge des tutelles : Cass. Civ. 1ère, 12 mai 1987, Bull. Civ. I, n°148, s'agissant en l'espèce de l'application de l'article 491-3 du Code civil, la Cour de cassation a, sans doute, estimé qu'il convenait de privilégier les intérêts de l'incapable protégé, et que, compte tenu de la nature judiciaire du mandat, le mandataire n'avait pas besoin de protection. D'ailleurs, la révocation du mandat

L'inexactitude de la notion d'intérêt commun, en dehors de l'hypothèse de l'existence de droits directs et concurrents sur l'objet du mandat, explique en grande partie le clivage doctrinal actuel entre les partisans et les opposants d'une extension de cette notion à d'autres contrats que le mandat; ceux-ci se rattachant à la doctrine officielle de la Cour de cassation et craignant la propagation d'une notion trop incertaine à tous les contrats, ceux-là privilégiant la motivation réelle et profonde de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui est de protéger une partie en situation de dépendance économique. Sur le terrain de la technique juridique, la notion d'intérêt commun est suffisamment incorrecte et ambiguë pour donner raison à ces derniers, mais que penser de l'opportunité d'une telle solution?

2/ LE CONTRAT D'INTERET COMMUN²¹¹⁹

448 . Dès lors que la protection du mandataire trouve sa raison d'être dans le lien de dépendance économique qui le rattache à son mandant et dans la précarité de sa situation au moment de la rupture du contrat, il est légitime de s'interroger sur les raisons pour lesquelles la notion d'intérêt commun est réservée au seul contrat de mandat. M. Virassamy a mis en exergue de nombreuses situations dans lesquelles un contractant se trouve dans un état de dépendance économique identique, si ce n'est supérieur, à celui du mandataire professionnel²¹²⁰. Avant lui, M. Cornu avait émis l'idée que « *dans la classification des contrats, la catégorie des contrats d'intérêt commun demanderait, sans doute, à être élaborée. Peut-être découvrirait-on que, dans ce type de contrat, les clauses léonines qui rompent l'équilibre dans l'intérêt exclusif d'une seule partie font exclusivement perdre leur cause aux obligations de l'autre* »²¹²¹. Il est vrai qu'il n'est pas aisé de comprendre les raisons de l'obstination de la Cour de cassation à refuser d'appliquer la notion d'intérêt commun au contrat de concession²¹²², au contrat d'agent de publicité²¹²³ ou encore au contrat de commission²¹²⁴, alors que le concessionnaire, l'agent publicitaire et le

donné par une personne avant son placement sous sauvegarde de justice ne peut être révoqué par le juge des tutelles que « *dans l'intérêt de la protection* » de cette personne. Cass. Civ. 1ère, 15 mai 1990, R.T.D. Civ., 1991, 295, obs. Hauser.

²¹¹⁹ A. Brunet, *Clientèle commune et contrat d'intérêt commun*, in Mélanges dédiés à A. Weill, Dalloz, 1983; D. Ferrier, *L'intérêt commun dans le contrat de concession*, Cah. Dt. de l'entreprise, 1979, n°6, p.12; *Absence d'intérêt commun dans la concession*, Cah. Dt. de l'entreprise 1983, n°2, p.25; T. Hassler, *L'intérêt commun*, R.T.D. Com., 1984, 581 et suiv.; A. Bénabent, *Le contrat d'intérêt commun en droit positif et en droit communautaire*, Petites affiches, 7 décembre 1990, p.23; D. Plantamp, *L'intérêt commun dans les contrats de distribution*, A.L.D., 1990, p.177, P. Le Tourneau et G. Virassamy, *Concessions*, Juris. Class., Contrats-Distribution, Fasc.531, n°11 et suiv.

²¹²⁰ Cf. thèse précitée, n°289.

²¹²¹ G. Cornu, R.T.D. Civ., 1973, 147.

²¹²² Cass. Com., 12 février 1968, Bull. Civ. IV, n°68; Cass. Com., 13 mai 1970, Bull. Civ. IV, n°161; J.C.P., 1971, II, 16891, note A. Sayag; Dalloz, 1970, 701 note J. Guyénot, R.T.D. Com., 1971, 159, obs. J. Hémar; Cass. Com., 27 octobre 1970, J.C.P., 1971, II, 16689, note P.L.; R.T.D. Com., 1971, 420, obs. J. Hémar; Cass. Com., 26 juin 1972, Bull. Civ. IV, n°205; Cass. Com., 28 mai 1973, Bull. Civ. IV, n°187; Cass. Com., 30 novembre 1982, Bull. Civ. IV, n°383.

²¹²³ Cass. Com., 3 janvier 1967, Dalloz, 1967, 369; Cass. Com., 12 décembre 1967, J.C.P., 1968, II, 15534, note J. Hémar.

²¹²⁴ Cass. Com., 10 juin 1969, Bull. Civ. IV, n°218; Cass. Com., 10 février 1970, Bull. Civ. IV, n°49; R.T.D. Com., 1970, 767 obs. J. Hémar; Cass. Com., 27 juin 1978, Bull. Civ. IV, n°182; R.T.D. Com., 1979, 316, obs. J. Hémar; voir cependant Cass. Com., 2 mars 1993, Bull. Civ. IV, n°90, qui consacre une extension de la notion d'intérêt commun au contrat de commission selon T. Aubert-Monpeyssen, Dalloz, 1995, 48; M. Béhar-Touchais, J.C.P., 1993, II, 22176; **contra** : J. Ghestin, *Les diffuseurs de presse*

commissionnaire sont économiquement dépendants de leur partenaire et de la poursuite du contrat. L'argument consistant à expliquer cette limitation du domaine de la notion d'intérêt commun au contrat de mandat, par l'ambiguïté et l'imprécision de son contenu et les risques d'insécurité contractuelle que sa généralisation à d'autres contrats engendrerait²¹²⁵, n'est pas satisfaisant. Le droit positif ne doit pas se complaire dans un excès de juridisme mais trouver les véritables raisons, sur le plan de l'équité, qui expliquent le sens des solutions qu'il élabore. Le problème doit être posé en ces termes : N'est-il pas juste et utile de faire bénéficier de la notion d'intérêt commun tous les contractants dont l'état de dépendance économique nécessite une protection juridique particulière? L'examen du fondement et de l'opportunité de la notion de « *contrat d'intérêt commun* » permettra de répondre par la négative à cette question, eu égard à l'inadaptation de ce concept.

a - Le contrat d'intérêt commun: une notion contestable

449. Nous avons eu l'occasion de montrer que la notion « *d'intérêt commun* » ne pouvait servir de facteur explicatif à la jurisprudence qui impose au mandant de motiver la révocation du contrat, sauf à indemniser le mandataire du préjudice subi du seul fait de cette rupture²¹²⁶. Il est donc contestable d'étendre cette notion erronée pour tenter d'instaurer une protection générale des contractants en situation de dépendance économique. Une première objection peut être trouvée dans le fait que, contrairement au mandataire, le franchisé, le concessionnaire ou encore le commissionnaire, bénéficient d'un droit de propriété sur son fonds de commerce. En effet, ils gardent les fruits de leur activité économique dans leur patrimoine. A l'inverse le mandataire déploie une activité économique sans que la clientèle devienne, en cours ou en fin de contrat, sa « *propriété* ». Un déséquilibre entre les patrimoines existe donc dans le contrat de mandat, en raison du mécanisme de la représentation parfaite, alors qu'il est absent, d'un point de vue juridique, des contrats de franchise, de commission ou de concession. L'obligation d'indemnisation aurait donc pour justification le rééquilibrage des patrimoines. Ce serait une application du principe de la justice commutative qui impose de respecter un certain équilibre entre les patrimoines de deux contractants, l'un ne devant pas être enrichi indûment aux dépens de l'autre²¹²⁷. Mais cette explication nous paraît erronée. D'une part, il est artificiel de prétendre que la clientèle appartient au franchisé ou au concessionnaire, au seul motif que ce sont des commerçants juridiquement indépendants. Les notions de clientèle et de fonds de commerce ont une forte connotation économique. S'agissant de biens immatériels, l'important est la valeur économique qui entre à l'actif du patrimoine. Or il est évident que la clientèle, en terme de valeur économique, ne se trouve pas en totalité dans le patrimoine du franchisé ou du concessionnaire. Il importe de faire le départ entre la clientèle attirée par leur activité et celle attirée par les éléments attractifs, tels que la marque, l'enseigne ou le brevet, qui leurs sont concédés. Dans les contrats de franchise et de concession, on peut affirmer, qu'en règle générale, la clientèle est attirée par la marque ou les produits du

bénéficient-ils du régime du mandat d'intérêt commun?, Dalloz, 1994, chron.73, pour qui cette décision n'est qu'un arrêt d'espèce ne remettant pas en cause la jurisprudence traditionnelle en la matière.

²¹²⁵ T. Aubert-Monpeyssen, note précitée.

²¹²⁶ Cf. supra n°447.

²¹²⁷ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chap.IV.

concedant, ou du franchiseur²¹²⁸. La Cour de cassation en tient d'ailleurs compte lorsqu'elle énonce que « *la clientèle n'appartenait pas au seul concessionnaire* »²¹²⁹. Mais il convient de tenir compte d'un autre élément: les contrats de distribution comportent systématiquement une clause de non-concurrence qui, même limitée dans le temps et l'espace, empêche le distributeur de recueillir les fruits de son activité et de ses investissements, lors de l'extinction du contrat. C'est dire si, sur le plan économique, la clientèle demeure sous l'emprise du fournisseur ou du fabricant, et non sous celle du distributeur²¹³⁰.

D'autre part, il est concevable de considérer que le mandataire a perçu par avance l'indemnisation correspondant à la valeur économique de la clientèle qu'il a créée ou développée pour le compte et au nom de son mandant. En effet, son activité a été rémunérée par la perception d'honoraires, ou de commissions, dont le montant a été déterminé d'un commun accord au jour de la formation du contrat. Il paraît donc logique de les qualifier de rémunération forfaitaire. Ainsi, au moment de la rupture du mandat, il n'existera aucun déséquilibre entre les patrimoines du mandant et du mandataire, ce dernier ayant reçu la contre valeur de son activité et des fruits de celle-ci, par la perception de la rémunération forfaitaire. Lui accorder une indemnisation reviendrait donc à l'enrichir indûment aux dépens du mandant. Ce raisonnement pourrait être transposé aux contrats de distribution pour nier tout droit à indemnité en fin de contrat.

450. Beaucoup plus essentielle est la critique portant sur l'absence d'intérêt commun dans les contrats de distribution²¹³¹. Si l'on prend en considération la définition restrictive de la notion d'intérêt commun, il n'y aura la plupart du temps que des intérêts réciproques à chaque partie. En effet, il n'existe jamais de véritable communauté d'intérêts, si ce n'est dans le contrat de société²¹³², entre les parties contractantes. Dans le mandat, le mandataire a intérêt à percevoir la rémunération la plus importante possible en minimisant ses coûts et le temps consacré à l'exécution du mandat. Inversement, le mandant aura intérêt à ce que le mandataire déploie une activité importante en percevant la rémunération la plus faible possible. De même, le caractère conflictuel des contrats de concession ou de franchise n'est plus à démontrer²¹³³. M. Carbonnier parle très justement de « *coopération*

²¹²⁸ Voir les éclairantes remarques de G. Virassamy, thèse précitée, n°73 et suiv.

²¹²⁹ Cass. Com., 16 juillet 1985, n°83-16.882; Cass. Com., 10 novembre 1981, n°80-13.148, cités par G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique*, 1995, n°3422; voir en dernier lieu, CA Paris 16ème Ch. A, 6 février 1996, Dalloz 1996 IR, 78; Dalloz Affaires 1996 chron. 446. En l'espèce, il a été jugé que pour qu'un locataire franchisé ou concessionnaire d'une marque soit considéré comme ayant un fonds de commerce en propre, il faut qu'il apporte la preuve de ce qu'il a une clientèle liée à son activité professionnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur ou du concedant, ou bien qu'il démontre que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire une clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque.

²¹³⁰ Voir sur ce point les pénétrantes remarques de D. Ferrier, in Cah. droit Ent., 1983, n°1, p.21, qui montre que l'existence d'une clause de non-concurrence dans un contrat de distribution exclusive prive le distributeur du bénéfice de sa clientèle; l'auteur propose donc soit d'interdire ces clauses dans ce genre de contrats, soit d'allouer une indemnité compensatrice au distributeur.

²¹³¹ **Contra** : D. Plantamp, art. préc., n°16 et suiv. pour qui l'introduction de l'intérêt commun, en droit positif, « *pourrait avoir pour effet de favoriser à terme une sorte de rééquilibrage de ces contrats dont les bases sont inégales et la réalisation parfois lésionnaire* »; L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, L.G.D.J. 1995, n°255, privilégiant la notion « *d'intérêt supérieur du réseau* ».

²¹³² Art. 1833 du Code civil, et encore faut-il réserver les cas de conflit entre associés pour la distribution des dividendes ou plus exactement leur non-distribution.

²¹³³ G. Virassamy, thèse précitée.

antagoniste »²¹³⁴. Le concédant et le franchiseur ont intérêt à enserrer leur partenaire dans des liens d'étroite dépendance. Plus le lien de domination sera intense, plus grand sera leur contrôle sur la distribution de leurs biens et services, et moins grande sera la marge de manoeuvre laissée au distributeur. Oserait-on prétendre que les clauses résolutoires de plein droit, de non-concurrence, de prix-catalogue sont des manifestations de l'intérêt commun des parties? Surtout, les contractants n'auront plus d'intérêt commun à partir du moment où l'un d'entre eux a décidé de rompre le contrat. Dans ce cas, chacune des parties aura un intérêt divergent de celui de l'autre, l'une ayant intérêt à mettre fin au contrat, l'autre à en poursuivre l'exécution.

451. Paradoxalement, si l'on est amené à retenir la conception extensive de l'intérêt commun, la quasi-totalité des contrats sera alors concernée²¹³⁵. C'est le phénomène qui se produit lorsque la doctrine induit l'intérêt commun « *dès l'instant que la réalisation de l'objet du contrat présente pour les deux parties un intérêt* »²¹³⁶. Il est, dès lors, évident que le concédant et le concessionnaire, le franchiseur et le franchisé, tout comme le mandant et le mandataire, ont un intérêt commun au développement de la clientèle, à l'accroissement du chiffre d'affaires et, plus généralement à la bonne santé commerciale et financière de leur partenaire. Mais, il en est de même pour le vendeur et l'acheteur²¹³⁷. L'objet du contrat de vente est le transfert de propriété d'un bien moyennant le paiement d'un prix convenu. L'acheteur a donc intérêt à ce que le vendeur lui transfère la propriété du bien, et lui permette d'en prendre possession. Pour sa part, le vendeur a intérêt à livrer, à son acheteur, le bien convenu afin de percevoir le prix stipulé. Les deux parties ont donc bien un intérêt commun à la réalisation de l'objet du contrat. Prenons un exemple encore plus évocateur, puisque l'obligation de coopération peut être, dans certains contrats, plus intense. Le contrat d'entreprise présente un intérêt commun à chacune des parties : réaliser la prestation contractuellement prévue. En matière d'installation de logiciel informatique, le client aura intérêt à collaborer avec l'entreprise spécialisée en informatique afin d'exprimer convenablement et complètement ses besoins et ses attentes. De son côté, l'entreprise de service informatique aura intérêt, pour percevoir sa rémunération, à installer un système donnant entière satisfaction à son client. D'ailleurs son intérêt ne se limite pas à la perception de la rémunération, ce qui selon une jurisprudence constante est insuffisant pour constituer un intérêt commun²¹³⁸. La satisfaction du client renforce sa réputation de sérieux et de compétence, et étoffe, par la même, son fonds de commerce. De plus, si le client réalise de bonnes affaires et connaît une croissance économique importante, il aura besoin d'adapter ou de changer son système informatique. La notion d'intérêt commun n'est donc guère pertinente pour assurer la protection des contractants en état de dépendance économique. Entendue restrictivement elle est inapplicable aux contrats dans lesquels les contractants ont besoin d'une protection, entendue trop largement, elle devient inutile, tous les contrats ayant vocation à entrer dans son domaine d'application.

²¹³⁴ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°113 : « *il est bon que le droit sache voir la coopération contractuelle telle qu'elle est bien souvent : restreinte et non exempte d'arrière pensées* ».

²¹³⁵ G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique*, 1995, n°3291 : « *Tout contrat synallagmatique paraît conclu dans l'intérêt commun des parties* ».

²¹³⁶ P. Le Tourneau et G. Virassamy, op. cit., n°16; cf. dans le même sens, B. Houin, thèse précitée, p.291, parlant d'oeuvre commune au sein de laquelle les intérêts particuliers des parties se retrouvent étroitement liés.

²¹³⁷ St Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II, quest. 77, art. 1er : « *l'achat et la vente semble avoir été institués dans l'intérêt commun des deux parties, chacune d'elles ayant besoin de ce que l'autre possède* ».

²¹³⁸ Cf. supra n°444.

452 . Pour finir, la notion d'intérêt commun ne peut se prévaloir d'aucun fondement légal. Le raisonnement par analogie effectué à partir de l'article 1833 du Code civil porte à faux. Dans le contrat de société, l'intérêt commun entre associés prend sa source dans les apports réalisés et la participation aux bénéfices et aux pertes de l'exploitation. La société est, en quelque sorte, une indivision indirecte et organisée. MM. Malaurie et Aynès considère que le critère de qualification du contrat de société c'est l'immixtion des associés dans les affaires de la société²¹³⁹. Or quelque intense et rigoureuse que puisse être l'obligation de coopération dans les contrats de distribution, il n'est pas permis au distributeur de s'immiscer dans les affaires du fournisseur. L'inverse est également vrai, le fournisseur pouvant être, en cas d'immixtion, qualifié de dirigeant de fait²¹⁴⁰. Au surplus, il n'est guère contestable qu'aucune des parties ne participe aux bénéfices ni aux pertes réalisés par l'autre. Il existe, donc, une profonde différence de nature entre le contrat de société et les contrats de distribution, différence qui justifie la présence d'un intérêt commun dans l'un et l'exclusion dans les autres.

M. Virassamy a proposé de déduire de la loi Doubin du 31 décembre 1989 le fondement légal de l'existence des contrats d'intérêt commun. L'article 1er de cette loi énonce, en effet, que « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ». La portée de l'insertion des termes « *conclu dans l'intérêt commun des deux parties* » prête à discussion, certains y voyant la consécration de l'existence, en droit positif, de la notion de contrat d'intérêt commun²¹⁴¹, d'autres estimant qu'il ne s'agit que d'une condition supplémentaire d'application de la loi²¹⁴². Il faut bien avouer que les arguments contextuels sont partagés et ne permettent pas de connaître de façon tranchée l'intention du législateur. D'une part, la référence à la notion d'intérêt commun n'a été incluse dans le texte que par un amendement parlementaire²¹⁴³. Mais d'autre part, Monsieur le ministre Doubin a clairement laissé entendre que la loi avait pour but de rééquilibrer et de moraliser les relations contractuelles²¹⁴⁴. Ce débat paraît donc bien stérile, et il est plus utile d'aller au fond du problème. Il est certain que le rapprochement, dans une même phrase, des concepts de contrat d'exclusivité et d'intérêt commun ne peut être innocent. On ne peut s'empêcher de faire référence à la jurisprudence en matière de mandat d'intérêt commun et à l'obligation d'indemniser le mandataire en cas de révocation sans motif légitime. Cette tentation est d'autant plus forte que l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi Doubin du 31 décembre 1989 impose que le document visé à l'alinéa 1er contienne, entre autres informations, la durée et les conditions de renouvellement ou de résiliation du contrat²¹⁴⁵. La Cour de cassation pourrait donc, sans difficultés juridiques particulières, inaugurer une jurisprudence appliquant le régime du contrat d'intérêt commun aux contrats

²¹³⁹ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°926.

²¹⁴⁰ Cass. Com., 9 novembre 1993, Bull. Civ. IV, n°390.

²¹⁴¹ G. Virassamy, *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989*, J.C.P., 1990, éd. E., II, 15809.

²¹⁴² J. Ghestin, *Le mandat d'intérêt commun*, in Mélanges offerts à J. Derrupé, 1991, p.115.

²¹⁴³ J.O.A.N. Q., 9 décembre 1989, p.6247.

²¹⁴⁴ J.O.A.N. Q., 9 décembre 1989, p.6247.

²¹⁴⁵ Le décret d'application du 4 avril 1991 n'apporte malheureusement aucune précision complémentaire sur ce point, se contentant de reprendre les termes utilisés dans la loi, art. 1, 6ème.

de distribution exclusive, tels que définis à l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989. La question est alors de savoir si cette jurisprudence serait opportune.

b - Le contrat d'intérêt commun: une notion inopportune

453. L'extension de la notion d'intérêt commun, à tous les contrats de distribution exclusive, est évidemment inopportune en raison de son imprécision et de son inexactitude²¹⁴⁶. Mais ce n'est pas tout. Elle encourt deux autres critiques. En premier lieu, l'obligation de donner un motif légitime pour résilier ou ne pas renouveler un contrat de distribution, sauf à indemniser la partie en situation de dépendance économique, est un facteur significatif de rigidité. Il n'y a qu'à prendre, pour exemple, la jurisprudence qui s'est développée en matière de mandat d'intérêt commun. Si le principe est que le mandant, et donc par analogie le fournisseur exclusif dans les contrats de distribution, peut se prévaloir d'une réorganisation de son entreprise pour légitimer la résiliation du contrat, la pratique montre que cette faculté est loin d'être évidente. En effet, dans un arrêt en date du 28 mai 1963, la Cour de cassation a pris la précaution de relever « *le caractère réel et grave des réorganisations* »²¹⁴⁷. Immédiatement, on est interpellé par l'adjectif grave qui semble conférer au critère de la réorganisation de l'entreprise, ou du réseau de distribution, une connotation très restrictive. Le parallèle avec la cause réelle et sérieuse du licenciement d'un salarié s'impose, et l'on ne peut s'empêcher de penser que, dans ces conditions, la révocation d'un contrat de mandat, pour cause de réorganisation ou de restructuration, est moins facilement envisageable que le licenciement d'un salarié pour motifs économiques!²¹⁴⁸ Dans un arrêt en date du 21 novembre 1966, la Cour de cassation n'a débouté un mandataire de sa demande d'indemnisation qu'après avoir constaté que le secteur économique, dans lequel intervenait le mandant, avait subi « *une révolution* »²¹⁴⁹. L'utilisation du terme révolution, qui renvoie à un bouleversement brusque et profond de l'ordre établi, caractérise, sans équivoque, une volonté de restreindre la légitimité du motif de réorganisation de l'entreprise ou du réseau de distribution aux cas exceptionnels de nécessité²¹⁵⁰.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt en date du 2 mai 1975²¹⁵¹, a adopté une conception très étroite de la nécessité de réorganiser l'entreprise. En l'espèce, la Cour d'Aix a jugé que le mandat d'intérêt commun « *s'oppose à ce que l'une des parties puisse fonder sa décision de rupture unilatérale, non sur une faute de son contractant, mais seulement sur les considérations économiques qui lui sont strictement personnelles et qui mettent en cause son intérêt exclusif. (...) La réorganisation des services commerciaux avancée comme cause de rupture (...), aussi commercialement fondée et financièrement*

²¹⁴⁶ Cf. supra n°445.

²¹⁴⁷ Cass. Com., 28 mai 1963, Bull. Civ. III, n°259; Cass. Com., 11 juillet 1963, Bull. Civ. III, n°376.

²¹⁴⁸ L'article L. 321-1 du Code du travail n'impose pas une condition de gravité particulière pour le licenciement motivé par des difficultés économiques ou des mutations technologiques.

²¹⁴⁹ Cass. Com., 21 novembre 1966, Bull. Civ. III, n°444, en l'espèce il s'agissait de l'intervention des centrales d'achat, le mandataire ne voulant pas consentir une réduction très sensible du montant de sa commission sur les affaires traitées avec les groupements d'achats.

²¹⁵⁰ Voir également Cass. Com., 13 novembre 1969, Bull. Civ. IV, n°335, pour la réorganisation d'un réseau de mandataire dont la mise en place datait de plus de 50 ans, le marché ayant subi un certain nombre de bouleversements.

²¹⁵¹ Dalloz, 1976, 344, note approbative J. Hémar.

opportune qu'elle puisse être, ne saurait donc être considérée comme un motif légitime de cette rupture (...) ». La motivation de cette décision stigmatise parfaitement la rigidité que provoquerait une obligation de motivation de l'extinction des contrats de distribution. La Cour d'appel exprime clairement, qu'en dehors d'une faute dans l'exécution du contrat, le mandant ne peut restructurer son entreprise pour des motifs commerciaux et financiers. M. Hémard, qui approuve cette décision, estime que, pour que la réorganisation de l'entreprise soit une juste cause de rupture unilatérale, il faut qu'elle ait été « *imposée par la nécessité* »²¹⁵².

Mais la notion de nécessité est toujours présente en matière économique. Des circonstances commerciales et financières peuvent rendre nécessaire une restructuration de l'entreprise. Si M. Hémard envisage la nécessité dans son acception absolue, alors cette jurisprudence peut se révéler extrêmement dangereuse. On ne peut imposer à une entreprise d'attendre que la situation se dégrade à un point tel qu'elle se trouve devant l'alternative de se restructurer ou de disparaître. Imposer comme critère de légitimité de la réorganisation d'une entreprise la nécessité absolue revient à nier ce qui fait le dynamisme d'une économie : l'anticipation. Malheureusement, la Cour de cassation a suivi cette voie puisque dans un arrêt du 4 mai 1965, la Chambre commerciale a approuvé une Cour d'appel, qui avait condamné un mandant à verser à son mandataire une indemnité en raison de la résiliation du contrat qui était fondée sur « *la réorganisation de l'entreprise et la cession du département représenté* »²¹⁵³. La motivation de cette décision est particulièrement critiquable dans la mesure où il est reproché au mandant de « *n'avoir fait aucune allusion à un déficit de son entreprise* » et d'avoir donné à la cession de la branche d'activité un « *caractère spéculatif* ».

Un tel raisonnement est difficilement admissible, car il est économiquement inopportun de n'autoriser une restructuration que lorsque l'entreprise est en déficit. Même en droit du travail, le législateur a admis que des licenciements économiques pouvaient intervenir pour cause de restructuration, en l'absence de perte d'exploitation²¹⁵⁴. Le fait de subordonner les restructurations de réseaux de distribution au caractère déficitaire des entreprises contribue à paralyser gravement le dynamisme économique, et constitue un frein au progrès et à l'innovation. Quant à la référence au caractère spéculatif de la cession et du bénéfice réalisé, elle confère à la décision une note passéiste, voire anachronique. Au vu de ces réflexions, il ne semble pas opportun d'étendre l'obligation de motivation de la rupture des contrats de distribution. La perspective de payer une indemnité, parfois substantielle, en cas de réorganisation du réseau, incitera les fabricants et les fournisseurs à se détourner de ce système de distribution, sauf s'ils trouvent, comme c'est souvent le cas, un moyen de contourner le régime protecteur.

454 . Ce moyen paraît, d'ailleurs, relativement facile à mettre en place. Il résulte en effet d'une jurisprudence constante que les règles régissant la rupture du mandat d'intérêt commun sont simplement supplétives²¹⁵⁵. La Cour de cassation a expressément validé une clause de résiliation sans indemnité dans un mandat d'intérêt commun²¹⁵⁶. Il suffirait donc

²¹⁵² Note précitée.

²¹⁵³ Cass. Com., 4 mai 1965, Bull. Civ. III, n°288.

²¹⁵⁴ L. 321-1 du Code du travail; *Lamy social*, 1995, n°2355.

²¹⁵⁵ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°254.

²¹⁵⁶ Cass. Com., 11 décembre 1973, Bull. Civ. IV, n°358; Cass. Civ. 1ère, 7 juin 1989, Bull. Civ. I, n°229; Cass. Com., 6 juillet 1993, Bull. Civ. IV, n°287; Cont. Conc. Cons., 1993, n°206, obs. L. Leveneur,

à la partie économiquement puissante d'insérer, dans le contrat de distribution, une clause aux termes de laquelle le distributeur renonce à tous droits d'indemnisation en cas de rupture du contrat, sauf l'hypothèse de rupture fautive. Le distributeur, en situation de dépendance économique, serait naturellement contraint de l'accepter, sous peine de se voir refuser la conclusion du contrat. Ainsi, la protection conférée par l'extension de la notion d'intérêt commun, à l'ensemble des contrats de distribution, se révèle être « *une victoire à la Pyrrhus* »²¹⁵⁷. M. Virassamy est d'un avis contraire²¹⁵⁸. Il rappelle justement que les clauses dérogatoires à un régime d'ordre public sont illicites; preuve en est la jurisprudence relative à l'application du décret du 23 décembre 1958 interdisant qu'une clause contraire prive l'agent statutaire du bénéfice des dispositions légales²¹⁵⁹. Jusqu'ici rien de surprenant. Mais l'auteur croit pouvoir tirer de l'article 1er alinéa 2 de la loi Doubin, du 31 décembre 1989, un régime d'ordre public prohibant, dans les contrats de concession, les clauses exclusives d'indemnisation en cas de rupture. Il est vrai que l'article susvisé oblige le concédant à fournir, au distributeur soumis à une exclusivité, un document mentionnant « *les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat* ».

Mais rien n'indique dans ce texte que le législateur ait entendu édicter une prohibition des clauses supprimant tout droit à indemnisation lors de la résiliation ou du non renouvellement du contrat. L'article 1er alinéa 2 de la loi Doubin fait seulement obligation d'informer, avant la conclusion du contrat, le distributeur des conditions de renouvellement ou de résiliation. Il est parfaitement envisageable de stipuler une clause aux termes de laquelle chacune des parties a la faculté de résilier le contrat, unilatéralement et sans motivation ni indemnisation. Il s'agit bien, par cette clause, de déterminer « *les conditions de résiliation* ». D'ailleurs, cet article prévoit la même exigence pour la cession du contrat; or nul ne conteste que le concédant peut stipuler une interdiction de céder le contrat, compte tenu de son caractère *intuitu personae*²¹⁶⁰. L'altération de la notion d'intérêt commun, par extension à des contrats qui n'entrent pas dans son domaine naturel, est donc critiquable, non seulement en raison de son inexactitude, mais en plus en raison de son inefficacité. Il est néanmoins étonnant de constater l'effet de mode qui propulse, aujourd'hui, au devant de la scène le concept d'intérêt des contractants. C'est, en effet, cette idée que l'on retrouve dans la jurisprudence relative à la limitation des effets de la clause de non-concurrence.

B - LA CLAUSE DE NON CONCURRENCE

455 . Avec le problème de l'indemnisation du contractant, victime de la résiliation du contrat, celui de la clause de non-concurrence constitue le point névralgique des conséquences de l'extinction du contrat²¹⁶¹. Une telle clause comporte, en elle, une négation totale du principe de liberté du commerce et de l'industrie, puisqu'une partie va

décision plus restrictive car imposant une renonciation expresse du mandataire au droit de réclamer une indemnisation pour cause de rupture.

²¹⁵⁷ G. Cas et R. Bout, *Lamy Droit économique*, 1995, n°3474.

²¹⁵⁸ Juris. Class, *Contrats-distribution*, Fasc.531, n°24.

²¹⁵⁹ Cass. Com., 14 octobre 1974, Bull. Civ. IV, n°198; R.T.D. Com., 1975, 591, obs. J. Hémar.

²¹⁶⁰ G. Cas et R. Bout, *Lamy Droit économique*, 1995, n°3354.

²¹⁶¹ Pour les difficultés posées par la clause de reprise de stock ou de restitution en nature des cuves, cf. infra n°570.

être, en fin de contrat, dans l'impossibilité juridique d'exercer l'activité qui était la sienne antérieurement à l'extinction de celui-ci. Pourtant, la Cour de cassation a toujours admis le principe de validité des clauses de non-concurrence, tant en matière commerciale²¹⁶², qu'en matière sociale²¹⁶³. Mais l'admission de ce principe de validité s'accompagne de sérieuses restrictions. Classiquement, une triple limite de temps, de lieu et d'objet, borne le champ d'efficacité de la clause de non-concurrence. La Cour de cassation avait ainsi trouvé un point d'équilibre faisant la synthèse de la contradiction entre le principe de la liberté contractuelle, qui permet aux parties de fixer elles-mêmes et de façon autonome le contenu de leur convention²¹⁶⁴, et celui de la liberté individuelle d'exercer l'activité économique de son choix²¹⁶⁵. Nous allons voir que la limitation des effets de la clause de non-concurrence a longtemps été fondée sur un raisonnement très classique, qui traduisait les choix fondamentaux de la société à travers le compromis trouvé. Mais depuis 1992, ce fondement classique connaît une certaine altération, sans que l'on puisse, à ce jour, en déterminer la véritable ampleur. Ce qui est sûr, c'est que l'altération est causée par la volonté du juge de protéger les personnes économiquement faibles, liées par une clause de non-concurrence dont les effets, sur leur activité économique, sont le plus souvent dramatiques.

1/ LE FONDEMENT CLASSIQUE DE LA LIMITATION DES EFFETS DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

456 . Pour bien comprendre le fondement de la limitation des effets de la clause de non-concurrence, il faut d'abord partir des raisons qui justifient sa validité de principe. Ces raisons sont au moins au nombre de deux. En premier lieu, l'obligation de non-concurrence, qu'elle existe de plein droit comme dans les contrats de cession de clientèle ou qu'elle soit contractuellement stipulée, est parfois un élément déterminant pour parvenir à réaliser, de façon satisfaisante, l'objet du contrat. M. Serra a montré qu'il existait dans les contrats portant sur la clientèle, ou un fonds de commerce, une obligation implicite de non-concurrence à la charge du vendeur²¹⁶⁶. Il convient de rattacher l'existence de cette obligation à la garantie d'éviction du fait personnel dont est débiteur le vendeur en vertu des articles 1626 et suivants du Code civil. Sur le fondement de ces articles, la Cour de cassation a imposé au vendeur d'un fonds de commerce le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé²¹⁶⁷. La

²¹⁶² Cass. Civ., 30 mars 1885, D.P., 1885, 1, 247, Cass. Civ., 16 mars 1886, D.P., 1886, 1, 377; Cass. Req., 1er février 1899, Dalloz, 1899, 1, 302.

²¹⁶³ Cass. Soc., 25 septembre 1991, Bull. Civ. V, 379; Lindon, *Validité de la clause de non-concurrence dans les contrats de louage de services*, J.C.P., 1960, I, 1593; Y. Serra, *Dix années de jurisprudence en matière d'obligation de non-concurrence en droit du travail*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p.636; J. Amiel-Donat, *Les clauses de non-concurrence en droit du travail*, Litec, 1988; P. Bronnert, *La clause de non-concurrence dans le contrat de travail*, thèse Lyon III, 1974.

²¹⁶⁴ Art. 1134 du Code civil.

²¹⁶⁵ Article 7 de la loi des 2 - 17 mars 1791, dite « décret d'Allarde » : « il sera libre à toute personne de faire un tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Cette liberté constitue un principe générale du droit, C.E., 28 octobre 1960, « Martial de Laboulaye », Rec., p.570; ayant valeur constitutionnelle, cf. A. de Lanbadère et P. Delvolvé, *Droit public économique*, Précis Dalloz, 5ème éd., n°137 et suiv.

²¹⁶⁶ Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991, éd. Droit usuel, n°53 et suiv.

²¹⁶⁷ Req., 29 juillet 1908, D.P., 1909, 1, 281, note Lacour.

Chambre commerciale a même précisé, dans un arrêt en date du 14 avril 1992²¹⁶⁸, que l'expiration du délai conventionnel de non-rétablissement du vendeur d'un fonds de commerce n'a pas pour effet de libérer celui-ci de l'obligation légale de garantie de son fait personnel, qui a un caractère d'ordre public. L'obligation légale de non-concurrence est ici une condition nécessaire à la réalisation de l'objet du contrat. Il est évident que si le vendeur du fonds de commerce se réinstalle, immédiatement après la cession, à proximité du fonds vendu, le « *transfert* » de la clientèle ne pourra s'effectuer en pratique. Dans un autre domaine, M. Picod a très justement souligné que certains contrats comportaient une obligation de non-concurrence de plein droit en cours d'exécution, « *lorsqu'elle s'avère indispensable à l'économie du contrat* »²¹⁶⁹. Il s'agit des contrats de dépendance économique dans lesquels l'obligation de loyauté est renforcée, car leur efficacité commande une certaine fidélité. Il est vrai que, pour ce type de contrats, « *l'obligation de non-concurrence de plein droit ne saurait toutefois survivre, en l'absence de clause expresse, à la rupture du contrat (...)* »²¹⁷⁰. Mais l'idée de lier l'obligation de non-concurrence à l'efficacité économique de la convention se retrouve dans la justification de la validité de la clause de non-concurrence.

457. En effet, et en second lieu, la clause de non-concurrence est un instrument non-négligeable d'efficacité économique²¹⁷¹. Il n'est pas contestable, dans une économie de marché, que la fonction d'investissement des entreprises est étroitement liée à la protection des résultats obtenus²¹⁷². Plus la protection des fruits des investissements sera efficace, plus les entreprises consentiront à y affecter des sommes importantes. Or, la clause de non-concurrence tient une place non-négligeable dans le système de protection de l'investissement et de ses résultats²¹⁷³, notamment en matière d'investissements incorporels. Ainsi, une entreprise doit s'assurer que les personnes qui collaborent à un projet de développement d'un savoir-faire ou d'un brevet d'invention, ou encore qui ont un contact étroit avec la clientèle de l'entreprise, ne puissent divulguer, ni utiliser, à leur profit ou pour le compte d'un concurrent, leurs connaissances. Mme Amiel-Donat a mis en évidence l'idée selon laquelle la légitimité de la clause de non-concurrence est à rechercher dans la dangerosité, le risque concurrentiel²¹⁷⁴. « *Il faut en effet que la relation contractuelle ait fait naître un risque concurrentiel spécifique pour l'entreprise qui peut aussi redouter l'activité de son contractant : ce dernier, de par sa position, peut développer une concurrence particulièrement inopportune, ce qui justifie qu'on la limite* »²¹⁷⁵. Cette nécessité de protéger, par une clause de non-concurrence, l'efficacité économique d'un investissement ne se cantonne pas aux relations salariales. Elle est également très présente dans les contrats de distribution. Par exemple, en droit communautaire, alors que la clause de non-concurrence fait obstacle à l'application du

²¹⁶⁸ Bull. Civ. IV, n°160; Dalloz, 1993, Somm., 239, obs. G. Paisant.

²¹⁶⁹ Y. Picod, *L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle*, J.C.P., 1994, éd. E., I, 349, n°2.

²¹⁷⁰ Op. cit.

²¹⁷¹ Y. Serra, *La validité de la clause de non-concurrence*, Dalloz, 1987, chron.113

²¹⁷² D. Flouzat, *Economie contemporaine*, t.1, *Les fonctions économiques*, p.428 : « *la décision d'investissement dépend donc de la confrontation entre les cash-flows (ou rendement attendu) et la dépense d'investissement (ou coût de l'investissement), ceci au terme d'une analyse de rentabilité visant à dégager le bénéfice ou le profit optimal (contraintes financières)* ». Or, le calcul des rendements attendus présuppose que le droit positif déclare l'investisseur propriétaire, ou titulaire, des revenus et bénéfices procurés par l'investissement.

²¹⁷³ Entre autres institutions telles que la propriété intellectuelle ou le parasitisme économique.

²¹⁷⁴ J. Amiel-Donat, *La légitimité de la clause de non-concurrence*, Cont. Conc. Cons., juillet 1992.

²¹⁷⁵ Op. cit., p.2.

régime d'exemption prévu par le règlement relatif aux accords de distribution exclusive²¹⁷⁶, elle est considérée par la Cour de justice des communautés européennes comme indispensable à la protection du savoir-faire transmis par le franchiseur au franchiseé²¹⁷⁷. Il en est de même pour le contrat de licence de savoir-faire qui bénéficie d'une exemption, en dépit de la clause interdisant au licencié l'exploitation du savoir-faire concédé après l'expiration de l'accord, « *pour autant et aussi longtemps que le savoir-faire demeure secret* »²¹⁷⁸. L'ensemble de ces dispositions communautaires démontre la corrélation étroite entre la légitimité de la clause de non-concurrence et l'efficacité économique du contrat dans lequel elle est insérée. Mais cette efficacité conditionne aussi, en sens inverse, la légitimité des limites apportées aux effets de la clause de non-concurrence.

458 . La justification des limites, qui affectent la clause de non-concurrence, se situe tant en droit civil qu'en droit de la concurrence. Le droit civil, d'abord, a imposé une limitation dans le temps et dans l'espace, des effets de la clause de non-concurrence, sans d'ailleurs que l'on sache précisément quel est le principe juridique qui en est à l'origine²¹⁷⁹. En toute hypothèse, l'idée de liberté du commerce et de l'industrie est évidemment sous-jacente. Dès 1885, la Cour de cassation posait les limites de la clause de non-concurrence²¹⁸⁰ en imposant deux conditions alternatives : le lieu et l'espace. Soit la clause est perpétuelle mais limitée dans l'espace, soit elle « *s'étend à tous les lieux, mais elle est renfermée dans un certains laps de temps* »²¹⁸¹. Cette solution a été reprise par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui énonce qu'une « *convention restreignant sans limitation de temps l'exercice d'une activité commerciale définie est licite si elle est restreinte à un lieu déterminé* »²¹⁸². Il convient de signaler une divergence de position avec la Chambre sociale de la Cour de cassation, cette dernière imposant que les conditions de limitation de lieu et de temps soit réunies cumulativement²¹⁸³. En outre, la chambre sociale exigeait, pour que la validité de la clause soit admise, que le salarié garde la « *possibilité d'exercer normalement l'activité qui lui est propre* »²¹⁸⁴. Ainsi, bien que limitée dans le temps et l'espace, une clause de non concurrence peut être déclarée illicite, si elle a pour conséquence de priver son débiteur de la possibilité d'exercer normalement sa profession²¹⁸⁵. Cette jurisprudence a parfois influencé la Chambre commerciale,

²¹⁷⁶ 1983 - 83 du 22 juin 1983, et point n°18 de la communication du 13 avril 1984 : « *les obligations restrictives de concurrence exemptées par les règlements ne peuvent être stipulées que pour la durée de l'accord. Cette règle s'applique surtout aux interdictions de concurrence imposées au fournisseur ou au revendeur* ».

²¹⁷⁷ Art. 3-1. c) du règlement C.E.E., n°4087/88 de la commission du 30 novembre 1988; C.J.C.E., 28 janvier 1986, aff. 161/84, Pronuptia, Rec. 353; J.C.P., 1986, éd. E., II, 14816 obs. Demaret.

²¹⁷⁸ Art. 2. 1. 3) du règlement C.E.E., n°556/89 de la commission du 30 novembre 1988.

²¹⁷⁹ Cf. H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°535, qui rattachent l'impératif de limitation de la clause de non concurrence dans le temps et l'espace aux droits de la personnalité. Il serait plus juste de faire directement référence à la liberté individuelle compte tenu du caractère patrimonial que présente l'activité en matière économique. Il est possible de fonder cette limitation sur l'article 6 du Code civil, ou encore sur l'article 1134, mais ces fondements textuels sont artificiels.

²¹⁸⁰ Cass. Civ., 30 mars 1885, D.P., 1885, I, 247.

²¹⁸¹ Op. cit.

²¹⁸² Cass. Com., 7 juillet 1987, Bull. Civ. IV, n°184; Dalloz, 1988, 360, note C. Atias et C. Mouly.

²¹⁸³ Cass. Soc., 13 octobre 1988, Dalloz, 1989, 123, note Y. Serra; Cass. Soc., 11 octobre 1990, Bull. Civ. V, n°459; Cass. Soc., 25 septembre 1991, Bull. Civ. V, n°379, n°236 : « *Une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail est licite, si elle ne porte pas atteinte à la liberté de travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace (...)* ».

²¹⁸⁴ Cass. Soc., 18 octobre 1952, Bull. Civ. IV, n°736.

²¹⁸⁵ Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991, n°214.

notamment en matière de franchise²¹⁸⁶. En réalité, la gravité de l'atteinte portée à l'activité du débiteur de la clause de non-concurrence est moins une troisième condition de validité qu'un indice supplémentaire; le véritable critère étant davantage de savoir si la liberté d'entreprendre et de travailler est ou non gravement compromise²¹⁸⁷. Le juge doit donc veiller à maintenir un certain équilibre entre l'intérêt du créancier de la clause de non-concurrence, qui se traduit juridiquement par les principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des contrats d'une part, et celui du débiteur de la clause, qui ne doit pas voir sa liberté de travail et d'entreprendre définitivement ou substantiellement compromise²¹⁸⁸.

459 . Depuis 1945, et surtout depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986, la limitation des effets de la clause de non-concurrence trouve une explication intéressante en droit de la concurrence. L'article 50 alinéa 1er de l'ordonnance du 30 juin 1945 disposait que sont prohibées les clauses qui « *ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* ». L'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 a repris les mêmes termes en visant spécialement les conventions qui tendent à « *limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises* ». Or, le principe même de la clause de non-concurrence l'a fait entrer automatiquement dans le domaine de prohibition des pratiques anticoncurrentielles, puisque son objet est précisément d'écarter une entreprise ou une personne d'une activité ou d'un marché donné. Mais il faut immédiatement nuancer. Nous avons vu que, du point de vue de l'investissement, la clause de non-concurrence était un facteur de sécurité favorisant le progrès économique. Or, l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 prévoit que ne sont pas soumises aux articles 7 et 8 les pratiques qui assurent un progrès économique dont une part équitable du profit est réservé aux utilisateurs, sans éliminer la concurrence de façon substantielle et à condition qu'elles n'imposent de restriction à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès²¹⁸⁹. La référence au critère de proportionnalité, entre l'entrave au jeu de la concurrence et la nécessité de cette entrave pour atteindre l'objectif de progrès, est extrêmement intéressante. Elle permet de comprendre que les effets de la clause de non-concurrence doivent être forcément limités, dans le temps et l'espace, à ce qui est strictement nécessaire pour permettre de sauvegarder les intérêts légitimes de l'entreprise créancière. Bien entendu, il ne faut pas négliger ce facteur explicatif, mais de là à le transformer en fondement juridique de la limitation des effets de la clause de non-concurrence, il y a un pas ... que la Cour de cassation n'a pas hésité à franchir. Pourtant, ce nouveau fondement paraît, à la réflexion, assez critiquable.

2/ LE NOUVEAU FONDEMENT DU PRINCIPE DE LIMITATION DES EFFETS DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

460 . Jusqu'en 1992, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'était toujours refusée à contrôler la légitimité ou l'opportunité de la clause de non-concurrence qui liait le salarié

²¹⁸⁶ Cass. Com., 29 mai 1980, Bull. Civ. IV, n°220; Y. Serra, *La validité de la clause de non-concurrence (de la vente de fonds de commerce au contrat de franchise)*, Dalloz, 1987, chron.113.

²¹⁸⁷ En ce sens, J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°191.

²¹⁸⁸ J. Amiel-Donat, article précité, p.3.

²¹⁸⁹ Y. Serra, chronique précitée, p.115 et 116.

à son départ de l'entreprise. Ainsi, elle a censuré une Cour d'appel qui avait déclaré une clause de non-concurrence illicite au motif que « *la qualification professionnelle* » du salarié « *ne relevant pas d'une spécialisation poussée ou particulière, son employeur n'était pas susceptible de subir un préjudice au cas où le salarié viendrait à exercer ses activités dans une autre entreprise* »²¹⁹⁰. La Cour de cassation visant l'article 1134 du Code civil a rappelé qu'une « *clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail est licite si elle ne porte pas atteinte à la liberté de travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace, compte tenu de la nature de l'activité du salarié, et n'est illicite que dans la mesure où elle le fait* »²¹⁹¹. La rigueur de cette jurisprudence était généralement critiquée par la doctrine qui y voyait un excès de légalisme; la clause de non-concurrence étant fréquemment imposée par l'employeur au salarié, celui-ci n'ayant pas réellement de choix devant la nécessité de trouver un emploi²¹⁹². C'est donc avec une certaine satisfaction que l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 mai 1992 a été accueilli²¹⁹³. Cette décision énonce qu' « *ayant fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la Cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pourrait se prévaloir de cette clause* »²¹⁹⁴. En l'espèce, le salarié, à qui l'employeur voulait opposer une clause de non-concurrence, exerçait les fonctions de laveur de vitres. Il est probable que cette fonction était inoffensive pour l'employeur²¹⁹⁵. Le risque de déstabilisation de l'entreprise ou de détournement de la clientèle était relativement minime, et il est compréhensible que, dans un souci de protection de la partie économiquement faible, la Cour de cassation n'ait pas voulu imposer au salarié de choisir entre le changement de ville ou de métier.

461. Mais, le fondement juridique de cette solution, au demeurant équitable, laisse perplexe. Comment est-il possible d'annuler une clause au seul motif qu'elle n'est pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de celui qui en bénéficie? Le juge peut-il s'arroger le droit d'apprécier, en lieu et place des parties, l'opportunité des stipulations contractuelles? S'agit-il d'une nouvelle cause de nullité des conventions? Tout se passerait donc comme si une clause contractuelle sans véritable utilité n'avait pas d'effets juridiques, comme si le droit ne s'intéressait plus qu'aux stipulations utiles et justes. En fait, le rapport de la Cour de cassation pour l'année 1992 donne un élément de réponse : « *il ne s'agit pas de prohiber de telles clauses, mais d'éviter que des salariés n'ayant pas accès, en raison de leur niveau hiérarchique ou de leur domaine d'activité, à des informations sensibles voient leurs possibilités d'emploi limitées sans véritable justification. Dans une période où la concurrence s'exacerbe tant sur le plan national qu'international, les chefs d'entreprise*

²¹⁹⁰ Cass. Soc., 13 octobre 1988, Dalloz, 1989, 122, note Y. Serra; J.C.P., 1989, éd. E., II, 15474, note J. Amiel-Donat.

²¹⁹¹ Op. cit.

²¹⁹² P. Laurent, *La clause de non-concurrence : une enclave commerciale en droit du travail*, G.P., 1974, 1, doct., 71; J. Amiel-Donat, article précité, p.2; nous sommes cependant en désaccord avec Mme Amiel-Donat lorsqu'elle écrit qu' « *il y a un caractère quelque peu hypocrite à y voir le résultat d'un réel consentement des parties* ». En effet le fait que la clause ait été imposée par un abus de puissance économique de l'employeur n'empêche pas que le salarié ait donné son consentement le jour de la conclusion du contrat. Une conception est critiquable, car une volonté n'est jamais épurée de toutes les contraintes naturelles, physiques, économiques ou sociales; sur cette question cf. supra n°308 et suiv.

²¹⁹³ J.C.P., 1992, II, 21889, note J. Amiel-Donat; Dalloz, 1992, 350, note Y. Serra.

²¹⁹⁴ Op. cit.

²¹⁹⁵ Cette affirmation mérite d'être nuancée car, en pratique, le laveur de vitre est souvent en contact avec la clientèle. Si les clients sont attachés à la qualité de son travail, il est possible qu'ils puissent vouloir le suivre dans le cas où il se mettrait à son compte.

sont tentés de se protéger mais cette compétition commerciale aboutit aussi à une tension sur le marché du travail et de telles clauses sont particulièrement pénalisantes pour les salariés »²¹⁹⁶. C'est donc bien dans le but de protéger le salarié que la validité de la clause de non-concurrence est subordonnée à la protection indispensable des intérêts légitimes de l'entreprise.

On peut être étonné de constater que la protection du salarié passe par celle des intérêts de l'entreprise. Le terme d'entreprise est ambiguë dans un tel contexte : s'agit-il d'un synonyme d'employeur, ou bien de l'institution qui regroupe sous une direction unique des moyens humains et matériels dans le but de mettre sur le marché les biens et services produits? Dans le premier cas, l'utilisation des termes « *intérêts légitimes* » emporte une part importante de subjectivité et d'incertitude dans l'analyse. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 1er mars 1995 illustre cette difficulté²¹⁹⁷. Le départ d'un garçon de café à la concurrence est-il dangereux au point de craindre un détournement substantiel de clientèle et d'imposer une clause de non-concurrence²¹⁹⁸? Il faut avouer qu'il est difficile de se prononcer au seul regard du critère de la légitimité des intérêts de l'employeur. N'y-a-t'il pas un intérêt économique légitime, pour un employeur, à se garantir d'un risque? Dans le second cas, il sera délicat de déterminer précisément le contenu de la notion « *d'intérêts légitimes de l'entreprise* ». L'entreprise est en effet le lieu de rencontre d'intérêts contradictoires. Sans nier une certaine communauté d'intérêts entre employeur et salariés, il faut reconnaître l'existence d'un antagonisme irréductible. Il n'y aura certainement pas de problème pour un laveur de vitres, mais il existe des situations plus ambiguës dans lesquelles les intérêts du salarié et ceux de l'employeur seront en opposition radicale, rendant impossible la détermination d'un intérêt général de l'entreprise ou d'un intérêt commun entre l'employeur et le salarié²¹⁹⁹.

Un parallèle avec le droit fiscal, et la notion d'acte anormal de gestion, s'impose. Les spécialistes de la matière définissent l'acte anormal de gestion comme celui qui est contraire à l'intérêt économique de l'entreprise²²⁰⁰. Il faut, cependant relativiser la pertinence de ce parallèle. En effet, pour le droit fiscal, l'intérêt de l'entreprise ne prend pas en compte d'intérêts antagonistes. Il s'agit exclusivement de l'intérêt économique, celui de la rentabilité de l'exploitation, à l'exclusion de tout intérêt d'ordre social. Malgré ce, les fiscalistes considèrent qu'il s'agit d'une notion très délicate et difficile à utiliser²²⁰¹. Que dire, alors, de la notion très ambiguë d'entreprise, qui mélange des intérêts contradictoires! Il vaudrait donc mieux voir, dans la décision de la Chambre sociale, une manifestation de l'autonomie et du particularisme du droit du travail, dont la philosophie générale est de

²¹⁹⁶ Rapport de la Cour de cassation 1992, La documentation française, p.147 et 146, on remarquera avec intérêt la nature exclusivement économique de l'explication donnée par la Cour de cassation à l'appui de sa décision.

²¹⁹⁷ Cass. Soc., 1er mars 1995, R.J.S., 1995, n°377

²¹⁹⁸ On peut penser que les clients d'un café sont plus attirés par l'emplacement et l'ambiance que par le serveur lui-même...

²¹⁹⁹ Ainsi, après la jurisprudence du laveur de vitres, celle du garçon de café suscite l'interrogation. En reprenant le critère de l'intérêt légitime de l'entreprise, la chambre sociale a déclaré valable une clause de non concurrence insérée dans le contrat de travail d'un garçon de café, en raison de ses rapports directs avec la clientèle. Cass. Soc., 1er mars 1995, R.J.S., 1995, n°377. De même, la clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail d'un électromécanicien itinérant a été déclarée valable, eu égard au savoir-spécifique dont il était détenteur; Cass. Soc., 14 février 1995, Bulletin d'actualité, Lamy droit économique, mai 1995, n°1377.

²²⁰⁰ M. Cozian, *La théorie de l'acte anormal de gestion*, Defrénois, 1994, 1ère partie, 673, n°9 et suiv.

²²⁰¹ C. Louit, *Acte anormal de gestion*, Juris. Class. Fiscal, Fasc.226-2, n°12.

conférer aux salariés un certain degré de protection. Mais c'est sans compter une évolution récente et similaire de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

462. Dans un arrêt en date du 4 mai 1993 la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé qu'une « *Cour d'appel a énoncé à bon droit que l'interdiction apportée par une clause de non-concurrence doit s'apprécier concrètement et que son ajustement doit être contrôlé dans le temps et dans l'espace par rapport à la fonction qu'elle remplit* »²²⁰². L'apport essentiel de cette décision n'est pas le revirement de jurisprudence de la Chambre commerciale, qui exige que les limitations de temps et d'espace soient cumulativement réunies, mais l'idée d'un ajustement entre l'effet restrictif de concurrence et la fonction de la clause de non-concurrence. La confirmation et l'achèvement de cette évolution va venir avec l'arrêt du 4 janvier 1994²²⁰³, qui a reproché, sous le visa de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945, à une Cour d'appel de ne pas avoir recherché « *si la clause litigieuse, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'était pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat* »²²⁰⁴.

D'emblée, il faut reconnaître que le critère de proportionnalité est un fondement beaucoup plus solide que celui de l'intérêt légitime de l'entreprise. Il fournit un critère rationnel d'appréciation de la licéité de la clause de non-concurrence en fonction de la nécessité de protéger, d'une part l'investissement et la clientèle de l'entreprise qui en est bénéficiaire et, d'autre part la liberté du travail, du commerce et de l'industrie des personnes soumises aux effets d'une telle clause. Le critère de proportionnalité est, en outre, plus strict que celui de l'utilité, cher à M. Ghestin. Il ne suffit pas que l'obligation de non-concurrence soit utile au créancier, encore faut-il qu'elle soit indispensable à la protection de ses intérêts, cette notion se mesurant par rapport à l'objet du contrat. Il s'agira alors de se demander si les fonctions et la rémunération du salarié sont proportionnées à la rigueur des effets de la clause de non-concurrence. Le critère de proportionnalité réalise, selon M. Serra, « *la synthèse entre la vérification de la légitimité de l'intérêt du créancier de non-concurrence et la protection de la liberté économique individuelle du débiteur de non-concurrence car il s'agit de mettre concrètement en relation l'intérêt légitime du premier et l'atteinte portée à la liberté du second* »²²⁰⁵.

463. Néanmoins, malgré l'autorité naturellement attachée à l'avis de l'éminent auteur, il est permis d'émettre quelques doutes sur la pertinence du fondement utilisé. Le recours au droit de la concurrence semble, en effet, ne pas tenir compte d'une règle essentielle de la matière, qui est celle dite du seuil de sensibilité. La commission de la concurrence avait décidé, sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945, qu'« *il y a un seuil au-dessous duquel (...) le fait critiquable ne constitue même pas une infraction* »²²⁰⁶. Plusieurs décisions, s'inspirant du droit communautaire ont fait de la possibilité d'une entrave sensible au jeu de la concurrence, le critère d'application de l'article 50 de ladite

²²⁰² Cass. Com., 4 mai 1993, Bull. Civ. IV, n°172; J.C.P., 1993, II, 22111, note M.C. Boutard-Labarde; Dalloz, 1994, Somm., 220, obs. Y. Serra; dans le même sens : Cass. Com., 9 novembre 1993, Bull. Civ. IV, n°399; Dalloz, 1994, 399, note M. Lombart et Somm., 220, obs. Y. Serra.

²²⁰³ Cass. Com., 4 janvier 1994, Bull. Civ. IV, n°4; Dalloz, 1995, 205, note Y. Serra; R.T.D. Civ., 1994, 349, obs. J. Mestre.

²²⁰⁴ Op. cit.; en l'espèce il s'agissait d'un chauffeur de véhicules de petite remise, travaillant à titre indépendant, qui avait signé un contrat d'utilisation d'un central radio dans lequel était insérée une clause lui interdisant en cas de rupture du contrat d'exploiter une activité similaire pendant une période de trois ans et dans un secteur de trente kilomètres à vol d'oiseau de la mairie de Versailles.

²²⁰⁵ Y. Serra, note au Dalloz, 1995, 206, n°9.

²²⁰⁶ Rapport pour 1973, p.2605.

ordonnance²²⁰⁷. Or, dans l'espèce tranchée par la Cour de cassation le 4 janvier 1994, il est incontestable que la clause de non-concurrence, conclue entre un chauffeur de taxi indépendant et une société d'exploitation d'un central radio à Versailles, ne pouvait en aucun cas porter une atteinte sensible à la concurrence sur le marché de référence²²⁰⁸. Il faut rappeler que, dans un arrêt en date du 4 mai 1993, la chambre commerciale de la Cour de cassation a expressément énoncé que le critère du seuil de sensibilité s'appliquait également dans le cadre de l'ordonnance du 1er décembre 1986²²⁰⁹.

Dans ces conditions, il est particulièrement critiquable de fonder le critère de licéité des clauses de non-concurrence sur des dispositions ressortissant au droit de la concurrence qui ne trouveront que très rarement à s'appliquer dans la pratique. Au surplus, il est douteux que le droit de la concurrence ait pour fonction de protéger les parties économiquement faibles en l'absence d'atteinte sensible au jeu de la concurrence sur le marché²²¹⁰. Enfin, il est possible de se demander si les solutions suscitées auraient été identiques si la clause de non-concurrence stipulait, au profit du salarié un maintien total ou partiel de sa rémunération. Rien n'est moins sûr depuis un arrêt du 17 février 1993 dans lequel la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que lorsque la clause de non-concurrence prévoit une contrepartie financière, elle est censée être « *instituée non seulement dans l'intérêt de l'employeur mais également dans celui du salarié, l'employeur ne pouvant unilatéralement renoncer à son exécution* »²²¹¹. Or si le critère de validité de la clause de non-concurrence est véritablement la proportionnalité de ses effets par rapport à l'objet du contrat, la rémunération de ladite clause devrait être indifférente. Les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 étant d'ordre public de direction, sanctionnées en conséquence par la nullité absolue, le bénéficiaire de la clause de non-concurrence pourrait échapper au paiement de l'indemnité contractuellement prévue en soulevant la nullité s'il existe une disproportion entre les effets de la clause et l'objet du contrat. La protection se retournerait donc, par un effet pervers imprévu, contre la personne qui devrait être protégée!

464. Une piste de raisonnement intéressante nous est donnée par la notion de contrepartie. On sait que certains auteurs ont contesté la validité de la clause de non concurrence en l'absence du versement d'une indemnité de clientèle au distributeur²²¹². Il s'agit toujours de l'idée de justice commutative. A partir du moment où le fournisseur interdit au distributeur d'exercer son activité économique à l'extinction du contrat, et qu'il

²²⁰⁷ Com. Conc., 7 mai 1981, Boulangerie dans le département de l'Oise; Com. Conc., 25 juin 1981, *Production et commercialisation des engrais*; Com. Conc., 20 octobre 1983, *Distribution des jeans*; Com. Conc., 14 mai 1985, *Instrument à vent et des pianos droits*; décisions cités par G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique*, 1995, n°577.

²²⁰⁸ Ce qui en revanche pouvait être le cas dans l'arrêt du 9 novembre 1993 précité, s'agissant de l'ensemble des moniteurs de ski regroupés en école de ski et qui sont adhérents à plus de 90 % du syndicat national des moniteurs qui leur a imposé la clause de non-concurrence.

²²⁰⁹ Bull. Civ. IV, n°172; Cont. Conc. Cons., 1993, n°110, obs. L. Vogel; J.C.P., 1993, II, n°22111, note Boutard-Labarde; voir la résistance des juridictions du fonds : Cons. Conc., 23 novembre 1993, Cont. Conc. Cons., 1994, n°50, obs. L. Vogel et C.A. Paris, 1ère chambre, sect. conc., 7 juillet 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°196, obs. L. Vogel; Cette résistance paraît vaine dans la mesure où la notion de seuil de sensibilité est expressément admise en droit communautaire : C.J.C.E., 30 juin 1966, LTM/MBU, Rec., p.295; C.J.C.E., 9 juillet 1969, Völk/Vervaecke, Rec. p.295; communication concernant les accords d'importance mineure, 3 septembre 1986, J.O.C.E., n°C.231, 12 septembre 1986.

²²¹⁰ Cf. infra n°575 et suiv.

²²¹¹ Droit social, 1993, 383; J.C.P., 1993, éd. E., I, 259, n°4, obs. D. Gatamel.

²²¹² D. Ferrier, *Appartenance de la clientèle et clause de non-concurrence*, Cah. Dt. de l'entreprise, 1983, n°1, p.21 et suiv.; **contra** : J.J. Burst, sous les mêmes références.

recupère directement ou à l'aide d'un autre distributeur, par voie de conséquence, la clientèle développée par ce dernier, il bénéficie d'un enrichissement illégitime. Cet enrichissement a pour corollaire l'appauvrissement du distributeur lié par la clause de non-concurrence et privé du bénéfice afférent à l'exploitation de sa clientèle. Un raisonnement identique peut être tenu en matière de rémunération de la clause de non-concurrence. Ne peut-elle pas justifier, si elle est d'un montant sérieux, la clause de non-concurrence imposée à un salarié n'ayant pas de fonctions élevées ni de contacts directs avec la clientèle? Le fait que l'employeur consente à indemniser son salarié à raison de l'interdiction qui lui est faite de travailler sur un secteur et dans une activité donnés est un indice important d'utilité de la clause pour les intérêts de l'entreprise.

Il ne s'agit évidemment pas de subordonner la validité de la clause de non-concurrence à une indemnisation systématique, mais l'idée est de faire respecter un équilibre entre les droits et obligations réciproques des parties contractantes. C'est ce que Mme Amiel-Donat exprime lorsqu'elle écrit que « *la vérification de la légitimité de la clause et, par là, de l'équilibre existant entre la nécessaire protection des intérêts du créancier d'une part et l'atteinte ainsi portée à la liberté du débiteur d'autre part, doit absolument être réalisée par le juge* »²²¹³. La Chambre commerciale de la Cour de cassation paraît suivre cette voie, dans un arrêt en date du 4 juillet 1995²²¹⁴. En l'espèce, il est précisé que « *l'interdiction apportée par une clause de non-concurrence doit s'apprécier concrètement et son ajustement doit être contrôlé dans le temps et dans l'espace par rapport à la fonction qu'elle remplit* ». L'intérêt de cette décision réside d'une part dans l'absence de référence aux ordonnances de 1945 ou de 1986, et d'autre part dans l'analyse proposée, qui s'attache à vérifier l'équilibre concret des droits et obligations découlant de la convention. Or, l'examen de cet équilibre passera obligatoirement par la vérification de la proportionnalité entre les droits et obligations réciproques des parties. Les questions essentielles seront alors : est-ce que la clause de non-concurrence confère un avantage excessif au créancier? Et dans l'affirmative, cette clause a-t-elle été imposée par un abus de puissance économique?

465 . La problématique ainsi posée rappelle inmanquablement la notion de lésion, et de clause abusive. La référence au critère de proportionnalité entre les prestations réciproques caractérise en effet cette institution de la théorie générale du droit des obligations, dans laquelle le juge a le pouvoir de procéder au rééquilibrage ou à la rescision du contrat²²¹⁵. Or, il s'agit bien de rééquilibrer la convention en réputant non-écrite une clause de non-concurrence disproportionnée par rapport à « *l'objet du contrat* »²²¹⁶. Il est exact que la notion de cause de l'obligation sous-tend également la philosophie de cette solution. MM. Malaurie et Aynès ont opéré un rapprochement intéressant entre la licéité de la cause et l'absence de cause de l'obligation en remarquant que ces deux aspects étaient souvent étroitement mêlés²²¹⁷. L'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 14 mai 1992²²¹⁸ en est un exemple topique, l'illicéité de la clause de non-concurrence étant déduite

²²¹³ J. Amiel-Donat, article précité, p.3; **contra** : P. Laurent, op. cit., n°12.

²²¹⁴ R.J.D.A. 1/1996 n°16.

²²¹⁵ En droit du travail, la jurisprudence reconnaît au juge un pouvoir de révision de la clause de non-concurrence en cas de durée excessive ou de limitation géographique insuffisante, ce qui rappelle la souplesse de la sanction de la lésion; Cass. Soc., 3 mai 1979, Bull. Civ. V, p.274; Cass. Soc., 29 avril 1980, Bull. Civ. V, p.282, Cass. Soc., 7 mai 1991, R.J.S., 7/91, p.437; *Lamy social*, 1995, n°557.

²²¹⁶ En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés en matière de lésion, le juge pourrait même rééquilibrer la clause en réduisant une durée excessive ou un secteur territorial trop étendu.

²²¹⁷ P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°510.

²²¹⁸ Précité.

de l'absence de contrepartie et d'utilité pour la protection des intérêts de l'entreprise; en d'autres termes, l'employeur bénéficie d'un avantage inutile pour lui tandis que le salarié est soumis à une obligation qui n'a pas de contrepartie réelle. Mais, nous allons pouvoir constater que les notions de cause de l'obligation et de lésion sont faites de la même pâte, et qu'elles permettent, dans les contrats où les parties sont d'inégales puissances économiques, de sanctionner les éventuels déséquilibres de valeur entre les droits et obligations réciproquement stipulés. L'utilisation de ces notions, qui ne sont pas loin de faire qu'une, présente l'immense intérêt de ne pas altérer les notions classiques du droit des obligations pour prendre en considération les déséquilibres de puissance économique. Le droit parviendra alors à les prendre en compte de façon souhaitable.

UNIVERSITE PIERRE MENDES FRANCE - 1996
FACULTE DE DROIT - U.F.R. - GRENOBLE II

DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE EN DROIT DES OBLIGATIONS

TOME 2

Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit - Nouveau Régime
Présentée et soutenue publiquement le 27 mars 1996 par :
Jean-Pascal CHAZAL

JURY : Monsieur **Dominique LEFEBVRE**
Professeur à l'Université Mendès-France - Grenoble II : Président

Monsieur **Laurent AYNES**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne - Paris I : Suffragant

Monsieur **Jean CALAIS-AULOY**
Professeur à l'Université de Montpellier I : Suffragant

Monsieur **Jacques MESTRE**
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III : Suffragant

Monsieur **Jean-Claude MONTANIER**

Professeur à l'Université Mendès-France - Grenoble II : Suffragant

DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE
EN DROIT DES OBLIGATIONS

TOME 2

PARTIE II

UNE PRISE EN COMPTE SOUHAITABLE
DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE
PAR LE DROIT

466 . La première partie de notre travail a permis de dresser un tableau critique de la prise en compte de la puissance économique par le droit. Mais cette critique, qui porte essentiellement sur les moyens juridiques utilisés, ne tend nullement à un refus de tenir compte, en droit, du phénomène de la puissance économique. Au contraire, il paraît éminemment souhaitable que le droit commun des obligations l'appréhende à l'aide de notions juridiques adéquates. Le terme « *souhaitable* » doit être pris dans deux sens différents mais complémentaires. Il signifie d'abord désirer, vouloir, espérer. Il exprime donc une idée d'avenir : on souhaite quelque chose, on espère un événement pour le futur, jamais pour le passé. Le juriste est immédiatement interpellé par cette dimension temporelle du souhait, qui évoque directement la *lex ferenda*. On quitte alors le domaine du droit positif, qui est une science de systématisation et d'interprétation²²¹⁹, pour entrer dans celui de la prospective, par le passage d'un raisonnement statique à un raisonnement dynamique. Il ne s'agit pas de verser dans la fiction, mais d'examiner comment le droit positif peut évoluer. Plus précisément, il convient d'étudier par quels moyens le droit peut, en se transformant, appréhender de façon différente les déséquilibres de puissance économique.

Le sujet est d'actualité puisqu'une partie de la doctrine souhaitait ardemment, à la fin des années 80, une réforme du droit des obligations²²²⁰. Notamment, M. Cadiet a insisté sur l'acuité de la question en donnant le « *sentiment que le point de rupture est atteint et qu'il importe, sans tarder, de poser, en législation, le problème de la réforme du droit des obligations, spécialement du droit des contrats* »²²²¹. Certes, il y a longtemps que la doctrine a mis en exergue le phénomène de « *crise* » du contrat²²²², mais les données du problème sont renouvelées par l'approche en terme de déséquilibre de puissance économique entre contractants. M. Cadiet a montré qu'il ne pouvait pas y avoir une opposition systématique entre les deux modes de régulations sociales que sont l'étatique et

²²¹⁹ J. Carbonnier, *Introduction*, n°23 et 24.

²²²⁰ Ce souhait existait avant cette date même s'il a tendance à s'intensifier; G. Morin, *La révolte du droit contre le code - La révision nécessaire des concepts juridiques*, Sirey, 1944, p.121; G. Cornu, *L'évolution du droit des contrats en France*, Rev. Int. de droit comparé, 1979, p.447 et suiv., numéro spécial; M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, Mélanges Marty, 1978, p.235; B. Berlioz-Houin et G. Berlioz, *Le droit des contrats face à l'évolution économique*, Mélanges Houin, Dalloz-Sirey, 1985, p.3 et suiv.; P. Le Tourneau, *Quelques aspects de l'évolution des contrats*, Mélanges Raynaud, Dalloz, Sirey, 1985, p.349 et suiv.; J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, Rapport aux journées R. Savatier, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.40 et suiv.

²²²¹ L. Cadiet, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p.7 et suiv.

²²²² L. Josserand, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal*, D.H. 1940, chron. 5 et suiv.; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1952, p.19 et suiv., parlant « *d'éclatement de la notion traditionnelle du contrat* »; H. Batiffol, *La « crise du contrat » et sa portée*, in Arch. philo du droit, t.XIII, *La notion de contrat*, Sirey, 1968, p.13 et suiv.; G. Ripert, *Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine*, L.G.D.J., 1949.

le contractuel²²²³. En effet, l'intervention de l'Etat par le biais de dispositions d'ordre public, peut contribuer à rétablir « *en droit, une égalité entre les contractants, rompue, dans les faits par la puissance économique ou la compétence technique de l'un d'eux* »²²²⁴. Or, les phénomènes de déséquilibres de puissance économique ont contribué à parcelliser et à altérer le droit commun des obligations, au point que seule une réforme de fond paraît pouvoir redonner au droit positif cohérence et harmonie.

467. On en vient ainsi au second sens du mot « *souhaitable* », qui s'oppose dans notre problématique au mot « *critiquable* ». Souhaiter une prise en compte de la puissance économique par le droit, après avoir critiqué les modalités de prise en compte actuelles, traduit une volonté, une tentative d'amélioration. La notion de souhait, si elle est tournée vers l'avenir, est aussi tournée vers l'idée de progrès, avec laquelle elle forme un tout indissociable. Le raisonnement *de lege ferenda* comporte une tension intrinsèque qui le conduit à rechercher la perfection, l'absolu. C'est d'ailleurs en ce sens que le droit se rapproche de l'art poétique et de l'esthétique²²²⁵ : *Jus est ars boni et aequi*, disait Celse²²²⁶. A l'évidence, la prise en compte par le droit des déséquilibres de puissance économique, selon des moyens détournés, par des notions inadaptées, et surtout sans l'avouer franchement, ne satisfait pas l'aspiration de cohérence et de clarté qui devrait le guider. L'opacité des raisonnements et des motivations jurisprudentielles nuit à la compréhension du droit positif. Le « *non-dit* » des décisions, que nous avons tenté de découvrir dans la première partie, ne favorise guère la transparence, ce qui est pour le moins paradoxal pour un droit positif qui a l'ambition d'imposer cette idée de transparence à tous les contractants²²²⁷. La jurisprudence qui, par exemple, élimine, en fait, la condition de l'intention de tromper dans le dol par réticence commis par un professionnel, alors qu'elle la maintiendra pour faire échapper un non-professionnel à la nullité du contrat et aux dommages-intérêts, participe à cette tendance critiquable qui consiste à taire la véritable motivation de la décision : tenir compte des déséquilibres de puissance économique. Pourtant, la jurisprudence gagnerait en clarté et en efficacité à définir convenablement les fondements adéquats qui sous-tendent les décisions judiciaires. M. Carbonnier estime qu'« *il y a toujours une *elegantia juris* à mettre le modèle législatif en harmonie avec la pratique effectuée* »²²²⁸; il en est de même pour la jurisprudence et le droit dans son ensemble. On pourrait alors dire qu'il y a une *elegantia juris* à mettre en harmonie les règles de droit d'une part et leurs fondements d'autre part. Il est certain qu'en se faisant, le droit positif gagnerait en prévisibilité, et donc, en sécurité.

468. Se pose alors le problème de la nature de l'évolution du droit, du sens à donner à cette transformation qui permettra de satisfaire le souhait d'une prise en compte non-critiquable de la puissance économique. Nous avons pu mesurer l'échec de la parcellisation du droit commun des obligations, tant par le biais de la création d'un droit autonome de la consommation que par celui du développement de nouvelles catégories de contrats

²²²³ Op. cit., n°9 et 10; cf. également J.M. Varaut, *Le droit au droit : Pour un libéralisme institutionnel*, P.U.F.; L. Cohen-Tenghi, *Le droit sans l'Etat : sur la démocratie en France et en Amérique*, P.U.F., 1985.

²²²⁴ L. Cadiet, op. cit.

²²²⁵ F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°20; P. Jestaz, *Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts*, R.T.D. Civ., 1979, 480 et suiv.

²²²⁶ Digeste, I, 1 *De justitia et jure*, I.

²²²⁷ J. Mestre, *Transparence et droit des contrats*, E.J. Com., novembre 1993, p.75 et suiv.; avant d'exiger des contractants la transparence des relations, il serait sain que le droit positif tende aussi vers cette exigence.

²²²⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit*, L.G.D.J., 1992, 7ème éd., p.293.

spéciaux. Des auteurs tels que M. Malinvaud²²²⁹ et M. Cadiet²²³⁰ ont émis le voeu de redonner à la théorie générale et au droit commun des obligations, une place centrale au sein du droit positif, notamment lorsqu'il s'agit d'appréhender les inégalités entre contractants et, d'instaurer une protection juridique des économiquement faibles. Leur analyse est pertinente car seuls les principes généraux et les notions fondamentales du droit des obligations sont susceptibles d'assurer une protection efficace; car qui dit efficace dit concret, et ce n'est pas l'érection de pseudo-catégories socio-juridiques générales et abstraites de personnes présumées économiquement faibles qui peut atteindre l'efficacité nécessaire. En se recentrant sur la théorie générale, le droit positif se plonge dans le concret, le réel. Ce qui semble être, au premier abord, un paradoxe n'est que la conséquence de la nature protéiforme de la puissance économique. Une notion générale et souple est plus habile à l'appréhender qu'une catégorisation parcellaire, abstraite et rigide, dont le champ de protection sera nécessairement limité et imparfait; en d'autres termes, insusceptible d'embrasser la polymorphie. Cela ne signifie pas qu'il faut jeter l'anathème sur les dispositions protectrices spécifiques édictées au profit de certaines catégories de citoyens ou de contractants, tels que les consommateurs ou les salariés. Il est évident que dans certaines situations, contractuelles ou non, la théorie générale des obligations ne sera pas suffisamment protectrice, de sorte que des aménagements légaux ou réglementaires seront toujours nécessaires, notamment dans le domaine de la prévention collective des abus de puissance économique. Mais il s'agit de veiller à ce que les régimes spécifiques et dérogatoires ne se substituent pas au droit commun, comme cela est trop souvent le cas aujourd'hui.

469 . Il est certain que cette évolution du droit vers le concret n'a pas que des avantages. Notamment elle entraîne obligatoirement un surcroît de complexité et de technicité, dû à l'ouverture sur la réalité et sur certaines disciplines extérieures, telles que l'économie ou la sociologie. La lutte contre les excès du dogmatisme passe nécessairement par un incessant va et vient du fait au droit et du droit au fait. Au XX^{ème} siècle, un important courant doctrinal définit le droit, en se fondant sur les travaux d'Aristote et de St. Thomas, comme « *la recherche concrète de la solution conforme à la justice* »²²³¹. L'idée de justice, dans le cadre de cette définition, n'est pas ontologique mais phénoménologique; il n'existe pas de « *juste en soi* », inhérent à la nature des choses. Le juste est observable, relatif, induit des lois de la nature telles qu'elles se présentent à nous²²³². Le concret est, quant à lui, contingent, ouvert à la connaissance dialectique, au sens où l'entendait Aristote²²³³. La complexité du droit est, en quelque sorte, le prix, la contrepartie, de l'équité et de la justice; « *les choses sont complexes, et il n'y a de vérité qu'en respectant cette complexité* »²²³⁴.

Par conséquent, il nous faut examiner, dans le détail, la nature de la puissance économique, c'est à dire ses manifestations concrètes et sa définition, avant de déterminer les effets juridiques qu'elle produit en cas de déséquilibre. Précisons que nous utilisons le

²²²⁹ P. Malinvaud, *La protection du consommateur*, Dalloz, 1981, chron.62, *in fine*.

²²³⁰ Op. cit., n°30 et suiv.

²²³¹ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°32.

²²³² St. Thomas, *Sommes théologiques*, IIa, IIae, quest.57 et suiv. : « *la nature est muable* »; voir aussi la pensée d'Aristote qui observait que si le feu brûle de la même façon en Perse et en Grèce, il n'en va pas de même pour le droit, les moeurs, les institutions politiques ou les relations sociales, cf. Michel Villey, *Philosophie du droit*, II, *Les moyens du droit*, Précis, Dalloz, n°201.

²²³³ M. Villey, op. cit., n°202 et suiv.

²²³⁴ M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1ère éd., p.60, cité par M. J. Ghestin, in *La formation du contrat*, avant-propos.

verbe produire à l'indicatif, alors qu'a priori, un raisonnement *de lege ferenda* imposerait le conditionnel, et commanderait de s'interroger sur les effets juridiques qu'elle *devrait* produire. Mais l'introduction de la notion de déséquilibre de puissance économique dans la théorie générale des obligations ne modifie que marginalement les règles et solutions adoptées actuellement par le droit positif. Le plus souvent, elle n'aura d'autre utilité que d'expliquer et de rationaliser des solutions déjà existantes. C'est d'ailleurs pourquoi sa prise en compte par le droit est fortement souhaitable.

TITRE I

LA NATURE JURIDIQUE DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE

470. Pour comprendre et apprécier les phénomènes de déséquilibre de puissance économique encore faut-il connaître la nature de cette notion. M. Cornu donne deux définitions de la nature d'un fait ou d'une chose²²³⁵ : une définition factuelle tirée de l'observation de la réalité, et une définition juridique permettant de déterminer, au regard du droit, l'« *essence* », la « *substance* » d'un fait ou d'une chose. Dans cette seconde acception, la nature forme l'ensemble des critères distinctifs qui constituent ce fait ou cette chose en une notion juridique. Ainsi, avant d'être une notion, la puissance économique est d'abord un fait, une réalité. Il importe de relever les manifestations de cette réalité dans l'ordre juridique pour passer à l'idée de notion. Il ne s'agira évidemment pas d'une notion juridique, le concept de puissance économique ressortissant au domaine des sciences économiques; mais sa nature aura une coloration juridique. C'est la notion de puissance économique passée au travers du filtre du droit qui intéresse le juriste. Or ce filtre est nécessairement déformant; il n'est qu'une traduction, pour ne pas dire une déformation de la réalité. Selon l'expression de M. Carbonnier, le droit repétrit la nature²²³⁶. De la même façon, la nature juridique de la puissance économique n'englobe pas l'intégralité du phénomène, celui-ci pouvant être appréhendé sous une quantité d'angles de vue différents : politique, économique, sociologique, historique, philosophique²²³⁷. Proposer de déterminer la nature juridique de cette notion revient donc, en fait, à réduire le champ d'étude pour le limiter au prisme du droit.

L'analogie avec le prisme est curieusement riche d'enseignements quant à la démarche méthodologique. Le prisme, dans son sens métaphorique, caractérise, nous venons de le voir, une transformation, une déformation de l'image. Dans son sens technique, le terme désigne un volume à section triangulaire, en matière transparente, qui a la propriété de réfracter et décomposer les radiations. Or justement, ce qui apparaît en premier lorsqu'on

²²³⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.532 et 533.

²²³⁶ J. Carbonnier, *Les biens*, n°46; voir aussi : C. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, Dalloz, 1977, chron.255.

²²³⁷ Cf. J. Russ, *Les théories du pouvoir*, L.P., 1994; qui parle de polymorphie et de polyarchie de la notion de pouvoir; sur les relations entre les notions de pouvoir et de puissance voir supra Introduction.

analyse le phénomène de puissance économique, c'est son caractère polymorphe, comme si la même réalité avait plusieurs facettes, plusieurs sections. Ce n'est qu'après avoir inventorié et décrit les différentes manifestations que peut revêtir cette notion, qu'il sera possible d'en donner une définition.

CHAPITRE I

LES MANIFESTATIONS DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE

471 . Dans le monde économique, les manifestations de puissance sont nombreuses et diverses, et il serait vain de vouloir en dresser un inventaire exhaustif. Mieux vaut privilégier une démarche taxinomique qui permettra, à défaut d'exhaustivité, de présenter les principales formes que la puissance économique est susceptible de revêtir en pratique, et qui peuvent, potentiellement, produire des effets juridiques. Nul doute que la classification que nous proposons sera, dans les années à venir, enrichie et transformée par de nouvelles manifestations de puissance jusqu'ici ignorées ou sous-estimées.

472 . La première forme de la puissance économique est rapidement repérée par l'historien du droit. L'ancien droit romain²²³⁸ avait pour caractéristique de conférer à la notion de puissance une place centrale dans ces institutions. Ainsi, les relations entre les hommes et les choses étaient régies par l'idée de *potestas*²²³⁹. En l'absence de conceptualisation de la notion de propriété, la puissance jouait un rôle primordial. La personne qui avait l'*usus* et la *potestas* sur une chose, ou même sur une autre personne, en était réputée le propriétaire. Pour les *res mancipi*, la puissance se traduisait par le *mancipium*, qui était le pouvoir *plena in re potestas*, c'est à dire de la maîtrise absolue et complète de la chose. Quant au transfert de « propriété », il s'agissait plus prosaïquement d'un transfert de puissance²²⁴⁰. Que ce soit par l'*in jure cessio* ou la *mancipatio*, l'aliénateur commençait par affirmer sa puissance sur la chose. L'acquéreur en faisait de même et le transfert s'effectuait par l'absence de protestations de l'aliénateur²²⁴¹. Sous la *Respublica*, le droit s'est affiné. La propriété ne s'affirme plus par la puissance, mais par un droit sur la chose²²⁴². Ce droit prendra plus tard le nom de *dominium*²²⁴³. Mais l'idée de puissance, si elle tend à s'édulcorer, reste présente : le *dominus* est le maître, celui qui a la maîtrise de la chose. Ce n'est qu'avec le droit romano-bizantin que la *proprietas* fait son apparition. Cette notion met d'avantage l'accent sur l'exclusivité du droit de propriété²²⁴⁴, sur l'idée que le droit du propriétaire exclut de la chose tous les autres individus. Mais le droit de propriété a gardé une connotation de puissance, qui se retrouve dans la définition qu'en donne le Code civil dans son article 544 : « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue (...) ». On retrouve également, on pourrait dire logiquement, cette caractéristique dans la notion de patrimoine, si bien que l'on parle de puissance patrimoniale lorsqu'une personne est à la tête d'une masse de biens de valeur significative.

²²³⁸ Du VIII^{ème} au V^{ème} siècle av. J.C.

²²³⁹ Cf. Introduction, n°18.

²²⁴⁰ Cf. F. Zénati, *Les biens*, n°112.

²²⁴¹ J. Ellul, *Histoire des institutions*, t.1-2, p.247 et 252.

²²⁴² Op. cit., p.355.

²²⁴³ Op. cit., p.410.

²²⁴⁴ J. Carbonnier, *Les biens*, n°68.

473 . La deuxième forme de la puissance économique est bien connue des économistes. Là aussi, l'histoire nous enseigne que les grandes nations, avant d'être des puissances financières, agricoles, ou industrielles, étaient des puissances commerciales. Athènes, Corinthe, Alexandrie, Rome, ou encore Carthage ont assis leur puissance économique sur le commerce. Dans ces villes, tout était centré autour de la fonction commerciale, ce qui d'ailleurs n'a pas été sans causer certaines difficultés dues au déséquilibre de la balance du commerce extérieur, et aux effets induits de dépendance à l'égard des pays fournisseurs de biens²²⁴⁵. En effet, le primat de la puissance commerciale provoquera un désintérêt pour l'agriculture et un développement insuffisant de l'industrie. Ce phénomène est particulièrement marquant pour Athènes et Rome, qui seront toutes deux dans l'obligation de poursuivre une politique expansionniste coûteuse pour les finances publiques, dans le but soit d'éliminer leurs concurrents²²⁴⁶, soit de contrôler les sources d'approvisionnement en biens par le pillage des richesses des provinces conquises. Quoiqu'il en soit, ces nations ont démontré, par le passé, qu'il existait une puissance commerciale à part entière, pouvant s'affirmer indépendamment de la relative pauvreté du patrimoine. Il en est de même dans l'économie contemporaine, certaines entreprises dominant un marché par leur seule puissance commerciale. Immanquablement la puissance commerciale renvoie à la notion d'activité économique déployée par les entreprises sur le marché afin d'accroître leur notoriété et leur influence²²⁴⁷.

474 . Enfin, la troisième forme caractérisant la puissance économique n'a pas l'antériorité et le prestige historique des deux autres. Elle est au contraire d'une grande modernité : il s'agit de la puissance informationnelle. C'est devenu une banalité de dire que la société postindustrielle est entrée dans l'ère de l'information²²⁴⁸. Non que l'information soit aujourd'hui une notion neuve, Cicéron ayant déjà insisté sur la nécessité de sanctionner la réticence qui n'est pas autre chose qu'un refus d'information²²⁴⁹. Mais elle a pris, au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, une importance insoupçonnée jusque là. Quoique La Fontaine avait fait remarquer, dans sa fable *L'avantage de la science*, que le savoir était une richesse parfois supérieure à celle que procure les biens²²⁵⁰. Il est même permis de se demander s'il ne s'agit pas plus d'une différence de nature qu'une différence

²²⁴⁵ J. Ellul, op. cit., p.17, p.80 et suiv., p.292 et suiv.

²²⁴⁶ Par exemple la destruction de Carthage. Mais, il n'y a pas forcément incompatibilité entre la puissance commerciale et l'industrialisation; l'exemple de l'Angleterre des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles est là pour le prouver.

²²⁴⁷ Le parallèle entre l'activité indépendante et l'activité dépendante est intéressant. Alors que la première peut être source de puissance économique, il est douteux qu'il en soit de même pour le travail salarié. Celui-ci ne peut, à lui seul, accumuler suffisamment de valeur pour constituer une puissance économique. Smith estimait, à cet égard, que « *la rente et les profits s'accroissent aux dépens des salaires et les réduisent presque à rien, en sorte que les deux classes supérieures écrasent la dernière.* »; in *Recherches sur la nature et les causes de la richesses des nations*, Trad. franç., Paris, 1843, II, p.175; Cette analyse est étonnamment proche de la position que Marx adoptera. Mais la théorie de ce dernier insiste sur l'idée de puissance, de force de travail. Cependant, même en considérant l'analyse marxiste, la puissance de travail ne peut se transformer en puissance économique puisque la valeur de l'activité des salariés est en partie spoliée par le capital qui s'approprie la plus-value résultant de la différence entre la valeur d'usage et la valeur d'échange de la force de travail. Cf. pour une vue moderne et originale de la notion de force de travail : T. Revet, *La force de travail* - Etude juridique, thèse Montpellier, 1991, Bibl. dt. entr., Litec, 1992.

²²⁴⁸ D. Belle, *The coming of post-industrial society*, Boston Press, 1973, cité par J.C. Galloux, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Dalloz, 1994, chron.229.

²²⁴⁹ Les exemples de la famine de Rhodes et de la vente de la maison de Claudius à Calpurnius, alors que le premier savait qu'elle devait être démolie sur injonctions des augures; Cicéron, *Traité des devoirs*, Livre III, XII et XVI.

²²⁵⁰ « *Laissez dire les sots; le savoir à son prix.* », Bibl. de la Pléiade, p.326 et 327.

de degré, tant la circulation de l'information, que certains appellent la communication, est devenue systématique. La nouveauté réside dans le fait que l'information est rattachée à l'idée de pouvoir²²⁵¹, de puissance²²⁵². Sans parler de « *propriété* » de l'information, ce qui est source de controverse²²⁵³, il n'est pas contestable que le titulaire d'une information stratégique possède un avantage considérable sur ceux qui sont encore en train de chercher à en connaître le contenu. Plus généralement, le savoir et la connaissance, qui ne sont que les conséquences de l'accumulation et la rationalisation des informations, confèrent à leur titulaire un moyen de domination du marché, des concurrents et des clients. A la limite, la dialectique du maître et de l'esclave, telle que proposée par Hegel, ne se pose plus en terme de puissance physique, mais de puissance informationnelle, le sachant dominant le profane. Nous étudierons donc successivement les trois manifestations principales de la puissance économique que sont les puissances patrimoniale, commerciale et informationnelle.

SECTION I

LA PUISSANCE PATRIMONIALE

475 . Sur un plan strictement juridique, il peut paraître curieux, voire erroné, de parler de puissance patrimoniale. Nous avons vu que les romains avaient commencé par conceptualiser le droit de propriété grâce à la notion de puissance. Mais il y a une différence profonde entre la puissance que peut avoir une personne sur une chose et celle qu'une personne a sur une autre personne²²⁵⁴. Le patrimoine étant, selon la théorie classique d'Aubry et Rau, l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme formant une universalité juridique²²⁵⁵, il est impératif de le distinguer des biens et obligations qui le composent. Le patrimoine n'est qu'un pouvoir d'acquérir des droits, que l'enveloppe contenant éventuellement des biens et obligations. M. Carbonnier parle de « *puissance d'acquisition* »²²⁵⁶, mais ici l'expression est trompeuse. Il ne s'agit pas de puissance économique, mais d'une simple potentialité²²⁵⁷. Le patrimoine, entendu au sens de la théorie d'Aubry et Rau, n'est en aucun cas susceptible de conférer, selon la doctrine classique, une quelconque puissance économique. La meilleure preuve est que, si le prolétaire, au sens étymologique de celui qui n'a que ses enfants pour richesse²²⁵⁸, possède

²²⁵¹ P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°634 : « *le pouvoir donne l'information, l'information donne le pouvoir* ».

²²⁵² P. Catala, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, Dalloz, 1984, chron.97 : « *plus que jamais, dans une société dominée par la technique, le savoir est un ressort convoité de la puissance; cette réalité donne sa valeur à l'information, véhicule du savoir* ».

²²⁵³ J.P. Chamoux, *L'appropriation de l'information*, Litec, 1986; X. Desjeux, *La protection des idées en droit positif*, G.P., 1992, 2, Doct., 971; Mousseron, Raynard et Revet, *De la propriété comme modèle*, in Mélanges A. Colomer, 1993; J.C. Galloux, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Dalloz, 1994, chron.229.

²²⁵⁴ Cf. Introduction.

²²⁵⁵ Aubry et Rau, IX, n°575 et suiv.

²²⁵⁶ J. Carbonnier, op. cit., n°5; cf. également F. Zénati, op. cit., n°114 et suiv.

²²⁵⁷ Cf. supra Introduction n°18.

²²⁵⁸ Au sens littéral, le terme prolétaire signifie « *celui qui n'est considéré utile que par les enfants qu'il engendre* », venant de *proles* : enfants. Les prolétaires faisaient partie, à Rome, de *l'infra classem* et d'une

un patrimoine au sens juridique, il n'en tire aucune puissance économique, celui-ci étant vide de tout actif.

Il y a donc manifestement une ambiguïté terminologique, sinon un défaut de réalisme du droit, à lier le patrimoine à la personne, indépendamment de son contenu²²⁵⁹. Il faut, à cet égard, rappeler que le Code civil de 1804, d'inspiration foncière, individualiste et libérale, a fait du propriétaire le sujet de droit le plus susceptible d'utiliser la liberté contractuelle instaurée par l'article 1134. Il était donc, dès l'origine, une sorte de « *super-sujet* » de fait. Or, c'est cette interférence de la puissance patrimoniale du propriétaire en droit des obligations qui a été mal appréciée. Notre propos n'est pas d'entrer dans le débat qui anime la doctrine, depuis près d'un siècle, et qui porte sur les critiques de la théorie subjective du patrimoine ou sur le réalisme de la théorie objective du droit allemand et du patrimoine d'affectation²²⁶⁰. Il importe simplement de préciser que l'expression « *puissance patrimoniale* », ne renvoie pas à la notion juridique de patrimoine.

476 . La puissance de nature patrimoniale puise sa source dans le contenu, non dans le contenant. A l'actif, les biens, qui sont sous le pouvoir du propriétaire, confèrent à ce dernier une puissance économique sur les autres personnes. L'importance de l'actif patrimonial favorise la domination, l'instauration d'un lien de dépendance à l'égard de certaines personnes. Mais ce n'est pas tout, la puissance patrimoniale peut aussi provenir du passif. A priori cette puissance est moins évidente à percevoir; elle n'en est pas moins réelle notamment dans le domaine financier. Là également, la puissance trouve son origine dans le contenu. Le passif enregistre l'ensemble des ressources financières du patrimoine. Il est, à ce titre, un révélateur de la surface financière et de la capacité d'endettement des personnes physiques ou morales. Il faut préciser que le traitement séparé de l'étude de l'actif et du passif est artificiel, la comparaison des deux pouvant seule être pertinente. Cette dichotomie présente néanmoins un intérêt didactique indéniable.

PARAGRAPHE 1 - L'ACTIF PATRIMONIAL

Dans le langage courant, le patrimoine désigne, par ellipse, l'actif du patrimoine. Cette tournure métonymique est trompeuse, car sur un plan strictement juridique, dire d'une personne qu'elle a un patrimoine important, est un non-sens. A proprement parler, c'est l'importance de son actif patrimonial qui est ainsi visée. Il convient donc d'examiner le contenu de l'actif pour ensuite mesurer la puissance économique qu'il confère.

A - LE CONTENU DE L'ACTIF

centurie unique dénommée centurie des *capite censi*, ceux dont on ne peut recenser que la personne. Il faut rappeler que le régime censitaire romain organisait tous les cinq ans un recensement de tous les citoyens, ce qui se traduisait par la création de 5 classes selon la fortune patrimoniale de chaque citoyen. Les prolétaires étaient donc exclus des cinq premières classes pour être rangés dans une sous-classe.

²²⁵⁹ J. Carbonnier, op. cit., n°8, p.24 et 25.

²²⁶⁰ Geny, *Méthode d'interprétation*, 1889, I, n°67; Plastara, *La notion juridique de patrimoine*, thèse Paris, 1903; H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1911, F. Cohet, *Patrimoine et entreprise*, thèse Grenoble II, 1993.

477. A ce stade de la démonstration, il faut rejeter à nouveau une fiction juridique; non qu'elle soit critiquable, mais parce qu'elle n'est d'aucune utilité pour la description des formes de la puissance économique. Il s'agit du principe selon lequel l'actif patrimonial n'enferme que des droits et non les choses elles-mêmes²²⁶¹. Dans les droits primitifs, la relation entre les personnes et les choses était physique, concrète, d'où l'importance de la possession et de l'usage. En ancien droit romain, le propriétaire d'une chose était celui qui avait sur celle-ci l'*usus*. L'*usus* conférait la *potestas* sur une chose s'il avait duré deux ans²²⁶². D'où également, l'importance de la *traditio* dans la cession des *res nec mancipi*. Le simple fait de détenir matériellement la chose permettait à celui qui en avait l'usage de dire *habere, meum esse*²²⁶³.

La notion de bien n'a pu apparaître qu'à partir du moment où le droit a atteint un certain degré d'abstraction. Le rôle du raisonnement économique a été déterminant dans cette évolution²²⁶⁴. Outre le ralentissement et l'entrave des transactions commerciales²²⁶⁵, le critère de la possession ne permet pas d'expliquer que certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation²²⁶⁶. La notion de biens s'est alors substituée à celle de chose. Le bien désigne donc ce qui « *est bon pour le patrimoine* »²²⁶⁷, c'est-à-dire ce qui a une valeur économique. Ce peut être une chose corporelle ou incorporelle, un droit réel ou un droit personnel. Le bien est donc une notion plus vaste et plus abstraite que celle de chose²²⁶⁸. Il permet de dégager la structure de l'actif patrimonial en deux grands pôles : les droits réels et les droits personnels.

478. Mais une fois que l'on a atteint un degré très élevé d'abstraction, condition indispensable pour une systématisation satisfaisante du droit, il est impératif de redescendre vers le concret, le réel. Pour apprécier l'intensité de la puissance économique d'une personne, ou plus exactement de son patrimoine, les droits subjectifs ne sont pas d'un grand secours. Les distinctions classiques des biens²²⁶⁹ ne nous apprennent rien sur la valeur de ceux-ci. La relative inexactitude de l'adage *res mobilis, res vilis* a été, à cet égard, suffisamment mise en exergue²²⁷⁰. Il convient donc d'analyser concrètement la valeur de l'actif patrimonial, au travers de leur utilité réelle, de leur affectation économique. La distinction entre l'actif circulant et l'actif immobilisé, imposée en comptabilité commerciale par l'article 11-2ème du décret du 29 novembre 1983, est, sur ce point, plus pertinente que les distinctions classiques du droit des biens. Elle présente, en effet,

²²⁶¹ J. Carbonnier, *Les biens*, n°2 et 46; F. Zénati, op. cit., n°6.

²²⁶² J. Ellul, op. cit., p.249.

²²⁶³ A l'opposé, le seul échange des consentements était radicalement inefficace : *ex nudo pacto obligatio non nascitur*.

²²⁶⁴ D. Lefebvre et E. Mollaret-Laforêt, *Droit et entreprise*, p.173 et suiv.; cf. également F. Zénati, op. cit., n°1 et suiv., qui explique le passage de la chose au bien par le critère d'utilité.

²²⁶⁵ Impossibilité de conclure des contrats à distance ou sur des choses futures.

²²⁶⁶ *Res communes*, et plus généralement les choses abondantes ou inutiles qui n'ont donc aucune valeur économique.

²²⁶⁷ D. Lefebvre et E. Mollaret-Laforêt, op. cit.; F. Zénati, op. cit., le terme « *bien* » vient du latin *bona*. Ulpien voyait ainsi dans la notion des biens l'expression de l'idée de bonheur. Cf. Digeste, 50, 16, 49.

²²⁶⁸ Le bien ne coïncide pas toujours avec la chose, cette dernière pouvant être soit inappropriable comme les *res communes*, soit « *source de mal* », de « *pouvoir maléfique* », cf. par exemple : le dommage causé par une chose, ou un vice caché; J. Carbonnier, op. cit., n°46.

²²⁶⁹ Biens meubles et immeubles, biens corporels ou incorporels.

²²⁷⁰ Cf. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951, n°54 et suiv.

l'avantage de regrouper les biens en fonction de leur usage final dans le processus d'exploitation. Cette distinction est d'ailleurs utilisée par l'analyse financière pour apprécier la puissance ou la vulnérabilité d'une entreprise.

1/ L'ACTIF CIRCULANT

479 . L'actif circulant, qui se situe en bas de bilan, se définit comme l'ensemble des biens participant au flux de production²²⁷¹. Il est constitué par des biens d'une extrême variété : les stocks et encours de production, les avances et acomptes versés sur commandes, les créances, les valeurs mobilières de placement et les disponibilités. Cette diversité comptable s'oppose radicalement à la monotonie juridique dont l'analyse ne décèle que des droits réels (stocks, valeurs mobilières, disponibilités) et personnels (créances et avances), tous étant de nature mobilière, les uns corporels et les autres incorporels²²⁷². L'analyse financière propose un juste milieu entre la diversité stérile et l'abstraction excessive. Elle permet notamment d'apprécier la solidité financière d'une entreprise en classant les actifs circulant par ordre de liquidité.

On sait l'importance de la notion de liquidité dans la définition de la cessation des paiements, l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985 énonçant qu'une procédure de redressement judiciaire doit être ouverte à l'encontre de toute entreprise « *qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible, avec son actif disponible* ». Evidemment, les disponibilités sont l'élément le plus liquide. Elles représentent l'ensemble des moyens de règlement à la disposition de l'entreprise. Il est d'usage de leur ajouter le montant des valeurs mobilières de placement qui, compte tenu de leur négociabilité, sont souvent réalisables immédiatement²²⁷³. D'ailleurs, à ces deux postes comptables s'ajoutent pour déterminer, dans le cadre de la notion de cessation des paiements, l'actif disponible; les stocks de marchandises et de travaux encours étant exclus en raison de leur liquidité insuffisante²²⁷⁴. Ainsi, l'entreprise qui dispose d'importantes liquidités détient une certaine puissance économique. Elle peut faire face avec sérénité aux fluctuations conjoncturelles, procéder à des investissements sans accroître son endettement et compromettre son indépendance, ou encore acquérir rapidement et opportunément le contrôle d'entreprises stratégiques sur un marché donné, sans que ses concurrents aient le temps de se positionner. Les analystes financiers regardent donc avec intérêt les ratios de liquidité immédiate :

titres de placement et liquidités²²⁷⁵.

Dettes à court terme

²²⁷¹ F. Bied-Charreton et F. Raffegau, *Financement des entreprises*, éd. F. Lefebvre, 1992, n°100; A. Couret, J. Devèze et G. Hirigoyen, *Lamy droit du financement* 1996, n°97 et suiv.

²²⁷² J. Carbonnier, *Les biens*, n°46 : « *Le droit a recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction.* ».

²²⁷³ Elles servent d'ailleurs à absorber les excédents de trésorerie qu'il est de mauvaise gestion de laisser dormir en caisse ou sur un compte bancaire.

²²⁷⁴ Cass. Com., 17 mai 1989, J.C.P., 1990, II, 21464, note Beaubrun.

²²⁷⁵ G. Charreaux, *Gestion financière*, Litec, 1991, p.350; E. Ginglinger, *Gestion financière de l'entreprise*, Mémento, Dalloz, p.18; A. Couret, J. Devèze, et G. Hirigoyen, op. cit., n°294 et suiv.

480 . Le reste des actifs circulant ne peut être considéré comme des actifs liquides, puisqu'ils ne sont pas immédiatement réalisables, et qu'en toute hypothèse leur réalisation peut être incertaine²²⁷⁶. Il s'agit principalement des stocks de marchandises, produits finis et travaux en cours, ainsi que du compte clients. Logiquement, plus l'activité de l'entreprise est importante en volume, plus ces postes seront valorisés à un niveau élevé. Mais il faut dépasser cet a priori car un accroissement significatif de ces comptes peut révéler une situation financière délicate. En effet, les flux de paiement doivent être distingués des flux d'exploitation en raison du décalage temporel qui existe entre eux. Une entreprise a pour objet soit de produire des biens ou services en vue de les vendre, soit d'acheter des biens pour les revendre en l'état. Dans ces deux types d'activités, qualifiées d'industrielle dans le premier cas et de commerciale dans le second, les flux d'exploitation ne coïncident pas avec les flux de paiement. En premier lieu l'entreprise doit engager des coûts de production, en achetant des matières premières, en payant les salariés et en supportant les frais généraux. Les produits ainsi obtenus doivent être stockés dans l'attente d'être vendus. Un fois vendus, l'entreprise n'a toujours pas perçu le moindre paiement, et ce n'est qu'après l'expiration du délai du crédit-fournisseur qu'elle encaissera les premières liquidités. Dans l'intervalle, il lui a fallu supporter les charges d'exploitation, puisque la plupart des frais est réglée comptant par période mensuelle²²⁷⁷. On comprend alors qu'une entreprise a d'autant plus de besoin de financement que le décalage entre les flux d'exploitation et les flux de paiement est important²²⁷⁸.

Une entreprise peut donc se trouver en état de cessation des paiements, alors qu'elle réalise sur l'exercice des bénéfices, si l'actif circulant non liquide s'accroît démesurément, traduisant en amont une augmentation des besoins de financement. De même, un compte clients élevé peut cacher des délais de paiement trop importants, entraînant des tensions de trésorerie, ou encore des « *clients douteux* » non provisionnés. Il est d'ailleurs caractéristique de remarquer que certaines entreprises économiquement puissantes ont tendance à avoir un compte clients peu élevé, alors que c'est l'inverse qui se passe pour l'entreprise économiquement faible. Prenons l'exemple des entreprises exploitant une grande surface commerciale. Elles encaissent immédiatement les créances de leurs clients lors du passage aux caisses. Or, il est fréquent qu'elles parviennent à imposer aux fournisseurs des délais de règlement de 60, 90 voire 120 jours. Afin d'empêcher ou de limiter de tels abus de puissance économique, le législateur a imposé, sous peine d'amende, des délais maximum de paiement dans certains secteurs²²⁷⁹.

481 . L'importance de l'actif circulant n'est donc pas toujours synonyme de puissance économique. Au contraire il peut révéler une vulnérabilité de l'entreprise. C'est pourquoi les analystes financiers ont élaboré une batterie de ratios pour mesurer et comparer par secteur d'activité, le taux de rotation des stocks et le délai de recouvrement des créances²²⁸⁰. Mais ces ratios doivent être maniés avec beaucoup de précautions. Il convient

²²⁷⁶ Les stocks de denrées périssables sont réalisables à très court terme, mais il existe toujours une incertitude quant au montant de la vente. Les stocks de fruits sont un exemple caractéristique, les cours du marché pouvant s'effondrer d'un jour à l'autre en pleine saison.

²²⁷⁷ F. Bied-Charreton et J. Raffegau, op. cit., n°112.

²²⁷⁸ Nous verrons plus loin que des ressources de financement peuvent être trouvées dans le cycle de production, notamment grâce au crédit fournisseur, la différence entre les actifs d'exploitation et le passif d'exploitation constituant le besoin en fonds de roulement d'exploitation (B.F.R.E.).

²²⁷⁹ Art. 35 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, tel que réformé par la loi du 31 décembre 1992.

²²⁸⁰ G. Charreaux, op. cit., n°366 ch.; F. Ginglinger, op. cit., p.19 et suiv.; A. Couret, J. Devèze et G. Hirigoyen, po. cit. n°249 et suiv. :

stock de marchandises

x 360 = nombre de jours de C.A. de marchandises vendues.

d'abord de s'assurer de la fiabilité des comptes de l'entreprise et de la permanence des méthodes comptables d'évaluation. Ensuite, il convient de comparer les résultats obtenus avec ceux des entreprises comparables d'un même secteur d'activité, ce qui pose le problème de la pertinence des classifications et de la grandeur du panel d'entreprises référencées. Enfin les ratios mesurant les équilibres des actifs circulant ne doivent pas être cloisonnés du reste de l'actif, celui-ci devant être appréhendé dans son ensemble, y compris l'actif immobilisé.

2/ L'ACTIF IMMOBILISE

482 . L'analyse touche ici le haut de bilan de l'entreprise. Les biens immobilisés sont les éléments destinés à servir de façon durable à l'activité de l'entreprise et ne se consommant pas par le premier usage²²⁸¹. La notion d'immobilisation n'a rien de comparable avec celle d'immeuble présentée dans les articles 516 et suiv. du Code civil. En matière comptable, les immobilisations se subdivisent en trois catégories : les immobilisations incorporelles, corporelles et financières²²⁸². Les immobilisations représentent le potentiel de production, facteur déterminant de la puissance économique. Ainsi les immobilisations financières, qui représentent les titres de participation et les prêts accordés, permettent de connaître l'étendue et la valeur du groupe de sociétés que constitue éventuellement l'entreprise analysée et les filiales dont elle détient le contrôle. Il est impératif de dépasser la notion de personnalité morale et d'envisager la puissance économique à travers l'ampleur réelle du groupe.

A cet égard, la structure bilantielle d'une société holding est topique. Son actif immobilisé ne contiendra le plus souvent aucun élément corporel, l'essentiel de la valeur étant constitué de participations financières. Pour plus de renseignements il sera bon de se référer aux comptes consolidés qui donnent un aperçu global de l'activité économique du groupe²²⁸³. Il convient de signaler que pour les filiales non-côtées en bourse, la difficulté proviendra des méthodes d'évaluation. L'article 12 du Code de commerce dispose en effet qu' « à leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition ». Si la filiale a été créée, elle ne figurera donc pas, en principe, dans les immobilisations financières. En outre si la valeur d'une filiale acquise à titre onéreux diminue au cours d'un exercice, les principes comptables d'image fidèle et de prudence imposent la constitution d'une provision pour risque. Mais si la valeur augmente, la plus-value latente ne sera jamais comptabilisée²²⁸⁴. En conséquence,

coût d'achat des marchandises vendues

$$\frac{\text{stock de produits finis}}{\text{coût de revient}} \times 360 = \text{nombre de jours de coût de revient.}$$

$$\frac{\text{créances client}}{\text{ventes T.T.C.}} \times 360$$

²²⁸¹ Art. 10 du décret du 29 novembre 1983.

²²⁸² Art. 11-1er du décret du 25 novembre 1983.

²²⁸³ *Mémento pratique*, F. Lefebvre comptable, n°4600 et suiv.

²²⁸⁴ Sauf la faculté de réévaluation de l'ensemble des immobilisations corporelles et financières prévue à l'article 12 du Code de commerce, qui est très rarement utilisée en pratique en raison des conséquences fiscales qu'elle entraîne, cf. Cozian, *Fiscalité des entreprises*, n°219 et suiv.

l'évaluation de la puissance patrimoniale d'une entreprise ne peut s'effectuer qu'après un certain nombre de retraitements des données du bilan, afin d'éviter la fictivité des normes comptables.

483. Il en est de même pour les actifs corporels, qui désignent les terrains, les constructions, les installations techniques, matériels et outillages, les avances et acomptes ainsi que les immobilisations en cours²²⁸⁵. Certes, la valeur comptable de ces éléments doit tenir compte des amortissements destinés à comptabiliser la dépréciation du bien du fait de l'usage, du vieillissement, de l'obsolescence²²⁸⁶. Mais, qu'il soit linéaire ou dégressif²²⁸⁷, l'amortissement se calcule sur une durée de vie théorique du bien et selon un taux indicatif²²⁸⁸. Or, l'écoulement du temps et la dépréciation de la valeur du bien peuvent ne pas coïncider. Un bien qui présente une technologie pointue et évolutive peut être obsolète avant la fin de sa durée d'amortissement²²⁸⁹. L'inverse peut également se rencontrer. Prenons l'exemple d'un immeuble acquis il y a plus de 20 ans. Sa valeur nette comptable sera égale à zéro, alors que sa valeur marchande pourra être considérable²²⁹⁰. Enfin, il peut exister des machines de production très anciennes et dont la valeur nette comptable est nulle, mais qui gardent une valeur d'utilité significative pour l'entreprise.

En conséquence, force est de reconnaître que la seule lecture des comptes annuels d'une société, ou même l'examen exhaustif de la comptabilité d'une entreprise, ne suffit pas pour donner une idée précise de la valeur de l'actif et de sa puissance patrimoniale. Un travail d'analyse et de retraitement des données comptables est nécessaire. Bien entendu la subjectivité n'est pas totalement exclue de l'évaluation. Celle-ci n'est pas une science exacte. « *Elle suppose autant de flair que de calcul* »²²⁹¹. Mais il n'en est pas moins certain que des principes et des méthodes d'évaluation sont couramment utilisés en pratique par les experts comptables et financiers. Leur intervention dans le cadre d'une procédure judiciaire est souvent nécessaire pour tout ce qui touche à l'évaluation des biens et des entreprises. Ceci est encore plus vrai pour les biens incorporels.

484. Les immobilisations incorporelles sont constituées des frais d'établissement, des frais de recherche et développement, des concessions, brevets, licences, marques, procédés, droits et valeurs similaires, ainsi que du fonds commercial²²⁹². Doivent immédiatement être exclues de l'évaluation les « *non-valeurs* » telles que les frais d'établissement et les frais de recherches et de développement, qui ne sont, en réalité, que des charges « *activées* » dont l'inscription au bilan est le fruit d'une incitation législative à l'investissement immatériel²²⁹³. Par ailleurs, la valeur bilantielle sera de peu d'intérêt dans la majorité des cas. Le fonds commercial créé et l'invention technologique ne seront pas inscrits à l'actif à leur valeur réelle. S'ils sont acquis à titre onéreux, le principe de l'inscription au coût historique introduit une fiction, compte tenu de la fluctuation que peut subir la valeur de

²²⁸⁵ Art. 12-2ème du décret du 29 novembre 1983.

²²⁸⁶ Art. 12 du Code du commerce.

²²⁸⁷ *Lefebvre comptable*, n°1586 et suiv.

²²⁸⁸ Op. cit., n°1584.

²²⁸⁹ Pour certains biens, ou certaines activités, l'administration fiscale accepte des amortissements dérogatoires, op. cit., n°1600.

²²⁹⁰ Sur les problèmes posés par la valorisation des biens, cf. J. Viel, O. Bredt et H. Renard, *L'évaluation des entreprises et des parts d'entreprise*, Dunod, 1971; P. Vizzanova, *Guide pratique d'évaluation des entreprises*, Atol, 1988.

²²⁹¹ J.L. Bergel, *Valeur de comparaison et valeur de raison*, Revue de droit immobilier, 1986, n°135.

²²⁹² Art. 12-1er du décret du 29 novembre 1983.

²²⁹³ G. Charreaux, op. cit., p.342.

biens aussi volatils. L'analyste financier privilégiera donc pour l'évaluation de ces actifs incorporels, les notions de valeur de rendement et de positionnement sur le marché. En effet, la spécificité des biens incorporels est qu'ils produisent des revenus même en l'absence de licence ou de concession. Par exemple, la création d'une marque ou d'un modèle peut permettre le développement de la notoriété de l'entreprise auprès d'une large clientèle, ce qui favorisera la réalisation d'un chiffre d'affaires significatif.

485 . Au milieu des actifs incorporels, la notion de fonds commercial a une importance toute particulière. Elle diffère de la notion juridique du fonds de commerce, telle que l'on peut la déduire de l'article 9 de la loi du 17 mars 1909, en ce qu'elle ne contient que la valeur de la clientèle et de l'achalandage, à l'exclusion des stocks, droits de propriété industrielle, matériel d'exploitation etc. Pour l'analyse financière moderne, cette notion traduit l'idée de *goodwill*. Le *goodwill*, ou sur-valeur, se définit comme la différence entre une valeur de type actuariel et une valeur de type patrimonial, qui représente la valeur des actifs non-négociables individuellement²²⁹⁴. Le *goodwill* vient donc s'ajouter à la valeur patrimoniale de l'entreprise, il représente une sur-valeur, un superbénéfice. Son calcul s'effectue par la différence entre le bénéfice produit par le fonds commercial et la rentabilité normale du capital investi dans l'entreprise, si celui-ci avait été placé sur un marché financier. Il n'est donc pas ici question d'entrer dans le détail de l'ensemble des méthodes de calcul du *goodwill*, qui sont aussi nombreuses que complexes²²⁹⁵. En simplifiant à l'extrême, il existe deux séries de méthodes de calcul, les unes dites indirectes, les autres qualifiées de directes. Le principe des méthodes indirectes consiste à ajouter à l'actif net corrigé de l'entreprise une valeur de rendement et de diviser le tout par deux²²⁹⁶. On obtient ainsi la valeur globale de l'entreprise, le goodwill étant égal à $1/2$ ²²⁹⁷.

Le principe de la méthode directe est davantage didactique. Il faut partir de l'idée que le résultat d'exploitation de l'entreprise est non seulement la conséquence de la mise en oeuvre de l'ensemble des actifs de celle-ci²²⁹⁸, mais également du *goodwill*. Si l'on estime que le taux normal de rémunération de la valeur substantielle de l'entreprise est égal à X, alors la rémunération du *goodwill* sera égale à la valeur de l'entreprise diminuée par le résultat du produit multiplié par la valeur substantielle. La valeur du *goodwill* correspond donc à la capitalisation au taux K de cette rente à l'infini²²⁹⁹. Sur un plan purement théorique, la notion de *goodwill* sera riche d'enseignements sur la puissance économique d'une entreprise. Plus l'entreprise est puissante, plus sa valeur réelle sera supérieure à sa valeur patrimoniale constituée par la somme des éléments d'actifs diminuée du passif externe. Inversement, une entreprise économiquement vulnérable aura un *goodwill* très faible, voire se caractérisera par un *badwill*.

486 . Enfin, dernier élément incorporel intéressant notre propos : les contrats de distribution. Il est surprenant que de simples contrats puissent se retrouver valorisés à l'actif immobilisé d'une entreprise. Il y a un précédent avec le droit au bail. Mais dans ce

²²⁹⁴ G. Charreaux, op. cit., p.654.

²²⁹⁵ Cf. G. Charreaux, op. cit., p.655; D. Danet, *Cession de droits sociaux : information préalable ou garantie des vices?*, R.T.D. Com., 1992, 315; A. Couret, J. Devèze et G. Hirigoyen, op. cit., n°386 et suiv.

²²⁹⁶
$$\frac{ANC + VR}{2}$$

²²⁹⁷ Valeur de rendement de l'actif net corrigé.

²²⁹⁸ Valeur substantielle.

²²⁹⁹
$$\text{Goodwill} = \text{Valeur de l'entreprise} - X \text{ fois } \frac{VS}{K}$$

cas, la valeur est assise sur la notion de « *propriété commerciale* » instaurée par le décret du 30 septembre 1953, et qui se traduit par un droit au renouvellement du bail ou, à défaut par un droit à une indemnité d'éviction correspondant, en principe, à la valeur réelle du fonds²³⁰⁰. Les contrats de distribution, tels que la concession et la franchise pour ne citer que les plus courants, ne comportent pas une telle stabilité. Le Conseil d'Etat considère cependant comme des immobilisations les droits dont l'entreprise est titulaire et qui constituent pour elle une source de profits importante et durable²³⁰¹. Or, des droits d'exclusivités, des contrats d'approvisionnement ou encore des licences exclusives de fabrication ou de commercialisation sont parfois, pour l'entreprise, une source certaine et durable de bénéfices, et donc par voie de conséquence, une valeur d'actif.

Mais, il faut citer un arrêt du Conseil d'Etat du 8 juillet 1985²³⁰² dans lequel il est décidé qu'un contrat de distribution conclu pour une période d'un an renouvelable par tacite reconduction ne constitue pas un élément incorporel de l'actif immobilisé dès lors qu'il peut prendre fin à sa période d'anniversaire à la seule initiative du cocontractant et sans indemnité. Il est remarquable de constater que les droits comptable et fiscal tiennent compte, pour apprécier la valeur économique d'un contrat, du lien de dépendance économique et de la précarité de la situation du distributeur. Il semble que deux critères alternatifs puissent servir de fondement : le contrat pourra être valorisé dans les actifs immobilisés incorporels s'il est d'une durée minimum suffisante, ou bien s'il comporte un droit à indemnisation en fin de contrat. Le premier critère exclut par définition les contrats de très courte durée et les contrats à durée indéterminée résiliable à tout moment. Le second permet de considérer la durée comme indifférente à partir du moment où la rupture du contrat entraîne l'obligation de motiver ou d'indemniser le distributeur.

B - LA PUISSANCE CONFEREE PAR L'ACTIF

La puissance patrimoniale conférée par l'actif est la plus évidente forme de puissance économique; on pourrait dire la plus primaire, que ce terme soit entendu dans son sens étymologique de premier²³⁰³, ou péjoratif de simpliste²³⁰⁴. Mais pour qu'elle se manifeste concrètement, encore faut-il que les conditions en soient réunies, notamment quant à la propriété privée des biens et la licéité de la recherche du profit. Nous allons voir qu'au cours des siècles ces conditions n'ont pas toujours été réunies.

1/ LES CONDITIONS DE LA PUISSANCE PATRIMONIALE

²³⁰⁰ Y. Chartier, *Droit des affaires*, t.1, *L'entreprise commerciale*, n°182 et suiv.

²³⁰¹ C.E., 13 décembre 1978, n°6920; en revanche, les droits qui ne confèrent à l'entreprise qu'une simple perspective de profits n'ont pas à être inscrits à l'actif immobilisé du bilan : C.E., 26 octobre 1983, n°39830; *Mémento fiscal*, F. Lefebvre, 1995, n°618.

²³⁰² C.E., 8 juillet 1985, n°41276; C.E., 12 décembre 1990, n°69502.

²³⁰³ Du latin *primarius*.

²³⁰⁴ *Dict. Hist. Lang. Franç.*, Le Robert, p.1630.

487 . Platon avait pris conscience de l'influence déterminante de la propriété des biens sur la puissance des dirigeants²³⁰⁵. Il préconisait donc la dépossession totale de la classe dirigeante afin de ne pas cumuler la puissance politique et la puissance économique. Dans sa cité idéale, il posait comme règle que la classe des chefs ne devait pas travailler, mais être entretenue par la classe inférieure formée par les agriculteurs, les gens de métiers et les commerçants. Les âmes des chefs ne doivent pas être souillées par le contact de l'argent et du négoce, invoquait-il comme justification²³⁰⁶. On sait que Platon s'est montré extrêmement critique envers le régime oligarchique, qu'il définit comme le gouvernement des riches²³⁰⁷. Mais plus que sur la nécessaire pureté des âmes, l'interdiction de la richesse patrimoniale pour la classe dirigeante se fonde sur les abus que provoquent le cumul de la richesse et de la puissance politique. Dans la cité possible, Platon donne clairement sa préférence au communisme et donc à la suppression de la propriété privée²³⁰⁸.

488 . Aristote, tout en condamnant le communisme et l'égalitarisme platonicien, critique la recherche systématique du profit et l'accumulation des richesses, qu'il dénomme « *la chrématistique proprement dite* »²³⁰⁹. Son analyse est beaucoup plus fine que celle de Platon et il propose de distinguer entre la chrématistique naturelle et légitime, qui consiste à acquérir des biens en vue de la satisfaction de ses besoins, et la chrématistique pure, ou « *proprement dite* », qui réside dans l'activité commerciale; mais pas n'importe quelle activité commerciale. Aristote admet que l'échange, même s'il n'est pas un mode naturel d'acquisition des biens²³¹⁰, n'est pas condamnable en raison de la diversification des besoins et de la spécialisation des producteurs au sein de la société²³¹¹. Ce qui l'est, en revanche, c'est la recherche, par le commerce, de l'accumulation de biens et de richesses. L'activité commerciale ne comporterait ainsi aucune limite naturelle, la monnaie n'étant plus seulement un moyen d'échange, mais devenant le « *principe et la fin de l'échange* ». Cette absence de limites, de mesure, permet au marchand le plus riche d'augmenter sans cesse sa richesse²³¹². La finesse de la pensée aristotélicienne réside donc dans l'idée que seule l'accumulation de richesses est condamnable. « *La forme domestique de la chrématistique a en vue une fin autre que l'accumulation de l'argent, tandis que la seconde forme a pour fin l'accumulation même. (...). Toute jouissance en effet résidant dans un excès, ils (ceux qui recherchent l'accumulation des biens et richesses) se mettent en quête de l'art capable de produire cet excès de jouissance, et s'ils sont incapables de se le procurer par le jeu ordinaire de la chrématistique, ils tentent d'y parvenir par d'autres moyens, employant toutes leurs facultés d'une façon que réprouve la nature* »²³¹³. Il s'agit là d'une différence profonde avec la philosophie platonicienne et même, dans une certaine mesure, chrétienne²³¹⁴.

²³⁰⁵ *De la république*, Livre VIII, 556, d.

²³⁰⁶ Op. cit., III, 415, d.

²³⁰⁷ Op. cit., VIII, 554, a, L'homme oligarchique est un « être crasseux, qui de tout tire profit ».

²³⁰⁸ *Lois*, 741, d. et suiv.

²³⁰⁹ *Politique*, Livre I, chap. 9, 125, 7b et suiv., chap. 10, 1258b, 1-8; chap. 11, 1258 b, 23.

²³¹⁰ *Politique*, Livre I, chap. 8, 1256b, 22 : sont des modes naturels d'acquisition des biens : l'agriculture, l'élevage, la pêche et la chasse.

²³¹¹ H. Denis, *Histoire de la pensée économique*, p.48.

²³¹² Rappelons qu'Aristote estimait qu'il y avait trois formes de chrématistique pure : le commerce extérieur, le travail salarié, et le prêt à intérêt, cette dernière étant des trois la plus contraire à la nature; *Politique*, Livre I, chap. 10, 1258b, 1-8 et chap. 11, 1258b, 23.

²³¹³ Op. cit., Livre I, chap. 9, 1257 b, 36 et suiv.

²³¹⁴ Luc, VI, 24 : « *Malheurs à vous riches, parce que vous avez votre consolation* », Cf. cependant la nuance de Paul, I, Corinthiens, 7, 30, exhortant « *ceux qui achètent* » à se comporter « *comme s'ils ne possédaient rien* » et « *ceux qui usent de ce monde, comme s'il n'en usaient pas vraiment* ».

489. La condamnation de la concentration des biens et des richesses subit une atténuation sensible chez les philosophes romains, et en particulier les stoïciens. Cicéron a mis l'accent sur l'utilité de l'activité de l'homme au service de ses contemporains²³¹⁵. Il déduit de l'échange des richesses, qui consiste à donner et recevoir, un mieux-être matériel par une satisfaction des besoins²³¹⁶. Il faut se garder de simplifier à l'excès la pensée de Cicéron, en croyant qu'il faisait l'apologie systématique de la fortune pécuniaire. Il prônait avec conviction les valeurs de loyauté, d'amitié et d'honnêteté. Cependant, la richesse patrimoniale n'était plus considérée, dans sa pensée, comme un mal en soi. Au contraire, elle participait à la puissance de Rome, la République ayant justement pour but de permettre à chaque citoyen de garder les biens qui lui appartiennent²³¹⁷. Mieux, « *le patrimoine doit être gagné sans moyens déshonorants, conservé avec soin et dans un esprit d'épargne, et accru de la même manière* »²³¹⁸. La condamnation de la puissance patrimoniale ne se situe donc plus au niveau des intentions et des fins, comme chez Aristote, mais seulement à celui des moyens. Le relâchement moral est patent puisqu'une puissance patrimoniale sera admissible si et seulement si elle s'est constituée par des moyens légaux. « *Que l'on préfère acquérir pour soi plutôt que pour les autres ce qui se rapporte à l'usage de la vie, je l'accorde et la nature n'y répugne pas; ce qu'elle ne peut souffrir c'est que nous augmentions notre fortune, nos ressources, notre richesse avec les dépouilles des autres* »²³¹⁹. Ce raisonnement, qui sera encore accentué par Sénèque, est caractéristique de la notion stoïcienne de « *morale moyenne* »²³²⁰ : « *le philosophe possédera une grande fortune(...). Entasse la aussi haut que tu voudras : elle est honorable si renfermant bien des choses que chacun voudrait dire sienne, elle ne comprend rien que quelqu'un puisse dire sien (...)* »²³²¹.

490. C'est avec Saint Thomas d'Aquin que s'est faite la synthèse de la pensée grecque et de la pensée romaine. D'une part, il a épuré la philosophie d'Aristote de toutes les connotations que l'on pourrait qualifier de « *socialistes* »²³²², et a légitimé la propriété privée qui est, selon lui, « *nécessaire à la vie humaine* »²³²³. Mais d'autre part, il tempère l'individualisme stoïcien en attribuant au droit de propriété une fonction : la participation au bien commun. Saint Thomas distingue donc le pouvoir (*potestas*) de gérer les choses et d'en disposer du devoir moral de les utiliser (*usus*) au profit de tous. Il cite, à ce sujet, Saint Basile : « *pourquoi es-tu dans l'abondance et lui dans la misère, sinon pour que tu acquières les mérites du partage et lui pour qu'il obtienne le prix de la patience* »²³²⁴. La

²³¹⁵ Cicéron, *Traité des devoirs*, II, 11 et suiv.

²³¹⁶ Op. cit., II, 15.

²³¹⁷ Op. cit., II, 73 : Il n'y a pas de plus grand malheur que de prôner l'égalité des biens comme le proposait avec démagogie le tribun Philippe; cf. également, op. cit., II, XXIV, condamnant la remise forcée des dettes au détriment des riches et au bénéfice des pauvres : « *Donc ceux qui veilleront sur la république s'abstiendront de ce genre de largesses qui consiste à donner aux uns ce qu'on enlève aux autres* ».

²³¹⁸ Op. cit., II, 87.

²³¹⁹ Op. cit., III, n°22, et n°23 où Cicéron assimile à la nature le *jus gentium*.

²³²⁰ Cicéron, *Traité des devoirs*, liv.III, 13 et suiv.

²³²¹ Sénèque, *De la vie heureuse*, chap. XXI et suiv.

²³²² Aristote préconisait l'usage des repas en commun et le transfert de propriété d'une partie des terres cultivables à l'Etat. Dans sa *Somme théologique*, St Thomas demande seulement aux propriétaires d'être généreux avec les pauvres, cf. H. Denis, op. cit., p.80.

²³²³ *Somme théologique*, quest. 66, art. 2.

²³²⁴ C'est cette notion de propriété-fonction qui permet à Saint Thomas de dire qu'il est permis de voler en cas de nécessité; op. cit., quest. 66, art. 7 : « *Se servir du bien d'autrui que l'on a dérobé en secret dans un cas d'extrême nécessité n'est pas un vol à proprement parler, car, du fait de cette nécessité, ce que nous prenons pour conserver notre propre vie devient notre* ». cf. aussi St. Ambroise qui, en parlant de la

doctrine de Saint Thomas est donc d'une grande subtilité, et le devoir d'user du droit de propriété dans l'intérêt des autres, et notamment des pauvres, paraît être plus rigoureux que l'interprétation qu'en a fait l'Eglise catholique. Cependant, la pensée thomiste est en retrait par rapport aux écrits de Saint Ambroise pour qui « *on est moins coupable en enlevant à autrui ce qui lui appartient, qu'en refusant à ceux qui sont dans le besoin, alors que l'on est dans l'abondance* »²³²⁵.

491 . Dans la pensée thomiste, amputée indûment de la notion de propriété-fonction, la civilisation chrétienne a trouvé le fondement moral légitimant ce que l'on appellera plus tard le capitalisme. En effet, c'est en se fondant sur la légitimité de la propriété privée que Léon XIII a précisé, dans l'encyclique *Rerum Novarum*, que le devoir des propriétaires de mettre en commun avec les pauvres le superflu de leur richesse patrimoniale n'est pas un devoir de justice, mais de charité chrétienne, « *dont on ne peut poursuivre l'accomplissement par les voies de la justice humaine* »²³²⁶. Sur le plan juridique, effectivement, le Code civil napoléonien consacre de la façon la plus absolue le droit de propriété. Outre la signification politique de l'article 544 du Code civil, la conception du droit de propriété a été influencée par le raisonnement économique qui consiste à penser que la prospérité et le bien-être matériel ne peuvent être mieux assurés que dans le cadre d'une société fondée sur la propriété individuelle. En présentant le projet de loi sur ce point en 1803, Portalis disait : « *En un mot, c'est la propriété qui a fondé les sociétés humaines. C'est elle qui a vivifié, étendu, agrandi notre propre existence. C'est par elle que l'industrie de l'homme, cet esprit de mouvement et de vie qui anime tout, a été porté sur les eaux et fait éclore sous les divers climats tous les germes de richesse et de puissance* »²³²⁷. Dans cette opinion de Portalis, un pas de plus est franchi : la propriété n'est plus seulement source de richesses, elle est aussi source de puissance. Différence de nature plus que de degré, puisque le puissant va pouvoir exercer un pouvoir de domination par l'accumulation de biens et notamment de biens de production.

L'enjeu va donc se déplacer vers cette source de puissance qui est conférée par la propriété des moyens de production. Le pape Jean XXIII, dans son encyclique *Mater et Magistra*, a maintenu la philosophie thomiste en précisant que « *le droit de propriété, même des moyens de production, a valeur permanente, pour cette raison précise qu'il est un droit naturel* »²³²⁸. Pourtant, c'est justement l'appropriation des moyens de production qui a été le facteur déterminant de l'avènement du capitalisme et de l'apparition de puissances patrimoniales colossales. Marx a eu l'occasion de dénoncer les conséquences néfastes du système économique fondé sur la propriété privée des moyens de production. Avant lui, Rousseau avait suggéré de limiter les excès causés par la propriété privée en utilisant la fonction correctrice de l'impôt²³²⁹. Le XIX^{ème} siècle connaîtra des thèses beaucoup plus extrémistes avec Saint-Simon, qui classait les propriétaires oisifs dans la

propriété du point de vue de l'usage, écrit : « *Tout ce qui dépasse les besoins, on le détient par la violence* ».

²³²⁵ *Somme théologique*, quest. 66, art. 3, maintenant une définition stricte du vol : « *l'usurpation secrète du bien d'autrui* ».

²³²⁶ *La condition des ouvriers*, éd. Bonne Presse, 1960, p. 21.

²³²⁷ Cité par J.F. Niort, *Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du code napoléonien*, in Arch. Philo. du droit, Droit et économie, t.37, 1992, p. 106.

²³²⁸ *Les récents développements de la question sociale à la lumière de la doctrine chrétienne*, Paris, éd. Bonne Presse, 1961, p.20.

²³²⁹ J.J. Rousseau, *Economie politique, et, Discours sur l'origine et le fondement de l'inégalité parmi les hommes*, in Oeuvres complètes, Gallimard, la Pléiade.

catégorie des inutiles en les dénommant les « *frelons* »²³³⁰, ou encore Proudhon, pour qui « *la propriété, c'est le vol* »²³³¹. Mais ces doctrines n'ont jamais réellement prospéré en pratique. La propriété privée est restée fortement ancrée dans l'organisation sociale des démocraties occidentales.

2/ LES MANIFESTATIONS DE LA PUISSANCE PATRIMONIALE

492 . Il est possible d'affirmer que la puissance conférée par la propriété des biens ou la titularité de droits a toujours existé. Mais dans l'Antiquité, cette puissance était davantage de nature politique ou sociale. Ainsi, à Rome, le censeur classait les citoyens en catégories selon leur fortune, et les votes, au sein des *comices centuriates* débutaient toujours par la classe des citoyens les plus fortunés²³³². Ce n'est que plus tardivement, avec le phénomène de l'accumulation des richesses et des capitaux que la puissance patrimoniale va réellement apparaître sous un angle économique. Les économistes du mouvement mercantiliste avaient parfaitement compris les liens étroits qui existaient entre la propriété et la puissance économique, l'une favorisant le développement de l'autre. Ainsi, même s'ils prênaient une intervention accrue de l'Etat dans le secteur économique, ils fondaient leur théorie de l'enrichissement sur l'accumulation de métaux précieux²³³³. En Espagne, le mercantilisme prendra le nom de bullionisme en raison de la puissance momentanée que l'or du nouveau continent a procuré au pays²³³⁴. De façon moins simpliste²³³⁵, Antoine de Montchrestien a été l'un des premiers économistes à expliquer l'enrichissement de l'Europe occidentale par l'investissement et la concentration des capitaux²³³⁶. Or, pour investir des capitaux, il est nécessaire de détenir un actif patrimonial important. Plus celui-ci sera important, plus les capitaux investis seront nombreux, et plus les profits seront significatifs²³³⁷.

A la suite des mercantilistes, les physiocrates, François Quesnay à leur tête, démontreront le rôle du capital et de l'investissement dans l'accroissement du revenu national. En 1757, Quesnay souligne l'importance des profits qu'il est possible de réaliser en investissant dans les moyens de production agricole de grande culture. Les frais d'exploitation sont plus importants mais les gains sont décuplés²³³⁸. L'erreur fondamentale de Quesnay a été de croire que ce accroissement des profits par l'accumulation de capital

²³³⁰ Saint-Simon, *Lettres d'un habitant de Genève à ses contemporains*, 1802.

²³³¹ P.J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété?*, 1840; en réalité la pensée de Proudhon est plus complexe qu'il n'y paraît. Pour lui la propriété est un facteur antinomique, source de bien et de liberté, mais également d'inégalités et d'oppression, cf. *Système des contradictions économiques ou philosophiques de la misère*, 1846, nouv. éd., Paris, 1923, t.II, p.301 : « *le communisme est synonyme de nihilisme, d'indivision, d'immobilisme, de nuit, de silence.* ».

²³³² J. Ellul, op. cit., p.319.

²³³³ H. Guitton et D. Vitry, *Economie politique*, n°20.

²³³⁴ En anglais, bullion signifie lingot, et l'Etat espagnol avait prohibé les exportations de lingots dans le but de préserver sa puissance, op. cit., n°22.

²³³⁵ Pour une critique du mercantilisme, cf. J. G. Fichte, *L'Etat commercial fermé*, 1800, trad. franç., Paris, 1940. L'auteur compare le libéralisme et le mercantilisme à un état de guerre permanente, « *car les hommes veulent absolument être libres de se détruire les uns les autres.* »; op. cit., p.129.

²³³⁶ A. de Montchrestien, *Traité de l'économie politique*, nouvelle édition, Paris, 1882, ouvrage présenté en 1616 au Garde des Sceaux.

²³³⁷ H. Denis, op. cit., p.107.

²³³⁸ F. Quesnay, *Oeuvres*, éd. Oncken, Paris, 1888, p.243.

n'était possible que dans l'agriculture, l'industrie et le commerce étant des activités réputées stériles²³³⁹. Mais Jean-Baptiste Say rectifiera l'erreur allant jusqu'à soutenir qu'en raison de l'impossibilité des crises de surproduction, en vertu de la loi des débouchés, il n'y a jamais trop d'accumulation de capital dans un pays²³⁴⁰.

493. A l'opposé, Karl Marx a été l'un des plus ardents opposants au capitalisme, dénonçant les abus de puissance économique dont il était la source. Mais curieusement le capitalisme contenait en lui, selon Marx, les germes de sa destruction : l'accumulation de capital. Ce paradoxe hégélien est extrêmement intéressant sur le plan théorique²³⁴¹, car il recèle l'idée selon laquelle la puissance est, elle-même, sa propre source de destruction. D'une part le capital permet l'exploitation de la force de travail. Il est donc un instrument de domination de la classe des propriétaires, ceux qui possèdent l'outil de production, sur celle des prolétaires, ceux qui, par une déformation du sens étymologique de ce terme, ne sont propriétaires que de leur force de travail²³⁴². Il est clair, et l'on n'a pas attendu Marx pour savoir²³⁴³, qu'il existe un déséquilibre de puissance patrimoniale manifeste entre le propriétaire d'une industrie et le prolétaire qu'il emploie à son service.

Mais le mérite de Marx a été d'expliquer comment la puissance patrimoniale de celui qui possède l'appareil de production se manifeste. Marx est parti de la théorie ricardienne de la valeur, selon laquelle la valeur d'un bien se détermine par sa valeur d'échange qui, elle-même est fonction de la quantité de travail dépensée dans la production de ce bien²³⁴⁴, ou plus exactement la quantité de travail moyen socialement nécessaire pour le produire²³⁴⁵. Le principe de la valeur-travail étant posé, Marx en déduit la théorie de l'appropriation de la « *plus-value* ». Pour lui, la force de travail est une marchandise utile²³⁴⁶ et susceptible d'échange économique²³⁴⁷. Or, la valeur d'échange est toujours inférieure à la valeur d'usage, c'est-à-dire que le salaire de l'ouvrier est plus faible que le temps d'utilisation journalier de la force de travail qu'il met à la disposition de l'employeur. Il y a donc un travail rémunéré et un travail qui ne l'est pas. Le propriétaire des moyens de production réalise ainsi une « *plus-value* » en exploitant la condition misérable du prolétariat, dont la rémunération suffit juste à assurer la survie²³⁴⁸. En conséquence, la puissance patrimoniale se manifeste, aux dépens des ouvriers par l'appropriation indue des fruits de la force de travail. Cette appropriation conduit à une exploitation du travail par le capital.

²³³⁹ H. Denis, op. cit., p.162.

²³⁴⁰ J.B. Say, *Traité d'économie politique*, nouvelle édition, Paris, 1972, p.145 et suiv.; cf. cependant D. Ricardo, *Principes de l'économie politique et de l'impôt*, trad. Franç., Paris, 1970, p.211 et suiv., qui perçoit cinquante ans avant Marx que la tendance à la baisse du taux de profits est une loi fondamentale de l'évolution économique. Sur ce point, H. Denis, op. cit., p.329 et 330.

²³⁴¹ Il ne s'est jamais vérifié spécifiquement.

²³⁴² H. Denis, op. cit., p.418; T. Revet, thèse précitée.

²³⁴³ Sismondi, *Nouveaux principes d'économie politique*, 1819, nouv. éd., Genève-Paris, 1951-1953; l'auteur parlait déjà de « *mieux-value* » entre la rémunération du travailleur et la valeur produite. Il en faisait la cause de l'inégalité des richesses car seuls les entrepreneurs en bénéficient.

²³⁴⁴ Cf. infra n°682.

²³⁴⁵ D. Flouzat, op. cit., p.479.

²³⁴⁶ La valeur d'usage de la force de travail est déterminée par la durée de son utilisation.

²³⁴⁷ La valeur d'échange de la force de travail est représentée par la quantité de travail nécessaire à la reproduction; soit le minimum vital pour l'entretien de l'ouvrier et de sa famille.

²³⁴⁸ J. G. Fichte, *Fondement du droit naturel*, 1796, ouvrage dans lequel l'auteur avance l'idée très moderne de l'existence d'un « *droit à la vie* », dont la conséquence essentielle est de permettre à chaque personne de vivre des résultats de son travail.

494 . D'autre part, et selon une idée très hégélienne, Marx pensait que le capitalisme contient une contradiction intrinsèque qui le conduit nécessairement à sa destruction. Reprenant la pensée d'Aristote, en la déformant quelque peu, il écrit que : « *le mouvement du capital n'a pas de limite* »²³⁴⁹ et que le capitaliste cherche systématiquement à agrandir sa fortune. Cette tendance se traduit par l'accumulation capitaliste. Marx distingue le capital constant, constitué par les machines, les matières premières, du capital variable, constitué par les salaires versés aux ouvriers. La « *plus-value* » ne prend naissance que par l'utilisation du capital variable et l'exploitation de la force de travail. Or, les entrepreneurs sont contraints de produire toujours plus et de suivre le progrès technique pour résister à la concurrence. Ils investissent donc de façon croissante dans le capital constant, malgré le fait qu'il ne permette de dégager aucune plus-value. La structure organique du capital se modifie en conséquence, le capital variable diminuant en valeur relative. Marx en tire la conclusion de la baisse tendancielle des profits; le profit étant égal à la plus-value divisée par la somme du capital constant et du capital variable²³⁵⁰. La croissance capitaliste est également source de chômage et de paupérisation de la classe ouvrière, ce qui ne fait qu'aggraver le processus par une sous-consommation chronique. Les entreprises n'auront alors d'autres solutions que de se concentrer, les entrepreneurs les moins puissants ne pouvant suivre la course à l'investissement²³⁵¹.

Au terme de cette évolution inéluctable, le capitalisme devait, selon Marx, disparaître à la suite d'une crise politique majeure. Le paradoxe, intellectuellement saisissant, est que c'est au moment où la concentration de puissance patrimoniale est la plus intense que le système est le plus fragile. L'explication peut être trouvée dans la non-viabilité d'une société dans laquelle une minorité d'économiquement puissants exploitent et dominent une majorité d'économiquement faibles. « *A mesure que diminue le nombre des potentats du capital qui usurpent et monopolisent tous les avantages de cette période d'évolution sociale, s'accroissent la misère, l'oppression, l'esclavage, la dégradation, l'exploitation, mais aussi la résistance de la classe ouvrière sans cesse grossissante et de plus en plus disciplinée, unie, organisée par le mécanisme même de la production capitaliste* »²³⁵².

Bien entendu la pensée marxienne a fait l'objet de très nombreuses critiques, qu'il est impossible de résumer dans ces développements. A titre d'exemple, E. James a écrit à la fin des années 60 : « *matérialisme historique, théories sur la valeur-travail, sur la plus-value, sur l'accumulation et la concentration croissante, sur les crises économiques ou sur le développement du prolétariat, négation des facultés d'adaptation du capitalisme : rien de ce qu'a dit Marx sur tous ces points n'est intact aujourd'hui* »²³⁵³. Il faut également reconnaître que la pensée de Marx est loin d'être exempte de contradictions au fil de la parution des ouvrages²³⁵⁴. En toute hypothèse, l'un des mérites de Marx est d'avoir insisté et tenté de conceptualiser les effets pervers et néfastes du développement de la puissance patrimoniale par l'accumulation croissante du capital. Toutes choses égales par ailleurs, sa vision de la concentration capitaliste préfigurait ce que les économistes du XXème siècle dénomment le capitalisme monopolistique.

²³⁴⁹ *Le Capital*, t.1, p.156, éd. sociales.

²³⁵⁰
$$P = \frac{P. V.}{C + V}$$

²³⁵¹ D. Flouzat, op. cit., p.481.

²³⁵² K. Marx, *Le capital*, Liv.I, p.205, éd. Sociales, t.III.

²³⁵³ E. James, *Histoire sommaire de la pensée économique*, éd. Montchrestien, 1969, p.178.

²³⁵⁴ H. Denis, op. cit., p.423.

495 . Outre les erreurs de raisonnement et les inexactitudes contenues dans la pensée marxienne, la portée de ses travaux est limitée, au regard de l'étude de la puissance économique, au lien de dépendance entre les détenteurs du capital et les prolétaires. Or la puissance patrimoniale se manifeste beaucoup plus largement dans l'ensemble du monde économique, et également entre les entreprises elles-mêmes, qu'elles soient ou non en situation de concurrence. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, l'évolution de l'économie des grands pays industrialisés a été marquée par une très forte concentration de la production des biens et services²³⁵⁵. Les causes de cette concentration sont diverses²³⁵⁶. En revanche, les effets sont souvent les mêmes : la formation de grands groupes industriels, utilisant à la fois les concentrations verticale et horizontale, interne et externe. Il importe de ne pas émettre d'opinion trop manichéenne à l'égard des grands groupes. Ils ont en effet déjoué les prévisions de Marx au moins sur deux points.

D'abord le taux de profit n'a pas connu de baisse tendancielle avec la concentration des moyens de production. Au contraire, l'accroissement du mouvement de concentration est allé de paire avec une élévation du niveau de profits, au point que le risque de créer des rentes de situation est parfois présent²³⁵⁷. Ensuite la rémunération moyenne des salariés des grandes entreprises est généralement considérée comme d'un niveau élevé²³⁵⁸. De même les salariés bénéficient de conditions de travail satisfaisantes et d'une plus grande stabilité d'emploi²³⁵⁹. Ces deux caractéristiques, qui peuvent a priori surprendre, s'expliquent par la puissance patrimoniale des grandes entreprises. Le surcoût salarial sera compensé par une répercussion sur les prix, en raison du pouvoir exercé sur le marché. M. Champaud écrit pertinemment : « *En toute hypothèse, la concentration accroît la puissance économique de l'entité qui l'accomplit. Cette puissance acquise par la concentration peut lui conférer un pouvoir d'action sur le fonctionnement de son marché, dit pouvoir de monopole, qui va lui permettre de s'affranchir plus ou moins de ses lois, notamment des mécanismes concurrentiels* »²³⁶⁰.

496 . Là se trouve précisément le danger de la puissance patrimoniale conférée par l'accumulation d'actifs de production. En Allemagne, par exemple, la concentration d'entreprises industrielles a été très intense au début du siècle par la formation de gigantesques *Konzerns*²³⁶¹, dont la puissance énorme était redoutée tant par les agents économiques intervenant sur le marché que par les pouvoirs publics eux-mêmes²³⁶².

²³⁵⁵ H. Guitton et D. Vitry, *Economie politique*, n°319 et suiv.; D. Flouzat, op. cit., p.275 et suiv.

²³⁵⁶ D. Flouzat, op. cit., **Facteurs techniques** : choix d'une meilleure combinaison productive, rendements d'échelles croissants, élargissement de la capacité d'innovation; **facteurs économiques** : coût décroissant du capital, ouverture du marché international, facilité de gestion; **facteurs psychologiques** : l'attrait de la puissance.

²³⁵⁷ D. Flouzat, op. cit., p.294; M. Amar et B. Crépon, *Les deux visages de la concentration industrielle : efficacité et rente de situation*, Eco et Stat, n°229, fev. 1990.

²³⁵⁸ D. Flouzat, op. cit.

²³⁵⁹ Op. cit., p.278.

²³⁶⁰ C. Champaud, *Contrôles indirects des opérations de concentration en France*, Juris. Class. Concurrence et Consommation, Fasc.405, n°1 et suiv.

²³⁶¹ Combinaisons financières.

²³⁶² H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°327; sur l'influence de la puissance économique des grandes entreprises sur l'Etat, cf. J.K. Galbraith, *Le pouvoir de compensation*, éd. de Médicis, 1956, trad. franç.; l'auteur explique que la puissance économique des grands groupes est compensée par des contre pouvoirs tels que les concurrents, les fournisseurs de matières premières, les syndicats, le pouvoir coopératif, les secteur public, etc. On pourrait ajouter aujourd'hui le consumérisme. De nos jours le problème de la puissance des entreprises multinationales se pose d'avantage dans les pays en voie de développement sur le territoire desquels les multinationales délocalisent leur production. Certaines d'entre elles réalisent un chiffre

M. Galbraith, qui s'est souvent intéressé aux jeux de pouvoir et aux rapports de force en économie, écrit à ce sujet : « *ma thèse repose sur le fait que dans la société industrielle d'aujourd'hui, le pouvoir appartient aux grandes entreprises. Aussi, loin de se soumettre docilement et placidement aux lois du marché, comme le veut la thèse néoclassique, ces entreprises fixent les prix et font tout ce qu'elles peuvent pour assujettir le consommateur à leurs besoins* »²³⁶³.

Car si la puissance patrimoniale est source de croissance économique, elle est également source de domination du marché. Cette domination peut se révéler extrêmement préjudiciable pour le marché, tant à l'égard des concurrents que des consommateurs, en raison de l'utilisation de pratiques monopolistiques ou oligopolistiques tendant à la suppression de la concurrence. D'où la méfiance des pouvoirs publics à l'encontre de la formation de trusts, d'ententes, de cartels ou de conglomérats²³⁶⁴. Prenons un exemple simple expliquant clairement les effets de la concentration de la puissance patrimoniale et des attraits qu'elle procure sur les entreprises désirant dominer un marché. Aux Etats-Unis, d'importants trusts se sont constitués dans des secteurs tels que le pétrole, le sucre, l'acier, l'alcool, etc. Or cette forme de concentration présente la particularité de créer un phénomène de surcapitalisation. Ainsi, le trust du whisky a réuni des entreprises d'une valeur réelle de quatre millions de dollars. Mais le trust s'est constitué avec un capital de 24 millions de dollars, la différence traduisant la plus-value que les entreprises fusionnées estiment tirer de la domination du marché²³⁶⁵.

497. La France, à l'instar de l'Union Européenne s'est dotée d'un dispositif législatif destiné à contrôler les concentrations et à éviter la formation de monopole sur un marché. L'article 38 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose, à cet effet, que « *tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante peut être soumis, par le ministre chargé de l'économie, à l'avis du conseil de la concurrence* ». L'article 43 précise, quant à lui, que « *le conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre (...) à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de puissance économique qui a permis les abus (...)* »²³⁶⁶.

En outre, la concentration de puissance patrimoniale entraîne des contraintes en matière du droit des sociétés. Par exemple, une simple SARL dont le total de bilan dépasse 10 millions de Francs doit désigner un commissaire aux comptes, si toutefois l'un des deux seuils constitué par le chiffre d'affaires et le nombre de salariés est également franchi²³⁶⁷. Dans le même ordre d'idées, un ou plusieurs commissaires doivent être judiciairement désignés en cas de fusion, qui est l'un des instruments de concentration les plus utilisés, et

d'affaires supérieur au budget de l'Etat qui accueille l'un de leur établissement, cf. A. Michalet, *Typologie des firmes multinationales*, in Cahiers Français, Documentation française, 1976.

²³⁶³ J.K. Galbraith, *Le nouvel état industriel*, éd. Gallimard, 1974, trad. franç.

²³⁶⁴ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°339 et suiv.

²³⁶⁵ Op. cit., n°358.

²³⁶⁶ Le règlement CEE n°4064/89 du conseil du 21 décembre 1989, utilise également dans son article 2-b la notion de puissance économique pour apprécier la concentration des entreprises au niveau européen, cf. B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, n°621 et suiv.

²³⁶⁷ Article 64 al.2 de la loi du 24 juillet 1966; et article 12 al.1er du décret du 23 mars 1967.

ce avec pour mission de vérifier les valeurs patrimoniales²³⁶⁸. Ce dispositif de contrôle a principalement pour objet d'éviter que des entreprises créent une apparence de puissance économique susceptible d'induire en erreur les tiers. C'est une illustration de l'idée selon laquelle la puissance patrimoniale inspire à la fois crainte et confiance. Le législateur lutte en conséquence contre la puissance redoutée et protège la puissance qui donne confiance. Les tiers accordent d'ailleurs énormément d'importance, de crédit, à la puissance patrimoniale avant de contracter avec une entreprise. Il s'agit des fournisseurs, en général, et des organismes bancaires en particulier. Ces derniers prennent grand soin de garantir leur créance par des sûretés sur les biens de l'entreprise. Ainsi, plus une entreprise a un actif patrimonial important, plus elle pourra théoriquement bénéficier de crédits²³⁶⁹. Mais un autre effet s'induit de cette proposition : plus l'entreprise bénéficie de crédits et plus elle est puissante. Nous allons voir que cette puissance financière a essentiellement pour origine le passif du patrimoine.

PARAGRAPHE 2 - LE PASSIF

498. Au premier abord, les liens unissant la puissance économique et le passif patrimonial n'apparaissent pas évidents. Au contraire, le passif regroupant l'ensemble des dettes qui grèvent un patrimoine, il est souvent synonyme de vulnérabilité et de dépendance, voire même de souffrance²³⁷⁰. En ce sens, le passif sera un critère d'appréciation de la vulnérabilité patrimoniale d'une entreprise. Mais il ne faut pas négliger l'autre visage du passif qui, lui, peut traduire l'idée de puissance. Pour bien comprendre, il convient de changer de niveau d'analyse et passer des domaines juridique et comptable au domaine financier. Pour les spécialistes de l'analyse financière, le passif n'est pas seulement un ensemble de dettes, mais aussi et surtout l'ensemble des ressources d'une entreprise²³⁷¹. Ces ressources sont de deux types : d'une part les capitaux propres et d'autre part les dettes externes. C'est sous cette acception que le passif sera une source de puissance patrimoniale.

A - LE PASSIF, CRITERE D'EVALUATION DE LA PUISSANCE PATRIMONIALE

499. Il faut partir du principe de l'indivisibilité du patrimoine, en vertu duquel l'actif répond du passif. Ce principe est tiré de l'article 2092 du Code civil qui dispose que « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses*

²³⁶⁸ Art. 377 de la loi du 24 juillet 1966.

²³⁶⁹ Les banques sont elles-mêmes soumises à un impératif de maintenir une certaine puissance de leur patrimoine par l'application du ratio Cooke, du nom du président du comité international qui a élaboré cette notion en 1988. Ce ratio impose aux banques, en 1993, d'avoir des fonds propres au moins égaux à 8% du montant pondéré de leurs engagements, cf. Bied-Charreton et J. Raffegau, op. cit., n°1446.

²³⁷⁰ Passif vient, en effet, du latin *passivus* qui signifie « *susceptible de souffrir* », *Dict. Hist. Lang. Franç.*, Le Robert, p.1443.

²³⁷¹ F. Bied-Charreton et J. Raffegau, op. cit., n°118; G. Charreaux, op. cit., p.56 et suiv.; *Mémento comptable*, F. Lefebvre, n°108.

biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Malgré les atteintes portées à ce principe depuis de nombreuses années, il demeure intangible²³⁷², et fondamental pour comprendre comment le passif peut servir de critère d'évaluation de la puissance patrimoniale d'une entreprise. Notre propos n'est pas de décrire les différentes méthodes d'évaluation des entreprises²³⁷³, mais de montrer les équilibres qui doivent exister entre l'actif et le passif et qui conditionnent la puissance patrimoniale d'une entreprise. Pour cela, il convient de distinguer deux sous-critères : la solvabilité et la liquidité²³⁷⁴.

1/ LE CRITERE DE SOLVABILITE

500 . Le critère de solvabilité a pour objet d'évaluer la capacité d'une entreprise à faire face à ses dettes, et de mesurer son autonomie et son indépendance financière. Plus une entreprise sera puissante, plus sa solvabilité sera grande. En comptabilité, le passif du bilan se décompose en deux grandes masses : les capitaux propres et les dettes²³⁷⁵. Cette distinction marque déjà une divergence avec l'analyse juridique. En effet, pour le juriste, les capitaux propres sont également des dettes, mais qui présentent la spécificité d'être affectées d'une condition suspensive : la distribution de dividendes ou la dissolution de la société avec boni de liquidation.

Les financiers font une troisième lecture du passif du bilan. Ils distinguent les capitaux permanents des dettes à court terme. Les capitaux permanents sont formés des capitaux propres²³⁷⁶ et des dettes à long et moyen terme, c'est-à-dire dont l'échéance se situe au-delà d'un an²³⁷⁷. Ils représentent les ressources financières stables de l'entreprise. A l'opposé, la catégorie des dettes à court terme est composée des sommes exigibles à moins d'un an. De cette dichotomie du passif, les professionnels de la finance ont tiré une batterie de ratios sur l'autonomie financière de l'entreprise. Ainsi, la centrale des bilans de la Banque de France préconise, entre autres, l'utilisation des ratios :

$$\frac{\text{capitaux propres}}{\text{passif total}} \quad \text{ou} \quad \frac{\text{dettes totales}}{\text{passif total}}$$

Les normes bancaires fixent un plancher de 1/3 pour le premier et un plafond de 2/3 pour le second²³⁷⁸. De même, l'endettement à long terme joue un rôle primordial dans l'équilibre bilantiel. Le ratio $\frac{\text{dettes à long et moyen terme}}{\text{capitaux propres}}$ ne doit pas dépasser 1, tandis que le ratio

$$\frac{\text{dettes à long et moyen termes}}{\text{capitaux permanents}} \text{ ne doit pas dépasser } 0,5.$$

²³⁷² J. Carbonnier, *Les biens*, n°5; cf. sur les atteintes au principe d'indivisibilité du patrimoine, F. Cohet, *Patrimoine et entreprise*, thèse Grenoble II, 1993.

²³⁷³ Cf. sur ce point, *Lamy Droit du financement*, 1995, n°328 et suiv., ainsi que la bibliographie.

²³⁷⁴ E. Ginglinger, op. cit., p.11.

²³⁷⁵ Art. 13 du décret du 25 novembre 1983.

²³⁷⁶ Capital social + réserves +/- reports à nouveau +/- résultat.

²³⁷⁷ *Lamy Droit du financement*, 1995, n°248.

²³⁷⁸ E. Ginglinger, op. cit., p.17; cf. également *Lamy Droit du financement*, n°244 et suiv.

501 . En face des ressources permanentes, il faut mettre en balance l'ensemble des actifs nets immobilisés. La règle d'équilibre veut que ces actifs nets immobilisés soient plus que couverts par les ressources permanentes de l'entreprise, afin de constituer une marge de sécurité²³⁷⁹. Mathématiquement, le fonds de roulement est donc égal à la différence entre les actifs nets immobilisés et les capitaux permanents. Evidemment, un fonds de roulement négatif caractérise une sous-capitalisation de l'entreprise, ce qui risque d'être un inconvénient majeur en cas de besoin de financement. Ce besoin de financement est constitué par les frais et charges que doit supporter l'entreprise au cours du cycle d'exploitation. Alors que le fonds de roulement est une notion dite de haut de bilan, le besoin de financement se calcule par les postes de bas de bilan. Pour le calculer il faut considérer que les actifs circulant tels que les stocks, les encours et les créances des clients sont des emplois, alors que les dettes fournisseurs et les avances perçues sont des ressources. Le besoin en fonds de roulement sera donc l'insuffisance des ressources pour couvrir les emplois²³⁸⁰. Ainsi une entreprise sera d'autant plus puissante qu'elle parviendra à imposer à ses fournisseurs des délais de paiement très long et à ses clients des paiements rapides, voire au comptant. Dans cette hypothèse, le besoin en fonds de roulement deviendra négatif.

2/ LE CRITERE DE LIQUIDITE

502 . La confrontation entre le fonds de roulement et le besoin en fonds de roulement donne ce que l'on appelle techniquement la trésorerie. Lorsque le fonds de roulement excède le besoin en fonds de roulement, la trésorerie est positive, dans le cas contraire elle est négative; dans le premier cas on parlera d'excédent de trésorerie, dans le second d'insuffisance²³⁸¹. A terme une insuffisance prolongée et systématique de trésorerie signifie l'instauration d'un lien de dépendance économique intense entre l'entreprise, par définition vulnérable, et ses banquiers et principaux fournisseurs. Sa survie dépendra du maintien du crédit accordé par ces derniers. D'ailleurs, M. Stoufflet estime à juste titre que la définition de la cessation des paiements, donnée par l'article 3 de la loi du 25 janvier 1885, est directement fondée sur la notion de trésorerie²³⁸² : « *Ainsi, l'équilibre entre les dettes échues et la trésorerie entendue comme le disponible est une norme juridique sanctionnée par le redressement judiciaire* »²³⁸³.

On peut regretter ces diverses approximations de langage. La trésorerie, nous l'avons vu, ne peut s'assimiler aux disponibilités, à l'encaisse, qui ne sont qu'une partie de ses composantes. Au mieux, et si l'on retient une définition large de la trésorerie, il faut y englober l'ensemble des moyens de paiements dont l'entreprise dispose pour faire face à

²³⁷⁹ *Lamy Droit du financement*, 1995, n°248; F. Bied-Charreton et J. Raffegau, op. cit., n°118; E. Ginglinger, op. cit., p.13.

²³⁸⁰ *Lamy Droit du financement*, n°250; F. Bied-Charreton et J. Raffegau, op. cit., n°114; G. Charreaux, op. cit., p.57 et suiv.; E. Ginglinger, op. cit., p.13 et suiv.

²³⁸¹ *Lamy Droit du financement*, n°245 et suiv.; F. Bied-Charreton et J. Raffegau, op. cit., n°120; G. Charreaux, op. cit., p.59; E. Ginglinger, op. cit., p.15.

²³⁸² Rapport Stoufflet, R.J. Com., novembre 1989, numéro spécial, p.30.

²³⁸³ Op. cit.

ses décaissements²³⁸⁴. Notamment les concours bancaires à court terme accordés à l'entreprise doivent être englobés dans le concept de trésorerie²³⁸⁵. On perçoit ainsi l'imprécision des termes de la loi du 25 janvier 1985 dans son article 3. En effet, la notion d'actifs disponibles est synonyme de disponibilités, dont la traduction chiffrée se situe au bas de bilan à l'actif²³⁸⁶. Or, pour faire face à son passif exigible, l'entreprise peut bénéficier de concours bancaires²³⁸⁷. Le crédit à court terme se définissant juridiquement et comptablement comme une dette, il se comptabilise au passif du bilan. Il est donc difficile de le considérer comme un actif disponible au sens de la loi. Si ce raisonnement était appliqué à la lettre, il est certain que de très nombreuses sociétés françaises, et parmi les plus importantes, seraient dans l'obligation de déclarer leur état de cessation des paiements! En réalité, l'inexactitude de la définition législative de la cessation des paiements provient de l'ambiguïté des termes employés. Plutôt que d'utiliser la notion d'actifs disponibles, le législateur aurait été mieux inspiré de recourir à la notion de ressources de trésorerie qui englobe non seulement les actifs disponibles, mais encore les concours bancaires autorisés et non-utilisés. En conséquence, ce qui est juridiquement une dette peut servir à couvrir une autre dette qui, elle, est exigible. Ce paradoxe pour le juriste n'est qu'une conséquence logique de la notion de trésorerie pour le financier. Ce dernier ne sera d'ailleurs pas étonné que le passif puisse être source de puissance.

B - LE PASSIF, SOURCE DE PUISSANCE PATRIMONIALE

503. Très simplement, le passif est source de puissance par le seul fait qu'il comporte, en haut de bilan, les capitaux propres de l'entreprise, à savoir principalement le capital social et les réserves. Ainsi, toute la véritable puissance financière y est concentrée, et déterminera la capacité d'endettement²³⁸⁸. Mais la définition de la puissance financière ne s'arrête pas là. En dehors des capitaux propres, il y existe des moyens de financement, à moyen et long terme, tels que, par exemple, les prêts participatifs, les emprunts obligataires, les prêts subordonnés et de façon plus générale ce que l'analyse financière dénomme les « *quasi-fonds propres* »²³⁸⁹. En résumé, la puissance financière d'une entreprise, ou d'un groupe d'entreprises, ne se limite pas aux fonds propres; elle s'apprécie globalement par l'appréhension d'éléments divers et variés. Ainsi, la Cour de cassation considère que la puissance d'une entreprise doit s'analyser en considérant « *les avantages financiers et matériels dont elle dispose pour promouvoir l'ensemble de ses activités* »²³⁹⁰. En poussant l'analyse, il est possible de mettre l'accent sur deux phénomènes un peu particulier. D'abord l'effet de levier et ensuite ce que l'on peut appeler, avec un léger esprit de provocation « *la puissance du débiteur* ».

²³⁸⁴ Trésorerie = Disponibilités + Marge de crédit court terme + marge de crédit moyen terme.

²³⁸⁵ *Lamy Droit du financement*, n°1525.

²³⁸⁶ Comptes de valeurs mobilières de placement et de disponibilités.

²³⁸⁷ Découverts en compte courant, ligne d'escompte, etc.

²³⁸⁸ Cf. supra n°500 et suiv., les ratios d'endettement.

²³⁸⁹ Cf. *Lamy Droit du financement*, n°451 et suiv.

²³⁹⁰ Cass. Com. 28 janvier 1992, Dalloz 1995, 538 et sur renvoi, CA Versailles 17 mai 1994, Dalloz 1995, 539 note C. Lucas de Leyssac.

1/ L'EFFET DE LEVIER

504. En matière financière, l'effet de levier se définit comme le fait, pour une entreprise, de s'endetter, pour satisfaire ses besoins de financement, dans le but d'accroître le taux de rendement des capitaux propres investis²³⁹¹. Il s'agit d'une pure question de stratégie financière. Son intérêt est de montrer qu'il peut être plus avantageux, en terme de rentabilité, de recourir à l'endettement plutôt qu'aux fonds propres. Il convient de préciser que la rentabilité financière d'une entreprise se mesure par la rémunération perçue par les pourvoyeurs de fonds, actionnaires ou prêteurs, en contrepartie de leur investissement. Concrètement la rémunération des actionnaires est constituée par le résultat net de l'entreprise. La rentabilité financière des capitaux propres se calcule donc par le ratio :

$$\frac{\text{résultat net}}{\text{capitaux propres}}$$

Or, lorsque l'entreprise recourt à des capitaux empruntés, qu'elle rémunère à un taux fixe inférieur à la rentabilité des investissements effectués, toute augmentation du résultat net revient totalement aux actionnaires, qui accroissent ainsi la rentabilité de leur placement initial sans investissement supplémentaire. Prenons un exemple²³⁹² : soit deux entreprises qui souhaitent investir. A décide de recourir aux fonds propres à hauteur de 325 000 Frs. B, quant à elle, préfère recourir à ses fonds propres à hauteur de 25 000 Frs. et à l'endettement pour la somme de 300 000 Frs., au taux de 10%. Supposons que le premier exercice permette aux deux entreprises de dégager un résultat d'exploitation de 40 000 Frs. B devra déduire de ce résultat 30 000 Frs. correspond aux intérêts versés, soit un résultat net de 10 000 Frs. A, quant à elle, voit son résultat courant égal à son résultat net. Comparons la rentabilité financière de l'investissement des actionnaires. Dans l'entreprise A, ils ont investi 325 000 Frs. pour un bénéfice net de 40 000 Frs., soit une rentabilité de 0,123²³⁹³. Dans l'entreprise B, le résultat net n'est que de 10 000 Frs., mais les capitaux investis par les actionnaires ne s'élevaient qu'à 25 000 Frs., soit une rentabilité de 0,4. Par conséquent, le taux de rentabilité des capitaux investis par les actionnaires est plus élevé dans l'entreprise endettée que dans celle qui ne l'est pas.

L'effet de levier ne fonctionne pas aussi positivement dans toutes les entreprises, mais seulement dans celles qui présentent une puissance patrimoniale suffisante. En effet, l'effet de levier peut jouer en sens inverse lorsque l'entreprise ne possède pas assez de fonds propres. Dans cette hypothèse, soit les organismes bancaires refuseront de financer l'opération d'investissement, soit ils la financeront en imposant un coût de crédit très élevé²³⁹⁴. L'exemple des groupes de sociétés est, à cet égard, caractéristique. L'un des intérêts de créer une société holding est justement de pouvoir bénéficier d'un effet de levier, tant sur le plan du contrôle des filiales que sur celui du financement par le moyen

²³⁹¹ *Lamy Droit du financement*, n°1164 et suiv.; F. Bied-Charreton et J. Raffegau, op. cit., n°595; G. Charreaux, op. cit., p.190 et suiv.; E. Ginglinger, op. cit., p.30.

²³⁹² G. Charreaux, op. cit.

²³⁹³ Bénéfice net
capitaux propres.

²³⁹⁴ F. Bied-Charreton et J. Raffegau, op. cit., n°596, faisant référence à des études macro-économiques montrant que pour l'ensemble des entreprises françaises l'effet de levier a joué positivement jusqu'en 1973 et négativement ensuite. Les entreprises se sont donc endettées par intérêt jusqu'à cette date et par nécessité au-delà.

d'une centralisation de la trésorerie²³⁹⁵. Ainsi, l'effet de levier ne sera une source de puissance que, pour les entreprises qui en possède déjà une suffisamment solide. Pour les autres, l'effet de levier négatif fragilisera à l'extrême leur situation financière par une augmentation significative des frais financiers, qui grèvent non seulement le résultat courant mais également la trésorerie. Paradoxalement, c'est lorsque la position du débiteur est la plus fragile qu'une certaine puissance peut apparaître à son profit.

2/ « LA PUISSANCE DU DEBITEUR »

505. Soutenir qu'il existe une puissance économique du débiteur paraît, a priori, insensé. Il est vrai que le sens du lien obligatoire, entre le sujet actif et le sujet passif, est logiquement en faveur du premier et au détriment du second. Devoir est-ce encore s'appartenir? se demandait Balzac. Et il n'avait pas tort au vu du sort qui était réservé dans l'antiquité au débiteur infortuné, le fameux *partes secanto*²³⁹⁶. Mais l'évolution du droit va souvent dans le sens d'un adoucissement de la situation du débiteur. Dans l'Antiquité grecque, les Eupatrides, dont les plus riches parmi eux étaient les grands propriétaires terriens, avaient pris l'habitude de consentir des prêts agricoles à des taux très élevés. Le débiteur qui n'exécutait pas son obligation de remboursement était non seulement dépossédé de ses biens mais également réduit à l'esclavage. Il répondait personnellement, au sens strict, de ses dettes²³⁹⁷. A partir du VI^{ème} siècle avant Jésus-Christ, les crises financières et sociales se multiplièrent, la propriété terrienne se concentrant de plus en plus entre les mains des puissants Eupatrides. Solon, qui a été nommé archonte en 593, fut désigné comme médiateur entre les Eupatrides et le peuple. Il mit en oeuvre la *Seisachthéia*, qui veut dire l'exonération, consistant à supprimer les hypothèques et à délivrer les débiteurs en esclavage ou vendus à l'étranger. Il abolit le prêt sur gage du corps du débiteur et interdit l'exécution des dettes sur la personne du débiteur insolvable²³⁹⁸.

A Rome, le même processus se retrouve quelques siècles plus tard. A l'origine, le *nexus*, le plus souvent un plébéien ayant emprunté une somme d'argent à un patricien, se mettait sous la dépendance de son créancier jusqu'à l'entier paiement de la dette. En cas de non-paiement, les *nexi* pouvaient être emprisonnés ou vendus comme esclaves au-delà du Tibre, le tout par le biais de la procédure de la *manus injectio*. En 326 avant Jésus-Christ, la loi *Poetalia papiria* est venue libérer les *nexi* de leur condition en interdisant les mesures d'exécution sur leur personne²³⁹⁹.

506. Autre temps autre moeurs, le droit français soumettait les débiteurs en faillite à l'infamie, mais sans toutefois les atteindre dans leur intégrité physique²⁴⁰⁰. Partant de là, leur situation s'est constamment améliorée, au point que Ripert qualifiait les décrets-lois

²³⁹⁵ Cf. Lamy Droit du financement, n°1025 et suiv.; 1769 et suiv.

²³⁹⁶ On a émis l'hypothèse que primitivement, le débiteur insolvable était tué et son cadavre partagé entre les créanciers; cf. J.L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, n°130, citant G. Franciosi.

²³⁹⁷ J. Ellul, op. cit., p.45.

²³⁹⁸ Op. cit., p.67.

²³⁹⁹ J. Gazzaniga, op. cit., n°100.

²⁴⁰⁰ H. de Balzac, *César Birotteau*.

Laval, promulgués en 1935, de « *droit de ne pas payer ses dettes* »²⁴⁰¹. Le mouvement s'est parachevé avec les lois du 25 janvier 1985 et du 31 décembre 1989, non sans critiques de la part de certains auteurs²⁴⁰². Sans porter de jugement de valeur sur ces législations protectrices, il est intéressant de relever comment le législateur contrebalance la puissance du créancier en venant en aide au débiteur. L'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 est un exemple topique. Ses dispositions prévoient la suspension des poursuites individuelles des créanciers, dès le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Il est habituel de se focaliser sur la situation des créanciers impayés à cette date.

Mais inversons l'angle de vue et examinons la situation du débiteur. Au jour du jugement d'ouverture, il a dans ses stocks des biens non encore payés et à son passif des dettes exigibles ou non. Momentanément dispensé de les régler, il pourra se créer de la trésorerie au détriment de ses fournisseurs²⁴⁰³. Par exemple, il vendra des marchandises qu'il n'a pas payées et il fera supporter les salaires dûs aux A.G.S. Dans le même ordre d'idée, un plan de continuation de l'entreprise peut, dans certaines conditions, être homologué par le tribunal²⁴⁰⁴. Ce plan a pour effet principal d'étaler le remboursement de la quasi totalité du passif antérieur sur plusieurs années²⁴⁰⁵. En terme d'analyse financière, cela revient à transformer des dettes à court terme en dettes à très long terme. Les capitaux permanents de l'entreprise seront donc renforcés et la structure financière du passif de son bilan améliorée²⁴⁰⁶.

507. Mais même en l'absence de dispositions législatives particulières, il est possible de déceler une « *puissance du débiteur* » face à son créancier. Si le créancier est titulaire d'un droit subjectif à l'encontre de son débiteur, inversement ce dernier détient, en quelque sorte, en son pouvoir un actif de son créancier. En effet, la créance est inscrite à l'actif du patrimoine de la personne qui en est titulaire. Or, le créancier peut légitimement craindre le non-recouvrement de sa créance; en d'autres termes la disparition d'un élément de son actif, en cas d'insolvabilité du débiteur. Le rapport de force a alors tendance à s'inverser, surtout si la créance est d'un montant élevé. Dans ce cas, le créancier a intérêt à « *prendre soin* » de son débiteur. Il acceptera des délais de paiement, voire une remise partielle de la

²⁴⁰¹ G. Ripert, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, D.H., 1936, chron.57; G. Paisant, *La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991*, Cont. Conc. Cons., décembre 1991; A. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, R.T.D. Civ., 1993, 789; E. Putman, *Retour sur « le droit de ne pas payer ses dettes »* in *Memoriam Georges Ripert*, R.r.j., 1994, 109.

²⁴⁰² Cf. not. P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°1012 : « ce « *socialisme de souris* » est injuste : pourquoi est-ce le prêteur ou le bailleur qui doit supporter le chômage de son cocontractant? »; Cf. également la réforme de la loi du 25 janvier 1985 en date du 10 juin 1994, qui a pour objectif déclaré d'améliorer le sort de certains créanciers, notamment les banques. En effet, comme toute loi protectrice, la loi du 25 janvier 1985 a eu des effets pervers sur la distribution du crédit. Voir enfin l'article de J. Paillusseau, *Les effets anticoncurrentiels de la dette*, R.I.D. éco. 1995, p.237.

²⁴⁰³ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les dispositions de l'article 121 relatif à la clause de réserve de propriété ont été modifiés, sur pression des créanciers, par la loi du 10 juin 1994. Il est vrai que la jurisprudence rendue sous l'empire du texte antérieur avait largement compromis, en pratique, l'efficacité de la clause de réserve de propriété.

²⁴⁰⁴ Art. 69 et suiv. de la loi du 25 janvier 1985.

²⁴⁰⁵ Art. 65 de la loi du 25 janvier 1985.

²⁴⁰⁶ Il ne faut pas exagérer les effets pratiques de ses dispositions. Le plus souvent l'entreprise ne trouvera aucun organisme bancaire pour financer son exploitation dans le cadre d'un plan de continuation. De plus, il lui faudra dégager une capacité d'autofinancement suffisante pour d'une part financer son cycle d'exploitation et ses investissements et d'autre part s'acquitter des annuités du plan, ce qui est souvent illusoire pour une entreprise qui a connu des difficultés économiques et dont la situation financière demeure fragile.

dette, en vertu de l'adage « *un tient vaut mieux que deux tu l'auras* ». C'est, d'ailleurs, la philosophie de la procédure de règlement amiable et du rôle du conciliateur prévue à l'article 35 de la loi du 1er mars 1984 traitant des difficultés économiques des entreprises. A l'extrême, il consentira de nouveaux crédits pour sauver son débiteur du redressement judiciaire. L'exemple caractéristique est celui du banquier ou du fournisseur principal de marchandises qui continue à soutenir financièrement son débiteur alors que la situation de celui-ci est lourdement obérée, dans l'unique espoir de recouvrer une partie de sa créance.

Cette attitude se retrouve dans la jurisprudence qui sanctionne, sur le fondement de la responsabilité civile, l'organisme bancaire qui a continué à accorder du crédit à une entreprise dans une situation irrémédiablement compromise, contribuant ainsi à aggraver le passif et à créer un actif apparent susceptible d'induire en erreur les tiers quant à la solvabilité de leur cocontractant²⁴⁰⁷. Dans cette hypothèse, le banquier ne se comporte pas en dispensateur de crédit prudent et diligent, notamment eu égard à son devoir de s'informer²⁴⁰⁸, et aux informations privilégiées qu'il peut obtenir de son débiteur ou du comptable de la société, avant de prendre la décision d'octroyer un nouveau crédit ou de continuer un crédit déjà en place. Mais, la psychologie du banquier s'explique par la crainte qu'il avait de perdre définitivement sa créance. En pratique, certains débiteurs savent parfaitement tirer parti de la situation de faiblesse ponctuelle dans laquelle se trouve le banquier qui attend désespérément un paiement. Le sens étymologique du terme paiement est à ce propos éloquent, puisqu'il signifie pacifier, apaiser, satisfaire²⁴⁰⁹. Or, on connaît l'état de fébrilité des personnes qui attendent d'être apaisées, que ce soit d'une douleur, d'une attente ou d'un désir. On peut rapprocher cette inquiétude de ne pas recouvrer sa créance du développement important des cessions de créances professionnelles, que ce soit sur le fondement de la loi Dailly ou par le biais de l'affacturage. Dans les deux cas, il s'agit de diminuer, moyennant une commission, le risque d'impayer.

508 . Le même phénomène psychologique se retrouve dans le problème du financement des grandes entreprises nationales lourdement déficitaires, telles que Air France, le Crédit Lyonnais, ou auparavant Renault. L'Etat est périodiquement contraint d'injecter des dizaines de milliards de francs pour payer les dettes, couvrir les charges, ou financer une restructuration. A partir d'un certain moment, le point de non retour est atteint, et le pourvoyeur de capitaux ne peut faire autre chose que de continuer à renflouer les entreprises et éponger les déficits, ce qui ne va pas sans poser de problème en droit de la concurrence²⁴¹⁰. La dépendance du débiteur se transforme alors en puissance : il sait qu'il aura à sa disposition des capitaux indépendamment des sanctions du marché et de la concurrence des autres entreprises. Mais le maintien en « *survie artificielle* » de certaines entreprises ne se fait qu'au vu de leur utilité publique ou de leur puissance commerciale. L'égalité n'existe pas en matière de subvention publique.

SECTION II

²⁴⁰⁷ Cass. Com., 2 mai 1983, Bull. Civ. IV, n°127; Cass. Com., 26 janvier 1993, R.T.D. Com., 1993, 345, obs. Cabrillac et Teyssié; Cass. Com., 18 janvier 1994, Bull. Joly, 1994, 323.

²⁴⁰⁸ Cf. infra n°760.

²⁴⁰⁹ Du latin *paco*, -are.

²⁴¹⁰ Voir entre autres, les récents problèmes rencontrés par le gouvernement français pour faire adopter le plan de recapitalisation et de restructuration du Crédit Lyonnais par la commission européenne.

LA PUISSANCE COMMERCIALE

509 . Le terme « *commercial* » n'est pas employé ici dans le sens technique qui l'oppose à industriel²⁴¹¹, mais dans un sens fonctionnel. L'étude du patrimoine a déjà permis de découvrir les fonctions d'investissement et de financement de l'entreprise, ces deux fonctions ayant leur traduction comptable à l'actif et au passif du bilan. Mais il existe d'autres fonctions fondamentales dans l'entreprise²⁴¹², parmi lesquelles notamment la fonction commerciale²⁴¹³. Contrairement à la puissance patrimoniale, notion essentiellement statique²⁴¹⁴, la puissance tirée de la fonction commerciale renvoie directement à l'activité de l'entreprise, à une vision dynamique. Sa traduction comptable se situera donc au niveau du compte de résultat, document qui, au sein des comptes annuels, a pour objet de récapituler les produits et les charges de l'exercice en faisant ressortir les soldes intermédiaires de gestion²⁴¹⁵. Ainsi, dans un sens large, la fonction commerciale regroupe les activités d'approvisionnement, en matières premières ou produits finis, de production, de vente ou de revente en l'état, et de gestion. Elle répond au sens premier du commerce qui était le lieu où se faisaient les échanges économiques²⁴¹⁶.

510 . Nous avons vu que les cités telles que Athènes ou Rome ont fondé leur puissance économique sur le commerce²⁴¹⁷, alors que leurs richesses agricoles et leurs activités industrielles n'ont jamais été très florissantes. On peut donc en tirer immédiatement la déduction qu'en l'absence de véritable puissance patrimoniale, une nation ou une entreprise peut asseoir sa puissance économique sur son activité commerciale. D'ailleurs, les philosophes se sont intéressés au commerce, au même titre qu'à l'accumulation des richesses patrimoniales, pour en dénoncer les méfaits. Platon et Aristote condamnaient le commerce, et voyaient dans le commerçant un être méprisable qui ne pouvait prendre la qualité de citoyen²⁴¹⁸. Au très haut moyen-âge, Saint Augustin estimait que le négoce était un mal car il empêche de chercher le vrai repos qui n'est autre que Dieu : *negotium, quia negat otium*²⁴¹⁹. Avec le sens de la mesure et du compromis qui le caractérise, Saint

²⁴¹¹ Le commerce désigne, au sens technique, l'activité de négoce, tandis que l'industrie désigne l'activité de transformation de biens.

²⁴¹² D. Flouzat, op. cit., p.72; D. Lefebvre et E. Mollaret-Laforêt, op. cit., p.6.

²⁴¹³ Les auteurs sus-cités décrivent d'autres fonctions telles que la production, la consommation, la répartition, la gestion. Nous préférons adopter une définition extensive de la fonction commerciale afin d'englober en amont la consommation et la production et en aval la gestion et la répartition.

²⁴¹⁴ Le bilan donne une photographie du patrimoine à un moment donné. Il enregistre les stocks économiques et non les flux. Cf. G. Charreaux, op. cit., p.45 et suiv.

²⁴¹⁵ Articles 9 du Code de commerce et 14 et suiv. du décret du 25 novembre 1983; cf. également *Mémento comptable*, F. Lefebvre, n°2752 et suiv.

²⁴¹⁶ Du latin *commercium*; cf. P. Didier, *Droit commercial*, t.1, *Les sources et l'entreprise individuelle*, p.16 : « Aujourd'hui, toute activité est commerciale qui, sur le modèle du commerce ou de l'industrie, entend produire des biens destinés à la vente et vivre de produits de leur commercialisation, ce que la Comptabilité nationale qualifie d'activité marchande ».

²⁴¹⁷ Cf. supra n°473.

²⁴¹⁸ Platon, *De la République*, Livre II, 371, d.; Aristote, *Politique*, Livre VII, chap. 9, 1328, b, 39; *L'Ethique à Nicomaque*, Livre II, chap. 5, 7; voir également *le Ploutos* d'Aristophane, comédie satirique qui met en scène le dieu de la richesse rendu aveugle par Zeus et qui distribue ses largesses aux honnêtes comme aux mauvais. L'une des conséquences perturbatrice de la situation est que Hermès, dieu du commerce, ne reçoit plus de dons de ses fidèles et qu'il doit gagner sa vie comme aide-cuisinier ...

²⁴¹⁹ Saint Augustin, *La cité de Dieu*, 1, 10; Décret de Gratien, I.E.; dist. 88, cap. 12.

Thomas d'Aquin ne porte pas une condamnation tranchée et absolue contre le commerce, mais il souligne la nécessité de respecter le juste prix dans le contrat de vente²⁴²⁰.

A la suite d'Aristote, St Thomas met en lumière les dangers du commerce, tout en admettant qu'un commerce modéré n'est pas malhonnête en soi. Ce qui est blâmable, c'est la recherche systématique du profit pour lui-même. Il a ainsi légitimé l'activité commerciale et la recherche mesurée du profit. « *Si le gain, qui est la fin du commerce, n'implique de soi aucun élément honnête ou nécessaire, il n'implique pas non plus quelque chose de mauvais ou de contraire à la vertu. Rien n'empêche donc de l'ordonner à une fin nécessaire ou même honnête. Dès lors le commerce deviendra licite* »²⁴²¹. Mais, d'autre part, il s'oppose, par avance, à ce que prônera quelques siècles plus tard le mercantilisme, en exigeant du commerçant qu'il emploie « *le gain modéré qu'il recherche dans le commerce à soutenir sa famille ou à venir en aide aux indigents; ou encore quand il fait du commerce pour l'utilité sociale, afin que sa patrie ne manque pas du nécessaire; sans doute il recherche le gain, mais comme prix de son travail et non comme une fin* »²⁴²². Il faut certainement rechercher la source de cette pondération dans la pensée romaine.

Il est curieux de constater que certains auteurs présentent Cicéron, qui approuvait la propriété privée et qui ne blâmait pas l'accumulation de richesses, comme un opposant ferme au commerce²⁴²³. On cite habituellement ce passage du *Traité des devoirs* : « *On doit considérer comme avilissant d'acheter des marchandises pour les revendre aussitôt; car on n'en tire aucun profit à moins de mentir beaucoup et rien n'est plus honteux que de tromper* »²⁴²⁴. Mais en réalité, c'est moins le profit que le dol du commerçant qui est visé par Cicéron : « *le grand commerçant qui importe de tous pays des marchandises considérables et les distribue à une vaste clientèle sans la tromper, ne doit pas être absolument blâmé; et même s'il est rassasié de gain, ou plutôt s'il se contente de celui qu'il a fait, et si, comme il arrive souvent, après avoir navigué, il se fixe dans un port, et ensuite s'établit dans une terre qu'il a achetée, il est parfaitement juste semble-t-il de faire son éloge* »²⁴²⁵.

Cette position est très proche de celle qu'exprimera Calvin au XVI^{ème} siècle. Si cet auteur a fortement critiqué la forme pervertie du commerce²⁴²⁶, il a cependant fondé l'essentiel de sa théologie sur l'échange et la communication entre les hommes : « *la vie des fidèles est bien proprement comparée à un train de marchandises, parce qu'ils doivent comme faire échange et troquer les uns avec les autres, pour entretenir la compagnie* »²⁴²⁷. A cet égard, beaucoup de penseurs considèrent que la pensée calvinienne a été déterminante dans l'essor du capitalisme²⁴²⁸, notamment grâce aux développements qu'il

²⁴²⁰ *Somme théologique*, quest. 77, 1 et art. 4.

²⁴²¹ *Somme théologique*, quest. 77, Art. 4.

²⁴²² Op. cit.

²⁴²³ Cf. P. Didier, *Droit commercial*, t.1, p.190.

²⁴²⁴ *Traité des devoirs*, I, XLII, 150.

²⁴²⁵ Op. cit., 151.

²⁴²⁶ « *En la ville de Corinthe, quelque part, régnaient les vices dont les villes marchandes ont accoutumé d'être entachées, à savoir dissolution, arrogance, vanité, délices, convoitises insatiables, ambition* », cité par P. Didier, op. cit., .197.

²⁴²⁷ Op. cit., p.198.

²⁴²⁸ M. Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Plon, 1964, trad. Franç.; voir également pour une analyse plus nuancée : Tawney, *La religion et l'essor du capitalisme*, M. Rivière, 1951; A. Bielier, *La pensée économique et sociale de Calvin*, Genève, 1961.

consacra à légitimer le prêt à intérêt²⁴²⁹. Il est vrai que cette influence est controversée²⁴³⁰, mais toujours est-il, qu'aujourd'hui, plus personne ne jette d'anathème sur le négoce et le profit commercial qui peut en découler. Le problème se pose alors en termes d'utilité sociale du négoce et du profit qu'il engendre. Notons au passage que Marx croyait que la simple circulation des marchandises et de la monnaie n'était pas susceptible de créer une plus-value, celle-ci ne pouvant avoir sa source que dans l'exploitation de la force de travail par les détenteurs du capital²⁴³¹. A l'évidence il commettait là une erreur d'analyse fondamentale, les entreprises de simple négoce ayant, au cours des siècles, démontré leur excellente rentabilité : il n'y a qu'à penser aux entreprises de grande distribution.

511. L'existence de profits tirés de la fonction commerciale de l'entreprise, étant incontestable, il convient de poser la question de son utilité sociale²⁴³². Source de développement et d'accroissement des richesses nationales, il est difficile de la condamner en soi. Il est même possible d'affirmer que l'équilibre global de notre système économique repose sur la réalisation du profit. Que l'on songe à l'augmentation des déficits budgétaires et sociaux des comptes publics lorsque, sur plusieurs années consécutives, on constate une baisse générale des bénéfices des entreprises, baisse qui entraîne automatiquement une diminution des rentrées fiscales et sociales prélevées par l'Etat. Que l'on songe également à la situation dramatique des salariés d'une entreprise en déficit chronique, qui est contrainte de mettre en oeuvre un plan de restructuration prévoyant des licenciements pour motif économique.

Ceci étant dit, le problème de la puissance commerciale est d'une nature différente. La concentration d'une puissance commerciale a évidemment un effet bénéfique sur le taux de profit de l'entreprise qui la possède. Mais comme toute puissance, elle est susceptible d'être une source d'excès, d'effets pervers pour l'économie. L'entreprise qui bénéficie d'une puissance commerciale significative peut être tentée de vouloir dominer le marché sur lequel elle intervient afin d'augmenter ses ventes. Cette tendance rappelle la dialectique marxiste selon laquelle la concurrence produit elle-même son contraire, son antithèse : le monopole²⁴³³. Les économistes libéraux ont également appréhendé le phénomène en parlant de « *prédation* »²⁴³⁴ et de concurrence imparfaite ou monopolistique²⁴³⁵. A travers ces modèles économiques, il s'agit de cerner la notion de puissance de vente de l'entreprise sur un marché donné et d'évaluer les risques et les effets de domination qui en résultent.

512. Mais la puissance de vente n'est que l'une des deux faces de la puissance commerciale, car avant de vendre des biens et services sur le marché, et réaliser ainsi un chiffre d'affaires, l'entreprise a dû acheter, au sens économique et non juridique, des matières premières, des produits finis ou semi-finis, des services, etc. Là se trouve la seconde colonne du compte de résultat : les charges; et c'est un truisme de rappeler que le bénéfice s'obtient ou s'accroît, soit en augmentant le chiffre d'affaires plus que

²⁴²⁹ Même si par de nombreuses et importantes exceptions, Calvin atténue le principe de la licéité du prêt à intérêt.

²⁴³⁰ P. Didier, op. cit., p.199 et 200.

²⁴³¹ K. Marx, *Le Capital*, Livre II, H. Denis, op. cit., p.420; P. Didier, op. cit., p.201 et 202.

²⁴³² F. Perroux, *Le problème du profit*, P.U.G. 1996, 1ère éd. 1926.

²⁴³³ J. Magnan de Bornier, *Le monopole*, P.U.F, Que sais-je?, p.33.

²⁴³⁴ Op. cit., p.34.

²⁴³⁵ D. Flouzat, op. cit., p.203 et suiv.

proportionnellement à l'augmentation des charges, soit au contraire en diminuant les charges plus que proportionnellement au chiffre d'affaires²⁴³⁶.

Or, la fonction commerciale d'une entreprise peut déboucher sur une puissance d'achat, la domination ne se manifestant alors plus sur le marché des biens et services vendus mais directement sur les fournisseurs. L'objectif pour l'entreprise est d'utiliser sa puissance d'achat pour obtenir une baisse significative des prix et un allongement des délais de paiement. Il y a longtemps que les économistes ont fait état de ce phénomène en parlant de monopsones ou d'oligopsones²⁴³⁷. Les juristes, quant à eux, n'ont réellement pris conscience de cette forme de puissance commerciale qu'assez tardivement. Il convient donc d'étudier tour à tour ces deux notions.

PARAGRAPHE 1 - LA PUISSANCE DE VENTE²⁴³⁸

513. La puissance de vente s'entend du chiffre d'affaires réalisé par une entreprise, ou un groupe d'entreprises, par rapport au marché sur lequel elle intervient et aux concurrents qu'elle côtoie. Ainsi définie, la puissance de vente n'est pas entièrement détachée de la puissance patrimoniale, des passerelles existant entre ces deux réalités. Il est clair, par exemple, que plus le chiffre d'affaires sera élevé, plus la valeur du fonds de commerce sera significative. A l'inverse, il est possible de présupposer une relation entre le volume du chiffre d'affaires et la trésorerie de l'entreprise, de telle sorte que plus le premier est important, plus le besoin en fonds de roulement est intense. Ceci étant précisé, il est certain que la puissance de vente constitue une forme autonome de puissance économique.

En pratique, on rencontre des entreprises dont l'actif patrimonial est très modeste, mais dont le volume d'activités leur confère *de facto* une puissance commerciale immense. En effet, si dans la chronologie du processus d'exploitation, la vente vient en dernier²⁴³⁹, elle est, en revanche, en tête des préoccupations du dirigeant d'entreprise. Le but ultime de toute entreprise étant de réaliser du profit, celui-ci ne pourra apparaître qu'à la condition de réaliser un chiffre d'affaires supérieur à la totalité des charges²⁴⁴⁰. Certes, il faut nuancer le propos en précisant que la « *course* » au chiffre d'affaires peut se révéler désastreuse, car

²⁴³⁶ Réservons l'augmentation du chiffre d'affaires et la diminution corrélative des charges aux hypothèses d'école, quoiqu'en pratique l'automatisation des chaînes de production peut produire un tel « *miracle économique* ».

²⁴³⁷ D. Flouzat, op. cit., p.178 et suiv.

²⁴³⁸ Le terme vente n'est pas ici employé au sens juridique, mais au sens économique incluant les prestations de services; cf. cependant pour un exposé juridique novateur, R. Savatier, *Vente de services*, Dalloz, 1971, chron.223.

²⁴³⁹ Il faut que l'entreprise engage, en premier lieu, tous les frais et charges afférentes à l'exploitation, avant de pouvoir vendre ce qu'elle a acheté ou produit.

²⁴⁴⁰ Il faut préciser que la notion de profit est plus large que celle de bénéfice. Le bénéfice est une notion comptable qui s'oppose aux pertes et qui se définit comme la différence positive entre les produits et les charges, cf. Art. 9 al.2 du Code de commerce. Le profit, quant à lui, peut se définir comme un avantage que l'on retire de quelque chose. Il s'agit donc, non seulement de l'idée de bénéfice, mais également d'économies sur les charges ou de capacités d'autofinancement. En outre, le but de l'entreprise est de maintenir dans le temps le profit. D. Flouzat, op. cit., p.214.

elle est susceptible d'entraîner un dérapage non maîtrisé des charges d'exploitation, ou une augmentation des provisions pour créances sur des clients douteux. Sous ces réserves, l'entreprise aura une tendance naturelle à la croissance et au développement de ses ventes. En simplifiant, le but de l'entreprise est d'acquérir une puissance suffisante pour avoir une véritable emprise sur son marché, et ainsi assurer la pérennité de son taux de profit. L'étude des causes et des conséquences de la recherche de la puissance de vente permettra de mieux cerner cette forme de puissance économique.

A - LES CAUSES DE LA RECHERCHE DE LA PUISSANCE DE VENTE

514. La recherche de la puissance de vente n'est pas un phénomène récent. D'une certaine façon, il se retrouvait déjà à Rome avec le clientélisme. A l'origine l'*hospitium* permettait aux étrangers de résider à Rome, sous la protection d'un patron. Ce contrat était essentiellement fondé sur la confiance et la sacralité des relations : le client était *in fide patroni*²⁴⁴¹. Après le Vème siècle avant Jésus-Christ, sous la République, le contrat d'*hospitium* a changé de nature. La *nobilitas*, nouvelle classe comprenant les patriciens propriétaires de domaines et les plébéiens possédant une fortune mobilière importante, va asseoir sa puissance politique et sociale sur le clientélisme. Les clients, essentiellement des pauvres, se mettent sous la protection d'une famille puissante. En échange de cette protection, ils assurent, entre autres choses, un appui politique au patron lors des élections. Ainsi, « l'importance d'un homme se mesure au nombre de ses clients »²⁴⁴².

Toute proportion gardée, le processus est similaire en matière économique : la puissance d'une entreprise se mesure, entre autres critères, par l'importance de sa clientèle et au volume de son activité. Au XVIIIème siècle, la France a connu un développement important du commerce de gros, considéré par Savary comme plus noble que le commerce de détail²⁴⁴³. Plus dangereux en raison des fonds considérables qu'il faut investir pour lancer l'entreprise, le commerce de gros est plus lucratif. Il permet surtout, compte tenu du volume d'activité, d'exercer un pouvoir tant en amont, sur les fabricants, qu'en aval sur les marchands de détail. Au XIXème siècle, cette évolution se poursuit en atteignant les commerçants directement en contact avec les consommateurs. L'apparition des grands magasins, immortalisée par Emile Zola dans son roman *Au bonheur des dames*, a bouleversé les techniques de vente. Aristide Boucicaut crée en 1852 Le Bon Marché et fera fortune en fondant sa politique commerciale sur les ventes à bas prix et à faibles marges. Ces avantages consentis aux consommateurs étaient largement compensés par l'accroissement du nombre de vente et la rotation rapide des stocks²⁴⁴⁴.

Au XXème siècle l'évolution va se poursuivre en s'amplifiant, de telle façon que la transformation profonde de la taille des entreprises et de la structure du marché va se

²⁴⁴¹ J. Ellul, op. cit., p.242.

²⁴⁴² Op. cit., p.302.

²⁴⁴³ Savary, *Le parfait négociant*, 2ème partie, p.71, cité par P. Didier, op. cit., p.158 et 159.

²⁴⁴⁴ P. Didier, op. cit., p.161.

répercuter sur l'analyse économique. La meilleure façon de comprendre les raisons de cette recherche de la puissance de vente est d'examiner la manière dont la théorie économique l'a appréhendée. Il est vrai que l'analyse économique a tardé à inclure cette donnée dans ses raisonnements. Pendant longtemps le dogmatisme de la concurrence pure et parfaite a prévalu. Ce n'est qu'au XX^{ème} siècle que le réalisme a véritablement pénétré la conception de l'entreprise et du marché.

1/ LE DOGMATISME DE L'ANALYSE ECONOMIQUE CLASSIQUE

515. La vision donnée par la théorie économique de la firme²⁴⁴⁵ dépend de la conception du marché et de la concurrence que l'on retient. Dans l'analyse classique²⁴⁴⁶, le marché se définit comme le lieu théorique de rencontre des offres et des demandes relatives à un bien ou un service²⁴⁴⁷. Les économistes du XIX^{ème} siècle se sont servis de deux notions pour caractériser le marché : la concurrence et le monopole. Tandis que le monopole se définit comme la situation dans laquelle une entreprise est seule à vendre sur un marché un bien non substituable²⁴⁴⁸, la concurrence, dans le modèle classique, est essentiellement « atomistique »²⁴⁴⁹, c'est-à-dire qu'elle est la résultante de la confrontation des offres et des demandes émanant de sujets économiques suffisamment nombreux et de taille suffisamment restreinte pour qu'aucun d'entre eux n'ait la capacité d'influencer significativement le marché²⁴⁵⁰. M. Stigler propose la définition suivante : « un marché concurrentiel ne peut se définir aisément qu'à propos d'un marché parfait; c'est un marché où le prix ne sera pas influencé ni par les achats, ni par les ventes d'une seule personne »²⁴⁵¹. La plupart des ouvrages de science économique reprennent ce genre de définition en utilisant les termes de « concurrence pure et parfaite »²⁴⁵², de concurrence complète²⁴⁵³ ou encore de « concurrence atomistique »²⁴⁵⁴. Pour la théorie classique le marché de concurrence pure et parfaite se caractérise par les principes d'atomicité de l'offre et de la demande, de fluidité et de transparence²⁴⁵⁵. Sur un tel marché, il est possible d'affirmer que deux objectifs sont naturellement atteints : l'équilibre des prix et l'optimum économique. Compte tenu du nombre très important des intervenants sur le marché et de la petitesse de leur taille, les prix ne peuvent qu'être fixés naturellement par la rencontre de l'offre et de la demande. On dira que le marché est en équilibre parfait lorsque le prix d'un bien est la résultante de l'égalité entre les quantités demandées et les quantités offertes²⁴⁵⁶.

²⁴⁴⁵ Pour employer un synonyme d'entreprise habituellement utilisé par les économistes, cf. D. Flouzat, op. cit., p.169.

²⁴⁴⁶ Par commodité nous utilisons le terme classique en englobant le néo-classicisme.

²⁴⁴⁷ D. Flouzat, op. cit., p.174; H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°463 et suiv.

²⁴⁴⁸ J. Magnan de Bornier, *Le monopole*, P.U.F., 1986, Que sais-je?, p.7.

²⁴⁴⁹ P. Salin, *La concurrence*, P.U.F., 1995, Que sais-je?, p.5 et suiv.

²⁴⁵⁰ D. Flouzat, op. cit., p.177; H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°477.

²⁴⁵¹ G. Stigler, *La théorie des prix*, Paris, Dunod, 1972, p.80, trad. Franç.

²⁴⁵² D. Flouzat, op. cit., p.176.

²⁴⁵³ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°477.

²⁴⁵⁴ P. Salin, op. cit., p.5.

²⁴⁵⁵ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°477.

²⁴⁵⁶ D. Flouzat, op. cit., p.182; H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°479 et suiv.

En vertu du postulat d'atomicité de l'offre et de la demande aucun agent économique n'a une puissance de vente suffisante, par rapport à ses concurrents et au volume global du marché, pour exercer une quelconque influence sur la détermination des prix. Pour l'entreprise, le marché constitue donc une contrainte extérieure qui l'oblige à constamment s'adapter aux fluctuations naturelles de celui-ci. Cette adaptation ne pose théoriquement aucun problème eu égard aux principes de perfection de l'information et de transparence du marché²⁴⁵⁷. L'équilibre du marché se traduit alors par un équilibre de la firme, celle-ci devant ajuster sa production en fonction des courbes de prix et de coûts²⁴⁵⁸. En théorie, l'entreprise devra, afin de maximiser son profit, augmenter sa production jusqu'à ce qu'elle égalise son coût marginal avec le prix du marché²⁴⁵⁹.

516. A ce double équilibre du marché et de la firme correspond, dans la théorie classique, le principe de l'optimum économique²⁴⁶⁰. Cette théorie a été élaborée et conceptualisée par Pareto²⁴⁶¹ sous la dénomination « *d'ophélimité* », ou utilité maximale. M. Salin explique que la science économique passe alors d'une analyse positive à une théorie normative²⁴⁶². « *On dira que l'optimum est atteint si, pour un certain état de la société -c'est-à-dire des capacités, des ressources, des goûts de chacun- l'équilibre est réalisé sur tous les marchés* »²⁴⁶³. La normativité de cette proposition résulte du choix de société qu'elle implique. Dans cette optique, il n'est pas envisageable d'augmenter le bien-être d'un individu aux dépens d'un autre. C'est la raison pour laquelle la théorie classique postule que l'optimum économique et social ne peut être atteint que s'il y a une concurrence pure et parfaite, en d'autres termes atomistique, dans tous les marchés. La condition de l'atomicité de l'offre et de la demande semble déterminante. L'optimum ne pourrait jamais être atteint si en raison soit du petit nombre d'intervenants sur le marché, soit de la puissance de vente d'un offreur, le marché n'était plus régi par le libre jeu de l'offre et de la demande. On en arrive donc à considérer que l'objectif principal de toute politique de la concurrence doit être d'imposer les règles nécessaires pour maintenir d'une part le plus grand nombre possible d'agents économiques intervenant sur le marché et, d'autre part, l'homogénéité des tailles de ces agents afin qu'aucun d'eux ne puisse exercer une influence quelconque sur les mécanismes de détermination des prix ou des quantités proposés à la vente.

517. L'antithèse de la concurrence pure et parfaite est le monopole. Alors que la première permet d'atteindre, par l'équilibre des marchés et des firmes, l'optimum économique, le second se résume, dans la théorie classique, à une accumulation de déséquilibres et d'inefficacités économiques. La condition de l'atomicité de l'offre n'étant plus remplie, l'optimum économique tel qu'il ressort de la théorie parétienne ne peut plus être obtenu.

Le monopole est, en premier lieu, facteur de déséquilibres. D'abord il existe un déséquilibre entre d'une part la puissance de vente du monopoleur, qui contrôle l'intégralité de l'offre d'un produit, et d'autre part la faiblesse des demandeurs pris

²⁴⁵⁷ Cf. infra n°546.

²⁴⁵⁸ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°482 et suiv.

²⁴⁵⁹ P. Salin, op. cit., p.20; H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°482 et suiv., précisant que ce raisonnement n'est valable qu'à la condition que l'entreprise soit soumise au principe des rendements décroissants.

²⁴⁶⁰ Op. cit., p.23.

²⁴⁶¹ H. Denis, op. cit., p.519 et suiv.

²⁴⁶² Op. cit.

²⁴⁶³ Op. cit., p.24 et 25.

individuellement ou des nouvelles entreprises essayant de pénétrer le marché. Ce premier type de déséquilibre en engendre automatiquement d'autres. Ainsi, le monopoleur n'étant plus soumis au jeu aveugle du marché, il fixe lui-même le prix et les quantités des produits qu'il entend mettre sur celui-ci²⁴⁶⁴. Contrairement à ce qui se passe pour la concurrence atomistique, le prix ne tend plus à coïncider avec le coût marginal²⁴⁶⁵, mais à augmenter jusqu'à ce que le monopoleur maximise son profit. Le prix de monopole a donc tendance à être supérieur à celui déterminé par le libre jeu de l'offre et de la demande sur un marché de concurrence pure et parfaite²⁴⁶⁶. La puissance de vente permet au monopoleur de bénéficier d'un « *superprofit* »²⁴⁶⁷, encore appelé « *profit anormal* » par opposition au « *profit normal* » obtenu sur un marché parfaitement concurrentiel²⁴⁶⁸. Au besoin le monopoleur pourra toujours provoquer une hausse artificielle des prix en raréfiant la quantité de biens mise sur le marché²⁴⁶⁹. Les demandeurs, n'ayant pas de solutions de substitution, devront payer un sur-prix pour se les procurer. D'une certaine façon « *pour les économistes qui ont fait de la souveraineté du consommateur un idéal de fonctionnement de l'économie de marché, la production monopolistique apparaît comme une violation de cette souveraineté* »²⁴⁷⁰. Déséquilibre encore lorsque le monopoleur, de par sa puissance de vente, baisse ses prix en dessous du seuil de rentabilité afin d'éliminer un nouveau concurrent qui vient s'installer sur son marché. C'est ce que l'on appelle la « *prédation* » ou pratique des prix prédateurs²⁴⁷¹. Il est clair que le nouveau concurrent n'aura pas une puissance suffisante pour résister longtemps à une concurrence de ce type : soit il aligne ses prix et il s'enlise dans des pertes d'exploitation, soit il les maintient et il est peu probable qu'il gagnera des parts de marché. Enfin, le déséquilibre pourra aussi se traduire par l'élaboration d'une politique de discrimination des prix, ce que les économistes dénomment le « *monopole discriminant* »²⁴⁷². Dans ce cas le monopoleur, qui a une maîtrise complète du marché, pourra instaurer des discriminations matérielles²⁴⁷³, personnelles²⁴⁷⁴ ou géographiques.

En second lieu, le monopole est facteur d'inefficacité économique. Il s'oppose en cela, dans la théorie classique, à la concurrence atomistique qui, elle, permet d'obtenir l'optimum économique²⁴⁷⁵. Rappelons que selon Pareto, l'optimum implique que personne ne puisse obtenir un gain supplémentaire sans qu'un seul des autres ait à supporter une perte. Or, le monopole, en raison de l'augmentation des prix dont il est la source et de la perception d'un « *profit anormal* » par le monopoleur aux dépens des consommateurs, ne permet pas de parvenir à cette situation d'équilibre général de l'ensemble des marchés qui caractérise la satisfaction optimale des utilités. En effet, on ne peut pas dire que les pertes des uns sont compensées par les gains des autres : les consommateurs sont lésés au profit du monopoleur et le déséquilibre entraîne un transfert de richesse. Prenons l'exemple d'une économie comportant deux secteurs d'activité, l'un agricole, l'autre de construction automobile. Le premier est concurrentiel tandis que le second est entièrement contrôlé par

²⁴⁶⁴ J. Magnan de Bornier, op. cit., p.42; D. Flouzat, op. cit., p.204; H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°491.

²⁴⁶⁵ D. Flouzat, op. cit., p.205.

²⁴⁶⁶ J. Magnan de Bornier, op. cit., p.42.

²⁴⁶⁷ P. Salin, op. cit., p.37.

²⁴⁶⁸ D. Flouzat, op. cit., p.205.

²⁴⁶⁹ On dit que le monopole est « *price maker* », alors que la firme concurrentielle est « *price taker* ».

²⁴⁷⁰ J. Magnan de Bornier, op. cit., p.47.

²⁴⁷¹ En anglais « *predatory pricing* », J. Magnan de Bornier, op. cit. p.34.

²⁴⁷² D. Flouzat, op. cit., p.205.

²⁴⁷³ Fondées sur l'emploi du bien vendu.

²⁴⁷⁴ Fondées sur des catégories de clientèles.

²⁴⁷⁵ J. Magnan de Bornier, op. cit., p.53 et suiv.; P. Salin, op. cit., p.41.

un fabricant²⁴⁷⁶. Dans le secteur agricole, la concurrence va exercer une pression sur les prix qui tendra à les rapprocher des coûts de production. A l'inverse, les prix du secteur automobile sont plus élevés en raison du *superbénéfice* que le monopoleur encaisse. Les consommateurs utiliseront donc le « *surplus* » dégagé lors de l'achat des produits agricoles pour acheter à un prix élevé les automobiles. Le secteur agricole aura donc tendance à ne réaliser aucun profit et les entreprises seront contraintes de se lancer dans une surproduction pour compenser la baisse des prix et rentabiliser leurs coûts moyens. Au contraire, le monopoleur ne sera pas incité à produire suffisamment pour satisfaire l'intégralité des besoins des consommateurs, afin de maintenir les prix et son taux de profit à des niveaux élevés. « *La leçon à tirer de cette étude élémentaire est que les prix de monopole sont générateurs d'un certain gâchis* »²⁴⁷⁷.

518 . L'analyse classique conduit inmanquablement à la condamnation sans réserve des marchés monopolistiques. Il semble d'ailleurs que le monopole a été plus ou moins prohibé à toutes les époques. A Rome, l'édit de Dioclétien, en 301, frappait de la peine de mort toute tentative de créer une rareté artificielle de marchandises²⁴⁷⁸. La source de cette hostilité à l'encontre du marché monopolistique se situe essentiellement dans la puissance de vente du monopoleur, puissance qui lui permet de dominer le marché; en éliminant ses concurrents potentiels, en imposant aux consommateurs des prix anormalement élevés et en percevant un « *superbénéfice* » aux dépens des secteurs d'activité concurrentiels. Jusqu'au milieu du XXème siècle, la théorie économique a privilégié cette vision manichéenne des marchés et le postulat que seuls le grand nombre et la petite taille des intervenants sur un marché permettaient de parvenir à l'équilibre optimal. Pourtant, dans le domaine économique, la notion de puissance n'est pas toujours synonyme d'abus. Le monopole peut être un facteur de progrès économique. A l'inverse, la concurrence atomistique se révèle parfois dommageable pour l'ensemble de l'économie. Les économistes contemporains ont donc dû abandonner le dogmatisme de la théorie classique pour donner une vue plus réaliste des choses.

2/ LE REALISME DE L'ANALYSE ECONOMIQUE MODERNE

519 . Le réalisme de l'analyse moderne vient du fait que les économistes ne tentent plus d'adapter la réalité à leurs modèles théoriques, mais au contraire d'intégrer le mieux possible les données concrètes pour parvenir à expliquer la réalité, en s'efforçant de rejeter les idées préconçues. Dans le cadre de cette démarche, la concentration de la puissance de vente des entreprises est apparue comme un processus inévitable. Mieux certains auteurs ont montré qu'elle était parfois souhaitable.

a - La puissance de vente: un processus inévitable.

²⁴⁷⁶ J. Magnan de Bornier, op. cit., p.54.

²⁴⁷⁷ Op. cit., p.59.

²⁴⁷⁸ Op. cit., p.98.

520. Marx s'était trompé en pronostiquant la fin du système capitaliste par l'accumulation excessive des capitaux et la baisse tendancielle du taux de profit. Pourtant une partie de l'intuition, qui était à l'origine de son analyse, était exacte. La concurrence pure et parfaite, qui constitue l'archétype classique du marché capitaliste, engendre une concentration des entreprises et une tendance à réduire le taux de profit à un niveau très faible, voire nul²⁴⁷⁹. En effet, à partir du moment où les entrepreneurs ont tous une taille sensiblement identique, une information parfaite et des produits substituables, le marché trouve naturellement son équilibre lorsque les profits sont nuls. C'est d'ailleurs la situation qui correspond à l'optimum parétien dans lequel personne ne peut obtenir une amélioration de son sort sans qu'il y ait diminution du bien-être de quelqu'un d'autre²⁴⁸⁰. L'analyse classique tente de justifier ce paradoxe en démontrant que ce n'est que le profit « *anormal* » qui tend à devenir nul sur une longue période; le profit normal, correspondant à la rémunération du travail de l'entrepreneur et des capitaux investis, n'est pas affecté par cette baisse tendancielle²⁴⁸¹. Mais M. Salin a démontré que, dans une économie de concurrence pure et parfaite, l'information étant toujours connue de tous et fiable, il n'est pas correct d'assimiler les rémunérations perçues par l'entrepreneur, tant au titre de son travail que de son capital, à la notion de profit. En prenant la décision d'investir, l'entrepreneur était certain de retirer ces rémunérations²⁴⁸². Or, le profit est nécessairement lié à la notion de risque et d'incertitude. Le postulat de l'information parfaite écartant ces notions de risque et d'incertitude, il est logique que le marché connaisse une égalisation et un nivellement des profits sur une longue période.

521. Si l'on part du postulat que les principes de la concurrence pure et parfaite sont exacts, ce qui est loin d'être une évidence, il sera impossible d'instaurer une véritable concurrence par les prix. Le niveau des prix est, en effet, fixé par le marché lui-même et non par les entrepreneurs. Ces derniers ne peuvent donc que se livrer à une concurrence sur les coûts²⁴⁸³. Les stratégies des entrepreneurs vont ainsi s'orienter vers un effort de minimisation de leurs coûts de production. « *C'est la capacité de l'entreprise à minimiser ses coûts qui va fonder son avantage concurrentiel* »²⁴⁸⁴. Mais sur ce terrain également, la marge de manoeuvre est réduite. Le marché étant supposé en équilibre lorsque les quantités produites suffisent à satisfaire la demande, l'entreprise ne pourra jouer sur l'augmentation du volume de sa production pour rentabiliser ses coûts. De même la maîtrise des charges, si elle permet quelque progrès, n'est pas susceptible de donner des résultats de grandes envergures. Très vite le seuil des coûts incompressibles est atteint. Il n'existe donc guère d'autres solutions que d'effectuer une concentration de puissance de vente afin de cumuler des parts de marché. Cette accumulation de puissance de vente permet les économies d'échelle. Jusqu'à un certain seuil, au-delà duquel elle tombe dans la zone des rendements d'échelle décroissants, l'entreprise augmente ses rendements en augmentant sa taille, c'est-à-dire son volume de production²⁴⁸⁵. Le terme de ce processus conduit au monopole « *naturel* »²⁴⁸⁶ qui se caractérise par une structure décroissante des coûts unitaire de production. Dans cette situation, on dit que les coûts sont « *subadditifs* », c'est-à-dire que

²⁴⁷⁹ P. Salin, op. cit., p.49.

²⁴⁸⁰ Op. cit., p.51.

²⁴⁸¹ D. Flouzat, op. cit., p.203.

²⁴⁸² P. Salin, op. cit., p.52.

²⁴⁸³ D. Flouzat, op. cit., p.226.

²⁴⁸⁴ Op. cit., p.227.

²⁴⁸⁵ Op. cit., p.196; M. Rainelli, op. cit., p.42.

²⁴⁸⁶ J. Magnan de Bornier, op. cit., p.19.

le coût total de production est toujours inférieur avec une seule firme qu'avec plusieurs²⁴⁸⁷. Les entrepreneurs, animés par la recherche du profit maximal, ont donc la tentation soit de s'entendre pour former des pôles de production importants, soit de se combattre afin qu'un certain nombre disparaissent pour laisser la place à quelques puissants.

522 . Mais le rôle ainsi joué par l'entrepreneur contraste avec le postulat de passivité des intervenants et le fonctionnement purement mécanique du marché. La volonté de concentration, d'accumulation de la puissance de vente, est totalement absente de l'analyse classique. M. Salin écrit, à ce sujet, que « *l'entrepreneur de la théorie traditionnelle n'est donc pas plus un entrepreneur que le bureaucrate qui dirige une usine dans une société centralisée où les droits de propriété ne sont pas individualisés* »²⁴⁸⁸. Sur ce point, l'analyse moderne fait preuve de réalisme, en conférant à chaque entreprise une volonté de croissance²⁴⁸⁹. Les théories managériale et béhavioriste ont permis l'abandon du postulat de la recherche du profit maximal. Ce postulat bloquait, en effet, toute politique de croissance des entreprises, celles-ci devant privilégier le profit à court terme par rapport à l'investissement sur le long terme. Or, il est bien évident que la croissance d'une entreprise demande des efforts financiers²⁴⁹⁰ qui absorbent une partie du profit immédiat. Ainsi, la théorie managériale estime que la seule contrainte du dirigeant d'entreprise est de réaliser un profit supérieur au profit minimum satisfaisant les actionnaires²⁴⁹¹. L'idée est qu'il est inutile de distribuer des dividendes excessifs privant l'entreprise de ressources financières permettant de financer sa croissance.

Cette approche, qui appréhende les décisions des entrepreneurs en terme de stratégie, et non plus de façon purement mécanique, explique le phénomène inévitable de concentration de la puissance de vente. Mme Flouzat rappelle que, dans l'analyse moderne de la firme, l'objectif essentiel de toute entreprise est moins de réaliser un profit maximum que de maintenir le profit dans le temps et d'accroître sa taille²⁴⁹². Il y aura donc, sur un marché donné, une confrontation incessante de stratégies, chaque entreprise essayant d'atteindre ses objectifs et de fixer sa propre politique en fonction de celle de ses concurrents. Les décisions des entreprises ne dépendent plus des équilibres objectifs et naturels obtenus sur le marché, mais de choix délibérés. On passe alors d'un monde certain, où les décisions dépendent de données naturelles, à un monde incertain où règne la spéculation, l'anticipation, le pari. Les économistes contemporains ont tenté d'appréhender ce phénomène en appliquant la théorie des jeux²⁴⁹³. Cette théorie considère toute décision humaine comme une stratégie contre la « *nature* ». En d'autres termes, il ne s'agit plus de se fier aux mécanismes naturels du marché, mais de déterminer et de mettre en oeuvre une stratégie en fonction de ses objectifs et des stratégies élaborées par les concurrents.

Le marché n'est donc plus la seule contrainte de l'entreprise qui doit également tenir compte des choix des autres agents économiques. Par exemple, la théorie des jeux permettra de dresser le tableau des possibilités de réactions des entreprises d'un marché à la baisse des prix d'un de leurs concurrents. Avant de prendre sa décision de baisser ses prix, l'entreprise analysera les possibilités de réaction des autres : soit elles ne suivront pas

²⁴⁸⁷ Op. cit., p.21.

²⁴⁸⁸ Op. cit., p.52.

²⁴⁸⁹ D. Flouzat, op. cit., p.211.

²⁴⁹⁰ Exemple : rachat de concurrents, investissements productifs, publicité, etc.

²⁴⁹¹ R. Marris, *L'entreprise capitaliste moderne*, Dunod, 1971, cité par D. Flouzat, op. cit., p.212.

²⁴⁹² Op. cit., p.214 et suiv.

²⁴⁹³ D. Flouzat, op. cit., p.239 et suiv.; M. Rainelli, op. cit., p.50 et suiv.

cette baisse, estimant l'attitude suicidaire, soit elles entreront dans une guerre des prix, soit encore elles se contenteront de s'aligner. Il est clair que dans le deuxième cas, l'entreprise n'a rien à gagner à baisser ses prix. Si elle considère que la troisième hypothèse est la plus probable, elle choisira de ne pas modifier ses prix, cette décision ne pouvant pas lui faire acquérir des parts de marché et engendrant une baisse des profits pour tout le monde. En revanche, si la première hypothèse est la plus probable car, par exemple, les concurrents ne peuvent plus augmenter leur productivité ni baisser leurs coûts de production, alors l'entreprise peut espérer gagner des parts de marché en baissant ses prix²⁴⁹⁴. Cet exemple très simple montre que le jeu, qui s'instaure entre les agents économiques, ressemble à une partie d'échec, chacun des joueurs anticipant les choix de l'autre. Les entreprises ont donc un rôle actif et vont tenter de prendre le meilleur sur leurs concurrents. Le marché devient alors un terrain de luttes et de combats économiques et commerciaux. Les économistes insèrent de nouveaux paramètres dans leurs modèles afin de tenir compte de cette évolution.

La notion d'activisme des firmes, qui se définit comme les possibilités d'influence de la firme sur les éléments de son environnement, tient aujourd'hui une place centrale²⁴⁹⁵. Le mouvement de l'économie industrielle moderne a fondé une partie de son analyse sur le triptyque S.C.P. : Structure, Comportement, Performances²⁴⁹⁶. L'analyse part du constat de l'échec de la théorie classique du marché pour expliquer les différences de rentabilité rencontrées en pratique entre les entreprises d'un même secteur d'activité. Il s'agit de découvrir une chaîne causale entre la structure, le comportement et les performances des entreprises. Le facteur structure se caractérise par la concentration de la puissance de vente. Il faut ensuite poser que le comportement d'une firme dépend de sa structure, et donc de sa puissance de vente sur le marché. Enfin, la rentabilité doit être la résultante des deux paramètres précédents de telle sorte que « *pour une structure de marché identique, les firmes de deux secteurs différents doivent connaître des performances identiques* »²⁴⁹⁷. Bien entendu, la chaîne causale S.C.P. n'est pas univoque. Il est évident que le profit dégagé une année influe sur la structure de la firme l'année suivante. De même, le comportement de l'entreprise peut déterminer, en partie, sa structure ainsi que celle du marché sur laquelle elle intervient. En effet, dans la « *concurrence à couteaux tirés* »²⁴⁹⁸, la stratégie de chaque entreprise consiste à modifier en sa faveur les paramètres de l'environnement économique, par exemple, en la demande inélastique²⁴⁹⁹. De récents travaux ont montré que l'élasticité-prix de la demande ne pouvait être considérée comme une variable indépendante de la concentration des firmes²⁵⁰⁰. Cette fonction dépend, en effet, de la disponibilité de produits de substitution sur le marché. Or, chaque firme, par son comportement et ses choix stratégiques, tente d'instaurer un lien d'attachement entre son produit et les consommateurs. C'est ce que l'on appelle, depuis la « *révolution chamberlienne* »²⁵⁰¹, la « *concurrence monopolistique* ».

²⁴⁹⁴ Voir pour une application de la théorie des jeux à l'entrée d'une firme sur un marché, M. Rainelli, op. cit., p.52 et suiv.

²⁴⁹⁵ F. Perroux, *L'économie du XXème siècle, Oeuvres complètes* V, p.154 et 155.

²⁴⁹⁶ M. Rainelli, op. cit., p.4 et suiv.

²⁴⁹⁷ Op. cit., p.5.

²⁴⁹⁸ F. Perroux, op. cit., p.154.

²⁴⁹⁹ Dans l'analyse classique, les biens étant présumés homogènes et substituables, l'élasticité-prix de la demande est très élevée, c'est-à-dire qu'une petite variation des prix entraîne un grand déplacement de clientèle.

²⁵⁰⁰ M. Rainelli, op. cit., p.12.

²⁵⁰¹ F. Perroux, op. cit., p.155, citant Haus Brems, *Employement, prices and monopolistic competition*, in *The review of economics and statistics*, november 1952, p.314.

523 . François Perroux estime, à juste titre, que les travaux de E. H. Chamberlin, publiés en 1927, constituent un tournant fondamental de l'analyse économique²⁵⁰². A cette époque, les postulats, pourtant critiquables, de la théorie de la concurrence pure et parfaite n'avaient encore jamais été remis en cause, et « *il fallait accepter d'être iconoclaste pour forger un autre outil et pour en éprouver la pointe et le tranchant sur l'idole* »²⁵⁰³. L'intuition essentielle de Chamberlin est de ne plus opposer concurrence et monopole, mais d'affirmer que dans la concurrence, il existe toujours des comportements de nature monopolistique²⁵⁰⁴. La concurrence monopolistique contient des éléments de monopole, chaque entreprise cherchant à se différencier des autres et à s'attacher une clientèle propre, et des éléments de concurrence, leur marge de manoeuvre étant limitée par le risque de l'arrivée sur un marché captif de nouveaux concurrents²⁵⁰⁵. Or, la théorie de la concurrence pure et parfaite était incapable d'assimiler les stratégies de différenciation des firmes, cette stratégie consistant à transformer des produits objectivement homogènes en produits subjectivement hétérogènes²⁵⁰⁶. Au lieu de centrer son raisonnement sur l'équilibre, résultant de l'atomicité des agents économiques, de l'homogénéité des produits et de la perfection de l'information, Chamberlin l'a fondé sur l'idée de déséquilibre, d'asymétrie. « *L'équilibre de l'ensemble ne résulte pas de l'ajustement automatique et mécanique de l'offre et de la demande, il est un équilibre des forces économiques entre unités dissemblables et inégales* »²⁵⁰⁷. L'inégalité se constate d'abord entre producteurs et consommateurs, leurs stratégies de différenciation ayant tendance à s'opposer. Pour le producteur, différencier signifie rechercher les caractéristiques d'un produit susceptible de maximiser son profit net. Pour le consommateur, différencier signifie rechercher les caractéristiques d'un produit qui satisfait au mieux ses besoins et désirs. La théorie chamberlienne permet donc d'insister sur la tension qui existe entre « *la propension à différencier du consommateur, qui veut cette variété qui le satisfait, et la propension à différencier du producteur qui veut cette variété qui lui rapporte* »²⁵⁰⁸. L'inégalité se constate ensuite, entre les producteurs eux-mêmes. François Perroux a été l'un des premiers à mettre l'accent sur l'inégalité de puissance économique entre les entreprises, ce qui implique que certaines sont dominantes tandis que d'autres sont dominées. Or, pour une entreprise dominante, « *certaines composantes de son environnement sont plastiques sous sa propre action. A l'égard de ces composantes, elle crée elle-même les conditions de sa croissance et de son profit* »²⁵⁰⁹.

Ainsi, la concentration de la puissance de vente permet à une entreprise de dominer le marché et ses concurrents. Elle pourra alors fixer librement ou presque ses prix, les quantités produites et la qualité des produits. Il est certain que l'activisme de l'entreprise sera proportionnel à sa puissance de vente : plus elle est dominante et plus son comportement pourra être actif, c'est-à-dire pourra engendrer une modification de l'environnement économique. A l'inverse, une entreprise dominée ne pourra que s'adapter

²⁵⁰² F. Perroux, op. cit., p.146 et suiv.

²⁵⁰³ Op. cit.

²⁵⁰⁴ E. H. Chamberlin, *The theory of monopolistic competition*, New-York, 1933; voir également J. Robinson, *The economics of imperfect competition*, Londres, 1933.

²⁵⁰⁵ D. Flouzat, op. cit., p.206.

²⁵⁰⁶ P. Salin, op. cit., p.47. Un produit identique, du café par exemple, peut se différencier par son emballage, son lieu de vente, l'image qu'il véhicule, etc.

²⁵⁰⁷ F. Perroux, op. cit., p.150.

²⁵⁰⁸ Op. cit., p.152.

²⁵⁰⁹ Op. cit., p.153.

à l'environnement sans pouvoir faire preuve d'un comportement actif. Il est intéressant de relever que la domination d'une firme a un effet dynamique sur l'économie. En cherchant à modifier l'environnement économique, la firme dominante a pour objectif de créer des richesses et de dégager du profit. C'est la raison pour laquelle, en rupture totale avec les dogmes de l'analyse classique, certains économistes insistent sur le caractère souhaitable de la concentration de la puissance de vente.

b - La puissance de vente: un processus souhaitable

524. La théorie de l'économie dominante élaborée par F. Perroux²⁵¹⁰ ne véhicule pas une conception forcément négative de la domination. L'auteur insiste aussi sur le fait que pour maintenir ses avantages, la firme dominante doit nécessairement développer ou maintenir la prospérité des agents qui lui vendent et lui achètent des biens et services²⁵¹¹. Il existe donc une dynamique de la domination et de l'inégalité, un peu comme il y a, selon Schumpeter une dynamique de la nouveauté et de l'innovation²⁵¹². Contentons-nous de rappeler que, pour cet auteur, l'innovation et le progrès technique sont les moteurs de l'économie capitaliste qui, sans cela, serait stationnaire. Or, la perspective « *d'un profit de monopole* » ou « *superprofit* », est la condition nécessaire, selon Schumpeter, pour qu'un entrepreneur décide d'innover²⁵¹³. Les relations entre monopole et innovation sont complexes et dialectiques. Si le fait de posséder un pouvoir monopolistique exerce une influence sur le comportement de la firme en matière d'innovation et de recherche-développement, l'avance technique est, elle-même un facteur de monopolisation du marché²⁵¹⁴. L'influence du monopole sur l'innovation est discutée. Schumpeter estime que la position dominante d'une entreprise en situation de monopole, qui implique qu'elle n'a pas à défendre au jour le jour sa position sur le marché, permet une meilleure mobilisation des forces et des richesses autour de la recherche-développement. En revanche, William Fellner a tenté de démontrer l'inverse en affirmant que l'innovation est plus intense sur un marché fortement concurrentiel²⁵¹⁵.

Toujours est-il qu'aujourd'hui, il n'est plus possible d'adopter une conception entièrement négative du monopole et de la concentration de la puissance de vente des entreprises. D'ailleurs, la pratique n'a pas confirmé les axiomes classiques du « *superprofit* » et des prix excessifs du monopoleur. Celui-ci n'est, en principe, jamais à l'abri de l'arrivée d'un nouveau concurrent sur le marché, si le taux de profit est suffisamment élevé pour être attractif²⁵¹⁶. Le monopoleur pourra se protéger de cette éventualité en pratiquant une politique de « *prix-limite* », c'est-à-dire de prix suffisamment bas pour décourager toute velléité de concurrence²⁵¹⁷. Le marché monopolistique se révèle

²⁵¹⁰ Op. cit., p.70 à 119.

²⁵¹¹ Op. cit., p.132.

²⁵¹² J. Schumpeter, *Théorie de l'évolution économique*, 1926, 2ème éd., Trad. Franç., Dalloz, 1935; *Capitalisme, socialisme et démocratie*, 1942, Trad. Franç., Payot, 1961.

²⁵¹³ D. Flouzat, op. cit., p.205.

²⁵¹⁴ J. Magnan de Bornier, op. cit., p.75.

²⁵¹⁵ Cité par J. Magnan de Bornier, op. cit., p.76 et 77.

²⁵¹⁶ Cette situation ne se présente pas dans les monopoles institutionnels, cf. J. Magnan de Bornier, op. cit., p.29 et suiv.

²⁵¹⁷ Op. cit., p.81 et suiv.

parfois plus avantageux, en terme de prix, pour les consommateurs que la concurrence pure et parfaite.

525 . A cet égard, les vertus de la concurrence atomistique ont fait l'objet d'une sérieuse remise en cause. Outre le fait que l'atomicité d'un marché n'existe guère, certains auteurs considèrent qu'elle ne permet pas d'atteindre une efficacité économique optimale. En effet, si à terme, la concurrence atomistique conduit à un taux de profit nul²⁵¹⁸, alors l'innovation, faute de capacité financière, risque d'être sacrifiée. Au surplus, sur un marché de concurrence pure et parfaite, il ne devrait pas y avoir d'innovation, car l'innovateur est automatiquement et immédiatement placé en situation de monopole²⁵¹⁹. Son innovation instaure une différenciation par rapport aux autres concurrents de telle sorte que le produit objet de l'innovation constituera un marché à lui tout seul. Cette position n'est pas sérieusement tenable. Elle présente cependant l'avantage de démontrer que l'optimum économique est parfois contraire à la concurrence atomistique²⁵²⁰. Il est concevable qu'un « *oligopole de combat* »²⁵²¹ soit plus concurrentiel, en terme de prix, qu'un marché sur lequel intervient un nombre infini de petites entreprises éclatées et disséminées géographiquement. M. Salin a récemment montré que le problème n'est pas tant celui de l'atomicité du marché concurrentiel que celui de la liberté d'y entrer. En effet, le monopole et l'oligopole sont compatibles avec le progrès économique et la satisfaction optimale des besoins des consommateurs à condition qu'il n'y ait pas de barrières artificielles à l'entrée du marché²⁵²². C'est le risque d'une « *concurrence externe* » qui protège les consommateurs d'une exploitation excessive d'une situation monopolistique ou oligopolistique²⁵²³. « *S'il existe un seul producteur (...) sur un marché donné à un moment donné, s'il y a liberté d'entrer sur ce marché et si personne n'y entre effectivement, c'est bien la preuve qu'il n'y a pas de superprofit ni, bien sur, d'exploitation des acheteurs (...)* »²⁵²⁴. La concentration de puissance de vente est donc, à condition qu'il existe une totale liberté d'entrer sur le marché de référence, souhaitable pour le progrès économique et la satisfaction des besoins des consommateurs. Ce n'est pas la concentration de puissance de vente en soi qui est problématique, mais l'utilisation qui en est faite dans chaque cas particulier. Il convient donc de s'attacher davantage aux conséquences de la puissance de vente qu'à ses causes.

B - LA TRADUCTION JURIDIQUE DE L'ACCUMULATION DE LA PUISSANCE DE VENTE

²⁵¹⁸ P. Salin, op. cit., p.49.

²⁵¹⁹ Op. cit., p.82.

²⁵²⁰ Voir R. Daveni, *Hyper compétition*, Vuibert, 1995. Cet auteur, spécialiste américain du management et de la stratégie d'entreprise, pose comme principe la fin des avantages concurrentiels durables des entreprises dominantes. Il prône la stratégie de la « *perturbation* » consistant à toujours privilégier l'imprévisibilité des décisions et la déstabilisation des concurrents. Pour survivre, les entreprises doivent détruire les avantages concurrentiels acquis pour déplacer le combat sur des terrains toujours nouveaux. Il est certain que cette analyse recèle des excès, mais elle permet de prendre conscience que la compétition et la concurrence à tout prix peuvent produire un gâchis économique, alors que la stabilité d'un monopole peut favoriser une croissance plus harmonieuse.

²⁵²¹ D. Flouzat, op. cit., n°501 et suiv.

²⁵²² Op. cit., p.63 et suiv.

²⁵²³ Op. cit., p.104.

²⁵²⁴ Op. cit., p.77.

526 . L'analyse des causes de la recherche de la puissance de vente a permis de montrer qu'il ne faut pas se contenter d'une vision manichéenne et simpliste de la réalité. D'abord, les intervenants sur un marché sont obligatoirement de puissance inégale et il est vain de vouloir présumer leur égalité absolue. Ensuite, la puissance de vente peut avoir des conséquences bénéfiques sur l'économie, que ce soit dans le domaine de l'innovation ou dans celui des prix. Ceci étant, les sociétés capitalistes occidentales ont surtout été sensibles à la conséquence principale de la puissance de vente : la domination du marché et les abus qui peuvent en résulter. Le législateur n'a pas pu rester indifférent à l'évolution de l'analyse économique. Avant la loi du 3 décembre 1926, l'article 419 du Code pénal punissait tous ceux qui, par « *réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée* », opéraient la hausse ou la baisse des prix au dessus ou dessous de ceux qui auraient été déterminés par « *la concurrence naturelle et libre du commerce* ». Ce texte renvoie directement à l'analyse classique du marché qui postulait l'inefficacité économique du monopole. On retrouve, en effet, l'idée que tout prix, différent de celui qu'aurait naturellement et mécaniquement déterminé le jeu de l'offre et de la demande est anormal. Les effets néfastes du monopole sont donc économiquement et juridiquement présumés. La loi du 3 décembre 1926, modifiant l'article 419 du Code pénal²⁵²⁵, est venue assouplir la position initiale du législateur, en abrogeant la condamnation de toute coalition en soi, pour ne punir que la conséquence néfaste sur le marché dont elle peut être la source, lorsque le gain procuré n'est pas le résultat « *du jeu naturel de l'offre et de la demande* ».

En outre, le nouvel article ne se contentait plus d'incriminer l'entente, mais également la domination individuelle d'une entreprise entravant le marché dans le but de réaliser un profit anormal. Certes, les débats parlementaires ont fait ressortir la difficulté de définir l'illicéité du profit²⁵²⁶, mais l'important est que la puissance de vente ne soit condamnée que dans la mesure où elle a pour conséquence une hausse ou une baisse artificielle des prix. L'attitude de l'Etat vis à vis des concentrations de puissance de vente s'est rapidement modifiée avec la crise de 1929 et l'effondrement massif des prix²⁵²⁷. Dans une période de déflation, les pouvoirs publics comprirent l'utilité d'une bonne maîtrise des prix et les dangers du libre jeu de la loi de l'offre et de la demande.

527 . Si l'on met entre parenthèses, la période de forte inflation et de blocage des prix entre 1936 et 1950, le législateur continua dans une voie médiane avec le décret-loi du 9 août 1953 qui prohibait « *toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions sous quelque forme et objet que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix* ». Cependant, le décret-loi précisait : « *Ne sont pas visées les (ententes) dont les auteurs seront en mesure de justifier qu'elles ont pour effet d'améliorer ou d'étendre les débouchés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation* ». On ne saurait mieux dire pour admettre la possibilité d'un effet positif de la concentration des entreprises.

²⁵²⁵ D.P., 1924, 4, 145, commentaire L. Mazeaud.

²⁵²⁶ M. Artaud, Chambre des députés, séance du 14 mars 1924, J.O., 15 mars 1927, p.1297.

²⁵²⁷ P. Didier, op. cit., p.280.

Cette évolution mesurée et réaliste des règles du droit de la concurrence sera parachevée avec les articles 85 et 86 du traité de Rome. L'article 86 du traité de Rome est particulièrement intéressant dans la mesure où il vise essentiellement la concentration de puissance de vente. En effet, dans l'arrêt *United Brands* du 14 février 1978, la Cour de justice des communautés européennes²⁵²⁸ a précisé que la position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents. Dans l'arrêt *Hoffman - La Roche* du 13 février 1979, la Cour de justice a affiné sa définition²⁵²⁹ en affirmant qu'à la différence d'une situation de monopole ou de quasi monopole, la position dominante n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence, mais permet à l'entreprise qui en bénéficie, d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure en étant insensible à celle-ci, sans avoir à souffrir de cette attitude.

Dans cette même décision, la Cour de justice considère que la part de marché détenue par une entreprise est un indice déterminant de la position dominante. Des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve d'une telle position. Certes, il existe d'autres indices d'appréciation²⁵³⁰, mais ils demeurent secondaires par rapport à celui de la puissance de vente. Il faut rappeler que cette puissance s'apprécie soit en fonction du marché total, soit par rapport aux parts de marché détenues par les concurrents. On le voit, le critère fondamental est celui de l'autonomie dans l'élaboration de la stratégie de marché²⁵³¹. Or, c'est bien la concentration de la puissance de vente qui permet à une entreprise de se soustraire aux contraintes de la concurrence effective. Dans cette analyse, il importe peu que l'entreprise ne soit pas en situation de monopole, il suffit qu'elle possède suffisamment d'autonomie pour dicter sa propre loi sur un marché donné.

528 . Mais le simple fait qu'une entreprise se trouve en situation de position dominante ne suffit pas à déclencher une sanction juridique, encore faut-il qu'elle abuse de cette situation. Le traité de Rome ne définit pas ce qu'est un abus de position dominante. La doctrine distingue deux types d'abus : l'abus de comportement et l'abus de résultat²⁵³². La Cour de justice a, quant à elle, consacré une conception très large de l'abus dans sa décision *Continental Can* en précisant que l'article 86 « *ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective* »²⁵³³. La doctrine s'est demandée si la notion « *d'abus de structure* » ne revenait pas à sanctionner *per se* la position dominante, puisque ce qu'interdit l'abus de structure c'est autant la préservation de la domination que son extension. Mais le dernier état de la jurisprudence semble limiter l'abus de structure à l'hypothèse dans laquelle la modification de la structure concurrentielle du marché est due à l'utilisation de moyens anormaux. Ainsi, dans l'arrêt *Akzo*, la Cour énonce que « *l'article 86 du traité interdit à une entreprise dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position dominante en*

²⁵²⁸ Aff. 27/76, Rec. 207.

²⁵²⁹ Aff. 85/76, Rec. 461.

²⁵³⁰ L'avance technologique, le réseau commercial, la réputation d'une marque, etc.

²⁵³¹ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, n°539 et suiv.

²⁵³² R. Joliet, *Monopolisation et abus de position dominante*, R.T.D. europ., 1969, 645; B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, op. cit., n°550.

²⁵³³ C.J.C.E., 21 février 1973, aff. *Continental Can*, précitée.

recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites »²⁵³⁴. En conséquence, que ce soit par les abus de comportement ou de résultat, ou par l'abus de structure et l'utilisation de moyens anormaux, la position dominante n'est jamais condamnée en soi.

529. Le droit positif a donc assimilé les évolutions successives de l'analyse économique, pour consacrer aujourd'hui une conception moderne du marché. La position dominante est définie comme la situation dans laquelle se trouve une entreprise capable d'élaborer de façon autonome sa stratégie, ce qui rappelle la théorie des jeux²⁵³⁵. L'abus, quant à lui, renvoie à la notion « *d'agent opportuniste* » proposée par Williamson²⁵³⁶. Il s'agit de désigner par ces termes l'agent économique qui cherche à satisfaire son intérêt égoïste, en étant prêt à utiliser la ruse ou la tricherie. Dans le concept d'abus de position dominante, l'agent sera opportuniste s'il profite ou risque de profiter de sa puissance de vente pour bénéficier d'avantages excessifs. C'est ainsi que des pratiques commerciales admises habituellement dans le monde des affaires peuvent être considérées comme anticoncurrentielles si elles profitent à une entreprise en position dominante. Le droit français a parfaitement intégré l'ensemble de ces notions dans les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, et a renoncé à interdire les concentrations d'entreprise indépendamment de leur effet néfaste sur la concurrence. Néanmoins, les articles 38 et suivants de l'ordonnance du 1er décembre 1986 marquent encore une certaine défiance à l'égard des mouvements de concentration. Le ministre chargé de l'économie joue un rôle de contrôle lorsqu'une concentration réunit une puissance de vente trop importante. Ainsi, l'article 38 vise expressément des seuils de chiffre d'affaires au-delà desquels le contrôle gouvernemental peut s'exercer après avis du conseil de la concurrence. Nous allons voir que l'ordonnance du 1er décembre 1986, contrairement aux législations antérieures, n'a pas été uniquement sensible à la puissance de vente, mais également à la puissance d'achat.

PARAGRAPHE 2 - LA PUISSANCE D'ACHAT

530. Il est possible de considérer la puissance d'achat d'une entreprise comme le pendant de sa puissance de vente. Plus le volume de son chiffre d'affaires est élevé, plus celui de ses achats lui confère une importance sur le marché. Formellement, les économistes opposent, d'ailleurs, au monopole le monopsonne, et à l'oligopole l'oligopsonne²⁵³⁷. Par un effet de miroir, chacune de ses notions est exactement l'inverse de l'autre. Dans le monopsonne par exemple, l'entreprise unique qui achète sur le marché tel type de biens sera titulaire d'une puissance d'achat considérable. L'ensemble des vendeurs ne pourront pas faire autre chose que de s'adresser à elle pour écouler leur production. Il est dès lors évident que la puissance d'achat participe à la puissance commerciale d'une entreprise, celle-ci pouvant négocier au mieux les conditions d'achat, les prix et les délais de paiement. Pourtant, la puissance d'achat a longtemps été sous-estimée par les

²⁵³⁴ C.J.C.E., 3 juillet 1991, J.C.P., éd. E., 1992, II, 273, note L. Vogel; il s'agissait en l'espèce de la pratique des prix prédateurs.

²⁵³⁵ Cf. supra n°45 et suiv.

²⁵³⁶ O. Williamson, *Transaction Costs Analysis*, in R. Schmalensee and R. Willig, éd. *Handbook of Industrial Economics*, vol. I, Amsterdam, 1989; *Markets and hierarchies*, New-York, The Free Press, 1975; cité par M. Rainelli, op. cit., p.16.

²⁵³⁷ D. Flouzat, op. cit., p.179 et suiv.; H. Guitton et D. Vitry, n°493 et suiv.

économistes et les juristes; non que le particularisme du monopsonne ou de l'oligopsonne n'ait pas été perçu par rapport au marché concurrentiel, mais parce qu'il est habituel de présenter ces hypothèses comme étant une symétrie parfaite avec celles afférentes à la puissance de vente. Ce relatif désintérêt a progressivement cessé au cours des années 1970 avec l'apparition des centrales d'achat et la modification des réseaux de distribution qui s'en est suivie. Force est donc de retracer ces deux phases, l'une marquée par un désintérêt relatif, l'autre par une préoccupation légitime.

A - D'UN DESINTERET RELATIF...

531. Le désintérêt pour l'étude de la notion de puissance d'achat semble partagé tant par la matière économique que par la matière juridique. Nous allons voir que contrairement à la puissance de vente, la première n'a pas joué son rôle de moteur entraînant la réflexion juridique dans le domaine économique. On pourrait même avancer la proposition selon laquelle le droit a, le premier, été sensible au problème posé par la puissance d'achat. Ce désintérêt relatif s'explique par le fait que, dans l'histoire, les marchés ont souvent été favorables aux producteurs et aux vendeurs, en ce sens que la demande était plus importante que l'offre.

1/ L'ANALYSE ECONOMIQUE

532. Lorsqu'on parle de désintérêt relatif de la science économique pour l'étude de la puissance d'achat, cela ne signifie pas que la notion soit totalement ignorée. Stackelberg a élaboré un tableau de classification des marchés dans lequel figure le monopsonne et l'oligopsonne²⁵³⁸. Mais force est de reconnaître que l'importance des développements consacrés par les ouvrages généraux d'économie politique à ces notions est sans commune mesure avec ceux consacrés aux concepts de monopole et d'oligopole. Il n'est pas aisé d'avancer une explication logique. Peut-être s'agit-il d'un excès d'empirisme, la pratique présentant plus d'exemples de monopoles et d'oligopoles que de monopsonnes ou d'oligopsonnes? On pourrait suggérer une autre piste de réflexion, liée au problème posé par l'existence des firmes. La question « *pourquoi les firmes existent-elles?* » n'a été posée que très tardivement. Il a fallu attendre le mouvement de l'économie industrielle pour qu'une approche scientifique de cette question soit tentée. Pour R. Coase, la « *marque distinctive de la firme est la suppression du système de prix* »²⁵³⁹. Il faut donc partir du principe selon lequel le marché et la firme sont deux mécanismes régulateurs concurrents du point de vue de l'allocation des ressources destinées à alimenter le cycle d'exploitation. Une entreprise peut décider d'acquérir ces ressources soit en faisant appel au marché soit en « *internalisant* » ces transactions²⁵⁴⁰.

²⁵³⁸ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°466.

²⁵³⁹ R. Coase, *La nature de la firme*, *Economica*, novembre 1987, trad. franç., *Revue Française d'Economie*, vol.II, n°1, p. 133.

²⁵⁴⁰ M. Rainelli, op. cit., p.14; l'internalisation des transactions est le processus par lequel une entreprise choisit, pour s'approvisionner, de ne plus recourir au marché, mais de produire elle-même les biens et services nécessaires à sa production finale.

Poursuivant les recherches de Coase, Williamson a opposé l'allocation des ressources par le marché à l'allocation des ressources par la hiérarchie²⁵⁴¹. Dans un premier temps une entreprise prend des décisions fondées sur les prix du marché. Dans un second temps un phénomène de substitution va avoir tendance à apparaître. L'organisation interne remplace le marché dans l'affectation des ressources, on parle alors d'internalisation. Mais comment la firme choisit-elle entre ces deux solutions : acheter des ressources ou les produire elle-même, « *faire ou faire faire* »?²⁵⁴². En simplifiant les analyses de Coase et Williamson, on peut dire que la question se résume à un problème de coût. Contrairement à ce que croyaient les économistes classiques et néoclassiques, le fonctionnement d'un marché concurrentiel implique des coûts, ne serait-ce que pour acquérir les informations utiles²⁵⁴³.

Mais ce n'est pas tout, il y a aussi un coût de négociation des contrats et un coût lié à l'incertitude des transactions. La solution la plus efficace pour éliminer ses coûts de fonctionnement du marché consiste à internaliser les transactions au sein de la firme. Selon Coase, une firme apparaît et grandit car elle permet d'économiser les coûts du marché. En d'autres termes, le coût de l'organisation interne est moins élevé que celui des transactions sur le marché. Mais ce raisonnement n'est valable que jusqu'à un certain point. A partir d'une taille optimale, la loi des rendements décroissants reprend son autorité. La direction de l'entreprise devra instaurer un réseau spécifique pour récolter les informations secrétées par l'organisation. Celles-ci risqueront d'arriver déformées et entraîneront des coûts de structure²⁵⁴⁴.

533. En s'appuyant sur cette analyse, il est intéressant de relever la possibilité pour une entreprise de maîtriser une partie de ses achats. Contrairement à ce qui se passe pour le chiffre d'affaires, qui dépend essentiellement du niveau de la demande²⁵⁴⁵, les achats externes peuvent être supprimés en partie par l'internalisation. Plutôt que d'accroître sa puissance d'achat pour obtenir de meilleures conditions dans l'acquisition des ressources, l'entreprise peut choisir d'internaliser certaines transactions et produire elle-même ce dont elle a besoin. Ainsi la recherche de la puissance d'achat n'a pas été, pendant longtemps, un objectif prioritaire des entrepreneurs. Ceux-ci se souciaient davantage de leur puissance de vente et de la recherche d'une domination du marché. La concurrence est donc plus sensible aux dangers de l'accumulation de la puissance de vente qu'à ceux de l'accumulation de la puissance d'achat. Cette idée se retrouve d'ailleurs dans l'analyse juridique.

2/ L'ANALYSE JURIDIQUE

²⁵⁴¹ O. Williamson, *Markets and hierarchies*, ouvrage précité.

²⁵⁴² M. Rainelli, op. cit., p.15.

²⁵⁴³ Cf. infra n°547.

²⁵⁴⁴ Williamson, approfondissant l'analyse de Coase, a dégagé trois facteurs déterminant de l'internalisation : la fréquence et l'incertitude des transactions, et la spécificité des actifs objets de ces transactions, Cf. M. Rainelli, op. cit., p.18 et 19.

²⁵⁴⁵ Voir cependant la théorie de la « *filière inversée* » de Galbraith selon laquelle l'offre crée la demande par la publicité.

534. Le désintéret relatif de l'analyse juridique pour l'étude de la puissance d'achat peut s'expliquer par les objectifs habituellement assignés au droit de la concurrence. Prenons l'ordonnance du 30 juin 1945, ses dispositions relatives au blocage des prix marquent un souci prononcé d'éviter une augmentation générale et massive des prix. Certes, l'ordonnance du 1er décembre 1986 n'est pas animée par la même philosophie. Elle rompt avec le dirigisme pour instaurer un ordre libéral, notamment en matière de fixation des prix²⁵⁴⁶. Malgré ce changement substantiel, l'attitude du droit de la concurrence face au prix n'a guère changé : qu'ils soient déterminés administrativement ou par le jeu de l'offre et de la demande, l'objectif principal est de les faire baisser, ou du moins, d'en modérer les augmentations. Ainsi, après avoir posé le principe selon lequel les prix « *sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* », l'article 1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ajoute, dans un alinéa 2, que : « *toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison (...) de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement (...) un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence* ». L'examen de cette disposition est révélateur du postulat qui sous-tend le droit positif de la concurrence. En effet, les prix ne peuvent être réglementés qu'à la condition d'être soumis, sur un marché donné, à une hausse anormale. C'est ce que signifie, en filigrane, l'expression : « *dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée* ». Nous avons vu que, dans la théorie classique, la situation monopolistique entraînait une hausse anormale des prix au détriment des acheteurs, ceci permettant au monopoleur d'encaisser un « *superprofit* ». Le phénomène est identique en cas de difficultés durables d'approvisionnement, la raréfaction des biens provoquerait une augmentation des prix sur le marché.

535. L'idée que la concurrence par les prix est favorable aux consommateurs se retrouve également dans l'interdiction d'imposer « *un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* »²⁵⁴⁷. En effet, l'ordonnance de 1986 ne contient aucune disposition prohibant le prix maximum imposé. En particulier, le souci du législateur est clairement exprimé à l'alinéa 3 de l'article 1er de l'ordonnance : « *les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'Etat, contre des hausses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé* ». Ces dispositions sont révélatrices en ce qu'elles ne visent que l'hypothèse de hausse excessive des prix. Elles relèvent d'un classicisme économique surprenant, voire anachronique. L'histoire a, en effet, appris aux économistes qu'une crise pouvait se traduire par une déflation²⁵⁴⁸ et que la baisse massive et générale des prix peut être aussi nocive que leur augmentation anormale. Cette carence dans l'analyse peut s'expliquer par l'idée, en partie inexacte, que le droit de la concurrence a pour objectif final la protection des consommateurs, et que l'intérêt de ceux-ci se situe dans une baisse des prix. M. Calais-Auloy exprime cette opinion de manière on ne peut plus claire : « *les consommateurs ne sont pas faits pour la concurrence; c'est la concurrence qui est faite pour les consommateurs* »²⁵⁴⁹. Cet avis n'est pas partagé

²⁵⁴⁶ J.M. Mousseron, V. Sélinisky et D. Ferrier, *Le mort saisit le vif*; commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, J.C.P., 1987, éd. E., II, 14840.

²⁵⁴⁷ Art. 34 de l'ord. du 1er décembre 1986.

²⁵⁴⁸ La crise de 1929.

²⁵⁴⁹ In *Le droit français nouveau de la concurrence*, J.C.P., 1987, éd. E., Cahiers du droit de l'entreprise, n°1, p.34.

par tous les auteurs²⁵⁵⁰, mais il semble inspirer certaines préoccupations actuelles du droit de la concurrence, notamment en matière de lutte contre l'inflation et de politique de stabilité des prix.

536 . Or la puissance d'achat d'une entreprise, contrairement à sa puissance de vente, a tendance à tirer les prix vers le bas. C'est ce qu'exprime avec une grande clarté le Conseil de la concurrence dans son avis du 17 mai 1994 : « *la concentration de la demande constitue un facteur de modération des hausses de prix éventuelles de la part d'un offreur, fût-il en position de quasi-monopole* »²⁵⁵¹. Un acheteur puissant a, en effet, intérêt à négocier les prix de ses achats à la baisse, en faisant jouer son « *bargaining power* »²⁵⁵². Dans un marché concurrentiel, l'avantage obtenu par l'entreprise bénéficiant d'une certaine puissance d'achat est le plus souvent répercuté au moment de la revente des biens, ou de la vente des produits si l'achat a porté sur un bien de consommation intermédiaire. Le consommateur est donc l'un des premiers bénéficiaires de la puissance d'achat des entreprises. Ceci s'explique par le fait qu'il n'est pas en contact direct avec ce type de puissance. N'ayant rien à vendre mais ne faisant qu'acheter, le consommateur n'est jamais la victime des abus de puissance d'achat. En revanche, il est l'une des premières victimes des abus de puissance de vente. La « *consommérisation* » du droit de la concurrence est certainement un facteur de réduction de la portée et de la dimension de ce droit. Il est excessif d'appréhender les dispositions du droit de la concurrence par le seul prisme du consommateur. Celui-ci peut évidemment bénéficier plus ou moins indirectement de certaines règles du droit de la concurrence, mais il ne faut pas le considérer comme le dépositaire exclusif de l'intérêt général, ni comme la fin de la législation relative à la concurrence. C'est en comprenant cela que la commission, puis le Conseil de la concurrence, ont peu à peu fait émerger l'idée des abus de puissance d'achat.

B - ... A UNE PREOCCUPATION LEGITIME

Comme souvent, les faits ont submergé la règle de droit en laissant apparaître de nouvelles réalités ignorées jusque là, qu'il a bien fallu appréhender à l'aide de textes inadaptés. Distinguons donc l'émergence du phénomène de la puissance d'achat de son intégration dans le droit de la concurrence.

1/ L'EMERGENCE DU PHENOMENE DE LA PUISSANCE D'ACHAT

²⁵⁵⁰ J.B. Blaise, *Monopole et intérêt des consommateurs*, in *Concurrence et consommation*, Dalloz, 1994, Collec. Thèmes et commentaires, p.42 : « *l'intérêt du consommateur n'apparaît pas comme étant la finalité directe du droit de la concurrence* », D. Ferrier, *Pratiques commerciales interdites ou réglementées : protection des concurrents ou protection des consommateurs?*, op. cit., p.119 : « *Paul Durand, dans les Mélanges Roubier, avançait que le droit français était passé progressivement de l'idée de protection des concurrents à celle de défense des consommateurs. La vague consumériste retombée, il apparaît que ni l'intérêt des seuls concurrents, ni celui des seuls consommateurs ne justifie les dispositions régissant les pratiques commerciales (...)* ».

²⁵⁵¹ Cont. Conc. Cons., 1994, n°172.

²⁵⁵² F.X. Testu, *La puissance d'achat devant la commission de la concurrence : un bilan pour l'avenir*, J.C.P., 1987, éd. E., II, 15005.

537. Dans un marché concurrentiel de type monopolistique²⁵⁵³ la concurrence sur la demande connaît rapidement des limites²⁵⁵⁴. Les entreprises déplacent donc le « *combat* » sur le terrain de la concurrence sur les coûts²⁵⁵⁵. Or dans la course vers la minimisation des coûts, la puissance d'achat se révèle être un instrument redoutable. C'est ainsi qu'une nouvelle forme de distribution, plus directe et rapide, est apparue sur le marché, comme l'analyse de Coase et Williamson l'a montré²⁵⁵⁶. Il est plus rentable pour une entreprise d'internaliser les transactions, d'où le développement, à partir du début des années 70, des circuits courts de distribution. Ces circuits présentent l'avantage considérable, en terme de prix, de supprimer les intermédiaires entre le fabricant et le consommateur. Evidemment, le petit commerce de détail a été la première victime de cette transformation structurelle de la distribution. Isolé et faible, chaque commerçant de détail n'avait pas une puissance d'achat suffisante pour peser sur les décisions des fabricants. Ils ont donc tenté d'utiliser les syndicats professionnels pour bénéficier d'un effet de nombre et lutter contre cette concurrence qui leur paraît déloyale du seul fait du déséquilibre de puissance économique existant en leur défaveur. Les syndicats professionnels ont eu tendance à se retourner vers les fournisseurs pour menacer de boycottage ceux qui continueraient à livrer la nouvelle distribution²⁵⁵⁷. Cette pratique tombant à l'évidence sous le coup de la prohibition des ententes anticoncurrentielles, les commerçants de détail ont trouvé un autre moyen de lutte, à la fois contre la grande distribution et les fabricants eux-mêmes, qui ont tendance à n'accorder d'avantages commerciaux qu'aux grandes entreprises de distribution.

Les années 70, mais surtout les années 80 ont connu l'apparition des centrales d'achats, puis des super-centrales d'achat, auxquelles il faut ajouter les centrales de référencement²⁵⁵⁸. « *Les centrales d'achat et les centrales de référencement sont des entreprises chargées de négocier, au profit de distributeurs, grossistes ou détaillants des conditions d'achat plus avantageuses que celles que pourraient obtenir ces distributeurs s'ils traitaient isolément avec les fournisseurs* »²⁵⁵⁹. En s'unissant à d'autres, les centrales d'achat forment des « *supercentrales* »²⁵⁶⁰. Cette superposition n'a d'autre objectif que d'accumuler suffisamment de puissance d'achat pour faire pression sur les fabricants et obtenir les meilleures conditions d'achat possibles. On retrouve les notions de stratégie et d'activisme. Les commerçants détaillants ne se contentent pas de subir le libre jeu de la concurrence, qui manifestement les dessert à cause de leur faiblesse économique, mais s'organisent, se structurent, afin d'influer sur leur environnement économique. Le problème réside dans le fait que, ce mouvement, qui n'était au départ qu'une réaction défensive, est aujourd'hui devenu une puissance redoutable et redoutée, car entre temps les rapports de force entre l'offre et la demande se sont inversés au profit de cette dernière.

538. La dernière décennie s'est caractérisée par l'accroissement de l'importance de la puissance d'achat de certaines entreprises, notamment dans le domaine de la grande distribution. Le rapport Charié, rédigé dans le cadre de la commission de la production de l'Assemblée Nationale rappelle que « *c'est dans le « club » des grandes surfaces que l'on*

²⁵⁵³ Cf. supra n°517.

²⁵⁵⁴ D. Flouzat, op. cit., p.232 et suiv.

²⁵⁵⁵ Op. cit., p.226 et suiv.

²⁵⁵⁶ Cf. supra n°532.

²⁵⁵⁷ F.X. Testu, article précité, n°14.

²⁵⁵⁸ Cf. G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique*, 1995, n°3853 et suiv.

²⁵⁵⁹ Op. cit., il peut s'agir aussi de centrales de référencement.

²⁵⁶⁰ Op. cit., n°3854.

trouve le plus grand nombre de comportements sources de dysfonctionnement de la concurrence »²⁵⁶¹. L'exemple du secteur des produits alimentaires de grande consommation est caractéristique. Une centrale d'achat qui représente 15 % du chiffre d'affaires d'un fabricant détient sur celui-ci une incontestable puissance. A l'inverse ce fournisseur, qui représente moins de 1% du chiffre d'affaires de la centrale d'achat, est sous sa domination. Celle-ci peut donc parfaitement se passer de lui alors que le contraire n'est pas vrai²⁵⁶². Le déséquilibre créé par la puissance d'achat est susceptible d'engendrer un certain nombre d'abus. La centrale d'achat profitera de son « *bargaining power* » pour imposer des délais de paiement très longs, des rabais et des remises exceptionnelles. Le groupe Intermarché a reconnu avoir recensé plus de 450 raisons permettant de « *justifier* » un avantage financier accordé par le fournisseur au client²⁵⁶³. Bien entendu, ces avantages financiers n'ont le plus souvent aucune contrepartie et ne servent qu'à masquer des pratiques discriminatoires. Il est vrai que parfois, les conditions générales d'achat en disent long sur la puissance commerciale de certaines entreprises.

Prenons l'exemple des conditions d'achat diffusées par le centre Leclerc, et notamment de l'article relatif aux hausses tarifaires : « *les conditions générales de vente et tarifs en vigueur lors de la négociation du présent accord, lient le fournisseur qui ne peut les modifier unilatéralement. Toute hausse tarifaire ne pourra entrer en vigueur qu'après rediscussion de l'accord entre le fournisseur et le Galec, et devra être adressé en L.R. au moins trois mois avant son application au secrétaire d'équipe ainsi qu'au responsable d'équipe et à la centrale nationale. Le tarif ne sera diffusé aux magasins clients, qu'une fois accepté et au moins quatre semaines avant la date d'application* »²⁵⁶⁴. Il est clair que l'ensemble de ces stipulations est orienté vers un seul but : entraver les hausses de prix. Le distributeur a en effet pris la précaution de s'octroyer des délais suffisants de renégociation pour faire jouer à plein sa puissance d'achat, et éventuellement trouver, dans l'intervalle, une solution de substitution. Le dernier exemple d'abus de puissance d'achat se passe de commentaires : « *Une des plus grandes entreprises françaises a refusé de donner 7 millions de francs à un de ses revendeurs qui les lui demandait pour continuer à vendre ses produits. Il a été déréférencé et a perdu 15 % de son chiffre d'affaires. Au bout de 6 mois, le P.D.G. est lui-même allé voir le client. Ce dernier a bien voulu « référencer » à nouveau le fournisseur mais le montant préalable à verser avait changé. Il dépassait 10 millions de francs ...* »²⁵⁶⁵.

Pour finir, ce n'est un secret pour personne que les grandes surfaces de distribution réalisent la majeure partie de leurs bénéfices grâce aux produits financiers. Ces bénéfices sont la résultante d'abus de puissance d'achat. En effet, les fabricants et fournisseurs se voient imposer des délais de paiement entre 90 et 120 jours, alors que les grandes surfaces encaissent la totalité de leur chiffre d'affaires au comptant! Il leur suffit de placer sur un compte à terme ou en SICAV monétaires, l'équivalent de ces trois mois de chiffre d'affaires pour dégager de substantiels produits financiers. A l'inverse les petits fabricants s'épuisent à financer, par un crédit à court terme toujours très onéreux, le besoin en fonds

²⁵⁶¹ J.P. Charrié, *Un enjeu de société : vers une concurrence libre et loyale*, Rapport, t.I, p.61, il convient de préciser que ce rapport se refuse à adopter une vue manichéenne des comportements anticoncurrentiels : « *les grandes surfaces ne sont ni toutes ni seules responsables* ».

²⁵⁶² Op. cit., p.64.

²⁵⁶³ Op. cit.

²⁵⁶⁴ Op. cit., p.65 et 66, ces conditions stipulent en outre une pénalité de « *10% de la valeur hors taxe de la livraison retardée par jour ouvré de retard* »!

²⁵⁶⁵ Op. cit., p.67.

de roulement créé par le décalage entre le paiement des charges d'exploitation et l'encaissement des factures. Il est clair que ce type de pratiques est de nature fausser le jeu de la concurrence²⁵⁶⁶. Par conséquent, le droit de la concurrence n'a pu rester longtemps indifférent à la notion de puissance d'achat.

2/ L'INTEGRATION DE LA NOTION DE PUISSANCE D'ACHAT EN DROIT DE LA CONCURRENCE

539 . La puissance d'achat ne pose pas problème uniquement en droit de la concurrence. Les récentes affaires de corruption d'élus locaux, par des entreprises privées souhaitant obtenir des marchés publics, incitent à prêter attention aux dangers suscités par l'énorme puissance d'achat de certaines collectivités locales. La puissance économique exerce un pouvoir d'attraction que le droit pénal ne peut ignorer. S'agissant du droit de la concurrence, la loi n°92-1442 du 31 décembre 1992 est venue imposer sous peine de sanctions pénales, pour certains produits tels que les produits alimentaires périssables, la viande fraîche ou les boissons alcooliques, des délais de paiement maximum²⁵⁶⁷. Mais cette loi n'a rien modifié dans les comportements des entreprises. Le rapport Charié conclut d'ailleurs à l'inefficacité et l'inutilité de la fixation autoritaire de délais de paiements généraux et absolus²⁵⁶⁸.

Plus efficacement, la concentration de puissance d'achat a été appréhendée au regard des dispositions relatives aux ententes anticoncurrentielles. Les boycotts et mise à l'index effectués à l'initiative des syndicats professionnelles ont été sévèrement réprimés par la commission de la concurrence²⁵⁶⁹. Il est important de relever que la répression de ces pratiques a été fondée, par la Commission de la concurrence, sur les règles prohibant les ententes et non sur celles interdisant l'abus de position dominante²⁵⁷⁰. Or, en droit communautaire, c'est l'article 86 du Traité de Rome qui a été appliqué en cas d'abus de puissance d'achat²⁵⁷¹. M. Testu fait remarquer que la Commission de la concurrence s'attachait moins à la notion de puissance d'achat, qu'à l'effet anticoncurrentiel de l'entente. Cette position s'explique par l'a priori positif qui existe en faveur de la puissance d'achat, dont l'effet de baisse des prix était appréciable en période de très forte inflation. En outre, les consommateurs n'ont rien à craindre de la puissance d'achat, les diminutions de prix obtenues par un acheteur puissant étant le plus souvent, sur un marché concurrentiel, répercutées à la revente. Mais la diminution de l'inflation, l'arrêt de la croissance économique et la concentration des circuits de distribution ont rendu plus aiguë

²⁵⁶⁶ Op. cit., p.137 et suiv. : « Fixer autoritairement les délais ou les modalités de leur fixation, c'est créer un dysfonctionnement de la concurrence ». M. René Ricol, président de l'observation des délais de paiement, évalue à 2 200 milliards de francs le crédit interentreprises, soit deux fois et demi le volume des crédits bancaires court terme aux entreprises, *les Echos*, 4 novembre 1993.

²⁵⁶⁷ Art. 35 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

²⁵⁶⁸ Op. cit., p.138 et suiv.

²⁵⁶⁹ Com. Conc., Avis, 22 octobre 1980 et 11 décembre 1980, Recueil Lamy, n°170 et 173; rapport pour 1981, J.O. ,doc. adm., 28 janvier 1982; Com. Conc., avis 14 mars 1985, Recueil Lamy, n°240, cah. droit entreprise 1985, n°4; V. Selinsky, *Déréférencement et droit de la concurrence*, cah. droit entreprise, 1983, n°3; F.X. Testu, article précité, n°14 et suiv.

²⁵⁷⁰ F.X. Testu, op. cit., n°20.

²⁵⁷¹ Affaire Gema, J.O./L.134, 20 juin 1971; affaire Eurofima, troisième rapport sur la politique de concurrence, mai 1974, p.62, cités par F.X. Testu, op. cit.

les problèmes posés par les abus de puissance d'achat. Une nouvelle jurisprudence s'est donc développée pour sanctionner les abus de puissance d'achat en l'absence de boycott ou de mise à l'index.

540 . Avec la détérioration de la conjoncture économique, on a été de plus en plus sensible aux pratiques de certains acheteurs puissants consistant à obtenir au détriment des fournisseurs, d'importants avantages commerciaux ou financiers sans contrepartie. L'avis donné par la Commission en 1980, dans l'affaire des négociants en gros de pièces détachées pour cycles et motocycles, englobe le phénomène des centrales d'achat dans le domaine de l'article 51 de l'ordonnance de 1945, et ne semble pas prohiber les abus de puissance d'achat des centrales en dehors des règles relatives aux ententes²⁵⁷². Pourtant la pratique des déréférencements abusifs, de l'obtention de conditions anormales et excessives, tend à se généraliser au sein des centrales et super-centrales d'achat, et la doctrine n'y reste pas indifférente²⁵⁷³.

M. Testu, en citant et analysant les avis rendus par la commission en 1985 et 1986 à ce sujet, estime qu'une évolution dans le raisonnement a eu lieu. Dans l'arrêt consultatif du 14 mars 1985, la commission délimite le problème posé par les centrales et supercentrales d'achat. Après avoir rappelé qu'en principe la concentration de puissance d'achat et la recherche des meilleures conditions commerciales et financières sont bénéfiques à l'économie, la commission précise que « *la question est seulement de savoir si cette vigueur de la concurrence ne doit pas être tempérée et canalisée pour concilier plus durablement les intérêts des producteurs, des distributeurs et des consommateurs* »²⁵⁷⁴. L'évolution s'est poursuivie sous l'apparence d'une continuité de la doctrine initiale. Certes, dans les trois avis du 30 octobre 1986, la Commission prend toujours le soin de relever, en préambule, les bienfaits économiques procurés par les centrales d'achat. Cependant, elle a jugé illicite le fait de faire pression sur l'ensemble des vendeurs référencés pour obtenir une ristourne supplémentaire de 1%, sans contrepartie, et sous la menace d'un déréférencement²⁵⁷⁵. Cette ristourne a été qualifiée de « *baisse artificielle des prix* ». « *En effet, la baisse des prix d'achat susceptible d'être obtenue dans de telles circonstances, par l'entente entre les distributeurs, est artificielle dans la mesure où elle ne résulte que de la force de dissuasion que les distributeurs détiennent, non pas en raison du dynamisme propre de leur politique commerciale, mais en raison de leur collusion* »²⁵⁷⁶. Mais force est de constater que la commission persiste à faire référence à la notion d'entente et de comportements collectifs. Or, même en l'absence d'entente, il paraît opportun de condamner la pratique consistant, pour une centrale d'achat, à obtenir des avantages excessifs aux dépens d'un fabricant.

²⁵⁷² Avis du 11 décembre 1980, Rapport 1981, p.130.

²⁵⁷³ Delbarre et Lavabre, *Centrales d'achat et de services : référencement et déréférencement*, Dalloz, 1985, chron.165; J.M. Mousseron et autres, cah. droit entreprise, 1985, n°4 consacré au supermarché d'achat; P. de Fontbressin, *Les supercentrales d'achat sur la sellette : « grand commerce et industrie; négociation et droit de la concurrence »*, G.P., 1985, 1, Doct.14; N. Ferry et Ch. Momège, *L'émergence des supercentrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques?* J.C.P., 1985, éd. E., II, 14441.

²⁵⁷⁴ Cité par F.X. Testu, op. cit., n°30; soulignons le souci de la commission de ne pas limiter la portée du droit de la concurrence à la seule protection des intérêts de consommateurs.

²⁵⁷⁵ F.X. Testu, op. cit., n°35.

²⁵⁷⁶ B.O.C.C., 1987, p.24, col. 1.

En 1985, la Commission avait été saisie par le gouvernement de la question de savoir si les dispositions relatives à l'abus de position dominante, contenues dans l'article 50 de l'ordonnance de 1945, pouvaient s'appliquer aux supercentrales d'achat, lorsque celles-ci abusaient de leur puissance en exigeant des droits d'entrée élevés, des délais de paiement excessifs ou des rabais sans contrepartie. Dans l'avis du 14 mars 1985, la Commission avait manifesté le souhait de se voir « *dotée de moyens juridiques permettant, comme en République Fédérale d'Allemagne, de contrôler les comportements d'entreprises ou groupes d'entreprises qui, sans détenir une position dominante, sont, en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés* »²⁵⁷⁷. En effet, l'abus de position dominante, supposant la définition du marché et de sa domination, ne permet pas d'appréhender « *la simple domination d'un partenaire commercial sur l'autre, dans leur rapport bilatéral* ».

541 . C'est dans ce contexte, et afin de sanctionner, entre autres, les abus de puissance d'achat que le législateur a édicté l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, prohibant « *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 qui ne dispose pas de solution équivalente* »²⁵⁷⁸. Cet article cite, à titre d'exemple d'abus de dépendance économique, « *la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* », ce qui vise directement la pratique des déréférencements fautifs²⁵⁷⁹. Nous aurons l'occasion de montrer que l'application de ces dispositions par la jurisprudence se révèle particulièrement décevante²⁵⁸⁰. Il n'en reste pas moins vrai que le droit positif s'est ouvert au problème posé par les abus de puissance d'achat. Cette ouverture est d'autant plus significative que l'un des maîtres mots de l'ordonnance du 1er décembre 1986 est la transparence²⁵⁸¹. Or, la transparence est recherchée sur le terrain de l'information²⁵⁸². On retrouve cette vieille idée de permettre au contractant le plus faible d'être pleinement éclairé dans ses choix. Le fait d'imposer la communication des barèmes de prix et des conditions générales de vente participe à ce raisonnement, consistant à croire qu'un individu ou une entreprise bien informée pourra échapper plus facilement aux abus de puissance économique. Mais paradoxalement, l'information est autant une source de protection des faibles que de puissance économique.

²⁵⁷⁷ Avis précité; cf. M. Pédamon, *La protection de la libre concurrence en République Fédérale Allemande*, JCP 1984, éd. E., II, 14310, n°34 et suiv.

²⁵⁷⁸ Cf. sur ce texte : J. Thréard et C. Bourgeon, *Dépendance économique et droit de la concurrence*, réflexions sur l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, cah. droit entreprise, 1987, n°2, p.20; M. Glais, *L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : analyse économique*, G.P., 1989, 1, Doct. 290; G. Pasqui, *L'abus de dépendance économique*, Rev. Conc. Cons., 1993, n°71, p.7 et suiv.; Pédamon, *Les abus de domination*, in *Le nouveau droit français de la concurrence*, cah. droit entreprise, 1987, n°1, p.15.

²⁵⁷⁹ Cf. également l'article 36-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, sanctionnant l'obtention de prix, délais de paiement, conditions de vente ou modalités de vente ou d'achat « *discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence* »; voir, pour une application de cet article à l'abus de puissance d'achat, T.G.I., Châlon-sur-Saône, 21 juin 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°194, obs. L. Vogel.

²⁵⁸⁰ Cf. infra n°586 et suiv.

²⁵⁸¹ Titre IV : *De la transparence et des pratiques restrictives*.

²⁵⁸² Cf. l'ancien article 28 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, aujourd'hui inséré dans l'article L. 113-3 du Code de la consommation, qui impose à tout vendeur ou prestataire de services d'informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de responsabilité contractuelle et les conditions particulières de vente; Cf. également l'article 33 al.1er imposant la communication des barèmes de prix et des conditions générales de vente.

SECTION III

LA PUISSANCE INFORMATIONNELLE

542. C'est un lieu commun de dire que, que depuis la seconde guerre mondiale, les sociétés occidentales sont entrées dans l'ère de l'information, de la communication²⁵⁸³. Certes, la notion d'information est ancienne et l'on trouve trace de son existence dès l'Antiquité²⁵⁸⁴. D'ailleurs l'origine étymologique du terme information se situe dans les mots latins *informare*, qui signifie façonner, donner une forme²⁵⁸⁵, et *informatio*, désignant la conception, l'explication, la représentation d'une idée²⁵⁸⁶. Cette polysémie du vocable « *information* » se retrouve encore aujourd'hui puisqu'il sert à désigner, non seulement le contenu informationnel, mais également le support matériel des connaissances²⁵⁸⁷. Mais l'ambiguïté a été renforcée par l'influence anglaise. Vers 1950, le sens du mot information se spécialise pour désigner « *un élément ou un système pouvant être transmis par un signal ou une combinaison de signaux* »²⁵⁸⁸.

Cette dérive technique du sens du terme « *information* » a contribué à faire évoluer le discours théorique sur l'information. On désigne aujourd'hui sous ce vocable « *la science et l'ensemble des techniques automatisées relatives aux informations (collectes, mise en mémoire, utilisation, etc.) et l'activité économique mettant en jeu cette science et ces techniques* »²⁵⁸⁹. Il est, à cet égard, caractéristique que ce soient les mathématiciens et les physiciens qui ont théorisé et conceptualisé la notion d'information. L'exemple le plus marquant a, sans doute, été Norbert Wiener, le père de la cybernétique²⁵⁹⁰. C'est en travaillant, pour le compte de l'armée américaine, sur un nouveau système de défense aérienne, que Wiener eut l'intuition géniale du concept de « *rétroaction* », ou « *effet feed-back* ». L'augmentation de la vitesse des avions avait rendu caduque les systèmes classiques de D.C.A., l'opérateur humain étant définitivement dépassé. Wiener tenta de résoudre le problème en créant une machine capable d'agir aussi

²⁵⁸³ Cf. notamment : P. Breton et S. Proulx, *L'explosion de la communication*, éd. La découverte / Boréal, 1991; B. Miège, *La société conquise par la communication*, P.U.G., 1989, on consultera avec intérêt l'abondante bibliographie contenue dans ces ouvrages.

²⁵⁸⁴ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992, n°1; Christianos, *Conseils, modes d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels, contribution à l'étude de l'obligation d'information*, thèse Paris II, 1985.

²⁵⁸⁵ En ancien français « *enformer* ». Le sens de ce mot s'est peu à peu détaché de l'action matérielle pour aller vers une certaine abstraction : « *représenter idéalement* », « *former dans l'esprit* », cf. *Dictionnaire historique de la langue française*, p. 1024; A. Breton et S. Proulx, op. cit., p.37.

²⁵⁸⁶ Op. cit.

²⁵⁸⁷ Op. cit., p.94 : « *la confusion, on le voit, est à son comble, puisque l'information, version « support physique », sert à représenter matériellement une information version « représentation du réel ».*

²⁵⁸⁸ *Dictionnaire historique de la langue Française*, p.1025; c'est de cette influence anglaise qu'est issu le terme « *informatique* ».

²⁵⁸⁹ Op. cit., « *l'informatique est en rapport avec les notions de calcul, de classement, d'ordre, de mise en mémoire et avec la gestion automatique des données, des informations au moyen de logiciels et du matériel approprié* ».

²⁵⁹⁰ N. Wiener, *Cybernetics or control and communication in the animal and the machine*, Hermann, Paris, 1948, *Cybernétique et société*, Deux-Rives, Paris, 1952; N. Wiener, A. Rosenblueth et J. Bigelow, *Comportement, intention et téléologie*, in *Les études philosophiques*, 1961, n°2.

rapidement qu'un avion et de prévoir le comportement et les décisions d'un pilote qui se sait pourchassé. Il s'agissait donc de créer une machine qui anticipait sur les réactions humaines qu'elle même provoquait²⁵⁹¹. De cette expérience est née la cybernétique, du terme grec signifiant « *art du pilotage* » d'un navire. Pour la cybernétique, l'information contient des éléments objectifs, phénomènes physiques quantifiables, et des éléments subjectifs, effets produits sur le récepteur de l'information, « *effet psychique* »²⁵⁹². L'échange continu et la circulation des informations prennent donc une place centrale dans les sciences modernes, à tel point que les épigones de Wiener anéantissent les différences entre l'être humain et la machine, voyant dans ces deux « *systèmes complexes* » un modèle d'échanges d'informations²⁵⁹³.

Pourtant, la pensée de Wiener renvoie curieusement à la conception romaine de l'information. Pour lui, la circulation de l'information est un moyen de lutter contre la barbarie humaine, contre l'entropie²⁵⁹⁴. « *Toute entrave au mouvement et à la circulation de l'information conduit inévitablement à la décadence sociale* »²⁵⁹⁵. Wiener disait que la communication « *est le ciment de la société et ceux dont le travail consiste à maintenir libres les voies de communication sont ceux-là même dont dépend surtout la perpétuité ou bien la chute de notre civilisation* »²⁵⁹⁶.

543. Aujourd'hui les penseurs de l'information ne partagent généralement plus l'optimisme de Wiener. Alors que l'on avait tendance à définir la communication comme la médiatisation de l'information, par le biais de techniques nouvelles²⁵⁹⁷, ce terme a pris un sens fortement péjoratif au cours de ces dernières années. Au sens étymologique, communiquer signifie partager²⁵⁹⁸, puis « *être en relation avec* »²⁵⁹⁹. Au XXème siècle, le terme a subi l'influence de l'anglais qui désigne par « *communication* » la transmission, les moyens de transport. Le terme communication a progressivement remplacé les termes de publicité, de réclame. Les entreprises se sont dotées de stratégies de communication et de directeurs de la communication²⁶⁰⁰. De façon surprenante, l'évolution sémantique a contribué à opposer radicalement information et communication. M. Baudrillard a eu cette formule paradoxale : « *lorsqu'on parle de communication, c'est que ça ne communique plus* »²⁶⁰¹. Certains vont plus loin en accusant la communication d'être un facteur d'entropie sociale et politique, à la solde du pouvoir économique, des financiers et du

²⁵⁹¹ P. Breton et S. Proulx, op. cit., p.200 et suiv.

²⁵⁹² L. Couffignal, *La cybernétique*, P.U.F., 1978, p.34 et suiv.

²⁵⁹³ A. Turing, *Les ordinateurs et l'intelligence, Pensée et machine*, collection « Milieux », champ Vallon, Paris, 1983, estimant que les machines sont susceptibles de penser au sens humain de l'acceptation.

²⁵⁹⁴ P. Breton et S. Proulx, op. cit., p.214 et suiv. : ces auteurs expliquent l'émergence de l'idéologie de la communication par la guerre de 39-45 et des camps de concentration nazis. Il s'agit d'une « *idéologie sans victime* » en réaction aux « *idéologies de la barbarie* ».

²⁵⁹⁵ Op. cit., p.218.

²⁵⁹⁶ Cité par P. Breton et S. Proulx, op. cit.

²⁵⁹⁷ D'ailleurs l'étude des sciences de la communication a longtemps porté essentiellement sur les techniques de communication.

²⁵⁹⁸ *Communicare*.

²⁵⁹⁹ *Dictionnaire historique de la langue Française*, p.456.

²⁶⁰⁰ R. Tixier-Guichard et D. Chaize, *Les Dircoms*, Seuil, 1993.

²⁶⁰¹ J. Baudrillard, *La communication, mythe et circularité*, in Actes des assises du Conseil national de la communication audiovisuelle, 1986, cité par B. Miège, op. cit., p.13; cf. également R. Tixier-Guichard et D. Chaize, *La communication contre l'information*, Le Monde diplomatique, Manière de voir, n°27, *Médias et contrôle des esprits*, 1995, p.31 et suiv.

marché!²⁶⁰² On retrouve l'idée extrêmement naïve que l'information est objective, « *recueille et diffuse des faits et des idées, cela afin d'établir des vérités alimentant le débat social et politique* », tandis que la communication « *nous conduit vers les abîmes aveugles des apparences* »²⁶⁰³.

C'est nier, à l'évidence, l'origine profonde du terme information qui signifie « *mettre en forme* », « *donner une forme* ». Que les objectifs et les préoccupations d'un journaliste transmettant une information au public et d'une entreprise diffusant une « *image de marque* » sur un marché soient distincts ressortit au domaine de l'incontestable. Mais qu'elle soit « *brute* » ou manipulée, la notion d'information met toujours en présence l'être humain qui, d'une part la recueille et la transmet, et qui, d'autre part la reçoit et l'assimile. A ce titre, il est contestable de poser les postulats de la neutralité et de l'objectivité de l'information²⁶⁰⁴. Par essence, l'action d'informer est empreinte d'une subjectivité irréductible. Même le plus consciencieux et le plus professionnel des journalistes ne pourra jamais transmettre une information « *brute* », épurée de ses conceptions personnelles. Nous retiendrons donc une définition large et extensive de l'information, en désignant par ce terme « *la forme ou l'état particulier de la matière ou de l'énergie susceptible d'une signification* »²⁶⁰⁵.

Face à ces ambiguïtés et à l'incapacité des sciences de la communication de définir elles-mêmes leur objet et leur champ d'étude, le juriste ne peut éprouver qu'embarras et scepticisme. Pourtant, le monde juridique a été atteint par le développement croissant de l'information et, plus généralement de l'immatériel. Ripert avait décrit, en son temps, la transformation des fortunes qui connaissent une double évolution, d'une part de l'immobilier vers le mobilier, et d'autre part d'un droit de propriété vers le droit de créance²⁶⁰⁶. Depuis quelques décennies, un troisième mouvement s'est fait jour et le monde économique évolue du matériel à l'immatériel, du réel au virtuel²⁶⁰⁷. A l'intérieur de cette tendance lourde de l'évolution sociale, l'information joue un rôle central, tout en se révélant insaisissable et fuyante. Il est révélateur de constater que M. Cornu est extrêmement prudent en donnant comme définition de l'information : « *le renseignement possédé et l'action de le communiquer à autrui* »²⁶⁰⁸. Soucieux de qualifier et de classer les notions, les juristes se sont demandés si l'information constituait un bien. M. Catala a posé comme postulat que « *l'information est un bien susceptible d'appropriation* »²⁶⁰⁹. Ce postulat n'est pas contestable lorsqu'il existe une loi spéciale, posant des conditions

²⁶⁰² I. Ramonet, *Le système PPII*, Le Monde diplomatique, Manière de voir, n°27, *Médias et contrôle des esprits*, 1995, p.7, estimant que l'idéologie de la communication a remplacé l'idéologie du progrès.

²⁶⁰³ R. Tixier-Guichard et D. Chaize, op. cit.

²⁶⁰⁴ **Contra** : Auby et Ducos-Ader, *Le droit de l'information*, 1982, n°1, p.4.

²⁶⁰⁵ J.C. Galloux, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Dalloz, 1994, chron.229, n°25; l'absence de définition correcte et satisfaisante de la communication conforte cette acception large de l'idée d'information.

²⁶⁰⁶ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951, 2ème éd., n°55.

²⁶⁰⁷ Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, R.T.D. Civ., 1958, 331; J.M. Mousseron et M. Vivant, *Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le « terrain » occupé par le droit*, cah. dt. entreprise, 1988, n°1, *L'entreprise, l'information et le droit*, p.2 et suiv.

²⁶⁰⁸ *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitain, p.427; cf. aussi la définition de Auby et Ducos-Ader, *Le droit de l'information*, Dalloz, 1982, n°1 : « *action consistant à porter à la connaissance d'un public, certains faits ou opinions à l'aide de procédés visuels ou auditifs comportant des messages intelligibles pour ce public : l'information est également le résultat de cette action sur ses destinataires* ».

²⁶⁰⁹ P. Catala, *Ebauche d'une théorie juridique de l'information*, Dalloz, 1984, chron. 97, n°3; *La « propriété » de l'information*, in *Mélanges Raynaud*, Dalloz, 1985, p.97 et suiv.; M. Vivant, *A propos des « biens informationnels »*, J.C.P., 1984, I, 3132; F. Zénati, *Les biens*, P.U.F. Droit fondamental, n°7.

particulières d'appropriation²⁶¹⁰. En revanche, il est difficilement admissible de postuler que l'information est un bien en l'absence d'une telle législation. En effet, toute information n'est pas un bien, même si elle représente une valeur économique²⁶¹¹. Prenons l'exemple des informations télévisuelles : il est erroné d'affirmer que l'émetteur d'une information communiquée au journal de 20 h. ait un droit de propriété sur celle-ci ! Un tel droit impliquerait qu'il puisse se réserver le monopole de la communication de cette information et interdire aux autres journalistes de l'utiliser sans son autorisation²⁶¹². Le résultat est manifestement excessif et, en tout cas, contraire au principe démocratique de liberté de l'information. On ne saurait imaginer un système de réservation ou d'appropriation de l'information permettant au premier journaliste couvrant un événement d'interdire à ses confrères, une fois l'information communiquée, de la diffuser également²⁶¹³. L'exemple donné par M. Catala de la vente de fichiers clients ou des dépêches des agences de presse n'est pas probant. En réalité, il s'agit moins, pour les entreprises de presse, d'acheter l'information que de gagner du temps en se servant de l'activité d'autrui, moyennant rémunération. La confusion procède d'une distinction artificielle entre la forme et le contenu²⁶¹⁴.

Cette dissection de l'information est illusoire, car le fonds et la forme sont, en ce domaine, intimement et inextricablement liés. A la question pourquoi achetez-vous tel journal quotidien, pour la forme ou le fond, le support matériel ou le contenu, peu de gens peuvent répondre avec exactitude. La réponse logique sera pour les deux!²⁶¹⁵ Croire les séparer n'est qu'une vue de l'esprit. Rappelons que l'étymologie du terme information est « *mettre en forme* », ce qui implique une fusion totale du fond et de la forme, le message communiqué formant un tout indivisible. Ainsi, si le droit considère qu'un fichier client est susceptible d'appropriation ce n'est pas seulement pour le contenu informationnel, mais c'est surtout en raison de l'incorporation de l'information dans une chose corporelle. A cet

²⁶¹⁰ Cf. Code de la propriété intellectuelle.

²⁶¹¹ C. Gregorczyk, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition?*, Arch. philo. droit, 1981, p.267 et suiv. : « *il ne saurait y avoir une corrélation parfaite entre les valeurs économiques et les biens qui en sont la traduction juridique* ».

²⁶¹² **Contra** : P. Catala, op cit., n°14 : « *ceci explique que plusieurs agents collectant les mêmes données, mais les exprimant chacun à sa manière, s'approprient distinctement les informations créées* ». Mais l'auteur reconnaît implicitement la faiblesse de cette proposition. D'abord il qualifie la propriété de l'information de « *chétive* » et de « *fragile* ». Ensuite, il propose comme critère de la création de l'information, l'innovation entendue comme « *originalité de l'expression* ». Dans ce cas, la notion de propriété de l'information n'apporte rien de plus et fait double emploi avec la propriété littéraire et artistique. Enfin, M. Catala précise que la protection de l'information se réalise aussi par le droit de la responsabilité civile; affirmation parfaitement exacte mais qui n'a aucun rapport avec le droit de propriété ! Il ne faut pas confondre bien et chose, et à cet égard M. Galloux a raison de se demander si l'information, avant d'être ou de ne pas être un bien, est ou n'est pas une chose. J.C. Galloux, *Ebauche d'une définition juridique de l'information*, Dalloz, 1994, chron.229 et suiv., n°26. En effet, la notion de bien recouvre les choses sur lesquelles portent les droits réels et les droits personnels, tels que le droit de créance ou l'action en justice. Cf. J. Carbonnier, *Les biens*, n°50; P. Jourdain, *Les biens*, n°427; avec des nuances : F. Zénati, *Les biens*, n°1 et suiv.

²⁶¹³ Cf. la critique de la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « *créations réservées* », C. Le Stanc, Dalloz, 1993, chron.4.

²⁶¹⁴ P. Catala : « *Ainsi, par référence à une situation élémentaire, isole-t-on sans difficulté l'information de la chose sur laquelle elle est inscrite, ainsi que du geste qui la communique* », in Mélanges Reynaud précité, n°2; Dalloz, 1984 précité, n°3 : « *Indépendant à la fois de son support matériel et de la prestation qui l'a délivré, l'information est un bien en soi immatériel certes, mais constituant un produit autonome et antérieur à tous les services dont elle pourra être l'objet* ».

²⁶¹⁵ Tous les journaux contiennent approximativement les mêmes informations, seule la manière de les traiter est différente.

égard, il convient de rappeler que la loi du 11 mars 1957, aujourd'hui intégrée dans le Code de la propriété intellectuelle, protège les oeuvres de l'esprit en ce qu'elles constituent des formes d'expression originales. A défaut d'incorporation, seule une loi est susceptible d'instaurer un droit réel sur un bien incorporel donné²⁶¹⁶. Il ne s'agit pas de nier la valeur économique de l'information. Mais, à l'instar des choses, toutes les informations ne sont pas des biens. C'est d'ailleurs l'opinion de la Cour de cassation qui a décidé que « *la concession à un diffuseur du droit de transmettre en direct et intégralement une compétition sportive ne peut, en vertu du droit du public à l'information, faire obstacle à la communication de l'événement au public, sous la forme de brefs extraits ne portant pas atteinte au droit d'exclusivité du diffuseur* »²⁶¹⁷. Il ressort de cette décision que l'information en tant que telle n'est pas appropriable de façon absolue. C'est également la solution retenue en droit communautaire depuis le célèbre arrêt *Magill*, aux termes duquel ont été condamnées pour abus de position dominante des sociétés de télévision irlandaises, titulaires de droits d'auteurs sur leurs programmes respectifs, qui avait refusé de transmettre, à une entreprise souhaitant mettre sur le marché un journal résumant l'ensemble des programmes de toutes les chaînes de télévision, des informations brutes, « *matière première indispensable* » pour la confection de ce nouveau produit²⁶¹⁸.

544 . Ces digressions sur la notion d'information n'ont d'autre but que de donner une idée de la difficulté qu'il y a à appréhender une notion aussi évanescence et complexe. Le débat sur la nature juridique de l'information reste entier, même si nous nous permettons d'exclure la qualification de biens et l'idée d'une appropriation immanente de l'information. C'est la raison pour laquelle l'étude de la puissance informationnelle n'a pas été incluse dans celle de la puissance patrimoniale. Il importe à présent de se débarrasser des classifications et des concepts juridiques pour tenter d'appréhender la puissance informationnelle. L'information a pris, dans notre société, une importance considérable avec le développement des médias. D'ailleurs, la presse, et les médias en règle générale, sont considérés comme un quatrième pouvoir. Le domaine de l'information est donc un axe stratégique du pouvoir. Depuis que Grégoire XIII a inventé le terme « *propagande* » en 1572, afin de promouvoir la contre-réforme²⁶¹⁹, les gouvernants ont toujours été extrêmement sensibles au pouvoir médiatique²⁶²⁰. Progressivement, le concept de puissance informationnelle a gagné le secteur économique, ce qui n'était pas, à l'origine, évident eu égard aux postulats de la théorie classique. Ainsi, avant de devenir une véritable source de puissance, l'information a d'abord dû conquérir une dimension économique.

²⁶¹⁶ L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 janvier 1989, utilisant la notion de vol « *du contenu informationnel* » de disquettes informatiques a été fortement critiqué par la doctrine : Cass. Crim., 12 janvier 1989, Bull. Crim., n°14; Rev. Droit informatique et télécom, 1989, n°3 p.34, note J. Devèze; J.C.P., 1990, éd. E., II, 15761, n°18, obs. M. Vivant et A. Lucas; en faveur de cette solution : Lucas de Leyssac, *L'arrêt Bouquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constituent pas des contrefaçons*, Rev. Sc. Crim. 1990, p.514. Depuis, la jurisprudence a dissipé le doute, puisqu'il a été jugé que l'information n'est pas une chose, cf. Cass. Crim. 3 avril 1995 JCP 1995 II 22429, note E. Derieux; JCP 1996 I 3906, obs. M. Véron.

²⁶¹⁷ Cass. Civ. 1ère, 6 février 1996, Dalloz 1996 IR, 82; N. Mallet-Poujol, *La retransmission télévisuelle des événements : entre monopole d'exploitation et pluralisme de l'information*, Dalloz 1996, Chron. 103.

²⁶¹⁸ CJCE - avril 1995, Dalloz 1996, 218; M. Vivant, *La propriété entre abus de droit et position dominante*, JCP 1995 I 3883; B. Edelman, *L'arrêt Magill : une révolution?*, Dalloz 1996 Chron.119. Cf. infra n°561.

²⁶¹⁹ *De propaganda fide*.

²⁶²⁰ J. Ellul, *Histoire de la propagande*, P.U.F., Que sais-je?, 1979.

PARAGRAPHE 1 - LA DIMENSION ECONOMIQUE DE L'INFORMATION

545. « *La science économique a pour objet d'expliquer comment les hommes organisent leurs efforts pour mettre en valeur les ressources du monde* »²⁶²¹. Il s'agit donc d'une « *stratégie de lutte contre la rareté se manifestant par des phénomènes de valeurs* »²⁶²². On perçoit clairement que pour entrer dans le champ économique, l'information doit constituer une valeur, concept pouvant se définir par les critères d'utilité et de rareté²⁶²³. Or, la rareté naît du décalage existant entre les besoins illimités des hommes et le caractère limité des biens économiques qui permettent de les satisfaire. Toute l'activité économique réside dans l'effort d'adaptation de l'homme qui, par la production et le travail, tente inlassablement de réduire cet écart²⁶²⁴. Mais cette activité n'est pas possible sans coût. Avant de produire et de répartir des valeurs économiques, encore faut-il engager un certain nombre de dépenses, de coûts. Ce n'est que dans la mesure où l'information a un coût qu'elle pourra être érigée au rang de valeur.

A - LE COÛT DE L'INFORMATION

546. Dire que l'information a un coût ne relève pas, en science économique, de l'évidence. Les théories classiques et néoclassiques du marché postulaient, qu'en vertu du principe de transparence du marché, tous les agents économiques étaient parfaitement et également informés²⁶²⁵. Longtemps l'économie politique a vécu sur les axiomes de système Walrasien de la concurrence pure et parfaite²⁶²⁶. Outre les principes d'atomicité des agents, de fluidité et d'homogénéité des produits, le marché est régi par le principe de transparence. Ce marché est donc le lieu théorique dans lequel tous les intervenants bénéficient d'une information parfaite, identique et égale²⁶²⁷. La cohérence du modèle de l'équilibre général de Léon Walras repose essentiellement sur l'axiome de l'absence de coût de fonctionnement du marché²⁶²⁸. Sur un marché donné l'offre et la demande s'égalise par un mouvement de prix, ce que certains économistes appellent « *le tâtonnement Walrasien* »²⁶²⁹. En cas de déséquilibre momentané, la perfection et la gratuité de l'information permettent aux agents économiques de retrouver l'équilibre par réajustements successifs des prix et des quantités. Mais, si les agents économiques ne bénéficient pas d'informations parfaites et gratuites, alors les conditions de la concurrence pure et parfaite et de l'équilibre général ne sont plus réunies²⁶³⁰.

²⁶²¹ D. Flouzat, op. cit., p.13.

²⁶²² J. Austruy, *Marginalia*, Rapport au congrès des économistes de langue française, Paris, Sirey, 1969.

²⁶²³ J.M. Mousseron, *Valeurs, biens, droits*, Mélanges Breton-Derrida, 1991, p.277 et suiv.; J.M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, *De la propriété comme modèle*, Mélanges Colomer, Litec, 1993, p.281 et suiv.

²⁶²⁴ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°3.

²⁶²⁵ D. Flouzat, op. cit., p.177; H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°465, p.446.

²⁶²⁶ L. Walras, *Eléments d'économie politique pure*, 1ère éd., Paris, 1874.

²⁶²⁷ D. Flouzat, op. cit., p.177.

²⁶²⁸ H. Denis, op. cit., p.492 et suiv.

²⁶²⁹ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°623.

²⁶³⁰ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., p.689.

547 . Il aura fallu attendre Keynes pour que les postulats de perfection et de gratuité de l'information soient remis en cause. Pourtant, il est évident que la connaissance d'un marché a un coût. Keynes a donc souligné l'impératif de renoncer à l'hypothèse de l'information parfaite dans le temps et l'espace et d'accepter l'idée que l'économie puisse durablement s'installer dans une situation de déséquilibre²⁶³¹. Après lui, un certain nombre d'économistes du XXème siècle vont abandonner le postulat de la transparence du marché pour adopter celui de son opacité : dans la réalité, l'information est imparfaite, incomplète et onéreuse. En outre, M. Galbraith a insisté sur le fait que la publicité oriente les choix des consommateurs en modelant l'information. Sa théorie de la « *filière inversée* »²⁶³² tend à démontrer que l'offre crée la demande grâce à l'opacité du marché et à la mauvaise circulation des informations. Les entreprises orientent les choix des consommateurs par la communication d'informations savamment orientées et distillées. Le consommateur recevra ainsi une information très imparfaite qui aura un coût, celui du risque de se tromper et d'acheter un bien qui ne correspond pas à ses véritables besoins. L'opacité du marché influence également le comportement des concurrents. Ceux-ci auront du mal à connaître les besoins des consommateurs, d'où les volumineuses et onéreuses études de marché réalisées avant le lancement d'un nouveau produit. Sur un marché opaque, les entreprises sont obligées de prendre des risques, de gérer des incertitudes. Ce ne sont plus des agents mécaniques qui répondent par pure réflexe aux données du marché : elles élaborent de véritables stratégies²⁶³³. Tout ceci a évidemment un coût : coût de l'organisation d'une structure complexe, coût de recherche et de vérification de l'information, coût d'élaboration et de transmission d'informations publicitaires. « *L'information n'est dorénavant ni parfaite ni instantanée ni gratuite, les échangistes doivent au sens propre acquérir de l'information, ce qui entraîne des coûts et exige des délais qu'il convient de prendre en compte* »²⁶³⁴.

548 . A partir de là, les économistes ont développé diverses théories. A titre d'exemples, A. Alchian fait de l'information imparfaite des agents économiques le fondement de sa théorie sur la recherche d'emploi. Son idée de base est que la situation de sous-emploi s'explique, par l'imperfection de l'information. Le salarié, être rationnel, ne va pas automatiquement accepter la première offre de travail qui lui est proposée. L'information étant incomplète et imparfaite, il va tenter, par des recherches, de trouver une proposition plus intéressante²⁶³⁵, Robinson et Chamberlin²⁶³⁶ ont fondé, quant à eux, leurs théories de la concurrence imparfaite et de la concurrence monopolistique sur l'opacité des marchés et l'inégalité dans l'accès à l'information utile. Ces auteurs, surtout le second, ont montré qu'une entreprise, en investissant dans le domaine de la publicité et de la réclame²⁶³⁷, peut modifier les conditions économiques et la structure du marché. L'investissement informationnel crée donc un déséquilibre, une inégalité qui se répercute sur l'ensemble des

²⁶³¹ Op. cit.

²⁶³² Cf. supra n°496.

²⁶³³ D. Flouzat, op. cit., p.223 et suiv.

²⁶³⁴ G. Abraham-Frois, *Dynamique économique*, Précis, Dalloz, 1991, 7ème éd., n°157; cf. aussi : J.M. Clark, *The economics of overhead costs*, New-York, 1923; P. Sraffa, *Les lois des rendements dans les conditions de la concurrence*, Economic journal, 1926; J. Robinson, *The economics of imperfect competition*, Londres 1933; E. Chamberlin, *The theory of monopolistic competition*, New-York, 1933, cités par H. Denis, op. cit., p.526 et suiv.

²⁶³⁵ A. Alchian, *Information costs, pricing and ressource unemployment*, cité in *Histoire des pensées économiques, Les contemporains*, Sirey, 1988, p.155.

²⁶³⁶ Op. cit.

²⁶³⁷ Aujourd'hui on parle de communication.

agents. Prolongeant la théorie de Chamberlin, Perroux estime que le pouvoir économique use de deux moyens typiques : l'information et la contrainte²⁶³⁸. « *La variable information doit être ajoutée aux variables habituelles : prix et quantités (...)* »²⁶³⁹. Or l'information ayant nécessairement un coût, elle entraîne un déséquilibre, une inégalité dans « *la capacité de former, d'émettre, de recevoir et de transmettre l'information* »²⁶⁴⁰. L'information n'est donc pas qu'un coût; c'est aussi une valeur; on retrouvera cette vieille idée de la valeur de production qui est égale aux coûts mis en oeuvre²⁶⁴¹.

B - LA VALEUR DE L'INFORMATION

549. Très simplement, la valeur peut se définir comme « *la qualité d'un bien ou d'un service fondée sur son utilité subjective ou sur la quantité de facteurs nécessaires à sa production* »²⁶⁴². On le comprend aisément, l'information est une valeur non seulement parce qu'elle a un coût, mais également parce qu'elle présente une utilité, à la fois pour celui qui la transmet et celui qui la reçoit. Les agents économiques cherchent donc à « *acquérir* » ou à émettre des informations afin de créer des richesses, des valeurs. De son côté, le droit se doit de protéger la valeur informationnelle afin que ceux qui ont investi dans ce domaine ne soient pas spoliés ou découragés.

1/ L'INFORMATION RECHERCHEE

550. Compte tenu de la plus ou moins intense opacité des marchés et des transactions économiques, l'ensemble des intervenants accorde une valeur significative à l'information, que ce soit lors de son émission, ou de sa réception. Lors de son émission, d'abord, les entreprises élaborent de véritables stratégies de communication destinées à promouvoir une image pensée et calculée. Que l'on songe au développement des partenariats, des sponsors ou tout simplement des messages publicitaires. Par exemple, Rhône Poulenc a assis sa politique de communication sur la protection et le respect de l'environnement afin de ne plus être affublé de l'image de pollueur planétaire. Lors de sa privatisation le slogan était « *Bienvenue dans un monde meilleur* »²⁶⁴³. En émettant une information travaillée, sophistiquée, les plus pessimistes diront manipulée, l'entreprise crée une valeur économique, elle « *soigne* » son image de marque. Elle crée ainsi une valeur ajoutée. Les spécialistes de la communication ont montré que la publicité moderne devient suggestive d'un mode de vie, d'une image de soi. « *A travers l'objet qui s'offre, le consommateur achète une certaine image de lui-même, et vit, par imaginaire interposé, un certain style de*

²⁶³⁸ F. Perroux, *L'économie du XXème siècle*, P.U.G., 1991, p.45.

²⁶³⁹ Op. cit.

²⁶⁴⁰ Op. cit.

²⁶⁴¹ Cf. infra n°680.

²⁶⁴² D. Flouzat, op. cit., p.569; cf. infra n°678 pour plus de détails.

²⁶⁴³ On pourrait multiplier les exemples, cf. R. Tixier-Guichard et D. Chaize, *La communication contre l'information*, op. cit.

vie qu'il désire »²⁶⁴⁴. MM. Hennion et Meadel expriment bien cette idée : « *Qu'est-ce qui nous fait désirer? C'est d'avoir devant nous non pas une chose étrange, mais un objet qui nous contient déjà parce que nous lui avons été incorporés dès sa production par mille techniques, et c'est de n'être nous-mêmes que l'addition des objets à travers lesquels nous nous sommes définis* »²⁶⁴⁵.

On aurait tort de croire qu'il ne s'agit plus d'information²⁶⁴⁶. D'une part la communication publicitaire, qui a au départ tendance à privilégier la forme au fond, se place de plus en plus souvent sur le terrain du discours informatif²⁶⁴⁷. D'autre part, l'information ne peut plus être présumée neutre et objective; les récentes manipulations télévisuelles étant là pour le démontrer²⁶⁴⁸. Quotidiennement, la spectacularisation de l'information, la recherche du sensationnel stigmatisent des choix stratégiques²⁶⁴⁹. Ainsi, l'information tend à délaissé quelque peu le contenu au profit de la forme. A tout le moins, elle ne peut être totalement détachée de la personne et des motivations de son émetteur.

551. Valeur pour l'émetteur, l'information est également une valeur pour le récepteur. Recevoir une information, acquérir un savoir, est une source évidente de richesse dans notre société technicienne. « *La finalité de l'information est, au moins à titre immédiat, le développement des connaissances* »²⁶⁵⁰. Bien entendu, la connaissance s'acquiert par la formation professionnelle ou scolaire, permanente ou alternée; mais la circulation des informations joue un rôle crucial pour l'acquisition des connaissances de plus en plus évolutives et complexes. Ainsi, les espoirs les plus fous sont mis dans les autoroutes de l'information, et notamment le système mondial Internet, pour lequel des dizaines de milliards de dollars ont déjà été investis²⁶⁵¹. Recevoir des données, accéder aux informations sont le leitmotiv, la philosophie de l'évolution des médias. C'est le mythe de Babel qui est en train de prendre corps avec le concept de « *village planétaire* »²⁶⁵². Outre la portée philosophique et sociologique de ce phénomène, il convient d'insister sur sa dimension économique.

²⁶⁴⁴ P. Breton et S. Proulx, op. cit., p.109.

²⁶⁴⁵ A. Hennion et C. Meadel, *Dans les laboratoires du désir : le travail des agences de publicité*, Centre de sociologie de l'innovation, Ecole des mines de Paris, CNET/CNRS, 1987, cités par P. Breton et S. Proulx, op. cit.; on ne manquera pas de souligner le saisissant renversement de valeur qui s'opère. Selon Marcel Mauss : « *le don est la forme primitive de l'échange* ». La chose renferme l'âme, la « *mana* » du donateur, ce qui est de nature profondément altruiste. Le donataire se sentait alors obligé de faire un contre-don. Aujourd'hui, c'est lui-même que le consommateur recherche dans les choses, ce qui est, pour le coup, une conception plus égoïste et individualiste du lien social.

²⁶⁴⁶ En ce sens : J.M. Auby et R. Ducos-Ader, op; cit., p.4 : « *la notion d'information comporte donc la neutralité en ce qui concerne sa finalité et l'objectivité en ce qui concerne son contenu* ».

²⁶⁴⁷ Cf. R. Tixier-Guichard et D Chaize, op; cit., citant la « *reality pub* » de Benetton; cf. également, E. Souchier et Y. Jeanneret, *Publicité et mensonges*, Le Monde diplomatique précité, p.34 et suiv., montrant que la publicité des entreprises recourt aujourd'hui aux thèmes politiques et humanitaires.

²⁶⁴⁸ Exemples : la retransmission du « *procès* » de Ceaucescu, la couverture médiatique de la guerre du Golfe et du débarquement américain en Somalie, la « *vrai-fausse* » interview de Fidel Castro, etc.

²⁶⁴⁹ On pourrait, en faisant un parallèle avec le droit des biens, parler de consomptibilité de l'information.

²⁶⁵⁰ J.M. Auby et R. Ducos-Ader, op. cit., n°1, p.2.

²⁶⁵¹ Cf. P. Astrad Torrès, *L'utopie des autoroutes de l'information*; P. Quéau, *Internet, média pour le XXIème siècle*, Le Monde diplomatique, précité, p.44 et suiv., précisant qu'en 1994, avec 30 millions d'utilisateurs dans le monde, le World Wide Web (W.W.W.) a connu une croissance de 1700 %; M. Ferro, *Une information mondialisée*, Le Monde diplomatique précité, p.77 et suiv.

²⁶⁵² Genèse, XI, 1 : « *Toute la terre avait un seul langage et un seul parler* ».

A défaut de constituer un bien au sens juridique du terme, l'information est incontestablement devenue un bien au sens économique. Elle est la dynamique d'un nouveau système économique : « *la cyber-économie* », qui « *se caractérise par une globalisation et une intégration mondiale, par une poussée des techniques de l'information, par une déréglementation accrue. Le marché devient un forum planétaire informationnel* »²⁶⁵³. C'est en ce sens, compte tenu de la dématérialisation des échanges et de la victoire sur le temps et l'espace, que l'on parle « *d'économie virtuelle* », ou encore « *d'économie électronique* »²⁶⁵⁴. L'information étant devenue la valeur-clef, le point névralgique de l'économie, le droit se devait d'en assurer la protection²⁶⁵⁵.

2/ L'INFORMATION PROTEGEE

552. L'information est un bien économique, et à ce titre, elle doit circuler librement à l'intérieur du système économique. Pour cette raison, le droit positif n'a pas, à ce jour, consacré un régime de protection immanent et systématique de l'information. Il n'existe pas de texte ou de principe juridique qui réservent à l'auteur d'une information quelconque un droit de réservation absolu, opposable *erga omnes*²⁶⁵⁶. En revanche, le droit de la responsabilité civile peut être un moyen de réservation de certaines informations. Ainsi, la concurrence déloyale et le parasitisme économique constituent deux notions juridiques susceptibles d'assurer une protection de l'information²⁶⁵⁷.

C'est notamment le cas pour le parasitisme économique qui a pour objectif de sanctionner une entreprise parasite qui s'accapare les fruits des investissements en notoriété d'une autre entreprise non-concurrente²⁶⁵⁸. Au regard de l'information et de sa protection, M. Le Tourneau donne une définition intéressante du parasitisme : « *il y a agissement parasitaire chaque fois que quelqu'un utilise de façon intéressée, une valeur économique d'autrui, fruit d'un savoir faire et d'un travail intellectuel, lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit privatif spécifique* »²⁶⁵⁹. L'entreprise qui, même sans causer directement de préjudice, intercepte et utilise, sans bourse déliée, une information chèrement acquise par autrui doit être considérée comme un parasite.

²⁶⁵³ P. Quéau, *Qui contrôlera la Cyber-économie?*, Le Monde diplomatique, précité, p.55 et suiv.

²⁶⁵⁴ Aux Etats-Unis, on parle d'argent électronique, d'argent virtuel qui servira à régler les prestations des « *cyberspace* »; cf. également, M. Palmer, *Comment Reuter a gagné la course à l'information boursière*, Le Monde diplomatique, janvier 1993.

²⁶⁵⁵ Rappelons pour mémoire que le législateur oblige les entreprises à divulguer certaines informations en matière comptable, financière, et commerciale.

²⁶⁵⁶ **Contra** : P. Catala, chroniques précitées.

²⁶⁵⁷ P. Véron, *La protection de l'information par le droit de la concurrence déloyale et parasitaire*, cah. dt. entreprise 1988, n°1, p.16 et suiv.

²⁶⁵⁸ C. Korman; *Les fruits restitués du parasitage économique*, G.P., 1988, Doct.703; Y. Saint Gal, *Concurrence déloyale et agissements parasitaires*, Rev. Prop. Ind., 1956, p.19 et suiv.; P. Le Tourneau, *Le parasitisme dans tous ses états*, Dalloz, 1993, chron.310; J.M. Mousseron, *Entreprise, parasitisme et droit*, cah. dt. entreprise, 1992, n°6; M.A. Frison-Roche, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, R.J.D.A., 1994, n°6, p.483 et suiv.

²⁶⁵⁹ P. Le Tourneau, *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, G.P., 1985, Doct. 283.

553 . Le Code de la propriété intellectuelle protège un certain nombre d'informations spécifiques, selon un régime posant des conditions particulières. Ainsi une information est protégée par le droit d'auteur si elle est originale²⁶⁶⁰, par le brevet ou la marque si elle remplit les conditions de protection exigées par les différentes législations aujourd'hui regroupées dans le Code de la propriété intellectuelle²⁶⁶¹. Ici, le législateur fait de l'information une chose incorporelle protégée par l'action en contrefaçon et donc le droit des biens²⁶⁶². L'émetteur de l'information, ainsi protégé, a un droit de monopole qui lui permet d'interdire à quiconque d'exploiter son bien. Mais cette protection n'est pas sans limite, et le droit positif, notamment le droit de la concurrence, est sensible à la puissance conférée par l'information. L'attitude s'inverse alors, et la tendance est à la limitation de la protection de l'information.

PARAGRAPHE 2 - L'INFORMATION, SOURCE DE PUISSANCE ECONOMIQUE

554 . La puissance informationnelle n'a pas qu'une dimension économique. Sur le plan politique, elle peut être source de pouvoir²⁶⁶³. Qui détient le pouvoir dans la société? Cette question fascine toujours philosophes et sociologues²⁶⁶⁴. Après avoir donné au pouvoir des racines surnaturelles, magiques ou divines²⁶⁶⁵, les sociétés, en se modernisant, ont eu tendance à opérer une réification du pouvoir. Pour Marx, le pouvoir réside dans la propriété privée des moyens de production. Aujourd'hui, par un mouvement dialectique, nous sommes revenus à une conception plus immatérielle du pouvoir. Complétant l'analyse marxiste, Bourdieu a montré que le pouvoir n'était pas uniquement le produit de la propriété, mais également des « *capitaux symboliques* » et culturels. « *Les différences primaires, celles qui distinguent les grandes classes de conditions d'existence, trouvent leur principe dans le volume global du capital comme ensemble des ressources et des pouvoirs effectivement utilisables, capital économique, capital culturel, et aussi capital social* »²⁶⁶⁶. Bien entendu, le pouvoir au sens politique est en principe détenu par le peuple s'exprimant grâce au suffrage universel²⁶⁶⁷. Mais sans reprendre la distinction marxiste entre démocratie réelle et démocratie formelle, il faut reconnaître que les jeux de pouvoirs transcendent les institutions démocratiques²⁶⁶⁸.

M. Galbraith a contribué à approfondir la théorie parétienne du pouvoir de l'élite²⁶⁶⁹. Reprenant l'idée de Burnham sur « *la révolution directoriale* »²⁶⁷⁰, M. Galbraith situe dans

²⁶⁶⁰ A. Lucas, *Droit d'auteur, information et entreprise*, cah. dt. entreprise, 1988, n°1, p.6 et suiv.

²⁶⁶¹ J. Combeau, *Brevet, information et entreprise*; C. Le Stanc, *Marque, information et entreprise*, cah. dt. entreprise, 1988, n°1.

²⁶⁶² J. Carbonnier, *Les biens*, n°251; P. Jourdain, *Les biens*, n°434; F. Zénati, *Les biens*, n°33 et suiv.

²⁶⁶³ Sur l'ambiguïté de ce terme, cf. Introduction.

²⁶⁶⁴ J. Russ, *Les théories du pouvoir*, Livre de Poche, collection Références, 1994.

²⁶⁶⁵ On retrouve fréquemment chez les peuples antiques une confusion entre le pouvoir religieux et le pouvoir politique, cf. Introduction.

²⁶⁶⁶ P. Bourdieu, *La distinction*, éd. de Minuit, 1979, p.128.

²⁶⁶⁷ *Dêmos* : le peuple; *Krateîn* : commander, ont donné Démocratie.

²⁶⁶⁸ F.H. de Virieu, *La médiocratie*, Flammarion, 1990.

²⁶⁶⁹ V. Pareto, *Traité de sociologie générale*, 1916.

la technostructure la source réelle du pouvoir²⁶⁷¹. Le technocrate est celui qui assoit son pouvoir sur la compétence et la détention de l'information. La technostructure intègre « *tous ceux qui apportent des connaissances spécialisées, du talent ou de l'expérience aux groupes de prise de décision* »²⁶⁷². La distinction entre les dirigeants et les dirigés, les dominants et les dominés, ou si l'on préfère les puissants et les faibles ne se fonde plus tant sur le patrimoine que sur l'information. Plus précisément, le pouvoir informationnel vient se cumuler avec d'autres formes telles que le patrimoine ou le politique, de telle sorte que l'on peut parler de polyarchie²⁶⁷³. Or cette polyarchie se complexifie d'autant plus que les réseaux d'information participent de façon prépondérante au phénomène de domination²⁶⁷⁴.

555. Sur le plan juridique, on retrouve une évolution identique. Il a bien fallu que le droit positif s'adapte aux mutations économiques, sociales et technologiques, afin de ne pas se trouver en décalage. Au XIX^{ème} siècle, le droit avait prouvé sa faculté d'adaptation en faisant émerger de la subordination économique du salarié à l'égard de l'employeur une législation du travail protectrice. Depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, un nouveau clivage est apparu entre les sachants et les ignorants, les professionnels et les profanes. L'information est devenue la grille sociale de lecture des jeux de pouvoirs et de puissance. Elle est la clé de compréhension de nombreux phénomènes économiques et sociaux, révélateurs d'inégalités. Le droit a pu digérer, en partie, les déséquilibres de puissance informationnelle en dégageant la notion de professionnel. Mais il serait erroné de croire que le phénomène de puissance informationnel se résume, en droit, à cette notion. Le droit de la concurrence, toujours sensible aux problèmes posés par la concentration de puissance économique, notamment à cause du dogme vivace de l'atomicité du marché, a été un réceptacle commode pour accueillir la répression des abus de dépendance et de domination.

A - LA NOTION DE PROFESSIONNEL

556. Sous l'influence de l'anglais *professional*, le terme professionnel a quelque peu perdu son sens original pour signifier « *relatif à une profession* »²⁶⁷⁵. L'étymologie latine permet de recentrer la notion de professionnel autour de l'idée d'information. *Professio*, -*onis*, signifiait, en effet, « *déclaration, déclaration publique, action de se donner comme ...* »²⁶⁷⁶. 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 qualification²⁶⁷⁷. Le professionnel s'oppose alors au profane²⁶⁷⁸ qui est l'ignorant, le non

²⁶⁷⁰ J. Burnham *L'ère des organisateurs*, Calmann-Lévy, 1947, p.117 : « *le groupe social qui s'efforce actuellement d'atteindre la position de classe dirigeante est celui des directeurs* ».

²⁶⁷¹ J.K. Galbraith, *Le nouvel Etat industriel*, N.R.F., Galllimard, 1968.

²⁶⁷² Op. cit., p.82.

²⁶⁷³ R. Dahl, *Qui gouverne?*, 1961.

²⁶⁷⁴ J. Russ, op. cit., p.172.

²⁶⁷⁵ *Dictionnaire Historique de la langue Française*, p.1641.

²⁶⁷⁶ Op. cit.

²⁶⁷⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.638; en droit, la notion de professionnel se présente sous de multiples facettes, cf. not. S. Vialle, *La profession, étude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, thèse Grenoble II, 1990.

²⁶⁷⁸ Du latin *profanus*, signifiant « *hors du temple* », par opposition à *sacer*. Au sens propre le profane est celui qui n'adhère pas à la religion. Au XVII^{ème} siècle, l'usage de terme se généralise pour désigner une

sachant, celui qui ne détient pas l'information utile dans un domaine d'activité donné. 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.

557. Ce déséquilibre de puissance informationnelle explique de nombreuses solutions modernes du droit positif. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de citer quelques exemples caractéristiques. D'abord, la législation consumériste contient de multiples références à l'inégalité d'accès à l'information entre professionnels et consommateurs. L'article L.111-1 du Code de la consommation, reprenant le contenu de l'article 2 al. 1er de la loi n°92.60 du 16 janvier 1992, renforçant la protection des consommateurs, consacre, à la charge du professionnel, une obligation générale d'informer : « *Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services, doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* »²⁶⁷⁹. Ensuite, s'agissant de l'appréciation de la connaissance des vices cachés dans le contrat de vente, la jurisprudence distingue selon que les parties sont des professionnels de même spécialité ou non²⁶⁸⁰. MM. Malaurie et Aynès soulignent l'étrangeté du régime jurisprudentiel : « *les ventes conclues entre professionnels sont ainsi soumises à un curieux régime. Si la chose a un vice, le vendeur, en raison de sa qualité de professionnel, voit sa responsabilité aggravée, car, comme le dit la Cour de cassation « le vendeur professionnel ne peut ignorer les vices de la chose vendue, même à un professionnel ». Mais, puisque l'acquéreur est un professionnel, le vice n'est pas caché puisqu'il est présumé le connaître et aucune garantie ne pèse alors sur le vendeur qui n'est pas tenu des vices « dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même. Tout ceci n'est pas très cohérent. »*²⁶⁸¹. Néanmoins, une certaine cohérence pourrait être trouvée dans l'idée de puissance informationnelle. Par contractants « *de la même spécialité* », il faut entendre contractants qui se situent sur un pied d'égalité quant à l'accès à l'information et à la connaissance de l'objet de la vente. Ainsi, la Cour de cassation a pu décider que « *les dons et qualités manifestés par un artiste peintre n'impliquaient pas nécessairement sa compétence et sa technicité lorsqu'il s'agit de la composition des produits que les fabricants mettent à sa disposition* »²⁶⁸². De même, il a été jugé récemment que l'agent immobilier, en sa qualité de professionnel, est tenu de vérifier si l'immeuble que le vendeur l'a chargé de vendre peut être effectivement affecté à l'usage auquel l'acheteur le destine, sous peine d'engager sa responsabilité délictuelle s'il omet de l'éclairer sur ce point²⁶⁸³.

personne qui n'est pas initiée à une science, aux lettres ou aux arts, cf. *Dictionnaire historique de la langue Française*, p.1641.

²⁶⁷⁹ Sur le commentaire de ce texte, cf. J.P. Pizzio, *Code de la consommation*, Montchrestien, 1995, p.71 et suiv.

²⁶⁸⁰ Si l'acheteur est un non-professionnel, le caractère caché du vice sera admis facilement; cf. P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°391, citant Cass. Civ. 1ère, 24 février 1964, Bull. Civ. I, n°105 : « *le cheval était borgne lors de la vente; cette infirmité n'était pas apparente et ne pouvait être décelée que par un examen approfondi auquel un acheteur n'a pas coutume de se livrer en personne* ».

²⁶⁸¹ Op. cit., n°392.

²⁶⁸² Cass; Civ. 1ère, 23 avril 1985, Bull. Civ. I, n°125; MM. Malaurie et Aynès rappellent que « *les maîtres de la Renaissance et des époques classique et romantique avaient cette science* », op. cit., n°392, note 20. Mais on peut considérer qu'avec la technicisation de notre société, le savoir se parcellise de telle sorte que le champ de compétence se réduit à mesure de la complexité grandissante des techniques et des sciences. Ainsi, le peintre spécialisé dans l'utilisation artistique de la peinture peut être profane quant à sa fabrication.

²⁶⁸³ Cass. Civ. 1ère, 26 mars 1996,, Dalloz 1996 n°15, Flash Dernière actualité.

A l'inverse, lorsqu'il y a égalité dans l'accès à l'information la Cour de cassation estime que les contractants sont « *de la même spécialité* » : l'acheteur « *doit être considéré comme un acheteur professionnel devant assumer, au titre du contrôle de la qualité et de la conformité de la marchandise les mêmes contraintes que celles qui s'imposent à son vendeur; pour cela* », l'acheteur « *disposait de moyens d'investigations à tout le moins égaux à ceux* » du vendeur « *et connaissait les exigences d'une analyse approfondie (...); compte tenu de cette équivalence de situation, il n'est pas possible d'appliquer à l'un plutôt qu'à l'autre une présomption de connaissance du vice affectant la marchandise* »²⁶⁸⁴. Cette décision indique clairement que 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 informationnelle²⁶⁸⁵.

558. Enfin, le législateur et la jurisprudence ont mis à la charge du banquier une obligation d'information rigoureuse lorsque le cocontractant est un profane²⁶⁸⁶. La jurisprudence actuelle en matière de cautionnement est topique. Sans entrer dans le détail de la matière, il suffit de rappeler que depuis un arrêt du 15 novembre 1989, la première chambre civile de la Cour de cassation qualifie les dispositions de l'article 1326 du Code civil « *de règles de preuve ayant pour finalité la protection de la caution* »²⁶⁸⁷. Un acte irrégulier a regard de ces dispositions peut constituer un commencement de preuve par écrit pouvant être complété par des éléments extérieurs à l'acte²⁶⁸⁸. Or, pour apprécier la validité du cautionnement, il y a lieu de rechercher si, en fait, la qualité des cautions, leurs fonctions, leurs connaissances ont pu donner aux termes généraux de leur engagement un caractère explicite²⁶⁸⁹. En ce qui concerne plus précisément le cautionnement indéterminé quant à la portée de l'engagement, il faut tenir compte, pour l'appréciation de sa validité, non seulement des termes employés mais également des fonctions et des connaissances de la caution²⁶⁹⁰. Dans toutes ces hypothèses, le problème est effectivement posé en terme d'égalité ou d'inégalité d'accès à l'information. Il en est de même lorsque la banque n'informe pas la caution non-dirigeante et non associée de la situation lourdement obérée dans laquelle se trouve, au moment de la signature de l'acte, le débiteur garantie²⁶⁹¹. Cette obligation d'information à la charge du banquier s'explique essentiellement par le fait que la caution est profane; la solution ne pourrait être identique s'il s'agissait du dirigeant de la société qui s'était porté caution. Malheureusement, les choses ne sont pas toujours aussi claires, et la Cour de cassation a été obligée de reconnaître que l'information prévue à l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 s'appliquait également aux cautions dirigeantes : *Ubi*

²⁶⁸⁴ Cass. Com., 21 janvier 1992, Cont. Conc. Cons., 1992, n°5, obs. L. Leveneur.

²⁶⁸⁵ Sur l'obligation d'information en générale, cf. infra n°760.

²⁶⁸⁶ Une obligation d'information existe, à la charge du banquier, même si son cocontractant est un professionnel. Ex : en matière de crédit abusif; *Lamy du financement*, 1996, n°2657. Mais cette obligation se justifie par la puissance d'investigation et de contrôle que les banques peuvent facilement mettre en oeuvre compte tenu de leurs compétences en la matière.

²⁶⁸⁷ Dalloz, 1990, 177, note C. Mouly; J.C.P., 1990, II, 21422, note D. Legeais.

²⁶⁸⁸ Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1992, Bull. Civ. I, n°259; Dalloz, 1993, Som. Com. 310, obs. L. Aynès; 12 mai 1993, Bull. Civ. I, n°164; Dalloz, 1994, Som. Com. 10, obs. L. Aynès.

²⁶⁸⁹ Cass. Civ. 1ère, 9 avril 1991, Bull. Civ. I, n°134; Cass. Com., 1er juin 1993, Bull. Civ. IV, n°213; Dalloz, 1993, Som. Com. 310, obs. L. Aynès.

²⁶⁹⁰ Cass. Com., 15 novembre 1988, Dalloz, 1990, 3, note Ancel; 28 octobre 1991, J.C.P., 1992, II, 21874, note D. Legeais.

²⁶⁹¹ Cass. Com., 7 février 1983, Bull. Civ. IV, n°50; Cass. Civ. 1ère, 21 janvier 1981, Bull. Civ. I, n°25; Cass. Civ. 1ère, 10 mai 1989, II, 21363, note D. Legeais; Dalloz, 1990, Som. Com. 385, obs. L. Aynès; R.T.D. Civ., 1989, 738, obs. J. Mestre.

*lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*²⁶⁹². Selon nous cette solution est inopportune car sur le plan informationnel, il n'existe aucun déséquilibre manifeste entre le banquier et la caution dirigeante, s'agissant du montant des engagements en principal et intérêt. La règle de droit est pour le coup déconnectée de son sens téléologique.

B - LA DEPENDANCE ET LA DOMINATION ECONOMIQUE

559 . Dans les faits, la puissance informationnelle peut se traduire par des phénomènes de dépendance et de domination économique. Ici un degré de plus est franchi par rapport à la distinction professionnel - profane. Dans ce dernier cas, il n'y a qu'une supériorité de puissance informationnelle du professionnel sur le profane, ce dernier restant libre de ne pas contracter. En revanche, il se peut que cet état d'infériorité se transforme en état de dépendance économique, le contractant faible sur le plan informationnel se trouvant enchaîné à son partenaire. Cette situation pourrait d'ailleurs, selon certaines conditions²⁶⁹³ entrer dans le champ de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Prenons l'exemple du contrat de franchise. Le franchisé est dépendant du franchiseur en ce qu'il a besoin de la transmission des informations relatives au savoir-faire²⁶⁹⁴. Une fois le savoir-faire originel transmis, le franchisé aura besoin de connaître les réactualisations, les évolutions, les améliorations, car il n'aura pas à sa disposition de solution équivalente lui permettant de parfaire ses connaissances²⁶⁹⁵. Une fois le contrat de franchise conclu, et si le savoir-faire transmis est techniquement efficace, le franchisé ne pourra que très difficilement se séparer de son cocontractant. Un lien de dépendance économique s'instaure donc entre un contractant bénéficiant d'une puissance informationnelle et son partenaire souhaitant acquérir une partie de cette puissance²⁶⁹⁶. Ce déséquilibre informationnel est si sensible que le législateur a tenté de pallier la faiblesse du franchisé en instaurant un formalisme informatif²⁶⁹⁷. Le raisonnement qui est à l'origine de cette législation est simple : il faut combattre la puissance informationnelle par l'obligation d'information²⁶⁹⁸. Le franchiseur, avant la conclusion du contrat, est obligé de renseigner son futur contractant sur la valeur commerciale du nom, de la marque ou de l'enseigne mis à disposition, sur l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, ainsi que sur le réseau commercial en place. On perçoit ainsi la volonté de compenser la puissance informationnelle du franchiseur en terme de savoir-faire, par une plus grande transparence au profit du franchisé quant aux conditions du contrat et aux caractéristiques du franchiseur et de son réseau.

560 . Au-delà de l'état de dépendance, la puissance informationnelle peut se traduire par un phénomène de domination²⁶⁹⁹. L'accumulation d'informations utiles et recherchées

²⁶⁹² Cass. Com., 25 mai 1993, J.C.P., 1993, II, 22147, note H. Croze.

²⁶⁹³ Cf. infra n°581 et suiv..

²⁶⁹⁴ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, L.G.D.J., 1986, n°112.

²⁶⁹⁵ L'absence de solution équivalente se déduit de la réalité et de la fiabilité du savoir-faire transmis.

²⁶⁹⁶ En pratique, le franchiseur prendra soin de « verrouiller », la circulation de l'information par des clauses de confidentialité et de non-concurrence.

²⁶⁹⁷ Loi du 31 décembre 1989, dite « loi Doubin ».

²⁶⁹⁸ Cf. infra n°760 et suiv.

²⁶⁹⁹ Sur la distinction entre dépendance et domination, cf. infra n°578 et suiv.

confère à celui qui en est détenteur une certaine puissance économique. Perroux a mis l'accent sur l'importance des réseaux de pouvoir et d'information dans les déséquilibres économiques²⁷⁰⁰. « *Les équilibres de l'échange pur ne sont constructibles en rigueur que si les pouvoirs et les informations se combinent de façon telle que leur résultante soit égale à zéro. C'est lorsque les unités sont égales en puissance et égales en informations que l'on peut dire que l'échange libre entre elles des biens et des services donne à chacune le maximum de satisfaction possible et procure au tout qu'elles forment le maximum de produit possible correspondant aux satisfactions éclairées et non contraintes des unités constituantes* »²⁷⁰¹. Mais Perroux estime que cet équilibre n'est qu'un cas « *très particulier et très spécial* », dans la mesure où la règle du marché réel est celle de l'inégalité de puissance informationnelle entre les agents économiques. Il convient donc de rebâtir l'analyse économique classique sur la base des principes d'hétérogénéité et d'inégalité des unités²⁷⁰². Dans ce contexte, la puissance informationnelle est susceptible de conférer à une entreprise une position dominante sur le marché. Le mouvement de l'économie industrielle et la théorie moderne de la firme parleront de « *dominant firm* », ou de « *leadership* ».

561. Outre les effets de domination économique, Perroux relie l'information à l'innovation. Il définit quatre variables de la propension à innover : la forme de la rémunération du chef de l'unité, le niveau de celle-ci, les incitations de caractère non acquisitif et le niveau de l'information dont dispose le chef de l'unité²⁷⁰³. Mais il est possible de rapprocher ces trois concepts, car si l'information est à la source de l'innovation, celle-ci peut également être la source d'une domination. Le droit de la concurrence sanctionne, sur le fondement de l'article 8-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, l'abus de position dominante. Le cas le plus extrême et le plus simple de position dominante est le monopole²⁷⁰⁴. Or la propriété intellectuelle instaure, dans certaines conditions, un monopole légal d'exploitation de certains types d'informations²⁷⁰⁵. On parvient alors à un conflit entre le caractère exclusif et absolu du droit de propriété²⁷⁰⁶ et le principe de la libre concurrence. Ainsi, l'avance technologique, qui n'est pas autre chose que la détention d'informations organisées, cohérentes et industriellement utiles, est un critère de domination d'un marché²⁷⁰⁷, ce qui ne va pas sans poser de sérieux problèmes dans le domaine de la recherche bio-médicale.

De même, le droit d'auteur confère une puissance informationnelle à tendance monopolistique. L'affaire Radio Telefis Eireann est riche d'enseignements. En l'espèce une société de télévision avait refusé à des tiers de publier ses grilles de programmes hebdomadaires en invoquant son droit d'auteur. Le Tribunal de première instance de la Communauté européenne sanctionne ce comportement qu'il qualifie d'abus de position dominante²⁷⁰⁸. La Cour de justice, en confirmant cette décision²⁷⁰⁹ expose que : « *le refus,*

²⁷⁰⁰ F. Perroux, op. cit., p.682.

²⁷⁰¹ Op. cit.

²⁷⁰² Op. cit., p.684.

²⁷⁰³ Op. cit., p. 729.

²⁷⁰⁴ G. Cas et R. Bout, *Lamy Droit économique*, 1995, n°640.

²⁷⁰⁵ J. Carbonnier, *Les biens*, n°251 : « *la notion de propriété sert à protéger les droits du créateur sur son oeuvre, son pouvoir de l'exploiter économiquement, son monopole (temporaire) d'exploitation* » ; P. Jourdain, *Les biens*, n°41-1 ; F. Zénati, *Les biens*, n°35 et 91 et suiv.

²⁷⁰⁶ F. Zénati, op. cit., n°91 et suiv. et n°106 et suiv.

²⁷⁰⁷ Com. Conc., Rapport pour 1978, J.O., doc. adm., 6 janvier 1979.

²⁷⁰⁸ T.P.I., C.E., 10 juillet 1991, Cont. Conc. Cons., 1991, n°241, obs. L. Vogel ; décision confirmée par : C.J.C.E., 6 avril 1995, Cont. Conc. Cons., 1995, n°90 ; cf. également, M. Vivant, *La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante*, J.C.P., 1995, I, 3883.

par les requérantes, de fournir des informations brutes en invoquant les dispositions nationales sur le droit d'auteur a donc fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision, que les requérantes n'offraient pas, et pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs, ce qui constitue un abus suivant l'article 86, deuxième alinéa, sous b) du traité »²⁷¹⁰. Commentant la décision du première instance, M. Vogel observe que « la conciliation entre les droits de propriété intellectuelle exclusifs consacrés nationalement et le droit communautaire doit s'effectuer par référence à la notion de fonction essentielle. Seules les restrictions indispensables à la réalisation de la fonction essentielle du droit exclusif sont licites au regard du droit communautaire de la concurrence »²⁷¹¹.

562 . Les règles de droit de la concurrence tendent donc à appréhender et à limiter la puissance informationnelle des entreprises, celle-ci fut-elle protégée par le droit de propriété. Il ne s'agit pas de réprimer systématiquement la puissance informationnelle, ni de remettre en cause « *les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction* »²⁷¹². Cependant, le droit de la concurrence veille à ce que la domination d'un marché, dont la puissance informationnelle peut être la source, ne dégénère pas en abus. Il est alors possible de se demander si, dans le cadre d'une tentative d'élaboration d'une définition juridique de la puissance économique, les notions de droit de la concurrence peuvent être utilisées comme référence.

²⁷⁰⁹ Op. cit.

²⁷¹⁰ Décision précitée.

²⁷¹¹ Observations précitées.

²⁷¹² T.P.I., C.E., précitée.

CHAPITRE II

LA DEFINITION JURIDIQUE DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE

563 .Après l'analyse des manifestations de la puissance économique, l'étude de la nature juridique de cette notion commande d'en donner une définition. Au sens premier, définir signifie délimiter, fixer les limites²⁷¹³. Sous cet angle, il importe de tracer la frontière de la notion de puissance économique en droit des obligations, en la distinguant des notions voisines, en particulier de celles fournies par le droit de la concurrence. Mais, il ne faut pas se contenter d'une démarche négative; définir signifie également déterminer le contenu d'une notion. Il s'agit alors d'en extraire la quintessence²⁷¹⁴.

SECTION I

LES DIFFERENCES ENTRE PUISSANCE ECONOMIQUE ET NOTIONS VOISINES

564 .Nous l'avons constaté, lors de l'étude des manifestations de la puissance économique, le droit de la concurrence est une matière sensible aux problèmes posés par les situations de domination ou de dépendance économiques. D'emblée, il faut se poser la question de l'utilité et de l'opportunité de l'introduction, en droit commun des obligations, de la notion de puissance économique. En effet, si le droit de la concurrence, qui influence aujourd'hui fortement la théorie générale des obligations²⁷¹⁵, contenait, en son sein, des concepts susceptibles d'appréhender les déséquilibres de puissance économique, il serait inutile de vouloir alourdir le droit positif d'une nouvelle notion. Mais, malgré l'influence indéniable du droit de la concurrence sur le droit des obligations, il est douteux, eu égard aux finalités divergentes de chacune de ces matières, que la première puisse se substituer à la seconde.

Par ailleurs, il conviendra d'examiner les notions du droit de la concurrence qui se rapprochent le plus du concept de puissance économique, afin de déterminer si elles sont susceptibles de jouer un rôle juridique identique. Les limites inhérentes aux notions de position dominante et d'état de dépendance économique constituent un obstacle dirimant à l'extension de leur rôle au delà du droit de la concurrence. L'étude de ces notions voisines

²⁷¹³ Du latin *définio*; *Dictionnaire historique de la langue Française*, p.567.

²⁷¹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.243.

²⁷¹⁵ F. Dreifuss-Netter, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, R.T.D. Civ., 1990, 369; M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, Dalloz, 1995, chron.51; J. Mestre, *De la forte emprise du droit de la concurrence sur le contenu des contrats*, R.T.D. Civ., 1994, 349 et suiv.; cf. aussi R.T.D. Civ., 1989, 535 et suiv.

de la puissance économique incitera donc à proposer l'introduction de celle-ci dans la théorie générale des obligations.

PARAGRAPHE 1 - L'INFLUENCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LE DROIT DES OBLIGATIONS

565 . Un phénomène historique rapproche l'évolution du droit des obligations de celle du droit de la concurrence : l'interventionnisme des pouvoirs publics. Depuis le XIX^{ème} siècle, l'intervention de l'Etat dans le droit des contrats est allée crescendo. L'ordre public a peu à peu conquis l'espace qui était réservé à la liberté contractuelle²⁷¹⁶. Il ne s'agit plus de l'ordre public classique, qui était conservateur, judiciaire et négatif, mais de l'ordre public moderne, économique, social et professionnel²⁷¹⁷. Le législateur a commencé, en droit des obligations, par protéger, dans certains contrats, la partie économiquement faible. Cette volonté de protection, par l'ordre public, est évidente pour le contrat de travail, mais elle est aussi présente dans les contrats de transport, d'assurance, de vente ou de location d'immeuble²⁷¹⁸. A cet ordre public de protection, présent en droit des obligations, s'oppose l'ordre public de direction²⁷¹⁹. En théorie pure, l'ordre public de direction ne s'explique que par le dirigisme des pouvoirs publics en matière économique, alors que l'ordre public de protection traduit un interventionnisme social. Il ne faut pas croire, qu'un jour, l'économie n'a été dirigée que par la seule loi du marché; l'Etat, même libéral, est toujours plus ou moins intervenu²⁷²⁰.

Mais le dirigisme marque un changement de nature, plus que de degré, dans les interventions étatiques. Les faits ayant montré, qu'en cas de crise économique, le marché et la « *main invisible* » de Smith étaient de piètres régulateurs, l'Etat a voulu lui substituer, en partie, ses propres règles. Depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986, un reflux relatif du dirigisme a pu être enregistré. Néanmoins, on n'est jamais revenu à la croyance très optimiste selon laquelle le marché pouvait seul répartir de façon maximale les ressources économiques. Ainsi, à côté du principe de la liberté de fixation des prix²⁷²¹, le législateur a pris le soin d'édicter des règles destinées à protéger le bon fonctionnement du marché. Les titres III et IV de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sont consacrés, pour l'essentiel, à la répression des pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence. De la protection du marché à la protection des intervenants sur celui-ci il n'y a qu'un pas, que certains auteurs ont franchi²⁷²². Il est vrai, qu'en pratique, la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction est difficile à mettre en oeuvre, certaines règles

²⁷¹⁶ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°164.

²⁷¹⁷ P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°527 et suiv.; P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, thèse Paris, Matot-Braine, 1953.

²⁷¹⁸ Cf. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951, n°15.

²⁷¹⁹ G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Gény*, 1934, II, p.347 et suiv.; Julliot de la Morandière, *L'ordre public en Droit privé interne*, in *Etudes Capitant*, 1939; G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse Dijon, 1963; J. Carbonnier, *Les obligations*, n°70; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°130 et suiv.

²⁷²⁰ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n°8 et suiv.

²⁷²¹ Art. 1er, ord. 1er décembre 1986.

²⁷²² J. Hémar, *Droit de la concurrence et protection des consommateurs*, G.P., 1971, doct.575; J. Calais-Auloy et Y. Serra, *Concurrence et consommation*, thèmes et commentaires, Dalloz, 1994.

poursuivent des objectifs complexes, voire contradictoires²⁷²³. Le droit de la concurrence s'est donc découvert des velléités protectrices, en pénétrant et en influençant le droit des obligations. Si cette influence est, à certains égards, nécessaire, elle doit pourtant être nécessairement limitée.

A - UNE INFLUENCE NECESSAIRE

L'influence nécessaire du droit de la concurrence sur le droit des obligations s'explique par deux raisons techniques : sa finalité d'une part et, l'ordre public qui le caractérise d'autre part. Avant d'analyser ces deux points, il faut préciser que la notion d'influence exclut les hypothèses dans lesquelles le droit des obligations et le droit de la concurrence donnent des solutions harmonieuses²⁷²⁴. L'harmonie ne caractérise aucune influence d'un droit sur l'autre, mais révèle uniquement une identité de logique sur certains points²⁷²⁵.

1/ LA FINALITE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

566 . « *Le droit de la concurrence se définit en premier lieu par sa finalité économique et en second lieu par sa fonction, qui est de promouvoir un ordre public de direction* »²⁷²⁶. En réalité, il n'y a pas une finalité, mais une multiplicité de finalités. A cet égard, le rapprochement avec le droit américain de la concurrence se révèle instructif. Pour ce dernier, l'évolution s'est faite de la multiplicité vers l'unité²⁷²⁷. En 1958, l'honorable Juge Black définissait ainsi les objectifs du droit de la concurrence : « *le Sherman Act a été conçu comme une charte détaillée de la liberté économique, visant à préserver une concurrence libre et sans entrave comme règle de commerce. Il repose sur le principe fondamental que l'interaction non contenue des forces concurrentielles permettra d'atteindre la meilleure distribution de nos ressources économiques, les prix les plus bas, le plus haut niveau de qualité et le plus grand progrès matériel tout en créant un environnement assurant la protection de nos institutions démocratiques, politiques et sociales* »²⁷²⁸. L'hétérogénéité des objectifs poursuivis par le droit américain de la concurrence ne correspondait pas au souci de sécurité et de cohérence, certains objectifs pouvant être contradictoires ou ambigus²⁷²⁹. Avec l'avènement de l'Ecole de Chicago, qui a pris le pas sur celle de Harvard, les Etats-Unis se sont progressivement orientés vers une finalité unique et homogène du droit de la concurrence : l'efficacité, ou rendement,

²⁷²³ Par exemple, les règles contenues dans l'ordonnance de 1986 destinées à assurer une plus grande transparence du marché, protègent les consommateurs; cf. J. Calais-Auloy, rapport de synthèse, op. cit., p.122; cf. également P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., p.528.

²⁷²⁴ Cf. M. Malaurie-Vignal, chronique précitée.

²⁷²⁵ Exemple : transparence et protection du consentement, validité des clauses de non concurrence, etc.

²⁷²⁶ F. Dreifuss-Netter, chronique précitée, p.369; cf. J. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, P.U.F., 1989, 2ème éd., p.18 : « *ensemble des règles juridiques gouvernant les rivalités entre agents économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle* ».

²⁷²⁷ B.E. Hawk, *Le tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence*, cah. dt. ent., octobre 1992, p.1 et suiv.

²⁷²⁸ Northern Pacific Railway G. V. United States, 356 U.S., 1, 4, 1958.

²⁷²⁹ B.E. Hawk, op. cit., p.2.

économique. M. Hawk explique que « *le Justice Department commença, sous la présidence de Ronald Reagan, à affirmer que l'unique objectif de la politique antitrust est de promouvoir le rendement économique par une allocation optimale des ressources dans le contexte d'un marché concurrentiel (...)* »²⁷³⁰. L'auteur poursuit en rappelant que les lois antitrust « *ont pour vocation de protéger la concurrence et non les concurrents* »²⁷³¹.

La législation américaine paraît donc être dans un état de maturation avancée par rapport aux articles 85 et 86 du Traité de Rome. En effet, le droit européen de la concurrence est toujours en proie à une multiplicité d'objectifs à atteindre, qu'ils soient économiques, politiques ou sociaux²⁷³². Il est exact que le Traité de Rome n'a pas fait de la concurrence un but en soi : « *la politique de la concurrence peut, intégrée à une politique plus large, tendre à des objectifs variés, une meilleure répartition des ressources, l'essor du progrès technique, le maintien de l'emploi (...)* »²⁷³³. MM. Goldman, Lyon-Caen et Vogel estiment, quant à eux, que le Traité de Rome a privilégié une voie médiane entre ces deux extrêmes, afin de préserver une « *concurrence praticable* »²⁷³⁴. Il faut néanmoins reconnaître que le droit européen de la concurrence n'est pas encore parvenu au degré d'unité et d'homogénéité de la législation antitrust américaine, qui tend à centrer l'essentiel de l'analyse autour de la notion de puissance économique sur le marché, sortant ainsi de l'alternative rigide entre la sanction *per se* des pratiques anticoncurrentielles et l'utilisation de la règle de raison²⁷³⁵. Néanmoins, il est possible de dire que la finalité essentielle du Traité de Rome est d'assurer une « *concurrence efficace* »²⁷³⁶. Même si ce modèle est trop souple pour ne pas être source d'insécurité, il se rapproche sensiblement du critère du rendement économique utilisé aux Etats-Unis.

567 . L'opposition avec le droit commun des obligations est, sur le terrain de la finalité, flagrante. Tandis que l'un a pour objet d'introduire un ordre public économique de direction, l'autre embrasse des objectifs beaucoup plus souples et complexes. A côté de la liberté contractuelle s'est, en effet, développé un ordre public de protection destiné à compenser juridiquement certaines inégalités économiques. Le droit de la concurrence est étranger à de telles préoccupations. Loin de protéger les économiquement faibles, il tend à assurer le bon fonctionnement du marché et le libre jeu de l'offre et de la demande. Cela ne revient pas à dire qu'il néglige les déséquilibres de puissance économique existant entre les agents, mais ce n'est pas pour protéger les faibles qu'il les appréhende. Il s'agit pour lui d'organiser la fluidité du marché dans le temps afin d'empêcher la création de monopoles et de rentes de situation. Certes, en limitant par le contrôle des concentrations et la prohibition des ententes anticoncurrentielles l'accumulation d'une puissance économique trop importante, le droit de la concurrence protège par la même occasion les entreprises concurrentes et les consommateurs. Mais cette protection n'est qu'incidente; ce n'est qu'un effet induit de règles ayant pour but la direction générale et globale de l'économie.

²⁷³⁰ Op. cit.

²⁷³¹ Op. cit.

²⁷³² Op. cit., p.3.

²⁷³³ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, n°493.

²⁷³⁴ Op. cit.

²⁷³⁵ B.E. Hawk, op. cit., p.7 : « *ceci a amené au développement d'une méthode analytique intermédiaire et unifiée, aujourd'hui de plus en plus fréquemment utilisée, dite de la règle de raison partielle (truncated rule of reason) suivant laquelle une analyse structurelle de la puissance économique sur le marché devient le test décisif* »; FTCV Indiana Federation of Dentists, 108 U.S., 106 S. ct. 2009, 1986; National Collegiate Athletic Ass'n. V. Board of Regents of Univ. of Oklahoma, 468 US 85, 1984.

²⁷³⁶ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, op. cit., n°496.

568 . Compte tenu de cette divergence de finalité, il est important de ne pas rapprocher exagérément le droit de la concurrence et le droit des obligations. Cependant, divergence de finalités et autonomie ne signifient nullement cloisonnement et étanchéité. C'est justement parce que le droit de la concurrence a une finalité économique distincte de celle du droit des obligations, qu'il va influencer celui-ci. En effet, pour atteindre l'objectif qui lui est assigné, de faire respecter le libre jeu de la concurrence, il importe de conférer au droit de la concurrence une application transversale. En d'autres termes, le droit de la concurrence doit transcender les classifications et les divisions juridiques traditionnelles entre droit privé et droit public, droit civil et droit commercial, pour que son objet puisse se réaliser²⁷³⁷. Nous allons voir que, sous certaines conditions, les règles du droit des obligations sont mises en échec par le droit de la concurrence²⁷³⁸. Or, si en cas de conflit entre le droit des obligations et le droit de la concurrence, les règles et la logique de ce dernier priment, c'est essentiellement en raison de leur caractère d'ordre public. L'influence se révèle donc nécessaire en ce qu'elle constitue une condition déterminante de son efficacité.

2/ L'ORDRE PUBLIC

569 . Bien que « *la notion d'ordre public ne se laisse enfermer ni dans une définition ni dans une énumération* »²⁷³⁹, l'idée est que la liberté contractuelle doit être nécessairement limitée afin d'asseoir la supériorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers²⁷⁴⁰. A cet égard, il est incontestable que les dispositions relatives au droit de la concurrence ont un caractère d'ordre public. Elles intéressent, en effet, l'intérêt général et participent d'un choix politique de société²⁷⁴¹. Or le choix libéral, effectué par le législateur de 1986, ne fait pas l'apologie de la concurrence libre et sauvage. Si les prix sont déterminés par le jeu de la concurrence, certaines règles tendent à assurer le maintien d'une concurrence réelle et effective sur les marchés. Les concentrations sont donc réglementées, les ententes prohibées, les abus de position dominante ou de dépendance économique sanctionnées, ainsi que quelques autres pratiques restrictives. Le caractère d'ordre public de ses dispositions est renforcé par l'article 9 qui précise que : « *Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8* ». Il est clair que cette précision est superflue compte tenu de l'existence de l'article 6 du Code civil²⁷⁴². Néanmoins, cet article marque peut-être une volonté réelle et légitime d'autonomie du droit de la concurrence par rapport au droit commun des obligations²⁷⁴³.

570 . L'autonomie du droit de la concurrence, tel qu'élaboré par l'ordonnance du 1er décembre 1986, n'a pas tardé à se faire sentir. En étudiant les relations existant entre le

²⁷³⁷ F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence*, Dalloz, 1989, chron.67.

²⁷³⁸ Cf. infra.

²⁷³⁹ J. Carbonnier, op. cit., n°69 : « *l'idée générale est celle d'une suprématie de la société sur l'individu* ».

²⁷⁴⁰ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., p.289; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°104, citant Planiol : Une disposition est d'ordre public « *toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* ».

²⁷⁴¹ Y. Chartier, *Droit des affaires*, t.1, *L'entreprise commerciale*, n°340.

²⁷⁴² J.M. Mousseron et V. Sélinsky, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 1987, p.210.

²⁷⁴³ Cf. supra.

droit de la concurrence et le droit commun des obligations, Mme Dreifuss-Netter a insisté sur les idées de contraintes et de conflits²⁷⁴⁴. Rien de plus logique, puisque les règles posées par le droit de la concurrence sont d'ordre public et priment, par voie de conséquence, celles du droit des obligations, lorsqu'il existe, entre elles, une contrariété. Le célèbre exemple de la jurisprudence des cuves en est une illustration parfaite. Dans les contrats de distribution de produits pétroliers, les compagnies pétrolières avaient pris l'habitude d'insérer une clause imposant au pompiste la restitution en nature, *in specie*, des cuves installées dans le sous-sol de la station service. En cas de rupture du contrat, le pompiste devait, en vertu de cette clause, engager des travaux très coûteux pour restituer les cuves appartenant à son cocontractant. Une restitution en valeur étant beaucoup plus économique, certains pompistes refusaient de procéder à la restitution en nature. La Cour de cassation, appliquant le droit des obligations et le principe de la force obligatoire des contrats, avait, dans un premier temps, condamné les pompistes à opérer la restitution en nature des cuves, estimant sans doute impensable de prononcer, par la restitution en valeur, une véritable expropriation²⁷⁴⁵. Mais les pompistes, ne s'avouant pas vaincus, ont trouvé le salut dans les règles du droit de la concurrence. Dans une décision en date du 29 septembre 1987, le Conseil de la concurrence a décidé que la clause de restitution en nature des cuves pouvait avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence entre les compagnies pétrolières, en rendant plus difficile le changement de fournisseur²⁷⁴⁶.

A l'instar de la Cour d'appel de Paris²⁷⁴⁷, la Cour de cassation a finalement approuvé le raisonnement du Conseil de la concurrence²⁷⁴⁸. De façon la moins ambiguë possible, la Cour de cassation a utilisé la règle de proportionnalité, règle ressortissant au domaine du droit de la concurrence, pour annuler une clause contractuelle, librement stipulée : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant, non justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et qu'elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs (...)* »²⁷⁴⁹.

A partir de cet exemple, il est facile de comprendre l'influence prépondérante de l'ordre public dans le cadre des relations entre le droit de la concurrence et le droit des obligations. Dans la mesure où une convention, légalement formée aux regards des règles de celui-ci, a des effets ou un objet anticoncurrentiel, elle tombe sans discussion possible sous le coup de la nullité prévue à l'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, sans parler des sanctions spécifiques du droit de la concurrence. Les articles 7 et 8 de cette ordonnance influencent donc nécessairement le droit des obligations en limitant les effets de l'article 1134 du Code civil, lorsque le jeu de la concurrence est susceptible d'être atteint par une

²⁷⁴⁴ F. Dreifuss-Netter, chronique précitée.

²⁷⁴⁵ Cass. Com., 29 janvier 1985, Bull. Civ. IV, n°43; Cass. Com., 18 décembre 1986, Bull. Civ. IV, n°242.

²⁷⁴⁶ B.O.C.C., 20 octobre 1987, p.304; J.C.P., 1987, éd. E., I, 16818; F. Pérochon, *L'adieu aux cuves*, cah. dt. ent., 1987, n°6, p.4.

²⁷⁴⁷ C.A., Paris, 5 mai 1988, J.C.P., 1988, éd. E., I, 17475.

²⁷⁴⁸ Cass. Com., 18 février 1992 et 26 mai 1992, Dalloz, 1993, 57, note C. Hannoun; J.C.P., 1992, éd. E., II, 344, note M. Béhar-Touchais.

²⁷⁴⁹ Cass. Com., 18 février 1992, précité.

clause contractuelle ou une convention. « *L'entrave à la concurrence est une condition suffisante (...) de la prédominance du droit de la concurrence sur le droit commun* »²⁷⁵⁰.

571 . L'influence du droit de la concurrence sur le droit des obligations se retrouve, en dehors des pratiques anticoncurrentielles, en ce qui concerne les pratiques restrictives, condamnables *per se*. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a reproché à une Cour d'appel d'avoir déclaré licite la clause par laquelle un franchisé s'obligeait envers son franchiseur « *à respecter autant que faire se peut* » les marges bénéficiaires décidées par ce dernier. La clause tombait à l'évidence sous le coup de la prohibition des prix minima imposés prévue à l'article 34 de l'ordonnance du 1er décembre 1986²⁷⁵¹. Cette jurisprudence est loin d'être isolée, puisque la Cour de cassation a décidé que le fait d'offrir, à l'occasion de la cession d'un produit, des rabais, remises ou ristournes dans des conditions d'attribution discriminatoires et subjectives, peut constituer la pratique des prix minima imposés²⁷⁵². L'ensemble de ces exemples²⁷⁵³ montre que, même si le droit de la concurrence est autonome par rapport au droit commun des obligations, il existe des interdépendances nécessaires et indispensables. Il serait en effet inutile de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, si le seul fait de conclure un contrat empêchait le droit de la concurrence de déployer sa sanction. Mais la prédominance du droit de la concurrence, légitimée par des considérations d'ordre public, ne peut être effective que dans le domaine d'application de cette matière. C'est en ce sens que l'influence qu'il exerce sur le droit commun des obligations est nécessairement limitée.

B - UNE INFLUENCE NECESSAIREMENT LIMITEE

572 . Si l'influence du droit de la concurrence sur le droit commun des obligations est une condition d'efficacité de ses dispositions, cette influence n'en reste pas moins nécessairement limitée par la règle *Specialia generalibus derogant*²⁷⁵⁴. Pourtant, une partie de la doctrine propose d'étendre le domaine du droit de la concurrence au delà des limites fixées par sa finalité. Une telle extension ne semble pas légitime, car elle repose sur une confusion portant sur la finalité du droit de la concurrence.

1/ LE DOMAINE NATUREL DU DROIT DE LA CONCURRENCE

²⁷⁵⁰ F. Dreifuss-Netter, chronique précitée, p.385; M. Malaurie-Vignal, chronique précitée, p.52; cf. en matière de clause de non-concurrence, Cass. Com., 4 janvier 1994, cité supra n°462.

²⁷⁵¹ Cass. Com., 1er juin 1993, Cont. Conc. Cons., 1993, n°154 obs. L. Vogel; R.T.D. Civ., 1994, 349, obs. J. Mestre; notons qu'en l'espèce la sanction a été fondée sur l'article 7-1 de l'ordonnance de 1986.

²⁷⁵² Cass. Crim., 5 novembre 1991, Dalloz, 1991, I.R. 10; cf. cependant Cass. Crim., 30 novembre 1992, Bull. Crim., 1992, n°396; Dalloz, 1993, I.R., 37; Cass. Crim., 29 novembre 1993, Bull. Crim., n°362; Dalloz, 1994, I.R., 15, décisions dans lesquelles la proposition de rabais ou de ristournes, faites dans des conditions d'attribution définies de manière objective et ne prêtant pas à discrimination, n'est pas de nature à restreindre la liberté de leur bénéficiaire éventuel de fixer le prix de revente de ces produits et ne saurait constituer une pratique tendant à conférer un caractère minimal au prix de revente.

²⁷⁵³ Cf. également pour une application de l'interdiction des prestations de services groupées ou subordonnées, Cass. Com., 1er mars 1994, R.T.D. Civ., 1994, 350, obs. J. Mestre.

²⁷⁵⁴ Sexte, *De rugulis juris*, XXXIV.

573. Mme Malaurie-Vignal a proposé deux solutions au conflit opposant deux droits autonomes : soit l'éviction de l'un au profit de l'autre, soit l'absorption de l'un par l'autre²⁷⁵⁵. S'agissant du conflit entre le droit de la concurrence et le droit commun des obligations, il semble que la seconde solution doit être exclue. En effet, ces deux matières juridiques ayant des domaines d'intervention et des finalités différentes, il est extrêmement douteux que l'une puisse absorber tout ou partie des règles de l'autre. Logiquement, en vertu de l'adage *Specialia generalibus derogant*, on devrait obligatoirement raisonner en termes d'éviction. Selon MM. Roland et Boyer, « *La loi spéciale ne peut être étendue à des cas voisins pour lesquels elle ne dispose pas expressément; elle doit rester à l'intérieur des frontières que lui trace son libellé textuel, sans pouvoir les franchir si peu que ce soit* »²⁷⁵⁶. L'interprétation d'un droit ou d'une loi spéciale, par opposition au droit ou à la loi générale, obéit donc au principe *exceptio est strictissimae interpretationis*²⁷⁵⁷. Ce n'est que dans la mesure où une convention présente un objet ou un effet anticoncurrentiel que les règles du droit de la concurrence évincent celles du droit commun des obligations. C'est le cas pour la jurisprudence « *des cuves* »²⁷⁵⁸. L'annulation de la clause de restitution en nature n'a été possible qu'en raison de son objet, ou de son effet potentiel, anticoncurrentiel. A l'intérieur du domaine d'intervention du droit de la concurrence aucune règle du droit commun ne peut entraver les sanctions prévues par l'ordonnance du 1er décembre 1986.

574. Mais en dehors de son domaine naturel d'application, dont les limites sont fixées par sa finalité, le droit de la concurrence ne peut exercer une quelconque influence sur le droit commun. Si le caractère d'ordre public de ses dispositions, lui confère une transversalité transcendant les divisions et les catégories²⁷⁵⁹, sa spécialité, en revanche, le cantonne dans les limites de son objectif. C'est pourquoi, nous ne partageons pas l'opinion de M. Vogel lorsqu'il affirme que la jurisprudence sur l'indétermination du prix, fondée sur l'article 1129 du Code civil, est en contradiction avec le droit de la concurrence, et notamment avec les articles 7 alinéa 2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et 85 du Traité de Rome²⁷⁶⁰. Il est parfaitement exact que la clause d'indexation des prix ou celle à dire de tiers, qu'impose la jurisprudence développée sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, « *conduit à une rigidité des prix sans rapport avec les réalités du marché, les gains de productivité des entreprises, ou les fluctuations de la demande des utilisateurs* »²⁷⁶¹. Mais ce n'est pas parce qu'il y a rigidité des prix que ce type de clauses est forcément prohibé. Il ne l'est que s'il présente, sur un marché de référence, des risques anticoncurrentiels, ce qui est loin d'être évident pour la plupart de ces clauses. Rappelons qu'en droit communautaire, la Cour de justice et la commission ont consacré le principe du seuil de sensibilité²⁷⁶² et de la règle de raison²⁷⁶³, si bien que l'on ne peut conclure péremptoirement que les clauses d'indexation ou de fixation de prix à dire de tiers sont

²⁷⁵⁵ Chronique précitée.

²⁷⁵⁶ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 3ème éd., 1992, n°400.

²⁷⁵⁷ Op. cit., n°118.

²⁷⁵⁸ Cf. supra n°570.

²⁷⁵⁹ J. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, P.U.F., 1989.

²⁷⁶⁰ L. Vogel, *Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution*, Dalloz, 1995, chron.155, n°19 et suiv.; cf. supra n°333 et suiv.

²⁷⁶¹ Op. cit.

²⁷⁶² B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, op. cit., n°502.

²⁷⁶³ Op. cit., n°571.

obligatoirement contraires au droit de la concurrence. Comme toutes clauses, elles peuvent ou non être contraires aux dispositions de ce droit, selon les circonstances.

A vouloir élargir démesurément le domaine du droit de la concurrence, on parvient à de sérieuses absurdités. Ainsi, Mme Malaurie-Vignal a pertinemment démontré qu'une conception trop extensive de ce droit pourrait remettre en cause tous les contrats conclus dans le monde des affaires, « *puisque le choix d'un cocontractant est fondé sur des critères subjectifs, sur un certain intuitu personae, et que ce choix aboutit nécessairement à exclure d'autres partenaires économiques* »²⁷⁶⁴. Cet auteur cite comme exemple les contrats de courtage et de commission, qui sont susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels, puisqu'ils reviennent à favoriser un partenaire au détriment d'un autre, pour des motifs essentiellement subjectifs²⁷⁶⁵. Dans le même ordre d'idées, M. Mestre s'est inquiété, à juste raison, de la tendance jurisprudentielle actuelle, qui consiste à interpréter de façon extensive les dispositions du droit de la concurrence, au risque de déstabiliser le droit des contrats et d'instaurer une insécurité juridique préjudiciable²⁷⁶⁶. Mais afin d'éviter de telles extrémités, il suffit de recentrer l'étude du droit de la concurrence sur ses finalités propres.

2/ LA CONFUSION SUR LES FINALITES DU DROIT DE LA CONCURRENCE

575. Nous avons vu que le droit de la concurrence a pour finalité essentielle l'instauration ou le maintien de conditions optimales de fonctionnement du marché. Il s'agit donc d'un droit fortement politique, dont le contenu dépend de la conception que le législateur se fait de l'optimum économique. « *La théorie économique définit la concurrence comme un processus permettant l'allocation optimale des ressources et l'équilibre entre l'offre et la demande qui seule permet d'éviter le gaspillage économique* »²⁷⁶⁷. L'ordonnance du 1er décembre 1986 privilégie le jeu de la concurrence et instaure des règles de direction pour empêcher que la concentration de puissance économique de certaines entreprises vienne fausser le fonctionnement du marché. Partant de cette idée, certains auteurs, incités en cela par le législateur de 1986, ont cru pouvoir assigner d'autres finalités au droit de la concurrence, et notamment une finalité de protection des économiquement faibles. Le raisonnement tenu a été le suivant : si les règles du droit de la concurrence ont pour but de limiter les concentrations de puissance économique et de sanctionner les abus qui en résultent, cela revient, en pratique, à protéger les économiquement faibles.

Hémard a été l'un des premiers à expliquer que, d'une part le droit de la concurrence produisait des effets à l'égard des consommateurs et que, d'autre part, certaines règles de ce droit protégeaient directement les consommateurs²⁷⁶⁸. M. Calais-Auloy a largement contribué à approfondir cette idée que le droit de la concurrence ne contient pas en lui-même sa propre finalité, mais la trouve dans l'intérêt des consommateurs²⁷⁶⁹. Selon, M.

²⁷⁶⁴ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence et droit des contrats*, chron. précitée.

²⁷⁶⁵ Op. cit.

²⁷⁶⁶ J. Mestre, obs. R.T.D. Civ., 1994, 350.

²⁷⁶⁷ P. Lepetit, *Franchises et ententes*, cah. dt. ent., 1987, n°2.

²⁷⁶⁸ J. Hémard, *Droit de la concurrence et protection des consommateurs*, G.P., 1971, doct.575.

²⁷⁶⁹ J. Calais-Auloy, in *Le droit français nouveau de la concurrence*, cah. dt. ent., 1987, n°1, p.34.

Calais-Auloy, « presque tous les textes réglementant les méthodes commerciales protègent à des degrés variables, les consommateurs et les concurrents »²⁷⁷⁰. Mais il va plus loin en affirmant que « la concurrence, à moins de devenir un dogme pur et simple, ne peut être un but en soi. Elle n'a de signification que dans la mesure où elle améliore le rapport qualité/prix des produits et des services mis sur le marché et où, dès lors, elle profite directement ou indirectement aux consommateurs »²⁷⁷¹.

576. L'opinion de M. Calais-Auloy n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine, qu'elle soit consumériste ou commercialiste. Ainsi, MM. Cas et Ferrier considèrent que « l'idée qu'entre les professionnels se disputant la clientèle des consommateurs, ces derniers joueraient le rôle d'arbitres souverains n'est qu'une vue de l'esprit »²⁷⁷². M. Azéma rappelle pour sa part que « le droit de la consommation est essentiellement tourné vers la protection des consommateurs, et l'incidence des rapports concurrentiels n'est qu'indirecte. A l'inverse, le droit de la concurrence a pour finalité première l'organisation et parfois l'amélioration des conditions de la concurrence et la protection que peut y trouver le consommateur n'est qu'une conséquence heureuse, mais secondaire du but essentiellement poursuivi »²⁷⁷³. C'est également l'opinion de M. Chartier qui, voit « une différence d'esprit entre les deux droits, laquelle tient à leur finalité respective : dans un cas, la protection des entreprises dans leurs rapports entre elles et celle des marchés, dans l'autre celle des personnes avec lesquelles traitent les entreprises »²⁷⁷⁴. Il paraît, en effet abusif, de réduire la portée du droit de la concurrence à la protection et à la satisfaction des intérêts des consommateurs. Le choix de la libre concurrence est, avant tout, un choix politique qui repose sur la conviction selon laquelle seule la liberté du jeu de l'offre et de la demande permet d'atteindre le bien être social optimum et la plus grande création de richesses et de valeur possible. Le droit de la concurrence est donc essentiellement un droit de direction, d'organisation économique. Il est, à cet égard, caractéristique que la France soit passée d'un « ordre public économique d'inspiration socialisante » à un « ordre public économique, d'inspiration néo-libérale »²⁷⁷⁵. Mais, dans les deux cas, il s'agit d'un ordre public de direction. « La part essentielle de l'ordre public économique de direction revient aujourd'hui au droit de la concurrence, dont l'importance ne cesse de croître »²⁷⁷⁶. A l'opposé, le droit de la consommation est, par essence, un droit d'ordre public économique de protection, « qui se propose de rétablir entre le faible et le fort un équilibre que ne réalise pas spontanément le jeu contractuel »²⁷⁷⁷, ni d'ailleurs, le jeu concurrentiel.

Certes, la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection n'est pas toujours évidente en pratique, tant certaines règles sont ambivalentes. Mais ambivalence ne signifie pas identité de finalité. Il est certain que le droit de la concurrence a des effets sur les consommateurs, de même que le droit de la consommation influence le fonctionnement du marché. Les différents auteurs qui ont participé, sous la direction de MM. Serra et Calais-Auloy, à la rédaction d'articles ayant pour objet d'analyser les liens existants entre la concurrence et la consommation, ont montré la complexité des

²⁷⁷⁰ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, n°60.

²⁷⁷¹ J. Calais-Auloy, *L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs*, Dalloz, 1987, chronique, 137.

²⁷⁷² G. Cas et D. Ferrier, *Traité du droit de la consommation*, p.255.

²⁷⁷³ J. Azéma, *Le droit de la concurrence*, p.255.

²⁷⁷⁴ Y. Chartier, *Droit des affaires*, t.1, *L'entreprise commerciale*, n°342.

²⁷⁷⁵ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, n°358.

²⁷⁷⁶ Op. cit.

²⁷⁷⁷ Op. cit., n°359.

interférences²⁷⁷⁸. Mais l'existence de ces liens ne doit pas surprendre. Le droit de la concurrence a pour objet la régulation du fonctionnement du marché. Or, les sciences économiques nous ont appris que le marché est le lieu de rencontre de l'offre et de la demande, cette dernière pouvant être professionnelle ou non. Ainsi, le droit qui a pour objet le fonctionnement du marché a forcément des influences sur les deux pôles qui le constituent.

577. Cette influence induite et naturelle ne doit pas entraîner une confusion quant aux finalités du droit de la concurrence. Chacune de ses dispositions doit être soumise au critère de finalité première, proposé par M. Azéma²⁷⁷⁹. Certaines règles ont essentiellement pour objet la protection des consommateurs et relèvent du droit de la consommation, même si elles ont un effet indirect sur la concurrence; tandis que d'autres visent principalement à assurer l'existence et l'exercice de la concurrence, et relèvent dès lors du droit de la concurrence, même si, indirectement, elles favorisent la protection des consommateurs. En élargissant la problématique à la protection des économiquement faibles, force est de parvenir à la même solution. C'est d'ailleurs ce que la Cour de cassation a tranché en consacrant, en droit interne, la notion de seuil de sensibilité²⁷⁸⁰.

Dans le rapport de la Cour de cassation pour l'année 1993, M. de Monteynard a expliqué le double fondement du seuil de sensibilité : le droit communautaire d'une part et l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 d'autre part. Ce rapprochement souhaitable avec le droit communautaire permet d'expliquer l'existence de ce seuil de sensibilité par le principe de spécialité du droit de la concurrence, celui-ci n'ayant pas à se préoccuper de la protection des intérêts privés, mais seulement du fonctionnement du marché²⁷⁸¹. La doctrine considère généralement que le seuil de sensibilité est un impératif primordial afin que le droit de la concurrence ne déborde pas les limites de son domaine naturel. « *L'exigence d'une atteinte sensible conduit à n'appliquer les règles de la concurrence que s'il apparaît que l'accord ou le comportement litigieux modifie sensiblement les mécanismes ou les structures concurrentielles du marché ou bien est*

²⁷⁷⁸ *Concurrence et consommation*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1994; cf. not. M. Pédamon, *La liberté des prix et l'intérêt des consommateurs*, p.7; L. Bihl, *La défense de la liberté de la concurrence par les consommateurs*, p.31; J.M. Blaise, *Monopole et intérêt des consommateurs*, p.42; J.P. Pizzio, *La protection des consommateurs est-elle une entrave à la concurrence?*, p.77; D. Ferrier, *Pratiques commerciales interdites ou réglementées : protection des concurrents ou protection des consommateurs?*, p.111.

²⁷⁷⁹ Op. cit.

²⁷⁸⁰ Cass. Com., 4 mai 1993, Bull. Civ. IV, n°172; Cont. Conc. Cons., 1993, n°110, obs. L. Vogel; il faut noter que le conseil de la concurrence n'accepte pas d'intégrer la notion de seuil de sensibilité en droit interne : Cons. Conc., 23 novembre 1993, Cont. Conc. Cons., 1993, n°50, obs. L. Vogel; Cons. Conc., 5 avril 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°165, obs. L. Vogel; Cons. Conc., 21 février 1995, Cont. Conc. Cons., 1995, n°106, obs. L. Vogel; dans le même sens : C.A., Paris, 1ère ch., sect. Conc., 7 juillet 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°196, obs. L. Vogel; voir cependant CA Paris 1ère Ch. sect. conc. 7 juillet 1995, Cont. Conc. Cons. 1995 n°164, obs. L. Vogel, qui décide qu'une pratique ne produisant pas d'effets sensibles sur le jeu de la concurrence peut être qualifiée d'entente au sens de l'article 7, mais n'est pas, en revanche, susceptible d'être sanctionnée. Selon M. Vogel, « *le seuil de sensibilité se déplacerait ainsi du terrain de l'incrimination à celui de la sanction* ».

²⁷⁸¹ Rapport de la Cour de cassation pour 1993, G. de Monteynard, *Réflexions sur l'application par la Cour de cassation de la notion de seuil de sensibilité en droit de la concurrence*, p.225 et suiv.

objectivement de nature à produire un tel effet même si, pour différentes raisons ne tenant pas à la structure du marché, cette perturbation ne s'est finalement pas produite »²⁷⁸².

Le concept de seuil de sensibilité est à rapprocher de la nature et de la finalité du droit de la concurrence. Celui-ci ne s'intéresse aux abus de puissance économique que s'ils causent, ou sont susceptibles de causer, une atteinte sensible au jeu de la concurrence. Ce point est parfaitement admis, en droit communautaire, par la communication de la Commission du 3 septembre 1986 concernant les accords d'importance mineure : « *la Commission estime que l'interdiction des ententes édictées à l'article 85 § 1 du traité instituant la communauté économique européenne ne vise pas les accords qui n'affectent que d'une manière insignifiante le commerce entre les Etats membres ou la concurrence. Seuls sont interdits les accords qui ont des effets sensibles sur les conditions du marché (...)* »²⁷⁸³. Il devrait en être de même, sans discussion possible, en droit interne, sauf à dénaturer le droit de la concurrence en lui faisant jouer un rôle protecteur qui n'est pas le sien. Notamment, les notions d'abus de dépendance ou de position dominante ne peuvent pas assurer efficacement une protection des économiquement faibles, même s'il existe une tendance doctrinale forte en ce sens.

PARAGRAPHE 2 - LES LIMITES DES NOTIONS DU DROIT DE LA CONCURRENCE POUR ASSURER UNE PROTECTION DES ECONOMIQUEMENT FAIBLES

578 . Lors de l'élaboration de l'ordonnance du 1er décembre 1986, le point de savoir s'il convenait de maintenir des sanctions *per se* de certaines pratiques restrictives de concurrence était discuté²⁷⁸⁴. Le Titre IV de l'ordonnance, intitulé *De la transparence et des pratiques restrictives*, englobe une série de comportements sanctionnés *per se*, c'est-à-dire sans bilan économique²⁷⁸⁵. Or, les experts consultés pendant l'élaboration du projet avaient rejeté la prohibition *per se* des pratiques discriminatoires, refus de vente et ventes liées²⁷⁸⁶. Il est sûr que ce type de sanctions automatiques entraîne une rigidité critiquable en empêchant de justifier certaines pratiques par un bilan économique favorable. A cet égard, des problèmes insolubles ont été posés en pratique par l'interdiction *per se* de la pratique des conditions de vente discriminatoires. L'article 36-1 entraîne, en effet, une telle rigidité, qu'appliqué à la lettre, il prohibe toute négociation commerciale, chaque entreprise étant tenue de proposer les mêmes conditions à l'ensemble de sa clientèle. Il a fallu deux lettres de la direction générale de la concurrence du 4 novembre et du 27 décembre 1994 pour

²⁷⁸² M.C. Boutard-Labarde et R. Saint-Esteben, *Réflexions sur le seuil de « sensibilité » en droit de la concurrence*, J.C.P., 1989, éd. E., II, 15406; les auteurs précisant que « *la condition d'atteinte sensible ne doit pas être confondue avec une quelconque exigence d'un effet concret sur le marché* », cf. également, Y. Chartier, op. cit., p.646.

²⁷⁸³ Art. 2 de la communication du 3 sept. 86.

²⁷⁸⁴ J.M. Mousseron, V. Sélinsky et D. Ferrier, *Le mort saisit le vif*, Commentaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, J.C.P., 1987, éd. E., II, 14840, n°23 et 34 et suiv.

²⁷⁸⁵ Cf. cependant l'article 36-2, qui renvoie à l'article 10; G. Virassamy, *Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels*, Dalloz 1988, chron.113; D. Ferrier, *Pratiques restrictives*, cah. dt. ent. 1987, n°1, p.19.

²⁷⁸⁶ J.M. Mousseron, V. Sélinsky et D. Ferrier, op. cit., n°39 bis.

réaffirmer le principe de la libre négociation en introduisant une sorte de bilan économique par le biais de la justification de la discrimination²⁷⁸⁷.

Les déséquilibres de puissance économique, qui doivent faire l'objet d'une analyse concrète, ne peuvent donc être appréhendés, dans leur globalité, par les pratiques restrictives de concurrence, même si indirectement une entreprise économiquement puissante peut tomber sous le coup de certaines de ces infractions. En revanche, les pratiques dites anticoncurrentielles, prévues au titre III de l'ordonnance du 1er décembre 1986 contiennent deux notions non dépourvues d'intérêt : l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique²⁷⁸⁸. C'est au regard de ces concepts que Mme Vialle a pu affirmer que les professionnels sont protégés par l'ordonnance 1986 et doivent en conséquence, être systématiquement exclus de la protection conférée par le droit de la consommation²⁷⁸⁹. Il est vrai que si les notions d'abus de position dominante et de dépendance économique sont susceptibles de protéger les professionnels en situation de faiblesse économique, contre les abus éventuels d'entreprises économiquement puissantes, il serait alors inutile et superflu de vouloir alourdir la théorie générale du droit commun des obligations d'une nouvelle notion. Les économiquement faibles, qui ne peuvent être que consommateurs ou professionnels, seraient, dans ces conditions, toujours protégés, les uns par le droit de la consommation, les autres par le droit de la concurrence. Nous venons de voir que la finalité du droit de la concurrence ne permettait pas, sur le plan des principes, d'instaurer un régime de protection. Sur le plan de la technique juridique, nous allons pouvoir constater que, ni l'abus de position dominante, ni l'abus de dépendance économique, ne sont des notions adéquates pour protéger les économiquement faibles, malgré leurs liens évidents avec l'abus de puissance économique.

A - L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

579. L'article 8-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dispose qu'est prohibée « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises, d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* ». Le droit communautaire contient une disposition analogue dans l'article 86 al.1er du Traité de Rome, qui précise, qu'est « *incompatible avec le marché commun et interdit dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

Le rapprochement avec la notion de puissance économique est évident. D'abord, la position dominante, tout comme la concentration de puissance économique, n'est pas condamnée en soi, mais seulement si elle dégénère en abus. Admettre le contraire reviendrait à entraver de façon significative le progrès technique et la dynamique économique. « *Des innovations techniques importantes sont souvent génératrices de position dominante, voire de monopole, et s'accompagnent nécessairement d'un déplacement de la demande qui affecte les intérêts des entreprises concurrentes* »²⁷⁹⁰.

²⁷⁸⁷ Cont. Conc. Cons., n°70, obs. L. Vogel.

²⁷⁸⁸ Art. 8-1 et 8-2 de l'ord. 1er décembre 1986.

²⁷⁸⁹ S. Vialle, thèse précitée, p.343.

²⁷⁹⁰ R. Roubault, *Les positions dominantes et le droit positif français*, Rev. Conc. et consom., 1979, n°973; sur la notion d'abus de position dominante en général, cf. Decocq et Pédamon, *L'ordonnance du 1er*

Ensuite, la notion de puissance économique est l'un des critères utilisés, par la jurisprudence, pour caractériser la domination d'un marché. La loi du 2 juillet 1963, qui a modifié l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945, faisait directement référence à la « *concentration manifeste de puissance économique* » pour définir la domination du marché. Bien que l'ordonnance du 1er décembre 1986 n'ait pas retenu cette formule, la doctrine estime qu'il n'y a eu aucune modification de fond²⁷⁹¹. Est ainsi en situation dominante l'entreprise qui « *est en position d'entraver le fonctionnement de la concurrence parce qu'aucun compétiteur n'offre en face d'elle une alternative significative à ses clients ou fournisseurs, si bien qu'elle peut y déterminer à peu près librement les conditions de fonctionnement du marché : accès à celui-ci, politique commerciale, choix des technologies, niveaux des prix, etc.* »²⁷⁹².

En droit communautaire, la définition de la position dominante se fonde également sur la notion de puissance économique, *lato sensu*²⁷⁹³. Dans le mémorandum du 1er décembre 1965, la Commission européenne a défini la domination d'un marché comme « *un pouvoir économique* »²⁷⁹⁴. La jurisprudence communautaire considère généralement qu'une entreprise a une puissance économique suffisante pour dominer un marché, lorsqu'elle bénéficie d'une autonomie de stratégie, « *d'indépendance globale de comportement* »²⁷⁹⁵. Dans les arrêts *United-Brands*²⁷⁹⁶, *Hoffman-La Roche*²⁷⁹⁷ et *L'Oréal*²⁷⁹⁸, la Cour de justice des communautés européennes considère que la position dominante « *concerne la situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement des consommateurs* ». Ainsi, la concentration de puissance économique étant une notion essentielle pour la définition de la position dominante, il est logique que les critères de détermination de celle-ci soient également pertinents à son égard. Citons, par exemple, les parts de marché détenues, la politique commerciale, l'innovation en matière de recherche développement, la structure du marché, etc.²⁷⁹⁹. Enfin, le rapprochement entre les notions de puissance économique et de position dominante est favorisé par la sanction prévue à l'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : la nullité. En raison de cette sanction, nous avons vu que le droit de la concurrence pouvait pénétrer dans le droit des obligations afin d'annuler certains actes ayant pour origine un abus de domination²⁸⁰⁰. Mais cette sanction oppose ces notions autant qu'elle les rapproche.

580 . En effet, les dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 étant d'ordre public économique de direction, la sanction logique de leur inobservation est la nullité

décembre 1986, Juris. Class., Conc. Cons., n° spéc. 1987, n°26; J.M. Mousseron et V. Sélinsky, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 1987, p.103; G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique 1995*, n°623 et suiv.; Y. Chartier, op. cit., n°394 et suiv.; P. Didier, op. cit., p.291 et suiv.; E. Müller, *L'abus de position dominante*, G.P., 1991, doct.351.

²⁷⁹¹ En ce sens, G. Cas. et R. Bout, op. cit., n°641; Decocq et Pédamon, op. cit., n°27.

²⁷⁹² Rapport de la commission pour 1979, p.37 et pour 1980, p.227.

²⁷⁹³ Cf. introduction.

²⁷⁹⁴ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, n°538.

²⁷⁹⁵ C.J.C.E., 9 décembre 1971, *Continental Can*, J.O.C.E., n°7 du 8 janvier 1972.

²⁷⁹⁶ C.J.C.E., 17 décembre 1975, J.O.C.E. du 9 avril 1976, n°L.95.

²⁷⁹⁷ C.J.C.E., 13 février 1979, Rec., C.J.C.E., p.461.

²⁷⁹⁸ C.J.C.E., 11 décembre 1980, Rec., C.J.C.E., p.3775.

²⁷⁹⁹ Cf. G. Cas et R. Bout, op. cit., n°642 et 643.

²⁸⁰⁰ Cf. supra, n°569 et suiv.

absolue²⁸⁰¹. Tout intéressé peut donc soulever cette nullité, y compris l'entreprise économiquement puissante qui est à la source de l'abus, si tel était son intérêt! S'agissant d'assurer la protection des économiquement faibles, la sanction propre à l'abus de position dominante n'est pas opportune.

En outre, le droit de la concurrence ne s'intéressant qu'aux faits et actes portant une atteinte sensible à la concurrence²⁸⁰², tous les rapports et abus de domination n'entreront pas dans son champ d'application. Certaines entreprises économiquement faibles se retrouvent donc sans aucune protection, rejetées par le droit de la consommation eu égard à leur qualité de professionnel, et ignorées du droit de la concurrence, pour qui les abus mineurs, ou de faibles importance, n'affectent pas sensiblement le marché²⁸⁰³.

Surtout, malgré les interférences et les liens qui existent entre ces deux notions, il apparaît que la puissance économique et la position dominante ne se situent pas au même niveau d'analyse. La première notion englobe, en effet, la seconde, qui n'est qu'un de ses effets parmi d'autres²⁸⁰⁴. Il se peut très bien qu'une entreprise abuse de sa puissance économique sans toutefois que soit caractérisé une quelconque domination du marché. Certes, il y a parfois coïncidence entre puissance économique et domination du marché. Ainsi, la clause limitative de responsabilité imposée par l'office d'annonces (O.D.A) qui détient la régie exclusive des pages jaunes de l'annuaire des P.T.T., lui a valu une condamnation sur le fondement de l'abus de position dominante²⁸⁰⁵. Mais ce genre de coïncidence est loin d'être systématique, tant il est vrai que la puissance économique peut se traduire seulement par la domination d'un contractant économiquement faible, sans qu'il y ait domination du marché. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur de 1986 a introduit en droit interne une nouvelle notion juridique : l'abus de dépendance économique.

B - L'ABUS DE DEPENDANCE ECONOMIQUE

581. L'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 prohibe, dans les mêmes conditions que les ententes « *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, qui ne dispose pas de solution équivalente* »²⁸⁰⁶. Sur le plan du droit européen, le concept de l'état de dépendance économique s'est développé dans le cadre de la position dominante prévue à l'article 86 du Traité de Rome. Partant de ce fondement, la Commission a progressivement dégagé la notion de « *partenaire*

²⁸⁰¹ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°72.

²⁸⁰² Cf. supra, n°577 et suiv.

²⁸⁰³ Com. Conc., 2 avril 1981, Rechapage des pneumatiques : « *les faits de l'espèce ne constituent pas des entraves au fonctionnement du marché assez sensibles* » pour être visées par les dispositions prohibant les abus de position dominante; citée par G. Cas et R. Bout, op. cit., n°649.

²⁸⁰⁴ Cf. Introduction.

²⁸⁰⁵ Cons. Conc., 18 septembre 1990, J.C.P., 1990, éd. E., I, 20432; Cont. Conc. Cons., 1991, n°13, obs. L. Vogel.

²⁸⁰⁶ M. Glais, *L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986*, G.P., 1989, doct.290; M. Pédamon, *Les abus de domination*, cah. dt. ent., 1987, n°1, p.15; J. Thréard et C. Bourgeon, *Dépendance économique et droit de la concurrence*, cah. dt. ent., 1987, n°2, p.20; G. Cas et R. Bout, op. cit., n°652 et suiv.; Y. Chartier, op. cit., n°387; P. Didier, op. cit., p.293 et 294.

obligatoire », notion reprise fréquemment par la Cour de justice²⁸⁰⁷ pour sanctionner le refus de vente commis par une entreprise économiquement puissante et imposé à un partenaire ne disposant pas de solution équivalente pour assurer son approvisionnement²⁸⁰⁸.

582. A priori, la notion d'état de dépendance économique semble mieux convenir que celle de position dominante, pour servir de mécanisme général sanctionnant les abus de puissance économique et protégeant les économiquement faibles. L'introduction de cette notion en droit positif interne répondait aux remarques pertinentes de la Commission de la concurrence qui avait constaté, dans son avis du 14 mars 1985 sur la situation des centrales et super-centrales d'achat, que l'abus de position dominante ne permettait pas d'appréhender « *la simple domination d'un partenaire commercial sur l'autre, dans leur rapport bilatéral* »²⁸⁰⁹. Le but était donc de modifier les dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945, afin de créer une prohibition qui serait libérée de la condition de la domination du marché pertinent, ou *relevant market*, et qui serait donc susceptible de sanctionner les abus de puissance économique commis par des entreprises ne se trouvant pas en situation de position dominante. Rappelons que le marché pertinent se définit comme « *le lieu théorique où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les acheteurs et les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens ou services offerts* »²⁸¹⁰.

Cette notion d'état de dépendance économique s'inspire directement du droit allemand, dont on sait qu'il ne prohibe *per se* aucune pratique discriminatoire²⁸¹¹. La réforme du droit allemand de 1973 a ajouté, à l'abus de position dominante, la prohibition de la détention d'un pouvoir de marché relatif, qui vise les entreprises « *dont dépendent des fournisseurs ou des acheteurs d'un certain type de produits ou de services commerciaux, dans la mesure où il n'existe pas pour eux des possibilités suffisantes et supportables de s'adresser à d'autres entreprises* »²⁸¹². Ce texte permet, en Allemagne, de sanctionner quatre types de comportements qui n'entrent pas dans le champ de l'abus de position dominante : l'abus de dépendance pour cause d'assortiment, pour cause de pénurie, pour cause de relations d'affaires et pour cause de puissance d'achat²⁸¹³. A la lumière de l'exemple allemand, la doctrine française avait placé beaucoup d'espoirs dans l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, pensant qu'il allait permettre d'appréhender la globalité du phénomène de déséquilibre de puissance économique entre professionnels. Mais force est de reconnaître, aujourd'hui, que ces espoirs ont été déçus. Nous allons voir qu'il ne pouvait en être autrement. Avant d'examiner les raisons de cette déception certaine, il faut revenir sur une terminologie incertaine.

1/ UNE TERMINOLOGIE INCERTAINE

²⁸⁰⁷ Com. Europ., 14 mars 1972, Zoja/CSC.; C.J.C.E., 14 février 1978, United Brands.

²⁸⁰⁸ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, op. cit., n°584; rappelons qu'en droit européen de la concurrence, le refus de vente n'est pas sanctionné *per se*.

²⁸⁰⁹ Cf. supra n°534 et suiv.

²⁸¹⁰ C.A., Paris 17 juin 1992, B.O.C.C., 1992, 217; Y. Chartier, op. cit., n°386; B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, op. cit., n°542.

²⁸¹¹ M. Pédamon, *La protection de la libre concurrence en République Fédérale d'Allemagne*, J.C.P., 1984, éd. E., 14310.

²⁸¹² M. Pédamon, *Les abus de domination*, art. précité, p.16.

²⁸¹³ Op. cit.

583 . Il est unanimement admis, par les principaux auteurs faisant autorité en la matière, que les notions d'abus de position dominante et d'abus d'état de dépendance économique peuvent se réunir sous le vocable d'« *abus de domination* »²⁸¹⁴. L'expression « *abus de domination* » avait d'ailleurs été retenue par le projet du groupe d'experts désignés pour préparer la réforme du droit de la concurrence²⁸¹⁵. Cependant le texte définitif de l'article 8 n'a pas conservé cette expression, au grand regret de la doctrine qui estime que l'on peut fusionner, sous la notion d'abus de domination, à la fois l'abus de position dominante, qui est un abus de domination absolu, et, l'abus d'état de dépendance économique, qui est un abus de domination relatif²⁸¹⁶. MM Cas et Bout considèrent, en ce sens, que l'expression d'abus de domination « *permet de regrouper, sous une appellation commune, ces deux pratiques anticoncurrentielles prohibées par l'article 8 de l'ordonnance de 1986 précitée* »²⁸¹⁷.

Pourtant, les deux types de pratiques anticoncurrentielles, que la doctrine veut réunir sous les termes « *abus de domination* », ne paraissent pas être d'une nature identique, et avoir vocation à appréhender le même genre de situations. Si l'abus de position dominante peut se comprendre par référence à la notion de domination du marché; en revanche, l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique est intrinsèquement différent. D'ailleurs, la doctrine ne réunit ces deux notions que pour mieux les distinguer²⁸¹⁸. La différence de nature réside dans l'idée de domination. En effet, dominer signifie exercer une suprématie²⁸¹⁹. Or, des entreprises peuvent abuser de leur puissance économique sans toutefois exercer une domination. La domination est l'effet le plus exacerbé de la concentration de puissance économique, elle ne représente pas l'intégralité du phénomène. Tout abus de domination constitue un abus de puissance économique, mais tout abus de puissance économique n'est pas forcément un abus de domination. Cela est si vrai que la doctrine utilise, pour désigner l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique, les termes d'« *abus de domination relatif* »²⁸²⁰. Mais, une domination est par définition relative, en ce sens qu'elle s'exerce toujours sur quelqu'un ou quelque chose. Il aurait, peut être, été plus pertinent de parler de domination objective, pour l'abus de position dominante, et de domination subjective, pour l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique. En effet, ce qui caractérise cette seconde notion, c'est que le lien de dépendance existe au détriment d'une entreprise déterminée, tandis que, dans l'abus de position dominante, c'est le marché, et donc à travers lui l'ensemble des intervenants, qui subit l'abus de domination. Mais on parvient alors au coeur du problème, car l'incertitude terminologique recouvre, en réalité, une confusion de fond.

Il semble que la notion d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique ne ressortit pas au domaine du droit de la concurrence, mais à celui du droit commun des obligations. Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer que la sanction de la nullité

²⁸¹⁴ G. Cas et R. Bout, op. cit., n°622; P. Didier, op. cit., p.293; J.M. Mousseron et V. Sélinsky, *Le droit français nouveau de la concurrence*, p.103; M. Pédamon, *Les abus de domination*, art. précité; V. Sélinsky, *Abus de domination*, Juris. Class., Concurrence et consommation, Fasc.315.

²⁸¹⁵ G. Cas et R. Bout, op. cit., n°371.

²⁸¹⁶ M. Pédamon, op. cit.

²⁸¹⁷ G. Cas et R. Bout, op. cit., n°622.

²⁸¹⁸ G. Cas et R. Bout, op. cit., n°622; M. Pédamon, op. cit., p.15.

²⁸¹⁹ Du latin *dominari* : « être maître, commander, régner ».

²⁸²⁰ Cf. auteurs précités.

absolue, inhérente à toute règle d'ordre public de direction, n'est pas en adéquation avec la finalité protectrice de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Mais ce n'est pas tout.

584 . En premier lieu, la structure même de la définition démontre qu'il ne s'agit pas d'une institution du droit de la concurrence. En effet, de prime abord, l'article 8-2 ne paraît pas requérir une analyse de la structure du marché, ni une comparaison entre celle-ci et la puissance économique de l'entreprise dominante, afin de déterminer si le jeu de la concurrence a été, ou aurait pu être, entravé. Le texte impose seulement de constater un état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise par rapport à une autre. M. Pédamon a lui-même insisté sur le caractère bilatéral du rapport de domination²⁸²¹. Cette structure bilatérale ressemble à s'y méprendre au lien d'obligation entre un sujet actif et un sujet passif. D'ailleurs les exemples cités par la doctrine, pour illustrer les hypothèses qui pourraient être appréhendées par la notion d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, sont, à cet égard, révélateurs²⁸²². Pour le ministre de l'Economie et des Finances de l'époque le concept de dépendance désigne : « *une relation commerciale dans laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur. Il en est ainsi :*

- *du commerçant spécialisé qui ne peut exercer normalement son activité sans proposer à la vente les produits d'une marque disposant d'une notoriété particulière;*
- *du producteur qui réalise auprès d'une centrale d'achat une part importante de son chiffre d'affaires, à laquelle il ne peut renoncer sans mettre en péril son activité, et qu'il ne peut reconstituer rapidement auprès d'autres clients;*
- *du sous-traitant qui ne peut facilement reconvertir son activité pour recourir à un autre donneur d'ouvrage »²⁸²³.*

S'il est vrai que le marché peut être influencé par de telles pratiques, il faut avouer que cette influence n'est qu'indirecte. L'objectif principal de ces dispositions est ailleurs.

585 . En second lieu, la finalité profonde des dispositions de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 est avant tout de protéger les entreprises économiquement faibles contre les abus de puissance de certains de leurs partenaires. Or, l'étude des finalités du droit de la concurrence a permis de montrer que cette matière juridique n'avait pas pour objet premier la protection des intérêts privés²⁸²⁴, mais de régler le fonctionnement du marché. Il se peut qu'en appliquant les règles assurant le bon fonctionnement du marché, le droit de la concurrence protège incidemment certaines entreprises en situation de faiblesse économique. Mais il ne faut pas prendre l'effet induit pour la finalité première. Les dispositions de l'article 8-2 sont donc en porte-à-faux. A l'instar de certaines autres dispositions qui ont été, sur un plan formel, insérées dans l'ordonnance de 1986, elle ne fait pas partie de cette matière juridique. Les exemples sont nombreux : les articles 28, sur l'information en matière de prix et de clause limitative de responsabilité contractuelle, 29, sur les ventes avec primes ou cadeaux, ou encore 30, sur les ventes liées, ont été abrogés par la loi n°93-949 du 26 juillet 1993 et introduits dans le Code de la consommation aux articles L.113-3, L.123-35 et L.122-1. Cette transplantation

²⁸²¹ Op. cit.

²⁸²² Cf. M. Glais, art. précité; M. Pédamon article précité.

²⁸²³ Rep. min., citée par G. Cas et R. Bout, op. cit., n°654.

²⁸²⁴ Cf. supra n°566 et suiv.; 575 et suiv.

juridique, si elle a de quoi surprendre, n'en est pas moins logique. Ces dispositions ont été insérées dans l'ordonnance de 1986 alors qu'elle n'ont pas pour finalité première d'améliorer ou de favoriser la concurrence, mais de protéger et d'informer les consommateurs. Il en est de même pour l'article 8-2 qui devrait, pour être réellement efficace, dépendre de la théorie générale des obligations. Son insertion artificielle dans le droit de la concurrence ne pouvait que causer une déception certaine.

2/ UNE DECEPTION CERTAINE

586. La rédaction de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 contient intrinsèquement la désillusion ressentie, par la doctrine, lors des premières décisions rendues par le Conseil de la concurrence. En effet, celui-ci dispose que les deux catégories « *d'abus de domination* » sont prohibées « *dans les mêmes conditions* » que les ententes ayant « *pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre, de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* ». Ainsi, parce que la véritable nature de l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique n'a pas été suffisamment perçue, elle ne peut être sanctionnée « *par elle-même, indépendamment de ses effets sur la concurrence* »²⁸²⁵. Dès la promulgation de l'ordonnance de 1986, M. Azéma avait attiré l'attention sur le fait que « *l'abus de dépendance économique ne pouvait être envisagé, au titre des pratiques anticoncurrentielles, que dans la mesure où il a une véritable incidence sur la concurrence* »²⁸²⁶. De la même façon, M. Denis Mazeaud a précisé que « *pour qu'un juge face à une clause abusive imposée à un professionnel puisse annuler celle-ci, il est nécessaire que l'abus de position dominante ou de dépendance économique auquel elle se rapporte ait pour objet ou pour effet une atteinte à la concurrence. Faute d'une atteinte notable ou sensible à la liberté de la concurrence, le juge sera désarmé face à de telles clauses abusives* »²⁸²⁷. Ce renvoi à l'article 7, et à la nécessité d'une atteinte sensible, réelle ou potentielle, à la concurrence sur le marché de référence, est parfaitement cohérent dans la mesure où le texte prévoyant la prohibition de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique est inséré dans l'ordonnance contenant l'essentiel du droit français de la concurrence. Cependant, une partie de la doctrine propose une extension de cette notion pour lui faire jouer un rôle en droit commun des obligations.

587. En 1980, la Cour de cassation avait refusé d'admettre l'annulation d'un contrat de distribution pour cause de violence morale exercée par une « *entreprise puissante* » à l'encontre « *d'un concessionnaire incomparablement plus faible* »²⁸²⁸. Or, M. Ghestin affirme que cette jurisprudence « *se trouve aujourd'hui contredite par les nouveaux textes régissant le droit de la concurrence* », et notamment l'article 8-2 de l'ordonnance de 1986²⁸²⁹. Cet auteur va même jusqu'à considérer que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en

²⁸²⁵ G. Cas et R. Bout, op. cit., n°658.

²⁸²⁶ J. Azéma, *Franchise et abus de domination*, cah. dt. ent., 1987, n°2, p.5; cf. également, *Le droit français de la concurrence*, p.335.

²⁸²⁷ D. Mazeaud, *Le juge face aux clauses abusives*, in *Le juge et l'exécution du contrat*; cf. également, F. Dreiffuss-Netter, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, R.T.D. Civ., 1990, 369 et spec., p.389.

²⁸²⁸ Cass. Com., 20 mai 1980, Bull. Civ. IV, n°212, censurant C.A., Paris, 27 septembre 1977, Dalloz, 1978, 690, note Souleau; cf. supra n°305 et suiv.

²⁸²⁹ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°580.

date du 27 septembre 1977, censuré par la Cour de cassation, « *se voit ainsi justifié par le législateur* ».

Selon le même type de raisonnement, mais cette fois appliqué à l'extinction des contrats, M. Virassamy propose de fonder l'obligation de motiver la rupture des contrats de distribution sur les dispositions de l'article 8-2 de l'ordonnance de 1986²⁸³⁰. L'auteur prend l'exemple traditionnel de l'extinction du contrat de concession à l'initiative du concédant. « *Dès lors, ce texte n'introduit-t-il pas une obligation pour le partenaire, par exemple un concédant, qui entend rompre les relations commerciales, d'indiquer les raisons de sa décision, permettant ainsi un contrôle de sa légitimité au regard des dispositions de l'article 8 ?* »²⁸³¹. Mais cet article, qui se contente de sanctionner des abus et d'en donner une liste indicative, n'impose aucune obligation positive de motivation! Il précise simplement²⁸³² qu'une rupture de contrat ne peut être motivée par le refus de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées, rien de plus. En outre, M. Virassamy avoue implicitement les limites de sa proposition en soulignant que l'obligation de motivation de la rupture, qu'il croit déceler dans l'article 8, n'est envisageable que si les conditions de l'article 7 de l'ordonnance sont remplies. Mais cette condition ne sera, en pratique, que très rarement satisfaite.

588. Que ce soit au moment de la conclusion, ou à celui de la rupture du contrat, la condition de déclenchement de l'article 8-2 de l'ordonnance de 1986 est qu'une atteinte sensible au jeu de la concurrence soit constatée, ou du moins que cette atteinte sensible soit au moins potentielle. Or, il est bien rare qu'un abus de dépendance économique, constaté dans un contrat de distribution, puisse être susceptible de porter une atteinte de cette nature sur le marché de référence. Car, cette condition, liée au seuil de sensibilité, n'a pas été supprimée avec l'ordonnance de 1986, dont l'article 8 effectue un renvoi exprès à l'article 7²⁸³³. Il ne faut donc pas s'étonner que la jurisprudence ait refusé de sanctionner des abus de dépendance économique flagrants au seul motif qu'ils n'avaient pas une ampleur suffisante pour perturber le jeu de la concurrence sur le marché. Ce n'est là qu'une application de la jurisprudence Michelin, qui s'était développée sur le fondement de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945²⁸³⁴, et du très classique principe du seuil de sensibilité²⁸³⁵.

589. La déception principale est venue de la jurisprudence Cora²⁸³⁶. Les faits de l'espèce révélaient, à l'évidence, des abus de dépendance économique. Il était reproché au groupe Cora la renégociation, sans contrepartie, de certains avantages déjà contractuellement conclus au profit de certains partenaires. Il ressort de la décision du Conseil de la concurrence que cette renégociation, injustifiable sur le plan du droit des

²⁸³⁰ Note sous Cass. Com., 4 janvier et 5 avril 1994, Dalloz, 1995, 355.

²⁸³¹ Op. cit.

²⁸³² En ce sens, P. Durand *La rupture des contrats de concession exclusive au regard de l'article 8 de l'ordonnance de 1986*, cah. dt. ent., 1987, p.21.

²⁸³³ C'est un paradoxe puisque l'introduction de la notion d'abus de dépendance économique devait avoir pour effet de libérer cette prohibition de la référence à la notion de marché pertinent, cf. V. Sélinsky, op. cit., Juris. Class., Conc. et Cons., Fasc. 315, n°82.

²⁸³⁴ Com. Conc., 2 avril 1981, Rechapage des pneumatiques.

²⁸³⁵ Cass. Com., 4 mai 1993, Bull. Civ. IV, n°172; G. Cas et R. Bout, op. cit., n°658; J. Azéma, op. cit., n°512; **contra** : cf. la résistance du conseil de la concurrence, supra n°577.

²⁸³⁶ Cons. Conc., 8 juin 1993, B.O.C.C., 25 juillet 1993, p.197; Cont. Conc. Cons., 1993, n°153 obs. L. Vogel; confirmée par C.A., Paris, 25 mai 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°119 obs. L. Vogel; X. de Mello, *L'affaire Cora : un coup pour rien*, G.P., 1994, doct. 29.

contrats en raison du principe de la force obligatoire des conventions, s'expliquait par la volonté du groupe Cora de faire financer, à certains de ses fournisseurs, l'acquisition d'une société. Il s'agit de ce qu'en pratique on appelle « *la corbeille de mariée* ». Cependant, le Conseil de la concurrence a refusé de sanctionner cette pratique abusive, notamment au motif qu'il n'était pas prouvé qu'elle « *ait eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés en cause* »²⁸³⁷.

M. Vogel a fait part de sa déception en demandant comment on pouvait sérieusement « *attendre de sociétés dépendantes qu'elles agissent comme si elles ne l'étaient pas?* »²⁸³⁸. Force est de partager cette déception, qui pourtant était prévisible car « *n'étant pas destiné à saisir le pouvoir de monopole d'une entreprise, l'abus de dépendance économique ne vise pas à ancrer le bon fonctionnement du marché mais à préserver l'équilibre des relations entre partenaires économiques* »²⁸³⁹. M. Vogel, au vu de ce constat, propose de supprimer la référence à l'entrave de la concurrence sur le marché, ou du moins de fortement l'édulcorer, afin de donner sa pleine cohérence à la notion d'abus de dépendance économique, qu'il qualifie « *d'incrimination aux contours mal définis* »²⁸⁴⁰.

Mais si l'on suivait cette voie, cela reviendrait à faire sortir l'abus de dépendance économique du giron du droit de la concurrence. Cette solution permettrait d'ailleurs, d'une part de donner à cette notion sa pleine efficacité et, d'autre part, de ne pas contrarier la finalité du droit de la concurrence dont la politique « *doit s'attacher à créer ou favoriser les conditions de la libre concurrence. L'intervention dans l'équilibre contractuel relève d'une conception de la concurrence loyale qui intéresse sans doute le juge civil mais qui, en tout état de cause, ne doit pas constituer la raison d'être ni le paramètre motivant et légitimant l'intervention des autorités chargées d'appliquer la politique de la concurrence car, se faisant, ces autorités compromettraient la finalité des textes qui est bien d'assurer, par une évaluation objective des situations de marché, les conditions d'un fonctionnement de l'économie fondée sur la liberté des intervenants* »²⁸⁴¹. Cet avis est partagé par M. de Mello qui estime que « *la notion de dépendance économique est inutile parce qu'inadaptée et que la solution des graves problèmes posés par le rapport de force entre l'industrie et la grande distribution ne peut être trouvée, ni dans le recours à cette notion, ni dans la suppression de la condition d'effet sur le marché dont elle est assortie* »²⁸⁴².

590. Sans partager le pessimisme de M. de Mello, il est exact de reconnaître l'inadaptation du droit de la concurrence pour appréhender la globalité du phénomène de la puissance économique et assurer une protection efficace aux économiquement faibles. Même en ce qui concerne l'abus de dépendance économique, ni la finalité du droit de la concurrence, ni les conditions de mise en oeuvre de cette notion, ne permettent de satisfaire l'objectif initialement fixé. Le phénomène de déséquilibre de puissance économique revêt une dimension générale qu'il est artificiel de réduire aux problèmes de la concurrence. La seule solution est d'élargir le concept d'abus de puissance économique utilisé en droit de la concurrence, pour l'appliquer à l'ensemble du droit commun des obligations. Ce n'est que sur ce terrain qu'une protection des économiquement faibles pourra être trouvée. En

²⁸³⁷ Rapport pour 1993, p.72.

²⁸³⁸ Note précitée.

²⁸³⁹ Op. cit.

²⁸⁴⁰ Cf. J. Thérard et C. Bourgeon, *Dépendance économique et droit de la concurrence*, op. cit.

²⁸⁴¹ C. Babusiaux, Directeur général de la concurrence, *Le nouveau droit des relations contractuelles : une approche économique*, Conc. et Cons., 1987, n°38.

²⁸⁴² *L'affaire Cora : un coup pour rien*, art. précité.

attendant, il est néanmoins certain que les critères et méthodes d'évaluation de la puissance économique, élaborés en matière de concurrence, seront des outils précieux dans le cadre de la théorie générale des obligations. Si les notions du droit de la concurrence ne peuvent remplacer l'insertion, dans ce domaine, de la notion de puissance économique, elles serviront à en définir la quintessence.

SECTION II

LA QUINTESSENCE JURIDIQUE DE LA NOTION DE PUISSANCE ECONOMIQUE

591. Après avoir dessiné les contours de la définition juridique de la puissance économique, dans le but de la distinguer de certaines notions voisines, il convient de s'attacher à en déterminer le contenu, la quintessence²⁸⁴³. Nous avons vu que la puissance économique était une notion protéiforme, et qu'en simplifiant, on pouvait lui attribuer trois sources : le patrimoine, le commerce et l'information²⁸⁴⁴. Mais le droit n'a pas vocation à appréhender la puissance économique sous toutes ses formes. Le juriste a, contrairement à l'économiste, une conception étriquée de la puissance économique, qui est un concept débordant de beaucoup le champ juridique. La définition que nous proposons de la puissance économique aura donc une dimension exclusivement juridique. Après avoir caractérisé la dimension juridique de la puissance, il faudra en donner les critères d'appréciation, car le droit a besoin de définition qui colle à la réalité, et ne se contente pas de définition uniquement terminologique²⁸⁴⁵.

PARAGRAPHE 1 - LA DIMENSION JURIDIQUE DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE

592. La notion de puissance économique n'intéresse pas, en soi, le domaine juridique. Elle ne l'intéresse que dans la mesure où elle est source de déséquilibres, d'inégalités, de dissymétries entre les sujets de droit. Parler de la puissance économique revient donc à parler, sur un plan juridique, des déséquilibres de puissance économique²⁸⁴⁶. Mais il ne s'agit pas de n'importe quel déséquilibre de puissance économique. Nous verrons qu'il doit présenter certaines caractéristiques tournant autour de l'idée de disproportion systématique et manifeste. Le droit positif connaît déjà un tel mode de raisonnement. Les articles 220 et 1152 du Code civil utilisent le concept d'obligation « *manifestement excessive* ». De même, l'article L.132-13 al. 2 du Code des assurances dispose que le capital ou la rente payés au décès de l'assuré sont soumis aux règles du rapport à succession et à celles de la réduction

²⁸⁴³ Définir c'est, selon M. Cornu, déterminer la « *quintessence du régime juridique d'une institution ou d'une catégorie* ».

²⁸⁴⁴ Cf. supra.

²⁸⁴⁵ Sur l'opposition entre définition terminologique, privilégiant les critères, et définition terminologique, privilégiant un sens déterminé ou conventionnel d'un terme, cf. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.243.

²⁸⁴⁶ Cf. Introduction.

pour atteinte à la réserve des héritiers, si les primes versées étaient « *manifestement exagérées* ». Par ailleurs, la puissance économique se traduit par deux effets : la domination, et la dépendance. Ces effets permettent, lorsqu'ils sont constatés en pratique de compléter et d'affiner le critère du déséquilibre.

A - LE DESEQUILIBRE DE PUISSANCE ECONOMIQUE

593 . L'obligation se définit très classiquement comme un lien de droit unissant deux personnes, en vertu duquel l'une doit faire quelque chose pour l'autre²⁸⁴⁷. Cette structure bilatérale du lien obligatoire influence évidemment la notion de puissance économique, entendue dans sa dimension juridique. Il s'agit donc de comparer la puissance économique de chaque personne liée par l'obligation. Alors que, dans une vue très juridique, le créancier dominera son débiteur, le déséquilibre de puissance économique peut, quant à lui, pencher indifféremment dans un sens ou dans l'autre. Il y a donc un impératif de réalisme à respecter pour parvenir à une définition juridique correcte de la notion de puissance économique. Mais tout déséquilibre constaté dans les faits n'entre pas dans le champ juridique; encore faut-il qu'il soit systématique et manifeste.

1/ UN DESEQUILIBRE SYSTEMATIQUE

594 . Le mot système signifie, au sens étymologique, : « *assemblage, composition* »²⁸⁴⁸, ce qui a donné comme dérivé le terme systématique : « *ce qui forme un tout* »²⁸⁴⁹. Ainsi, un système est un ensemble d'éléments possédant une structure, constituant un tout organique²⁸⁵⁰. En ce sens, l'entreprise est un système, puisqu'elle se définit comme un « *organisme, se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme* »²⁸⁵¹. Cet organisme est composé d'éléments structurés sous une direction unique et dans le but de réaliser, en économie capitaliste, du profit. De ce système peut naître la puissance économique, car aucune entreprise sur le marché n'a une structure identique. « *Dès qu'une inégalité quelconque entre firmes est admise, la brèche est ouverte par laquelle l'effet cumulatif de domination s'insinue* »²⁸⁵². Les déséquilibres de puissance économique peuvent donc survenir tant entre agents de production et agents de consommation, qu'entre deux agents de production²⁸⁵³.

Mais qu'elle soit de nature patrimoniale, commerciale ou informationnelle, la puissance économique doit, pour être prise en compte par le droit, entraîner un déséquilibre

²⁸⁴⁷ Cf. Introduction.

²⁸⁴⁸ Du grec *sustêma* et du latin *systema*, cf. *Dictionnaire historique de la langue française*, p.2069.

²⁸⁴⁹ Du bas latin *systematicus* et du grec tardif *sustêmatikos*, op. cit.

²⁸⁵⁰ Le Petit Robert.

²⁸⁵¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, p.317, définition inspirée de E. James, *Les formes d'entreprises*, in *Traité d'économie politique* de Truchy, Sirey, 1935, p.9.

²⁸⁵² F. Perroux, op. cit., p.82.

²⁸⁵³ Op. cit., p.81.

systematique, c'est-à-dire qui a sa source dans l'existence d'une structure cohérente, et non dans le simple hasard. Cette condition ne pose pas véritablement de problème s'agissant du déséquilibre de puissance patrimoniale ou du déséquilibre de puissance commerciale. En effet, dans ces deux hypothèses, le déséquilibre est structurel, en ce qu'il provient de l'organisation des moyens de production et de la force de vente de l'entreprise. Bien entendu, le hasard peut être à l'origine d'une invention ou d'une trouvaille déterminante dans l'essor de l'entreprise, mais il n'est jamais suffisant à lui seul. Si cette invention ou cette trouvaille n'est pas insérée dans une organisation systématique, la puissance ne trouvera pas de terrain favorable pour se développer. C'est en ce sens que le déséquilibre de puissance économique doit être systématique, c'est-à-dire être le résultat d'une puissance provenant d'une structure, d'une organisation.

595. Le déséquilibre de puissance informationnelle doit, également, être systématique pour pouvoir produire des effets juridiques. Ainsi, l'économiquement puissant doit tenir ses informations d'une structure, d'une organisation destinée à susciter ou à favoriser cette puissance informationnelle. Si l'information est due au hasard, et si elle confère une supériorité à son détenteur, elle ne satisfera pas au caractère systématique, et le droit, sauf disposition particulière, ne tiendra pas compte de ce déséquilibre. C'est l'exemple du marchand d'Alexandrie qui vend son blé à Rhodes durant la famine²⁸⁵⁴. Le fait qu'il sache que d'autres marchands se préparent à apporter des vivres à Rhodes ne lui confère pas une puissance informationnelle sur les rhodiens à qui il va vendre son blé. En effet, cette information est essentiellement due au hasard, et non à une organisation cohérente et structurée du savoir. En revanche, le marchand d'Alexandrie a une obligation d'information sur la qualité de son blé. En tant que marchand professionnel, il a dû acquérir un savoir systématique qui lui confère, sur ce point, une puissance informationnelle.

C'est le cas pour toutes les professions. La profession est non seulement un statut et une activité habituelle de laquelle on tire les ressources nécessaires à l'existence, c'est également une compétence, un savoir systématique dans un domaine particulier. Dans sa sphère d'activité le professionnel sera donc en état de supériorité informationnelle systématique à l'égard du consommateur profane. Mais le déséquilibre de puissance informationnelle ne se trouve pas qu'entre professionnels et consommateurs, mais aussi entre professionnels eux-mêmes. Par exemple, une entreprise spécialisée en informatique ou un avocat bénéficient, dans leur domaine d'activité, d'une puissance informationnelle de nature à créer un déséquilibre au détriment de leurs cocontractants, fussent-ils aussi des professionnels. En effet, ils possèdent un savoir systématique, c'est-à-dire cohérent et structuré, qui explique d'ailleurs pourquoi d'autres professionnels ont recours à leurs services.

Quelque soit sa forme, la puissance économique doit être systématique pour engendrer un déséquilibre de même nature, qui sera pris en compte par le droit. Il ne s'agit donc pas d'assimiler n'importe quelle inégalité entre les personnes pour en induire un déséquilibre de puissance économique. En outre, le déséquilibre de puissance économique ne doit pas seulement être systématique, il doit aussi être manifeste. Ces deux caractères, qui entrent dans la définition juridique du déséquilibre de puissance économique, contribuent à donner plus de précision, et donc de sécurité, à ses applications pratiques.

²⁸⁵⁴ Cf. supra n°311 et suiv.; Cicéron, *Traité des devoirs*, Liv.III, XII, 50.

2/ UN DESEQUILIBRE MANIFESTE

596. Le droit s'est épris de l'idée d'équilibre, d'équivalence. Nombreuses sont, aujourd'hui, les chroniques ou les notes de jurisprudence qui y font référence. Sans prétendre à l'exhaustivité citons M. Mestre, qui considère que l'une des évolutions marquantes du contrat en droit privé français est l'apparition « *d'un souci d'équilibre* »²⁸⁵⁵. De même, M. Calais-Auloy estime que le droit de la consommation influence le droit civil des contrats, en ce qu'il incite à « *la recherche d'un équilibre contractuel* »²⁸⁵⁶. Cette tendance incontestable du droit français des obligations doit être rattachée aux influences philosophiques d'Aristote et de la scolastique. La justice commutative n'est rien d'autre que la recherche de l'équivalence des prestations dans l'échange. La théorie du « *juste prix* » traduit également cette volonté d'assurer un équilibre dans l'échange, afin qu'aucune partie ne soit lésée. Mais avant de se soucier de l'équilibre, le droit doit s'intéresser aux déséquilibres, aux inégalités entre les personnes. Il ne s'agit pas de déséquilibres quelconques, encore faut-il qu'ils soient manifestes.

597. Nous avons eu l'occasion de montrer que l'égalité abstraite était un leurre, une utopie, et que, par définition, les hommes sont foncièrement et naturellement inégaux²⁸⁵⁷. Le monde économique ne peut être plus égalitaire que la nature elle-même, et les inégalités naturelles se retrouvent également dans le domaine économique. Rompant avec les principes et les axiomes classiques et néoclassiques, certains économistes modernes ont ainsi mis l'accent sur les inégalités entre les firmes. François Perroux a été l'un des précurseurs de cette tendance en proposant une théorie générale de l'économie dominante : « *chaque être humain, en tant qu'il est égotiste, exerce une domination sur le monde extérieur et sur autrui. Les hommes étant profondément inégaux sous tous rapports, la lutte économique élémentaire prend les formes d'une domination par la conquête, éventuellement suivie d'une domination par l'oppression* »²⁸⁵⁸. « *Le monde économique que nous avons sous les yeux est un monde de firmes dominantes et de firmes dominées et non de firmes de dimensions et de pouvoirs égaux* »²⁸⁵⁹. Dans ces conditions, on aurait tendance à voir dans chaque relation contractuelle un déséquilibre de puissance économique, puisque tous les contractants sont inégaux. Ce raisonnement reviendrait à ruiner toute possibilité de prise en compte par le droit des déséquilibres de puissance économique entre les personnes. Dire qu'il n'y a jamais d'égalité entre les personnes est aussi inutile, en droit, que l'affirmation de l'égalité universelle.

598. En réalité, le droit ne doit tenir compte que des déséquilibres significatifs. Pour ce faire, le juriste peut recourir à une notion connue en droit processuel et qui se traduit par l'idée d'évidence. Ainsi le juge des référés peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite²⁸⁶⁰. De

²⁸⁵⁵ J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.46.

²⁸⁵⁶ J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., 1994, 245.

²⁸⁵⁷ Cf. supra n° 183 et suiv.

²⁸⁵⁸ F. Perroux, op. cit., p.122.

²⁸⁵⁹ Op. cit., p.82.

²⁸⁶⁰ Art. 809, al. 1er du ncp.

même, il peut ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse²⁸⁶¹. Ici, le terme manifeste et l'idée d'absence de contestation sérieuse sont synonymes d'évidence, de certitude, d'indiscutabilité²⁸⁶². De façon similaire, les déséquilibres de puissance économique ne doivent produire d'effets juridiques que si leur existence n'est pas sérieusement contestable. On parlera alors de déséquilibre manifeste de puissance économique, ce qui implique que la puissance économique des cocontractants soit hors de proportion, incommensurable. Ce n'est qu'à cette condition que le droit peut prendre en compte, de façon souhaitable, le phénomène de la puissance économique. A défaut, s'il s'agissait de tenir compte de la moindre inégalité, du simple défaut d'équilibre, il en découlerait une insécurité juridique intolérable, tant il est vrai que le juge ne peut raisonnablement être investi d'une mission consistant à mesurer, au gramme près, les forces économiques en présence. En outre, seule une dissymétrie de nature manifeste est susceptible de créer un véritable effet de domination ou de dépendance.

B - LES EFFETS DE PUISSANCE ECONOMIQUE

La puissance économique est susceptible de produire deux séries d'effets qui sont susceptibles de participer à sa définition : l'effet de domination et l'effet de dépendance. En pratique, la présence de l'un de ces effets permet d'induire, avec certitude, l'existence d'un phénomène de puissance économique.

1/ L'EFFET DE DOMINATION

599. Le déséquilibre de puissance économique s'analyse également par l'effet qu'il produit. On passe alors de l'analyse statique du déséquilibre à une analyse dynamique, ce que François Perroux appelait la « *dynamique de l'inégalité* »²⁸⁶³. A ce stade du raisonnement, les recherches et les écrits de Perroux sont une aide précieuse. Dans sa théorie de l'économie dominante, cet auteur a été l'un des premiers à montrer que l'effet de domination ne portait pas forcément sur un marché, comme dans le cas d'un monopole, mais pouvait aussi atteindre directement ou indirectement des firmes²⁸⁶⁴. L'effet de domination peut être non intentionnel : « *A ne considérer que deux unités économiques nous dirons que A exerce un effet de domination sur B, quand, abstraction faite de toute intention particulière de A, A exerce une influence déterminée sur B sans que la réciproque soit vraie, ou sans qu'elle le soit au même degré. Une dissymétrie ou irréversibilité de principe ou de degré est constitutive de l'effet en examen* »²⁸⁶⁵. Mais l'effet de domination peut également être intentionnel. Il faut, dans cette hypothèse, partir de l'analyse marginaliste qui pose comme principe que, dans un échange, « *la maximisation du résultat*

²⁸⁶¹ Art. 808 du npc.

²⁸⁶² Cass. Civ. 1ère, 18 juin 1965, Bull. Civ. I, n°429, décidant que l'absence de contestation sérieuse implique l'évidence de la solution qu'appelle le point contesté.

²⁸⁶³ F. Perroux, op. cit., p.79.

²⁸⁶⁴ Op. cit., p.73 et suiv.

²⁸⁶⁵ Op. cit., p.73.

utile recherché par les deux parties est l'égalisation d'un avantage marginal cédé », de tel sorte que :

$$\frac{\text{Avantage marginal obtenu}}{\text{Avantage marginal cédé}} = 1^{2866}.$$

« Si la firme A souhaite faire prévaloir sa puissance économique afin d'exercer sur B un effet de domination, A tendra à imposer à B une rémunération marginale inférieure à la productivité du facteur fourni par B; A tendra à imposer à B un prix supérieur à la valeur marginale du produit vendu. L'avantage extérieur au pur échange, c'est-à-dire la quantité x de laquelle sera déviée l'égalité de l'avantage marginal obtenu et de l'avantage marginal cédé mesurera la réussite de l'effet de domination »²⁸⁶⁷. F. Perroux conclut en précisant que l'effet de domination se mesure, non seulement par l'obtention d'un avantage extérieur au pur échange, mais aussi par la marge d'indétermination qu'il introduit dans l'univers économique²⁸⁶⁸.

600. Perroux distingue trois composants typiques de l'effet de domination : la force contractuelle ou *bargaining power*, la dimension de la firme, et la zone d'activité²⁸⁶⁹. Les deux premiers composants se recoupent avec les formes de la puissance économique, notamment la puissance patrimoniale et la puissance commerciale²⁸⁷⁰. Arrêtons nous quelques instants sur le troisième. L'économie se divise en zones actives et zones passives. « Une zone A est dite active quand elle exerce sur une zone B un effet irréversible. La zone B subit l'effet sans réaction ou sans réaction d'une intensité ou d'un degré suffisant pour la correction ou la compensation de l'action initiale. Les relations d'influence de A sur B et de B sur A ne sont donc pas symétriques »²⁸⁷¹. L'analyse du déséquilibre de puissance économique ne doit donc pas se contenter d'apprécier l'effet de domination de firme à firme, encore faut-il intégrer dans le raisonnement l'influence de la zone d'activité dans laquelle ces firmes se trouvent. Perroux donne comme exemple l'effet de domination que les unités, qui décident de l'investissement et de ses conditions, exercent sur celles qui décident de l'épargne et de ses conditions. « Des firmes qui appartiennent à la zone active formée par l'ensemble des activités d'investissement, sont en état, si elles remplissent d'autre part les conditions nécessaires, de développer un effet de domination où s'allient les trois composantes que sont la force contractuelle, la dimension et la nature d'activité »²⁸⁷².

Par extrapolation, il est possible de généraliser cet exemple en considérant, dans l'analyse du déséquilibre de puissance économique, le secteur d'activité de chacune des entreprises. Plus la zone d'activité dans laquelle se meut une entreprise de grande dimension et d'une certaine force contractuelle, est dynamique, plus l'effet domination est intense. En règle générale, la zone active se caractérise par un fort développement et une capacité à créer un volume d'activité suffisant pour permettre aux entreprises de dégager des bénéfices. Ainsi, une firme en position dominante sera une firme à surplus²⁸⁷³. Il ne s'agit pas de revenir sur la théorie classique, qui voit dans les profits de monopole des

²⁸⁶⁶ Op. cit., p.74.

²⁸⁶⁷ Op. cit.

²⁸⁶⁸ Op. cit., p.75.

²⁸⁶⁹ Op. cit., p.76.

²⁸⁷⁰ Cf. supra.

²⁸⁷¹ Op. cit., p.76.

²⁸⁷² Op. cit., p.77.

²⁸⁷³ Op. cit., p.83.

profits « *anormaux* ». Cela signifie que la firme dominante²⁸⁷⁴ tend à vendre, en valeur, plus qu'elle n'achète. Elle réalise ainsi des surplus dont les autres firmes, qui ne se trouvent pas en situation de domination, ne peuvent bénéficier. Ces surplus peuvent être trouvés soit dans l'intégration, la firme dominante produisant elle-même des biens et services qu'elle aurait, sans intégration, acheté à l'extérieur, soit dans un recours au marché pour l'acquisition de ces biens et services. La firme dominante bénéficie d'une autonomie relative dans ce choix. Si elle est titulaire d'une puissance patrimoniale importante, elle aura tendance à intégrer sa production horizontalement, afin de diminuer ses coûts. Au contraire, si elle a une puissance d'achat suffisante, elle aura tendance à recourir au marché, en imposant des prix inférieurs aux prix de concurrence.

L'exemple typique est celui des grandes surfaces de distribution dans le domaine du négoce de fruits. Jusqu'au début des années 1990, les grandes surfaces de distribution préféraient s'appuyer sur leur puissance d'achat et recourir à des grossistes en fruits pour assurer leur approvisionnement. Avec l'extraordinaire concentration d'entreprises qui a eu lieu, dans ce secteur d'activité, depuis quelques années, leur politique s'est inversée. Les fusions et les acquisitions ont permis d'accroître leur puissance patrimoniale, tant à l'actif avec l'acquisition d'immobilisations, qu'au passif par le renforcement des fonds propres. Les grandes surfaces de distribution ont donc préféré intégrer les plates-formes d'achats et de conditionnement des fruits. Plutôt que de recourir aux grossistes, elles ont créé leurs propres plates-formes afin de diminuer leurs coûts d'exploitation. Nous voyons donc que la firme dominante, en modifiant sa structure, influe sur la structure du marché et sur celle des autres intervenants, alors que l'inverse n'est pas vrai.

601 . Le mode de réalisation des surplus créés par l'effet de domination étant précisé, il est intéressant de se pencher sur l'utilisation de ces surplus par la firme dominante. « *Le surplus de la firme dominante est employé par elle en investissements intérieurs propres à consolider sa supériorité technique et commerciale tout en la rendant indépendante du marché des capitaux, et en prêts extérieurs à d'autres unités de production et de consommation. Cette dernière liaison (...) revient à signaler que la firme à surplus est une firme créditrice qui, outre l'arme de ses choix autonomes quant à un prix et à un output, dispose de l'arme puissante du prêt* »²⁸⁷⁵. Il est clair que l'utilisation des surplus vise essentiellement au renforcement de la puissance économique de la firme dominante. Il existe donc une dynamique de l'inégalité, ou du déséquilibre de puissance économique, comme il existe, selon Schumpeter, une dynamique de la nouveauté²⁸⁷⁶. François Perroux a approfondi l'analyse en précisant les trois objectifs poursuivis par la firme dominante lorsqu'elle choisit de renforcer sa puissance par la distribution du crédit. D'abord elle finance la demande qui s'adresse à elle. C'est précisément le raisonnement tenu au début du siècle par Ford, et qui a donné le fordisme. Ensuite, elle pénètre les firmes concurrentes ou fournisseurs en prenant des participations ou en leur prêtant des capitaux. Dans les deux cas, le crédit instaure un lien évident de dépendance. Enfin, elle agit sur les centres de décision financiers et politiques afin d'amplifier, par leur intermédiaire, l'effet de domination dont elle bénéficie sur le marché²⁸⁷⁷.

²⁸⁷⁴ Au sens où l'entend Perroux, et non au sens que lui a donné l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

²⁸⁷⁵ Op. cit.

²⁸⁷⁶ Op. cit., p.79.

²⁸⁷⁷ Op. cit., p.83.

602. Il est clair que l'introduction de l'effet de domination dans le raisonnement économique implique une vision rénovée de la concurrence. En effet, dans la théorie classique il ne peut exister aucun effet de domination entre les firmes puisqu'elles sont, par postulat, en situation d'interdépendance « générale et réciproque »²⁸⁷⁸. Dans ce cadre théorique, les adaptations du marché et des firmes s'effectuent mécaniquement et sans stratégie, les contrats se concluent sans combat, et les équilibres sont la résultante d'arbitrages inconscients²⁸⁷⁹. Voilà les trois fictions qui atrophient la théorie classique de la concurrence. Or, l'effet de domination « est intime à tout concept utilisable de concurrence et présent aux formes observables de concurrence efficiente »²⁸⁸⁰. La théorie des jeux²⁸⁸¹ a introduit dans l'analyse économique l'idée de stratégie des firmes et de conscience dans les arbitrages. Le contrat est aujourd'hui, par nature, considéré comme un lieu de lutte, de combat, même s'il est une alternative à la violence²⁸⁸². Perroux rappelle fort justement que l'égalité de force contractuelle est un leurre « lorsque la lutte pour la fixation des règles du jeu est aussi importante que le jeu, et quand le combat livré pour les cadres du contrat prend une signification aussi cruciale quelque fois que la passation et le contenu du contrat »²⁸⁸³.

603. Les axiomes de la concurrence pure et parfaite étant écartés, François Perroux propose la notion de « concurrence efficiente »²⁸⁸⁴. Dans cette optique, « la concurrence est l'exercice d'un effet de domination toujours menacé et toujours révisable dans le cadre des règles du jeu qui tendent à assurer la création et la sélection »²⁸⁸⁵. Il convient de saluer cet effort de réalisme qui contribue à sortir la théorie économique de sa tour d'ivoire. Il a été récemment prolongé par M. Salin pour qui « la théorie atomistique de la concurrence est une pure construction intellectuelle qui ne permet pas de comprendre la réalité »²⁸⁸⁶. A l'inverse, la notion de concurrence efficiente se veut un facteur d'explication de la réalité économique par la référence à une triple composante : l'inégalité des acteurs, l'ouverture du jeu et la lutte entre les acteurs²⁸⁸⁷. Cette concurrence efficiente ne repose donc pas sur les postulats de perfection de l'information, d'atomicité et de fluidité du marché. Au contraire, la lutte économique passe par des relations de domination et des déséquilibres de puissance économique. De même le fonctionnement du marché est entravé par des phénomènes de « viscosité », de lourdeurs. Sans qu'il soit souhaitable de condamner *per se* ces entraves à la fluidité du marché, l'économie ayant autant besoin de stabilité que de mobilité, il convient d'insister sur l'effet de dépendance, qui caractérise, par excellence l'entrave à la fluidité.

2/ L'EFFET DE DEPENDANCE

²⁸⁷⁸ Op. cit., p.79, la formule est pléonastique, interdépendance signifiant dépendance réciproque.

²⁸⁷⁹ Op. cit., p.136.

²⁸⁸⁰ Op. cit.

²⁸⁸¹ Cf. supra n°522.

²⁸⁸² Benjamin Constant, *De l'esprit de conquête*, 1813, réédité, Librairie de Médecis, 1947 : « le commerce n'est autre chose qu'un hommage à la force du possesseur par l'aspirant à la possession. C'est une tentative pour obtenir de gré à gré ce qu'on n'espère plus conquérir par la violence. Un homme qui serait toujours le plus fort n'aurait jamais l'idée du commerce ».

²⁸⁸³ Op. cit., p.139.

²⁸⁸⁴ Op. cit., p.141.

²⁸⁸⁵ Op. cit., p.142.

²⁸⁸⁶ P. Salin, *La concurrence*, Que sais-je?, 1995, p.87.

²⁸⁸⁷ F. Perroux, op. cit., p.141.

604 . Le phénomène de déséquilibre de puissance économique n'entraîne pas qu'un effet de domination; il est également source de l'effet de dépendance. En ce sens, dépendance s'oppose à interdépendance : alors que celle-ci désigne des relations de dépendance réciproque, celle-là vise des relations inégalitaires, dissymétriques²⁸⁸⁸. On retrouve l'opposition entre la conception classique et la conception moderne de la concurrence, la première étant fondée sur des relations d'interdépendance entre les firmes. Mais il faut distinguer l'effet de dépendance et l'effet de domination. Le domaine de l'effet de domination est beaucoup plus large que celui de l'effet de dépendance qui, lui, est limité par l'idée de lien contractuel vital²⁸⁸⁹. Il ne s'agit pas forcément d'un seul et unique contrat; un sous-traitant pouvant être dépendant d'un donneur d'ordre qui lui permet de réaliser une part importante de son chiffre d'affaires. M. Virassamy a montré, dans sa thèse consacrée aux contrats de dépendance, que certains contractants étaient assujettis à d'autres lorsque l'importance d'une part, et la permanence ou la régularité d'autre part, du lien contractuel conditionnaient leur survie²⁸⁹⁰. Mais nous aurions tendance à considérer que la notion de dépendance économique est plus large que la définition qu'en donne M. Virassamy. Notamment, l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui nous l'avons vu n'est pas une disposition ressortissant normalement et naturellement au domaine du droit de la concurrence, peut-être utilement avancée, en droit des obligations.

605 . Indépendamment du problème de l'atteinte sensible à la concurrence²⁸⁹¹, l'article 8-2 de l'ordonnance de 1986 vise une hypothèse qui relève à l'évidence du déséquilibre de puissance économique. Ainsi, il peut y avoir dépendance d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur, ou inversement d'un fournisseur à l'égard d'un acheteur²⁸⁹². Le Conseil de la concurrence considère que la situation s'apprécie en tenant compte de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part du marché du fournisseur, de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents, et que ces critères doivent être simultanément présents pour entraîner la qualification de dépendance économique²⁸⁹³. Il est parfaitement envisageable de transposer ces critères en droit des obligations, afin de déterminer si une partie se trouve ou non en état de dépendance économique. Les éléments de définition utilisés par le Conseil de la concurrence sont, en effet, très proche de la notion de déséquilibre de puissance économique. C'est parce que sur les plans patrimonial, commercial ou informationnel, il existe une dissymétrie de puissance qu'un contractant se trouve en situation de dépendance économique. Se pose néanmoins le problème de l'absence de solution équivalente.

606 . Autant la condition d'une entrave sensible, réelle ou potentielle, au libre jeu de la concurrence doit être écartée d'emblée en droit des obligations, autant celle de l'absence de solution équivalente est source d'interrogations. La doctrine a relevé que la condition d'absence de « *solution équivalente* » est moins restrictive que celle proposée par le groupe

²⁸⁸⁸ Du latin *dependere*, « être suspendu à » et au sens figuré « être sous l'influence, l'autorité », cf. *Dictionnaire historique de la langue française*, p.580.

²⁸⁸⁹ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, thèse L.G.D.J., 1986, n°184; cf. supra n°42 et suiv.

²⁸⁹⁰ Op. cit., n°190 et suiv.

²⁸⁹¹ Cf. supra n°577.

²⁸⁹² Y. Chartier, op. cit., p.655 et 656.

²⁸⁹³ Cons. Conc., 2 mai 1989, Soc. Chaptal S.A. et Cons. Conc., 3 juillet 1990, Société JVC, Rapport pour 1990, p.78; G. Cas et R. Bout, op. cit., n°655; Y. Chartier, op. cit., p.656.

d'experts ayant préparé le projet d'ordonnance, et qui limitait l'abus de dépendance économique à l'absence de « *solution alternative compétitive* »²⁸⁹⁴. Certains auteurs avaient émis quelques craintes, car cette condition, « *interprétée largement, pourrait signifier que toute sorte de charge, d'inconvénient ou de désagrément résultant d'un appel éventuel à des entreprises de substitution justifie l'application de l'article 8-2* »²⁸⁹⁵.

Mais la jurisprudence s'est montrée très rigoureuse dans l'appréciation de cette condition. Certes, le Conseil de la concurrence, dans l'affaire « *Trivial Pursuit* » avait estimé que des grossistes en jeux et jouets se trouvaient en état de dépendance économique à l'égard du seul fournisseur d'un jeu de société présentant un faible degré de substituabilité²⁸⁹⁶. Cependant, la Cour d'appel de Paris²⁸⁹⁷, approuvée par la Cour de cassation²⁸⁹⁸, a infirmé cette décision en décidant que le jeu « *Trivial Pursuit* » était aisément substituable; le distributeur s'étant vu refusé la livraison de ce bien, disposait de solutions équivalentes, sur le marché des jeux de société. Par la suite, le Conseil de la concurrence a donné des indices permettant d'apprécier si la condition de l'absence de solution équivalente était ou non remplie. Dans l'affaire Carat, le Conseil de la concurrence²⁸⁹⁹ a indiqué que « *peuvent être pris en compte, notamment, la faiblesse des ressources financières du support*²⁹⁰⁰, *la faiblesse des marges des supports sur le marché sur lequel ils opèrent, la durée et l'importance de la pratique de partenariat que le support a éventuellement nouée avec la centrale* ».

Cette définition de l'absence de « *solution équivalente* » pourrait valablement servir à la définition de l'effet de dépendance économique produit par le déséquilibre de puissance économique existant entre deux contractants. M. Glais a, quant à lui, proposé une analyse économique approfondie dont la pertinence doit être remarquée²⁹⁰¹. Il s'agit en premier lieu de décrire « *le champ des éventuelles solutions équivalentes* » et d'apprécier les parts de marché des entreprises concernées. En deuxième lieu, il faut étudier l'incidence des relations commerciales établies entre les partenaires concernés sur la rentabilité de l'entreprise se prétendant en situation de dépendance économique. En troisième lieu, il convient d'estimer dans quels délais et à quel coût l'entreprise concernée peut disposer de solutions équivalentes.

607. Il est pertinent de poser, comme condition d'existence de l'état de dépendance économique, l'absence de solution équivalente. En effet, même en droit des obligations, une partie qui dispose d'une solution équivalente ne saurait être considérée comme dépendante d'une autre. L'analyse économique sus-décrite est donc d'une grande utilité pour apprécier les effets de dépendance causés par un déséquilibre de puissance économique. Mais encore faut-il ne pas entendre trop strictement cette condition, ce qui reviendrait à vider la notion de dépendance économique de tout contenu pratique. Par exemple, un indice de dépendance est certainement constitué par la clause de non-concurrence en fin de contrat, ou l'obligation d'exclusivité en cours d'exécution.

²⁸⁹⁴ G. Cas et R. Bout, op. cit., n°656.

²⁸⁹⁵ Decocq et Pédamon, op. cit., n°31.

²⁸⁹⁶ Cons. Conc., 21 novembre 1989.

²⁸⁹⁷ C.A., Paris, 12 juillet 1990, Dalloz, I.R., 224; Rev. Conc. Cons., 1990, n°56, p.30.

²⁸⁹⁸ Cass. Com., 2 juin 1992, Bull. Civ. IV, n°224; Dalloz, 1992, I.R., 208.

²⁸⁹⁹ Cons. Conc., n°93-D-59, 15 décembre 1993, rapp. pour 1993 annexe 66.

²⁹⁰⁰ Le support est le cocontractant de la centrale d'achat d'espace publicitaire qui se trouvait en état de dépendance économique.

²⁹⁰¹ M. Glais, chronique précitée.

Cependant, il faut se garder de toute conclusion hâtive et systématique. La phénomène de la puissance économique étant complexe et polymorphe, des critères d'appréciation réalistes doivent être posés.

PARAGRAPHE 2 - LES CRITERES D'APPRECIATION DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE

608 . Pour parfaire la définition juridique d'une notion, outre ses limites et son contenu, il faut en donner les critères d'appréciation. Nous avons vu que la puissance économique pouvait se définir comme un déséquilibre systématique et manifeste de nature patrimoniale, commerciale ou informationnelle, susceptible de produire un effet de domination ou de dépendance économique à l'égard d'une personne et au profit d'une autre. Cette définition demeure théorique, et il convient d'examiner les critères qui permettront aux juristes d'apprécier justement, dans la pratique, ce phénomène. La première partie de ce travail a permis de souligner les insuffisances et les lacunes de l'utilisation de notions juridiques générales et abstraites dans l'analyse et l'appréhension de la notion de puissance économique²⁹⁰². C'est la raison pour laquelle la puissance économique doit s'apprécier de façon relative et concrète. Il est certain que le choix de ces deux critères d'appréciation contribue à accentuer la complexité de l'analyse juridique, celle-ci devant s'imprégner de raisonnements et de concepts issus des sciences économiques et comptables. Pourtant, c'est la seule méthode qui permette d'éviter l'instauration d'une protection partielle et insuffisante de l'économiquement faible. De même, seule l'appréciation relative et concrète de la puissance économique est susceptible d'empêcher l'apparition de cas de surprotection, si souvent décriés par la doctrine²⁹⁰³. La complexité, inhérente à ces critères d'appréciation, est la contrepartie inévitable d'une volonté de justice et d'équité.

A - UNE APPRECIATION RELATIVE

609 . MM. Goldmann, Lyon-Caen et Vogel rappellent que le verbe dominer est transitif et, qu'à ce titre la règle grammaticale commande de l'accompagner d'un complément d'objet²⁹⁰⁴. Ainsi, on domine toujours quelque chose ou quelqu'un. Le raisonnement est identique pour l'appréciation de la puissance économique. En effet, cette notion est, tout comme les effets de domination et de dépendance dont elle est la source, par essence relative. Il n'existe pas, dans la réalité, de puissance absolue, c'est à dire qui existe « *indépendamment de toute condition ou de tout rapport avec autre chose* »²⁹⁰⁵, malgré le fait que, dans le langage courant, on ait pris l'habitude d'accoler ces deux termes pour désigner une puissance immense et extraordinaire. Si l'on se cantonne au domaine naturel et humain, par opposition au surnaturel et au divin, la puissance absolue ne se rencontre

²⁹⁰² Cf. notre première partie.

²⁹⁰³ Cf. supra n° 150 et suiv.

²⁹⁰⁴ Op. cit., n° 542.

²⁹⁰⁵ Dict. Petit Robert.

jamais. Qu'ils soient roi, pharaon ou empereur, même les souverains les plus puissants ne connaissent pas la puissance absolue. Sans même parler de l'issue certaine de la vie, reflet de l'impuissance congénitale de l'homme²⁹⁰⁶ ou de l'impuissance humaine face aux maladies ou aux catastrophes naturelles, il est certain que l'exercice de tout pouvoir nécessite l'art du compromis et connaît rapidement des limites temporelles et spatiales. En fait, le pouvoir du souverain ne peut être que relatif; sa puissance ne s'exerce que sur les sujets soumis à sa domination.

610. Sur le plan économique, le même raisonnement peut être repris. Une entreprise n'est puissante que relativement à quelque chose ou à quelqu'un. D'abord sa puissance peut s'exercer sur un ou plusieurs marchés. Ensuite, à l'intérieur de ce ou ces marchés, la puissance économique de cette entreprise peut s'exercer sur ses concurrents, ses clients ou ses fournisseurs. Ainsi, la puissance économique étant par définition relative, cette relativité peut être soit objective (par rapport à un marché), soit subjective (par rapport à une personne). Il faut préciser que cette distinction ne recouvre pas celle effectuée par les auteurs spécialistes du droit de la concurrence entre domination absolue et relative. D'une part une domination ne peut jamais être absolue. Elle est par essence relative. D'autre part, il importe d'englober, non seulement l'effet de domination, mais encore l'effet de dépendance, étant précisé que la relativité objective n'est pas synonyme de domination ni la relativité subjective synonyme de dépendance. Si l'effet de dépendance ne se retrouve que dans l'hypothèse de la relativité subjective, en revanche l'effet de domination est présent dans les deux types de relativité²⁹⁰⁷.

1/ LA RELATIVITE OBJECTIVE²⁹⁰⁸

611. La puissance économique d'une entreprise, et notamment sa puissance commerciale s'apprécie en fonction d'un marché. A l'origine cette référence au marché a pour source le droit de la concurrence : que ce soit l'entente, la position dominante ou la concentration, l'ensemble de ces notions s'apprécie par rapport à un marché de référence. Il faut rapprocher ce rôle primordial du marché de la finalité essentielle du droit de la concurrence, qui est de maintenir et de favoriser le bon fonctionnement de celui-ci. En droit des obligations, la référence au marché est d'une nature différente. Le problème n'est plus de savoir si une entreprise domine ou non un marché, et ce faisant entrave le libre jeu de la concurrence. La puissance économique, appréciée au regard du critère de relativité objective, a nécessairement des répercussions sur les autres entreprises intervenant sur le marché en question.

En d'autres termes, la domination d'un marché entraîne automatiquement la domination des entreprises qui s'y positionnent, soit en tant que demandeurs, soit en tant que concurrents. Le droit des obligations s'intéresse donc à la domination du marché en ce qu'elle est révélatrice, par un raisonnement a fortiori, d'une domination subjective. Prenons, pour illustrer notre propos, l'exemple d'une firme dominante sur un marché de

²⁹⁰⁶ Genèse, III, 19, « *car tu es poussière et tu retourneras en poussière* ».

²⁹⁰⁷ On peut dominer soit un marché, soit une entreprise.

²⁹⁰⁸ Par relativité objective, nous n'entendons pas faire une quelconque référence au droit réel qui s'oppose au droit personnel en ce qu'il est un lien de droit entre une personne et une chose.

référence. L'analyse économique nous apprend que cette firme va pouvoir imposer des prix de vente supérieurs au prix de concurrence²⁹⁰⁹. Or, si l'on change de niveau d'analyse, et que l'on passe du droit de la concurrence au droit des obligations, on constate que la firme dominante est suffisamment puissante pour imposer à ses cocontractants des prix et des conditions contractuelles lésionnaires, c'est-à-dire moins favorables que ceux qui auraient existé en l'absence d'effet de domination. La domination d'un marché est donc révélatrice de la puissance économique d'une entreprise, même si ce révélateur n'est qu'imparfait.

a - Le marché, révélateur de la puissance économique

612. En droit de la concurrence, le marché se définit « *comme le lien sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Sur un même marché les unités offertes sont substituables pour les demandeurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs, lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chacun de ces derniers est soumis à la concurrence par les prix des autres* »²⁹¹⁰. Le droit communautaire confère également une place de premier plan à la notion de marché, la Commission des communautés européennes ayant précisé, dans l'arrêt *Akzo*, que « *la délimitation du marché a pour objet de définir l'espace commercial à l'intérieur duquel il conviendra d'évaluer les conditions de la concurrence et la puissance économique sur le marché en cause* »²⁹¹¹. De ces définitions relativement proches de la notion de marché, il est possible de distinguer la double dimension géographique et matérielle de celui-ci²⁹¹². En droit européen de la concurrence, les autorités communautaires ont souligné, depuis longtemps, l'importance de la dimension géographique du marché. Dans l'arrêt *Continental Can*, la Commission et la Cour ont tenu compte des coûts de transport pour fixer les limites géographiques du marché²⁹¹³. Ce n'est que la transcription du modèle de Hotelling²⁹¹⁴ selon lequel la différenciation des biens résulte de la localisation différente des offreurs, et donc des coûts de transport, qui selon leurs niveaux, permettent de déterminer s'il existe, pour un même bien, un ou plusieurs marchés.

En droit interne, la Cour de cassation a admis ce raisonnement, dans l'affaire des tuiles et briques d'Alsace, en décidant que les tuiles et briques fabriquées en Alsace constituent un marché à part entière car elles « *ne sont pas substituables aux autres du fait de l'incidence des coûts du transport, sur des éléments de construction pondéreux et de faible valeur intrinsèque* »²⁹¹⁵. Mais la détermination de l'aire géographique du marché est inextricablement liée à la dimension matérielle de celui-ci : le marché du produit²⁹¹⁶. L'article 9 paragraphe 7 du règlement européen du 21 décembre 1989, sur le contrôle des concentrations, résume parfaitement ce lien : « *le marché géographique de référence est*

²⁹⁰⁹ Cf. supra n°599 et suiv.

²⁹¹⁰ Cons. Conc., rapport d'activité pour 1993, p.59; cf. également le rapport pour 1992, p.52 et suiv.

²⁹¹¹ Com., 14 décembre 1985, J.O.C.E., 1985, n°L.374; cf. B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, op. cit., n°542 et suiv.

²⁹¹² B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, op. cit., n°542; G. Cas et R. Bout, op. cit., n°632 et suiv.; Y. Chartier, op. cit., p.652 et suiv.; M.C. Boutard-Labarde et D. Bureau, *La détermination du marché pertinent*, R.J.D.A., 11/1993, 743.

²⁹¹³ Décis. du 9 décembre 1971 et C.J.C.E., 21 février 1973, Rec., 1973, 215.

²⁹¹⁴ M.C. Boutard-Labarde et D. Bureau, chronique précitée.

²⁹¹⁵ Cass. Com., 29 juin 1993, Cont. Conc. Cons., 1993, n°155, obs. L. Vogel.

²⁹¹⁶ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, op. cit., n°545 et suiv.

constitué par un territoire sur lequel les entreprises concernées interviennent dans l'offre et la demande de biens et de services, sur lequel les conditions de la concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires voisins, en particulier en raison des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles prévalant sur ces territoires. Dans cette appréciation, il convient notamment de tenir compte de la nature et des caractéristiques des produits ou services concernés, de l'existence de barrières à l'entrée, des préférences des consommateurs, ainsi que de l'existence, entre le territoire concerné et les territoires voisins de différences considérables de parts de marché des entreprises ou des différences de prix substantielles ». L'appréciation des caractéristiques du produit vient donc compléter l'analyse géographique du marché. Dans l'arrêt *United Brands*, la Cour de justice a estimé que les qualités intrinsèques spécifiques de la banane impliquait de distinguer le marché de la banane de celui des autres fruits frais²⁹¹⁷. En droit interne, le Conseil de la concurrence définit le marché pertinent grâce à la méthode du faisceau d'indices²⁹¹⁸. Dans cette analyse, le critère de substituabilité des biens et services joue un rôle primordial²⁹¹⁹.

Mais substituable ne signifie pas identique. Le modèle de Hotelling permet de comprendre que des biens physiquement identiques doivent être considérés économiquement comme différenciés dès lors qu'ils sont localisés différemment; et à l'inverse, des biens physiquement différents peuvent être considérés comme économiquement substituables²⁹²⁰. En réalité, le critère de fonction est extrêmement important²⁹²¹, car les entreprises tentent toujours d'individualiser leurs produits afin de fidéliser leur clientèle²⁹²². C'est ce que Chamberlin appelait la concurrence monopolistique²⁹²³. Ainsi, il convient de se demander si les demandeurs considèrent deux biens physiquement distincts comme « *des moyens alternatifs de satisfaire une même demande* », un même besoin²⁹²⁴. Les économistes ont mis au point un indice permettant de mesurer le degré de substituabilité de deux biens. « *La question de la substituabilité de deux biens ou services est essentiellement une question de comportement des consommateurs ou des demandeurs. Si des biens émanant de plusieurs offreurs sont considérés comme substituables par une grande partie de la clientèle, alors une variation de prix de l'un d'entre eux entraînera un déplacement substantiel de la demande d'une entreprise à l'autre* »²⁹²⁵. Mais cette analyse économétrique du marché n'est pas toujours aisée. Dans l'arrêt *France Loisirs*, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris avaient estimé que les clubs de livres, qui ne vendent qu'à des acheteurs adhérents, constituaient un marché distinct de celui des autres livres²⁹²⁶. La Cour de cassation a

²⁹¹⁷ C.J.C.E., 14 février 1978, Rec., 1978, p.207.

²⁹¹⁸ Rapport pour 1992, p.52.

²⁹¹⁹ C.A., Paris, 17 juin 1992, B.O.C.C., 1992, 217 : le marché se définit comme « *le lieu théorique où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts* ».

²⁹²⁰ M.C. Boutard-Labarde et D. Bureau, chronique précitée, p.745 donnant l'exemple du T.G.V. et de l'avion sur le trajet Paris-Lyon.

²⁹²¹ Op. cit.

²⁹²² Rapp. pour 1992, p.52 et 53.

²⁹²³ Cf. supra n°523 et suiv.

²⁹²⁴ M.C. Boutard-Labarde et D. Bureau, op. cit.; cf. rapport de la Commission de la concurrence pour 1986, p.XV; Cons. Conc., n°90-D-10 du 18 juin 1991, B.O.C.C. du 11 octobre 1990, estimant que les pages jaunes de l'annuaire formaient un marché et qu'elles n'étaient pas substituables aux autres espaces publicitaires des guides locaux, journaux gratuits ou annuaires privés.

²⁹²⁵ Rapp. pour 1992, p.53.

²⁹²⁶ Cons. Conc., 28 novembre 1989, B.O.C.C. du 3 décembre 1989, C.A., Paris, 21 mai 1990, Dalloz, 1990, 523 note C. Galvada.

infirmé la décision de la Cour d'appel, en lui reprochant de ne pas avoir suffisamment précisé en quoi « *la vente des livres par clubs formait un marché économique suffisamment identifiable pour être distinct du marché général du livre* »²⁹²⁷.

613. Malgré les incertitudes inhérentes à l'analyse économétrique²⁹²⁸, le marché est un révélateur pertinent de la puissance économique d'une entreprise. En effet, après avoir correctement délimité le marché pertinent, il est facile de déterminer les parts détenues par une entreprise donnée. Cet indice est souvent utilisé par le Conseil de la concurrence afin de juger si l'entreprise en question peut, ou non, s'abstraire de la pression de la concurrence des autres entreprises présentes sur le marché. Ainsi, la position dominante d'une entreprise est-elle généralement constatée, lorsqu'elle détient la moitié ou plus des parts de marché du bien ou du service en cause²⁹²⁹. Ce critère de structure du marché est également utilisé en droit communautaire et justifie, sans risque d'erreur, l'attribution d'une position dominante à une entreprise qui occupe une situation de monopole ou de quasi monopole²⁹³⁰. Mais l'inverse n'est pas toujours vrai, et une entreprise peut se trouver en position dominante avec une faible part du marché, et ce d'autant plus si la structure de ce marché est atomique. A cet égard, le Conseil de la concurrence a calqué sa méthode d'analyse sur celle utilisée par la Cour européenne de justice, à savoir la méthode du faisceau d'indices²⁹³¹. En effet, le critère de structure se révèle, à lui seul, insuffisant pour déterminer l'existence d'une position dominante. Il doit être complété par d'autres facteurs caractérisant la suprématie d'une entreprise. Le marché paraît alors être un révélateur bien imparfait de la puissance économique.

b - « *Le marché, révélateur imparfait de la puissance économique* »²⁹³²

614. En droit de la concurrence, « *le marché ne fournit qu'un cadre d'analyse partiel de la réalité du jeu concurrentiel* »²⁹³³. Il est exact que le marché, apprécié au regard du critère structurel, ne peut révéler que la puissance commerciale d'une entreprise. Il est incapable de donner une appréciation juste de la puissance patrimoniale ou de la puissance informationnelle. Bien plus, il ne révèle qu'une partie de la puissance commerciale, celle qui se traduit en chiffre d'affaires. Mais la puissance commerciale d'une entreprise peut se traduire par des méthodes de vente ou une notoriété. En outre, il est possible qu'une

²⁹²⁷ Cass. Com., 10 mars 1992, Bull. Civ. IV, n°111; Dalloz, 1992, 355, note C. Galvada; R.T.D. Com., 1993, 204 obs. Bouzat; cf. sur renvoi C.A. Paris, 11 mars 1993, R.J.D.A., 5/1993, n°413; L. Vogel, *A quelles conditions peut-on distinguer des sous-marchés au sein d'un marché de produits?*, Cont. Conc. Cons., 1992, juin.

²⁹²⁸ L. Vogel, *Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence*, J.C.P., 1994, I, 3737.

²⁹²⁹ Cons. Conc., 28 avril 1987, N.M.P.P.; Cons. Conc., 30 mai 1989, P.V.C.; Cons. Conc., 28 novembre 1989, Vente de livres par clubs; Cons. Conc., 24 janvier 1989, Nice-Matin; Cons. Conc., 16 janvier 1990, Pompes funèbres générales à Fontainebleau; Cons. Conc., 3 décembre 1991, Soc. Jacob Suchard France S.A..

²⁹³⁰ C.J.C.E., 13 février 1979, 85/76, Affaire Hoffmann-La Roche, Rec. 1979, 461, att. n°40 : « *des parts extrêmement importantes constituent, par elles seules, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence de la position dominante* »; cf. B. Goldman, A. Lyon-Caen, et L. Vogel, op. cit., n°541.

²⁹³¹ Rapport d'activité pour 1993, p.62 et 63.

²⁹³² Ce titre est emprunté à M. Vogel, *Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence*, précité.

²⁹³³ Op. cit., n°8.

entreprise économiquement puissante exerce une influence sur un marché sur lequel elle n'intervient pas²⁹³⁴. C'est ce qu'a admis la Cour de cassation en sanctionnant une compagnie aérienne qui avait augmenté ses tarifs de fret sur le transport d'oeufs à couver, dans le but de favoriser une entreprise locale au détriment d'une autre, qui était dans l'obligation d'importer cette marchandise²⁹³⁵.

615. Surtout, la notion de puissance économique étant polymorphe, il était illusoire de se contenter du critère de structure du marché pour l'appréhender. Dans la décision des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (N.M.P.P.), le Conseil de la concurrence a pris en compte, outre les parts de marché détenues, l'existence d'une supériorité dans la gestion, l'innovation technique et l'action commerciale, ou encore les conditions dans lesquelles l'entreprise met en oeuvre ces moyens à l'égard de ses concurrents ou ses clients²⁹³⁶. Le coeur de l'analyse se situe dans le rôle directeur qu'une entreprise économiquement puissante est susceptible d'avoir sur un marché. A cet égard, la présence de celle-ci dans d'autres secteurs d'activités, la rendant peu dépendante d'une activité donnée, ainsi que sa progression sur le marché, ont été souvent des indices déterminants²⁹³⁷. De même, la rentabilité des secteurs dans lesquelles elle exerce son activité ou l'importance et la notoriété des marques commerciales dont elle est propriétaire sont susceptibles de constituer une barrière à l'entrée du marché lui conférant une position dominante²⁹³⁸. Ainsi, pour décider que la société Bandai, importateur exclusif des consoles et logiciels de jeu Nintendo, était en position dominante, le Conseil de la concurrence a retenu, qu'en premier lieu, les parts de marché détenues par cette entreprise était supérieures à 50 % et qu'en second lieu les produits de marque Nintendo bénéficiaient, aux yeux des consommateurs, d'une grande notoriété²⁹³⁹. Enfin, l'avance technologique²⁹⁴⁰ et les capacités financières d'une entreprise²⁹⁴¹ sont également des indices fréquemment utilisés pour appréhender la notion de position dominante.

616. M. Vogel propose de classer les indices de position dominante en trois familles : critères de structure, de comportement et de performance²⁹⁴². Si les critères de performance sont encore usités avec une certaine prudence²⁹⁴³, en revanche les critères de comportement apparaissent beaucoup plus significatifs²⁹⁴⁴. Cette démarche démontre la nécessité de tenir compte du caractère polymorphe de la puissance économique et de distinguer entre la puissance patrimoniale et la puissance commerciale. Par exemple, une entreprise peut se révéler commercialement puissante grâce à la détention de parts de marché importantes, mais patrimoniallement en situation de faiblesse en raison des pertes qu'elle enregistre chaque année. Que l'on songe aux exemples d'Air France ou de la SNCF. Nul doute que si

²⁹³⁴ F. Perroux, op. cit., p.125.

²⁹³⁵ Cass. Com., 19 février 1991, Bull. Civ. IV, n°82; Rapport pour 1991, p.327.

²⁹³⁶ Décision 87-D-08, B.O.C.C., 29 janvier 1988, p.14.

²⁹³⁷ Com. Conc., 30 septembre 1977, Matériaux pour canalisations d'eau; Com. Conc., 16 avril 1979, Gaz industriel et carbonique; Cons. Conc., 18 novembre 1987, Soc. Pompes funèbres 77; cf. rapport pour 1987, p.21.

²⁹³⁸ G. Cas et R. Bout, op. cit., n°643.

²⁹³⁹ Rapport d'activité pour 1993, p.64; Décision n°93-D-56, en date du 7 décembre 1993.

²⁹⁴⁰ Rapport pour 1978, J.O., doc. admin., 6 janvier 1979.

²⁹⁴¹ Cass. Com., 28 janvier 1992, Dalloz, 1992, I.R., 83.

²⁹⁴² L. Vogel, *Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence*, art. préc., n°10.

²⁹⁴³ C.J.C.E., 14 février 1978, United Brands précité : « une marge bénéficiaire réduite ou même des pertes temporaires ne sont pas incompatibles avec une position dominante, tout comme des bénéfices élevés peuvent être compatibles avec une situation de concurrence effective ».

²⁹⁴⁴ Com. Conc., 7 octobre 1981, affaire Michelin, J.O.C.E., n° L. 353 du 9 décembre 1981.

ces entreprises sont commercialement puissantes, elles sont néanmoins en état de faiblesse économique à l'égard des organismes de financement qui soutiennent leur exploitation et financent leurs pertes. Cette vulnérabilité là, le concept de marché ne peut l'appréhender. Au surplus, la notion de marché est incompatible avec celle de relativité subjective, dans laquelle la domination ou la dépendance s'exerce directement à l'encontre d'une entreprise.

2/ LA RELATIVITE SUBJECTIVE

617. Si la notion de marché est insuffisante dans l'appréciation de la relativité objective, elle est inopérante en ce qui concerne la relativité subjective. Le concept de relativité subjective permet d'insister sur le déséquilibre bilatéral de puissance économique entre deux personnes. Il se peut que cette dissymétrie entraîne un véritable lien de dépendance, au sens où l'entend M. Virassamy²⁹⁴⁵, ou bien qu'elle soit la source d'un effet de domination. Mais dans les deux cas, la référence au marché sera inutile; l'important étant d'apprécier l'intensité et la gravité de ce déséquilibre. M. Vogel l'a d'ailleurs parfaitement compris : « *la part de marché de l'entreprise qui demeure un facteur essentiel dans l'appréciation d'une position dominante ne joue plus qu'un rôle accessoire dans l'établissement d'une situation de dépendance économique* »²⁹⁴⁶. Dans la décision Mercedes-Benz, le Conseil de la concurrence a décidé que la dépendance économique d'un distributeur par rapport à un producteur devait s'apprécier en tenant compte de :

- l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur
- la notoriété de la marque du fournisseur
- l'importance de la part du marché du fournisseur
- l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents²⁹⁴⁷.

« *La dépendance se constatant entre entreprises, c'est l'importance de la part de l'une dans le chiffre d'affaires de l'autre, affectée d'un coefficient de notoriété -il est indispensable de distribuer certains produits ou d'être distribué par certaines marques pour acquérir une crédibilité commerciale- qui représente le critère d'appréciation essentiel* »²⁹⁴⁸. Ainsi, une société pour laquelle la commercialisation d'un produit ne représente que 2 % de son chiffre d'affaires ne démontre pas que la vente de ce produit est indispensable à la poursuite de son activité²⁹⁴⁹. Il est tout à fait normal que le droit de la concurrence se focalise sur l'importance de la part d'une entreprise dans le chiffre d'affaires d'une autre, afin de déterminer l'état de dépendance économique. Il est également normal que, même sur le fondement de l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, le Conseil de la concurrence se réfère à la condition d'une restriction substantielle au jeu de la concurrence sur le marché pertinent²⁹⁵⁰. En effet cette référence permanente au marché est commandée par la finalité du droit de la concurrence, qui est

²⁹⁴⁵ G. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, L.G.D.J., 1986; cf. supra n°42 et suiv.

²⁹⁴⁶ Op. cit., n°11.

²⁹⁴⁷ Cons. Conc., 2 mai 1989, in Rapport d'activité pour 1989, p.62.

²⁹⁴⁸ L. Vogel, chron. précitée.

²⁹⁴⁹ Cons. Conc., 7 février 1990, Ets. A. Barbot, in Rapport pour 1990, p.35; C.A. Paris, 20 septembre 1990, Cont. Conc. Cons., 1991, n°14, obs. L. Vogel; Cass. Com., 16 juin 1992, Cont. Conc. Cons., 1992, n°229, obs. L. Vogel.

²⁹⁵⁰ Cons. Conc., 8 juin 1993, Cora, n°93-D-21, Rapport pour 1993 Annexe 28 et p.69 et suiv.

d'assurer et de favoriser le libre jeu de l'offre et de la demande sur celui-ci²⁹⁵¹. En revanche la notion de puissance économique, telle que nous suggérons de l'introduire en droit des obligations, est débarrassée de cette condition, sa finalité étant de protéger la partie économiquement faible.

618. Le déséquilibre de puissance économique, entre deux entreprises, ne recouvre pas uniquement la situation de dépendance, telle que définie soit par l'article 8-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, soit par M. Virassamy²⁹⁵². Nous avons vu que la dissymétrie de puissance économique peut aussi engendrer un effet de domination, permettant d'obtenir un avantage excessif ponctuel. Alors que le lien de dépendance caractérise une situation dans laquelle se trouve une entreprise dont la survie dépend du maintien d'un rapport contractuel permanent ou régulier, l'effet de domination est, quant à lui, temporaire et accessoire par rapport à la survie de l'entreprise. Prenons l'exemple d'une grande entreprise de travaux publics qui conclut un marché avec un sous-traitant en difficulté financière. Le contrat de sous-traitance n'est, pour ce dernier, ni permanent ni vital. Pourtant, il va consentir à accepter des conditions extrêmement désavantageuses, pouvant aller jusqu'au travail à perte, afin d'alléger momentanément sa trésorerie et de couvrir une partie de ses charges fixes. Il ne fait aucun doute que, dans cette hypothèse, l'entreprise économiquement puissante a abusé de sa position, par un effet de domination tel que défini par Perroux²⁹⁵³, afin d'obtenir un avantage excessif. Dans le même ordre d'idée, la pratique des prix prédateurs caractérise un abus de puissance économique, sans qu'il y ait pour autant un lien contractuel de dépendance²⁹⁵⁴. L'entreprise prédatrice exercera sur le concurrent qu'elle souhaite éliminer un effet de domination, en abaissant ses prix en dessous de son coût total de production.

619. Un dernier exemple peut être pris s'agissant du déséquilibre de puissance informationnelle. Qu'il soit consommateur ou professionnel, l'acheteur profane se trouve en position d'infériorité par rapport au vendeur professionnel. Ce dernier sera donc débiteur d'une obligation d'information, voire de conseil si le produit acheté est complexe ou d'utilisation délicate. Dans leurs rapports, aucune de ces deux parties ne se trouve dans un état de dépendance économique au sens où on l'entend habituellement. L'achat de ce bien n'est pas vital pour l'entreprise profane, et le lien contractuel créé pour l'occasion n'est ni régulier ni permanent. Or, le droit commun des obligations va tenir compte de la dissymétrie de puissance informationnelle en mettant à la charge du vendeur professionnel une obligation d'information²⁹⁵⁵. Force est donc de constater que le domaine de la relativité subjective de la puissance économique ne se limite pas à l'état de dépendance, ce dernier n'étant, avec l'effet de domination, que l'une des résultantes possibles du déséquilibre de puissance économique existant entre deux personnes. L'important est de garder à l'esprit que la relativité de la notion de puissance économique oblige à effectuer une appréciation, une comparaison, des forces en présence afin de déterminer s'il y a, ou non, déséquilibre, dissymétrie systématique et manifeste. Ceci étant établi, il convient de montrer à présent que l'appréciation est non seulement relative, mais également concrète.

²⁹⁵¹ Cf. supra n°566 et suiv.; 575 et suiv.

²⁹⁵² Cf. supra n°42 et suiv.

²⁹⁵³ Cf. supra n°599 et suiv.

²⁹⁵⁴ Cf. supra n°45 et suiv.

²⁹⁵⁵ Cf. infra n°760 et suiv.

B - UNE APPRECIATION CONCRETE

620. La puissance économique étant une notion essentiellement factuelle, elle doit évidemment s'apprécier de façon concrète. Ici nous entendons concret par opposition à abstrait, sans faire référence à la thèse de M. Dejean de la Bâtie sur *l'appréciation in abstracto et l'appréciation in concreto en droit civil français*²⁹⁵⁶. En effet, il ne s'agit pas de se demander si le comportement des justiciables doit être comparé à un standard juridique donné, le *bonus pater familias*, ou s'il doit être apprécié uniquement en fonction des particularités personnelles des sujets en question. Pour l'étude qui nous intéresse, dire que la puissance économique doit s'apprécier concrètement signifie que le juriste ne doit pas se contenter de dresser des catégories générales et abstraites de sujets de droit irréfragablement présumés économiquement faibles ou économiquement puissants. L'érection de catégories juridiques de cette nature secrète un droit dogmatique et forcément irréaliste, c'est-à-dire sans lien avec la réalité. Par conséquent, l'appréciation de la puissance économique doit être par principe concrète et réaliste.

621. Mais l'on aurait tort de croire que le droit peut se débarrasser de toute fiction. Comme tout système de représentation de la réalité, le droit contient une dose indissoluble d'arbitraire et de fiction. Mieux, le droit a besoin, pour être efficace et compréhensible par le plus grand nombre, de grandes catégories abstraites favorisant le développement de raisonnements généraux et de la systématisation de la pensée. « *Le droit, et notamment notre droit écrit, n'est pas une addition de centaines ou de milliers de règles éparses, compilées ou non dans les innombrables articles d'un Code civil, d'un Code de commerce, d'un Code pénal ou d'un Code de procédure pénale. (...) Le droit français se présente davantage comme un tout cohérent, ordonné et systématisé. (...) Cette systématisation est assurée par une double classification : classification d'une part en institutions, classification d'autre part en catégories* »²⁹⁵⁷. Mais ce système ne fonctionne pas en vase clos. Il s'ouvre à la réalité grâce au mécanisme de la qualification, qui consiste « *à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement* »²⁹⁵⁸. Le rattachement d'un élément matériel à une catégorie juridique a essentiellement pour objet de déterminer le régime juridique qui va lui être appliqué. Or, l'appréciation de la puissance économique, même si elle doit s'effectuer en principe concrètement, doit également s'accommoder de certaines catégories juridiques. En effet, la charge de la preuve de l'existence d'un déséquilibre manifeste et systématique de puissance économique étant souvent très lourde compte tenu de la complexité de l'analyse économique à laquelle il faut se livrer, il est parfois souhaitable d'instaurer une présomption de rattachement d'une personne à une catégorie juridique. C'est ainsi que le principe de l'appréciation concrète doit être tempéré par l'utilisation de présomptions destinées à faciliter la charge de la preuve.

1/ LE PRINCIPE DE L'APPRECIATION CONCRETE

²⁹⁵⁶ N. Dejean de la Bâtie, thèse 1965.

²⁹⁵⁷ D. Lefebvre et E. Mollaret-Laforêt, *Droit et entreprise*, p.15.

²⁹⁵⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.655.

622 . Michel Villey a grandement contribué à montrer comment notre système juridique s'est éloigné de la méthode dialectique, pour « céder à la fascination du modèle scientifique d'Euclide, dit géométrique »²⁹⁵⁹. Il rappelle par exemple que Grotius annonce, dans les prolégomènes de son Traité de la guerre et de la paix, qu'il transplantera sur le terrain du droit l'ordre des mathématiciens. Or, la méthode démonstrative, qui sert de dynamique au raisonnement scientifique, a réduit la logique juridique à des soliloques, des monologues successifs et isolés : « monologue du législateur, du dogmaticien, de l'avocat (...) »²⁹⁶⁰. Cette méthode moderne tranche avec la méthode dialecticienne qu'ont connue Athènes et Rome pendant l'Antiquité. Oublier le raisonnement dialectique, c'est oublier également que pour Aristote il existait deux logiques distinctes, l'une scientifique, l'autre dialectique²⁹⁶¹. Il est vrai que le terme dialectique est aujourd'hui polysémique, et que l'on devrait parler des dialectiques afin de ne faire aucun contresens par rapport aux nombreuses définitions qui lui ont été données, au cours de l'histoire, par les différents systèmes philosophiques²⁹⁶². Mais nous entendons ici retenir le sens antique du mot dialectique, celui qui désigne l'art de raisonner avec méthode²⁹⁶³. La dialectique, en ce sens, est le moyen le plus efficace de lutter contre le dogmatisme, d'introduire dans le raisonnement les données du réel. Le raisonnement dialectique ne consiste pas seulement à travailler et dialoguer sur les mots, il permet d'approcher la connaissance du monde réel. Hegel fera d'ailleurs de la dialectique le moyen de connaître la genèse du réel par intégration d'une thèse et de son opposé : « *Ce qui est réel est rationnel et ce qui est rationnel est réel* ». Le droit, dont la finalité est la recherche du juste, comme la philosophie est la recherche de la vérité, trouve dans cette méthode un formidable outil. Mais la dialectique n'est pas que la confrontation d'opinions opposées, c'est aussi et surtout un lien entre le réel, le concret et la théorie, l'abstrait. Villey rappelle qu'à Rome le travail des juristes s'effectuait selon la méthode casuistique : *ponere causam*²⁹⁶⁴. Or, il est saisissant de constater que le droit moderne de la concurrence, qui est la matière la plus sensible aux problèmes posés par la puissance économique, privilégie l'étude concrète des cas et des situations. Sans verser dans le pragmatisme, le droit de la concurrence est essentiellement pratique et réaliste. De même, lorsqu'il s'agit d'apprécier les déséquilibres de puissance économique, le droit des obligations doit faire preuve des mêmes qualités.

623 . L'appréciation relative de l'inégalité de puissance économique doit s'effectuer globalement, en tenant compte de toutes les formes possibles que peut revêtir la puissance économique. Mais l'appréciation concrète oblige également à effectuer une analyse en fonction de chaque forme de puissance afin de les comparer deux à deux. S'il s'agit, par exemple, d'apprécier le déséquilibre de puissance économique entre une banque et une entreprise cliente, il faudra s'attacher à comparer leur puissance patrimoniale respective, et à l'intérieur de celle-ci, leur puissance financière²⁹⁶⁵. Cette comparaison se révélera pertinente en cas de désengagement de la banque, pour fixer un préavis minimum dont le principe est prévu à l'article 60 de la loi bancaire du 24 janvier 1984. Les dispositions de cet article se comprennent, en effet, par référence à la dissymétrie de puissance financière existant entre les banques d'une part et la plupart de leurs clients professionnels d'autre

²⁹⁵⁹ M. Villey, *Philosophie du droit*, t.II : *les moyens du droit*, n°178.

²⁹⁶⁰ Op. cit.

²⁹⁶¹ Op. cit., n°159.

²⁹⁶² P. Foulquié, *La dialectique*, P.U.F., 1976, Que sais-je?

²⁹⁶³ Du latin *dialectica*.

²⁹⁶⁴ Op. cit., n°175.

²⁹⁶⁵ Cf. supra n°503 et suiv.

part. En revanche, sur le plan de la puissance informationnelle, banques et entreprises sont le plus souvent sur un pied d'égalité, car la fonction de financement est inhérente à toute entreprise²⁹⁶⁶. Ceci justifie le fait que sur le terrain du crédit, seuls les consommateurs sont protégés. En effet, les simples particuliers sont le plus souvent démunis devant le savoir financier des banques. Cette situation d'infériorité est d'autant plus grande que l'inégalité informationnelle se double d'une inégalité de puissance patrimoniale évidente. Seule, aujourd'hui la puissance commerciale semble pencher en faveur des clients, des banques, grâce à la concurrence à laquelle celles-ci se livrent depuis quelques années. Enfin, dernier exemple, le déséquilibre de puissance économique entre un petit fabricant et une grande surface de distribution s'appréciera en fonction de leur puissance commerciale respective, le fabricant au regard de sa puissance de vente, le plus souvent fondée sur sa notoriété, et la grande surface au regard de sa puissance d'achat. Il est certain que si les achats de celle-ci représentent plus de 50 % des ventes de celui-là, tandis que le chiffre d'affaires du premier ne représente qu'une part infinitésimale des achats de la seconde, alors il y aura un déséquilibre manifeste de puissance commerciale entre les deux.

624. L'utilisation de la méthode de l'appréciation concrète, pour analyser les déséquilibres de puissance économique, présente l'avantage d'éviter les cas de surprotection et de sousprotection qui caractérisent le système de protection fondé sur l'abstraction²⁹⁶⁷. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu dans le domaine du droit de la concurrence le 20 octobre 1993 est, à cet égard, révélateur²⁹⁶⁸. En l'espèce, il était reproché à d'importantes compagnies pétrolières d'avoir imposé à leurs cocontractants des engagements d'exclusivité et des conditions contractuelles restrictives de concurrence. Mais la Cour n'est pas entrée en voie de condamnation, aux motifs que les cocontractants, dont il s'agissait, étaient des stations-service de grandes surfaces, et « *que raffineurs et grandes surfaces sont des puissances commerciales disposant de capacités de négociation globalement comparables* ». Cet exemple illustre parfaitement la souplesse de l'appréciation concrète, qui permet de comparer les puissances économiques de chaque contractant, afin de déterminer, sans préjugés ni dogmatisme, s'il y a ou non déséquilibre manifeste et systématique. Il semble que la Cour de cassation souhaite entériner cette jurisprudence. Ainsi, elle a décidé qu'un vendeur n'a pas l'obligation de s'informer auprès de son client professionnel des conditions d'utilisation de l'engin ou à l'informer des caractéristiques techniques dont l'acheteur est en mesure d'apprécier la portée²⁹⁶⁹. Dans un arrêt postérieur, la première Chambre civile a développé un raisonnement encore plus explicite²⁹⁷⁰ : 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 des caractéristiques techniques du dispositif en cause²⁹⁷¹.

²⁹⁶⁶ Il faut cependant réserver l'hypothèse du soutien abusif d'une entreprise en situation irrémédiablement compromise. Mais l'obligation de se renseigner, qui est mise à la charge du banquier, bénéficie plus aux créanciers de l'entreprise qu'à l'entreprise elle-même. Cf. Cass. Com., 28 mars 1995, Dalloz, 1995, 410 note F. Derrida.

²⁹⁶⁷ Cf. supra n° 146 et suiv.

²⁹⁶⁸ Cont. Conc. Cons., 1993, n° 197, obs. L. Vogel.

²⁹⁶⁹ Cass. Civ. 1ère, 7 juin 1995 Dalloz 1996, Som. com. 12, obs. G. Paisant; Juris-Data n° 001541.

²⁹⁷⁰ Cass. Civ. 1ère 20 juin 1995, JCP 1995 IV 2050; Juris-Data n° 001595.

²⁹⁷¹ La jurisprudence n'est toutefois pas d'une parfaite clarté, pour preuve l'arrêt qui retient l'existence d'une obligation de conseil à la charge d'un notaire, alors même que son client était assisté par un avocat, et que par conséquent il ne pouvait souffrir d'un déséquilibre informationnel en matière juridique; Cass. Civ. 1ère, 10 juillet 1995 JCP 1995 IV 2241 et 2242; Juris-Data n° 002115 et 002116.

625 . Malgré le caractère concret de l'appréciation de la puissance économique, il paraît souhaitable que la Cour de cassation exerce son contrôle. En effet, il s'agit d'un problème de qualification dans la mesure où le juge tire des conséquences juridiques²⁹⁷² du constat d'une dissymétrie de puissance économique entre deux personnes²⁹⁷³. A tout le moins, le contrôle de la Cour de cassation devrait porter sur le caractère manifestement excessif et systématique du déséquilibre²⁹⁷⁴, afin d'harmoniser les solutions rendues par les diverses juridictions du fond. Il importe, en effet d'instaurer une certaine unité de solutions dans un domaine où les situations de faits sont généralement complexes, et les tentations des justiciables de se retrancher derrière leurs prétendues faiblesses, afin de bénéficier des régimes de protection, extrêmement fréquentes. La sécurité des relations juridiques impose une utilisation parcimonieuse de la protection des économiquement faibles lorsqu'un déséquilibre de puissance économique est constaté. C'est la raison pour laquelle il est impératif que le déséquilibre soit systématique et manifeste. C'est également la sécurité des relations juridiques qui commande l'utilisation de la présomption dans certaines hypothèses.

2/ LE RECOURS A LA PRESOMPTION

626 . Il n'est guère contestable que certaines catégories de personnes, eu égard à leur profession ou leur position contractuelle, se trouve le plus souvent en situation d'infériorité économique. Si l'on prend le critère de la position contractuelle, le preneur, l'assuré, le salarié, pour ne donner que ces exemples, sont fréquemment en situation de vulnérabilité à l'égard du bailleur, de l'assureur ou de l'employeur. L'article 1349 du Code civil définit la présomption comme « *les conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». « *Elle constitue donc un raisonnement probatoire, par l'établissement d'un lien logique entre le fait inaccessible à la preuve et le fait accessible. Ainsi, puisque le possesseur d'un bien est le plus souvent le propriétaire, la preuve de la propriété sera apportée si le demandeur démontre sa qualité de possesseur* »²⁹⁷⁵. De même, parce que la preuve positive de la paternité est difficile, on présume que le père de l'enfant est le mari de la mère : *Pater is est quem nuptiae demonstrant*²⁹⁷⁶. Qu'elle soit « *du fait de l'homme* » ou établie par la loi, la présomption revient donc à un déplacement de l'objet de la preuve afin de tenir compte de la fréquence, de la logique ou de la probabilité de la relation entre le fait inconnu et le fait connu. En outre, la présomption peut consister en un déplacement de la charge de la preuve afin d'une part de tenir compte de la difficulté de prouver certains faits et, d'autre part de faire supporter le doute à la partie que l'on souhaite favoriser²⁹⁷⁷. Dans ces deux hypothèses, présomptions par déplacement de l'objet de la preuve et par

²⁹⁷² Cf. Titre II de la présente partie.

²⁹⁷³ Sur le contrôle de la qualification par la Cour de cassation; cf. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, n°1517; H. Croze, *Recherches sur la qualification en droit processuel*, thèse Lyon, 1981.

²⁹⁷⁴ Cf. supra n°593 et suiv.

²⁹⁷⁵ F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°556.

²⁹⁷⁶ Art. 312, C. civ.

²⁹⁷⁷ F. Terré, op. cit., n°559 et 558.

déplacement de la charge de la preuve, il est toujours possible d'établir la vérité par preuve contraire. Ce sont des présomptions simples.

627. A l'opposé, il existe des règles de droit excluant la preuve et que l'on nomme abusivement « *présomption* » irréfragables. Ainsi, lorsque l'on dit que le vendeur professionnel est présumé irréfragablement connaître les vices cachés de la chose vendue et qu'on l'empêche de prouver son ignorance, on énonce une véritable règle de fond²⁹⁷⁸. Mais la confusion se retrouve aussi dans l'autre sens : il arrive que l'on érige une simple présomption en règle de fond en lui conférant un caractère abusivement irréfragable.

C'est le cas pour les règles du droit de la consommation en vertu desquelles le consommateur bénéficie d'une protection en raison de sa faiblesse économique. Dans notre droit positif actuel, le consommateur est irréfragablement présumé en position de faiblesse économique face au professionnel²⁹⁷⁹. Or, nous avons eu l'occasion de montrer toute la fictivité que contenait cette présomption irréfragable. Il en est de même pour la présomption irréfragable d'égalité des professionnels entre eux. En effet, il est logique d'admettre une présomption d'égalité entre professionnels et une présomption d'infériorité économique du consommateur, puisque c'est la situation la plus fréquente. M. Carbonnier a souligné que le fondement d'une présomption était souvent la probabilité. Dans le cas qui nous intéresse, il est fortement probable qu'un consommateur soit économiquement faible par rapport au professionnel avec lequel il contracte, notamment si l'on se réfère à la puissance patrimoniale ou à la puissance informationnelle.

628. Or, s'il est logique d'instaurer une telle présomption, c'est à la condition qu'elle soit simple et que la preuve contraire puisse valablement être apportée. A défaut, on instaure une véritable règle de fond dont la protection qui en découle est trop générale et abstraite pour être efficace et juste. La qualité de consommateur peut faire présumer un état de faiblesse économique, mais ce n'est qu'une probabilité et non une certitude²⁹⁸⁰. De même, si l'on présume que tous les professionnels sont égaux entre eux, sur le plan de la puissance économique, il est excessif d'empêcher un professionnel, en situation de faiblesse économique à l'égard d'un autre, de rapporter la preuve de cette inégalité²⁹⁸¹. La fictivité de cette présomption irréfragable entraîne un certain nombre d'incohérences, dont la plus notable est l'assimilation du professionnel non spécialiste au consommateur. Admettre le caractère irréfragable des présomptions de faiblesse du consommateur et d'égalité des professionnels permettrait de supprimer cette incohérence, le professionnel en situation d'infériorité économique bénéficiant, en cas d'abus de son partenaire puissant, d'une protection conférée par la théorie générale des obligations. Ainsi, les règles consuméristes ne seraient plus altérées dans les contrats spéciaux tels que le crédit à la consommation ou la vente par démarchage à domicile.

629. M. Carbonnier a écrit que « *les règles de droit n'apparaissent pas sans cause, un certain nombre de données profondes (source réelle des règles de droit) explique leur genèse* »²⁹⁸². Il faut donc, pour toutes créations de normes juridiques remonter aux « *sources réelles* », aux « *données profondes* », sans s'arrêter aux apparences parfois trompeuses. A défaut, l'application de la règle de droit sur le milieu social entraînera des

²⁹⁷⁸ Cass. Com., 27 novembre 1972, Bull. Civ. IV, n°282; Cass. Civ. 1ère, 11 mars 1980, Bull. Civ. I, n°84.

²⁹⁷⁹ Cf. supra n° 146 et suiv.

²⁹⁸⁰ Cf. supra n° 150 et suiv. pour l'étude des hypothèses de surprotection.

²⁹⁸¹ Cf. supra n° 154 et suiv. sur la protection de certains professionnels par le droit de la consommation.

²⁹⁸² J. Carbonnier, *Introduction*, n°5.

rejets et des phénomènes d'ineffectivité²⁹⁸³. Ces problèmes sont traditionnellement étudiés par la sociologie du droit²⁹⁸⁴, mais aussi plus récemment par l'analyse économique du droit²⁹⁸⁵. Tout en émettant des réserves sur la pertinence de certaines conclusions du mouvement de l'analyse économique du droit²⁹⁸⁶, force est néanmoins de reconnaître qu'une règle juridique qui n'est pas en phase avec la réalité pose de sérieux problèmes d'application pour les juristes, de compréhension pour les justiciables et d'équité en ce qui concerne la société dans sa globalité. Or, la protection abstraite et aveugle du consommateur, fondée sur la présomption irréfragable de faiblesse économique face au professionnel, provoque d'une part des injustices en ne protégeant que les consommateurs alors que d'autres personnes peuvent se trouver dans un état de vulnérabilité économique similaire et, d'autre part des incohérences et des distorsions des règles consuméristes, la jurisprudence essayant d'étendre le champ de protection afin de pallier les carences de lois parcelaires²⁹⁸⁷.

A cet égard, M. Leveneur a raison de considérer que plus le domaine de protection des consommateurs s'étend et « *moins le degré de protection qu'il s'agit d'atteindre peut s'élever* ». L'auteur poursuit en précisant qu'une « *bonne protection des vrais consommateurs ne peut être mise en place que si le bénéfice des règles destinées à les protéger n'est pas susceptible de s'étendre à la quasi totalité des agents économiques dont les besoins de protection ne sont pas tous identiques* »²⁹⁸⁸. Cependant il est indéniable que la notion de consommateur n'est pas forcément synonyme de faiblesse économique, tant il est vrai qu'il existe des consommateurs qui ne sont pas faibles et des faibles qui ne sont pas consommateurs. Vouloir appréhender le phénomène des déséquilibres de puissance économique dans sa globalité est une aspiration commandée par le souci d'équité et de justice. Il est vrai que l'appréciation concrète, qui est le seul moyen d'y parvenir, engendre une complexité certaine. M. Calais-Auloy estime, à ce sujet, que « *pour savoir si un professionnel agit ou non, dans sa sphère de compétence, il faut procéder, 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* »²⁹⁸⁹. Mais la protection des économiquement faibles dans notre société, passe obligatoirement par une complexité du droit : on ne peut souhaiter à la fois la protection et la simplicité. Il est en effet paradoxal de reprocher l'excès de complexité d'un système juridique qui a pour finalité d'assurer une plus grande équité dans les relations économiques, alors que l'on reprochait l'injustice et la fictivité du postulat d'égalité absolue entre les justiciables. Il faut choisir entre un droit simple et abstrait et un droit concret et complexe. Par ailleurs le recours aux présomptions simples permet de résorber cette difficulté.

630 . En effet, « *la source réelle* » des règles de protection est la présomption que certains contractants, tels que les salariés, les preneurs, les consommateurs, sont, le plus

²⁹⁸³ J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*; J. Carbonnier, *Flexible droit*, p.123 et 136.

²⁹⁸⁴ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, p.256 et 403.

²⁹⁸⁵ R. Posner, *Economic analysis of law*, 3ème éd., 1986; E. Mackaay, *La règle juridique observée par le prisme de l'économiste*, Rev. Internat. Droit Eco., 1986, t.1, p.43 et suiv.; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992, n°57 et suiv.; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°115; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°196 et suiv.; 215 et suiv.; 642 et suiv.; B. Lemennicier, *Economie du droit*, Cujas, 1991.

²⁹⁸⁶ Cf. M. Fabre-Magnan, op. cit.

²⁹⁸⁷ Cf. supra n° 120 et suiv.

²⁹⁸⁸ L. Leveneur, *Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité*, Cont. Conc. Cons., mars 1994; dans le même sens, cf. J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, 1992, n°9.

²⁹⁸⁹ J. Calais-Auloy, op. cit., n°9.

souvent, en situation d'infériorité économique. Mais s'agissant d'une simple probabilité, la preuve contraire doit pouvoir être apportée. Ainsi, un informaticien qui acquière pour ses besoins personnels un ordinateur et un logiciel, est présumé, en sa qualité de consommateur, en situation de faiblesse. Mais il n'est pas illogique d'alléger, voire de dispenser, le vendeur professionnel de son obligation d'information, car les deux contractants ne présentent pas d'inégalité de puissance informationnelle. Inversement, si les professionnels sont présumés égaux entre eux, il ne semble pas inéquitable de permettre à l'un d'entre eux d'apporter la preuve contraire si, dans les faits, il se trouve soumis à un effet de domination ou de dépendance.

Grâce à ce mécanisme de présomptions simples, on parvient à maintenir la sécurité et la prévisibilité juridique, dans la plupart des cas, tout en supprimant le caractère parcellaire et injuste de la protection. Ce mécanisme permettrait également de donner une cohérence et une unité aux règles consuméristes. A partir du moment où la protection contre les clauses abusives est générale et étendue à l'ensemble du droit des obligations, la définition de la notion de consommateur peut être, sans encourir de critique, cantonnée dans des limites strictes. Elle sera effective dans les contrats spéciaux pour lesquels une protection du consommateur a été instaurée, tels que, par exemple, la vente à domicile ou le crédit. S'agissant de la lutte contre les clauses abusives dans l'ensemble des contrats, qu'ils soient ou non de consommation, la notion de consommateur sera alors utilisée comme présomption simple de faiblesse économique. A partir du moment où un déséquilibre de puissance économique systématique et manifeste est constaté, la présomption d'égalité entre les professionnels tombera, et le droit fera produire à cette situation des effets juridiques²⁹⁹⁰.

²⁹⁹⁰ Il en sera de même pour la présomption de faiblesse du consommateur, s'il n'existe concrètement aucun déséquilibre de puissance économique.

TITRE II

LES EFFETS JURIDIQUES DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE

631 . Nous avons vu que la notion juridique de puissance économique ne recouvre pas exactement toute l'ampleur de la réalité de ce phénomène. Ainsi, la définition juridique insiste sur le déséquilibre systématique et manifeste, apprécié de façon relative et concrète, existant entre deux personnes. De même, l'accumulation de puissance économique ne crée pas, à elle seule, d'effets juridiques; elle n'intéresse pas, en soi, le juriste, mais seulement l'économiste. Il ne s'agit donc pas d'étudier, dans le cadre des présents développements, l'ensemble des effets de la puissance économique, mais uniquement ceux qui ont une influence juridique. La puissance économique n'a d'intérêt que lorsqu'elle pénètre le droit et influe sur la norme établie, ou provoque l'élaboration d'une nouvelle règle.

Sur un plan juridique, le phénomène le plus marquant, qui caractérise la puissance économique, est l'inégalité, le déséquilibre, la dissymétrie²⁹⁹¹. Depuis Aristote, le thème de l'égalité et de son opposé, l'inégalité, a souvent fait l'objet d'étude. Il est vrai qu'Aristote, dont la pensée a considérablement influencé notre civilisation, définissait le juste et l'injuste par les notions d'égalité et d'inégalité²⁹⁹². Au XXème siècle, l'intérêt pour les idées d'équilibre et d'équivalence semble s'être accru, de nombreux travaux y faisant référence²⁹⁹³. La raison de ce regain d'intérêt provient, sans doute, de la distorsion existant entre le postulat d'égalité abstraite entre les sujets de droit d'une part, et les inégalités économiques existant, en réalité, entre ceux-ci. Or, le droit tendant naturellement à appréhender la réalité afin de trouver l'adéquation la plus parfaite entre les besoins exprimés par le corps social et les règles juridiques, il est logique que le juriste ait été sensible à l'état de faiblesse économique dans lequel se trouve certains justiciables par rapport à d'autres.

632 . Mais la démarche que nous privilégions, ici, est inversée. Il convient de s'intéresser davantage aux inégalités, aux déséquilibres qui doivent être corrigés. En effet, la puissance économique n'aura de sanctions juridiques que dans la mesure où un déséquilibre systématique et manifeste est constaté entre deux personnes, à la suite d'une appréciation relative et concrète, qui peut, il est vrai, être facilitée par l'application d'une

²⁹⁹¹ Cf. supra n° 184 et suiv.

²⁹⁹² Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chap. III.

²⁹⁹³ Sans prétendre à l'exhaustivité : J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence du contrat*, thèse Toulouse, 1920; M.A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, thèse Grenoble, 1961; M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in *Mélanges G. Marty*, n°235; J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, P.U.F., 1986, p.46 à 51; J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., 1994, 237, cf. not. la seconde partie.

présomption simple. Il est donc préférable d'inverser l'ordre du raisonnement traditionnel et de commencer par constater un déséquilibre de puissance économique, avant d'envisager de rééquilibrer les prestations stipulées au contrat. Cette démarche présente l'avantage de mettre en relief les effets juridiques principaux de la puissance économique, lorsqu'une inégalité se fait jour. Précisons d'emblée que nous écarterons des prochains développements les hypothèses dans lesquelles la puissance, notamment financière et informationnelle, est érigée en forme validante d'un contrat²⁹⁹⁴. C'est le cas, par exemple, lorsque la loi frappe de nullité les conventions notablement déséquilibrées conclues par une entreprise en état de cessation des paiements²⁹⁹⁵, ou impose des conditions d'aptitudes et de diplômes pour exercer certaines professions²⁹⁹⁶. C'est le cas également lorsque la jurisprudence décide d'annuler une convention passée entre des associés d'une S.A.R.L., dont l'un était gérant, aux motifs qu'elle avait, par les avantages accordés à ce dernier au regard de leur impact financier et de capacités contributives de la société, un poids tel qu'elle aboutissait à dissuader cette société d'exercer la plénitude de ses prérogatives d'associé majoritaire²⁹⁹⁷. Cette hypothèse, au demeurant marginale, mise à part, il est possible de dénombrer deux effets juridiques principaux.

633 . En premier lieu, la puissance économique, envisagée sous l'angle du déséquilibre, peut être source d'abus. En paraphrasant Montesquieu, on peut dire que toute personne qui détient de la puissance économique sur une autre est portée à en abuser²⁹⁹⁸. A ce stade, il faut se garder d'une erreur qui consiste à croire que l'abus découle automatiquement de l'existence d'un déséquilibre de puissance économique. La tentation est forte d'instaurer une protection systématique et abstraite de l'économiquement faible, à l'instar des dispositions consuméristes. Mais, ce serait nier la réalité et ériger un droit fondé sur la fiction de l'égalitarisme. Ripert relevait que « *l'inégalité est fatale et il est juste que les qualités manifestées dans le commerce juridique soient sources d'avantages* »²⁹⁹⁹. Il ajoutait, plus loin, que le droit doit seulement veiller à ce que la puissance ne soit pas malfaisante³⁰⁰⁰. Par conséquent, le déséquilibre de puissance économique ne produira d'effets juridiques que s'il est source d'abus de la part de la personne économiquement puissante. Il s'agit de l'effet juridique le plus évident, le plus immédiatement perceptible, mais ce n'est pas le seul.

634 . En second lieu, l'existence d'un déséquilibre de puissance économique entre contractants est source d'obligations. La doctrine contemporaine a, depuis longtemps, observé le phénomène de création ou de « *découverte* », par le juge, d'obligations qui n'étaient pas initialement stipulées dans le contrat. En général, les auteurs rattachent cette création jurisprudentielle d'obligations à la bonne foi ou à l'interprétation des conventions. Nous avons vu que ces explications étaient artificielles³⁰⁰¹. C'est d'ailleurs pour cette raison que Josserand et M. Carbonnier ont parlé de « *forçage du contrat* » par le juge, ou encore de « *pouvoir de réfaction* »³⁰⁰². MM. Malaurie et Aynès expliquent très clairement

²⁹⁹⁴ Cf. sur ce point, J. Mestre, *Où la validité d'un contrat dépend directement de l'aisance financière de l'un des contractants*, R.T.D. Civ. 1988, 105.

²⁹⁹⁵ Art. 107, loi du 10 janvier 1985.

²⁹⁹⁶ Cf. Thèse de S. Vialle, précitée.

²⁹⁹⁷ Cass. Com. 2 juin 1987, R.T.D. Civ. 1988, 105, obs. J. Mestre.

²⁹⁹⁸ « *Le pouvoir doit se définir par la possibilité d'en abuser* », A. Malraux, *La voie royale*, éd. Grasset.

²⁹⁹⁹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°40.

³⁰⁰⁰ Op. cit., n°103 bis.

³⁰⁰¹ Sur la bonne foi, cf. supra n° 399 et suiv.; sur l'interprétation, cf. supra n°385 et suiv.

³⁰⁰² Josserand, *Etude Geny II*, p.340; J. Carbonnier, *Les obligations*, n°146 et 295.

l'impossibilité de rattacher cette création d'obligations à l'idée d'interprétation des conventions puisque « *le juge ajoute au contrat une obligation à laquelle les parties n'avaient pas songé, et peut-être même, qu'elles avaient implicitement écartées* »³⁰⁰³.

Cet ajout trouve, en revanche, une explication cohérente dans l'existence d'un déséquilibre de puissance économique entre les parties. Il en est, notamment, ainsi pour l'obligation d'information, qui découle d'une inégalité de puissance informationnelle entre un sachant et un profane. Ces effets juridiques de la puissance économique, l'abus et la création d'obligations par le juge, sont d'une nature différente, ce qui implique leur étude dans deux chapitres distincts. Néanmoins, il sera particulièrement intéressant de constater que, *de lege ferenda*, ces deux phénomènes issus du déséquilibre de puissance économique peuvent être, du moins dans le domaine contractuel, sanctionnés sur le même fondement : la lésion qualifiée. L'unité de fondement, au stade de la sanction, démontre que, s'il y a deux effets juridiques de la puissance économique qu'il convient de ne pas confondre, il s'agit, en fait, de la traduction d'une seule et même réalité.

³⁰⁰³ P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°632; ces auteurs proposant de rattacher le pouvoir créateur du juge à l'article 1135 du Code civil.

CHAPITRE I

LA PUISSANCE ECONOMIQUE, SOURCE D'ABUS

635 . Au sens premier, l'abus se définit comme l'usage excessif, le mauvais usage³⁰⁰⁴, qu'une personne fait d'une prérogative de fait ou de droit³⁰⁰⁵. En ce qui concerne l'étude des effets juridiques de la puissance économique, la notion d'abus de droit doit être exclue d'emblée. En effet, la puissance économique, lorsqu'elle est source d'abus, n'est qu'un excès de prérogatives de fait, et ce n'est que par abus de langage que l'on parle parfois de « *la loi du plus fort* »³⁰⁰⁶. Il convient donc, dans un premier temps, de préciser la définition de l'abus de puissance économique, avant d'en déterminer, dans un second temps, la sanction juridique.

SECTION I

LA DEFINITION DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE

Comme pour toute définition, force est de distinguer le domaine de la notion de son contenu³⁰⁰⁷.

PARAGRAPHE 1 - LE DOMAINE DE LA NOTION D'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE

En droit des obligations, le domaine de l'abus de puissance économique est extrêmement large, et s'étend de la responsabilité civile délictuelle au droit des contrats. Mais, alors qu'en matière contractuelle l'abus de puissance économique va se traduire par l'instauration d'un déséquilibre entre prestations réciproques, en matière délictuelle, il va consister en une rupture d'un équilibre de marché préétabli. Etant précisé qu'en certains domaines, le législateur intervient de façon préventive pour compenser la situation de faiblesse d'une catégorie de personnes, et ce avant même toute rupture d'un équilibre. C'est notamment le cas avec la loi Badinter du 5 juillet 1985 qui impose à l'assureur de présenter, dans un délai maximal de huit mois à compter de l'accident une offre à la

³⁰⁰⁴ Du latin *abusus*.

³⁰⁰⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.5; *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, p.7.

³⁰⁰⁶ « *La loi du plus fort est toujours la meilleure* », J. de La Fontaine, *Fables et contes*, Bibliothèque de la Pléiade, p.44.

³⁰⁰⁷ Cf. *supra*, n°563.

victime qui a subi une atteinte à sa personne³⁰⁰⁸. Cette disposition tient compte, à l'évidence, du déséquilibre de puissance financière entre l'assureur et la victime d'un accident de la circulation, en forçant les compagnies à accélérer l'indemnisation³⁰⁰⁹. Nous écarterons ce type de solutions législatives particulières pour nous intéresser aux cas les plus généraux.

A - L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE DANS LA RESPONSABILITE CIVILE DELICTUELLE : LA RUPTURE D'UN EQUILIBRE

636. L'idée d'équilibre ne fait pas, ici, référence à la notion d'équivalence, comme c'est le cas en matière contractuelle³⁰¹⁰. Dans la société, en général, ou sur un marché en particulier, les agents économiques instaurent, entre eux, des relations, contractuelles ou non, permettant de fixer un équilibre naturel. Pour se cantonner au domaine extra-contractuel, il est possible de prendre l'exemple de la fixation des prix et des quantités d'un bien donné sur un marché. Sans adopter la vision mécaniste de la théorie classique de la concurrence, il faut admettre que les prix et les quantités seront, pour partie, fonction des courbes de l'offre et de la demande, et donc du nombre d'intervenants et de leur stratégie respective sur le marché. Chaque entreprise étant plus ou moins contrainte de suivre les tendances générales du marché, en terme de prix, de quantités et d'innovations techniques, il est possible de dire qu'un équilibre relatif va naturellement s'instaurer. Evidemment, cet équilibre n'a pas la pureté de l'équilibre général imaginé par Walras et Pareto³⁰¹¹. Il faut, en effet, compter avec les stratégies individuelles de chacune des entreprises. Si les tendances lourdes du marché constituent, pour elles, des contraintes, elles gardent, à la marge, une autonomie de décision qui va se traduire dans l'élaboration d'une politique globale.

Ainsi, la direction de l'entreprise fixe, en fonction des contraintes qu'elle subit et des incertitudes qu'elle gère, une série de choix stratégiques dans les domaines financier, commercial et technique. La politique de l'entreprise pourra être, à l'égard de ses concurrents et fournisseurs, plus ou moins agressive selon les choix effectués. Sur un marché fortement concurrentiel, il y a des chances importantes pour que la tendance globale soit à l'agressivité économique et à la baisse générale des prix. Sur un marché oligopolistique, les entreprises dominantes peuvent être en paix ou en guerre, ce qui donnera soit un oligopole d'entente, soit un oligopole de combat³⁰¹². Mais, dans tous les cas, les stratégies fixées par les entreprises restent bornées par les contraintes économiques du marché. Par exemple, sur un marché fortement concurrentiel ou dans un oligopole de combat, les prix des biens ne peuvent durablement baisser jusqu'à franchir le seuil de rentabilité des entreprises. En effet, le marché impose à chaque intervenant une contrainte de rentabilité³⁰¹³, qui se traduit par un impératif de profit³⁰¹⁴. Malgré les choix stratégiques effectués par les entreprises, le marché trouve nécessairement un équilibre temporaire et relatif à l'intérieur de limites naturelles. C'est précisément cet équilibre que l'abus de puissance économique est susceptible de rompre.

³⁰⁰⁸ Art. L. 211-9 du Code des assurances.

³⁰⁰⁹ Il s'agit d'éviter que les assureurs n'usent de leur puissance financière pour gagner du temps et obliger les victimes à choisir entre une indemnisation faible mais rapide ou l'ouverture d'un procès long et aléatoire. Certains auteurs soulignent aujourd'hui les carences de la loi Badinter, qui n'a pas suffisamment compenser le déséquilibre de puissance informationnelle entre l'assureur et la victime : M. Bourrié-Quenillet, *Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel*, JCP 1996 I 3919.

³⁰¹⁰ Cf. infra n°649 et suiv.

³⁰¹¹ Cf. supra n°515 et suiv.

³⁰¹² D. Flouzat, *Economie contemporaine*, t.1, *Les fonctions économiques*, p.207.

³⁰¹³ Op. cit., p.220 et suiv.

³⁰¹⁴ Op. cit., p.216.

637. Nous avons vu que l'entreprise économiquement puissante peut être celle qui exerce un effet de domination sur un marché, et donc sur ses concurrents. C'est ce que nous avons appelé la puissance économique objective³⁰¹⁵. L'effet de domination d'une entreprise économiquement puissante lui permet de s'extraire des contraintes du marché. En droit de la concurrence, on dira qu'elle se trouve en situation de position dominante, au sens de l'article 8-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. Une telle entreprise peut abuser de sa puissance économique en fixant une stratégie méprisant les contraintes du marché auxquelles sont soumis ses concurrents. C'est notamment le cas lorsqu'elle se comporte comme un prédateur, en fixant des prix anormalement bas, dans le seul but d'éliminer des concurrents.

En droit communautaire, la Cour de justice a consacré expressément la théorie des prix prédateurs³⁰¹⁶. En l'espèce, la société Akzo avait essayé d'éliminer la société ECS du marché en mettant en oeuvre des réductions de prix massives et prolongées. La Cour fait directement référence à l'idée d'équilibre de marché en constatant que « *la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché* ». En particulier, des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables caractérisent l'abus de puissance économique, car un tel niveau de prix est intenable pour une entreprise normale. Ce raisonnement a été repris par le Tribunal de Première Instance dans l'affaire Tetra Pak International³⁰¹⁷. En l'espèce, l'examen de la comptabilité analytique de la société Tetra Pak, en ce qui concerne le marché italien, a révélé une marge nette et une marge brute très largement négative sur plusieurs années, le tribunal en déduisant que « *la vente des cartons Tetra Rex constamment en deçà non seulement de leur prix de revient, mais également de leur coût variable direct démontre à suffisance de droit que la requérante a appliqué une politique d'éviction (...). En effet, par leur ampleur et leur nature même, de telles pertes, qui ne sauraient obéir à aucune rationalité économique autre que celle d'évincer Elopak, avaient incontestablement pour objet de renforcer la position de Tetra Pak sur les marchés (...) où elle occupait déjà une position dominante* ». Cette stratégie est une illustration parfaite de l'utilisation des surplus de la firme économiquement puissante dans le but de renforcer sa position de domination³⁰¹⁸. En droit interne, le Conseil de la concurrence a également fait une application de la théorie des prix prédateurs, même si en l'espèce, il a considéré que les éléments de la cause ne lui permettaient d'entrer en voie de condamnation³⁰¹⁹.

638. L'effet, ou l'objet, anticoncurrentiel de la pratique des prix prédateurs mis à part, il est certain que l'article 1382 du Code civil trouve à s'appliquer dans une telle hypothèse. Le fait de pratiquer des prix prédateurs, avec l'intention d'éliminer un concurrent, revient à causer un dommage illicite à ce dernier, dont il peut demander réparation. Il ne s'agit pas d'instaurer l'égalitarisme entre les concurrents en interdisant à une entreprise économiquement puissante d'utiliser les atouts économiques qui sont à sa disposition. Mais, à l'instar de la théorie de la concurrence déloyale, il y a des limites à ne pas franchir. Ainsi, tout en affirmant qu'il n'existe aucun droit privatif sur la clientèle, et que la simple démarche de clientèle est licite, les tribunaux

³⁰¹⁵ Cf. supra n°611 et suiv.

³⁰¹⁶ C.J.C.E., 3 juillet 1991, Akzo Chemie bv c/ commission, aff. C.62-86, Cont. Conc. Cons., 1991, n°223, obs. L. Vogel.

³⁰¹⁷ T.P.I., C.E., 3 juillet 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°231.

³⁰¹⁸ Cf. supra n°601.

³⁰¹⁹ Cons. Conc., n°94-D.34, 24 mai 1994; Cont. Conc. Cons., 1994, n°166, obs. L. Vogel; cf. pour une application des prix prédateurs à une entente anticoncurrentielle : Cons. Conc., n°94-MC-10, 14 septembre 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°250, obs. L. Vogel; C.A. Paris, 1ère ch., sect. Conc., 3 novembre 1994, Cont. Conc. Cons., 1995, n°7, obs. L. Vogel.

prennent, tout de même, le soin de réserver le cas de la déloyauté dans la concurrence³⁰²⁰, que ce soit par dénigrement³⁰²¹, confusion³⁰²², désorganisation³⁰²³ ou encore parasitisme³⁰²⁴. De même, si le principe est qu'une entreprise peut toujours utiliser sa puissance économique afin d'en tirer des avantages concurrentiels par rapport aux autres, c'est à la condition de ne pas en abuser. Or, il y a abus à partir du moment où cette entreprise se sert de sa puissance économique pour se libérer de toutes les contraintes du marché, fixer des prix excessivement bas, et causer de la sorte un préjudice anormal à ses concurrents les plus faibles. Il en est ainsi pour la pratique de prix de prédation. Il existe, en effet, une différence de nature entre la pratique de prix bas et celle de prix qui ne permettent même pas de couvrir les coûts variables moyens de l'entreprise. Dans le premier cas, on reste dans les limites d'une concurrence normale et d'une utilisation correcte de la puissance économique, tandis que dans le second cas, il s'agit d'un abus de puissance économique visant à rompre l'équilibre naturel d'un marché aux dépens de certains concurrents économiquement plus faibles.

Dans ces conditions, il est clair que certains comportements seront illicites, s'ils proviennent d'entreprises économiquement puissantes, alors qu'ils seront considérés comme licites s'ils émanent d'entreprises ne répondant pas à cette caractéristique³⁰²⁵. La pratique des prix prédateurs n'engage donc la responsabilité civile de leur auteur que si celui-ci est en position de domination. Cependant les notions de prix prédateurs et de puissance économique vont toujours de pair, tant il est vrai que la pratique de tels prix par une entreprise sans aucune puissance économique relève de l'hypothèse d'école. Il devrait en être également ainsi en ce qui concerne le refus de contracter en droit interne, en dépit du fait que ce comportement est sanctionné *per se* par l'article 36-2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986. On sait, en effet, que le droit européen ne sanctionne cette pratique que dans l'hypothèse d'une position dominante de l'auteur du refus³⁰²⁶. Or, il est logique de ne porter atteinte à la liberté de ne pas contracter que dans la stricte mesure où l'exercice de cette liberté dégénère en un abus de puissance économique effectué par une entreprise en position dominante³⁰²⁷. Ainsi, que ce soit pour la pratique de prix prédateurs ou pour celle du refus de contracter, l'existence d'une concentration de puissance économique est une condition de mise en oeuvre des dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil. Nous retrouverons, en matière contractuelle, l'idée selon laquelle des clauses ou stipulations anodines pour le droit commun peuvent revêtir, lorsqu'elles sont imposées par une entreprise économiquement puissante, un caractère illicite, abusif³⁰²⁸.

B - L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE EN MATIERE CONTRACTUELLE : LA CREATION D'UN DESEQUILIBRE

³⁰²⁰ C.A. Paris, 26 février 1991, Dalloz, 1991, I.R., 101; C.A. Paris, 27 mai 1992, Dalloz, 1993, Som. Com. 155, obs. Isorche.

³⁰²¹ C.A. Douai, 25 septembre 1956, R.T.D. Com., 1959, 108, obs. Roubier et Chavanne; C.A. Paris, 20 février 1992, Dalloz, 1993, Som. Com. 156, obs. Isorche.

³⁰²² Cass. Com., 6 avril 1954, Dalloz, 1954, 386; Cass. Com., 24 janvier 1995, Bull. Civ. IV, n°25; Cass. Com., 21 juin 1994, R.J.D.A., 1994, n°1401; C.A. Paris, 17 novembre 1992, J.C.P. 1993, éd. E., II, 418, note Greffe.

³⁰²³ Cass. Com., 8 novembre 1988, G.P., 1989, I, Pan. 7; C.A. Paris, 17 février 1993, Dalloz, 1994, Som. Com. 223, obs. Y. Serra; Cass. Com., 18 octobre 1994, Bull. Civ. IV, n°299.

³⁰²⁴ C.A. Paris, 18 mai 1989, Dalloz, 1990, 340, note L. Cadiet; Dalloz, 1990 Som. Com. 75, obs. Y. Serra; C.A. Versailles, 20 octobre 1993, R.J.D.A., 1994, n°751; Cass. Com., 17 mai 1982, Dalloz, 1982, 553; Cass. Com., 21 juin 1994, Bull. Civ. IV, n°229; Cass. Com., 7 février 1995, J.C.P., 1995, II, 22411, note P. Le Tourneau.

³⁰²⁵ G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique*, n°647.

³⁰²⁶ B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *op. cit.*, n°584.

³⁰²⁷ C'était d'ailleurs la solution retenue par l'avant-projet d'ordonnance, cf. G. Cas et R. Bout, *op. cit.*, n°892.

³⁰²⁸ Cf. *infra* n°662 et suiv.

639 . En matière délictuelle, l'abus de puissance économique reste cantonné dans des hypothèses marginales. Au contraire, il prend toute son ampleur en matière contractuelle. Le contrat est, en effet, le domaine de prédilection dans lequel la puissance économique peut exercer ses pleins effets³⁰²⁹. Que ce soit lors de la formation, de l'exécution ou encore de l'extinction, le contrat est un terrain sensible aux abus de puissance économique. Mais tous les contrats ne présentent pas le même degré de sensibilité. A l'intérieur du champ contractuel, certaines catégories de contrat ne sont pas susceptibles de donner lieu à des abus de puissance économique. Il s'agit notamment des contrats à titre gratuit, ou de bienfaisance, à condition toutefois de ne pas être accessoire à une opération commerciale, comme c'est le cas pour les cadeaux et les loteries proposés aux consommateurs. D'autres, en revanche, recèlent systématiquement une potentialité d'abus; c'est le cas, par exemple, des contrats d'adhésion ou de dépendance³⁰³⁰. Pour d'autres enfin, le problème est plus compliqué : alors que de prime abord on aurait tendance à les exclure du domaine qui nous intéresse, les contrats unilatéraux et les contrats aléatoires peuvent, pourtant, être l'occasion d'abus de puissance économique. En réalité, tous les contrats entrent, avec plus ou moins de spécificités dans le domaine d'étude. Cependant, l'exemple le plus caractéristique reste celui du contrat synallagmatique.

1/ L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE DANS LE CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

640 . Lorsque l'on pense à la notion d'abus de puissance économique, le contrat synallagmatique vient immédiatement à l'esprit. Plus précisément, la première idée va vers le contrat synallagmatique commutatif³⁰³¹. Dans sa thèse, M. Poughon a montré que la notion d'échange, entendue au sens large, était à la base de nombreuses réflexions économiques³⁰³². Il est même permis de penser que l'échange est le moteur du système économique, dont la finalité est la création de richesses et la satisfaction des besoins humains. Courcelle-Seneuil l'explique parfaitement : « lorsque l'usage habituel des échanges s'est un peu répandu, chacun a compris que le plus court moyen d'acquérir la portion des richesses dont il avait besoin était de s'appliquer à produire des objets dont avaient besoin les autres hommes, sûr d'obtenir d'eux en échange, les choses qui lui étaient nécessaires »³⁰³³. Ainsi, pour les économistes, l'échange se définit comme le transfert réciproque de valeurs, d'utilités. J.B. Say écrivait, sur ce point, que « créer des objets qui ont une utilité quelconque, c'est créer des richesses, puisque l'utilité de ces choses est le premier fondement de leur valeur, et que leur valeur est de la richesse. (...) La production n'est point une création de matière mais d'utilité »³⁰³⁴. Or, la meilleure traduction juridique de la notion d'échange réside dans l'idée de *sunallagma*, développée par Aristote dans son *Ethique à Nicomaque*³⁰³⁵ et approfondie par

³⁰²⁹ Cf. Introduction, n°18.

³⁰³⁰ Cf. supra n°42 et suiv. et n°54 et suiv.

³⁰³¹ Art. 1102 du Code civil : « le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ». Article 1104 al. 1er du Code civil : « 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 ».

³⁰³² J.M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, thèse L.G.D.J., 1987.

³⁰³³ J.G. Courcelle-Seneuil, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, Guillaumin, 1858, p.274; cité par J.M. Poughon, op. cit., n°182 note 14.

³⁰³⁴ J.B. Say, *Traité d'économie politique*, p.57-58, cité par J.M. Poughon, op. cit., n°194.

³⁰³⁵ Cf. J.M. Poughon, op. cit., n°23.

Ulpian³⁰³⁶ et Labéon. « *Pour Labéon synallagma et contractum sont synonymes et reposent sur la réciprocité d'obligations* »³⁰³⁷. On retrouve l'idée aristotélicienne selon laquelle tout déplacement de valeur doit impliquer, en retour, le déplacement d'une valeur équivalente afin de maintenir l'équilibre entre les patrimoines. De la même façon, sur le plan juridique, l'obligation d'une partie au contrat ne s'explique que par l'existence d'une obligation équivalente en contrepartie.

641. Dans le cadre juridique que constitue le contrat synallagmatique commutatif, l'abus de puissance économique consistera dans l'instauration d'un déséquilibre dans les prestations réciproquement stipulées, l'économiquement puissant abusant de sa force au détriment de l'économiquement faible. Il est évident que le contrat synallagmatique commutatif se prête parfaitement à l'appréciation concrète de l'abus de puissance économique. Il s'agira de comparer, de peser, les prestations réciproques pour en déterminer la valeur respective et dire s'il y a ou non déséquilibre. Mais, même en dehors de cette catégorie de contrats, il est possible de rencontrer des abus de puissance économique.

2/ L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE DANS LES AUTRES CATEGORIES DE CONTRATS

642. A priori, il conviendrait d'écarter les contrats de bienfaisance, en vertu desquels « *l'une des parties procure à l'autre un avantage gratuit* »³⁰³⁸. En effet la gratuité est, par principe, exclue du monde économique, dont la finalité première est la création de richesses et la réalisation de profits. Pourtant, ce serait une erreur de croire qu'un abus de puissance économique ne puisse se traduire par un contrat à titre gratuit. Il se peut très bien qu'une partie économiquement puissante impose à un partenaire plus faible un contrat par lequel ce dernier est dans l'obligation de lui conférer un avantage purement gratuit. Evidemment, les libéralités sont, par définition exclues de cette hypothèse : en l'absence d'*animus donandi* de la part de l'économiquement faible, l'acte ne peut en aucun cas être qualifié ainsi³⁰³⁹. Mais la catégorie des actes à titre gratuit n'est pas uniquement constituée par les libéralités. Il y a également les contrats de service gratuit, tels que le commodat, le mandat non salarié, le prêt d'argent sans intérêt, le dépôt ou le cautionnement non rémunérés³⁰⁴⁰. Pour ce type de contrats, l'abus de puissance économique est envisageable car la partie économiquement puissante peut imposer expressément la gratuité à son partenaire, en dépit de la présomption d'onérosité édictée par la Cour de cassation³⁰⁴¹. A côté de la gratuité totale, il y a aussi ce que l'on pourrait appeler des « *gratuités partielles* ». Par exemple, l'article 36-1 de l'ordonnance de 1986 réprime l'obtention d'avantages discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles. En outre, il faut se méfier des avantages à titre gratuit qui sont consentis en apparence par les professionnels au profit des consommateurs, tant il est probable qu'ils cachent un abus. C'est la raison pour laquelle le législateur a interdit un certain nombre de ces pratiques et réglementé les autres³⁰⁴².

³⁰³⁶ D. II, 14, 7 et 50, 16, 19.

³⁰³⁷ J.M. Poughon, op. cit., n°27.

³⁰³⁸ Art. 1105 du Code civil.

³⁰³⁹ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°15, p.41; J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations*, 1, *l'acte juridique*, n°85.

³⁰⁴⁰ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, n°63.

³⁰⁴¹ Cas. Civ. 3ème, 31 mai 1989, Bull. Civ. III, n°126; R.T.D. Civ., 1990, 69, obs. J. Mestre.

³⁰⁴² Art. 1er de la loi du 21 mai 1836 sur les loteries; art. L. 121-35, C. cons. pour les ventes avec prime; précisons que depuis l'ordonnance de 1986 les cadeaux ne sont plus réglementés, cf. J. Calais-Auloy, *L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs*, Dalloz, 1987, chron.137.

643 . La problématique est similaire s'agissant des contrats unilatéraux, définis, par l'article 1103 du Code civil, comme ceux dans lesquels « *une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières, il y ait d'engagement* ». Dans cette catégorie, le type de contrats dans lequel les abus de puissance économique sont le plus fréquents, en pratique, est sans conteste le prêt d'argent à titre onéreux. La première partie de ce travail a permis de montrer comment les tribunaux altéraient les notions classiques afin de protéger l'emprunteur, partie présumée économiquement faible, face aux établissements bancaires³⁰⁴³. Par conséquent, à l'instar du contrat à titre gratuit, le contrat unilatéral ne sera susceptible d'abus de puissance économique uniquement lorsque le débiteur sera la partie économiquement faible. Cependant, une particularité doit être soulignée, qui tient au caractère réel de certains contrats unilatéraux tels que le prêt et le dépôt. Or, la catégorie des contrats réels a fait l'objet de critiques au cours du XX^{ème} siècle³⁰⁴⁴, au motif qu'elle est archaïque et inutile. Il est exact qu'un contrat comme le prêt pourrait sans objection majeure, *de lege ferenda*, revêtir la qualification de contrat consensuel; la remise des fonds étant alors une obligation du prêteur au lieu d'être une condition de formation du contrat³⁰⁴⁵.

Notre propos n'est pas de prendre partie sur la pertinence ou l'archaïsme de l'existence, en droit français, de la catégorie des contrats réels. Nous voudrions seulement montrer le rapprochement qui existe, sur un point précis, entre cette catégorie de contrats et celle des contrats synallagmatiques : le transfert réciproque d'utilité. Il est, en effet, indéniable que, dans le contrat de prêt à titre onéreux par exemple, le prêteur transfère à l'emprunteur une utilité en mettant à sa disposition des fonds. Cette utilité réside dans la possibilité de disposer immédiatement d'une certaine somme d'argent pour acquérir des biens et des services³⁰⁴⁶. Inversement, l'emprunteur transfère une utilité au prêteur en lui versant le montant des intérêts contractuellement stipulé. Cette réciprocité, qui découle du caractère onéreux du contrat, permet de distinguer ce type de contrat des contrats à titre gratuit³⁰⁴⁷. Alors que dans ces derniers, l'abus de puissance économique n'est envisageable que si la partie économiquement puissante est celle qui bénéficie de l'avantage gratuit, dans les premiers, il peut exister un tel abus quelque soit la position contractuelle de

³⁰⁴³ Cf. en matière de fixation du taux d'intérêt conventionnel par écrit, supra n°233 et suiv.; 343 et suiv.

³⁰⁴⁴ Combescure, *Existe-t-il des contrats réels en droit français?*, R.C. 1903, 477; Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, thèse Toulouse, 1920, I, p.119 et suiv.; H. Capitant, *De la cause*, n°24 et suiv.; M.N. Josard-Bachelier, *Existe-t-il encore des contrats réels? ... ou la valeur des promesses de contrat réel ...*, R.T.D. Civ., 1985, 1 et suiv.; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°313 admettant les critiques sur un plan rationnel, mais estimant que les textes du Code civil commandent le maintien de cette catégorie; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations*, n°82; H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, n°192.

³⁰⁴⁵ Cf. cependant certains auteurs attachés au caractère réel du contrat de prêt : J. Carbonnier, op. cit., n°93 et *Flexible droit*, p.220; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°29 et 451 et suiv.; qui met l'accent sur l'importance essentielle de la remise de la chose et de la restitution; cf. également P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°327; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°142, qui n'émettent pas de critiques particulières à l'encontre de la catégorie des contrats réels.

³⁰⁴⁶ Le prêt permet une « *compression* » du temps existant entre la naissance du besoin ou de l'envie d'un bien ou d'un service et le moment où l'on dispose des économies suffisantes pour en payer le prix. Dans la société de consommation, le prêt rapproche donc apparemment le train de vie des classes moyennes de celui des classes aisées; mais en apparence seulement car il faut ensuite faire face aux échéances de remboursements. L'utilité du prêt, qui sert à « *compresser* » le temps, est donc limitée à la capacité d'endettement, et par voie de conséquence aux revenus, de chaque personne. C'est en tout cas ce que rappelle la loi sur le surendettement du 31 décembre 1989. Colorés de consumérisme, les dangers du prêt rappellent la prohibition canoniste de l'usure. Mais aujourd'hui, la méfiance est moins dans la perception d'un intérêt que dans l'importance de l'endettement contracté pour la satisfaction de besoins secondaires, superflus. Or Saint Thomas d'Aquin qualifie l'envie, ce que suscite finalement le prêt à la consommation, de péché. « *L'envie fait mourir le petit* » est-il écrit dans Job, V, 5, 2; cf. *Somme théologique*, quest. 36, art. 1er.

³⁰⁴⁷ La réciprocité du transfert d'utilités n'est pas susceptible de conférer aux contrats de restitution la qualification de contrats synallagmatiques. En effet, les contrats de restitution se caractérisent par un ordre chronologique immuable d'exécution des prestations : dans tous les cas la tradition est antérieure à la naissance de l'obligation de restitution; cf. P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°848.

l'économiquement puissant. Il est vrai que dans les contrats de prêt, par exemple, la partie économiquement puissante sera le plus souvent le prêteur. Mais il est possible d'imaginer qu'un emprunteur économiquement puissant impose à son partenaire un prêt aux termes duquel il obtient des avantages excessifs quant à la durée des remboursements ou au montant du taux d'intérêt. C'est d'ailleurs ce qui se passe parfois dans les groupes de société ou la société holding impose à ses filiales de lui prêter leurs excédents de trésorerie. Dans ce cas, la Cour de cassation veille à ce que les prêts ne dépassent pas les capacités financières de la filiale et que celle-ci perçoive une rémunération normale³⁰⁴⁸.

644. L'article 1104 al. 1er du Code civil, qui définit le contrat commutatif comme celui dans lequel chacune des parties fournit à l'autre l'équivalent de sa propre prestation, s'oppose à l'alinéa 2 qui vise les contrats aléatoires : « *lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire* »³⁰⁴⁹. L'un des intérêts de la distinction entre ces deux catégories de contrats réside dans le principe selon lequel l'aléa exclut la lésion³⁰⁵⁰. Ainsi la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que « *la constatation du caractère aléatoire de la convention par laquelle un généalogiste propose la révélation d'une succession à un héritier qui l'ignorait moyennant un pourcentage sur le montant de celle-ci, ne permet pas aux juges du fond de procéder à une réduction de la rémunération contractuellement stipulée* »³⁰⁵¹. Dans le même ordre d'idée, il est admis que les dispositions protectrices des consommateurs ne s'appliquent pas aux contrats aléatoires lorsqu'ils ne constituent pas un acte de consommation³⁰⁵². Pourtant, les contrats aléatoires ne doivent pas être exclus, par principe, de la lutte contre les abus de puissance économique. Le contrat d'assurance en est un exemple parfait. Il a fallu que le législateur protège les assurés contre les éventuels abus de puissance économique des assureurs, en édictant des dispositions d'ordre public.

645. Mais ce n'est pas tout. Une partie de la doctrine a critiqué l'adage selon lequel « *l'aléa chasse la lésion* »³⁰⁵³. La critique porte notamment sur les contrats d'assurance, pour lesquels la loi des grands nombres permet à l'assureur de calculer la valeur moyenne d'une prestation aléatoire³⁰⁵⁴. En revanche, le contrat d'assurance reste aléatoire pour l'assuré, qui s'appauvrit pendant des années en payant des primes sans contrepartie. On voit donc que, par sa puissance économique, une partie contractante peut supprimer, ou contrôler, l'aléa afin de faire supporter le maximum de risque sur la partie économiquement faible. On touche ici le problème de la qualification contractuelle. MM. Malaurie et Aynès expliquent qu'un contrat peut être aléatoire par nature ou par l'effet de la volonté³⁰⁵⁵. Dans la seconde hypothèse, les parties peuvent, par leur seule volonté, transformer un contrat commutatif en contrat aléatoire. Elles peuvent déclarer qu'une vente se fera aux risques et périls de l'acheteur, ce qui exclut la nullité pour cause d'erreur³⁰⁵⁶ et la garantie des vices cachés³⁰⁵⁷.

³⁰⁴⁸ Cf. infra n°654.

³⁰⁴⁹ Cf. aussi l'article 1964 du Code civil qui donne une définition similaire et qui cite quatre contrats aléatoires : le contrat d'assurance, le prêt à grosse aventure, le jeu et le pari, et le contrat de rente viagère.

³⁰⁵⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°15 et 78; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°88; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°319; H. L.; et J. Mazeaud, op. cit., n°108; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°790; F. Terré, P. Simler, et Y. Lequette, op. cit., n°63.

³⁰⁵¹ Cass. Civ. 1ère, 17 avril 1956, Bull. Civ., n°169; Dalloz, 1956, 427.

³⁰⁵² P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°32, citant : Cass. Civ. 1ère, 19 mai 1981, J.C.P., 1982, II, 19914 pour un refus d'appliquer les dispositions légales relatives au démarchage à domicile à un contrat de révélation de succession; C.A. Paris, 24 décembre 1983, Dalloz, 1984, I.R., 45, pour l'inapplicabilité de la loi du 10 janvier 1978 relative au crédit mobilier à la consommation à une vente moyennant rente viagère.

³⁰⁵³ J. Deprez, *La lésion dans les contrats aléatoires*, R.T.D. Civ., 1955, 1; G. Klein, *Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager*, R.T.D. Civ., 1979, 13.

³⁰⁵⁴ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°88; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°319.

³⁰⁵⁵ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°318.

³⁰⁵⁶ Cass. Civ., 16 mai 1939, G.P., 1939, 2, 152.

³⁰⁵⁷ Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 1961, Bull. Civ. I, n°532.

Or, il y a un risque pour que la partie économiquement puissante impose à son partenaire, si tel est son intérêt, la qualification juridique de contrat aléatoire à un contrat naturellement commutatif, et ce dans le but d'alléger ses obligations. Il est donc impératif que le juge, en vertu de l'article 12 al. 2 du nouveau Code de procédure civile, demeure maître de la qualification contractuelle : *da mihi factum, tibi dabo jus*³⁰⁵⁸. Si les parties sont de puissance économique équivalente, rien ne s'oppose à ce qu'elles qualifient d'aléatoire un contrat normalement commutatif; mais si cette qualification est imposée par un abus de puissance économique, le juge devra rétablir l'équilibre dans l'intérêt du contractant économiquement faible et redonner à la convention sa véritable qualification.

646 . D'ailleurs, le rééquilibrage judiciaire des prestations réciproques n'est pas totalement exclu des contrats aléatoires. Ainsi, l'article L. 113-4 du Code des assurances prévoit une modification du montant de la prime en cas d'aggravation ou de diminution du risque en cours de contrat. S'agissant des contrats de jeu visés à l'article 1966 du Code civil, il est précisé, à l'alinéa 2 dudit article, que « *le tribunal peut rejeter la demande (pour dette de jeu ou paiement d'un pari) quand la somme lui paraît excessive* ». En matière de contrat de rente viagère, et malgré les termes clairs de l'article 1976 du Code civil qui précisent que « *la rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer* », la Cour de cassation a admis l'annulation d'un contrat de vente immobilière moyennant rente viagère pour défaut de prix sérieux lorsque la rente est inférieure aux revenus nets de l'immeuble³⁰⁵⁹. Enfin, de façon plus générale, « *si le contrat aléatoire est conçu de telle façon que les chances ne s'équilibrent pas* » il doit être considéré comme lésionnaire³⁰⁶⁰. C'est la preuve que le juge ne se considère pas prisonnier de la qualification donnée par les parties et qu'il s'autorise à rescinder un contrat apparemment aléatoire « *lorsque les circonstances spéciales (lui) donnent le moyen de déterminer la valeur des obligations soumises à aléa* »³⁰⁶¹. En toute hypothèse, et même si un véritable aléa affecte le contrat, le juge pourra toujours vérifier s'il n'y a pas au moins un déséquilibre partiel, introduit à l'initiative de la partie économiquement puissante par le biais de clauses abusives. C'est la distinction entre déséquilibre global et déséquilibre partiel qui va être étudiée dans le cadre de l'analyse du contenu de la définition de l'abus de puissance économique.

PARAGRAPHE 2 - LE CONTENU DE LA NOTION D'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE

647 . L'abus de puissance économique est, en matière de responsabilité civile délictuelle, d'importance résiduelle. En effet, la notion de faute, telle qu'entendue par les articles 1382 et 1383 du Code civil, englobe un domaine suffisamment large pour appréhender ces abus sans difficulté majeure. Ainsi une entreprise qui se livre à des actes de concurrence déloyale sera condamnée à réparer le préjudice causé par sa faute, qu'elle soit économiquement puissante ou non³⁰⁶². Il

³⁰⁵⁸ Cass. Civ. 3ème, 5 avril 1968, Bull. Civ. III, n°162.

³⁰⁵⁹ Cass. Civ. 3ème, 9 février 1977, Bull. Civ. III, n°70; cf. également l'article 4 de la loi du 25 mars 1949 qui dispose qu'à défaut d'accord amiable les rentes viagères peuvent faire l'objet de révision judiciaire, si « *par suite des circonstances économiques nouvelles, le jeu de l'indice de variation choisi a pour conséquence de bouleverser l'équilibre que les parties avaient entendu maintenir entre les prestations du contrat* ».

³⁰⁶⁰ F. Terré, P. Simler, et Y. Lequette, op. cit., n°65.

³⁰⁶¹ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°319. C'est cette solution qui a fait dire à un auteur que le contrat aléatoire n'est qu'une variété de contrat commutatif, tous contrats étant, en définitive, affectés par l'aléa consistant en la prise en compte de l'avenir : F. Grua, *Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs*, R.T.D. Civ., 1983, 263.

³⁰⁶² Le cas spécifique des prix prédateurs qui, lui, est réservé au cas où leur auteur est une entreprise économiquement puissante, a été étudié pour illustrer le domaine délictuel de l'abus de puissance économique, cf. supra n°636 et suiv.

convient également d'exclure la responsabilité civile contractuelle des présents développements, et ce pour deux raisons. D'une part, l'inexécution d'une obligation contractuelle est sanctionnée de la même façon, par l'article 1147 du Code civil, que l'auteur de cette inexécution soit ou non économiquement puissant. L'abus de puissance économique n'ajoute donc aucune spécificité aux règles classiques de la matière. D'autre part, il est vrai que des obligations non prévues initialement dans un contrat peuvent être mises à la charge d'une partie économiquement puissante, cette dernière engageant sa responsabilité contractuelle en ne les exécutant pas. Mais cette hypothèse ne relève pas de l'abus de puissance économique. Il s'agit du second effet de la puissance économique : la création d'obligations. Par conséquent, l'étude du contenu de la notion d'abus de puissance économique se limite aux hypothèses de conventions déséquilibrées dès leur conclusion³⁰⁶³.

648 . Ceci étant précisé, force est d'essayer de cerner le seuil à partir duquel l'abus de puissance économique est constitué. A partir de quand une personne économiquement puissante abuse-t-elle de sa force? Où se situe la limite entre tirer avantage de sa puissance économique et en abuser? La détermination du critère de distinction entre l'utilisation normale et l'utilisation abusive de la puissance économique est d'une importance capitale, car la sécurité des relations juridiques et des échanges économiques en dépend. D'un autre côté, l'idée de justice et d'équité s'oppose à ce qu'une personne utilise sa puissance économique à des fins malfaisantes. Un critère pertinent peut être trouvé dans la notion de déséquilibre manifeste entre les prestations contractuelles réciproques. Mais l'application de ce critère ne va pas sans poser de problèmes, notamment quant à l'idée de valeur, qui est sous-jacente dans la démarche consistant à peser, à comparer les prestations contractuelles réciproques. En outre, il conviendra d'aborder le problème du rapport de causalité entre le déséquilibre de puissance économique existant entre les contractants et celui affectant les prestations contractuelles.

A - LE CRITERE DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE : LA NOTION DE DESEQUILIBRE ENTRE LES PRESTATIONS RECIPROQUES

649 . Le contrat aléatoire a permis de distinguer le déséquilibre global du déséquilibre partiel. En effet, ce type de contrat, à condition qu'il soit véritablement aléatoire³⁰⁶⁴, exclut tout rééquilibrage global des prestations réciproques. Cette interdiction provient de la nature même de ce contrat, pour lequel l'aléa est un élément essentiel aux yeux des parties. C'est en quelque sorte un pari sur l'avenir, chaque contractant acceptant le jeu qui consiste à perdre ou à gagner selon le hasard³⁰⁶⁵. En revanche, il se peut qu'un déséquilibre partiel soit introduit par la partie économiquement puissante, celle-ci imposant à son partenaire des clauses abusives. Cette distinction entre déséquilibre global et déséquilibre partiel n'est pas seulement pertinente pour les contrats aléatoires, mais doit être étendue à toutes les catégories de contrats. Ainsi, les contrats synallagmatiques et commutatifs, et les contrats unilatéraux à titre onéreux sont susceptibles de subir concomitamment ces deux types de déséquilibres. Il n'en reste pas moins intéressant, sur le plan méthodologique, de maintenir cette distinction, car la démarche est quelque peu différente. Il convient donc de les analyser tour à tour.

³⁰⁶³ Nous verrons que les modifications imposées en cours d'exécution par le contractant économiquement puissant relève davantage de l'idée de puissance économique source d'obligations.

³⁰⁶⁴ C'est-à-dire que sa qualification ne cache pas, en réalité, un contrat commutatif déséquilibré au profit de la partie économiquement puissante.

³⁰⁶⁵ MM. Malaurie et Aynès rappellent fort à propos que la racine étymologique du terme aléa vient du latin *alea*, *ae*, signifiant jeu de dès, jeu de hasard, op. cit., n°318.

1/ LE DESEQUILIBRE GLOBAL

650. Depuis Aristote, le droit s'est épris d'équilibre, de juste mesure, de proportion, d'équivalence. Tous ces termes expriment une seule et même idée : « *le juste dans les contrats consiste en une certaine égalité* »³⁰⁶⁶. Dans le *sunallagma*, la justice exige que la prestation d'une partie soit compensée par celle de l'autre³⁰⁶⁷. En droit romain, l'idée d'égalité entre les prestations explique l'existence de la *condictio*, qui permettait à l'auteur d'une prestation de reprendre ce qu'il avait donné si l'autre partie n'exécutait pas la prestation à laquelle elle s'était engagée³⁰⁶⁸. Les textes des *Compilations* de Justinien ont contribué à approfondir l'idée de réciprocité des obligations contractuelles, notamment dans la *permutatio*³⁰⁶⁹. M. Poughon a mis en avant l'extraordinaire modernité du contenu de ces textes, qui ont dégagé un principe qui sera l'un des pivots de l'analyse économique : l'utilité³⁰⁷⁰. Vu sous cet angle, l'échange, au sens économique, est une « *cession de l'inutile et du superflu en vue de l'acquisition de l'utile* »³⁰⁷¹. Le principe d'utilité se retrouve pareillement dans le contrat de vente, dans lequel l'intervention de la monnaie n'a pour but que de faciliter les échanges en évitant la fastidieuse comparaison de la valeur des objets échangés. La monnaie n'est donc, pour les romains, qu'une contre-valeur, une marchandise³⁰⁷². C'est en s'appuyant sur cette conception économique du contrat que les canonistes du moyen-âge, et notamment Saint Thomas d'Aquin, ont élaboré la théorie du juste prix et érigé en impératif de principe le respect de l'équilibre des prestations réciproques. On retrouve, d'ailleurs, l'idée d'utilité chez les tenants de l'Ecole du Droit Naturel. Grotius, reprenant sur ce point la pensée de Connan, fait de l'utilité non seulement le critère de définition du contrat³⁰⁷³, mais aussi la source du Droit³⁰⁷⁴.

En poussant le raisonnement à son terme, on parvient à la notion de cause. Dans une vision économique du contrat, l'objectif des parties est la recherche d'un avantage, d'une utilité. Domat estimait que, dans les contrats à titre onéreux, « *l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre* »³⁰⁷⁵. Dans les discours préliminaires à la discussion du projet de Code civil, Portalis disait : « *il n'y a de cause dans la vente que lorsque le prix est en proportion avec la valeur de la chose vendue* »³⁰⁷⁶. Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, une partie ne s'engage juridiquement que dans la mesure où l'autre s'engage, de la même façon, à lui fournir une utilité équivalente à ses yeux. C'est ce que traduit l'article 1104 du Code civil en précisant que le contrat est commutatif lorsque « *chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardé comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle* ».

³⁰⁶⁶ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chap. IV, 3.

³⁰⁶⁷ J.M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, L.G.D.J., 1987, n°24.

³⁰⁶⁸ *Condictio ob reum dati*, ou *condictio causa data non secuta*, cf. J.M. Poughon, op. cit., n°40.

³⁰⁶⁹ Les *Compilations* justiniennes ont fait de l'échange un contrat innommé du type « *do ut des* », cf. J.M. Poughon, op. cit., n°38.

³⁰⁷⁰ Op. cit., n°61; Digeste, 18, I, I.

³⁰⁷¹ Op. cit., n°62.

³⁰⁷² Op. cit., n°64.

³⁰⁷³ Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle trad. par J Barbeyrac, Basle 1746, t.I, liv.II, ch.XII, § VII : « *on entend par Contract tout acte par lequel on procure à autrui quelque utilité* », cité par J.M. Poughon, op. cit., n°142.

³⁰⁷⁴ Op. cit., t.I, § XVII.

³⁰⁷⁵ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Titre I, Sect. I, IV.

³⁰⁷⁶ Locré, t.XIV, p.76, n°2.

651 . Mais ce souci d'équilibre dans les contrats synallagmatiques est difficilement compatible avec la sécurité juridique des transactions, indispensable dans le domaine économique. L'égalité parfaite entre deux prestations réciproques n'est qu'une vue de l'esprit, ne serait-ce qu'en raison des multiples définitions de la valeur³⁰⁷⁷. C'est la raison pour laquelle la volonté de maintenir un équilibre contractuel ressortit plus aux domaines de la morale et de la philosophie qu'à celui du droit. Il est, en effet, illusoire de vouloir sanctionner juridiquement le défaut d'équivalence dans les prestations contractuelles. En pratique, il est douteux qu'un seul contrat parfaitement équilibré existe! L'essence du commerce est de réaliser du profit et de conclure de bonnes affaires, sans que le juge ait à jouer un rôle de censeur en pesant chaque obligation contractée pour en déterminer la valeur, et les comparer entre elles. Une telle solution reviendrait à supprimer toute prévisibilité juridique, et à anéantir, en fait, la force obligatoire des conventions. Il faut nuancer ce constat, qui est très fréquent en doctrine. En effet, le droit fiscal, que l'on considère comme un droit technicien, utilise la notion de « *juste prix* » pour vérifier si l'abandon de créance consentie par une société holding, postérieurement à l'acquisition de sa filiale, n'est pas en fait un complément de prix³⁰⁷⁸. L'utilisation de ce concept thomiste en droit fiscal est saisissante et montre, en tous cas, la modernité de la pensée de Thomas d'Aquin qui s'adapte aux problèmes les plus techniques.

652 . En réalité, ce qu'il importe de prendre en compte c'est le déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques. La notion de déséquilibre manifeste ne signifie pas simplement un défaut d'équivalence; il s'agit d'une disproportion évidente, d'une dissymétrie excessive, d'une *laesio enormis*. Le droit positif connaît déjà quelques exemples de ce type de déséquilibres. Le Code civil admet la lésion, si elle atteint un certain degré, dans les partages et les ventes d'immeubles³⁰⁷⁹. L'article L. 920-10 du Code du travail sanctionne les dispensateurs de formation qui ont demandé un prix de prestations excessif. Toujours en droit du travail, la jurisprudence de la Cour de cassation conditionne la validité des transactions en fin de contrats à l'existence de concessions réciproques³⁰⁸⁰. L'article 107 de la loi du 25 janvier 1985 frappe de nullité, s'il a été conclu durant la période suspecte, « *le contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie* ». La loi du 7 juillet 1967 sur les conventions de sauvetage et d'assistance maritime admet la rescision pour cause de lésion, lorsque la rémunération paraît inéquitable compte tenu du service rendu.

653 . Dans le même sens la jurisprudence admet le rééquilibrage de certains contrats lorsque les prestations réciproques sont manifestement disproportionnées. Ainsi, les juges contrôlent si la rémunération réclamée par un mandataire professionnel n'est pas hors de proportion avec le service rendu³⁰⁸¹. Dans le même ordre d'idée, il est possible de rattacher à la notion de déséquilibre manifeste entre les prestations, la jurisprudence annulant les contrats pour défaut de cause, ou absence partielle de cause, ce qui n'est, en réalité, qu'une application du mécanisme de la lésion³⁰⁸². Enfin, un dernier exemple peut être pris en droit pénal des affaires. Dans un arrêt en date du 10 juillet 1995, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a déclaré que le délit d'abus de biens sociaux était constitué dans le cadre d'une fusion de deux sociétés, lorsque l'opération se révèle « *extrêmement déséquilibrée, lésionnaire, et dépourvue de toute justification économique* »³⁰⁸³.

³⁰⁷⁷ Cf. infra n°679 et suiv.

³⁰⁷⁸ C.E., 23 octobre 1991, arrêt Electrolux, R.J.F., 1991, n°1482, concl. O. Fouquet, p.852 et suiv.; J. Turot, *Fiscalité des groupes non intégrés*, R.J.F., 1/92, p.3 et suiv.

³⁰⁷⁹ Article 887 et 1674 du Code civil; cf. également Art. L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle.

³⁰⁸⁰ Cass. Soc. 20 juin 1995, JCP 1996 II 22618, note L. Finel.

³⁰⁸¹ J. Carbonnier, op. cit., n°78; cf. supra, n°35.

³⁰⁸² J. Carbonnier, op. cit., n°65; J. Ghestin, op. cit., n°845 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°215; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°276; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°816.

³⁰⁸³ JCP 1996 II 22572, note J. Paillusseau.

654 . L'abus de puissance économique doit donc, pour produire un effet juridique, se traduire par un déséquilibre manifeste dans les prestations réciproques contractées par les parties. Se pose alors le problème des contrats unilatéraux, pour lesquels seuls une partie est juridiquement obligée d'accomplir une prestation. Au premier abord, il semble difficile, dans ce cas, de pouvoir procéder à une comparaison objective des prestations de chaque partie afin de déterminer s'il y a ou non déséquilibre manifeste. Mais l'objection n'est pas dirimante. En premier lieu, nous avons vu que beaucoup de contrats unilatéraux, conclus à titre onéreux, sont des contrats réels dans lesquels la remise de la chose, qui est un élément de formation du contrat, pourrait être considérée, dans une vision consensualiste de la convention, comme l'exécution de la première obligation. Même sans adopter la vision consensualiste des contrats de restitution, leur caractère onéreux souligne l'existence d'un échange mutuel d'utilités. Ainsi, une comparaison des prestations réciproques serait matériellement possible, en fonction de l'utilité réellement retirée par chaque contractant. En second lieu, il est envisageable de comparer les obligations du débiteur à celle couramment mise à la charge de contractants dans des contrats de même nature. Il s'agit de se référer au marché. Par exemple, pour un prêt, il sera facile de déterminer si le taux pratiqué est excessif ou normal par rapport au taux moyen du marché. En ce qui concerne plus particulièrement les prêts et avances de trésoreries à l'intérieur d'un même groupe de sociétés, les arrêts Rozenblum, Willot et Schlumpf³⁰⁸⁴ ont précisé que, pour ne pas encourir la qualification d'abus de biens sociaux, ces opérations devaient avoir des contreparties suffisantes au bénéfice de la société prêteuse, et ne devaient pas excéder ses possibilités financières³⁰⁸⁵. Ce critère de possibilités financières est également repris dans un autre contrat unilatéral : le cautionnement. En effet, l'article L. 313-10 du Code de la consommation dispose qu'un « *établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou IIème du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus (...)* ».

655 . En élargissant le domaine de ces exemples ponctuels, il est possible de conclure que la puissance économique est source d'abus lorsqu'elle crée un déséquilibre manifestement excessif au profit de la partie économiquement puissante et au détriment de celle économiquement faible. Pour être global, ce déséquilibre doit porter sur les obligations essentielles, ou fondamentales du contrat³⁰⁸⁶. M. Jestaz a proposé, au sujet des clauses limitatives de responsabilité, de distinguer entre, d'une part, les obligations fondamentales, ou qui paraissent de l'essence même de contrat conclu, et, d'autre part, les obligations annexes, ou accessoires³⁰⁸⁷. Nous aurons l'occasion de faire valoir notre désaccord quant à l'application de cette distinction aux clauses aménageant la responsabilité contractuelle du débiteur³⁰⁸⁸. En revanche, elle nous paraît d'un intérêt substantiel pour opposer le déséquilibre global au déséquilibre partiel. Prenons l'exemple du contrat de vente. Si, par sa seule puissance économique, l'acheteur parvient à obtenir d'un vendeur un prix dérisoire par rapport à la valeur de la chose vendue, le déséquilibre devra être qualifié de global, car portant sur les deux obligations fondamentales du contrat de vente, la délivrance d'une part et le paiement du prix d'autre part. Dans le même ordre d'idée, le contrat de distribution, qui met à la charge du distributeur d'importants investissements et qui octroie au fournisseur la faculté de rompre, ou de ne pas renouveler, le contrat bien avant l'amortissement intégral de ces investissements, doit également être qualifié de globalement déséquilibré.

³⁰⁸⁴ Cass. Crim., 1985, Dalloz, 1985, 748; T.C. Paris, 29 juin 1981, G.P., 1981, n°312.

³⁰⁸⁵ A. Couret, J. Devèze et G. Hirigoyen, *Lamy droit du financement*, 1996, n°1776.

³⁰⁸⁶ P. Jestaz, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, in Mélanges offerts à P. Raynaud, p.273 et suiv.; G. Viney, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 23 février 1994, J.C.P., 1994, I, 3809, n°15.

³⁰⁸⁷ Chron. précitée.

³⁰⁸⁸ Cf. infra n°666.

656. Tout le problème consiste à distinguer précisément l'obligation fondamentale de l'obligation annexe. Même si cette distinction n'emporte pas de grandes conséquences sur le plan de la sanction³⁰⁸⁹, il est intéressant d'en déterminer le critère. M. Jestaz dégage deux types d'obligations fondamentales : l'obligation fondamentale par nature, et l'obligation fondamentale par volonté des parties³⁰⁹⁰. S'agissant de la première, l'auteur écrit qu'il « y a dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constitue la pièce essentielle »³⁰⁹¹. Cette notion est à rapprocher de « l'obligation caractéristique » qui sert d'outil indispensable à la qualification³⁰⁹², même si elle présente la particularité de viser également l'obligation de sommes d'argent. A côté de l'obligation fondamentale par nature, M. Jestaz étudie l'obligation fondamentale par la volonté des parties. Mais il convient d'accepter cette dimension volontariste de la qualification de l'obligation fondamentale avec prudence. En effet, si elle ne pose aucun problème dans un contrat conclu entre des parties de force économique égale, le juge pouvant dans ce cas recourir à l'interprétation de la commune volonté, elle sera sujette à caution si la qualification d'obligation principale, ou d'obligation accessoire selon le cas, est imposée par un abus de puissance économique. Il est vrai que la volonté ne peut se substituer à un élément essentiel du contrat qui fait défaut³⁰⁹³. En revanche, il est admis que la volonté peut transformer une obligation accessoire en obligation principale³⁰⁹⁴.

Dans ces conditions, on peut parfaitement imaginer un contractant économiquement puissant imposer à son partenaire uniquement des obligations principales, afin de bénéficier du maximum de garantie, sans toutefois accepter une augmentation corrélative et proportionnelle du prix. Ainsi, lorsqu'un déséquilibre manifeste de puissance économique est constaté entre deux contractants, le juge doit manier avec précaution la notion de volonté des parties. Dans ce cas, l'analyse objective de la valeur des prestations serait plus judicieuse. Le juge, qui demeure maître de la qualification³⁰⁹⁵, qualifiera une obligation de fondamentale ou de secondaire selon que les prestations réciproques sont ou non manifestement déséquilibrées. Contrairement à l'opinion de M. Jestaz, la notion de cause doit donc servir de critère de distinction déterminant³⁰⁹⁶, du moins lorsqu'il existe entre les parties un déséquilibre manifeste de puissance économique³⁰⁹⁷. Ce recours à la notion de cause présente l'avantage d'objectiver l'analyse qui, sans cela, tournerait autour de la notion trompeuse de potestativité³⁰⁹⁸. Il importe en effet d'apprécier si globalement les prestations contractuelles fondamentales présentent un déséquilibre manifeste. Dans le cadre de cette appréciation, l'idée de

³⁰⁸⁹ Cf. infra n°737 et suiv.

³⁰⁹⁰ P. Jestaz, op. cit., p.279 et suiv.

³⁰⁹¹ Op. cit.

³⁰⁹² P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°11; cf. J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°70 et suiv., qui parle d'obligation principale.

³⁰⁹³ J. Ghestin, op. cit., n°86

³⁰⁹⁴ P. Jestaz, op. cit., p.289 et suiv.; J. Ghestin, op. cit., n°87; G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse Nancy, 1969, L.G.D.J., n°153.

³⁰⁹⁵ Art. 12 al.2, ncp.

³⁰⁹⁶ En ce sens : P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix, 1981, n°166 et suiv.; **contra** : P. Jestaz, op. cit., p.295.

³⁰⁹⁷ L'argument selon lequel il n'existe pas de contrepartie dans les contrats unilatéraux n'est pas d'une grande portée. En effet, nous avons vu que ces contrats, dans le monde des affaires, sont conclus à titre onéreux, si bien que la cause de la restitution se trouve dans la remise de la chose, et que la tradition trouve sa cause dans la perception d'une rémunération dans le prêt, et dans la créance de l'obligation de garde dans le dépôt. Dans les deux cas, l'utilité procurée par le contrat, à l'emprunteur et au déposant, justifie l'existence d'une contrepartie pécuniaire et le caractère onéreux de l'acte.

³⁰⁹⁸ Cf. supra n°370 et suiv.; D'ailleurs M. Jestaz fonde la nullité des clauses limitatives de responsabilité ayant pour effet de supprimer l'obligation fondamentale sur la potestativité prohibée par l'article 1174 du Code civil. Mais cette argumentation contient une contradiction interne, car elle revient à utiliser un texte relatif aux conditions, modalités forcément accessoires à une obligation principale, pour justifier l'existence de la notion d'obligation fondamentale. En ce sens : M.A. Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, R.T.D. Civ., 1992, 269 et suiv., n°31.

contrepartie est absolument déterminante. Mais elle n'est pas exclusive, et l'on aurait tort de croire que l'abus de puissance économique ne se traduit juridiquement que par un déséquilibre global. Il peut aussi prendre la forme d'un déséquilibre seulement partiel. Ce sera même, en pratique, le cas le plus fréquent.

2/ LE DESEQUILIBRE PARTIEL

657. Le déséquilibre ne porte ici que sur des obligations secondaires, c'est à dire des clauses contractuelles qui, à elles seules, ne déséquilibrent pas l'intégralité de la convention, mais qui sont le fruit d'un abus de puissance économique évident. C'est, par exemple, le cas pour un contrat de vente, dont les deux obligations fondamentales réciproques ne présentent aucun déséquilibre manifeste, mais qui contient une clause abusive limitant la responsabilité du vendeur. D'ailleurs, l'article L. 132-1 al. 7 du Code de la consommation, dans la rédaction que lui a donnée la loi n°95-96 du 1er février 1995, semble consacrer la distinction entre déséquilibre global et déséquilibre partiel. Le législateur a, en effet, pris le soin de préciser 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* ». Cet alinéa précise et restreint à la fois la formule de l'alinéa 1er, qui définit les clauses abusives comme celles « *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* ». Cette précision a pour finalité d'exclure la lésion en interdisant au consommateur d'invoquer le caractère abusif des clauses déterminant le contenu de la prestation principale dont est débiteur le professionnel³⁰⁹⁹. Il s'agit donc bien de prendre en compte les déséquilibres partiels, c'est-à-dire ceux qui ne portent que sur des clauses contractuelles accessoires. Le droit positif connaît actuellement deux séries d'hypothèses dans lesquelles les déséquilibres partiels sont sanctionnés. Il y a d'abord une hypothèse ponctuelle, prévue par le législateur : la clause pénale. Il y a, ensuite, une hypothèse générale englobant l'ensemble des clauses abusives.

a - Une hypothèse ponctuelle : la clause pénale

658. Avant la loi n°597 du 9 juillet 1975, les principes de l'autonomie de la volonté et de l'immutabilité des conventions, interdisaient au juge de procéder à la révision du montant des clauses pénales, lorsque celui-ci était excessif, ou au contraire dérisoire, par rapport au préjudice réellement subi du fait de l'inexécution de l'obligation³¹⁰⁰. Le problème s'est notamment posé dans

³⁰⁹⁹ G. Paisant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, Dalloz, 1995, chron.99, n°13 et 14; G. Raymond, *Cont. Conc. Cons.*, 1995, n°56 : « *les clauses abusives sont donc des clauses insérées à l'intérieur d'un contrat qui ne servent pas à qualifier l'obligation principale des parties contractantes* ».

³¹⁰⁰ Art. 1152 du Code civil : « *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* »; cf. cependant les lois spéciales interdisant les clauses pénales : Art. L. 122-42 du Code du travail prohibant les sanctions pécuniaires infligées aux salariés; Art. L. 751-9 al. 4 du Code du travail, prohibant la détermination forfaitaire et par avance de l'indemnité de clientèle due aux V.R.P.; Art. L. 261-14 du Code de la construction et de l'habitation, limitant à 10% du prix le montant de l'indemnité forfaitaire due en cas de résolution du contrat de vente d'immeuble à construire; Art. 4 de la loi du 6 juillet 1989, interdisant toute clause par laquelle le bailleur s'autoriserait à percevoir des amendes en cas de manquement du preneur, mais cf. Cass. Civ. 3ème, 25 mars 1987, Dalloz, 1987,

le contrat de crédit-bail, dans lequel le crédit-bailleur impose au crédit-preneur une clause pénale exorbitante, qui revient, en fait, à exécuter la totalité du contrat, à titre de dommages-intérêts. « *De nombreux auteurs ont stigmatisé l'utilisation de la clause pénale comme procédé de contrainte des plus forts contre les plus faibles* »³¹⁰¹. En particulier, M. Malaurie avait parlé de « *terrorisme contractuel* »³¹⁰². Certains auteurs avaient proposé d'utiliser l'absence de cause³¹⁰³, l'abus de droit, la lésion³¹⁰⁴, ou encore l'article 1231 du Code civil qui accorde au juge le pouvoir de modifier la peine « *lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie* ». Mais la Cour de cassation n'a finalement admis aucun de ces arguments. Notamment, la faculté d'utiliser l'article 1231 du Code civil s'est révélée illusoire, les parties pouvant prévoir conventionnellement l'indivisibilité des obligations contractuelles³¹⁰⁵. Ainsi, le constat de la nécessité d'une réforme législative s'est fait jour; la Cour de cassation, dans son rapport au garde des sceaux pour l'année judiciaire 1972-1973, reconnaissant que si les clauses pénales « *imposées par les organismes financiers qui se livrent au crédit-bail sont redoutables et parfois trop rigoureuses* », il n'est possible, à défaut d'une intervention législative, que de « *proclamer leur validité qui est juridiquement certaine* »³¹⁰⁶.

659 . La loi du 9 juillet 1975 est venue introduire un second alinéa, dans l'article 1152 du Code civil, précisant que « *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* »³¹⁰⁷. Par ces dispositions, le législateur a introduit un cas spécial dans lequel le juge peut procéder à une comparaison entre le préjudice réel et la peine forfaitaire stipulée au contrat, afin de sanctionner un éventuel déséquilibre manifeste. Il s'agit bien d'un déséquilibre partiel, puisque l'analyse porte sur les effets de la clause pénale en cas d'inexécution des obligations contractuelles. Cette démarche renvoie directement à l'idée de lésion, appliquée à une clause contractuelle particulière et secondaire par rapport aux obligations fondamentales du contrat³¹⁰⁸. M. Letartre exprime parfaitement cette idée en précisant que « *la lésion est ainsi seule susceptible de fournir un critère et un motif de révision* »³¹⁰⁹. La jurisprudence a interprété restrictivement les dispositions de l'alinéa 2 de l'article

380, note G. Paisant jugeant sous l'empire de la loi du 22 juin 1982, qui dans son article 27 édictait la même prohibition, que ce texte n'interdisait pas les clauses pénales mais seulement les peines d'amende.

³¹⁰¹ Y. Letartre, *Requiem pour une clause pénale?* R.J. Com., 1978, 101, n°4.

³¹⁰² Note sous Cass. Com., 4 juillet 1972, 733; cf. également : G. Cornu, *De l'énormité des peines stipulées en cas d'exécution partielle du contrat de crédit-bail*, R.T.D. Civ., 1971, 167.

³¹⁰³ Boccara, note sous T. Com. Grenoble, 12 mai 1969, J.C.P., 1970, II, 16155, suivi par C.A. Paris, 27 juin 1970, J.C.P., 1970, II, 16756, note B. Boubli.

³¹⁰⁴ cf. G. Cornu, op. cit., p.170.

³¹⁰⁵ Cass. Com., 10 juillet 1972, Dalloz, 1972, 728 note P. Malaurie.

³¹⁰⁶ Sur le constat unanime de l'impasse dans laquelle se trouvait avant 1975 le droit commun des obligations pour réduire le montant des clauses pénales excessives : J. Carbonnier, op. cit., n°180, l'auteur précisant toutefois que « *les clauses pénales ainsi conçues ont donné lieu à des abus criants, que les tribunaux n'ont pas toujours voulu ou pu combattre* »; J. Ghestin, op. cit., n°875; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°865; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°641; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1583; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°606.

³¹⁰⁷ Sur la réforme cf. E.M. Bey, *De la réforme de la clause pénale*, J.C.P., 1975, éd. C.I., 11882; B. Boccara, *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire*, J.C.P., 1975, I, 2742; B. Boubli, *La mort de la clause pénale ou le déclin de l'autonomie de la volonté*, J. Not. 1976, I, 945; F. Chabas, *La réforme de la clause pénale*, Dalloz, 1976, chron. 229; P. Malaurie, *La révision judiciaire de la clause pénale*, Rep. Defresnois, 1976, 533; J. Mestre, *De la notion de clause pénale et de ses limites*, R.T.D. Civ., 1985, 372; P. Nectoux, *La révision judiciaire des clauses pénales, Bilan des premières années d'application de la loi du 9 juillet 1975*, J.C.P., 1978, I, 2913; G. Paisant, *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale*, R.T.D. Civ., 1985, 647; S. Sanz, *La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale*, R.T.D. Civ., 1977, 268.

³¹⁰⁸ En droit français, la lésion implique, en principe, une comparaison des obligations fondamentales et réciproques.

³¹⁰⁹ Y. Letartre, *Requiem pour une clause pénale?*, R.J. Com., 1978, 101, n°24; l'auteur estimant que l'article 1231 du Code civil, qui permet au juge de diminuer la peine convenue à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle aura procuré au créancier, conforte la pertinence de l'utilisation du concept de lésion.

1152 du Code civil³¹¹⁰. A priori, cette interprétation stricte est parfaitement logique, s'agissant de disposition d'exception, dérogeant au principe de l'autonomie de la volonté. La Cour de cassation a très justement décidé que les juges du fond ne peuvent ni supprimer la peine en l'absence de préjudice³¹¹¹, ni la réduire en deçà du dommage subi par le créancier³¹¹². En outre, la Cour de cassation impose aux juges du fond de motiver leur décision lorsqu'ils modèrent une clause pénale³¹¹³, tandis que cette obligation est supprimée lorsqu'ils refusent de le faire³¹¹⁴. En revanche, la jurisprudence qui réduit le domaine de l'application de l'alinéa 2 de l'article 1152 du Code civil paraît critiquable. Par exemple, la Cour de cassation refuse d'appliquer la révision judiciaire à d'autres clauses que les clauses pénales, telles que l'indemnité d'immobilisation³¹¹⁵, le dédit³¹¹⁶, la clause de non-concurrence rémunérée³¹¹⁷, la clause résolutoire³¹¹⁸. Evidemment, dans ces exemples, les clauses litigieuses ne pouvaient en aucun cas être qualifiées de clause pénale, faute de revêtir la double nature qui caractérise celle-ci : d'une part, dans la conception classique, la clause pénale a une nature indemnitaire et forfaitaire³¹¹⁹ et d'autre part, dans une conception moderne, elle a une nature dissuasive et répressive³¹²⁰. Mais, il semble douteux, et en tous cas inopportun, que l'on puisse restreindre à la clause pénale le domaine de la révision judiciaire pour cause de déséquilibre partiel manifestement excessif.

660. « *La règle de l'immutabilité de la clause pénale est probablement un accident de l'histoire* »³¹²¹. Certes la *stipulatio poenae* du droit romain était absolument intangible et avait pour but « *la répression d'un tort* »³¹²². Mais dès le moyen-âge, malgré l'opinion contraire du glossateur Azon, les canonistes, Hortiensis à leur tête, affirmaient que le juge pouvait réduire la pénalité lorsqu'elle dépassait le double de la valeur de la chose³¹²³. A leur suite, Dumoulin, invoquant la morale et l'équité, estimait qu'il « *est contre la nature de la clause qu'elle puisse être portée au-delà des bornes que la loi prescrit aux dommages-intérêts* »³¹²⁴. De même Pothier admettait le pouvoir de réduction du juge « *lorsque le créancier n'a pas souffert de perte ou qu'il n'en a souffert qu'une beaucoup au-dessous de la peine stipulée, (...) la peine étant compensatrice des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale* »³¹²⁵. Sous l'Ancien régime, les parlements avaient suivi cette opinion doctrinale jusqu'au XVIII^e siècle³¹²⁶, qui se

³¹¹⁰ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°866.

³¹¹¹ Cass. Com., 13 mars 1979, Bull. Civ. IV, n°77; Cass. Com., 3 février 1982, Bull. Civ. IV, n°44; Cass. Civ., 3^eme, 12 janvier 1994, Bull. Civ. III, n°5; R.T.D. Civ., 1994, 605 obs. J. Mestre; Defresnois, 1994, 804, obs. D. Mazeaud; J.C.P., 1994, I, 3809, n°18, obs. G. Viney; **Contra** : Cass. Com., 28 avril 1980, Bull. Civ. IV, n°132, sous-entendant la nécessité de l'existence d'un préjudice; Cass. Com., 16 juillet 1991, Dalloz, 1992, 365 note critique D. Mazeaud; Cont. Conc. Cons., 1991, n°211, obs. L. Leveneur, autorisant les juges à supprimer une clause pénale s'il n'y a aucun préjudice.

³¹¹² Cass. Com., 2 février 1982, Bull. Civ. IV, n°44.

³¹¹³ Cass., Ch. mixte, 20 janvier 1978, Dalloz, 1978, 349.

³¹¹⁴ Cass. Com., 26 février 1991, Bull. Civ. IV, n°91.

³¹¹⁵ Cass. Civ. 3^eme, 5 décembre 1984, Bull. Civ. III, n°207 et 208; Dalloz, 1985, 455, note J. Benac-Schmidt; Cass. Civ. 3^eme, 29 juin 1994, J.C.P., 1994, I, 3809, n°20, obs. G. Viney.

³¹¹⁶ Cass. Civ. 3^eme, 9 janvier 1991, Bull. Civ. III, n°19; Dalloz, 1991, 481, note G. Paisant.

³¹¹⁷ Cass. Soc., 4 juillet 1983, Bull. Civ. V, n°380, R.T.D. Civ., 1985, 375, obs. J. Mestre.

³¹¹⁸ Cass. Civ. 3^eme, 20 juillet 1989, Bull. Civ. III, n°172; R.T.D. Civ., 1990, 75, obs. J. Mestre.

³¹¹⁹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., p.781.

³¹²⁰ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, thèse Paris, XII, 1990, L.G.D.J., 1992; G. Paisant, *Clause pénale*, Ency. Dalloz, 1993.

³¹²¹ Y. Letartre, art. précité, n°4-bis.

³¹²² E. Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, Paris, 1891-1902, t.1, *L'Ancien droit*; G. Girard, *La stipulatio poenae en droit romain. La clause pénale en droit français*, Paris, 1877, p.51 et suiv. et p.124 et suiv.

³¹²³ Cf. Y. Letartre, op. cit.; A. Fliniaux, *L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du moyen-âge*, in Mélanges Fournier, 1929, p.236 et suiv.

³¹²⁴ *In eo quod interest*, n°159; Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, par J. de la Morandière, t.II, p.917, n°918.

³¹²⁵ Pothier, *Traité des obligations*, t.1, n°346.

³¹²⁶ Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^eme éd., Bruxelles, t.XXIII, p.105 et suiv.

retrouvait même dans l'avant projet du Code civil qui disposait, contrairement à celui de Cambacérès, que « *le juge peut modérer la peine stipulée si elle excède évidemment le dommage effectif* »³¹²⁷. A l'évidence, avant la promulgation du Code civil de 1804, le pouvoir modérateur du juge n'était pas admis uniquement pour les clauses pénales, mais plus généralement pour toutes les clauses stipulant une indemnisation forfaitaire d'un préjudice³¹²⁸. Dans ces conditions, les réflexions de M. Mestre prennent une ampleur significative³¹²⁹.

En effet, M. Mestre a proposé une application autonome de l'article 1152 du Code civil, afin de le détacher de la notion de clause pénale qui en restreint abusivement le domaine. Il est évident que « *la clause qui permet le pouvoir judiciaire de révision dans le cadre de l'article 1152 du Code civil* » doit être distinguée de la clause pénale³¹³⁰. Ceci ressort clairement des termes de l'article 1152, qui ne parle que du paiement d'une « *certaine somme à titre de dommages-intérêts* ». Il suffit donc que l'indemnité forfaitaire, dont la réduction est demandée, ait pour source une « *évaluation conventionnelle (...) d'une somme à titre de dommages-intérêts (...) pour le cas d'inexécution de la convention par le débiteur* »³¹³¹. MM. Mazeaud et Chabas ont repris cette idée et estiment que « *le pouvoir de révision institué par la loi de 1975 ne saurait être limité aux seules clauses pénales. Le juge doit pouvoir modérer toutes les clauses qui ont pour objet la réparation du préjudice* »³¹³². L'extension du pouvoir judiciaire de modération, fondé sur l'article 1152 al. 2 du Code civil, est donc fortement souhaitable. En effet, on ne voit pas ce qui légitime la limitation de ce pouvoir aux clauses pénales.

La motivation profonde de la réforme de 1975 est d'empêcher que des contractants économiquement puissants imposent à leurs partenaires des clauses prévoyant une indemnisation manifestement excessive en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle. Les caractères dissuasif et répressif de la clause pénale n'ont aucune influence en la matière, si ce n'est qu'ils justifient une limitation des pouvoirs du juge afin de ne pas anéantir les effets comminatoires de telles clauses. Au surplus, l'interprétation large du domaine d'application de l'article 1152 al. 2 du Code civil correspond à un mouvement jurisprudentiel de fond, qui tend, de plus en plus, à canaliser, à contrôler les stipulations contractuelles excessives³¹³³. Ainsi, dans un jugement du Tribunal de Grande Instance de Tours, il est possible de lire que : « *l'article 1152 du Code civil n'est pas un texte si exorbitant du droit commun, alors qu'il s'inscrit dans une tendance législative constante ces dernières années, que sa portée doit être limitée aussi strictement que le soutient la banque* »³¹³⁴. Commentant cette décision, M. Mestre soulève « *une question qu'on ne peut pas ne pas se poser aujourd'hui* », celle « *des pouvoirs du juge face aux stipulations contractuelles qui lui apparaissent excessives lorsqu'il n'y a pas le secours d'un texte particulier tel que l'article 1152* »³¹³⁵.

³¹²⁷ Y. Letartre, art. précité, n°4 bis.

³¹²⁸ E.M. Bey, *De la réforme de la clause pénale*, précité, n°1; Les droits étrangers admettent généralement le pouvoir modérateur du juge : la Grande-Bretagne; l'Allemagne, Art. 343, BGB, la Suisse Art. 163 du Code fédéral des obligations, l'Italie Art. 1384 Code civ., et surtout la Belgique dont la Cour de cassation, avec les mêmes textes que le Code Napoléon, a déclaré contraire à l'ordre public la clause qui procure l'exécution normale du contrat : Cass., 17 avril 1970, cité par Y. Letartre, op. cit., n°5.

³¹²⁹ J. Mestre, *De la notion de clause pénale et de ses limites*, R.T.D. Civ., 1985, 372 et suiv.

³¹³⁰ Op. cit., p.373.

³¹³¹ Op. cit., p.374.

³¹³² H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°641-3.

³¹³³ Cf. J. Mestre, *Le juge face aux stipulations contractuelles excessives*, R.T.D. Civ., 1987, 110 et suiv.

³¹³⁴ T.G.I. Tours, 4 juin 1987, Banque, 1987, p.725, obs. critiques J.L. Rives-Lange; R.T.D. Civ., 1987, 112 et suiv., obs. J. Mestre.

³¹³⁵ Op. cit., p.113.

661. Evidemment le premier réflexe est de se tourner du côté de la notion de clause abusive dont la Cour de cassation, avec le célèbre arrêt Lorthioir du 14 mai 1991³¹³⁶, a consacré l'autonomie par rapport au pouvoir réglementaire³¹³⁷. Il est vrai que depuis cette décision, la qualification de « *clause pénale* » n'a plus la même importance qu'auparavant³¹³⁸. Ainsi, dans un arrêt en date du 6 janvier 1994, la première Chambre civile de la Cour de cassation a admis l'application du système de contrôle judiciaire des clauses abusives à la clause pénale³¹³⁹. L'intérêt de cette double protection est de taille pour le consommateur, car s'il ne peut demander que la réduction de la peine sur le fondement de l'article 1152 al.2 du Code civil, il peut, en revanche, demander sa suppression pure et simple sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Mais le problème est éclairé d'un nouveau jour avec la loi du 1er février 1995, emportant modification de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. En effet, la nouvelle rédaction de cet article pose des difficultés de compatibilité entre clauses pénales et clauses abusives³¹⁴⁰. En droit de la consommation, il est probable qu'une confusion va s'instaurer entre ces deux types de clauses, puisque « *le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » est devenu le seul critère de la clause abusive. Or, ce critère se rapproche de celui d'« *excès manifeste* » prévu par l'article 1152 al. 2 du Code civil, si bien qu'en vertu de la règle *specialia generalibus derogant*, la clause pénale imposée par un professionnel à un consommateur ne pourra qu'être déclarée, soit valable, si elle n'entraîne pas un déséquilibre manifeste, soit non écrite si tel est le cas³¹⁴¹. Au bout du compte, le domaine de l'article 1152 al. 2 du Code civil est significativement réduit, ses dispositions n'ayant plus à s'appliquer en droit de la consommation. Mais cette réduction se fait au profit de l'équité et de la protection des économiquement faibles. En effet, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, le juge pourra déclarer non écrite, non seulement les clauses pénales, mais également les clauses actuellement exclues, par la jurisprudence, du domaine de l'article 1152 al. 2 du Code civil, à savoir les clauses de dédit, ou de remboursement anticipé³¹⁴². En rapprochant cette solution de la conception extensive de consommateur qui a prévalu, un certain temps, en jurisprudence³¹⁴³, la notion de clause abusive paraît alors une hypothèse générale d'appréhension, par le juge, des déséquilibres partiels.

b - Une hypothèse générale : les clauses abusives

662. Dans le droit positif actuel, l'hypothèse la plus générale de prise en compte des déséquilibres partiels réside dans l'article L. 132-1 du Code de la consommation³¹⁴⁴. Mais alors que le domaine de l'article 1152 al. 2 du Code civil n'est pas limité quant aux contractants lésés par une clause pénale, mais seulement quant à la clause visée, celui de l'article L. 132-1 ne concerne que les consommateurs, mais ne connaît aucune limitation quant aux clauses susceptibles d'être déclarés non écrites. Chacune de ces limitations pose problème. S'agissant de l'article L. 132-1 du Code de

³¹³⁶ Bull. Civ. I, n°153; Dalloz, 1991, 449, note J. Ghestin; J.C.P., 1991, II, 21763, note G. Paisant; Cont. Conc. Cons., 1991, n°160, obs. L. Leveneur; R.T.D. Civ., 1991, 526 obs. J. Mestre.

³¹³⁷ Exemple de jurisprudence *contra legem*.

³¹³⁸ Cf. G. Viney, obs. sous Cass. Civ. 3ème, 29 juin 1994, J.C.P., 1994, I, 3809, n°20.

³¹³⁹ Bull. Civ. I, n°8; J.C.P., 1994, II, 22237, note G. Paisant; J.C.P., 1994, I, 3773, n°28, obs. G. Viney; cf. déjà en ce sens : C.A. Paris, 20 septembre 1991, J.C.P., 1992, II, 21866, note A. Sinay-Cytermann; C.A. Grenoble, 13 juin 1991, J.C.P., 1992, II, 21819, note G. Paisant, errat. 21834 bis.

³¹⁴⁰ Cf. G. Paisant, *Clauses pénales et clauses abusives après la loi n°95.96 du 1er février 1995*, Dalloz, 1995, 223.

³¹⁴¹ G. Paisant, art. préc., n°4.

³¹⁴² Sauf à considérer que ce type de clauses entre dans l'exclusion prévue à l'alinéa 7 de l'article L. 132-1. Mais cette solution est très peu probable car elle repose sur une interprétation tendancieuse de la notion de « *service offert* ». Cette expression vise uniquement l'obligation principale, dans les contrats autres que la vente.

³¹⁴³ Sans que l'on puisse vraiment dire que la jurisprudence de la Cour de cassation soit définitivement fixée, cf. supra n°127 et suiv.

³¹⁴⁴ A. Karimi, *Examen de 26 décisions judiciaires en matière de clauses abusives*, G.P. 1995 Doct. 1163.

la consommation³¹⁴⁵, la faculté de réputer non écrite une clause engendrant un déséquilibre manifeste devrait être étendue à tous les contrats qui mettent en présence des parties de puissance économique inégale. D'ailleurs, il est des hypothèses dans lesquelles la jurisprudence, sans vraiment l'avouer, utilise la notion de clause abusive dans les contrats conclus entre professionnels. Ainsi, on retrouve la sanction du déséquilibre partiel dans la théorie de l'absence partielle de cause. Cette théorie a été élaborée par la jurisprudence, quelle que soit la qualité des parties contractantes. MM. Mazeaud et Chabas expliquent, par cette théorie qui ressemble à s'y méprendre à la notion de lésion, la jurisprudence relative à la réduction des honoraires et des commissions de mandataires professionnels, que le demandeur à l'action soit ou non consommateur³¹⁴⁶. Mais cette jurisprudence se rattache d'avantage, s'agissant d'un problème afférent à l'obligation fondamentale du mandataire, à l'idée de déséquilibre global³¹⁴⁷. En ce qui concerne le déséquilibre partiel, la Cour de cassation avait toujours refusé d'appliquer la théorie de l'absence partielle de cause, qui exige que chaque clause d'un contrat comporte une contrepartie particulière³¹⁴⁸. Il s'agit notamment de la jurisprudence rendue en matière de clause pénale, avant la réforme de 1975. A l'argument consistant à soutenir que la clause du contrat de crédit-bail qui impose, à titre de pénalité, le paiement de l'intégralité des loyers restant à courir, outre la restitution du bien, est privée de cause, la Cour de cassation a répondu que « *comme les autres obligations* » du contrat, celle-ci a « *pour contrepartie l'engagement du bailleur à mettre le matériel loué à la disposition du preneur* » et qu'ainsi elle n'était pas dépourvue de cause³¹⁴⁹.

Mais il semble que la théorie de l'absence partielle de cause permette, aujourd'hui, l'annulation des clauses abusives. C'est en tout cas l'avis de M. Ghestin, à la suite des arrêts rendus en matière de droit des assurances et de droit bancaire³¹⁵⁰. Dans plusieurs arrêts en date du 19 décembre 1990, la Cour de cassation a réputer non écrite la clause « *selon laquelle le dommage n'est garanti que si la réclamation de la victime, en tout état de cause nécessaire à la mise en oeuvre de l'assurance de responsabilité, a été formulée au cours de la période de validité du contrat* », au motif qu'elle « *aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable et à créer un avantage illicite comme dépourvu de cause au profit de l'assureur qui aurait alors perçu des primes sans contrepartie* »³¹⁵¹. Une solution identique a été admise en droit bancaire au sujet des dates de valeur. Par un arrêt du 6 avril 1993, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré, pour violation de l'article 1131 du Code civil, un arrêt qui avait rejeté une demande par laquelle des « *sociétés faisaient valoir que leur obligation de payer des intérêts était partiellement dénuée de cause, dans la mesure où les sommes prises en considération pour le calcul de ceux-ci étaient augmentées, sans fondement, par l'application de dates de valeur aux*

³¹⁴⁵ Pour l'article 1152 al.2 du Code civil, cf. supra n°660.

³¹⁴⁶ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°276.

³¹⁴⁷ Il en est de même pour la jurisprudence annulant les ventes pour vileté du prix, sur le fondement de l'absence partielle de cause : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op; cit.; **contra** : H. Roland et L. Boyer, op; cit., n°787, qui rattachent cette jurisprudence à l'hypothèse d'une absence totale de cause.

³¹⁴⁸ J. Ghestin, op. cit., n°875.

³¹⁴⁹ Cass. Com., 3 février 1975, Bull. Civ. IV, n°32; cf. l'abondante jurisprudence citée par M. Ghestin, op. cit., n°875, note 222.

³¹⁵⁰ Op. cit., n°876.

³¹⁵¹ Cass. Civ. 1ère, 19 décembre 1990, Bull. Civ. I, n°303; J.C.P., 1991, II, 21656, note J. Bigot; Cass. Civ. 3ème, 17 avril 1991, Bull. Civ. III, n°118; Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1994, n°91-13.329, n°103 Lexis; Cass. Civ. 1ère, 2 février 1994, n°90-18.374, n°184, Lexis; cf. H. Groutel, *L'extermination des clauses limitatives dans le temps de la garantie des assurances de responsabilité civile*, Resp. Civ. et assur. 1991, chron. n°4; Y. Lambert-Faivre, *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime »*, Dalloz, 1992, chron.13; cf. aussi Cass. Civ. 1ère, 7 mars 1995, Dalloz, 1995, I.R., 94, réputer non écrite la clause selon laquelle la garantie d'un dommage ne sera maintenue après la résiliation d'un contrat d'assurance que si les travaux ont été réceptionnés avant et s'il y a eu paiement des primes subséquentes, alors que le versement de primes pour la période qui se situe entre la prise d'effet du contrat et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages qui trouvent leur origine dans un fait qui s'est produit pendant cette période.

remises de chèque et d'espèces ainsi qu'aux retraits ». Suivant cette argumentation, la chambre commerciale a décidé « *que les opérations litigieuses, autres que les remises de chèque en vue de leur encaissement, n'impliqueraient pas que, même pour le calcul des intérêts, les dates de crédit ou de débit soient différées ou avancées* »³¹⁵².

663. M. Ghestin rapproche ces deux séries de décisions du mécanisme d'annulation des clauses abusives³¹⁵³. Effectivement, dans les deux cas, les clauses litigieuses étaient imposées par un contractant économiquement puissant à un partenaire économiquement faible, ou présumé tel, et conféraient, au premier, un avantage manifestement excessif, puisqu'il n'existait aucune contrepartie pour le justifier. Même si l'on peut se montrer réservé sur la pertinence de l'application de la théorie de l'absence partielle de cause³¹⁵⁴, force est d'approuver la sanction judiciaire du déséquilibre partiel ainsi constaté. Un raisonnement similaire se retrouve d'ailleurs en matière de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

664. La doctrine s'accorde pour qualifier de difficile le problème juridique posé par les conventions de responsabilité³¹⁵⁵. La jurisprudence s'est fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté pour déclarer leur validité en matière contractuelle³¹⁵⁶. Mais une tendance générale se dégage pour en limiter l'efficacité. Le législateur a prohibé les conventions sur la responsabilité dans des domaines aussi divers que la vente aux consommateurs³¹⁵⁷, la vente d'immeuble à construire³¹⁵⁸, le contrat de construction³¹⁵⁹, le contrat de travail³¹⁶⁰, le contrat de bail³¹⁶¹, le contrat de transport³¹⁶² ou encore le contrat de société³¹⁶³.

La jurisprudence, quant à elle, a également contribué à la limitation de l'efficacité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. D'abord la Cour de cassation se montre très rigoureuse dans l'appréciation des conditions d'acceptation de ces clauses. Ainsi, a été jugée inapplicable la clause restrictive de responsabilité contenue dans un règlement des eaux qui n'a pas été portée à la connaissance de l'abonné³¹⁶⁴, ou apposée dans une chambre d'hôtel, le client n'en ayant connaissance qu'après avoir contracté³¹⁶⁵. Il en est de même pour la clause illisible insérée au

³¹⁵² Cass. Com., 6 avril 1993, J.C.P., 1993, II, 22062, note J. Stoufflet; Dalloz, 1993, 310 note C. Galvada; confirmé par Cass. Com., 29 mars 1994, Dalloz, 1994, I.R., 107; Bull. Civ. IV, n°134; Cass. Com., 7 juin 1994, Bull. Civ. IV, n°201; Cass. Com., 10 janvier 1995, Dalloz, 1995, 229, note C. Galvada.

³¹⁵³ Op. cit., n°876.

³¹⁵⁴ Cf. infra n°710 et suiv.

³¹⁵⁵ J. Carbonnier, op. cit., n°184; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1600.

³¹⁵⁶ Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1982, J.C.P., 1984, II, 20215 note F. Chabas; Cass. Civ. 1ère, 28 juin 1989, J.C.P., 1989, IV, 331; la jurisprudence déclare nulle de telles clauses en matière délictuelle, eu égard au caractère d'ordre public de l'article 1382 du Code civil : Cass. Civ. 2ème, 17 février 1955, J.C.P., 1955, II, 8951, note R. Rodière; Cass. Civ. 2ème, 28 novembre 1962, J.C.P., 1964, II, 13710 note M. de Juglart; cf. les critiques de cette solution : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°638; H. Roland et L. Boyer, op. cit.; En matière contractuelle, les conventions de responsabilité sont nulles si le dommage porte sur la personne humaine : C.A. Toulouse, 23 octobre 1934, D.P., 1935, 2, 49, note L. Mazeaud; C.A. Paris, 25 mars 1954, J.C.P., 1954, II, 8094, note R. Rodière; cf. **contra** : Cass. Civ. 1ère, 28 juin 1989, G.P. 89, pan 171; pour une approbation de la nullité de telles clauses : J. Carbonnier, op. cit., n°184; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°636; **contra** : H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1640; sur cette question cf. : Savatier, *Le dommage et la personne*, Dalloz, 1955, Chron. 5; P. Esmein, *Méditation sur les conventions d'irresponsabilité en cas de dommages causés à la personne*, in Mélanges Savatier, p.271.

³¹⁵⁷ Art. 2 du décret du 24 mars 1978.

³¹⁵⁸ Art. L. 261-16 du Code de la construction et de l'habitation.

³¹⁵⁹ Art. 1792-5 du Code civil.

³¹⁶⁰ Art. L.122-14-7 al.3 du Code du travail.

³¹⁶¹ Art. 35 du décret du 30 septembre 1953; Art. L. 411-77 du Code rural; Art. 4 de la loi du 6 juillet 1989.

³¹⁶² Art. 103 du Code de commerce, dans la rédaction que lui a donné la loi Rabier du 17 mars 1905.

³¹⁶³ Art. 1843-4 al.2 du Code civil.

³¹⁶⁴ Cass. Civ. 1ère, 19 mai 1987, Bull. Civ. I, n°156.

³¹⁶⁵ C.A. Lyon, 12 juin 1950, Dalloz, 1951, Som. 2.

verso d'un bon de livraison³¹⁶⁶. Ensuite, et de façon beaucoup plus critiquable, la Cour de cassation a dilaté, jusqu'à la dénaturation, la notion de faute lourde ou dolosive, en lui assimilant la faute simple commise par un professionnel. En particulier, la Cour de cassation a estimé que les juges du fond peuvent décider qu'en raison du caractère essentiel de l'obligation inexécutée (défaut d'acheminement des bulletins du loto) et de la gravité des conséquences possibles du manquement constaté, celui-ci s'analyse en une faute lourde faisant obstacle à l'application de la clause exonératoire de responsabilité³¹⁶⁷. Il faut rapprocher cette solution de celle retenue en matière de vices cachés dans le contrat de vente, selon laquelle le vendeur professionnel est tenu de connaître les vices affectant la chose vendue et ne peut se prévaloir d'une clause excluant à l'avance sa garantie³¹⁶⁸. Au vue de cette jurisprudence, il est possible de conclure avec Mlle Viney qu'en « *définitive, on constate un courant très fort qui tend à limiter la validité des clauses restrictives des responsabilités de nature contractuelle, notamment lorsqu'elle sont imposées par un professionnel à des particuliers consommateurs de biens ou de services. Le principe de cette validité s'en trouve donc ébranlé* »³¹⁶⁹.

665. A partir de ce constat, M. Huet a même proposé d'en finir avec le principe de validité des clauses de non-responsabilité³¹⁷⁰. Sans contester la pertinence des observations de cet auteur, on peut néanmoins douter de l'opportunité d'une solution aussi tranchée. Une partie de la doctrine a, en effet, souligné les avantages procurés, en matière économique, par les clauses limitatives de garantie et de responsabilité³¹⁷¹. Ces avantages sont trop connus pour s'y attarder; citons simplement : la baisse des prix, l'accès facilité à l'assurance de responsabilité, l'égalité des armes face à la concurrence internationale³¹⁷². Seule une solution moyenne est donc envisageable. A l'origine, la jurisprudence distinguait les clauses d'irresponsabilité totale, c'est-à-dire celles portant sur le droit aux dommages-intérêts, et les clauses limitatives de responsabilité, c'est-à-dire celles portant sur l'évaluation des dommages-intérêts³¹⁷³. L'intérêt de cette distinction était de déclarer valables les clauses limitatives de responsabilité, mais de considérer que les clauses d'exonération totale n'emportaient qu'un renversement de la charge de la preuve³¹⁷⁴. Cette distinction a été abandonnée, et la jurisprudence a unifié le régime de ces deux types de clauses³¹⁷⁵. Depuis la thèse de P. Durand, la doctrine distingue deux catégories de clauses allégeant la responsabilité : celles qui délimitent l'obligation du débiteur et celles qui limitent ou excluent la réparation³¹⁷⁶. Cette distinction est plus

³¹⁶⁶ Cass. Com. 14 avril 1992, Dalloz, 1992, I.R., 164.

³¹⁶⁷ Cass. Civ. 1ère, 18 janvier 1984, J.C.P., 1985, II, 20372, note J. Mouly; R.T.D. Civ., 1984, 727 obs. J. Huet; idem pour un manquement d'une banque à son obligation de surveillance d'un coffre-fort : Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 1988, Dalloz, 1989, 349 note P. Delebecque; où une omission d'un numéro de téléphone dans une annonce publicitaire : Cass. Com., 9 mai 1990, Bull. Civ. IV, n°142.

³¹⁶⁸ Cass. Com., 17 décembre 1973, J.C.P., 1975, II, 17912, note R. Savatier; cf. L. Leveneur, *Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité*, Cont. Conc. Cons., mars 1994, 1; cf. la critique de H. Mazeaud, *La responsabilité civile du vendeur-fabricant*, R.T.D. Civ., 1955, 611 et suiv.; sur l'assimilation de la faute professionnelle à la faute lourde, Cf. : H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1636 et suiv.

³¹⁶⁹ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J., 1995, n°173.

³¹⁷⁰ J. Huet, *Ne faut-il pas en finir avec le principe de validité des clauses de non responsabilité ou de non-garantie?*, R.T.D. Civ., 1987, 559.

³¹⁷¹ J. Bigot, *Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les contrats de vente et de fourniture entre professionnels*, J.C.P., 1976, I, 2755; P. Malinvaud, *Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente*, J.C.P., 1975, éd. C.I., II, 11748.

³¹⁷² Cf. J. Bigot, Art. précité; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°855; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1599.

³¹⁷³ Cf. J. Carbonnier, op. cit., n°175; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°639; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1620 et suiv.

³¹⁷⁴ J. Carbonnier, op. cit., n°176; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°639; ce raisonnement reposait sur l'idée inexacte qu'en cas de faute, le débiteur de l'obligation inexécutée engageait sa responsabilité civile délictuelle.

³¹⁷⁵ B. Starck, *Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité*, Dalloz, 1974, chron.157; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1620.

³¹⁷⁶ P. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, thèse Paris, 1931; en ce sens : P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°854.

pertinente que celle initialement proposée³¹⁷⁷. Elle est, en effet, utilement prolongée par la notion d'obligation fondamentale ou essentielle³¹⁷⁸, qui donne une explication des décisions écartant l'efficacité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, plus satisfaisante que la notion de faute lourde³¹⁷⁹. L'idée est qu'une convention d'irresponsabilité ne peut porter sur une obligation contractuelle fondamentale, sous peine de vider le contrat de toute substance juridique et de l'affecter du vice de potestativité. Ce raisonnement est valable lorsque le débiteur de l'obligation fondamentale insère dans le contrat qu'il pourra, s'il le désire, ne pas exécuter cette obligation³¹⁸⁰.

666. Mais il est douteux que l'on puisse l'appliquer aux clauses limitant ou supprimant la responsabilité contractuelle. En effet, par ce type de clause, le débiteur n'anéantit pas son obligation, il supprime ou atténue les effets de l'inexécution. Dans ce cas on ne peut pas dire, comme le fait M. Jestaz, qu'il ne s'engage en rien. Le créancier de l'obligation inexécutée, s'il ne peut, au vu de la clause d'irresponsabilité, obtenir des dommages-intérêts réparant le préjudice qu'il subit, peut en revanche obtenir l'exécution forcée du contrat en justice, conformément à l'option ouverte par l'article 1184 du Code civil. En réalité, seules les clauses délimitant les obligations sont intéressées par la notion d'obligation fondamentale, les clauses aménageant ou supprimant le droit à réparation pouvant indifféremment porter sur une obligation fondamentale ou une obligation annexe. Mais en aucun cas il ne faut confondre ces deux séries de clauses, différentes par leur nature même.

Par conséquent, la distinction proposée par M. Jestaz entre obligation fondamentale et obligation annexe n'est pas susceptible de servir d'éléments modérateurs de certains effets excessifs des clauses aménageant la responsabilité contractuelle. Pour trouver cet élément modérateur, il faut partir des inconvénients que la doctrine cite habituellement pour souligner la dangerosité de ce type de clauses. D'abord, elles incitent à la négligence, le débiteur sachant dès la conclusion du contrat qu'il bénéficiera, en cas d'inexécution, une impunité ou d'une responsabilité limitée³¹⁸¹. Ensuite, ces clauses sont souvent imposées, dans des contrats d'adhésion mettant en présence des parties de puissance économique déséquilibrée³¹⁸². Ces deux arguments sont d'inégale valeur, et il convient d'éliminer d'emblée le premier. En effet, il est de jurisprudence constante que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité cèdent devant la faute lourde. En outre, les clauses limitatives de responsabilité imposées en matière de transport aérien par le législateur³¹⁸³ n'ont pas engendré une détérioration des prestations servies par les compagnies aériennes. Au contraire, l'intensification de la concurrence européenne incite les entreprises à augmenter sans cesse la qualité du service rendu à la clientèle. Reste donc le second argument, qui lui peut servir de critère de validité des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité.

667. En commentant l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation, en date du 22 novembre 1978³¹⁸⁴, Mlle Viney a mis au clair la véritable motivation de la jurisprudence. En l'espèce, il s'agissait d'un fabricant professionnel qui avait vendu à un pépiniériste du produit pesticide. L'utilisation de ce produit ayant causé la perte de bois porte-greffe, ce pépiniériste a assigné son vendeur. Ce dernier lui opposait une clause d'irresponsabilité. La Cour d'appel, qui a

³¹⁷⁷ **Contra** : P. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, thèse Aix-en-Provence, 1981, qui considère que la distinction proposée par P. Durand n'a plus l'importance qu'elle avait naguère, toutes les clauses relatives à l'allègement de la responsabilité produisant leurs effets dans la mesure où elles ne sont pas contraires à la bonne foi contractuelle.

³¹⁷⁸ P. Jestaz, art. précité.

³¹⁷⁹ P. Jestaz, op. cit., p.288 citant Cass. Civ. 1ère, 11 octobre 1966, J.C.P., 1967, II, 15193 note La Pradelle, assimilant le défaut de conformité de la marchandise vendue par un professionnel à une faute lourde.

³¹⁸⁰ Dans cette hypothèse, il vaudrait mieux parler de nullité pour défaut de cause plutôt que de potestativité.

³¹⁸¹ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°855; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1600.

³¹⁸² Op. cit.

³¹⁸³ Loi du 2 mars 1957 et Art. L. 322-3 du Code de l'aviation civile.

³¹⁸⁴ J.C.P., 1979, II, 19139.

condamné le fabricant de pesticide à verser au pépiniériste des dommages-intérêts, est approuvée au motif que le fabricant avait l'obligation de fournir un produit efficace et adapté aux besoins de l'utilisateur, et qu'en livrant un produit nocif il avait commis une faute lourde de nature à écarter l'application de la clause exclusive de responsabilité stipulée à son profit. Mlle Viney fait remarquer que « *la gravité d'une telle faute paraît affirmée un peu légèrement!* »³¹⁸⁵. En réalité, le juge cherche, par ce moyen, à assurer « *la protection de la partie la plus faible contre la partie économiquement ou socialement en position de force* »³¹⁸⁶.

C'est également l'analyse de M. Mouly dans son commentaire de l'arrêt du Loto National³¹⁸⁷. Cet auteur estime que « *la Cour de cassation a voulu en réalité neutraliser par la faute lourde largement entendue une clause imposée par une partie en position de force* ». Or c'est bien d'abus de puissance économique dont il s'agit. En effet, lorsque les parties contractantes sont de puissance économique équivalente, la justice contractuelle ne s'oppose pas à ce qu'elles concluent une clause exonératoire ou limitative de responsabilité, y compris sur l'hypothèse de l'inexécution d'une obligation fondamentale du contrat. Une telle clause peut être contrebalancée par une réduction corrélative du prix. Elle peut également traduire un pari de créancier sur l'avenir, celui-ci pensant que le débiteur bénéficiant de cette clause ne peut pas prendre le risque commercial de mal l'exécuter.

Le problème de la validité des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité se pose, en revanche, lorsqu'il existe, entre les parties, un déséquilibre de puissance économique, de telle sorte que l'une impose à l'autre, une telle clause, par un abus de puissance économique. Dans ce cas, la partie économiquement faible n'a pas d'autre choix que d'accepter la clause ou de ne pas contracter. Quelque fois, le choix est inexistant, celle-ci étant économiquement obligée de contracter, ce qui est, par exemple, le cas pour un acheteur professionnel face à un vendeur titulaire d'un monopole ou d'une position dominante sur le marché de référence. La clause limitant ou supprimant la responsabilité du cocontractant économiquement puissant devrait alors être considérée comme abusive et réputée non écrite³¹⁸⁸. L'abus réside, en fait, dans l'avantage excessif procuré par la clause limitative ou exonératoire de responsabilité, imposée par la partie économiquement puissante. De *lege ferenda*, il conviendrait d'élargir la prohibition des clauses imposées par un abus de puissance économique à l'ensemble du champ contractuel, que la victime soit ou non un consommateur, et quelque soit la clause contractuelle qui traduit cet abus.

668. Mme Béhar-Touchais a mis en évidence le fait que « *les techniques de protection des consommateurs ont actuellement tendance à se propager dans le domaine de la protection des contractants dominés, fussent-ils professionnels* »³¹⁸⁹. C'est également l'opinion de M. Denis Mazeaud³¹⁹⁰, qui rattache à cette évolution la directive CEE n°85/374 du Conseil du 25 juillet 1985,

³¹⁸⁵ Note sous l'arrêt précité.

³¹⁸⁶ Op. cit.

³¹⁸⁷ Cass. Civ. 1ère, 18 janvier 1984, J.C.P., 1985, II, 20372.

³¹⁸⁸ Cf. pour une sanction originale, et qui se rapproche de la réfaction du contrat pour cause de lésion : T. Com. Paris, 14ème ch., 14 avril 1972, G.P., 1972, 2, 750; R.T.D. Civ., 1973, 145 obs. G. Cornu; « *Si dans la théorie classique du contrat, le contrôle du contenu des contrats d'adhésion est réduit, il importe, eu égard aux abus qu'ils engendrent, de promouvoir un contrôle de l'existence d'un certain équilibre matériel entre les prestations échangées; il ne s'agit pas de condamner le pouvoir économique qui s'exerce par l'intermédiaire du contrat d'adhésion, mais de prévenir les abus de ce pouvoir. Pour remédier à l'abus que constitue la stipulation au profit d'une seule des parties des clauses limitatives de responsabilité, il est possible de prévoir qu'implicitement les parties ont prévu la réciprocité* ».

³¹⁸⁹ M. Béhar-Touchais, *Indemnisation par les compagnies pétrolières des pertes d'exploitation de leurs distributeurs*, R.J.D.A., 3/92, p.163 et suiv., n°13.

³¹⁹⁰ D. Mazeaud, *Le juge face aux clauses abusives*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993.

relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Celle-ci instaure une protection renforcée, que la victime soit un consommateur ou un professionnel. Surtout, le projet de loi du 23 mars 1990, destiné à transposer cette directive en droit français, comporte un article 1386-14 qui ne prohibe les clauses de non responsabilité stipulée dans les contrats entre professionnels qu'à condition qu'elles « *apparaissent imposées à l'un des contractants par un abus de puissance économique de l'autre et confère à ce dernier un avantage excessif* »³¹⁹¹. La similitude avec la définition des clauses abusives, dans l'état antérieur à la loi du 1er février 1995, est saisissante. Elle révèle la conscience de l'existence de cas de faiblesse économique en dehors de la notion de consommateur. Comme l'a souligné M. Mestre, il faut « *briser cette distinction trop manichéenne entre consommateurs et professionnels* »³¹⁹². D'ailleurs, la liste des clauses abusives, donnée par la Commission, ou l'annexe introduite par la loi du 1er février 1995 à la suite de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, peut s'appliquer, pour sa plus large partie aux professionnels victimes d'abus de puissance économique³¹⁹³. Par exemple, il est possible de citer les clauses ayant pour objet ou pour effet « *de prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté* », « *d'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur* », ou encore « *d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé* ». Il suffit de remplacer le terme consommateur par celui d'économiquement faible, et celui de professionnel par économiquement puissant, pour pouvoir appréhender les problèmes posés par les clauses résolutoires ou les clauses pénales imposées dans les contrats conclus entre parties inégales.

669 . De façon encore plus marquante, l'article 36-1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 peut être invoqué à l'appui de notre démonstration. Cet article dispose, en effet, que : « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non-justifiés par des contreparties réelles en créant de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence* ». Il faut bien reconnaître que la référence à une distorsion de la concurrence est plus une conséquence naturelle de la discrimination qu'une condition de déclenchement de la responsabilité civile. L'essentiel, dans cet article, est le déséquilibre existant, même entre professionnels, entre les droits et obligations réciproques. A la limite, cet article pourrait servir de fondement à la lutte contre les déséquilibres globaux, puisque le texte parle de prix. En outre, l'obligation de réparer le préjudice, par l'attribution de dommages-intérêts, permet le rééquilibrage du contrat³¹⁹⁴. En tous les cas, force est de reconnaître que l'abus de puissance économique, s'il frappe souvent les consommateurs, peut également affecter les professionnels.

670 . Dans cette optique, que penser des définitions successives de la clause abusive données par la législation consumériste? La doctrine admet de façon unanime que la loi du 1er février 1995 a simplifié les éléments de la définition en supprimant la référence à l'abus de puissance

³¹⁹¹ G.P., 1990, Leg. 432. Ce projet n'a pas été adopté ce qui a valu à la France une condamnation : C.J.C.E., 13 janvier 1993, Dalloz, 1993, 566, note J.C. Clergerie.

³¹⁹² J. Mestre, *Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine*, in Mélanges Breton-Derrida, 1991, 249; cf. aussi R.T.D. Civ., 1987, 85 et 537 et suiv.

³¹⁹³ Cf. recommandation de synthèse, n°91-02, B.O.C.C., 6 sept. 1991; cf. aussi, recommandations relatives aux vices cachés (B.O.C.C., 13 juin 1979), aux délais de livraison (B.O.C.C., 26 novembre 1980), à l'équilibre des obligations au cas d'inexécution des contrats (B.O.C.C., 16 janvier 1981).

³¹⁹⁴ Cf. T.G.I., Chalon-sur-Saône, 21 juin 1994, Cont. Conc. Cons., 1994, n°194, obs. L. Vogel, qui condamne une grande surface pour le fait d'avoir obtenu d'un fournisseur en difficulté financière, des prix très bas, sans contrepartie réelle.

économique³¹⁹⁵. Alors que l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation, dans la rédaction que lui avait donné la loi Scrivener du 10 janvier 1978, comportait deux critères de qualification de la clause abusive : « *l'abus de puissance économique* » et « *l'avantage excessif* », la nouvelle mouture ne se réfère plus qu'au « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* »³¹⁹⁶. Si la notion de déséquilibre significatif est satisfaisante, en revanche la suppression de la référence à celle d'abus de puissance économique est regrettable. Encore faut-il s'interroger sur les raisons de cette disparition.

M. Paisant estime, en se fondant sur la déclaration du député M. Charie³¹⁹⁷, que « *le législateur a voulu que les clauses abusives puissent désormais être sanctionnées quelle que soit la puissance économique des professionnels* »³¹⁹⁸. Cette opinion rejoint la dernière jurisprudence de la Cour de cassation qui, sous l'ancienne rédaction, déduisait l'abus de puissance économique de la seule existence d'un contrat d'adhésion³¹⁹⁹, ainsi que la directive européenne du 5 avril 1993, dont l'article 3-1 vise expressément les contrats « *n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* ». L'arrêt du 6 janvier 1994, aux termes duquel le contrat d'adhésion postule l'abus de puissance économique, a été critiqué à bon droit par M. Delebecque³²⁰⁰. Il est vrai que la notion de contrat d'adhésion n'implique en soi, ni déséquilibre de puissance économique entre les parties, ni abus de puissance économique si d'aventure un tel déséquilibre existait³²⁰¹. En outre, il est dommage d'avoir supprimé toute référence à la notion d'abus de puissance économique. Il faut tout de même rappeler que l'une des explications données pour justifier la création d'un « *droit de la consommation* » était la position d'infériorité économique dans laquelle se trouve le consommateur face au professionnel, celui-ci pouvant abuser, en pratique, de cette situation. Les dispositions protectrices des consommateurs ne gagneront pas en cohérence à se couper ainsi de leurs racines originelles. Un pas de plus est donc franchi dans le sens de l'abstraction du système de protection, dont nous avons eu déjà l'occasion de souligner les incohérences et les insuffisances³²⁰². Pour cette raison, l'explication donnée par M. Calais-Auloy est beaucoup plus convainquante.

Cet auteur estime, avec raison, qu'en pratique « *c'est l'avantage excessif qui est le critère principal, car il fait présumer l'abus de puissance économique* »³²⁰³. MM. Roland et Boyer

³¹⁹⁵ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Helle, *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n°95-96 du 1er février 1995*, J.C.P., 1995, I, 3854, n°12; G. Paisant, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n°95-96 du 1er février 1995*, Dalloz, 1995, chron.99, n°7; G. Raymond, *Cont. Conc. Cons.*, 1995, n°56, p.15; B. Gelot, *Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1er février 1995*, Defrénois 1995, p.1201.

³¹⁹⁶ Il ne s'agit que de la reprise textuelle de l'article 3-1 in fine de la directive C.E.E., n°93/13 du Conseil du 5 avril 1993; fort heureusement la loi du 1er février 1995 n'a pas repris les critères de bonne foi et de contrat d'adhésion posés par l'article 3-1 de la directive du 5 avril 1993. Cf. nos critiques sur l'utilisation extensive de ces deux notions supra n°399 et suiv. et n°54 et suiv.; voir sur les commentaires de cette directive : J. Huet, *Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives*, J.C.P., 1994, éd. E., I, 309; G. Paisant, *Proposition pour une réforme du droit des clauses abusives (après la directive du 5 avril 1993)*, J.C.P., 1994, I, 3772; M. Trochu, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, (directive n°93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993)*, Dalloz, 1993, Chron. 315; M Tenreiro, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive n°93/13/C.E.E. du Conseil du 5 avril 1993)*, *Cont. Conc. Cons.*, juillet 1993.

³¹⁹⁷ J.O.A.N. (C.R.) 11 janvier 1995, p.21.

³¹⁹⁸ G. Paisant, op. cit., n°7; il faut noter que ni la directive européenne du 5 avril 1993, dans son article 3, ni le projet du Code de la consommation publié en 1990 sous la direction de M. Calais-Auloy, dans son article L. 104, ne comporte la référence à cette notion d'abus de puissance économique.

³¹⁹⁹ Cass. Civ. 1ère, 6 janvier 1994, J.C.P., 1994, II, 22237 note G. Paisant; Dalloz, 1994, Som. Com. 209, obs. P. Delebecque, *Cont. Conc. Cons.*, 1994, n°58 obs. G. Raymond.

³²⁰⁰ Cf. obs. précitées.

³²⁰¹ Cf. supra n°54 et suiv.

³²⁰² Cf. supra n°98 et suiv.; 146 et suiv.

³²⁰³ J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., 1994, 246; cf. aussi du même auteur, *Les clauses abusives en droit français*, rapport au Premier Congrès européen sur les

rejoignent cette opinion en écrivant qu'à « *l'origine du déséquilibre significatif, il y a nécessairement un abus; l'abus n'est que la cause ou une composante implicite du déséquilibre et il n'est pas nécessaire d'en faire une mention spéciale* »³²⁰⁴. En fait, il y a dans cette proposition deux idées qu'il convient de distinguer. D'abord, on ne peut que souscrire à l'idée selon laquelle l'abus de puissance économique est la cause de l'avantage excessif ou du déséquilibre manifeste³²⁰⁵. Nous avons vu qu'en matière contractuelle, l'abus de puissance économique se définit essentiellement par la notion de déséquilibre³²⁰⁶. Cependant, et c'est la seconde idée, il est erroné de croire que la référence à l'abus de puissance économique est inutile. Au contraire, cette notion contient un très haut facteur explicatif. Elle établit le lien existant entre d'une part le déséquilibre de puissance économique existant entre les contractants et, d'autre part, le déséquilibre existant entre les prestations réciproques. Elle permet de comprendre qu'aucun de ces deux déséquilibres n'est, à lui seul, suffisant pour entraîner la nullité d'une clause contractuelle. Ce n'est que parce qu'une partie économiquement puissante a abusé de sa position pour obtenir un avantage excessif, un contrat globalement ou partiellement déséquilibré, au détriment d'un économiquement faible, que ce dernier a un besoin réel d'être protégé par le droit. Mais l'on aborde, là, la question du lien de causalité, qu'il convient d'envisager, avec celle de la détermination de la valeur, dans l'étude des problèmes posés par le lien entre les déséquilibres des contractants et des prestations réciproques.

B - LE LIEN ENTRE DESEQUILIBRES DES CONTRACTANTS ET DES PRESTATIONS

671. Qu'il soit global ou partiel, le déséquilibre constaté entre les prestations contractuelles réciproques pose le problème de l'existence du rapport de cause à effet entre ce déséquilibre et le déséquilibre manifeste existant entre les puissances économiques respectives des contractants. Le lien de causalité doit être une condition *sine qua non* de l'existence d'un abus de puissance économique, afin d'éviter les risques d'insécurité contractuelle qui seraient engendrés, si tout contrat comportant un déséquilibre manifeste, qu'elle qu'en soit l'origine, pouvait être remis en cause. L'idée directrice est que la puissance économique ne doit être prise en compte que dans la mesure où elle est contractuellement déséquilibrante.

C'est également le souci de sécurité contractuelle qui commande d'aborder la délicate question de la détermination de la valeur. Ce problème ne se pose que dans le cadre de l'analyse du déséquilibre global, pour lequel il convient de comparer la valeur des droits et obligations réciproques des parties. Certains auteurs, dans leurs développements consacrés à la lésion, ont expliqué que le droit n'a pas à se préoccuper des équilibres économiques dans les contrats, et ce en raison des incertitudes et de l'irrationalité affectant la notion de valeur³²⁰⁷. Il est donc impératif de traiter successivement ces deux séries de problèmes afin de mieux cerner la notion d'abus de

conditions générales des contrats, Coïmbra, 19-21 mai 1988, p.4 ; « *dès lors qu'une clause confère un avantage excessif au professionnel, elle est censée avoir été imposée par un abus de puissance économique, de sorte que les deux éléments tendent à n'en faire qu'un* ».

³²⁰⁴ H. Roland et L. Boyer op. cit., n°662.

³²⁰⁵ **Contra** : O. Carmet, *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi du 10 janvier 1978*, R.T.D. Civ., 1982, 1 et suiv.

³²⁰⁶ Cf. supra n°649 et suiv.

³²⁰⁷ C. et R. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, 1934, t.IX, par Lagarde, n°251; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.VI, 1ère partie, avec le concours de P. Esmein, L.G.D.J., 1930, n°215; J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations*, t.1, *L'acte juridique*, n°258.

puissance et de montrer que, par sa précision, elle ne porte pas une atteinte significative à la sécurité dans les contrats.

1/ L'EXIGENCE DU LIEN DE CAUSALITE

Le problème de l'existence du lien de causalité doit être distingué de celui posé par la preuve de celui-ci.

a - L'existence du lien de causalité

672. En matière de responsabilité civile délictuelle³²⁰⁸ et contractuelle³²⁰⁹, la condition du lien de causalité est une exigence de raison³²¹⁰. Cependant, la détermination d'un rapport de cause à effet certain et direct entre une faute, ou une inexécution, et un dommage pose de redoutables problèmes, à la fois théoriques³²¹¹ et pratiques³²¹². Les auteurs proposent, en général, de distinguer la pluralité de cause du préjudice indirect³²¹³. Pour notre part, seule la première série de difficultés est intéressante, car l'abus de puissance économique, en matière contractuelle, n'a aucun rapport avec la création de dommages en chaîne. En revanche, il est intéressant de s'interroger sur le rapport de cause à effet existant entre l'inégalité de puissance économique et la dissymétrie dans les prestations réciproques.

Pour qu'il y ait abus, encore faut-il que ces deux éléments soient reliés par un rapport de causalité, et non pas seulement par une concomitance fortuite. Le déséquilibre des prestations doit être imposé par le déséquilibre de puissance économique. Le rapport de causalité exige que le déséquilibre de puissance économique entre les parties se traduise par un déséquilibre parallèle dans les droits et obligations de chacune d'entre elles. Inversement, il faut que la dissymétrie entre les prestations trouve sa cause, son explication, dans le déséquilibre de puissance économique. En d'autres termes, le déséquilibre global ou partiel ne doit pouvoir s'expliquer que par une utilisation abusive de la puissance économique d'un contractant. La pluralité de causes doit donc être écartée, ce qui signifie qu'en vertu de la théorie de la causalité adéquate, il convient de rechercher, par un pronostic rétrospectif, l'antécédent qui est la véritable cause du déséquilibre entre les prestations.

³²⁰⁸ Art. 1382 et suiv. du C. civ.

³²⁰⁹ Art. 1147, 1150 et 1151, C. civ.

³²¹⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°157 et 213; N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité délictuelle*, n°69 et suiv.; J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations*, t.2, *le fait juridique*, n°162; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°91 et suiv., et 837 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Cabas, op. cit., n°560 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1475 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°817 et suiv.

³²¹¹ G. Marty, *De la relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, R.T.D. Civ., 1939, 685; P. Esmein, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, Dalloz, 1964, chron.205; F. Chabas, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation*, thèse Paris, 1965; Y. Lambert-Faivre, *De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité*, Dalloz, 1992, chron.311; cf. aussi l'exemple de la vache infectée d'une maladie contagieuse : Pothier, *Oeuvres*, éd. Bugnet, t.II, n°166-167.

³²¹² Cf. l'abondante jurisprudence publiée au bulletin de la Cour de cassation, ainsi que les onze exemples donnés, à titre de casus, par MM. Malaurie et Aynès, op. cit., n°90.

³²¹³ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°565; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°90, qui parlent de « causes de l'accident » et de « suites de l'accident »; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1475 qui utilisent les termes de « causalité directe » et de « pluralité de causes ».

Evidemment, plusieurs antécédents convergents, pourront souvent être invoqués par la partie économiquement puissante, afin de s'exonérer de sa responsabilité et d'éviter la sanction inhérente à la commission d'un abus de puissance économique.

Mais, comme dans le domaine de la responsabilité civile, le juge devra effectuer un tri parmi ces antécédents, pour déterminer celui qui a eu l'influence la plus notable. Ici, la notion de causalité ne doit pas être matérielle, ou mécanique, elle doit être juridique ou morale³²¹⁴. Doit donc être exclu du domaine de la notion d'abus de puissance économique, le déséquilibre qui peut s'expliquer essentiellement par d'autres causes que l'inégalité de puissance économique. S'agissant d'un déséquilibre global, il est possible de citer le cas de la libéralité, même s'il s'agit d'une hypothèse d'école; quoique l'on puisse rencontrer un phénomène qui s'en rapproche, dans le monde des affaires : l'abandon de créance dans les groupes de sociétés. Il est évident que l'on ne peut ici parler véritablement d'*animus donandi*. Néanmoins, cet exemple permet de souligner l'importance de l'idée de parallélisme dans le double déséquilibre, de puissance économique d'une part, et entre les prestations d'autre part. En effet, il est fréquent que la société mère d'un groupe de sociétés aide une de ses filiales en difficulté en lui accordant un abandon de créance, ou un prêt sans intérêt. Mais ce déséquilibre global n'a aucun rapport de causalité avec le déséquilibre de puissance économique puisque précisément l'avantage bénéficie à l'économiquement faible, ou plus largement à l'ensemble du groupe. Le déséquilibre inverse exclut donc le lien de causalité, et par voie de conséquence l'abus de puissance économique.

673. S'agissant du déséquilibre partiel il peut s'expliquer, par exemple, par des raisons techniques extérieures à la notion de rapport de force. Ainsi, il est d'usage, dans les contrats d'achat de graines de semence, de prévoir une clause subordonnant la validité du contrat à l'existence de quantités minimales de récolte. Mais il s'agit simplement de tenir compte des aléas climatiques et des risques de pénurie suite à une mauvaise saison. Il n'y a là, a priori, aucun abus de puissance économique. Au sujet du déséquilibre partiel, il peut paraître curieux et paradoxal, qu'en droit de la consommation l'article L. 132-1 du Code de la consommation admette d'en tenir compte, alors que l'alinéa 7 interdit au consommateur de se prévaloir d'un déséquilibre global³²¹⁵. Ce dernier étant plus grave, il devrait être admis a fortiori. Mais, cela peut s'expliquer par le fait que les consommateurs ne subissent généralement pas, compte tenu de la concurrence sur les marchés entre professionnels, d'abus de puissance économique de nature à créer un déséquilibre global. Nous avons vu que les marchés pouvaient être, aujourd'hui, qualifiés d'« *acheteur* », et il n'est pas contestable que la concurrence par les prix, renforcée par la disparition de l'inflation, consolide cette tendance. Les consommateurs craignent donc surtout les déséquilibres partiels, qui se traduisent par l'insertion, dans les contrats d'adhésion, de clauses abusives. Il est vrai que la concurrence par les conditions contractuelles est beaucoup moins aisée que la concurrence par les prix, et ce malgré les règles imposant, dans ce domaine, une certaine transparence³²¹⁶.

Par conséquent, alors que le consommateur est vulnérable face aux clauses abusives, il est, au contraire, armé face aux prix excessifs, si bien que l'acceptation d'un contrat lésionnaire trouvera d'avantage sa cause efficiente dans l'incurie, la négligence ou la bêtise³²¹⁷. Ce raisonnement est d'autant plus exact que, dans le budget des consommateurs, la part consacrée à l'achat de biens

³²¹⁴ J. Carbonnier, op. cit.; N. Dejean de la Bâtie, op. cit.

³²¹⁵ Cf. supra n°657.

³²¹⁶ Art. 33, ord. 1er décembre 1986.

³²¹⁷ Ce constat n'est pas immuable, et lorsque le marché est « *vendeur* », comme ce fut le cas après guerre et jusque à la fin des années 1970. Dans cette hypothèse, il serait logique de protéger le consommateur des abus de puissance économique engendrant un déséquilibre global, les professionnels pouvant profiter de la rareté de l'offre et l'insuffisance de la concurrence.

nécessaires est extrêmement faible en valeur relative. Le plus souvent, l'acte de consommation portera sur des biens superflus, si bien que le consommateur n'est pas réellement dans une position de dépendance économique qui ne lui permettrait pas de faire jouer la concurrence. En revanche, il est plus fréquent qu'une entreprise soit dans l'obligation de contracter pour assurer sa survie, ne serait-ce qu'en vertu d'une clause d'exclusivité ou en raison de l'existence d'un monopole. Dans cette hypothèse, la protection contre le déséquilibre global se justifie parfaitement.

674 . L'exigence du lien de causalité permet de résoudre une autre difficulté, celle de la nature du rapport entre le déséquilibre des prestations réciproques et la forme du déséquilibre de puissance économique. Il a été montré que la puissance économique pouvait se manifester sous plusieurs formes dont les trois principales sont les puissances patrimoniale, commerciale et informationnelle. Compte tenu de cette diversité, il est impératif que le déséquilibre entre les prestations ait une nature identique à celui existant entre la puissance économique des parties contractantes. Ainsi, un déséquilibre de puissance informationnelle doit se traduire, pour constituer un abus, par un déséquilibre de même nature sur le plan des droits et obligations des parties. Par exemple, un vendeur professionnel, qui détient par définition un savoir dans sa sphère de compétences, commettrait un abus de puissance économique en imposant à un acheteur profane une clause l'exonérant de son obligation de transmettre les informations utiles à l'utilisation de la chose vendue. Mais s'agissant des clauses limitatives de responsabilité, il faut avoir égard aux notions de puissances patrimoniale et commerciale. En effet, il se peut que deux entreprises, disposant d'une compétence professionnelle non manifestement déséquilibrée, présentent un déséquilibre grave en terme de puissance commerciale, si bien que l'une est en mesure d'imposer à l'autre des clauses abusives, telles qu'une clause limitative de responsabilité, ou même un contrat globalement déséquilibré³²¹⁸. Dans ce cas, l'absence de déséquilibre sur le plan informationnel est inopérant, puisque le déséquilibre, global ou partiel, s'explique par la puissance commerciale d'un des cocontractants. Inversement, il est possible d'envisager un déséquilibre manifeste de puissance informationnelle et un équilibre de puissance commerciale.

Prenons l'exemple d'un contrat d'informatisation conclu entre Renault et IBM. Il est certain que sur le plan de la compétence informatique, si toutefois Renault ne dispose pas d'un service compétent en la matière, IBM est le contractant dominant. Cependant, cette société, compte tenu de la concurrence vive sur le marché de l'informatique, n'a pas une puissance commerciale telle, qu'il lui soit possible d'imposer une clause limitative de responsabilité à Renault. Cette clause ne devra donc pas être considérée comme abusive, Renault ayant suffisamment de force de négociation pour soit la refuser, soit l'accepter moyennant une baisse significative du prix. Au contraire, si IBM se charge de la fourniture d'ordinateurs à une P.M.E., il y a toutes les chances pour que celle-ci ne puisse pas discuter les clauses imposées. Dans ce cas le double déséquilibre de puissance, informationnelle et commerciale, est la cause efficiente du déséquilibre partiel instauré, en cas de dommage, par une clause limitative de responsabilité, à moins qu'IBM ait expressément offert la possibilité de refuser ladite clause moyennant une augmentation corrélative et proportionnelle du prix³²¹⁹.

Ces quelques exemples montrent la nécessité et l'utilité de l'appréciation concrète, tant des déséquilibres, que du lien de causalité, qui est un élément déterminant pour caractériser l'existence

³²¹⁸ Prenons l'exemple des entreprises nationales de Bâtiments et Travaux Publics qui sous-traitent des parties de marché à des P.M.E.

³²¹⁹ A rapprocher de Cass. Civ. 1ère, 17 juillet 1990, J.C.P., 1991, II, 21674 note G. Paisant, qui décide que viole l'article 1150 du Code civil, le juge déclarant nulle une clause limitant la responsabilité du laboratoire au coût de remplacement des pellicules égarées, dès lors que le client avait la possibilité, au moment de l'envoi des films et moyennant paiement d'une somme supplémentaire, d'opter pour une indemnisation non-forfaitaire.

d'un abus de puissance économique. A défaut de procéder à une telle analyse, on risque de tomber dans l'erreur consistant à croire que « *ce n'est plus la disproportion des prestations qui caractérise l'excès, c'est l'inégalité des situations* »³²²⁰. En vérité, c'est les deux ! C'est parce qu'un contractant bénéficie d'une puissance économique significative, sur les plans patrimonial, commercial ou informationnel, qu'il peut imposer à son partenaire incomparablement plus faible, une disproportion manifeste des prestations, sans véritable contrepartie. Mais comme toujours en droit, établir une règle de fond est une chose, déterminer les règles de preuve permettant d'invoquer cette règle de fond en est une autre.

b - La charge de la preuve du lien de causalité

675 . En matière de responsabilité civile, le problème causé par la causalité a pu être qualifié d'insoluble³²²¹. Il est vrai que les situations de fait sont le plus souvent complexes, et il est bien difficile de déterminer, entre plusieurs antécédents, lequel a été la cause certaine et directe d'un dommage. Il en est de même pour l'abus de puissance économique. Il sera difficile de prouver le lien direct et certain qui rattache un déséquilibre global ou partiel entre les prestations contractuelles réciproques d'une part, et un déséquilibre de puissance économique symétrique entre les parties d'autre part. Si la charge de la preuve de ce rapport de cause à effet pèse sur la partie économiquement faible, force est de reconnaître qu'elle se trouve, alors, dans une position relativement inconfortable. Certes elle est demanderesse à l'action, et à ce titre elle supporte la charge de la preuve³²²², mais rappelons qu'elle doit déjà rapporter la preuve du double déséquilibre manifeste et parallèle qui affecte la puissance économique respective des parties et les prestations contractuelles. Or, il faut avouer que lorsque cette double preuve est rapportée, il existe de fortes chances pour qu'un lien de causalité unisse ces deux types de déséquilibres. N'est-il pas alors logique d'inverser la charge de la preuve du lien de causalité et de présumer son existence ?

676 . Reprenons le parallèle avec le droit de la responsabilité civile. Il est fréquent que le juge, dans ce domaine, se contente d'une « *preuve assez élémentaire* » du lien de causalité, pour, en fait, renverser le fardeau de la preuve en laissant au défendeur la possibilité de démontrer que le rapport causal fait défaut³²²³. Il s'agit, pour le juge, de faire jouer le mécanisme des présomptions de fait, « *abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat* »³²²⁴, lorsqu'il existe des indices graves, précis et concordants. En matière de responsabilité contractuelle, l'article 1147 du Code civil instaure une présomption de causalité, en imposant au débiteur, défendeur au procès, de justifier que « *l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée* ». La jurisprudence a d'ailleurs étendu cette règle à la responsabilité délictuelle afin d'améliorer la situation procédurale de la victime demanderesse³²²⁵.

677 . Par analogie, il est souhaitable de transposer ce mécanisme de présomption de lien de causalité à l'abus de puissance économique. Si l'économiquement faible a réussi à prouver d'une part l'inégalité de puissance économique entre les contractants, et d'autre part la dissymétrie des valeurs des prestations réciproques, il est fortement probable que l'un soit la cause certaine et directe de l'autre. Pour sa défense, le cocontractant économiquement puissant pourra, d'abord,

³²²⁰ E. Agostini, *De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice*, Dalloz, 1994, chron.235.

³²²¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°117.

³²²² *Actori inumbit probatio*, cf. art. 1315 C. civ. et art. 9 ncp.

³²²³ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°820.

³²²⁴ Art. 1353, C. civ.

³²²⁵ J. Carbonnier, op. cit., n°214; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°563.

contester l'existence de l'un ou des deux déséquilibres sus-cités. Par exemple, il est possible qu'un contrat présente un déséquilibre global dans les droits et obligations fondamentaux, mais s'il n'existe aucun déséquilibre de puissance économique entre les parties, l'abus n'est pas constitué. Dans cette hypothèse, on peut penser que l'une des parties a accepté un contrat déséquilibré uniquement en raison des difficultés de trésorerie qu'elle connaît. L'économiquement puissant pourra, ensuite, établir, que le déséquilibre de puissance économique existant entre les parties n'est pas la cause directe et certaine du déséquilibre, global ou partiel, dont il bénéficie au titre des droits et obligations réciproques. Il devra alors apporter la preuve qu'une raison autre que l'inégalité de puissance économique justifie cette dissymétrie. On rejoint donc l'opinion de M. Calais-Auloy qui, en droit de la consommation, estime que l'avantage excessif fait présumer l'abus de puissance économique³²²⁶. S'agissant de la répression de l'abus de puissance économique en dehors du droit de la consommation, l'abus est présumé si l'on est en présence du double déséquilibre manifeste et symétrique que nous avons eu l'occasion de décrire³²²⁷. Mais cette précision n'ajoute rien à l'opinion de M. Calais-Auloy, puisque, selon nous, la qualité de consommateur fait présumer l'état de faiblesse économique par rapport au professionnel³²²⁸. Ainsi, l'extension à tous les contractants de la notion d'abus de puissance économique peut parfaitement s'inspirer du système de répression des clauses abusives imposées par les professionnels aux consommateurs, tel que prévu par le Code de la consommation. Du moins, cette analogie est-elle valable pour le déséquilibre partiel, c'est-à-dire celui qui porte sur les clauses et obligations accessoires, ou annexes, imposées à l'économiquement faible. S'agissant du déséquilibre global, il convient d'aborder un problème supplémentaire, celui de la détermination de la valeur des prestations fondamentales réciproques.

2/ LA DEFINITION DE LA NOTION DE VALEUR

678. La constatation d'abus de puissance économique qui se traduit par un déséquilibre global, passe nécessairement par l'appréciation de la valeur des prestations réciproques³²²⁹. Ici, il convient de distinguer l'obligation fondamentale de l'obligation caractéristique³²³⁰. Tandis que celle-ci n'est que très rarement une obligation monétaire³²³¹, celle-là, en revanche, revêt le plus souvent cette nature. En effet, mise à part quelques rares exceptions³²³², l'ensemble des contrats synallagmatiques, et des contrats unilatéraux à titre onéreux³²³³, contient une obligation monétaire qui vient en contrepartie d'une obligation de faire, de ne pas faire, ou de donner. Cette omniprésence de la monnaie s'explique par sa fongibilité absolue qui lui confère un « *pouvoir d'achat indifférencié* »³²³⁴. La quasi intégralité des problèmes posés par l'abus de puissance économique, lorsqu'il entraîne un déséquilibre global, se résumera à la nécessaire comparaison entre la valeur d'une prestation fondamentale d'une part, et la somme d'argent contractuellement fixée en contrepartie d'autre part. La détermination de la valeur d'une prestation revient donc, dans l'échange au sens économique, à rechercher si elle est équivalente au prix stipulé. Mais dans cette recherche, la notion de valeur paraît être une source d'incertitude. En effet, au vu de l'histoire

³²²⁶ Cf. supra n°670.

³²²⁷ Cf. supra n°593 et suiv.; 647 et suiv.; et infra n°731 et suiv.

³²²⁸ Sur le caractère simple de cette présomption, cf. supra n°626 et suiv.

³²²⁹ Outre la preuve de l'existence d'un lien de causalité.

³²³⁰ Sur le rapprochement de ces deux notions, cf. supra n°655 et suiv.

³²³¹ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°311, et *Les contrats spéciaux*, n°11.

³²³² Le contrat d'échange entendu au sens strict, art. 1702 C. civ.

³²³³ Le prêt à intérêt, le dépôt salarié.

³²³⁴ J. Carbonnier, *Les biens*, n°9 : « *Tout, dans notre civilisation juridique, s'exprime en monnaie, tout vaut tant (tout, sans doute sauf l'essentiel, mais vous ne pourrez obtenir l'essentiel que parce que tout le reste peut être obtenu par de l'argent)* ».

doctrinale, notamment en sciences économiques, il vaudrait mieux parler de définitions de la valeur tant ce concept manque d'homogénéité³²³⁵. Pourtant et au-delà de l'apparence de diversité, il semble que la valeur soit un facteur explicatif de nombreux problèmes qui se posent actuellement en droit positif. Elle est alors, pour le juriste, une source de compréhension qui débouche sur le choix d'une sanction souhaitable et efficace de l'abus de puissance économique.

a - Les notions de valeur, sources d'incertitude

679. La doctrine s'est appuyée sur les incertitudes de la notion de valeur pour justifier l'exclusion, en droit positif, de la lésion et de l'erreur sur la valeur. Tarde expliquait, au début du siècle, que la valeur n'est qu'une « *opération de l'esprit, une projection de nous-mêmes sur les choses. Elle est précisément un mélange de foi et de désir, la foi en l'aptitude d'une chose à satisfaire notre désir; et cette foi ou croyance et ce désir comportent d'infinis degrés. Par suite la valeur n'est que le reflet d'un état de conscience où les croyances et les désirs se combinent et s'ajoutent suivant des gradations innombrables. Les éléments de la valeur sont non pas dans les qualités des choses, mais dans les conditions de notre esprit* »³²³⁶. Or si la notion de valeur est à ce point relative et subjective, toute recherche d'une valeur véritable est vaine³²³⁷. Compte tenu des incertitudes inhérentes à la notion de valeur, de nombreux auteurs estiment que le droit n'a pas à se préoccuper des équivalences ou des déséquilibres contractuels. Il faut avouer que l'histoire doctrinale de la notion de valeur leur donne en partie raison. Aristote est le premier penseur à s'être penché sur le problème de la définition de la valeur. A propos des développements qu'il consacra à la justice commutative et à l'équilibre dans les échanges, le philosophe définissait la valeur par la quantité de travail fournie³²³⁸. La quantité d'argent donnée en échange d'une chose, n'est que la traduction de cette valeur-travail, la monnaie étant « *une sorte d'intermédiaire qui sert à apprécier toutes choses en les ramenant à une commune mesure* »³²³⁹. Saint Thomas d'Aquin, qui sur de nombreux points a prolongé la pensée d'Aristote, s'est servi de la notion de valeur pour élaborer sa théorie du « *juste prix* ». Dans la *Somme Théologique*, il écrit que « *vendre une marchandise plus chère ou l'acheter moins chère qu'elle ne vaut est de soi injuste et illicite* »³²⁴⁰. Mais plus loin, Saint Thomas reconnaît que si un acheteur a grandement besoin d'un objet, il peut être légitime pour le vendeur de vendre l'objet à un prix supérieur à sa valeur. On reconnaît, là, la position de Saint Thomas qui approuvait le comportement du marchand d'Alexandrie qui profitait de la famine de Rhodes pour vendre son blé plus cher, en n'avertissant pas les Rhodiens de l'arrivée prochaine de navires remplis de vivres³²⁴¹. Cependant, la théorie du juste prix ne donne pas une définition précise de la valeur, ce qui est de nature à en limiter fortement la portée.

³²³⁵ Demontès : « *il n'y a pas une valeur, il n'y a que des valeurs* », in *Le fondement juridique de la lésion*, Rev. Crit. Leg. et jur., 1924, 37 et suiv. et 161 et suiv.; *Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats*, in *Etudes Capitantes*, 1939, p.171 et suiv.; *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1924.

³²³⁶ Tarde, *L'idée du juste prix*, Paris, 1906, cité par M.A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Dalloz, 1961, p.27.

³²³⁷ Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, 1934, n°251, par Lagarde, cité par J. Carbonnier, *Les obligations*, n°81.

³²³⁸ *Ethique à Nicomaque*, Livre V, chap. V, 8 : « *Prenons, par exemple, un architecte A, un cordonnier B, une maison C, une chaussure D. Il faut que l'architecte reçoive du cordonnier le travail de celui-ci, et qu'il lui donne en échange le sien* ».

³²³⁹ Op. cit., 14 : pour Aristote, la monnaie participe à la création d'un lien social : « *Car, s'il n'y avait pas d'échanges, il ne saurait y avoir de vie sociale; il n'y aurait pas d'avantage d'échange sans égalité, ni d'égalité sans commune mesure* ».

³²⁴⁰ *Somme théologique, La justice*, t.III, quest. 77, art. 1er.

³²⁴¹ Op. cit., quest. 77.

680 . Il faut attendre 1662 pour trouver, sur cette question, un véritable approfondissement de la pensée aristotélicienne³²⁴². Cette année là, Sir William Petty, dans son *Traité de taxes et contributions*³²⁴³ avance l'idée selon laquelle la valeur des choses dépend de la quantité de travail dépensé pour leur production. « *La cherté et le bon marché naturels dépendent du plus ou moins grand nombre de bras requis pour les produits nécessaires à la vie : le blé, par exemple, est meilleur marché là où un homme peut en produire pour dix que là où il ne peut en produire que pour cinq* »³²⁴⁴. Cette conception de la valeur est d'une étonnante modernité, car elle permet d'expliquer les difficultés économiques causées aujourd'hui par la délocalisation de la production dans les pays où la main d'oeuvre est peu chère d'une part, et, par la baisse des prix des produits agricoles due aux gains de productivité et à la surproduction d'autre part. J. Locke reprendra l'analyse de Petty en écrivant que « *c'est le travail qui établit une différence de valeur entre les choses* »³²⁴⁵. Mais, Locke prendra par la suite le contre-pied de la notion de valeur-travail. En 1691, il publie un ouvrage, intitulé *Considérations sur l'abaissement de l'intérêt et l'élévation de la valeur de la monnaie*, dans lequel il rattache la valeur aux notions de rareté et d'utilité. On reconnaît ici l'empirisme de Locke³²⁴⁶ qui, plutôt que de se préoccuper de l'équivalence très théorique entre la valeur du travail ayant permis de produire un bien et le prix de celui-ci, préfère se fonder sur l'expérience des marchés monétaires, sur lesquels la confrontation de l'offre et de la demande fixe un « *taux naturel* » de l'intérêt de l'argent.

681 . En 1776 paraît l'ouvrage d'Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*. Pour la première fois, une véritable théorie de la valeur va être édictée³²⁴⁷. Cette théorie part de l'élimination de l'erreur commise par les physiocrates, Quesnay au premier chef, qui pensaient que le travail industriel était stérile, insusceptible de produire de la valeur³²⁴⁸. Smith, au contraire, estime que le travail, qu'il soit agricole, commercial ou industriel, est source de richesse. En réalité, tout dépend de la division de celui-ci. Partant du principe que la division du travail est la source de la richesse des nations, il développe l'idée que cette division s'explique par les échanges entre individus, ce qui l'amène à poser le problème de la valeur des biens en fonction de l'échange sur le marché. Smith peut alors distinguer deux acceptions de la valeur : la valeur d'échange et la valeur d'usage. « *Il faut observer que le mot valeur a deux significations différentes; quelques fois il signifie l'utilité d'un objet particulier, et quelque fois il signifie la faculté que donne la possession de cet objet d'acheter d'autres marchandises. On peut appeler l'une, valeur en usage, et l'autre, valeur en échange* »³²⁴⁹. Rompant avec la conception aristotélicienne de la valeur, Smith précise que la valeur d'échange n'a plus, dans notre société, de lien direct avec la quantité de travail fournie et les coûts de production engagés³²⁵⁰. En effet la valeur d'échange ne peut se limiter aux coûts de production, car il faut intégrer le profit du capital qui ne peut en aucun cas être assimilé à une rémunération du travail. Cependant, il déclare que le prix normal de chaque objet correspond finalement à la quantité de travail que l'on peut « *acheter* » avec cette chose³²⁵¹, ce qui paraît être une évidence.

³²⁴² Auparavant seuls Locke, dans son second essai, et Ibn Khaldoun au XIX^{ème} siècle avaient abordé superficiellement le problème de la valeur, cf. H. Denis, *Histoire de la pensée économique*, p.139.

³²⁴³ In *Oeuvres économiques de Sir William Petty*, trad. Franç., Paris, 1905.

³²⁴⁴ Op. cit., p.107.

³²⁴⁵ J. Locke, *Second essai sur le gouvernement*, cité par H. Denis, op. cit., p.140.

³²⁴⁶ *Histoire de la philosophie*, t.II, Bibliothèque de la Pléiade, p.602 et p.624 et suiv.

³²⁴⁷ H. Denis, op. cit., p.191.

³²⁴⁸ H. Denis, op; cit., p.162.

³²⁴⁹ A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, trad. franç., Paris, 1843, I, p.35.

³²⁵⁰ Op. cit., p.66 et suiv.

³²⁵¹ H. Denis, op. cit., p.195.

682 . Contrairement à Smith, David Ricardo considère que la valeur des choses dépend du coût du travail dépensé pour les fabriquer³²⁵². Pour lui, le prix normal est l'expression de la quantité de travail contenue dans la marchandise. Par conséquent, « *si c'est la quantité de travail fixée dans une chose qui règle sa valeur échangeable; il s'ensuit que toute augmentation dans la quantité de ce travail doit nécessairement augmenter la valeur de l'objet auquel il a été employé; et de même que toute diminution du même travail doit en diminuer le prix* »³²⁵³. Cependant, on constate en pratique que les prix des biens peuvent subir des fluctuations indépendantes des quantités et du coût du travail, si bien que la valeur d'échange ne semble pas être en adéquation parfaite avec les coûts de production. Pour répondre à cette objection Ricardo avance l'hypothèse que la valeur de la monnaie varie elle aussi en fonction de la quantité de travail nécessaire à la production du métal qui sert à la fabriquer³²⁵⁴. Surtout, il intègre, contrairement à Smith, les profits du capital dans le prix des biens. Or, ces profits sont proportionnels au montant des capitaux nécessaires à la production de chaque bien. Donc, les prix des biens varient en fonction d'une part du coût du travail et d'autre part du taux de profit. Mais dans ce cas, la proportionnalité des profits aux capitaux investis, et non au travail effectué, infirme la loi de la valeur d'échange énoncée par Ricardo³²⁵⁵.

683 . Marx tentera de résoudre cette contradiction, tout en reprenant, sur de nombreux points, la théorie ricardienne de la valeur. Il fera même de la notion de valeur « *la clé de compréhension* » du système capitaliste fondé sur l'exploitation des prolétaires par les propriétaires du capital, ces derniers « *expropriant* » les premiers de la plus « *plus-value* »³²⁵⁶. En effet, Marx explique qu'une marchandise possède à la fois une valeur d'usage et une valeur d'échange. Pour expliquer la non proportionnalité des profits par rapport au travail dépensé pour la production du bien, Marx avance l'idée que le travail est « *acheté* » par les capitalistes à sa valeur d'échange, c'est-à-dire égale au temps de travail nécessaire à la production des moyens de subsistance du salarié. Or, le travail, incorporé dans le bien produit, est « *revendu* » à sa valeur d'usage, qui inclut une survaleur, car la force de travail est « *source de plus de valeur qu'elle n'en possède elle-même* »³²⁵⁷. A la suite de cette analyse, force est de constater l'opposition irréductible existant entre la valeur d'usage et la valeur d'échange. Le problème de la définition de la valeur semble donc insoluble, même si, de façon judicieuse, M. Denis propose de considérer ces deux notions comme les deux facettes d'une seule et même réalité, en application de la dialectique hégélienne selon laquelle toute réalité est faite de l'unité, de la synthèse, de deux termes contraires³²⁵⁸.

684 . La théorie de la valeur va franchir une étape de plus dans son évolution avec William Stanley Jevons. En rejetant dos à dos les notions de valeur d'échange et de valeur d'usage, Jevons a proposé de définir la valeur comme l'utilité marginale des biens³²⁵⁹. Cet économiste anglais a fondé son raisonnement sur le constat que la valeur des biens ne peut trouver sa cause dans le travail car celui-ci précède d'un long intervalle de temps le moment où le bien est consommé. Ensuite Jevons élabore une théorie marginaliste de la valeur selon laquelle le consommateur de biens tend normalement à se procurer des quantités de ces biens telles que les rapports des « *degrés finals d'utilité* » des marchandises soient égaux aux rapports de leur prix³²⁶⁰. C'est la loi de la proportionnalité des utilités marginales au prix des produits³²⁶¹. Mais tout le problème réside dans la

³²⁵² D. Ricardo, *Principes de l'économie politique et de l'impôt*, trad. franç., Paris, 1970, p.15.

³²⁵³ Op. cit., p.15.

³²⁵⁴ H. Denis, op. cit., p.314.

³²⁵⁵ En ce sens, H Denis, op. cit., p.318.

³²⁵⁶ H. Denis, op. cit., p.418.

³²⁵⁷ K. Marx, cité par P. Didier, *Droit commercial*, t.1, p.203.

³²⁵⁸ Op. cit., n°424.

³²⁵⁹ W.S. Jevons, *The theory of political economy*, 1871, p.132, cité par H. Denis, op. cit., p.475 et suiv.

³²⁶⁰ H. Denis, op; cit., p.476.

³²⁶¹ Op. cit. : « *supposons que le prix d'un litre de vin soit de 4 Fr. et que le prix d'un kilogramme de pain soit de 1 Fr. Les quantités de vin et de pain achetés par un individu doivent être telles que le rapport des utilités marginales des*

définition de l'utilité marginale. Jevons s'en est aperçu et a eu recours, pour ce faire, à la notion de travail : « *le travail détermine l'offre et l'offre détermine le degré d'utilité qui gouverne la valeur ou le rapport d'échange* »³²⁶². A la même époque, Menger écrira que « *la valeur d'une unité du stock disponible d'un bien pour un individu est égale à l'importance attachée à la satisfaction la plus faible obtenue grâce à une unité de la quantité totale du bien* »³²⁶³.

685 . Prolongeant le raisonnement marginaliste Léon Walras reprend à son compte la notion d'utilité marginale en la complétant par celle de rareté de biens. Il pose le postulat que « *la rareté est la cause de la valeur d'échange* »³²⁶⁴. Or pour Walras, les « *raretés* » des biens sont les utilités marginales de ceux-ci. Mais M. Denis a justement relevé que cette proposition n'explique ni les rapports d'échange, ni ne donne une définition claire et précise de la valeur d'échange³²⁶⁵. Ce constat d'échec va être effectué par les néoclassiques. Ceux-ci, influencés par les mathématiciens déclarent « *qu'il est absurde de rechercher la cause de la valeur* »³²⁶⁶. Ainsi, Pareto estime que l'on peut déclarer désormais que tout individu qui cherche la cause de la valeur montre par là qu'il n'a rien compris au phénomène synthétique de l'équilibre économique³²⁶⁷. En réalité, la valeur des choses dépend d'une multitude de facteurs tels que l'utilité, les désirs des consommateurs, les coûts de production, la rareté, le niveau des salaires, des taux d'intérêt et des profits, les prix des autres marchandises, etc. La valeur ne peut donc être déterminée que par la méthode du faisceau d'indices, en pondérant ceux-ci en fonction des circonstances. Parfois, la valeur d'usage primera sur la valeur d'échange. Il en est ainsi pour déterminer la valeur de remplacement d'une machine ancienne, qui a une faible valeur vénale, mais qui rend encore de grands services à l'entreprise. A l'intérieur de la valeur d'échange, il conviendra de distinguer, selon les circonstances, la valeur à neuf ou la valeur liquidative. S'agissant de l'évaluation des entreprises, le problème se complique par la référence à des concepts spécifiques, tels que le *goodwill*, la valeur boursière ou la valeur de rendement.

686 . Arriver à une conception aussi incertaine de la valeur, après tant de débats théoriques, inciterait à conclure à l'inexistence, ou à tout le moins à l'inutilité, de cette notion. Néanmoins, il est fortement exagéré de déduire de l'existence de plusieurs thèses sur la valeur, fussent-elles antinomiques, l'absence de fondement rationnel de ce concept. En effet, dans le domaine juridique, pourrait-on affirmer que la notion de causalité n'a aucun fondement rationnel au seul motif qu'il existe plusieurs thèses contradictoires et, qu'en pratique, il est difficile d'en donner une définition simple et homogène? Complexité et rationalité ne sont pas incompatibles; au contraire il est fréquent de constater qu'ils vont souvent de pair, car sans complexité la compréhension d'une réalité est illusoire.

b - La valeur, source de compréhension

687 . Une définition synthétique de la notion de valeur est donnée par Mme Flouzat : « *la valeur est la qualité d'un bien ou d'un service fondé sur son utilité subjective ou sur la quantité de facteurs*

deux biens soit égal à 4, ce qui signifie que l'utilité marginale du vin doit être quatre fois plus grande que l'utilité marginale du pain ».

³²⁶² Cité par H. Denis, op. cit., p.480.

³²⁶³ Cité par H. Denis, op. cit., p.486.

³²⁶⁴ Léon Walras, *Economie politique pure*, Paris, 1926, p.102.

³²⁶⁵ H. Denis, op. cit., p.497.

³²⁶⁶ H. Guitton et D. Vitry, op. cit., n°398.

³²⁶⁷ W. Pareto, *Manuel d'économie politique*, p.426.

nécessaires à sa production (valeur-travail) »³²⁶⁸. Cette définition s'inspire directement des travaux de Marshall, qui ont permis de faire la synthèse entre, d'une part, la théorie classique qui fonde la valeur sur le coût de production (théorie objective de la valeur) et, d'autre part, la théorie marginaliste qui explique le prix d'un bien par son utilité à la marge (théorie subjective de la valeur). Au début du XX^{ème} siècle Marshall a montré que la demande d'un bien est fonction de son utilité, tandis que l'offre est fonction de son coût. La valeur d'un bien, à travers le prix, résulterait donc de la confrontation de ces deux logiques. Il a affiné cette analyse en distinguant la formation des prix en courte période et en longue période. En courte période, la primauté est donnée au rôle de la demande, et donc à l'utilité. En effet, dans cette hypothèse, la capacité productive des firmes reste obligatoirement constante, celles-ci ne pouvant utiliser que les équipements existants et augmenter leur production qu'en accroissant le nombre des salariés. En outre, la plupart des biens sont, en courte période, déjà produits ou en cours de fabrication, si bien que les entreprises n'ont d'autre choix que de les écouler sur le marché. Elles sont donc soumises aux exigences de la demande, dont la quantité se détermine en fonction de l'utilité des biens. Au contraire, en longue période, les entreprises disposent du temps nécessaire pour augmenter leur capacité de production par l'investissement. Or, la loi du marché et de la concurrence, qui impose un impératif de rentabilité à moyen et long terme aux entreprises, n'autorise pas un producteur à fabriquer un bien si le prix de vente sur le marché ne couvre pas, au moins, ses coûts totaux de production. Dans ce cas, le primat est donné aux coûts de production dans la détermination de la valeur des biens.

688 . A l'instar de Marshall, les juristes ont intérêt à appréhender la notion de valeur sous ses diverses formes. En matière de responsabilité civile, le choix entre les différentes définitions de la valeur est souvent effectué par le juge qui doit, selon les circonstances, privilégier la valeur vénale ou d'utilité, de remplacement ou de reconstruction, la valeur à neuf ou affecter d'un coefficient de vétusté etc.³²⁶⁹. S'agissant de l'appréciation de la valeur de la prestation non monétaire, afin de la comparer avec le montant de l'obligation monétaire, le juge utilisera la définition de la valeur qu'il estimera la plus adéquate pour chaque cas d'espèce. Mais il faut préciser que, dans une économie libérale et concurrentielle, il faut, par principe, privilégier la valeur de marché. C'est notamment l'opinion de M. Carbonnier qui, en réponse aux objections tirées de la subjectivité et de l'irrationalité de la notion de valeur, explique que « *dans une économie de marché, il y a une valeur objective qui est la valeur vénale* »³²⁷⁰. Il convient néanmoins, pour retenir comme valable cette proposition, que le marché auquel on se réfère pour déterminer la valeur vénale d'un bien ou d'un service, soit suffisamment concurrentiel. En effet, dans l'hypothèse d'un monopsonne, ou d'un oligopsonne, les prix auront tendance à diminuer plus que la normale, tandis que dans celle d'un oligopole, ou d'un monopole, ils auront tendance à augmenter anormalement. Ainsi, un monopoleur qui impose à ses contractants des prix anormalement élevés par rapport aux coûts de production et à l'utilité réelle des biens ou services, ne peut se prévaloir de la valeur vénale fixée par le marché qu'il contrôle intégralement.

689 . En matière de déséquilibre entre les prestations réciproques, la valeur d'utilité est une notion extrêmement intéressante pour appréhender l'obligation d'information³²⁷¹. Dans la partie de

³²⁶⁸ D. Flouzat, *Economie contemporaine*, t.1, *Les fonctions économiques*, p.569.

³²⁶⁹ Cf. J.L. Bergel, *Valeur de comparaison et valeur de raison*, Rev. Dt. Imm., 1986, n°135; J.F. Barbiéri, *Juris. Class. Civ.*, Fasc.203; la jurisprudence se sert volontiers de la valeur vénale comme base d'indemnisation de la destruction ou de la détérioration d'un bien normalement destiné à la vente; cf. Cass. Com., 11 juillet 1983, Bull. Civ. IV, n°216; elle privilégie la valeur à neuf diminuée d'un coefficient de vétusté lorsque le bien, qui n'était pas destiné à la vente, peut être trouvé facilement sur le marché de l'occasion, cf. Cass. Civ., 27 octobre 1947, Dalloz, 1948, 55; en revanche, lorsqu'il s'agit de remplacer un bien détruit, en l'absence de marché d'occasion, il faut prendre en compte la valeur de remplacement sans déduction de la vétusté, cf. Cass. Civ. 2^{ème}, 16 décembre 1970, Bull. Civ. II, n°346.

³²⁷⁰ J. Carbonnier, *op. cit.*, n°81.

³²⁷¹ Cf. *infra* n°760 et suiv.; 803 et suiv.

sa thèse consacrée à l'analyse économique du droit, Mme Fabre-Magnan rappelle que le contrat est « *un instrument des utilités individuelles* »³²⁷². C'était déjà l'opinion de Pothier lorsqu'il écrivait que « *s'obliger à faire quelque chose c'est s'obliger à le faire utilement* »³²⁷³. Cet adage, appliqué à l'obligation d'information dans les contrats, permet de comprendre que celle-ci a une valeur d'utilité. Mme Fabre-Magnan observe très justement que « *l'élément matériel de l'obligation d'information dans les contrats est (...) ce que l'on peut appeler un fait pertinent, c'est-à-dire (...) utile pour le cocontractant* »³²⁷⁴. En d'autres termes, le créancier de l'obligation d'information qui est aussi le plus souvent créancier de l'obligation non monétaire, attend une utilité de la transmission du contenu de l'information. Celle-ci va lui permettre de jouir utilement du bien ou du service qu'il a payé.

Mais l'information n'est pas seulement une valeur économique parce qu'elle est source d'utilité, elle l'est aussi parce qu'elle a un coût. Il est en effet indiscutable aujourd'hui que, contrairement aux postulats classiques et néoclassiques de transparence du marché et de perfection de l'information, les agents économiques doivent engager des frais pour acquérir les informations qui leur sont utiles pour connaître les données du marché ou les caractéristiques d'un produit, et plus généralement pour arbitrer pertinemment entre différents choix possibles³²⁷⁵. Cette valeur de l'information, qui revêt une double nature de coût et d'utilité, permet de prendre conscience de la nécessité de comparer les droits et obligations des parties, en intégrant l'obligation d'information qui peut éventuellement peser sur l'un des contractants. Par exemple, pour comparer la valeur des prestations réciproques dans un contrat de vente, il conviendra de mettre en équivalence le prix d'achat d'une part, et la valeur de la chose vendue avec les informations utiles qui doivent être transmises d'autre part. Si une obligation d'information pesait sur le vendeur et que celui-ci s'est contenté de livrer la chose objet du contrat, sans transmettre à l'acheteur le contenu des informations pertinentes permettant une utilisation satisfaisante, tels que le mode d'emploi, les recommandations ou les contre indications, les intérêts de ce dernier seront alors lésés en raison du déséquilibre manifeste entre les valeurs des prestations réciproques.

690 . En plus de l'information, la notion de valeur permet de mieux comprendre l'importance de la durée en droit des obligations. Planiol écrivait, au siècle précédent, que « *la durée d'exécution fait corps avec l'objet du contrat dont elle est un des éléments* »³²⁷⁶. Cette analyse est clairvoyante, car avec le développement du secteur tertiaire le temps est devenu une valeur économique de premier ordre. Sénèque déjà, dans ses propos sur la brièveté de la vie, qualifiait le temps de bien incorporel de grande valeur³²⁷⁷. Plutôt qu'un bien, le temps doit être qualifié selon Kant, tout comme l'espace, de « *cadre a priori* » de la perception du monde, de réalité empirique dans laquelle se loge l'activité humaine³²⁷⁸. C'est forcément à l'intérieur de ce cadre spatio-temporel que l'activité humaine crée des valeurs économiques. Eu égard à l'incertitude inhérente au monde des affaires, la maîtrise du temps, par la fixation de la durée des contrats, est un atout déterminant. Dans le domaine de la distribution, par exemple, un contrat aura d'autant plus de valeur que sa durée sera longue, à condition toutefois de procurer aux contractants une rentabilité satisfaisante. Le droit fiscal qualifie de valeur susceptible d'être inscrite à l'actif du bilan le contrat de distribution qui

³²⁷² De l'obligation d'information dans les contrats, n°70 et suiv.

³²⁷³ Cité par M. Fabre-Magnan, op. cit. n°73.

³²⁷⁴ Op; cit., n°170; cf. également B. Petit, *Obligation d'information*, Juris. Class. Civil, Art. 1136 à 1145, Fascicule 50, n°43.

³²⁷⁵ Cf. supra n°546 et suiv.

³²⁷⁶ Dalloz, 1863, p.248.

³²⁷⁷ In *Les stoïciens*, Bibliothèque de la Pléiade, p.695 et suiv., et n°VIII, p.703.

³²⁷⁸ E. Kant, *Critique de la raison pure*, 1ère partie : *L'esthétique transcendantale*; cf. *Histoire de la philosophie*, t.II, p.807 et suiv., Bibliothèque de la Pléiade : Kant considère que l'espace et le temps représentent les fonctions a priori de la raison, car ils précèdent toute expérience qui ne peut avoir lieu que dans l'espace et le temps.

permet à la partie se prévalant de cette valeur d'escompter, dès l'origine, la poursuite de son exécution pendant une assez longue période³²⁷⁹.

Ainsi, la durée d'un contrat, compte tenu de l'utilité qu'elle présente pour les parties, doit être intégrée dans l'appréciation de la valeur des prestations réciproques. Cette intégration permet de résoudre le délicat problème de l'extinction des contrats de distribution. En réalité, le problème de la motivation de la rupture de tels contrats est un faux problème³²⁸⁰. Par contre l'intégration de la durée dans l'analyse de la valeur permet, au vue des investissements imposés par le fournisseur au distributeur, de déterminer la durée normale de la convention afin de tenir compte de la durée d'amortissement de ces investissements. Nous verrons que, par ce moyen, il serait possible d'allonger éventuellement la durée de la convention lorsque celle-ci est trop courte pour amortir l'intégralité des investissements, ou au contraire, de raccourcir cette durée si elle n'était pas justifiée pour des raisons économiques, mais seulement par la volonté de lier le cocontractant économiquement faible sans contrepartie ni nécessité technique³²⁸¹.

691. En conclusion sur ces développements consacrés à la notion de valeur, il convient d'insister sur le fait que, malgré la complexité et la pluralité des acceptions, elle recèle un facteur de compréhension remarquable. La valeur est ainsi une source d'explication des concepts d'information et de durée dans les contrats. Elle est aussi un critère souple mais rationnel d'appréciation du déséquilibre global entre les droits et obligations fondamentaux contractés par les parties. Elle renvoie donc directement à la sanction naturelle du déséquilibre entre les prestations : la lésion.

SECTION II

LA SANCTION DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE

692. L'abus de puissance économique peut être appréhendé par le droit de deux façons, selon deux méthodes cumulatives. D'abord, le droit peut lutter contre les abus de puissance économiques, a priori, de façon préventive. Il s'agit alors d'empêcher les abus potentiels lorsque certaines situations les rendent fortement probables. C'est ce que fait le Code de la consommation lorsqu'il impose au professionnel, partie présumée économiquement puissante face au consommateur, des obligations de transparence, d'information ou de présentation des contrats³²⁸². La prévention peut également s'effectuer, de façon moins générale, par des dispositions spécifiques à certains contrats spéciaux, qui mettent fréquemment en présence des parties de puissance économique inégale. Dans ce cas, les contrats spéciaux viennent compléter et renforcer la protection offerte par la théorie générale³²⁸³. Par exemple, le législateur impose, dans certains contrats sensibles, des durées minimales, des facultés de rétractation, des obligations particulières d'information, ou encore des

³²⁷⁹ *Mémento Lefebvre Fiscal*, 1995, n°618; cf. supra n°429 et suiv.

³²⁸⁰ Cf. supra n°437 et suiv.

³²⁸¹ Cf. infra n°766 et suiv.

³²⁸² Cf. par exemple, Art. L. 133-2, C. Cons. : « *les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels, doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* »; Décret n°87-1045 du 22 décembre 1987 relatif à la présentation des écrits constatant les contrats de garantie et de service après-vente; L. 111-1 comportant une obligation générale d'information; L. 113-3 relatif à l'étiquetage des prix et à l'affichage des conditions particulières de vente et des limitations de responsabilité; L. 114-1 relatif à l'information sur les délais de livraison.

³²⁸³ Cf. supra n°26 et suiv.

mécanismes d'indemnisation de plein droit en cas de rupture. L'ensemble de ces dispositions est suffisamment connu pour ne pas avoir à y revenir. De même, la lutte préventive contre les abus de puissance économique peut prendre la forme d'une standardisation des contrats ou de l'ouverture d'une possibilité d'action en justice collective. La première hypothèse a été amplement développée par M. Ghestin qui a montré que, depuis quelques années, la normalisation est passée progressivement des produits au contenu des contrats³²⁸⁴.

Or, ce phénomène n'est pas l'apanage du droit de la consommation, ni des recommandations de la Commission des clauses abusives, qui, si elles n'ont pas de valeur contraignante, incitent les praticiens et les professionnels à supprimer certaines clauses trop suspectes de leur contrat. En effet, les C.C.I., l'INC ou l'AFNOR contribuent à lutter préventivement contre les abus de puissance économique en confectionnant des contrats types à l'attention des entreprises. Même dans les relations entre professionnels, le législateur prend part à ce mouvement. La loi Doubin du 31 décembre 1989 et son décret d'application du 4 avril 1991 sont un exemple de standardisation du contenu des contrats d'exclusivité³²⁸⁵. La seconde hypothèse est également très connue, pour avoir été inaugurée en droit du travail et pour être poursuivie, avec moins de succès il est vrai, en matière de consommation. Il s'agit de l'action collective. Le rôle préventif de l'action collective est extrêmement important. Plutôt que de compter sur les litiges individuels, les économiquement faibles ont grand intérêt à se regrouper et à faire pression, par le nombre, sur les économiquement puissants afin d'obtenir, avant tout procès, des concessions contractuelles générales. L'action collective peut, en réalité, revêtir deux formes : une forme extrajudiciaire, qui passe par la négociation collective, et une forme judiciaire qui se traduit par une action en justice, en dehors de tout procès individuel³²⁸⁶.

693. Sans contester l'importance pratique de la lutte préventive contre les abus de puissance économique, nous préférons centrer nos prochains développements sur la lutte *a posteriori*, la sanction proprement dite. On passe alors de l'abus potentiel de puissance économique à l'abus réel. Ce choix est commandé par la délimitation de notre sujet, qui est d'étudier comment, le droit peut prendre compte, par la théorie générale, le phénomène de la puissance économique. Or, il est clair que les principes issus de la théorie générale sont plus aptes pour appréhender, *a posteriori*, les abus de puissance économique³²⁸⁷. Cela ne signifie pas que l'existence d'une sanction *a posteriori* doit obligatoirement exclure tout système préventif. Il existe, au contraire une grande complémentarité entre les idées de prévention collective et de sanction individuelle, de telle sorte que le droit a intérêt à emprunter simultanément ces deux voies pour lutter contre les abus de puissance économique. A l'intérieur de la théorie générale, nous nous proposons d'éliminer la responsabilité civile délictuelle, domaine dans lequel l'abus de puissance économique ne présente guère de particularités par rapport à la notion de faute³²⁸⁸. Reste la matière contractuelle où l'abus de puissance économique se traduit, nous l'avons vu, par l'existence d'un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations réciproques des parties, celui-ci pouvant être global ou partiel. L'étude de la sanction de l'abus de puissance économique, ainsi défini, implique que l'on distingue entre le fondement et la nature de la sanction. Les deux paragraphes suivants seront donc consacrés à ces deux facettes de la sanction, sachant que la nature de la sanction découle naturellement du fondement choisi.

³²⁸⁴ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°80 et suiv.

³²⁸⁵ Cf. en particulier l'art. 1er du décret n°91-337 du 4 avril 1991.

³²⁸⁶ Cf. Art. L. 421-6, C. Cons. : « les associations mentionnées l'article L.421-1 peuvent demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression de clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs et dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnels à leurs membres ».

³²⁸⁷ D'où l'importance des contrats spéciaux et des actions collectives, notamment en « droit de la consommation » pour pallier les carences de la théorie générale, cf. supra n°95.

³²⁸⁸ Cf. supra n°219; 636 et suiv.

PARAGRAPHE 1 - LE FONDEMENT DE LA SANCTION DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE

694 . Les développements précédents ont montré qu'en matière contractuelle l'abus de puissance économique se rencontre essentiellement au moment de la formation du contrat, ou si l'on veut être à la fois plus large et plus précis, au moment de la formation de l'obligation³²⁸⁹. Cela ne veut pas dire que la puissance économique n'a aucune influence lors de l'exécution des contrats, mais, sur le plan juridique, cette influence ne doit pas être traitée en terme d'abus, compte tenu des caractéristiques qui sont les siennes³²⁹⁰. Par conséquent, le fondement de la sanction de l'abus de puissance économique doit logiquement être recherché dans les éléments de formation du contrat. La partie consacrée à la critique des moyens de prise en compte de la puissance économique par le droit a permis de montrer que les éléments subjectifs, la capacité³²⁹¹ et la théorie des vices du consentement³²⁹², ne pouvaient fournir un fondement adéquat et efficace pour appréhender le phénomène de la puissance économique. Il en est de même pour l'un de deux éléments objectifs de formation du contrat : l'objet³²⁹³. Reste donc, logiquement, la théorie de la cause, et plus précisément celle de la cause de l'obligation³²⁹⁴. *De lege lata*, la cause de l'obligation paraît être le fondement le plus satisfaisant. Cependant celle-ci ne s'adapte pas parfaitement aux problèmes spécifiques posés par les abus de puissance économique, ce qui nous amène à rechercher et proposer, *de lege ferenda*, un fondement plus adéquat : la lésion.

SOUS-PARAGRAPHE 1 - LE CHOIX *DE LEGE LATA* : LA CAUSE

695 . Les écrits doctrinaux consacrés à la notion de cause sont nombreux et de qualité. Notre propos n'est donc pas de présenter une synthèse de la doctrine, ni de proposer une conception originale de cette notion³²⁹⁵. Nous laisserons donc de côté le débat entre les partisans d'une conception unitaire et les partisans d'une conception dualiste de la cause. De même, seule la cause de l'obligation intéressant notre sujet, nous n'aborderons pas la notion de cause du contrat. Ainsi délimitée, la notion de cause se révèle être, après analyse, un fondement satisfaisant dans son principe, pour sanctionner efficacement et logiquement les abus de puissance économique. Mais, ce fondement comporte néanmoins des lacunes qu'il importe de ne pas ignorer. Son application révélera ses imperfections.

³²⁸⁹ Cf. M. Fabre-Magnan, op. cit., n°228 et suiv.

³²⁹⁰ Cf. infra n°751 et suiv.

³²⁹¹ Cf. supra n°222 et suiv.

³²⁹² Cf. supra n°254 et suiv.

³²⁹³ Cf. supra n°316 et suiv.

³²⁹⁴ Par opposition à la cause du contrat, qui permet de contrôler la licéité du but poursuivi par les contractants. En effet la subjectivité qu'implique la recherche des motifs n'est pas compatible avec la nécessité d'analyser objectivement les déséquilibres existant entre les droits et obligations réciproquement contractés.

³²⁹⁵ Cf. sur la cause : J. Carbonnier, op. cit., n°58 et 62 et suiv.; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°261 et suiv.; J. Ghestin, op. cit., n°813 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°492 et suiv.; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, *Les obligations*, t.1, *Les sources*; J. Maury, *La cause*, Ency. Dalloz, 1970; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°253 et suiv.; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°707 et suiv.; P. Simler, *Cause*, Juris Class. civil., Art. 1131 à 1133, Fascicule 10; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°312 et suiv.

A - UN FONDEMENT SATISFAISANT DANS SON PRINCIPLE

696. La théorie de la cause de l'obligation est un fondement satisfaisant pour sanctionner les abus de puissance économique, car elle met en avant l'idée de contrepartie. Or la contrepartie rejoint la notion d'équilibre entre les prestations. On peut dire qu'un contrat est économiquement équilibré lorsque les deux parties perçoivent chacune la contrepartie de son obligation. En exigeant, comme condition de validité du contrat l'existence d'une cause de l'obligation, l'article 1131 du Code civil fait écho à l'article 1104 al.1er qui définit le contrat commutatif comme celui dans lequel chaque partie s'engage à fournir à son partenaire l'équivalent de ce qu'elle reçoit. Cet équivalent constitue, à l'évidence, la cause de l'obligation. Par conséquent, le déséquilibre entre les prestations, qui caractérise l'abus de puissance économique en matière contractuelle, trouve dans l'idée de cause un réceptacle juridique permettant une prise en compte souhaitable de ce phénomène. Mais encore faut-il vérifier, sur le plan théorique, que la notion de cause constitue un fondement satisfaisant, ce qui ne relève pas, a priori, de l'évidence eu égard aux nombreuses conceptions doctrinales divergentes en la matière. Ce n'est qu'après avoir procédé à cette vérification que nous aborderons l'évolution contemporaine de la jurisprudence, qui est de nature à renforcer l'opinion selon laquelle la cause est utilisée aujourd'hui comme fondement juridique pour introduire plus de justice et d'équité dans les contrats³²⁹⁶.

1/ UN FONDEMENT THEORIQUE SATISFAISANT

697. Dans l'histoire, la théorie de la cause n'a pas la constance que l'on pourrait attendre d'une notion venant du droit romain. Si, aujourd'hui, elle est une « *pièce maîtresse* » du système des obligations³²⁹⁷, il n'en a pas toujours été ainsi. Le droit romain, qui ne connaissait pas le principe de l'autonomie de la volonté, n'admettait la validité du contrat que s'il se traduisait par une solennité ou la remise d'une chose³²⁹⁸. Pour pallier l'injustice que pouvait parfois engendrer cette règle, le prêteur se servit de la *causa*, c'est-à-dire de la cause efficiente, pour instaurer la *condictio*³²⁹⁹. Il ne s'agissait pas d'une action contractuelle, mais délictuelle, car même dans les contrats consensuels, il n'existait pas véritablement de lien juridique, d'interdépendance entre les obligations réciproques. Par exemple, le contrat de vente faisait naître deux actions indépendantes : l'*actio empti* et l'*actio venditi*. Mais, sur le plan délictuel, la *condictio sine causa* obligeait à restituer une chose reçue sans contrepartie, si toutefois elle avait été donnée en vue de la réalisation d'une autre prestation³³⁰⁰.

Lorsqu'au moyen-âge, les canonistes se sont servis de la notion de cause pour instaurer plus d'équité et de justice dans les contrats, la rupture avec la conception romaine était patente. Le droit canonique proclama le principe de consensualisme, ce qui impliquait un examen approfondi des

³²⁹⁶ En ce sens, M.A. Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans le conclusion du contrat*, thèse Grenoble, 1961, p.233 et suiv.; J. Ghestin, op. cit., n°60; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°205.

³²⁹⁷ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°492.

³²⁹⁸ *Ex nudo pacto non nascitur actio*.

³²⁹⁹ G. Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, thèse Paris, 1929; Y.P. Thomas, *Causa, Sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse Paris, II, 1977.

³³⁰⁰ S'agissant de la cause illicite ou immorale, le droit romain connaissait la *condictio ob turpem vel injustam causam*.

éléments du contrat sur lesquels se fonde la volonté des parties³³⁰¹. De ce principe deux conséquences découlent logiquement. D'abord, les obligations contractuelles réciproques sont unies par un lien de connexité. Ainsi, chaque obligation doit avoir pour cause l'obligation corrélatrice du cocontractant. C'est ce qu'exprime l'adage *Ex nudo pacto oritur actio nudum a solemnitate sed non nudum a causa*³³⁰². Ensuite l'équité, telle que définie par Aristote, dans son concept de justice commutative, impose une équivalence entre les obligations réciproques. Ici, la cause va servir d'instrument permettant de faire respecter l'équilibre dans le contrat. En ce sens, chaque obligation doit avoir pour contrepartie équivalente l'obligation de l'autre contractant³³⁰³. On retrouve cette conception de la cause dans les *Sentences* de Pierre Lombard qui traduisent l'idée que le contrat doit avoir une cause qui est « *le but économique que recherchait le promettant en s'obligeant* »³³⁰⁴. « *La forme donne à l'acte son existence, mais non sa validité qui dépend d'une cause naturelle* »³³⁰⁵.

698. Planiol s'est servi de cette discontinuité historique, dans le contenu de la notion de cause, pour prôner une théorie résolument anti-causaliste. Les critiques formulées par Planiol sont suffisamment connues pour se contenter de rappeler que cet auteur reprochait à la théorie classique de la cause d'être fautive, illogique et inutile³³⁰⁶. En revanche, le parallèle, entre les différentes théories causalistes et anti-causalistes d'une part, et le système économique en vigueur à chaque époque d'autre part, est extrêmement intéressant. L'idée de cause, prise dans son sens de contrepartie et d'équivalence entre les obligations contractuelles réciproques, est née dans une société féodale et essentiellement rurale, dans laquelle les échanges économiques n'avaient pas une importance vitale. Du X^{ème} au XI^{ème} siècle, « *l'activité économique n'est pas la raison d'être de la société, elle n'est pas déterminante des autres éléments* »³³⁰⁷. Certes, à partir du XII^{ème} siècle, une renaissance commerciale va s'opérer, s'appuyant notamment sur l'utilisation de la monnaie³³⁰⁸. Mais, la vie économique restera étroitement réglementée et organisée par les pouvoirs seigneurial et ecclésiastique³³⁰⁹. Dans ce cadre, la doctrine thomiste du « *juste prix* », qui ne fait que reprendre l'idée de cause-équivalence, correspondait à l'idéal chrétien de l'époque qui postulait que l'échange suppose l'équivalence entre la valeur du bien dont la propriété est transférée et le prix payé. Le Code civil va hériter de cette tradition philosophique et moraliste, héritage traduit dans les articles 1104 al.1er et 1131.

699. Mais, au début du XIX^{ème} siècle, le capitalisme et l'individualisme commencèrent à faire sentir leur influence. Celle-ci sera déterminante dans la seconde moitié du siècle avec l'essor du capitalisme et l'avènement de l'économie de marché. C'est dans ce contexte économique favorable au libéralisme et à l'individualisme que le concept de cause va être « *refoulé* »³³¹⁰. Rappelons, à ce propos, que ce n'est pas un hasard si le *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol date de 1899³³¹¹. Les articles 1104 al. 1er et 1131 du Code civil vont donc avoir tendance à s'effacer devant la « *loi*

³³⁰¹ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°259.

³³⁰² Cité par P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°502 : « *une action naît du pacte nu, nu de formalisme, mais non de cause* ».

³³⁰³ Il faut rappeler que, même pour les canonistes, la cause avait une connotation morale, cf. J. Carbonnier, op. cit., n°62; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°259.

³³⁰⁴ G. Chevrier, op. cit., p.8.

³³⁰⁵ Op. cit., p.9.

³³⁰⁶ Cf. les ouvrages généraux cités supra qui se font tous l'écho de ces critiques, ainsi que des arguments des néo-causalistes pour les réfuter.

³³⁰⁷ J. Ellul, *Histoire des institutions*, t.3, le moyen-âge, p.143.

³³⁰⁸ Op. cit., p.200 et suiv.

³³⁰⁹ Op. cit., p.221 et suiv.

³³¹⁰ R. Martin, *Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux*, J.C.P., 1983, I, 3100.

³³¹¹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1899, II, n°1037; Toutefois, M. Carbonnier cite Ernst, professeur à Liège, qui avait dès 1826, émis l'opinion que toute mention de la cause pouvait être effacée du Code civil et qu'il suffirait de dire que le contrat est parfait par le seul consentement des parties sur un objet licite.

d'airain » imposée par l'article 1134³³¹². La théorie du marché, qui postule la liberté absolue des échanges, implique un fonctionnement mécanique et abstrait des échanges, sans se préoccuper des faibles ou des déséquilibres pouvant affecter certains contrats. « *La cause est évacuée; l'acte juridique est renfermé sur lui-même; il fonctionne imperturbablement par l'effet de son propre dynamisme* »³³¹³; le tout au nom de la sécurité juridique et économie des échanges.

700. Cette position extrême n'est plus aujourd'hui admise ni admissible. La doctrine a amplement démontré que, malgré la complexité de la théorie de la cause, cette notion est juste, logique et utile. Le débat s'est déplacé, et les auteurs se divisent entre la théorie objective et la théorie subjective de la cause. La plupart distingue habituellement ces deux courants, en qualifiant le premier de classique et le second de moderne³³¹⁴. Schématiquement, le courant dit classique consiste à définir la cause comme le but en vue duquel les parties ont contracté. Domat écrivait : « *il se fait du commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour former la convention. Ainsi, l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre; et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle était sans cause* »³³¹⁵. La théorie moderne, au contraire, consiste à « *subjectiver* » la cause en intégrant les motifs ou mobiles qui ont déterminé les parties à contracter³³¹⁶. On passe de la *causa proxima* à la *causa remota*. Mais cette distinction est très artificielle, car des auteurs modernes ont vigoureusement soutenu une conception purement objective de la cause³³¹⁷. En outre, elle recoupe la distinction entre l'analyse unitaire et l'analyse dualiste de la cause, ce qui est de nature à introduire une confusion entre les problèmes liés à l'existence et ceux liés à la licéité de la cause. D'ailleurs, certains auteurs ont parfaitement vu cette ambiguïté et ont tempéré la distinction entre la conception objective, dite classique, et la conception subjective, dite moderne, en qualifiant les théories les plus marquantes, telles que celles de Capitant et de Maury, de « *subjectivisme modéré* », de « *conception mixte* »³³¹⁸ ou encore de « *conception subjective tempérée d'éléments objectifs* »³³¹⁹. En concentrant la problématique exclusivement sur la cause de l'obligation, il faut, d'abord, reconnaître la pertinence de l'analyse objective. Mais ensuite, il convient de montrer qu'une synthèse entre les conceptions objectives et subjectives est possible, et même fortement souhaitable.

a - La pertinence de l'analyse objective de la cause

³³¹² R. Martin, op. cit., n°3.

³³¹³ R. Martin, op. cit.

³³¹⁴ Retenant cette distinction : J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°261 et suiv.; J. Maury, op. cit., n°2; P. Simler, op. cit., n°12 et suiv. Nous n'aborderons pas la distinction entre l'analyse unitaire et l'analyse dualiste de la cause, puisque la cause du contrat, notion qui pose le problème de la licéité de la cause a été exclue de nos développements, cf. supra n°695.

³³¹⁵ Domat, *Lois civiles*, I, Liv.I, Tit.I, sect.1, n°5 et suiv.; pour le rapprochement entre les contrats synallagmatiques et les contrats réels unilatéraux à titre onéreux, cf. supra n°643 et suiv.

³³¹⁶ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°271.

³³¹⁷ P. Louis-Lucas, *Volonté et cause, étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, thèse Dijon, 1913; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, publié par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1965, réimpression de l'édition publiée en 1937, p.117; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.

³³¹⁸ G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°199 et 200 bis.

³³¹⁹ J. Ghestin, op. cit., n°827 et suiv.

701 . La conception purement objective de la cause, nettement minoritaire en France³³²⁰, fonde la définition du contrat sur un critère économique; la cause est alors l'expression de la valeur³³²¹. Dans l'ancien droit, Connan voyait dans la cause « *une prestation économique constituant le véritable fondement du contrat* »³³²². C'est l'idée que reprend Pothier, lorsqu'il ne définit la cause que pour les contrats intéressés³³²³, et qui sera présente dans les travaux préparatoires du Code civil³³²⁴. Après un intermède, au cours duquel la cause passe de l'économique au psychologique, Louis-Lucas l'assimile à une valeur où réside le fondement de l'obligation. « *La cause c'est un élément matériel, c'est une valeur économique qui, pénétrant d'un patrimoine dans un autre, apparaît comme la base de justice objective capable de fonder l'obligation de celui qui s'est enrichi, et d'en déterminer le montant* »³³²⁵. Afin de la distinguer de l'objet, il précise qu'elle « *est la nécessité compensatoire incluse dans une prestation* »³³²⁶. Ainsi, tandis que l'objet élément passif et inerte de l'obligation traduit l'idée d'appauvrissement du créancier, la cause, fondement actif de l'obligation, désigne l'enrichissement du débiteur³³²⁷. Systématisant sa pensée, Louis-Lucas a proposé de décomposer l'obligation en trois éléments : la volonté, qui traduit ce qu'il y a de psychologique, la cause, qui est l'élément économique, et l'ordre public qui est l'élément moral³³²⁸. La notion de cause est donc épurée, chez Louis-Lucas, de toute connotation volontaire ou psychologique. Elle n'est que l'instrument permettant de sanctionner un déséquilibre de valeur entre les prestations contractuelles réciproques. Or, cet équilibre obligatoire doit être pris en compte en dehors de toute atteinte à l'existence ou à l'intégrité du consentement.

Pour sa part, Gaudemet a adopté une conception similaire de la cause en précisant qu'il s'agit d'un « *élément qui, immédiatement du fait de son passage d'un patrimoine dans un autre, acquiert une force active capable de susciter l'obligation (...)* »³³²⁹. Il poussera même l'analyse économique du contrat plus loin, en utilisant des termes d'une étonnante modernité : « *la cause d'une obligation (...) est la valeur économique, créance ou prestation, qui accroît l'actif du débiteur, en compensant l'accroissement du passif produit par la naissance de l'obligation. (...) la cause est donc essentiellement économique et objective* »³³³⁰. Au vu de cette conception de la cause, et à travers elle du contrat, il est possible de mesurer combien ce fondement est plus apte à appréhender et sanctionner les abus de puissance économique, que les éléments subjectifs de formation du contrat. Le juge n'a plus à « *soupeser l'arrière-pensée la plus lointaine* » ni « *supputer chaque réserve mentale* »³³³¹ des parties, il lui suffira de comparer la valeur des prestations contractuelles réciproques afin de vérifier s'il existe entre elles, un équilibre. En cas de déséquilibre, et si celui-ci se double d'un déséquilibre parallèle de puissance économique entre les parties, il sera alors légitime de présumer l'abus de puissance.

³³²⁰ J. Ghestin, op. cit., n°836.

³³²¹ J.M. Poughon; *Histoire doctrinale de l'échange*, n°233 et suiv.

³³²² Connan, *Commentarium Iuris civilis libri X Lutetiae Parisiorum*, 1558, cité par J.M. Poughon, op. cit., n°234.

³³²³ Op. cit.

³³²⁴ Cf. Locre, Portalis et Bigot-Préameneu, cité par J.M. Poughon, op. cit., n°234 note 42.

³³²⁵ P. Louis-Lucas, thèse précitée; p.7.

³³²⁶ Op. cit., p.155.

³³²⁷ Op. cit., p.135.

³³²⁸ Op. cit., p.93.

³³²⁹ E. Gaudemet, op. cit., p.117.

³³³⁰ Op. cit.; voir pour une conception également économique du contrat : J.F. Overstake, *Essai de classification des contrats spéciaux*, thèse L.G.D.J., 1969, utilisant la cause, ainsi que l'objet, pour classer les contrats d'après leurs fonctions économiques, p.17 : « *Au fond, un contrat c'est généralement la transposition juridique d'une opération économique et régler un contrat c'est mettre sous la forme d'une équation juridique un problème économique* »; cf. en ce sens J.M. Poughon, op. cit., n°237 et suiv.

³³³¹ Louis-Lucas, op. cit., p.110.

702 . Cette thèse a été reprise par M. Rouhette pour appuyer sa critique de la notion classique de contrat³³³². Pour cet auteur, « *la cause apparaît comme objective en ce qu'elle ne réside pas en une représentation intellectuelle mais en une réalité matérielle* »³³³³. M. Rouhette est donc dans la droite file de Domat en précisant que, pour les contrats à titre onéreux, « *la contre partie ne tire pas sa valeur de ce qu'elle est conforme à l'intention des parties, mais de ce que celles-ci en la voulant, en la fixant, ont satisfait aux prescriptions légales (...). La cause ne tire pas sa valeur de ce qu'elle a été voulue; mais de ce qu'elle est* »³³³⁴. A l'instar de Gorla³³³⁵, M. Rouhette renoue avec la cause efficiente, la *causa civilis*. Pour ces deux auteurs, la volonté nue est inefficace pour créer une obligation. Pour être valable, un contrat à titre onéreux doit impérativement soit revêtir une forme légale donnée, soit être pourvue d'une cause, d'une contrepartie³³³⁶. Mais l'ennui avec cette conception de la cause c'est qu'elle sert d'argument à la négation du principe de l'autonomie de la volonté, et plus précisément du consensualisme³³³⁷. Tant Gorla que M. Rouhette font de la théorie objective de la cause une arme contre le dogme du consensualisme. Dans cette conception, la cause n'est pas seulement une limite posée à ce principe, elle en est la négation pure et simple. Nous avons eu l'occasion de souligner l'inanité de ce débat³³³⁸, et force de reconnaître que, par cet excès, la théorie de la cause a perdu beaucoup de l'influence qui aurait dû être la sienne en droit positif et en doctrine. En ne se contentant pas de « *l'objectiver* », mais en voulant la positionner au dessus de la volonté dans les contrats, les tenants de la théorie objective ont eux-mêmes contribué à marginaliser leur thèse. En réalité, et pour sauvegarder le précieux apport de la théorie objective, notamment avec l'idée d'équilibre et de contrepartie des prestations, il est impératif de la rendre compatible avec la théorie subjective. Ce compromis semble réaliste, car nous allons constater que les auteurs prônant une théorie subjective de la cause, reconnaissent, implicitement ou expressément, l'existence d'éléments objectifs et économiques.

b - La nécessaire synthèse des conceptions objectives et subjectives de la cause

703 . Il est habituel de présenter Capitant comme le précurseur de la théorie moderne de la cause, et le principal promoteur de la conception subjective³³³⁹. Dans son livre *De la cause des obligations*, paru pour la première fois en 1923, Henri Capitant définit la cause comme le but poursuivi par les contractants³³⁴⁰. Il conçoit donc la théorie de la cause comme un prolongement de la volonté des parties contractantes. Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation assumée par chacune des parties n'est pas l'obligation de l'autre, comme le pensait Domat, mais la représentation intellectuelle de l'exécution de cette obligation. La théorie de Capitant insiste sur deux idées : l'importance de la volonté et l'importance de l'exécution³³⁴¹. Or cette représentation intellectuelle de l'obligation du cocontractant implique de rechercher les motifs déterminants, c'est-à-dire ceux qui sont entrés dans « *le champ contractuel* »³³⁴². « *Le contrat est*

³³³² G. Rouhette, thèse précitée.

³³³³ Op. cit., n°143.

³³³⁴ Op. cit., n°152.

³³³⁵ *Il contratto*, 1955, I, § 4 et suiv. et § 22 et suiv., cité par J. Carbonnier, op. cit., n°64.

³³³⁶ Op. cit., n°154.

³³³⁷ Op. cit. n°137 et suiv.

³³³⁸ Cf. supra n°201.

³³³⁹ J. Ghestin, op. cit., n°830; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°199; P. Simler, op. cit., n°39.

³³⁴⁰ H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3ème éd., 1927.

³³⁴¹ Sur l'importance de l'existence de la contrepartie dans l'exécution du contrat, cf. infra n°797 et suiv.

³³⁴² H. Capitant, op. cit., p.23; pour une critique de la notion de motif déterminant, cf. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°33 et 35 : « *on objecte que les motifs sont multiples, qu'il est impossible de les découvrir*

essentiellement un accord de volonté, c'est l'accord de volonté qui en délimite le contenu »³³⁴³. Cette proposition est incontestable. Il est illusoire de réduire à une peau de chagrin l'accord de volonté des parties, qui reste un élément essentiel de la formation et de la validité des contrats. Cependant, on aurait tort de croire que Capitant exclut de la notion de cause toute référence objective aux éléments économiques du contrat. M. Poughon montre très bien que si Capitant place la cause sur le terrain psychologique, il lui « *accorde une racine économique, l'exécution de la prestation* »³³⁴⁴. Il cite à cet égard une formule de Capitant qui ne laisse pas place au doute : « *Dans un contrat synallagmatique, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour* »³³⁴⁵. Les idées de contrepartie et d'équivalence ne sont pas absentes de la théorie subjective de la cause. Elles le sont d'autant moins que l'équivalence et la volonté vont être rassemblées par Jacques Maury pour donner une définition unitaire de la cause.

704. Dans sa célèbre thèse, Maury a su faire la synthèse entre la conception objective et la conception subjective de la cause³³⁴⁶. Dans les contrats à titre onéreux, « *chacune des parties s'y oblige pour avoir quelque chose en retour, pour obtenir un équivalent : la considération de cet équivalent est le mobile principal, essentiel, qui fonde, qui explique la volonté de s'obliger. La cause de l'obligation consentie est l'équivalent voulu* »³³⁴⁷. Par conséquent, ce qui justifie, dans un contrat le déplacement de la valeur d'un patrimoine à un autre, ce n'est pas tant la contrepartie, comme dans la théorie objective, mais la volonté : « *la volonté est cause* »³³⁴⁸. Mais cette volonté, pour ne pas être incohérente, doit correspondre à une équivalence économique. Ainsi, la cause est formée de deux éléments, l'un objectif, l'équivalence, l'autre subjectif, la volonté au travers de laquelle est appréciée l'équivalence. En définitive, la dimension économique a, pour Maury, une importance essentielle, même si le subjectivisme tend à prendre le dessus. « *Le droit français se refuse à donner effet à la volonté individuelle abstraite, en quelque sorte à la volonté nue, il entend tenir compte uniquement de la volonté motivée, de la volonté causée (..)* »³³⁴⁹.

Pour conclure sur la théorie de Maury, il convient de souligner l'intérêt de l'apport des éléments subjectifs dans l'appréciation économique de la valeur des prestations réciproques. Nous avons vu que la définition de la valeur était constituée de multiple acceptions. Notamment, à côté de la valeur vénale qui est objectivement fixée par le marché, il y a la valeur d'utilité, toute empreinte de subjectivité. Les motifs des parties, éléments subjectifs peuvent donc être des critères déterminants de la valeur des prestations, à partir du moment où ils sont entrés dans le champ contractuel. Prenons l'exemple d'une machine automatique de production commandée par une entreprise. Celle-ci demande au fabricant de la machine, dans le cahier des charges, des rendements horaires impératifs. Si d'aventure la machine livrée ne produit pas les rendements contractuellement prévus, l'entreprise n'aura pas reçu l'équivalent voulu, alors même que, sans cette précision, la machine aurait été conforme et non viciée. En rattachant la théorie de la cause à l'idée de valeur, il est envisageable de procéder à un contrôle de l'équivalence, ou de l'inéquivalence, des prestations. C'est ce que Maury voulait suggérer lorsqu'il écrit que « *l'équivalence, c'est par définition, étymologiquement, l'égalité en valeur. Il faut donc qu'à toute obligation, pour qu'elle ait une cause*

tous, qu'il en est d'infiniment lointains. (...)Entre plusieurs motifs qui poussent un homme à contracter, il est impossible d'affirmer la prépondérance de tels motifs (...) ».

³³⁴³ Op. cit., p.23.

³³⁴⁴ J.M. Poughon, op. cit., n°235.

³³⁴⁵ H. Capitant, op. cit., p.31.

³³⁴⁶ J. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920.

³³⁴⁷ J. Maury, *Cause*, Ency. Dalloz, 1970, n°17.

³³⁴⁸ G. Marty, P; Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°201.

³³⁴⁹ J. Maury, cité par J. Ghestin, op. cit., n°832.

, *corresponde une obligation de valeur égale (...) »*³³⁵⁰. dans cette optique, M. Poughon conclut que « *le contrat n'est qu'un échange de valeurs »*³³⁵¹, ce qui laisse la porte ouverte à une appréciation de celles-ci afin de vérifier leur équilibre.

705 . La théorie de Maury a fortement influencé la doctrine du XXème siècle, notamment quant à la distinction entre l'absence de cause, ou cause de l'obligation, et la cause illicite, ou cause de contrat. Elle a notamment influencé Mme Pérot-Morel qui s'en est habilement servie pour montrer comment le droit peut arriver à maintenir l'impératif d'équilibre entre les prestations contractuelles grâce au concept de cause³³⁵². Après avoir rejeté la thèse objective de la cause, en raison de l'imprécision de la notion de valeur, Mme Pérot-Morel estime néanmoins que même la thèse subjective est susceptible de jouer « *un rôle dans le rétablissement de la justice commutative »*³³⁵³. « *Dans la recherche des procédés susceptibles de donner une solution au problème du déséquilibre contractuel, le concept le plus complexe et le plus discuté de notre droit devrait offrir un terrain particulièrement malléable »*³³⁵⁴. Combinée avec une conception extensive des vices du consentement, la théorie de la cause, entendue comme l'équivalent voulu, fournit « *une technique susceptible de jouer un rôle de premier plan dans le rétablissement et l'équilibre contractuel »*³³⁵⁵. L'évolution jurisprudentielle semble avoir donné raison à Mme Pérot-Morel, notamment lorsque le défaut d'équilibre des prestations est causé par un déséquilibre symétrique de puissance économique entre les parties.

2/ UNE EVOLUTION JURISPRUDENTIELLE SATISFAISANTE

706 . La jurisprudence a remarquablement assimilé, dans ce domaine, les propositions avancées par la doctrine. D'abord la Cour de cassation a expressément consacré la dualité fonctionnelle de la cause, selon que le problème posé renvoie à son existence ou à sa licéité. Ainsi, dans un arrêt en date du 12 juillet 1989, la première Chambre civile de la Cour de cassation explique que : « *si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acheteur ne se serait pas engagé »*³³⁵⁶. S'agissant plus précisément de la cause de l'obligation, ensuite, la Cour de cassation n'a pas renié les apports de la théorie objective. Dans de nombreuses décisions, il est possible de lire que, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation d'une partie réside dans l'obligation de l'autre, envisagée comme devant être effectivement exécutée³³⁵⁷. Par conséquent, l'idée selon laquelle la nullité pour absence de cause

³³⁵⁰ J. Maury, thèse précitée, p.117; cf. également p. 32 : « *la cause de l'obligation consentie, c'est l'équivalent voulu. (...) On peut surtout s'attacher au rôle de la volonté : c'est la valeur d'usage, l'équivalence subjective que l'on considérera; on peut, de préférence parler de l'équilibre réel, matériel des prestations : c'est l'équivalence objective, la valeur d'échange »*.

³³⁵¹ Op. cit., n°239.

³³⁵² M.A. Pérot-Morel; *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, thèse Grenoble, 1956, Dalloz, 1961, p.231 et suiv.

³³⁵³ Op. cit., p.234.

³³⁵⁴ Op. cit., p.231.

³³⁵⁵ Op. cit., p.274.

³³⁵⁶ J.C.P., 1990, II, 21546, note Dagorne-Labbé; G.P., 1991, 1, 374, note F. Chabas; Dalloz, 1991, Som. Com. 320, obs. J.L. Aubert; R.T.D. Civ., 1990, 468 obs. J. Mestre.

³³⁵⁷ Cass. Civ., 30 décembre 1941, D.A., 1942, 98; Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1988, Bull. Civ. I, n°149; Cass. Civ. 3ème, 1er mars 1989, J.C.P., 1989, IV, 161 et 176.

cache une présomption légale d'un vice du consentement, doit être absolument rejetée³³⁵⁸. Il est clair que l'absence de cause est sanctionnée en elle-même, en raison de l'absence de contrepartie à l'obligation contractée. D'ailleurs l'absence de cause et l'erreur ne se recoupent pas forcément, et il est erroné d'affirmer que la première est automatiquement le résultat de la seconde, sauf à admettre l'intention libérale ou la folie. En effet, l'abus de puissance économique est l'exemple caractéristique qui permet de distinguer ces deux situations. Une entreprise économiquement faible peut, sous la pression d'une autre économiquement puissante, être obligée d'accepter de contracter une obligation sans contrepartie. Il n'y a là aucune erreur ou violence, ni aucun dol et encore moins une intention libérale. Pourtant, il est équitable de procéder à l'annulation du contrat sur le fondement de l'article 1131 du Code civil³³⁵⁹.

L'autonomie complète de la nullité pour absence de cause paraît avoir été consacrée implicitement par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 3 juin 1994³³⁶⁰. En l'espèce la formation la plus solennelle de la Cour de cassation a refusé d'admettre l'autorité de la chose jugée d'un arrêt ayant tranché une question de réalité et de validité du consentement d'un vendeur, alors que la seconde procédure intentée par le vendeur tendait à faire prononcer la nullité de la vente en se fondant exclusivement sur le défaut de prix réel et sérieux³³⁶¹. La jurisprudence a, du reste, parfaitement compris le rôle que pouvait jouer cet article dans la lutte contre les abus de puissance économique au moment de la formation du contrat³³⁶². Dans ce cadre, les tribunaux se sont référés tant à l'absence totale de cause qu'à l'absence partielle.

a - L'absence totale de cause

707. L'article 1131 du Code civil ne prête guère à interprétation : « *L'obligation sans cause (...) ne peut avoir aucun effet* ». C'est bien d'absence totale de cause qu'il est question. La clarté de ce principe impose l'annulation des contrats synallagmatiques³³⁶³ dans lesquelles l'obligation d'une partie n'a pas de contrepartie. Ainsi, une jurisprudence ancienne annule les cessions de brevets dépourvus de nouveauté réelle³³⁶⁴. Dans ce cas, l'inventeur cédant le brevet est, sur le plan informationnel, en position dominante par rapport au cessionnaire. C'est donc par un abus de puissance informationnelle qu'il encaisse un prix sans fournir la contrepartie attendue par le cocontractant. Il en est de même pour une cession de parts sociales d'une société inexistante³³⁶⁵. On retrouve cet abus de puissance informationnelle, quoique de façon plus discutable, dans la cession à une société de télévision de l'utilisation d'une idée de jeu, sur laquelle le cédant soutenait avoir des

³³⁵⁸ En ce sens, J. Ghestin, op. cit., n°858 et 859; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°512; J. Maury, op. cit., n°155; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°208; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°330.

³³⁵⁹ Cf. supra n°254 et suiv., sur l'impossibilité d'appliquer les vices du consentement aux cas d'abus de puissance économique; sur l'intérêt à ne pas confondre l'absence de cause avec l'erreur sur la cause, cf. : J. Ghestin, op. cit., n°860; J. Carbonnier, op. cit., n°65; **Contra** : M.A. Pérot-Morel, op. cit., p.262 et suiv.

³³⁶⁰ Dalloz, 1994, 395, conclusions de M. Jéol, Premier avocat général.

³³⁶¹ La seconde action était fondée sur l'article 1591 du Code civil, mais c'est bien de défaut de cause dont il s'agit; sur ce point, cf. infra n°709.

³³⁶² Pour les déséquilibres de l'économie au moment de l'exécution du contrat, cf. infra n°797 et suiv.

³³⁶³ Ou dans les contrats unilatéraux réels et à titre onéreux, cf. pour le prêt, Cass. Civ. 1ère, 20 novembre 1974, J.C.P., 1975, II, 18109, note J. Calais-Auloy; J. Ghestin, op. cit., n°867 et suiv.; **contra** : P. Simler, op. cit., n°65.

³³⁶⁴ Cass. Req., 22 avril 1861, D.P., 1861, I, 423; Cass. Com., 3 mai 1978, D.S., 1979, 247, note J.J. Burst.

³³⁶⁵ Cass. Com., 19 décembre 1983, R.T.D. Com., 1984, 477, obs. E. Alfandari et D. Jeantin; cf. également pour une nullité d'un contrat de cession de droits incorporels lorsque l'obligation au paiement d'une indemnité d'intégration n'a aucune contrepartie réelle, les droits cédés étant dépourvus de toute valeur sérieuse, Cass. Civ. 1ère, 15 juin 1994, Bull. Civ. I, n°215; Defresnois, 1994, 1113, obs. P. Delebecque.

droits, alors que cette idée ne pouvait bénéficier, en tant que telle, de la protection de la loi du 11 mars 1957³³⁶⁶.

708. La sanction de l'abus de puissance économique, sur le fondement de l'absence totale de cause, est particulièrement caractéristique dans le contrat de franchise. Le franchisage est un contrat de distribution qui confère à un commerçant le droit d'utiliser la marque, le savoir-faire et l'assistance du franchiseur pour vendre des produits ou fournir des prestations de service, et ce en contrepartie d'une redevance périodique et d'un droit d'entrée³³⁶⁷. Or, il peut arriver que le franchiseur, partie économiquement dominante, ne possède en réalité aucun savoir-faire objectif et original. Dans ce cas, la Cour d'appel de Paris, infirmant un jugement du Tribunal de commerce, a décidé qu'un tel contrat de franchise devait être déclaré nul comme dépourvu de cause, le transfert au franchisé d'un savoir-faire réel, objectif et original, constituant la cause essentielle, avec la notoriété de la marque, des obligations contractées par celui-ci³³⁶⁸. Cette analyse a été consacrée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mai 1994, en décidant que « *le contrat de franchise était dépourvu de cause dès lors qu'il ne comportait pas la transmission d'un savoir-faire original et substantiel (...)* »³³⁶⁹. La Cour de cassation avait déjà statué en ce sens en estimant que faute de notoriété, la marque offerte par le franchiseur ne constitue pas une contrepartie aux obligations souscrites par le franchisé, et qu'en conséquence le contrat devait être annulé pour défaut de cause³³⁷⁰.

Ces décisions présentent un grand intérêt du point de vue du respect de la justice commutative dans les contrats. Le droit sanctionne par la nullité le contrat globalement déséquilibré. Cette sanction ne se réfère pas à des éléments psychologiques, comme pour l'erreur, le dol ou la violence, mais se contente du constat d'un déséquilibre objectif, d'une absence de contrepartie. Mais que se passerait-il, si, au lieu d'avoir une absence totale de contrepartie, le contrat en comportait une symbolique? En toute rigueur on ne pourrait conclure à l'absence totale de cause. Mais la jurisprudence a fait preuve, dans ce cas, d'un réalisme qu'il convient d'approuver.

709. Le problème de la contrepartie dérisoire, ou symbolique, s'est principalement posé dans le contrat de vente. L'article 1591 du Code civil dispose que « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ». A fortiori, si le prix n'existe pas, le contrat de vente n'a pu valablement se former. Or, il faut assimiler le prix vil ou dérisoire à l'absence de prix, afin que le contractant économiquement puissant ne se serve de cette « *astuce* » pour donner une apparence formelle de régularité à un contrat dont les prestations révèlent un déséquilibre global manifeste. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation considère que le contrat de vente est inexistant³³⁷¹. Derrière cette

³³⁶⁶ Pour l'admission de la nullité pour absence de cause : Cass. Civ. 1ère, 6 octobre 1981, Bull. Civ. I, n°273; cf. **contra** : Cass. Com., 23 octobre 1990, Bull. Civ. IV, n°245, déclarant causée la rémunération stipulée au profit d'un médecin en contrepartie d'apports effectués en vue de l'élaboration d'un logiciel même si ceux-ci ne présentaient pas les caractéristiques d'une oeuvre protégée au sens de la loi du 11 mars 1957.

³³⁶⁷ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°838.

³³⁶⁸ C.A. Paris, 5ème ch. A., 29 septembre 1992, Dalloz, 1995, Som. Com. 77 et suiv., obs. D. Ferrier.

³³⁶⁹ R.J.D.A., 1994, n°1016; comp. avec : C.A. Paris, 7 juin 1990, Dalloz, 1990, I.R., 176; C.A. Paris, 31 mars 1993, R.J.D.A., 1993, n°613; Cass. Com., 19 février 1991, Dalloz, 1992, Som. Com. 391, obs. D. Ferrier, qui décide qu'il ne peut y avoir contrat de franchise que si le franchiseur possède et met à la disposition du franchisé un savoir-faire propre, original ou substantiel.

³³⁷⁰ Cass. Com., 9 octobre 1990, J.C.P., 1991, éd. E., I, 39, n°5, obs. J. Azéma.

³³⁷¹ Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1981, Bull. Civ. I, n°301 : Dès lors qu'il a été souverainement estimé par les juges du fond que le prix stipulé n'était pas sérieux, l'acte est inexistant. Cf. cependant pour l'application de la nullité absolue : Cass. Civ. 1ère, 10 février 1993, 1375 obs. J.L. Aubert; Cont. Conc. Cons., 1993, n°128 obs. L. Leveneur; cf. MM. Malaurie et Aynès qui estiment que la nullité absolue n'est que la sanction pratique de l'inexistence : *Les contrats spéciaux*, n°217; *Les obligations*, n°544 et 545; Mais J. Carbonnier suggère de sanctionner l'absence de cause par l'inexistence du contrat, op. cit., n°104; **Contra** : H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°356.

sanction, la doctrine voit une application de la nullité pour absence de cause de l'obligation³³⁷². Il est possible de rapprocher cette solution de l'adage *culpa lata dolo equiparatur* qui empêche que la méchanceté prenne le masque de la bêtise. De la même façon, le prix vil ou dérisoire doit être assimilé à l'absence de prix, et donc de cause de l'obligation du vendeur, afin que, par un simulacre, une partie économiquement puissante n'impose en toute légalité un contrat aussi déséquilibré à une partie économiquement faible.

Mais se pose alors le délicat problème de l'évaluation du vil prix par rapport à la prestation qui en est la contrepartie. A partir de quand un prix sera-t-il suffisamment bas pour être qualifié de vil ou dérisoire³³⁷³? Pour répondre à cette question, il faut se garder de toute approche dogmatique, de tout a priori. Par exemple, un prix de 1 franc peut ne pas être dérisoire lorsqu'il est la contrepartie du transfert de propriété des actions d'une société lourdement endettée et déficitaire³³⁷⁴. Le juge doit donc se livrer à une appréciation technique et concrète de la valeur des prestations réciproques, et de l'économie globale de la convention. C'est précisément ce qui est fait lorsque l'annulation de la vente d'un fond de commerce est admise parce que le prix était égal au dixième des revenus à payer pendant dix ans³³⁷⁵, ou encore lorsque le prix de cession de parts sociales d'une société en commandite est considérée comme inexistant, car il ne représentait même pas le revenu net des parts cédées pour l'exercice en cours lors de la cession³³⁷⁶. On retrouve d'ailleurs une jurisprudence identique à propos du contrat de bail³³⁷⁷ ou du mandat³³⁷⁸. Y-a-t-il véritablement, dans ces hypothèses, absence totale de cause? Ne sommes-nous pas davantage dans le cas d'absence partielle, ou d'insuffisance de cause?

b - L'absence partielle de cause

710. Maury avait posé la question sans détour : « *Peut-il y avoir absence partielle de cause?* »³³⁷⁹. Il faut reconnaître que la jurisprudence ne s'est pas embarrassée de cette difficulté théorique, et a ordonné la réduction des honoraires d'agents d'affaires³³⁸⁰, ou des membres des

³³⁷² J. Carbonnier, op. cit., n°65 : « *On parle aussi, à cette occasion, de prix dérisoire (...), mais ce sont des notions qui servent de revêtement à la notion plus générale d'absence de cause* »; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°268; J. Ghestin, op. cit., n°845; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°787 : « *L'absence de prix, ou ce qui revient pratiquement au même un prix dérisoire ou vil, appelle une autre sanction que la lésion, car le contrat, en ce cas, manque à la fois d'objet pour l'un des contractants et de cause pour l'autre; il s'agit, en ce cas, d'absence totale de cause et non d'absence partielle* ».

³³⁷³ Cass. Civ. 1ère, 4 juillet 1995, Dalloz 1996, Som. com. 11, obs. G. Paisant.

³³⁷⁴ Les comptables parleraient d'actif net corrigé et de rentabilité négative, en ce sens : Cass. Civ. 1ère, 17 février 1981, G.P., 24 sept. 1981, panorama; Cass. Com., 22 février 1983, Bull. Civ. IV, n°72, admettant la validité d'une cession d'actions pour un prix négatif.

³³⁷⁵ Req., 3 mai 1992, Sirey, 1992, 1, 310.

³³⁷⁶ Cass. Com., 25 avril 1967, Bull. Civ. IV, n°168.

³³⁷⁷ Cass. Civ. 3ème, 20 décembre 1971, Bull. Civ. III, p.460, pour un loyer de 10 francs par an; Cass. Civ. 3ème, 27 avril 1976, Bull. Civ. III, p.137, pour un loyer de 100 francs par mois en contrepartie d'un terrain de golf.

³³⁷⁸ Cf. supra n°35, pour la jurisprudence révisant à la baisse la rémunération excessive des mandataires professionnels.

³³⁷⁹ J. Maury, *Cause*, Ency. Dalloz, 1970, n°168; cf. également, M.A. Pérot-Morel, op. cit., p.262 : « *l'idée de cause insuffisante ou d'absence partielle de cause est difficilement concevable* »; P. Simler, op. cit., n°78 : « *Si la cause objective, dans les contrats à titre onéreux, procède d'une appréciation quantitative de l'équivalent, il n'est pas illogique de penser qu'à une absence partielle d'équivalent, donc de cause, doive correspondre une nullité partielle de l'obligation* ».

³³⁸⁰ Cass. Civ. 1ère, 16 janvier 1980, Dalloz, 1980, I.R., 308; Cass. Civ. 1ère, 21 décembre 1981, Bull. Civ. I, n°450; Cass. Com., 29 mars 1994, Dalloz, 1994, 611, note C. Galvada.

professions libérales³³⁸¹, lorsque les honoraires réclamés sont hors de proportion avec la prestation fournie. Cette jurisprudence s'explique par un appel à la théorie de la cause insuffisante³³⁸². Dans un arrêt en date du 12 décembre 1911, la chambre des Requêtes a précisé qu'en réduisant « *pour le proportionner au service rendu* », le salaire stipulé par le mandataire comme rémunération du mandat qui lui est confié, les juges du fond n'ont fait qu'user du pouvoir de contrôle et de révision qui leur appartient³³⁸³. Or, il s'agit fréquemment de sanctionner un abus de puissance économique commis par un professionnel qui profite de l'ignorance ou de la crédulité d'un profane pour lui soutirer des honoraires exorbitants, avant même la réalisation de la prestation dont il est débiteur. Dans chaque décision, la Cour de cassation prend le soin de relever le caractère excessif de la rémunération perçue ou réclamée par le mandataire professionnel.

Surtout, les arrêts qui ont admis la réduction des honoraires du professionnel semblent implicitement se fonder sur un déséquilibre de puissance informationnelle parallèle à celui qui existe entre la valeur de la prestation et la rémunération. En effet, il est de jurisprudence constante que la rémunération ne peut être réduite que si elle a été stipulée avant l'accomplissement de la mission. On comprend que, dans ce cas, le profane ne soit pas en mesure de connaître précisément la valeur de la prestation qui en est la contrepartie. Il est donc, à ce moment, dans une position de vulnérabilité. En revanche, les juges ne peuvent réduire la somme due lorsqu'elle a été convenue après l'accomplissement de la prestation³³⁸⁴. En effet, le contractant profane est, à ce moment, à même de discuter sur un pied d'égalité avec son partenaire professionnel, et d'apprécier la valeur du travail fourni³³⁸⁵.

711. La jurisprudence est allée encore plus loin dans le contrôle de la proportionnalité, ou de l'équivalence, des prestations contractuelles, sur le fondement de l'insuffisance de cause. La théorie de l'absence partielle de cause ne sert plus seulement à sanctionner un déséquilibre global, c'est-à-dire entre obligations fondamentales, mais également à sanctionner les déséquilibres partiels provoqués par les clauses abusives. Se pose alors la question de savoir si, dans les contrats synallagmatiques, chaque clause ou prestation doit spécialement et distinctement être causée par une contre-prestation spécifique. S'agissant des clauses pénales avant la réforme du 9 juillet 1975, la Cour de cassation ne l'avait pas admis³³⁸⁶, approuvée en cela par la majorité de la doctrine³³⁸⁷.

Pourtant la Cour de cassation est, depuis quelques années, revenue sur cette position en annulant, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, certaines clauses de contrat d'assurance, et en censurant, sur ce même fondement, le mécanisme bancaire des dates de valeur³³⁸⁸. Au vue de cette jurisprudence, M. Ghestin propose d'appliquer la théorie de l'absence partielle de cause à l'ensemble des contrats d'adhésion, afin d'instaurer un fondement général de nullité des clauses abusives³³⁸⁹. Nous savons que le critère du contrat d'adhésion n'est pas, en ce domaine,

³³⁸¹ Cass. Civ., 9 mai 1866, Dalloz, 1866, 1, 246 Cass. Civ. 1ère, 17 avril 1956, Dalloz, 1956, 427; Cass. Civ. 1ère, 3 juin 1986, J.C.P., 1988, II, 20791, note A. Viandier; *La révision judiciaire des honoraires des mandataires est d'ordre public* : Cass. Civ. 3ème, 20 février 1973, Bull. Civ. III, n°145.

³³⁸² En ce sens, cf. P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°550; H. L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°276; M.A. Pérot-Morel, op. cit., n°263; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°738; P. Simler, op. cit., n°79 et suiv.

³³⁸³ Req., 12 décembre 1911, D.P., 1913, 1, 129, note Feuilloley; Cass. Com., 23 janvier 1962, Bull. Civ. III, n°52; Cass. Civ. 1ère, 7 mai 1969, Bull. Civ. I, n°172.

³³⁸⁴ Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1970, Bull. Civ. I, n°23.

³³⁸⁵ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°550, qui expliquent le pouvoir de révision judiciaire sur le risque « *d'abus d'influence* »; cf. aussi G. Cornu, R.T.D. Civ., 1971, 172.

³³⁸⁶ Cass. Com., 4 juillet 1972, D.S., 1972, 732 note P. Malaurie; Cass. Com., 3 février 1975, Bull. Civ. IV, n°32; Cass. Com., 22 mai 1978, Bull. Civ. IV, n°141.

³³⁸⁷ Cf. notamment, R. Martin, *Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux*, J.C.P., 1983, I, 3100, n°15.

³³⁸⁸ Cf. références jurisprudentielles citées supra n°662.

³³⁸⁹ J. Ghestin, op. cit., n°876.

pertinent³³⁹⁰. Mais en abandonnant cette référence, l'idée est séduisante : annuler, pour insuffisance de cause, les clauses abusives dans tous les contrats dans lesquels les parties présentent un déséquilibre manifeste de puissance économique. Cependant, n'est-ce pas glisser du défaut de cause vers le défaut d'équivalence? « *Le danger qui guette cette conception de la cause-contrepartie, c'est qu'on en vienne à exiger que la contrepartie soit une équivalence, qu'elle ait une valeur égale à la prestation dont elle est le contrepartis (...)* »³³⁹¹.

Il est clair, qu'à trop vouloir introduire la justice et l'équité dans les contrats on arrive à dénaturer la notion de cause, en la faisant sortir des limites de son domaine naturel. Ainsi, force est de reconnaître que le texte de l'article 1131 du Code civil ne vise que l'hypothèse de l'absence totale de cause, et ne paraît pas permettre un véritable contrôle de proportionnalité des droits et obligations contractuels réciproques. En outre, il est particulièrement difficile d'affecter à chaque clause contractuelle une contrepartie particulière. Souvent les diverses prestations principales et accessoires, imposées à une partie, formeront un tout indivisible trouvant une contrepartie globale dans l'ensemble des obligations du cocontractant. C'est la critique qui a d'ailleurs été formulée à l'encontre des arrêts de la Cour de cassation du 19 décembre 1990, qui ont admis l'annulation, pour défaut de cause, de la clause dite « *survenance dommage* » dans les contrats d'assurance³³⁹². M. Kullman explique que cette clause a pour contrepartie, d'une part la garantie accordée par l'assureur pendant la période limitée par ladite clause, et d'autre part la diminution de la prime d'assurance par rapport à ce que celle-ci serait en l'absence d'une telle clause³³⁹³. On perçoit alors les imperfections de ce fondement pour atteindre le but fixé qui est d'appréhender les abus de puissance économique. Si la cause est un fondement juridique satisfaisant, elle n'en comporte pas moins d'importantes lacunes sur le plan de la sanction.

B - UN FONDEMENT IMPARFAIT DANS SA SANCTION

712. Il est certain que, dans son principe, la théorie de la cause de l'obligation paraît être un fondement juridique apte à sanctionner les abus de puissance économique. Les idées d'équivalence et de contrepartie objective correspondent parfaitement aux nécessités de la matière. Cependant, l'application concrète de ce fondement révèle quelques imperfections qui conduiront, après analyse, à proposer un autre fondement, *de lege ferenda*. Ces imperfections sont présentes tant dans la nature de la sanction qu'au niveau de ses effets.

1/ LA NATURE DE LA NULLITE

³³⁹⁰ Cf. supra n°54 et suiv.

³³⁹¹ J. Carbonnier, op. cit., n°65; cf. également, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°333 : « *il ne faut pas confondre absence de cause et défaut d'équivalence des prestations* ».

³³⁹² Cf. supra n°662.

³³⁹³ J. Kullmann, *Lamy assurances*, 1995, n°1206.

713. Poser le problème de la nature de la sanction revient à opérer un choix entre la nullité relative et la nullité absolue³³⁹⁴. Sur cette question, la doctrine est très partagée, et il est difficile de dire clairement si l'absence de cause doit être frappée de nullité absolue ou de nullité relative³³⁹⁵. Tout dépend, en réalité, du fondement que l'on attribue à la distinction entre les deux types de nullités. Selon la théorie classique, le fondement résiderait dans la gravité du vice frappant l'acte juridique. La nullité absolue interviendrait en cas d'absence ou d'irrégularité d'une condition d'existence du contrat³³⁹⁶. A ce compte, l'absence de cause de l'obligation ne peut être frappée que de nullité absolue. Au contraire, on aboutit à la solution inverse en adoptant l'analyse dite moderne des nullités³³⁹⁷. Dans cette optique, il faut tenir compte des intérêts que la nullité a pour but de sauvegarder³³⁹⁸. Or, la nullité pour absence de cause a pour finalité la protection de la partie qui a exécuté une obligation sans contrepartie; la nullité doit donc être relative afin que le cocontractant ne puisse agir si tel était son intérêt. Cependant, même dans l'optique moderne de la théorie des nullités la solution n'est pas si simple. En effet, il a été émis l'idée qu'un contrat dépourvu de cause serait contraire à l'intérêt général, en ce qu'il ne remplirait pas sa fonction sociale d'échange³³⁹⁹. « *La nécessité d'une cause à l'obligation, si elle est incontestablement un moyen de protéger l'obligé, est aussi - et sans doute d'abord - dictée par un souci d'équité, constitue une limitation à l'autonomie de la volonté, a un caractère d'intérêt social* »³⁴⁰⁰.

714. Ce débat doctrinal ne semble pas avoir infléchi la jurisprudence, qui sanctionne l'absence de cause par la nullité absolue. Ainsi, nous avons vu que la Cour de cassation frappait de nullité absolue l'absence de prix réel et sérieux dans les contrats de vente³⁴⁰¹. Même les partisans de la nullité relative reconnaissent que la jurisprudence a toujours maintenu la solution classique de la nullité absolue³⁴⁰², ce qui est fortement regrettable dans le cadre de la sanction des abus de puissance économique. D'abord, la partie économiquement puissante peut toujours soulever la nullité du contrat, si tel était son intérêt, alors qu'elle est la responsable et l'unique bénéficiaire de l'absence de cause. Ensuite, l'action se prescrit par trente ans³⁴⁰³, ce qui n'est pas en adéquation avec les impératifs de sécurité et de rapidité des transactions commerciales³⁴⁰⁴. Enfin, la nullité absolue ne peut être couverte une fois que le lien de dépendance économique entre les parties a cessé d'exister. Or, une partie qui n'agit pas dans des délais raisonnables et qui, par son attitude

³³⁹⁴ L'inexistence est écartée car d'une part elle n'est soutenue que par une doctrine aujourd'hui minoritaire, et que d'autre part elle produit sensiblement les mêmes effets que la nullité absolue si bien que ces deux sanctions se confondent en pratique. Cf. cependant pour l'imprescriptibilité de l'action fondée sur l'inexistence d'un contrat : Cass. Civ., 16 novembre 1932, D.H., 1933, 4; Sirey, 1934, 1, 1 note P. Esmein; Cass. Civ. 1ère, 10 juin 1986, Bull. Civ. I, n°159; R.T.D. Civ., 1987, 535, obs. J. Mestre.

³³⁹⁵ **Pour la nullité absolue** : J. Carbonnier, op. cit., n°48, qui retient la notion d'inexistence; J. Maury, *Cause*, Ency. Dalloz, 1970, n°166; H., L., et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°859; **Pour la nullité relative** : J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°334; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°215 et 216; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°880; P. Simler, op. cit., n°198 et suiv.; **ne prennent pas position** : P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°568 et 569; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°336.

³³⁹⁶ Par opposition aux conditions de validité.

³³⁹⁷ Cette analyse est fondée sur la thèse de Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909, selon laquelle la nullité est la sanction d'une règle légale et c'est de la nature de cette règle qu'il faut déduire le régime de la nullité.

³³⁹⁸ Nullité absolue : intérêt général; nullité relative : intérêt particulier.

³³⁹⁹ J. Ghestin, cité par F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°336.

³⁴⁰⁰ J. Maury, op. cit., n°166.

³⁴⁰¹ Cf. supra n°709.

³⁴⁰² Cf. P. Simler, op. cit., n°199 et 202; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°344, p.249.

³⁴⁰³ Voir imprescriptibilité si l'on opte pour la théorie de l'inexistence.

³⁴⁰⁴ Cf. le problème des demandes de nullité et de restitution pour indétermination du prix, dans les contrats de distribution après plusieurs années, voire décennies d'exécution, supra n°339 et suiv.

entend, de façon non équivoque, couvrir l'irrégularité et confirmer l'acte, ne devrait plus pouvoir agir en nullité³⁴⁰⁵.

715. Mais quand bien même la nullité relative serait retenue pour sanctionner l'absence de cause, force serait de conclure à l'inadaptation de la sanction pour protéger la partie économiquement faible victime d'un abus de puissance économique. En effet, seule la partie lésée par l'absence de cause sera recevable à agir en nullité du contrat. Or, cette partie peut-être indifféremment un contractant économiquement puissant ou économiquement faible. Il serait évidemment inéquitable de faire bénéficier une partie économiquement puissante, qui a les moyens de faire respecter ses intérêts, de la théorie de l'absence totale ou partielle de cause. Certes, il ne sera pas fréquent de trouver, en pratique, un contrat dans lequel la partie lésée par l'absence de cause est celle qui jouit de la plus grande puissance économique. Néanmoins, sur un plan théorique, il est important de réserver les actions tendant au rééquilibrage des contrats aux seuls contractants économiquement faibles. Ce n'est évidemment pas le cas de la nullité pour absence de cause, qui, relative ou absolue, est susceptible de s'appliquer dans tous les contrats que les parties soient ou non de puissance économique inégale. Il est parfaitement envisageable d'annuler, pour défaut de cause, un contrat dans lequel les parties ne présentent pas de déséquilibre de puissance économique manifeste. Cette objection théorique sur la nature de la sanction permet de révéler le véritable fondement de la sanction des abus de puissance économique. Dans sa thèse sur l'équilibre des prestations, Mme Pérot-Morel a montré comment la cause pouvait « *se rapprocher singulièrement de la lésion* » pour assurer le rétablissement de la justice commutative dans les contrats³⁴⁰⁶. MM. Malaurie et Aynès estiment, dans le même sens, que « *l'absence partielle de cause n'entraîne généralement pas la nullité des contrats, car elle se confond avec la lésion* »³⁴⁰⁷. Nous allons voir que ce rapprochement entre l'absence de cause et la lésion se trouve considérablement renforcé lorsqu'on aborde le problème des effets de la nullité.

2/ LES EFFETS DE LA NULLITE

716. En principe, la nullité, qu'elle soit absolue ou relative, entraîne l'anéantissement intégral et rétroactif de l'acte juridique. Une convention dans laquelle l'obligation d'un contractant est dépourvue de contrepartie doit disparaître du monde juridique, afin que la partie lésée par ce défaut de cause ne soit plus obligée ou puisse récupérer la prestation fournie, en nature ou en valeur. Hélas, la complexité des problèmes qui se posent, en pratique, aux juges n'a pas permis de sauvegarder la pureté de ce principe. Si seule une clause du contrat est illicite, et qu'elle n'a pas été déterminante dans la conclusion du contrat, le juge ne prononcera qu'une nullité partielle³⁴⁰⁸. Ainsi, la nullité partielle se rattache, non à la théorie de la cause de l'obligation, mais à celle de la cause du contrat. Son application est irréprochable sur le plan des principes juridiques, car on ne saurait annuler systématiquement l'entier contrat. Mais force est de reconnaître une altération des effets classiques de la nullité. Par le biais de l'annulation partielle, le juge cherche à procéder à la révision du contrat, en retranchant une obligation qui était à la charge d'une partie dans le but de rééquilibrer les prestations réciproques³⁴⁰⁹. Cette révision des contrats est particulièrement visible lorsque le juge

³⁴⁰⁵ Pour que la confirmation soit valable encore faut-il que la partie économiquement faible ne soit plus sous la domination de son partenaire.

³⁴⁰⁶ Op. cit., p.233.

³⁴⁰⁷ *Les obligations*, n°511, p.284; **contra** : H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°786 et 787.

³⁴⁰⁸ P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse Strasbourg, L.G.D.J., 1969; D. Veaux, *Effets de la nullité*, Juris. Class. Civil, Art. 1304 à 1314, Fasc.50.

³⁴⁰⁹ D. Veaux, op. cit., Fasc.122 et 123, n°32 et suiv.

utilise la théorie de l'absence partielle de cause pour réviser la rémunération des mandataires professionnels, ou pour annuler la clause des contrats d'assurance qui impose à l'assuré de déclarer l'existence du dommage avant l'arrivée du terme du contrat³⁴¹⁰. Dans ces hypothèses, le juge procède à une véritable réfaction du contrat, qui n'a plus grand rapport avec la conception classique des nullités. MM. Malaurie et Aynès soulignent, à ce propos, que « *la théorie classique des nullités est inadaptée à l'ordre public économique* »³⁴¹¹.

717. Outre cette « *nullité par retranchement* »³⁴¹², ou par « *réduction* »³⁴¹³, la jurisprudence utilise le concept de « *nullité par substitution* »³⁴¹⁴. Ce mécanisme a notamment été utilisé pour remplacer la fixation irrégulière d'un taux d'intérêt conventionnel par le taux légal³⁴¹⁵ ou encore la clause d'indexation illicite par une clause fixée judiciairement³⁴¹⁶. Ici, le pouvoir judiciaire de réfaction du contrat est encore plus caractéristique, puisque le juge ne se contente plus d'éradiquer une clause excessive ou abusive, il en substitue une qu'il estime plus conforme à l'équilibre de la convention. Que penser de ce pouvoir de réfaction accordé au juge? De deux choses l'une, soit ce pouvoir de réfaction est rattaché à la théorie de la nullité, et l'on ne peut s'empêcher d'y voir un subterfuge, un artifice, utilisé pour rééquilibrer des contrats sans vraiment l'avouer; soit il convient de rattacher ce pouvoir de réfaction au véritable fondement de la sanction des abus de puissance économique : la lésion.

SOUS-PARAGRAPHE 2 - LE CHOIX DE *LEGE FERENDA* : LA LÉSION³⁴¹⁷

718. Classiquement, la lésion se définit comme « *le préjudice pécuniaire que cause à l'une des parties l'inégalité de valeur entre les prestations qu'elle fournit et celles qu'elle reçoit* »³⁴¹⁸. La plupart des auteurs rattache l'étude de la lésion à celle de l'objet de l'obligation en distinguant les problèmes posés par la réalité, la licéité et la déterminabilité de l'objet d'une part, de ceux posés par

³⁴¹⁰ Cf. supra n°662.

³⁴¹¹ P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°583.

³⁴¹² D. Veaux, op. cit., Fasc.131 et 132, n°109 et suiv.

³⁴¹³ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°584.

³⁴¹⁴ D. Veaux, op. cit., n°112 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°584.

³⁴¹⁵ Cf. supra n°247 et suiv.

³⁴¹⁶ Cass. Civ. 3ème, 22 juillet 1987, Dalloz, 1991, 392 note F.X. Testu.

³⁴¹⁷ Notre propos n'est pas d'élaborer une conception nouvelle de la lésion, ni d'en présenter une étude exhaustive. Il s'agit simplement de souligner la façon dont la lésion peut servir de fondement efficace et naturel à la sanction des abus de puissance économique. Sur la notion de lésion, cf. F. Boulanger, *Le problème de la lésion dans le droit intermédiaire*, in *Etudes d'histoire économique et sociale du XVIIIème siècle*, 1966, p. 53 et suiv.; M. Andromesco, *L'inégalité des prestations dans le contrat*, thèse Paris, 1922, M. Dalem, *L'extension de la notion de lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaine*, thèse Paris, 1937, H. de Mesmay, *La nature juridique de la lésion en droit civil français*, thèse Paris II, 1980, E. Demontès, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1924, et, *Le fondement juridique de la lésion*, Rev. Crit. Légis. et jurispr., 1924, p.37 et suiv. et p.161 et suiv., et, *Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats*, in *Etudes Capitane* 1939, p.171 et suiv.; Hayem, *L'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, thèse Paris, 1989; P. Louis-Lucas, *Lésion et contrat*, 1926, J. Maury, *La lésion dans les contrats*, Rev. Crit. Dr. Int., 1936, p.373 et suiv.; D. Randoux, *Le « juste prix » des biens et des services dans les relations individuelles et commerciales. Contributions à l'étude de la théorie du juste prix dans le droit français des obligations*, thèse Lille, II, 1973; Tarde, *L'idée de juste prix*, thèse Paris, 1906; Valmont, *Fondement juridique de la lésion entre majeurs*, thèse Paris, 1948.

³⁴¹⁸ J. Carbonnier, op. cit., n°78; cf. également : F. Collart-Dutilleul, *Lésion*, Juris. Class. Civil, Art. 1118, Fasc.6-B, 1988; A. Rieg, *Lésion*, Ency. Dalloz, 1973, auteurs parlant de « *défait d'équivalence entre les prestations* ».

la valeur de l'objet d'autre part³⁴¹⁹. Sans être erroné, puisque la lésion implique une appréciation de la valeur de l'objet de chaque obligation, ce rattachement n'est pas le plus révélateur de la nature profonde de la lésion. M. Carbonnier, après avoir cité les cas de lésion, contenus dans le Code civil, à la suite de l'étude des vices du consentement, consacre à cette notion une analyse beaucoup plus large lorsqu'il aborde le thème de la justice contractuelle³⁴²⁰. A ce propos, il fonde historiquement et philosophiquement la notion de lésion sur le concept aristotélicien de justice commutative, selon lequel l'équité et la justice commandent d'imposer que, dans un contrat, l'une des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne. Partant de là, il est possible de se demander si le rattachement de la lésion à l'étude de la cause de l'obligation n'est pas plus pertinent. C'est ce qu'envisage Mme Pérot-Morel lorsqu'elle rappelle que certains jurisconsultes du XVIII^{ème} siècle, tel que Portalis, avaient proposé de lier, voire de fusionner, les concepts de cause et de lésion³⁴²¹. L'idée est théoriquement séduisante, car elle permet de mieux comprendre le mécanisme de la lésion qui est effectivement très proche de celui de l'absence totale ou partielle de cause. Ainsi, pour déterminer s'il y a ou non défaut d'équivalence entre des prestations contractuelles, il ne faut pas simplement apprécier la valeur de chaque objet de l'obligation, encore faut-il comparer cette valeur afin de vérifier s'il existe une contrepartie équitable à chacune des obligations. Or, cette interdépendance comparative des droits et obligations réciproques ressortit sans conteste à la nature de la cause³⁴²².

719. C'est cette identité de nature entre la lésion et la cause qui nous a conduit à choisir, *de lege lata*, cette dernière comme fondement de la sanction des abus de puissance économique. Mais les imperfections de la sanction du défaut de cause imposent la recherche d'un fondement juridique *de lege ferenda*. Il est sûr que la théorie de l'absence totale ou partielle de la cause de l'obligation contractuelle présente l'avantage d'avoir été consacrée par le droit positif. Au contraire, la doctrine est unanime pour reconnaître que la lésion n'est pas un cas général de rescision des conventions entre majeurs capables, mais qu'il faut un texte légal spécial pour qu'elle soit prise en considération par le droit. Ce principe paraît s'appuyer solidement sur les articles 1118 et 1313 du Code civil. Pourtant, il n'est pas certain que les textes du Code civil imposent un domaine restrictif à la notion de lésion.

720. En premier lieu, l'article 1118 du Code civil dispose que « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ainsi qu'il sera expliqué en la même section* »³⁴²³. Or force est de constater que la section à laquelle il est fait référence, et qui contient l'article 1118, ne comporte aucun article précisant les contrats ou les personnes susceptibles de déclencher la sanction de la lésion. Il est bien certain qu'il s'agit là d'une maladresse du législateur de 1804, les travaux préparatoires du Code civil attestant l'intention de ne pas faire de la lésion une cause générale de nullité des conventions entre majeurs capables³⁴²⁴. Mais la méthode exégétique d'interprétation des lois n'a plus, depuis les critiques de Gény³⁴²⁵, l'omnipotence qui était la sienne au moment de la promulgation du Code civil. Aujourd'hui, la doctrine, sous l'impulsion de Saleilles, préfère utiliser la méthode évolutive suivant laquelle il faut interpréter et

³⁴¹⁹ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°248 et suiv.; J. Ghestin, op. cit., n°760 et suiv.; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°177 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°288 et suiv.; voir cependant P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°421, qui rattachent l'étude de la lésion à celle des vices du consentement, l'article 1118 du Code civil étant placé dans la section première du chapitre II, intitulée *Du consentement*.

³⁴²⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°78; cf. également H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°784, qui parlent de « *l'exigence d'un juste prix contractuel* ».

³⁴²¹ M. A. Pérot-Morel, op. cit., p.332.

³⁴²² J. Ghestin, op. cit., n°816 et 788.

³⁴²³ Il s'agit de la Section première, du Chapitre II, du Titre III, du Livre troisième.

³⁴²⁴ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°210 et lecture I, p.212 et suiv.

³⁴²⁵ Gény, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, 2^{ème} édition, 1919.

adapter librement un texte de loi aux nécessités sociales de son époque³⁴²⁶. Au vu de cette approche, il n'est pas plus saugrenu de soutenir que l'article 1118 du Code civil n'est pas susceptible de restreindre le domaine de la lésion, en l'absence de texte inséré dans la section du Code civil qui le contient, que de voir dans l'article 1384 al.1er un principe général de responsabilité de plein droit du fait des choses³⁴²⁷, ou de tirer des articles 1643 et 1645 du Code civil une présomption irréfragable et d'ordre public de connaissance des vices par le vendeur professionnel³⁴²⁸. Il est évident, qu'en cette fin du XXème siècle, les besoins du milieu social et économique sont différents de ceux qui pouvaient exister dans la société du début du XIXème siècle. Dans l'intervalle, on est passé d'une économie rurale et artisanale à une économie urbaine et capitaliste. La concentration capitaliste et la grandeur de certaines entreprises ne permettent plus de présumer l'égalité des contractants. L'analyse classique qui consistait à voir dans un déséquilibre de valeur entre les prestations contractuelles réciproques la résultante soit d'une négligence, soit d'un vice du consentement, n'est plus de mise³⁴²⁹. Il s'agit d'une alternative trop réductrice, qui ne prend pas en compte l'éventualité d'un abus de puissance économique.

Par conséquent, les besoins du milieu socio-économique contemporain justifieraient parfaitement une généralisation du domaine de la lésion, cette généralisation fut-elle réalisée au prix d'une « astuce » d'interprétation. Cette proposition est d'ailleurs renforcée par le texte de l'article 1313 du Code civil qui précise que « *les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimées dans le présent code* ». Il n'est pas contestable que cet article restreint considérablement le domaine de la lésion. Mais il ne le restreint que pour la restitution consécutive à une rescision. Or, la lésion ne comporte pas que la rescision comme sanction : il existe également la révision du contrat³⁴³⁰. Ainsi, la nullité pour absence totale de cause pourrait être appliquée, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, lorsqu'il s'agit d'anéantir l'intégralité du contrat pour permettre à la partie économiquement faible de se voir restituer les sommes versées au titre du contrat annulé. En revanche, lorsqu'il s'agira soit d'anéantir un contrat sans ordonner de restitution, soit d'éliminer telle clause abusive, soit encore de procéder au rééquilibrage du contrat par la révision judiciaire, la lésion trouvera à s'appliquer sans que, véritablement, un texte légal vienne entraver ses effets.

721. En second lieu, et cela ne fait que confirmer l'interprétation que nous proposons, il est possible de déduire, *a contrario*, d'autres articles du Code civil, le caractère général du domaine de la lésion entre majeurs capables. Par exemple, l'article 1706 du Code civil dispose que « *la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange* ». Notons immédiatement que le texte de cet article est plus large que celui de l'article 1313 puisqu'il vise la rescision et pas simplement la restitution. Ainsi, l'action en révision resterait ouverte. Encore plus large, l'article 2052 al.2 du Code civil précise que les transactions « *ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* ». Le terme « *attaqué* » semble vouloir englober toute action judiciaire fondée sur la lésion, même si l'on peut regretter l'utilisation d'un mot dépourvu de sens juridique. Ces deux articles permettent de penser qu'en réalité, la lésion est un principe général applicable à toutes les conventions synallagmatiques. En effet, si le législateur a pris la peine de préciser expressément qu'en matière d'échange et de transaction la lésion était inapplicable, cela

³⁴²⁶ J. Carbonnier, *Introduction*, n°155; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°160; F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°473.

³⁴²⁷ Cass., Ch. réunies, 13 février 1930, Arrêt Jand'heur, Dalloz, 1930, 1, 57, note G. Ripert; Sirey, 1930, 1, 121, note P. Esmein; cf. pour la responsabilité du fait d'autrui : Cass., Ass. Plen., 29 mars 1991, Arrêt Blicck, J.C.P., 1991, II, 21673, note J. Ghestin.

³⁴²⁸ Cass. Civ. 1ère, 19 janvier 1965, affaire du pain de Pont St Esprit, Dalloz, 1965, 389.

³⁴²⁹ Pourtant cette alternative est encore suggérée de nos jours : M. Fabre-Magnan, thèse précitée, n°221; J. Ghestin, *op. cit.*, n°856.

³⁴³⁰ Cf. *infra* n°740 et suiv.

signifie qu'à défaut de disposition expresse contraire, son domaine d'application s'étend à l'ensemble du droit des contrats. Tout en ayant conscience du caractère artificiel et opportuniste de cette « *interprétation évolutive* » des articles du Code civil relatifs à la lésion, nous pouvons conclure à l'absence d'entrave rédhibitoire à la généralité de son application, à condition toutefois que soit démontrée l'opportunité de cette démarche.

722 . La lésion n'a pas, dans l'histoire, toujours connu l'hostilité doctrinale qu'elle a rencontrée au XIX^{ème} et XX^{ème} siècle³⁴³¹. Il est vrai que notre conception restrictive de la lésion était partagée par le droit romain, qui ne la prenait en considération que pour protéger les mineurs de 25 ans et les propriétaires terriens lorsqu'ils subissaient une *laesio enormis*. Mais au moyen-âge, les canonistes en général, et Saint Thomas d'Aquin en particulier, redécouvrant la philosophie d'Aristote, se sont fondés sur le principe de la justice commutative et de la nécessaire égalité des valeurs échangées, pour justifier la rescision pour lésion³⁴³². Alors que Domat se contente d'adopter la position du droit romain³⁴³³, Pothier, lui, a tendance à généraliser le champ d'application de la lésion. Mais cette velléité demeure cantonnée au domaine de la morale et du « *for de la conscience* »³⁴³⁴. Les échanges économiques n'ayant cessé de se développer depuis le moyen-âge, la doctrine du XIX^{ème} siècle, pour des raisons de sécurité des transactions, a privilégié l'autonomie de la volonté et la force obligatoire, au détriment de la justice commutative. Pourtant Portalis et le Premier consul ont pris nettement position en faveur de l'extension de la lésion à l'ensemble des conventions³⁴³⁵. Certes, le « *plaidoyer chaleureux* »³⁴³⁶ de Portalis pour l'admission sans limite de la lésion dans le Code civil ne fut pas entendu, mais le législateur de l'époque a néanmoins retenu la lésion des sept douzièmes au profit du vendeur d'immeuble³⁴³⁷. La portée de cet article peut, de nos jours, paraître relativement limitée. Depuis 1804, il y a eu une « *transformation des fortunes* », celles-ci devenant de plus en plus mobilières et de moins en moins immobilières³⁴³⁸. Or, à l'époque de la promulgation du Code civil, la fortune avait pour origine essentielle l'immeuble : *res mobilis, res vilis*. Par conséquent, la notion de lésion avait, même en droit positif, une place d'importance.

Au XX^{ème} siècle, les députés Guibal et Pupin avaient déposé à la Chambre des députés, le 20 juin 1920, une proposition de loi visant à compléter l'article 1118 du Code civil par la disposition suivante : « *la lésion est une cause de rescision de 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* »³⁴³⁹. Les termes de légèreté, de gêne et d'inexpérience sont sujets à critique, mais il est caractéristique de constater que la lésion sert de fondement à la protection des faibles. Il faut donc recentrer cette proposition de loi dans le contexte économique et social de l'époque. « *Les crises, les chutes catastrophiques du franc, la guerre et le marasme économique, les hausses prodigieuses et accélérées des prix, tout cela favorisait l'exploitation, le gain facile et honteux, les spéculations malhonnêtes* »³⁴⁴⁰.

Ourliac et Malafosse ont proposé un parallèle riche d'enseignements entre la lésion en droit positif et le système économique en vigueur. « *La lésion n'apparaîtra qu'aux époques où le législateur intervient volontiers dans le domaine économique, soit pour protéger ceux que leur*

³⁴³¹ Il faut noter que la jurisprudence, sans le dire clairement, est moins hostile à l'idée de lésion, cf. supra n°34 et suiv.

³⁴³² J.M. Poughon, thèse précitée, n°66.

³⁴³³ *Lois civiles*, Livre I, Titre II, Sect. 18.

³⁴³⁴ *Obligations*, n°33.

³⁴³⁵ Cf. supra, n°34 et suiv.

³⁴³⁶ L'expression est de Ripert, in *La règle morale (...)*, p.108.

³⁴³⁷ Art. 1674, C. Civ.

³⁴³⁸ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n°55 et suiv.

³⁴³⁹ J. Officiel, Doc. parlementaires, chambre 1920, Annexe n°1112, p.1786.

³⁴⁴⁰ M.A. Pérot-Morel, thèse précitée, p.23; citant également le texte, très proche de celui de 1920, proposé par la Commission de Réforme du Code civil et adopté par la commission plénière dans sa séance du 4 juin 1948.

faiblesse intellectuelle ou économique a soumis à la loi du plus fort, soit plus généralement au nom de l'équité pour imposer l'équivalence des prestations conformément aux principes de la justice commutative »³⁴⁴¹. Ce parallèle est plus pertinent que celui établi par Boulanger entre la lésion et les crises d'effondrement monétaire. « *Dans une période d'effondrement monétaire tous les moyens sont bons pour rétablir un équilibre a posteriori dans l'exécution des contrats. C'est ici que se révèle l'insuffisance de la théorie admise au XVIIIème siècle selon laquelle la lésion servirait à déceler le vice du consentement. On en revient en cas de crise à la vieille idée des Docteurs de l'Eglise : il faut une équivalence objective entre la chose et le prix* »³⁴⁴². L'existence de la lésion en droit positif ne correspond pas toujours avec une période de crise ou d'effondrement monétaire. En Droit intermédiaire, la crise financière liée à la dépréciation des assignats a, au contraire, entraîné la suppression de l'action en rescision pour cause de lésion par une loi du 14 fructidor An III³⁴⁴³. Inversement, la crise économique que connaissent depuis plusieurs années les pays occidentaux, et notamment la France, se caractérise par une stabilité monétaire relative et une très faible inflation. Pourtant, le besoin de rééquilibrer les contrats, dans lesquels une partie économiquement faible a subi la loi d'une autre économiquement puissante, se fait sentir de façon insistante. Par conséquent, ce n'est pas tant la conjoncture macro-économique qui incite à envisager une généralisation de la lésion en droit des contrats, que l'intensité et la gravité des déséquilibres de puissance économique qui permettent aux économiquement puissants d'imposer des conditions contractuelles inéquitables aux économiquement faibles. Ce déséquilibre là est le véritable critère préalable d'application de la lésion.

Mais, avant d'étudier ce critère préalable, il faut quelque peu revenir sur la problématique de la lésion afin de montrer que l'approche classique est erronée. Or, si le problème était initialement mal posé, il ne pouvait être que mal résolu. De là, le constat de Ripert : « *le problème le plus grave que soulèvent les rapports du droit et de la morale dans le contrat est assurément celui de la lésion; c'est aussi le plus connu et peut-être le plus insoluble* »³⁴⁴⁴.

A - LA PROBLEMATIQUE DE LA LESION : CRITIQUE DE L'APPROCHE CLASSIQUE

723. La doctrine classique, dans le cadre de la recherche du fondement de la lésion, a posé le problème sous l'alternative du choix entre la conception subjective et la conception objective. Cette approche ne pouvait aboutir qu'à une impasse. Il en est de même pour l'approche qui consiste à aborder le problème de la lésion exclusivement sous l'angle du déséquilibre des prestations. Cette double approche, qui a donné, pour l'essentiel, la conception classique de la lésion, n'a guère porté ses fruits. Elle s'inscrit dans une vision stérile et incertaine de la lésion, difficilement compatible avec les impératifs de prévisibilité et de sécurité du droit positif. Mais la critique de l'approche classique débouche sur le constat selon lequel l'impasse n'est pas irrémédiable. Une autre démarche est, en effet, possible pour présenter la lésion sous un jour différent, et déjouer les critiques d'imprécision et d'insécurité habituellement formulées contre cette notion.

³⁴⁴¹ Ourliac et Malafosse, *Histoire du droit privé*, t.I, *Les obligations*, p.121, n°113, P.U.F., 1961.

³⁴⁴² F. Boulanger, *Le problème de la lésion dans le droit intermédiaire*, op. cit., p.91.

³⁴⁴³ F. Collart-Dutilleul, op. cit., n°9; mais l'action en rescision a été rétablie par une loi du 19 floréal an VI, après que cette crise fut passée, cf. F. Boulanger, op. cit., p.53 et suiv.

³⁴⁴⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°61.

1/ LE PROBLEME DE L'EQUILIBRE ENTRE LES PRESTATIONS

724 . La plupart des auteurs, qui ont abordé la question de la lésion ont immédiatement posé le problème de l'appréciation de la valeur des prestations réciproques en terme d'équilibre et d'équivalence. Les titres des thèses de Maury³⁴⁴⁵ et de Mme Pérot-Morel³⁴⁴⁶ sont, à cet égard, révélateurs. Ce souci d'assurer l'équilibre entre les prestations contractuelles a sa source directe dans la théorie des canonistes du moyen-âge qui, développant la notion aristotélicienne de justice commutative, en sont arrivés à prôner « *le juste prix* » dans les contrats, le *justum contrapassum*³⁴⁴⁷. Mais avec le développement du commerce et l'avènement, au XIX^{ème} siècle de l'économie de marché, cette théorie ne pouvait pratiquement survivre. Il est en effet impossible, compte tenu des incertitudes pesant sur la définition de la valeur³⁴⁴⁸, de déterminer précisément si telle obligation a exactement pour contrepartie son équivalent. Les opposants à l'extension de la lésion en droit positif ont eu beau jeu de souligner l'inefficacité et l'échec pratique de cette conception objective et quasi-mathématique³⁴⁴⁹. Il est, en effet, chimérique de croire qu'une parfaite équivalence entre les droits et obligations réciproques peut être obtenue. D'abord, l'exigence d'une telle équivalence n'est pas opportune dans une économie de marché dans laquelle les échanges sont la source de profits. Ensuite, les incertitudes inhérentes à la notion de valeur ne permettent pas d'obtenir de façon précise un équilibre exact.

725 . Plutôt que de parler d'équilibre, il vaudrait mieux renverser le problème et l'aborder sous l'angle du déséquilibre manifeste. En effet, l'important n'est pas de parvenir à une parfaite équivalence entre les prestations, mais d'empêcher que des contrats gravement déséquilibrés puissent être déclarés valides et obligatoires. Ipso facto, les difficultés liées aux incertitudes de la définition de la valeur disparaissent. S'il est techniquement impossible de déterminer s'il y a équivalence entre deux prestations, il est, en revanche, plus aisé de constater s'il existe entre elles un déséquilibre manifeste. Notamment, la marge d'appréciation laissée par cet inversement de la problématique facilite l'intégration de la dimension subjective de la valeur³⁴⁵⁰. Mais cette intégration ne sera réellement possible que par la synthèse entre les deux conceptions traditionnelles de la lésion.

2/ LE PROBLEME DU CHOIX ALTERNATIF ENTRE CONCEPTIONS SUBJECTIVE ET OBJECTIVE

726 . A l'instar de la théorie de la cause, les auteurs se divisent sur la nature du fondement juridique de la lésion, entre une vision subjective et une vision objective. C'est à partir de cette alternative obligée que le régime de la lésion, en droit positif, va être déterminé³⁴⁵¹. Schématiquement la conception subjective part du principe que la lésion est un vice du

³⁴⁴⁵ *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, précitée.

³⁴⁴⁶ *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, précitée.

³⁴⁴⁷ L'article 1104 al.1er est le fruit de cette doctrine.

³⁴⁴⁸ Cf. supra n°679 et suiv.

³⁴⁴⁹ M.A. Pérot-Morel, op. cit., p.19.

³⁴⁵⁰ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°257 : « *la valeur comporte un élément irréductible de subjectivité* ».

³⁴⁵¹ J. Carbonnier, op. cit., n°82; F. Collart-Dutilleul, op. cit., n°2 et suiv.; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°248; J. Ghestin, op. cit., n°787; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°183; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°211; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°848 et suiv.; A. Rieg, op. cit., n°42 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°290 et suiv.

consentement. Dans cette optique, le déséquilibre entre la valeur des prestations fait présumer l'existence d'une erreur, d'un dol ou d'une violence. Un fort argument textuel vient à l'appui de cette thèse : l'article 1118 du Code civil est inclus dans la section qui traite du consentement dans les contrats, et vient après les articles relatifs aux vices du consentement. Surtout, la conception subjective de la lésion correspond aux idées dominantes de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle. A cette époque, la primauté était donnée à la liberté contractuelle et à l'autonomie de la volonté. La théorie libérale commandait en effet, de ne pas entraver le libre fonctionnement du marché, par l'intervention intempestive des pouvoirs publics dans les affaires privées. C'est ainsi qu'Alfred Jourdan a pu écrire que « *l'article 1674 est une tache dans le Code* »³⁴⁵². Dans ce contexte, le fondement subjectif donné à la lésion ne contrariait pas outre mesure le principe de l'autonomie de la volonté. Le droit ne doit prendre en compte le déséquilibre que dans la mesure où il est révélateur d'une altération de la volonté³⁴⁵³ ou d'une incapacité juridiquement admise³⁴⁵⁴. Récemment, M. de Mesmay a tenté de réactualiser la conception subjective de la lésion, en proposant d'en faire un vice spécifique du consentement, appréhendé de façon objective et quantifiable³⁴⁵⁵. Notamment l'erreur sur la cause permettrait d'expliquer, selon cet auteur, l'ensemble des solutions jurisprudentielles que la doctrine rattache classiquement à l'idée d'absence partielle de cause³⁴⁵⁶. Mais alors, la référence à l'intégrité du consentement n'est-elle pas superfétatoire, à partir du moment où l'appréciation de ce « *vice* » se fait de façon objective et en tenant compte du déséquilibre de valeur entre les prestations?

727. La conception objective permet d'épurer la lésion de toute référence au consentement des contractants. Elle se limite à l'analyse du déséquilibre, du défaut d'équivalence existant entre les prestations contractuelles³⁴⁵⁷. C'est la conception qui se rapproche le plus de la théorie de l'absence de cause. Mais elle ne fait pas double emploi avec cette théorie. En effet, la nullité pour absence de cause ne doit être logiquement prononcée qu'en cas d'absence totale de contrepartie. C'est du moins ce que semble imposer l'article 1131 du Code civil. En outre, la généralisation de la lésion, entendue dans son acception objective, permettrait de ne plus recourir à la notion d'absence partielle de cause, dont tout le monde sait qu'elle n'est qu'une application masquée du mécanisme de la lésion. Il est clair qu'une rationalisation de la notion de cause en résulterait.

728. Mais, en droit positif, quelle est la conception consacrée? Après quelques hésitations, la Cour de cassation a retenu sans équivoque la conception objective de la lésion. Dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 28 décembre 1932, il a été affirmé que « *la lésion légalement constatée est par elle-même et à elle seule une cause de rescision, indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance* »³⁴⁵⁸. Par cette décision, la Cour de cassation refusait qu'un acheteur d'immeuble, dont le prix était lésionnaire, puisse établir que le consentement du vendeur était libre et intègre au moment de la formation du contrat. Dans un arrêt du 21 mars 1933, la Chambre des Requêtes a précisé, encore plus clairement, que « *l'article 1674 ne subordonne l'action en rescision à aucune autre condition que celle de la lésion matérielle et pécuniaire dont il fixe l'importance par rapport à la valeur de l'immeuble vendu, sans exiger la preuve d'une contrainte morale qu'aurait subi, ni d'un sol dont aurait souffert le vendeur* »³⁴⁵⁹.

³⁴⁵² A. Jourdan, *Des rapports entre le droit et l'économie politique*, 1885, p.79.

³⁴⁵³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, p.109.

³⁴⁵⁴ Cf. not. les mineurs.

³⁴⁵⁵ H. De Mesmay, thèse précitée, n°103 et suiv.

³⁴⁵⁶ Cf. cependant J. Ghestin, op. cit., n°860, sur « *l'ambiguïté dangereuse de la notion d'erreur sur la cause* ». L'auteur montre que l'erreur sur la cause n'est, en fait, qu'une application de l'erreur sur la substance.

³⁴⁵⁷ J. Maury, thèse précitée; Valmont, thèse précitée.

³⁴⁵⁸ Req., 28 décembre 1932, Dalloz, 1933, I, 87, rapport Dumas.

³⁴⁵⁹ Req., 21 mars 1933, D.H., 1933, 235; Cass. Civ., 21 avril 1950, J.C.P., 1950, II, 5800.

MM. Mazeaud et Chabas, qui défendent la thèse subjective de la lésion, voient dans cette jurisprudence une présomption de vice du consentement. « *La loi présume que, si le vendeur a consenti à vendre pour un prix inférieur au cinq douzième de la valeur de l'immeuble, c'est par ignorance ou parce qu'il a été trompé, ou sous l'effet de la contrainte (état de nécessité), autrement dit parce qu'il n'a pas voulu une libéralité* »³⁴⁶⁰. Ce raisonnement est très artificiel dans la mesure où, en interdisant à l'acheteur de rapporter la preuve contraire, la jurisprudence tend à instaurer une règle de fond et non une règle de preuve. En outre, en procédure civile, avant le décret du 30 octobre 1935 modifiant l'article 464 de l'ancien Code de procédure, la Cour de cassation avait estimé nouvelle la demande de rescision pour cause de lésion présentée en appel alors qu'en première instance le demandeur avait invoqué la nullité pour vice du consentement³⁴⁶¹. En l'espèce, la Cour a considéré que l'action en rescision avait une cause et un motif différent de l'action en nullité pour vice du consentement. Plus récemment, la troisième Chambre civile a posé en principe que « *la lésion, prévue aux articles 1674 à 1685 du Code civil est étrangère au consentement du vendeur* »³⁴⁶². Enfin, il a été jugé que la lésion, en matière de promesse unilatérale de vente, devait s'apprécier, non au moment où le vendeur donne son consentement au prix fixé, mais seulement lors de la levée de l'option où se forme le contrat, ce qui est radicalement incompatible avec la théorie des vices du consentement³⁴⁶³.

729. Certains auteurs proposent de choisir entre le fondement subjectif et le fondement objectif, selon le cas de lésion invoquée. Ainsi, M. Ghestin suggère de donner un fondement objectif à la lésion dans les ventes d'immeubles et le partage³⁴⁶⁴, ainsi que dans la réduction de prix des cessions d'offices ministériels³⁴⁶⁵. Au contraire, il estime que la jurisprudence révisant les honoraires des mandataires relève du fondement subjectif de la lésion³⁴⁶⁶. Cet auteur avance l'argument du refus de toute révision judiciaire lorsque le montant de la rémunération a été fixé ou confirmé une fois le service effectivement rendu³⁴⁶⁷. Par exemple, « *une convention d'honoraires a force obligatoire lorsqu'elle a été librement débattue, après complète réussite de la mission confiée à un agent d'affaires par un client dont les juges du fond estiment souverainement qu'il avait été capable d'apprécier la valeur du service rendu* »³⁴⁶⁸. Dans le même sens, la première chambre civile pose le principe que les juges peuvent réduire les honoraires « *lorsqu'ils paraissent exagérés, pourvus qu'ils n'aient pas été versés en connaissance du travail effectué et après service fait* »³⁴⁶⁹.

Mais contrairement à l'opinion de M. Ghestin, il ne nous semble pas que ces arrêts puissent être rattachés à la conception subjective de la lésion, en tout cas pas à celle proposée par l'approche classique. En effet, les solutions admises par la Cour de cassation ne renvoient nullement à la théorie des vices du consentement ni au principe de l'intégrité de celui-ci. D'ailleurs, M. Ghestin reconnaît lui-même que « *le refus de révision n'est pas fondé sur l'observation qu'il n'y aurait ni erreur, ni dol, ni contrainte au sens donné à ces termes pour les vices du consentement* »³⁴⁷⁰. En réalité, l'ambiguïté provient de la confusion entre les deux niveaux d'analyse des déséquilibres économiques : le déséquilibre de puissance économique entre contractants d'une part, et celui existant entre les valeurs des prestations réciproques d'autre part. La doctrine n'a jamais vraiment fait ressortir le premier niveau d'analyse. Or, par cette dichotomie, il est possible d'expliquer les

³⁴⁶⁰ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°219 et 211.

³⁴⁶¹ Cass. Civ., 3 janvier 1951, Sirey, 1952, 1, 58; R.T.D. Civ., 1952, 235 obs. J. Carbonnier.

³⁴⁶² Cass. Civ. 3ème, 6 décembre 1972, Bull. Civ. III, n°668.

³⁴⁶³ Cf. par exemple : Cass. Civ. 1ère, 17 octobre 1967, Bull. Civ. I, n°304.

³⁴⁶⁴ **Contra** : G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., p.185.

³⁴⁶⁵ J. Ghestin, op. cit., n°791 et 792.

³⁴⁶⁶ Op. cit., n°793.

³⁴⁶⁷ Cass. Civ. 1ère, 14 janvier 1976, Bull. Civ. I, n°10; Cass. Civ. 1ère, 3 novembre 1977, Bull. Civ. I, n°398.

³⁴⁶⁸ Cass. Com., 18 novembre 1975, Bull. Civ. IV, n°269.

³⁴⁶⁹ Cass. Civ. 1ère, 17 juin 1979, Bull. Civ. I, n°205.

³⁴⁷⁰ Op. cit., n°793, p.796.

solutions jurisprudentielles suscitées sans recourir aux vices du consentement. La révision judiciaire des honoraires excessifs se justifie et s'explique par l'inégalité de puissance informationnelle entre le mandant profane et le mandataire professionnel, le premier ignorant, a priori, la valeur de la prestation qu'il paye. De même, le refus de réviser le montant des honoraires, même s'ils sont excessifs, après que la prestation ait été effectuée et connue du mandant, se justifie par le fait que cette inégalité de puissance informationnelle n'existe plus³⁴⁷¹. Cet exemple permet de prendre conscience de l'impasse dans laquelle se trouve la doctrine en posant comme alternative unique le choix entre la conception objective et la conception subjective de la lésion.

730 . L'impasse est parfaitement stigmatisée par la position adoptée par Mme Pérot-Morel, dans sa thèse sur l'équilibre des prestations³⁴⁷². Pour écarter l'hypothèse d'une généralisation de la notion de lésion en droit positif, Mme Pérot-Morel démontre l'inutilité de la conception subjective et l'inefficacité de la conception objective. S'agissant de la première, l'auteur affirme pertinemment que la lésion ainsi entendue fait double emploi avec les vices du consentement³⁴⁷³. En ce qui concerne la seconde, les incertitudes de la notion de valeur, « *l'impossibilité de saisir la valeur en dehors des consciences individuelles* », ne permettent pas d'envisager une sanction, en droit positif, de la seule disproportion matérielle des obligations³⁴⁷⁴. Dans les deux cas, il n'y a point de solution. Or, « *l'option entre l'une et l'autre de ces théories paraît, selon Mme Pérot-Morel, décisive en ce qui concerne la possibilité d'une réforme* » généralisant la rescision pour cause de lésion entre majeurs capables³⁴⁷⁵.

C'est précisément ce choix alternatif qui semble être la source de l'impasse décrite par la majorité de la doctrine. Il est évident que le fondement subjectif de la lésion, fondement ô combien artificiel et faux, n'a été proposé que dans le but d'éviter l'insécurité juridique qui découlerait obligatoirement de la généralisation, à tous les contrats, de la notion purement objective de la lésion. Devant ce problème, et plutôt que de choisir entre une conception inutile et une conception incertaine, le droit positif a préféré cantonner la lésion à quelques cas particuliers³⁴⁷⁶. Pourtant, au lieu d'opposer de façon irréductible ces deux approches, il est plus fructueux de les rapprocher pour tenter d'en effectuer la synthèse. C'est l'intuition de M. Ghestin, lorsqu'il écrit que « *la conception subjective est alors moins « creuse », dans la mesure où elle combine, de façon nouvelle, un élément objectif, le déséquilibre des prestations, et la prise en considération du comportement et de la psychologie des parties* »³⁴⁷⁷. En vérité, cette proposition n'est pas si nouvelle, puisque M. Rieg distinguait, à l'intérieur de la conception subjective, la conception tournée vers la victime de la lésion³⁴⁷⁸ de celle tournée vers l'auteur de la lésion³⁴⁷⁹. Elle n'est pas non plus entièrement satisfaisante dans la mesure où l'appréciation du comportement et de la psychologie des parties est difficilement compatible avec la nécessaire « *objectivité* » de l'analyse économique. Mais en poussant plus loin l'analyse dans cette voie, on parvient à la conclusion qu'un critère préalable à la prise en compte de la lésion est indispensable. Ce critère préalable réside dans le déséquilibre de puissance économique entre les contractants.

³⁴⁷¹ Rappelons que pour qu'un abus de puissance économique puisse être sanctionné, il faut prouver non seulement le déséquilibre entre les prestations, mais également l'existence d'un déséquilibre symétrique de puissance économique entre les parties.

³⁴⁷² M.A. Pérot-Morel, thèse précitée.

³⁴⁷³ Op. cit., p.25 et suiv., cf. également J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°252.

³⁴⁷⁴ Op. cit., p.27.

³⁴⁷⁵ Op. cit., p.26.

³⁴⁷⁶ Cf. supra n°34 et suiv.

³⁴⁷⁷ J. Ghestin, op. cit., n°798.

³⁴⁷⁸ Présomption de vices du consentement.

³⁴⁷⁹ Il s'agit alors d'apprécier le comportement de l'auteur de la lésion afin de savoir s'il a ou non exploité la gêne, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui. C'est la conception allemande de la lésion. Cf. A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., 1961, n°198 et suiv.

B - LE DESEQUILIBRE DE PUISSANCE ECONOMIQUE
CRITERE PREALABLE DE LA LESION

731. Ripert est certainement celui qui a le mieux appréhendé la problématique de la lésion. L'auteur de *La règle morale* a parfaitement perçu le cœur du problème : « *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, et on ruine son fondement sans pour cela arriver à la précision technique que l'on vise* »³⁴⁸⁰. En réalité, l'inégalité des prestations cachent une inégalité, celle existant entre les contractants. C'est l'idée que l'on retrouve dans la prohibition biblique de l'usure. Certes, il est possible de rattacher le fondement de cette prohibition à la notion de « *chrématistique pure et simple* » élaborée par Aristote et selon laquelle l'argent ne doit pas produire de l'argent. Mais on peut aussi la rattacher à la situation de vulnérabilité de l'emprunteur à l'égard du prêteur³⁴⁸¹. C'est dans cette optique que l'Encyclique *Rerum novarum* de Léon XIII et celle de Pie X du 18 décembre 1903 condamnent l'usure « *pratiquée sous une autre forme par des hommes avides de gain et d'une inaltérable cupidité* », et recommandent aux employeurs « *de payer le juste salaire aux ouvriers, de ne porter atteinte à leurs justes épargnes ni par la violence, ni la fraude, ni par l'usure* ».

Or, la doctrine juridique s'est focalisée sur le déséquilibre des prestations, en oubliant l'inégalité profonde qui existe entre emprunteurs et prêteurs, salariés et employeurs. Cet oubli est grave, car il dénature la lésion en la privant de son critère préalable. Ripert résume parfaitement le problème : « *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* »³⁴⁸². C'est également l'opinion de Louis-Lucas qui préconise de ne prendre en considération la lésion subie par un contractant que dans la mesure où « *une nécessité impérieuse l'a contraint à souscrire un engagement disproportionné par rapport à celui de l'autre partie* »³⁴⁸³. L'idée de « *nécessité impérieuse* » est peu parlante, et il convient de privilégier la formule éclairante de Ripert : « *la lésion devrait être admise dans les conventions où existe entre les parties une disproportion de force évidente, de telle sorte que la disproportion des prestations suffit à révéler qu'il y a eu exploitation* »³⁴⁸⁴. Vue sous cet angle, la lésion constitue le fondement naturel pour sanctionner les abus de puissance économique. La disproportion entre la valeur des prestations réciproques ne sera prise en compte, à ce titre, que si elle a pour cause un déséquilibre symétrique de puissance économique entre les parties contractantes. De la même manière, les clauses abusives entrent dans le champ d'application de la lésion. Il s'agit alors de déséquilibre partiel, eu égard au caractère excessif de certaines stipulations. D'ailleurs, M. Carbonnier rapproche judicieusement la lésion de la lutte contre les clauses abusives imposées aux consommateurs, en étudiant ces deux notions sous

³⁴⁸⁰ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°69.

³⁴⁸¹ Nous n'employons pas à dessein, l'expression « *état de nécessité* », utilisée par Ripert, afin d'éviter la confusion avec la violence morale et la dénaturation critiquable dont elle fait l'objet en jurisprudence, cf. supra n°298 et suiv.; 306 et suiv.

³⁴⁸² Op. cit., p.121.

³⁴⁸³ Louis-Lucas, *Lésion et contrat*, 1926, p.105.

³⁴⁸⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°72, p.125, il faut préciser que Ripert excluait la lésion du domaine des contrats conclus entre commerçants en raison de leur connotation fortement spéculative. Nous ne partageons pas cet avis, car même entre commerçants il peut exister « *une disproportion de force évidente* ». La spéculation ne justifie la liberté de conclure des contrats déséquilibrés qu'entre contractants de puissance non manifestement disproportionnés.

le paragraphe consacré à la justice contractuelle³⁴⁸⁵. Cette approche est suivie par MM. Malaurie et Aynès qui, dans la dernière édition de leur ouvrage consacré au droit des obligations, ont ajouté un paragraphe tendant à caractériser la clause abusive par « *l'abus de position dominante* »³⁴⁸⁶.

732. La conception de la lésion qui vient d'être exposée synthétise les approches objectives et subjectives. L'appréciation objective du déséquilibre entre les prestations demeure, tout en étant tempéré par les facteurs subjectifs d'évaluation³⁴⁸⁷. Mais afin d'éviter de porter atteinte à la sécurité juridique et économique des transactions, la lésion n'est admise que si le critère préalable de l'inégalité manifeste et systématique de puissance économique entre les parties est satisfait. Par exemple, il est révélateur de constater que l'application du concept de lésion qualifiée permet de parvenir à un résultat identique à celui retenu par la Cour de cassation dans l'affaire de l'erreur de prix affectant la vente d'une bague de grande valeur³⁴⁸⁸. En l'espèce, une bague était proposée à la vente pour un prix de 100 000 Francs, alors qu'elle en valait 460 000. Le contrat n'est cependant pas annulé pour défaut de cause, car le prix n'était pas dérisoire. La solution aurait été la même sur le fondement de la lésion qualifiée, puisque le déséquilibre manifeste entre les prestations est en défaveur du contractant professionnel. La conception synthétique n'encourt donc ni les critiques formulées à l'encontre du fondement objectif, ni celles adressées au fondement subjectif. Cette synthèse ressemble fortement à celle que nous avons proposée entre la justice commutative et la justice distributive³⁴⁸⁹. Ces deux acceptions ne sont, en effet, pas incompatibles, et le droit des obligations se doit de les assimiler toutes les deux. En raison de l'impératif de sécurité des transactions, la justice commutative n'aura aucune sanction juridique lorsqu'il n'existe pas de déséquilibre manifeste de puissance économique entre les parties. Dans ce cas, chacune des parties doit veiller à ses propres intérêts. Au contraire lorsqu'elles sont d'inégales puissances, la justice corrective commande de rééquilibrer la disproportion constatée³⁴⁹⁰.

733. Ainsi conçue, la notion de lésion peut, sans objection dirimante, être étendue à l'ensemble du droit des contrats³⁴⁹¹. C'est ce que propose, *de lege ferenda* M. Ghestin³⁴⁹², à l'instar du Code civil allemand³⁴⁹³ et du Code suisse des obligations³⁴⁹⁴. Le droit comparé est, à cet égard, riche d'enseignements. Il permet de se familiariser avec la notion de « *lésion qualifiée* »³⁴⁹⁵. « *Selon la théorie de la lésion qualifiée, un contrat peut-être rescindé ou réduit, selon les cas, dès lors qu'apparaît, dès l'origine, un déséquilibre considérable entre les prestations réciproques des parties et que cette situation est le fruit d'un abus par l'un des cocontractants des faiblesses, des passions, de l'état de besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre partie* »³⁴⁹⁶. Cette théorie a été adoptée par de nombreux pays, outre la Suisse : l'Italie³⁴⁹⁷, le Québec³⁴⁹⁸, les Pays-Bas³⁴⁹⁹. Il est vrai qu'en France la doctrine majoritaire demeure hostile à l'idée de faire de la lésion qualifiée une sanction générale. L'argument de l'imprécision de la valeur, classiquement avancée, ne résistant

³⁴⁸⁵ J. Carbonnier, op. cit., n°78 et 79.

³⁴⁸⁶ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., éd. 1995-96, n°423.

³⁴⁸⁷ Cf. supra, n°687 et suiv.

³⁴⁸⁸ Cass. Civ. 1ère, 4 juillet 1995 Dalloz 1996 Som. Com. 11, obs. G. Paisant.

³⁴⁸⁹ Cf. supra n°32 et suiv.

³⁴⁹⁰ J. Carbonnier, *Introduction*, n°51.

³⁴⁹¹ Sur le domaine d'application, cf. supra n°34 et suiv.

³⁴⁹² J. Ghestin, op. cit., n°794 et suiv.

³⁴⁹³ Art. 138 B.G.B.

³⁴⁹⁴ Art. 21.

³⁴⁹⁵ P. Van Ommeslaghe, *Rapport général, La bonne foi*, Journées Louisianaises, 1992, t.XLIII, trav. de l'Ass. Capitant, p.45, n°21 et suiv.

³⁴⁹⁶ Op. cit.

³⁴⁹⁷ Art. 1448 à 1452 du Code civil.

³⁴⁹⁸ Art. 8 de la loi de la protection du consommateur.

³⁴⁹⁹ Article 3.44.4 du N.B.W.

pas à l'analyse lorsque l'on aborde le problème en synthétisant les différentes approches de la valeur, MM Flour et Aubert ont insisté sur l'inutilité d'une telle extension. Pour eux, « *il ne s'agit pas tant d'assurer la justice entre des contractants individuellement considérés qu'entre des catégories de contractants (...). Cette « justice contractuelle de masse » ne saurait être atteinte que par des procédés qui soient, eux aussi, de masse* »³⁵⁰⁰. Les deux procédés principaux étant la taxation ou le contrôle des prix et la négociation de conventions collectives. En outre, ces auteurs avancent, comme second argument le fait que la lésion « *pourrait bien être devenu un faux problème : lorsque l'on croit profondément à l'axiome « qui dit contractuel dit juste », ce problème ne se pose pas encore. Lorsque l'Etat contrôle le plus grand nombre des prix, il ne se pose plus. On ne le discute âprement qu'aux époques de transition, où l'on perçoit les inconvénients d'une économie libérale dont on maintient cependant, pour l'essentiel, les principes* »³⁵⁰¹.

734 . Mais cette double argumentation est loin d'emporter la conviction, En premier lieu, il n'est pas prouvé que les procédés de protection de masse sont plus efficaces, dans le domaine de la justice contractuelle, que l'instauration d'une disposition générale consacrant la notion de lésion qualifiée. Il suffit de regarder la faiblesse du nombre des actions judiciaires d'association de défense des consommateurs, en ce domaine, pour s'en convaincre. S'agissant du contrôle ou de la taxation des prix, son efficacité économique est loin d'être évidente. Le contraire semble même résulter de l'absence d'inflation, en France, depuis la libération des prix en 1986. Par ailleurs, la défense collective et préventive des économiquement faibles n'est pas incompatible avec une généralisation de la lésion. Il ne s'agit pas de remplacer le droit du travail et les régimes protecteurs dans certains contrats spéciaux par le mécanisme de la lésion qualifiée. Mais force est de reconnaître que le droit positif a besoin, à côté des dispositions spéciales de protection, d'une notion générale de nature à appréhender la globalité du phénomène d'abus de puissance économique. Ce besoin est suffisamment révélé par les altérations substantielles et critiquable des notions classiques du droit des obligations³⁵⁰². Par conséquent, plutôt que d'opposer de façon simpliste prévention et répression, collectif et individuel, il vaut mieux envisager la complémentarité qui peut résulter de leur combinaison.

En second lieu, l'alternative entre « *le libéralisme sauvage* » et l'économie dirigée par l'Etat est une présentation pour le moins caricaturale. Il est erroné d'avancer l'idée selon laquelle, entre ces deux situations, il n'y a que des époques de transition. Au contraire, il est plus conforme à la réalité historique de dire que ces deux positions extrêmes ne sont que des périodes de transition, fortement imprégnées d'idéologie, et qui, sous la pression des faits et des contraintes économiques et sociales, ne durent jamais. En fait, il n'y a plus guère d'auteurs à croire aujourd'hui que la politique du « *tout libéral* » ou du « *tout Etat* » est sérieusement envisageable. Quant au contrôle des prix, que MM. Flour et Aubert proposent en alternative à la généralisation de la lésion en droit des contrats, il faut avouer que, pour l'heure il n'est pas d'actualité, vue la période de stabilité des prix que nous connaissons. En outre un tel contrôle ne peut en aucun cas se substituer à la notion de lésion. Certes, il empêchera que des parties économiquement puissantes imposent des prix excessifs ou insuffisants à leurs partenaires économiquement faibles, mais ce n'est là traiter qu'une partie du problème posé par l'abus de puissance économique. Il ne faut pas, en effet, négliger les déséquilibres partiels et la lutte contre les clauses abusives, dont la nécessité se fait sentir aussi bien chez les consommateurs que chez certains professionnels victimes d'abus de puissance économique. Ainsi, la lésion permettrait d'annuler ou réduire, à l'instar de certains droits étrangers, certaines clauses manifestement excessives telles que les clauses limitatives de responsabilité, les clauses résolutoires, les clauses de non-concurrence, les clauses pénales, etc. Dans ces conditions, la

³⁵⁰⁰ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°258.

³⁵⁰¹ Op. cit., n°259.

³⁵⁰² Cf. supra n°215 et suiv.

généralisation de la lésion permettrait de résoudre le délicat problème posé par la définition du consommateur. Tout contractant en situation de faiblesse économique, qu'il soit ou non consommateur, bénéficierait d'une protection contre les clauses abusives, et plus généralement, contre le déséquilibre, global ou partiel, dans les droits et obligations réciproques causés par un abus de puissance économique. Cette solution permettrait ainsi de revenir à une définition stricte et restrictive du consommateur qui est plus conforme à la conception de la législation consumériste³⁵⁰³. En outre, cette dernière ne serait pas inutile dans ce nouveau système de protection, puisque le consommateur est présumé en position de faiblesse par rapport au professionnel³⁵⁰⁴.

735. Enfin, la lésion servirait de fondement pertinent à la sanction de l'inexécution de l'obligation d'information. Cette proposition peut paraître, au premier abord, surprenante dans la mesure où le droit positif utilise comme sanction les vices du consentement pour inexécution accompagnée de dommages-intérêts³⁵⁰⁵. Mais le choix entre ces deux sanctions est très difficile, sinon impossible. Certains auteurs, les plus nombreux, ont proposé un critère chronologique permettant de sanctionner d'une part l'obligation pré-contractuelle de renseignement par la nullité du contrat pour vice du consentement, et d'autre part l'obligation contractuelle par la résolution et la responsabilité civile³⁵⁰⁶. Ce critère a fait l'objet d'une pertinente critique de Mme Fabre-Magnan, qui a proposé, en remplacement, un critère fonctionnel au vu duquel il conviendrait de distinguer entre l'obligation d'information qui a une influence déterminante sur le consentement, et celle qui ne vicie pas le consentement, peu importe qu'elle ait une nature contractuelle ou pré-contractuelle³⁵⁰⁷. Mais ce critère n'est pas, non plus, à l'abri de toute critique. Il a pour inconvénient majeur d'appliquer les règles de la responsabilité délictuelle dans le cadre de l'exécution d'un contrat lorsque, par exemple, l'obligation d'information a déterminé le consentement d'une partie lors du renouvellement du contrat ou lors de la stipulation d'une obligation supplémentaire³⁵⁰⁸. Une telle immixtion n'est ni logique, ni souhaitable dans la mesure où les parties ont justement conclu un contrat pour régler les modalités et les difficultés d'exécution de leurs obligations³⁵⁰⁹. En outre, l'application du critère fonctionnel, tel que défini par Mme Fabre-Magnan, reviendrait à annuler la décision de résiliation ou de refus de renouvellement, d'un contrat à exécution successive, lorsque cette décision aura été prise sous l'empire d'une inexécution de l'obligation d'information du cocontractant³⁵¹⁰. On aboutit alors au maintien pur et simple du contrat, ce qui souvent ne sera pas opportun compte tenu des relations conflictuelles entre les parties.

736. Le problème paraît donc insoluble. MM. Malaurie et Aynès estiment avec raison qu'il est impossible de déterminer avec précision la nature exacte de l'obligation d'information et que, « d'une manière générale, l'obligation de renseignement relève à la fois de la formation et de

³⁵⁰³ Cf. supra n°132 et suiv.

³⁵⁰⁴ Cf. supra n°626 et suiv.

³⁵⁰⁵ J. Carbonnier, op. cit., n°40 et 46; J. Ghestin, op. cit., n°593 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°636; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°285 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°252; M. Fabre-Magnan, thèse précitée, n°276 et suiv.; B. Petit, *Obligation d'information*, Juris. Class. Civil, Art. 1136 à 1145, Fasc.23, n°59 et suiv.

³⁵⁰⁶ Cf. J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, n°25 et suiv.; P. Le Tourneau, *De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil*, Dalloz, 1987, chron. 101.

³⁵⁰⁷ Thèse précitée.

³⁵⁰⁸ Op. cit., n°283.

³⁵⁰⁹ M. Tallon a récemment insisté sur les spécificités de la matière contractuelle et l'impossibilité de réduire les problèmes posés par l'exécution du contrat à l'application de la responsabilité délictuelle : *L'inexécution du contrat, pour une autre présentation*, R.T.D. Civ., 1994, 223 et suiv.

³⁵¹⁰ Thèse précitée, n°333.

l'exécution »³⁵¹¹. Or, tant que la sanction de l'obligation d'information sera liée au consentement et à la théorie des vices, il sera impossible de déterminer la véritable nature de cette obligation. En revanche, une solution peut-être trouvée en considérant l'information sous l'angle de la notion de valeur³⁵¹². Ainsi, il est envisageable d'intégrer l'obligation d'information dans l'appréciation de la valeur des prestations contractuelles réciproques. Si, par exemple, un vendeur professionnel ne transmet pas à son acheteur le contenu de l'information utile et pertinente pour une utilisation correcte du bien vendu, ce dernier subira une lésion. Il sera propriétaire d'un bien qui n'a pas la valeur d'usage attendue et qui ne correspond donc pas au prix payé. De même, un médecin, un avocat, ou tout autre professionnel tenu à une obligation de conseil, est obligé de transmettre à son client des informations et des avis pertinents et utiles. Ne le faisant pas, le contrat est globalement déséquilibré, les honoraires payés par le client n'ayant pas de véritable contrepartie équivalente. Dans ces exemples, il importe peu de savoir si l'obligation d'information est contractuelle ou pré-contractuelle; si elle a déterminé le consentement ou non. La lésion se révèle donc être un fondement original et efficace pour appréhender ce type d'abus de puissance économique, car c'est bien de cela dont il s'agit. En effet, nous verrons que la puissance économique est source de création judiciaire d'obligations et notamment d'obligations d'information³⁵¹³. Or, dans les exemples sus-cités, il existe une obligation d'information en raison de la qualité de professionnel de l'un des contractants face à un partenaire profane. On retrouve bien, en ce domaine, le critère préalable de la lésion qualifiée : le déséquilibre de puissance informationnelle³⁵¹⁴. Ce critère préalable, couplé avec celui du déséquilibre symétrique et manifeste entre les droits et obligations réciproques devrait logiquement entraîner la sanction de la lésion, dont il convient maintenant d'analyser la nature juridique.

PARAGRAPHE 2 - LA NATURE DE LA SANCTION DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE

737 . A partir du moment où la preuve du double déséquilibre caractérisant l'abus de puissance économique est rapportée, et que le contractant économiquement puissant n'a pas démontré l'absence de lien de causalité, plus rien ne s'oppose au déclenchement de la sanction de la lésion qualifiée. Dans ce cadre, il convient de laisser au juge la plus grande souplesse dans le choix de la sanction et de sa portée, l'objectif prioritaire étant, autant que faire se peut, le rééquilibrage du contrat au profit de la partie économiquement faible. Sur ce point, la lésion est un fondement qui donne entière satisfaction. Contrairement à la sanction de l'absence de cause, qui ne peut être que la nullité de la convention, la sanction de la lésion est multiforme. Il peut s'agir soit de la rescision, soit de la révision du contrat³⁵¹⁵. Il faut préciser que les sanctions de la lésion qualifiée, que nous proposons d'étendre à l'ensemble des contrats selon les critères que nous avons énumérés et analysés, ne sont pas exclusives d'autres sanctions. Par exemple, si un contrat entre des parties inégales manque totalement de cause, le juge, s'il est saisi sur le fondement de l'article 1131 du

³⁵¹¹ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°636, sur le caractère artificiel de la distinction entre formation et exécution du contrat, cf. infra n°797 et suiv.

³⁵¹² Cf. supra n°689.

³⁵¹³ Cf. infra n°760.

³⁵¹⁴ En ce sens : Lucas de Leyse, *L'obligation de renseignement dans les contrats* in *L'information en droit privé*, L.G.D.J., 1978, n°31, p.322; P. Le Tourneau, chronique précitée.

³⁵¹⁵ J. Carbonnier, op. cit., n°78; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°255; J. Ghestin, op. cit., n°782; G. Maury, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°188; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°221; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°867 et 868; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°303; F. Collart-Dutilleul, op. cit., n°66 et suiv.; A. Rieg, op. cit., n°35 et suiv.

Code civil, pourra l'annuler. De même, si l'inexécution d'une obligation d'information a entraîné un vice du consentement, la nullité pourra néanmoins être prononcée sur ce fondement. Surtout, il importe de ne pas sous-estimer l'importance du principe de « *l'effet obligatoire de l'information* » proposé par Mme Fabre-Magnan³⁵¹⁶. Cette sanction sera en effet souvent le moyen le plus adéquat pour rééquilibrer le contrat. D'ailleurs sa ressemblance avec la révision du contrat pour cause de lésion est saisissante³⁵¹⁷.

A - LA RESCISION POUR CAUSE DE LESION

738. La rescision est une sanction très classique. Elle s'identifie à la nullité, dont elle a tendance à adopter le régime³⁵¹⁸. Ainsi, en ce qui concerne les effets, il est généralement admis que la rescision, comme la nullité, entraîne l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique qu'elle frappe³⁵¹⁹. Sur ce point, la rescision pour cause de lésion se confond avec la nullité pour absence de cause, à cela près que l'article 1313 du Code civil interdit toute restitution, *de lege lata*. Cependant la doctrine assimile, en principe, la rescision à la nullité relative³⁵²⁰. Seule la partie lésée est en droit d'invoquer le déséquilibre manifeste entre les droits et obligations réciproquement contractés. Ici, contrairement à ce qui se passe pour la théorie de la cause, il n'y a aucune difficulté de choix entre la nullité absolue et la nullité relative³⁵²¹. La nature protectrice de la lésion commande, à l'évidence, d'interdire que celui qui en est le bénéficiaire, et quelque part le responsable, puisse l'invoquer si tel était son intérêt. La détermination du régime de la rescision se fera donc par emprunt à celui de la nullité relative. La prescription de l'action est fixée à 5 ans par l'article 1304 al.1er du Code civil, ce qui correspond au souci de sécurité des transactions. L'alinéa 2 de cet article dispose que le point de départ de la prescription est retardé au jour où le vice du consentement a cessé. Par analogie, il est envisageable pour l'action en rescision, de retarder ce point de départ, au jour où la dépendance, ou la domination, économique a cessé et que la partie victime de la lésion a réellement la liberté d'agir³⁵²². De la même façon, le titulaire de l'action en rescision peut confirmer l'acte lésionnaire lorsque l'effet de puissance économique de son partenaire a disparu³⁵²³. Enfin, dernière analogie, *de lege ferenda* celle-là, il serait souhaitable d'abroger les dispositions de l'article 1313 du Code civil et de laisser les effets de la lésion jouer à plein.

739. Poser le problème de la sanction de la lésion qualifiée, étendue à l'ensemble du droit des contrats, implique que l'on détermine le sort réservé aux cas spéciaux de lésion, tels qu'ils existent, par exemple, dans le partage ou la vente d'immeuble. Il est évident, qu'en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, les hypothèses particulières de lésion garderont leurs spécificités. Elles ne seront que des régimes spéciaux dérogatoires du régime général, que nous proposons de *lege*

³⁵¹⁶ Thèse précitée, n°641 et suiv.

³⁵¹⁷ Cf. infra n°806.

³⁵¹⁸ La distinction entre nullité et rescision a pour origine une contingence historique : cf. P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°543.

³⁵¹⁹ F. Collart-Dutilleul, op. cit., n°67.

³⁵²⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°78; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°255; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, op. cit., n°188; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°221; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°867.

³⁵²¹ Cf. supra n°713 et suiv.

³⁵²² Il faut rapprocher cette solution de l'inefficacité de la renonciation consentie par le salarié dans le contrat de travail. Cf. G. Couturier, *Les techniques civilistes et le droit du travail*, Dalloz, 1975, chron. 151 et 221 (suite), n°26 : « *C'est que toute renonciation consentie par le salarié en cours d'exécution du contrat paraît suspecte : la dépendance économique, la subordination juridique, l'autorité du patron sont telles, au cours de cette période, que la liberté de consentement du renonçant est bien douteuse* ».

³⁵²³ Article 1338 du Code civil, qui vise indifféremment l'action en nullité et l'action en rescision.

ferenda, tant pour le calcul de la grandeur de la lésion que pour la faculté de rachat prévue à l'article 1681 du Code civil.

Reste le problème de la rescision partielle. Nous avons vu que la lésion, par l'intermédiaire de l'idée de déséquilibre partiel, pouvait servir de fondement juridique pertinent pour sanctionner les clauses abusives³⁵²⁴. Ne peut-on pas, alors, parler de rescision partielle? La rescision étant assimilée à la nullité, elle-même synonyme d'anéantissement rétroactif, la réponse doit être logiquement négative. Au surplus, la suppression des clauses abusives dans le contrat traduit une volonté de rééquilibrage. Il vaut donc mieux rattacher le pouvoir du juge de supprimer les clauses abusives à la révision du contrat lésionnaire.

B - LA REVISION POUR CAUSE DE LESION

740. Autant les mécanismes de réduction et de substitution heurtent les principes classiques de la théorie des nullités, autant ils s'intègrent parfaitement dans le pouvoir de révision du contrat lésionnaire. Cette originalité de la sanction de la lésion est admise sans difficulté, le but avoué de l'office du juge, en la matière, étant « *le rétablissement de l'équilibre des prestations du contrat* »³⁵²⁵. Ainsi, la révision du contrat, soit par réduction, soit par substitution constitue une alternative souple et efficace à la rescision qui, à l'instar de la nullité, se caractérise par une grande rigidité de ses effets. D'ailleurs, les lois postérieures au Code civil prévoient en règle générale la révision du contrat comme sanction de la lésion. Or, cette révision se fait généralement soit par réduction de la prestation excessive³⁵²⁶, soit par substitution³⁵²⁷. Mais il n'y a pas que la réduction et la substitution qui permettent la révision du contrat, il y a également la révision par augmentation de la prestation insuffisante. Ainsi, l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'« *en cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'oeuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat* ». Dans ce cas, il s'agit bien d'une réévaluation de la prestation trop faible. Par conséquent, compte tenu des très larges pouvoirs du juge, il serait fastidieux de vouloir en donner une énumération, forcément non exhaustive. Nous préférons opter pour une étude privilégiant la nature de la révision plutôt que son mode. Il faut donc, dans cette optique, distinguer entre la révision globale et la révision partielle.

1/ LA REVISION GLOBALE

741. Le déséquilibre contractuel global a été défini comme celui qui porte sur les droits et obligations fondamentaux du contrat³⁵²⁸. Une convention affectée d'un tel déséquilibre peut être soit rescindée, soit révisée; cette révision pouvant prendre la forme d'une réduction ou d'une

³⁵²⁴ Cf. supra n°657 et suiv.

³⁵²⁵ A. Rieg, op. cit., n°39.

³⁵²⁶ Cf. Loi du 8 juillet 1907 en matière de réduction de prix des ventes d'engrais; loi du 28 décembre 1966, prévoyant la réduction des intérêts excessifs; loi du 7 juillet 1967 relative à l'assistance maritime, prévoyant soit l'annulation soit la révision.

³⁵²⁷ Jurisprudence sur la nullité du T.E.G. et l'application du taux légal; sur la nullité des clauses d'indexation illicite et leur remplacement par une clause licite.

³⁵²⁸ Cf. supra n°650 et suiv.

réévaluation selon que l'abus de puissance économique ait été pratiqué par la partie créancière ou débitrice de l'obligation monétaire. Ce premier choix, celui entre la rescision et la révision, doit appartenir au juge, qui apprécie souverainement le meilleur moyen de parvenir au rééquilibrage du contrat, sous réserve du respect du principe d'immutabilité de l'objet du litige tel que fixé par les parties. Si celui-ci est impossible, pour de multiples raisons³⁵²⁹, il optera pour la rescision pure et simple. Au contraire, s'il s'aperçoit que le contractant économiquement faible tente de détourner le système de protection uniquement pour obtenir de substantielles restitutions, il pourra supprimer l'abus de puissance économique pour l'avenir en rééquilibrant les prestations contractuelles, accorder des dommages-intérêts pour le passé, mais refuser de prononcer la rescision afin d'éviter le jeu des restitutions réciproques³⁵³⁰.

La problématique du choix entre rescision et révision est donc différente de celle proposée par M. Simler entre nullité totale et nullité partielle, cette dernière notion n'étant qu'un artifice de vocabulaire pour désigner un pouvoir de révision judiciaire du contrat tout en sauvegardant l'apparence d'unité de la théorie de la nullité³⁵³¹. M. Simler pose comme critère essentiel de choix entre la nullité intégrale et la nullité partielle, le rôle de « *cause impulsive et déterminante* » joué par la clause frappée de nullité³⁵³². C'est donc dans la commune volonté des parties qu'il faut rechercher le caractère déterminant ou non de la clause. Mais, dans les contrats conclus entre parties d'inégales puissance économique, cette recherche se révélera vaine, tant l'existence d'une commune intention est illusoire³⁵³³. En outre, il est possible que la partie économiquement puissante impose à son partenaire une clause précisant que l'ensemble des conditions contractuelles sont « *impulsives et déterminantes* », afin de dissuader toute tentative d'action judiciaire. En réalité, le choix entre rescision et révision, ou « *nullité partielle* », doit s'effectuer selon l'opportunité du rééquilibrage du contrat. Si le juge estime ce rééquilibrage utile et viable, il conviendra de privilégier la révision. A défaut, la rescision devra être prononcée. Cette solution n'est pas très éloignée de l'opinion de MM. Malaurie et Aynès qui remarquent que « *peut-être la théorie des nullités se découvre-t-elle davantage dans les conséquences pratiques qui en résultent* »³⁵³⁴.

742. Le second choix, celui entre la réduction et la réévaluation des prestations s'effectuera naturellement, selon le sens de l'abus de puissance économique. Jusqu'à ces dernières années, la réduction était le mode de révision le plus fréquemment utilisé³⁵³⁵. Cette tendance correspondait à l'état du marché économique, dans lequel l'offre avait, en général, la primauté sur la demande. Mais depuis quelque temps, les rapports de force se sont sensiblement inversés. La demande, eu égard aux phénomènes de surproduction et de déflation, a pris un poids considérable³⁵³⁶. Les tribunaux auront donc à connaître, de plus en plus, des cas de prix ou de rémunération insuffisantes qu'il conviendra de réévaluer. Il convient de mettre en relief cet aspect de la révision, car le droit de la consommation, avec sa protection à sens unique, n'a pas habitué les esprits à un tel renversement de

³⁵²⁹ Notamment les relations conflictuelles entre les parties qui ne permettent pas d'envisager la poursuite d'un contrat à exécution successive, même rééquilibré.

³⁵³⁰ Cf. la jurisprudence citée supra n°339, sur l'indétermination du prix dans les contrats de distribution.

³⁵³¹ Il existe pourtant une différence de nature entre nullité totale, qui renvoie à la théorie classique de l'anéantissement de l'acte, et la nullité partielle qui ne peut légitimement être rattachée à la théorie de la nullité. Le rattachement au pouvoir de révision du contrat par réduction semble plus logique et naturel.

³⁵³² P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse Strasbourg, L.G.D.J., 1969; B. Teyssié, *Quelques réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat*, Dalloz, 1976, chron.281.

³⁵³³ Cf. supra n°387 et suiv.

³⁵³⁴ Op. cit., n°584, il faut opposer cette solution à celle retenue à l'époque où le dépassement du prix taxé entraînait la nullité absolue et intégrale du contrat de vente, alors qu'il aurait fallu le maintenir en permettant au juge de réviser le prix pour le ramener au montant de la taxe, cf. J. Carbonnier, op. cit., n°77; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°583, note 16.

³⁵³⁵ Cf. la jurisprudence sur la réduction des honoraires des mandataires professionnels.

³⁵³⁶ Cf. supra le développement de la puissance d'achat.

l'effet de domination sur le marché. En réalité, ce qu'il faut comprendre, c'est que la puissance économique ne prend sa source ni dans l'offre, ni dans la demande.

743 . La révision globale du contrat synallagmatique pose le problème du choix de la prestation que le juge réduit ou réévalue. Dans la plupart des contrats une obligation non-monétaire fait face à une obligation monétaire. Il est donc envisageable de réduire ou réévaluer l'un ou l'autre selon le sens de l'abus de puissance économique. Il semble qu'il convienne de privilégier la révision de l'obligation monétaire afin de la proportionner à l'obligation non monétaire qui en est la contrepartie. En effet, opter pour la solution inverse pose davantage de difficultés juridiques. L'obligation non monétaire peut-être soit de donner³⁵³⁷ soit de faire ou de ne pas faire³⁵³⁸. S'agissant de la première, une révision à la hausse revient à ordonner une expropriation en dehors de tout texte légal et pour un intérêt privé, ce qui est contraire aux dispositions de l'article 545 du Code civil³⁵³⁹. En ce qui concerne la seconde, la réévaluation heurte les dispositions de l'article 1142 du Code civil qui dispose que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts. Or, imposer à la partie économiquement puissante une obligation de faire non prévue au contrat, paraît incompatible avec ce principe³⁵⁴⁰. Du moins, si elle est juridiquement possible, son inexécution ne se traduira que par des dommages-intérêts, ce qui revient à réviser indirectement l'obligation monétaire. Force est donc de conclure à la révision prioritaire de la prestation monétaire, qui semble se prêter plus facilement aux modifications de quantum imposées par la juge.

744 . Mais cela ne signifie pas que l'obligation non monétaire ne peut être révisée. L'obligation de donner peut faire l'objet d'une réduction si le prix, qui en est la contrepartie est insuffisant. Cependant, en pratique, cette solution n'est pas souhaitable. En effet, le rééquilibrage doit respecter la nature profonde du contrat qui est l'échange de valeurs, l'échange d'utilités³⁵⁴¹. La partie créancière de l'obligation de donner, même si elle a commis un abus de puissance économique, est en droit d'attendre une certaine utilité de la prestation, dont elle bénéficie, après le rééquilibrage. Supprimer purement et simplement une obligation de donner, au motif que le prix est insuffisant, rééquilibrerait certes les prestations, mais ne satisferait pas l'exigence d'utilité. Dans ces conditions, il serait plus opportun de réévaluer le prix insuffisant. Ce raisonnement est identique pour la réduction de l'obligation de faire. En ce qui concerne l'obligation de ne pas faire, le juge peut parfaitement l'imposer à la partie économiquement puissante qui a imposé l'absence d'une telle clause dans un contrat pour lequel cette obligation est essentielle. Prenons l'exemple de la cession d'un fonds de commerce, contrat dans lequel il n'est pas admissible que le vendeur s'affranchisse de son obligation de non-concurrence³⁵⁴². Inversement, la Cour de cassation a autorisé la suppression de la clause de non-concurrence lorsqu'elle est disproportionnée par rapport à l'objet du contrat³⁵⁴³. Mais on aborde ici le problème de la révision des clauses accessoires, ou annexes, par rapport à l'obligation essentielle ou fondamentale.

2/ LA REVISION PARTIELLE

³⁵³⁷ Articles 1136 et suiv. du Code civil.

³⁵³⁸ Article 1142 et suiv. du Code civil.

³⁵³⁹ L'obligation de donner se définit comme celle portant sur le transfert de propriété d'une chose.

³⁵⁴⁰ Cependant cf. infra n°751 et suiv., sur la création judiciaire d'obligation. Mais dans la plupart des cas, l'inexécution d'une telle obligation se traduit par des dommages-intérêts.

³⁵⁴¹ Cf. J.M. Poughon, thèse précitée, n°237 et suiv.

³⁵⁴² Cf. supra n°456 pour un rattachement de l'obligation de non-concurrence dans la vente de fonds à l'interdiction de s'exonérer par avance de la garantie d'éviction par son fait personnel.

³⁵⁴³ Cf. supra n°462 et suiv.

745 . Bien entendu la révision partielle correspond à la sanction du déséquilibre de même nature, qui se définit comme celui portant sur des clauses annexes ou accessoires³⁵⁴⁴. La révision partielle est, dans notre droit positif, extrêmement fréquente. On la retrouve, notamment, dans toutes les lois modernes qui réputent non écrites certaines clauses abusives ou illicites. Il s'agit d'une révision par suppression, ou amputation. Le rapprochement de ces dispositions législatives avec la révision pour cause de lésion a été flagrant lorsque, le 14 mai 1991, la Cour de cassation a autorisé la suppression des clauses abusives, sans référence à un quelconque décret d'application de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978³⁵⁴⁵. Recherchant quel pouvait bien être le fondement juridique de cette solution *contra legem*, M. Carbonnier a fait remarqué que la notion d'avantage excessif, utilisé comme critère de suppression des clauses abusives, renvoyait directement à la lésion³⁵⁴⁶. La sanction, qui consiste à ne supprimer que la clause litigieuse, en laissant intact le reste du contrat, contribue encore à renforcer le rapprochement avec la révision pour cause de lésion. Avant d'étudier le régime juridique de cette révision partielle du contrat par contraction, il convient de distinguer cette notion de la sanction qui répute non écrites les clauses abusives.

a - L'originalité du régime des clauses réputées non écrites

746 . Dans sa majorité, la doctrine considère que le concept de « *clause réputée non écrite* », fréquemment utilisé en matière de législation économique, est régi par un régime original et spécifique, distinct de celui de la nullité partielle³⁵⁴⁷. Notamment, MM. Kullmann et Cottureau³⁵⁴⁸ ont posé le principe selon lequel la clause réputée non écrite relève du régime de l'inexistence et non de celui de la nullité partielle³⁵⁴⁹. La sanction utilisée serait donc particulièrement sévère puisqu'elle revient à instaurer la fiction consistant à considérer comme inexistante une clause qui est pourtant écrite dans le contrat. Le juge ne pourrait donc que constater l'inexistence de cette clause, sans avoir à en prononcer l'annulation. La rigueur de ce régime est renforcée par le caractère imprescriptible de l'action, ce qui permettrait d'agir à toute époque.

Ce régime ne peut être satisfaisant qu'à la condition d'élaborer, sur le plan législatif ou décrétoal, une liste noire des clauses abusives devant être réputées non écrites. En effet l'extrême rigueur de la sanction et l'automatisme de son déclenchement est incompatible avec le droit positif actuel, qui laisse au juge le pouvoir d'apprécier, sous le contrôle de la Cour de cassation, si une clause est abusive ou non. Or, depuis la promulgation de la loi Scrivener du 10 janvier 1978, il a été possible de mesurer l'échec du pouvoir législatif ou réglementaire en la matière. A vrai dire, l'éradication des clauses abusives relève moins du domaine de l'inexistence que de celui de la révision du contrat par suppression, ou contraction, ce qui impose de conférer à la révision partielle du contrat un régime plus souple que celui proposé par MM. Kullmann et Cottureau.

³⁵⁴⁴ Cf. supra n°657 et suiv.

³⁵⁴⁵ Dalloz, 1991, 449; J.C.P., 1991, II, 21763, note G. Paisant.

³⁵⁴⁶ J. Carbonnier, op. cit., n°83, p.148.

³⁵⁴⁷ J. Carbonnier, op. cit., n°104; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°329; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1987, p.737; voir cependant, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, qui semblent assimiler ces deux notions, op. cit., n°395, p.302.

³⁵⁴⁸ J. Kullmann, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, Dalloz, 1993, chron.59 et suiv.; V. Cottureau, *La clause réputée non écrite*, J.C.P., 1993, I, 3691.

³⁵⁴⁹ C'était l'idée de M. Carbonnier, qui parle de « *caviardage* » ou de gommage des clauses, op. cit.

b - Le régime de la révision partielle

747. Il est indispensable en la matière, de conférer au juge les plus larges pouvoirs d'appréciation, quant à l'opportunité d'une rescision ou d'une révision du contrat, et dans ce dernier cas, quant aux moyens de révision. Ainsi, le rééquilibrage du contrat peut se traduire par la suppression d'une clause conférant un avantage excessif à la partie économiquement puissante. Le juge évite par ce moyen l'anéantissement intégral du contrat qui, parfois, entraîne, au préjudice du contractant économiquement faible, l'obligation de restituer immédiatement ce qu'il a perçu, ou bien de sortir d'un contrat qui, globalement, présentait un intérêt économique certain. Par exemple, un distributeur exclusif qui est prisonnier d'une clause draconienne lui imposant l'achat de stocks pléthoriques, a intérêt à faire supprimer cette clause sans toutefois perdre le bénéfice de son contrat. En pratique, ces clauses entraînent des avantages excessifs au bénéfice des fournisseurs qui utilisent, par ce biais, la trésorerie de leur partenaire. Il s'agit donc bien d'une révision de l'équilibre du contrat, par la suppression d'une clause.

748. Denis Mazeaud a montré que la volonté d'écarter le juge de la lutte contre les clauses abusives a été vaine en droit de la consommation, le juge ayant, de son propre chef « réécrit la loi »³⁵⁵⁰. Mais ce pouvoir judiciaire autonome favorise-t-il l'insécurité? M. Denis Mazeaud le redoute pour deux raisons. D'abord, la « fluidité de la clause abusive » ouvre un potentiel d'intervention infini pour le juge, ce qui empêche toute prévisibilité et gestion des risques dans les contrats. Ensuite, la notion d'abus semble rétive à tout effort de conceptualisation³⁵⁵¹. Par ailleurs, M. Denis Mazeaud estime que cette fragilisation du contrat serait, à la limite acceptable, si le juge ne pouvait être écarté par le contrat, ce qui est le cas lorsqu'il existe une clause d'option³⁵⁵², lorsque le consommateur n'agit pas en justice mais exécute la clause abusive, ou encore lorsqu'il existe une chaîne de contrats dans laquelle l'un des maillons bénéficie d'une clause limitative de responsabilité. Mais ces arguments ne nous paraissent pas décisifs. S'agissant de l'insécurité juridique dans les contrats, il faut tout de même avouer qu'elle peut difficilement être plus grande qu'aujourd'hui, dans la mesure où on ignore le contenu exact de la définition du consommateur et du non professionnel, et où la jurisprudence altère des notions classiques du droit commun des obligations afin de sanctionner les abus de puissance économique en marge de la législation consumériste. Evidemment, la notion de clause abusive n'a pas un contenu préétabli mais n'est-ce pas le cas de beaucoup de notions juridiques pourtant incontestées, tels que la faute ou la causalité? Certes l'abus est difficilement conceptualisable, mais nous avons montré qu'il était possible d'y parvenir par une appréciation concrète des déséquilibres économiques. Cette méthode ne supprime pas toutes les incertitudes d'un trait de plume, cependant, est-il raisonnable de croire qu'une institution ou une notion juridique ait ce pouvoir? En ce qui concerne l'éviction du juge par le contrat, l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1990 ne permet pas de tirer une telle conclusion. En l'espèce la clause d'option était réelle, et il faut avoir à l'esprit que la clause limitative de responsabilité n'est abusive que si elle est excessive. Or, le choix donné au consommateur supprime l'excès. Par ailleurs la jurisprudence en matière de chaîne de contrats pose problème en ce qui concerne la validité des clauses limitatives de responsabilité parce qu'on limite la protection au seul consommateur. Si ce type de clause pouvait être déclaré abusif chaque fois qu'il y a déséquilibre de puissance économique la difficulté serait, par là-même, résorbée; chaque maillon de la chaîne ayant la possibilité d'obtenir la suppression de cette clause en cas d'inégalité de puissance économique.

³⁵⁵⁰ D. Mazeaud, *Le juge face aux clauses abusives*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993.

³⁵⁵¹ En ce sens, J.L. Aubert, note sous Cass. Civ. 1ère, 6 décembre 1989, Defrénois, 1991, Art. 34987, p.366.

³⁵⁵² Cass. Civ. 1ère, 17 juillet 1990, J.C.P., 1991, II, 21674, note G. Paisant.

749 . Il est possible d'objecter que la trop grande souplesse de ce régime nuit à la prévention des abus de puissance économique. En effet, sachant qu'ils sont à l'abri d'une annulation intégrale de l'acte, les économiquement puissants pourront faire le calcul suivant : mieux vaut imposer le maximum de clauses abusives, car soit elles seront exécutées volontairement par l'autre partie, soit en cas de conflit, elles seront supprimées sans causer d'autres « *dégâts* ». Cependant compte tenu des larges pouvoirs du juge, ils ne pourront jamais se croire à l'abri d'une rescision du contrat. En outre, le juge peut prononcer une condamnation à des dommages-intérêts destinée à réparer le préjudice subi à raison de l'exécution de la clause abusive. Enfin et surtout, rien n'empêche le législateur, dans certaines hypothèses, d'instaurer un régime plus rigide, plus comminatoire. La lésion n'est qu'une sanction *a posteriori* et individuelle, qui doit être complétée par un volet législatif préventif et collectif.

Reste que, s'agissant de la révision partielle, seule la suppression des clauses a été abordée. Ne peut-on pas imaginer que le juge ait le pouvoir de rééquilibrer le contrat en ajoutant des clauses et des obligations ne s'y trouvant pas lors de la formation? On passerait alors de la révision par contraction à la révision par adjonction. Il convient d'être très prudent : supprimer des obligations contractuelles excessives ou disproportionnées est une chose, en ajouter en est une autre. Admettre, de façon générale, un tel pouvoir aurait pour conséquence d'instaurer l'insécurité juridique la plus totale dans les contrats. Non seulement les parties supporteraient le risque de voir supprimer certaines de leurs stipulations, mais en plus, elles ignoreraient les nouvelles clauses que l'imagination du juge mettrait à leur charge. S'agissant de clauses accessoires au contrat le pouvoir d'adjonction est difficilement tolérable³⁵⁵³. Il est, en tout cas, distinct de l'office du juge qui inclut le contrôle de l'équilibre des conventions et le respect des principes de justice et d'équité. En ajoutant des clauses au contrat, le juge dépasserait ce rôle, et se transformerait en rédacteur de convention.

750 . Pourtant, et c'est un paradoxe intéressant, la jurisprudence a joué un rôle créateur d'obligations, lorsque le déséquilibre de puissance économique entre les parties le justifiait. Certes, il ne s'agit pas, pour le juge, de rédiger des clauses contractuelles pour les imposer aux justiciables qui l'ont saisi d'une difficulté, mais il n'en reste pas moins que l'obligation, imposée par la juge à la partie économiquement puissante, ne se trouvait pas dans les stipulations initiales des contrats. C'est en ce sens que l'on peut dire que la puissance économique est une source de création judiciaire d'obligations, indépendamment de toute notion d'abus.

³⁵⁵³ Cf. pour un exemple, T.C. Paris, 14ème ch., 14 avril 1972, G.P., 1972, 2, 750 : « *pour remédier à l'abus que constitue la stipulation au profit d'une seule partie de clauses limitatives de responsabilité, il est possible de prévoir qu'implicitement les parties ont prévue la réciprocité* ».

CHAPITRE II

LA PUISSANCE ECONOMIQUE, SOURCE D'OBLIGATIONS

751. La question de savoir si la jurisprudence est une autorité ou une source de droit fait l'objet, en doctrine, d'un débat ancien et classique. M. Carbonnier explique que la jurisprudence ne peut être qu'une simple autorité en droit, car l'article 5 du Code civil interdit formellement au juge de rendre des arrêts de règlements, comme le faisaient les Parlements de l'Ancien Régime³⁵⁵⁴. Le cantonnement du rôle de la jurisprudence au rang de simple autorité doit être rattaché au principe politique de séparation des pouvoirs législatif et judiciaire et au principe juridique de l'autorité relative de la chose jugée définie à l'article 1351 du Code civil. La jurisprudence « *influe plus ou moins fortement sur la décision, sans jamais l'imposer en droit* »³⁵⁵⁵. A l'inverse, M. Terré considère que la jurisprudence est une source de droit à part entière³⁵⁵⁶. En effet, l'article 4 du Code civil fait obligation aux tribunaux de juger malgré le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. Or, les lois modernes étant souvent imparfaites et ambiguës, le rôle créateur du juge a connu un développement significatif. En outre, l'oeuvre unificatrice de la Cour de cassation favorise l'émergence de règles générales, au delà des éléments individuels de chaque cas d'espèces.

Ces deux positions ne sont pas, en réalité, aussi éloignées l'une de l'autre qu'il n'y paraît. Si la jurisprudence est une source de droit, ce n'est qu'une source incomplète et limitée³⁵⁵⁷. Notamment, la jurisprudence ne peut être une source formelle du droit. Mais, en rejetant tout positivisme juridique³⁵⁵⁸, on peut considérer qu'elle est une source matérielle du droit. En revanche, si l'on estime qu'elle n'est qu'une autorité de droit, ce n'est qu'à la condition de préciser qu'elle fait partie intégrante du droit positif³⁵⁵⁹. Au-delà de cette discussion, qui porte essentiellement sur une question de vocabulaire, la doctrine est unanime à reconnaître l'audace créatrice de la Cour de cassation, notamment dans le domaine des principes généraux du droit qui sont découverts, ou plus exactement créés, en l'absence de textes par le juge³⁵⁶⁰.

752. En matière contractuelle, il est habituel de rattacher le pouvoir créateur du juge à l'interprétation des conventions. Sous couvert d'interpréter les stipulations contractuelles, le juge découvre des obligations que la commune volonté des parties ignorait au plus haut point. Selon les auteurs, on parle de « *forçage* » du contrat, « *d'interprétation divinatoire* », de « *réfection* » ou encore de « *renforcement* » du contenu du contrat par le juge³⁵⁶¹. Nous avons montré que ce rattachement du pouvoir créateur du juge à l'interprétation du contrat est artificiel et erroné³⁵⁶². Il faut, plus correctement, le rattacher à l'office naturelle du juge, qui est chargé de trancher un litige selon les règles légales et réglementaires en vigueur, mais avec une certaine autonomie pour

³⁵⁵⁴ J. Carbonnier, *Introduction*, n°144.

³⁵⁵⁵ Op. cit.

³⁵⁵⁶ F. Terré, *Introduction générale au droit*, n°228.

³⁵⁵⁷ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°508 et suiv.

³⁵⁵⁸ En ce sens, F. Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, Collec. Méthodes du droit, 1991, p.145 et suiv.

³⁵⁵⁹ J. Carbonnier, op. cit., p.272-273.

³⁵⁶⁰ J. Ghestin, et G. Goubeaux, op. cit., n°491 et suiv.; cf. cependant J. Carbonnier, op. cit., n°139.

³⁵⁶¹ J. Carbonnier, *Les obligations*, n°146; J. Ghestin, op. cit., n°43; J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°407; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°632.

³⁵⁶² Cf. supra n°385 et suiv.

modeler, compléter, voir modifier le sens de celles-ci lorsque cela est nécessaire³⁵⁶³. Ces libertés, que le juge s'octroie par rapport aux dispositions légales, se retrouvent évidemment lors de l'application des conventions.

Mais le rattachement du pouvoir créateur à la mission du juge n'explique pas selon quels critères il décide de « forcer » le contrat au lieu de l'appliquer purement et simplement. L'interprétation et la bonne foi ayant été écartées³⁵⁶⁴, MM. Malaurie et Aynès ont proposé le fondement de l'équité contenu dans l'article 1135 du Code civil³⁵⁶⁵. Il est certain que le pouvoir créateur du juge se rattache plus logiquement à la notion d'équité qu'à celle de bonne foi. Cependant la référence à l'équité, ou aux notions de justice et d'utilité sociale, ne fournit pas un véritable critère juridique, même si l'idée de rétablir la justice contractuelle anime le juge quand il crée de toute pièce une obligation à la charge d'une partie contractante. Néanmoins, l'article 1135 pourra servir de fondement textuel à l'intervention du juge tendant au rééquilibrage des contrats en cours d'exécution.

753. Le critère juridique ne peut-il pas être trouvé dans le déséquilibre manifeste de puissance économique? Dans son étude de l'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, M. Calais-Auloy écrit : « *il s'agit ici d'une rupture avec l'interprétation classique du Code civil : des clauses sont supprimées, d'autres sont ajoutées, sans aucune référence à la volonté commune des contractants* »³⁵⁶⁶. Or, le rééquilibrage du contrat, par la création judiciaire d'obligations, s'effectue toujours en sens unique : au profit du consommateur et au détriment du professionnel³⁵⁶⁷. Il paraît donc intéressant d'analyser les rapports entre le pouvoir créateur du juge et la puissance économique, en partant de l'hypothèse, qu'il faudra par la suite vérifier, que le juge a tendance à créer des obligations à la charge du contractant économiquement puissant afin de rééquilibrer, au profit de l'économiquement faible, le contenu du contrat initialement conclu.

Ce rééquilibrage rappelle fortement la notion de lésion et, en particulier, l'une de ses sanctions : la révision du contrat. Ainsi, comme dans l'abus de puissance économique, l'objectif du juge sera de parvenir à un équilibre contractuel, en partant du constat du double déséquilibre existant d'une part entre la puissance économique de chaque partie contractante, et d'autre part entre la valeur des droits et obligations réciproques. Mais, contrairement à la sanction de l'abus de puissance économique, qui consiste, principalement, dans la rescision et la révision par réduction ou par contraction, ici, le déséquilibre va être compensé par une adjonction d'obligations. La création judiciaire d'obligations doit donc être étudiée, au regard de son contenu et de son objet. Il conviendra ensuite d'analyser les sanctions des obligations judiciairement créées.

SECTION I

LA CREATION JUDICIAIRE D'OBLIGATIONS

³⁵⁶³ P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, in Mélanges Couzinet, 1974, p.329 et suiv. et spéc. p.334 et 366 et suiv.

³⁵⁶⁴ Cf. supra.

³⁵⁶⁵ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°632; cf. également J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°51, qui propose d'expliquer le renforcement judiciaire des contrats par les critères de justice et d'utilité sociale.

³⁵⁶⁶ R.T.D. Civ., 1994, 249.

³⁵⁶⁷ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°632.

754 . Avant d'aborder le contenu et le régime juridique des obligations judiciairement créées, il convient d'effectuer une mise au point de vocabulaire. Dans une étude consacrée au rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs, Paul Roubier a proposé de distinguer le devoir de l'obligation³⁵⁶⁸. A la différence de l'obligation, qui se caractérise par une face active, la créance, et une face passive, la dette, « *le devoir juridique ne peut-être compté au passif du patrimoine de celui qui en est tenu* »³⁵⁶⁹. Ce n'est qu'une éventualité abstraite : « *Dans tout devoir juridique, on reconnaîtra ainsi le principe possible d'une dette, qui n'existe auparavant qu'à l'état d'éventualité* »³⁵⁷⁰.

De cette distinction, Roubier tirera, quelques années plus tard, une théorie des droits subjectifs³⁵⁷¹. Selon Roubier, une distinction fondamentale doit être faite entre deux catégories de situations juridiques : « *dans les unes l'élément de la prérogative et de l'avantage pour le titulaire de la situation apparaît au premier plan : ce sont les situations juridiques subjectives, c'est-à-dire celles qui tendent à créer principalement les droits plutôt que les devoirs. Dans les autres, l'élément du devoir, de la charge, est prédominant : ce sont les situations juridiques objectives, c'est-à-dire celles qui tendent à reconnaître des devoirs plutôt que des droits* »³⁵⁷². Dans la seconde catégorie, Roubier distingue les devoirs généraux humains, issus des principes généraux du droit, qui sont au nombre de deux : ne pas causer de dommage injuste à autrui, et ne pas s'enrichir sans cause juridique aux dépens d'autrui, d'une part, et les devoirs spéciaux issus des lois et usages, tels que les devoirs de diligence, de garantie, de sécurité, d'autre part³⁵⁷³.

755 . Au vue de cette distinction, les « *obligations* » contractuelles créées par le juge devraient être qualifiées de « *devoirs juridiques* », car leur existence n'a pas pour source la volonté des parties, mais bien des principes préétablis, s'imposant à tous de manière générale, eu égard aux fonctions et à la profession de la personne qui y est soumise³⁵⁷⁴. C'est donc l'élément du devoir qui prend le pas sur celui de la prérogative. Ainsi, le juge créera un devoir de renseignement et le mettra à la charge du professionnel contractant, en raison du savoir détenu par ce dernier. S'agissant d'une véritable création, et non d'une simple interprétation de la volonté des parties, la qualification d'obligations semble erronée. Cependant, si l'utilisation du terme devoir pour désigner les « *obligations* » judiciairement créées, n'est pas erronée compte tenu des travaux de Roubier, elle présente l'inconvénient de détacher artificiellement du contrat initial le pouvoir créateur du juge. En effet, le juge utilise son pouvoir créateur pour rééquilibrer les prestations réciproques issues d'un contrat. Il faut donc, pour comprendre le fondement et le critère de cette démarche, apprécier et comparer la valeur des droits et obligations contractés par chacune des parties. Dans ces conditions, il est primordial d'appréhender dans sa globalité, l'obligation créée par le juge, en ne négligeant ni la face passive, ni la face active. Car, si une obligation est judiciairement créée, ce n'est pas seulement parce qu'une des parties est économiquement puissante, c'est aussi parce que son partenaire est économiquement faible. La force active de l'obligation, la créance, a donc une importance que la notion de devoir ne permet pas de faire ressortir³⁵⁷⁵. C'est la raison pour laquelle,

³⁵⁶⁸ P. Roubier, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, Arch. Philo. du droit, Sirey, 1957, p.2 et suiv.

³⁵⁶⁹ Op. cit., p.49.

³⁵⁷⁰ Op. cit., ex. : l'article 1382 du Code civil traduit le devoir juridique de ne pas causer un dommage injuste à autrui. Ce n'est pas une obligation tant qu'un dommage n'est pas survenu.

³⁵⁷¹ P. Roubier, *Les prérogatives juridiques*, Arch. Philo. du droit, 1960, p. 65 et suiv.; *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963.

³⁵⁷² *Droits subjectifs et situations juridiques*, p.53 et suiv.

³⁵⁷³ *La rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, précité, p.57 et suiv.

³⁵⁷⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, p.268, 3ème définition du devoir.

³⁵⁷⁵ Cf. M. Fabre-Magnan, thèse précitée, n°4 à 7, qui privilégie les termes « *d'obligation d'information* » par rapport à ceux de « *devoirs d'information* », en raison de la plus grande précision juridique des premiers.

nous utiliserons le terme obligation pour désigner le fruit du pouvoir créateur du juge, et étudier le contenu de cette catégorie ainsi que son régime.

PARAGRAPHE 1 - LE CONTENU DE LA CATEGORIE DES OBLIGATIONS JUDICIAIREMENT CREEES

756 . L'analyse du contenu de la catégorie des obligations judiciairement créées donne l'occasion de modérer le postulat que nous avons posé, à savoir que le pouvoir créateur du juge est lié au déséquilibre de puissance économique existant entre les contractants. En effet, toutes les obligations judiciairement créées ne répondent pas à ce critère. C'est le cas pour l'obligation de sécurité que les juges découvrent dans certains contrats, notamment le contrat de transport de personnes³⁵⁷⁶. Certes une première idée peut partir du constat que l'obligation de sécurité a surtout été imposée par le juge dans les contrats conclus entre un professionnel, prestataire de services ou vendeur, et un consommateur, victime d'un dommage corporel³⁵⁷⁷. Dans la plupart des cas, l'obligation de sécurité est mise à la charge d'un contractant économiquement puissant dans le but de protéger un économiquement faible. L'exemple des entreprises nationales ou multinationales de transport, face aux voyageurs isolés et désarmés, est caractéristique. En outre, le professionnel sera le plus souvent assuré, ce qui augmente sa puissance financière et le déséquilibre existant avec la situation du particulier victime de lésions corporelles.

757 . Cependant, si cette explication comporte une part de vérité, elle ne suffit pourtant pas à justifier la création de l'obligation de sécurité. En effet, même en présence de contractants de puissance économique équivalente, le juge créera une obligation de sécurité si l'intégrité physique d'une personne a été atteinte. Si un multimilliardaire est victime d'une catastrophe aérienne, ses ayants droits recevront une indemnisation réparant leur préjudice, dans la limite des dispositions légales, comme tous les autres passagers. Il est donc clair que la raison d'être de l'obligation de sécurité doit être recherchée, avant tout, du côté de l'intégrité physique et du respect de la personne humaine³⁵⁷⁸. C'est la considération du dommage corporel subi par la victime qui incline le juge à rechercher des fondements juridiques permettant, à coup sûr, une indemnisation. Si en 1911, la jurisprudence s'est placée sur le terrain contractuel pour imposer l'obligation de sécurité, c'est en raison de la nécessité, pour la victime, d'apporter la preuve d'une faute du transporteur, puisqu'à l'époque, l'article 1184 al. 1er n'avait pas encore connu l'extension qui sera la sienne lors de l'arrêt Jand'heur³⁵⁷⁹. Depuis, le terrain contractuel ne présente plus les mêmes avantages quant à la facilité de réparation, notamment lorsque l'obligation de sécurité n'est que de moyens³⁵⁸⁰. C'est sans doute ce qui explique, depuis quelques années, le reflux de la responsabilité contractuelle au profit de la responsabilité délictuelle³⁵⁸¹. La question de la réparation du préjudice corporel est tellement

³⁵⁷⁶ Cass. Civ., 21 novembre 1911, Sirey, 1912, 1, 73, note Lyon-Caen; cf. l'abondante jurisprudence citée par Mme Y. Lambert-Faivre, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, Dalloz, 1994, chron. 82, note n°5; J. Calais-Auloy, *Ne mélangeons plus conformité et sécurité*, Dalloz, 1993, chron.130.

³⁵⁷⁷ Cf. J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrat*, R.T.D. Civ., 1994, 239 et spéc. 251.

³⁵⁷⁸ En ce sens, Y. Lambert-Faivre, chron. préc.; P. Jourdain, *L'obligation de sécurité*, G.P., 1993, Doct. 171.

³⁵⁷⁹ Arrêt précité.

³⁵⁸⁰ H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1792 et suiv.

³⁵⁸¹ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, n°168, p.287; Cass. Civ. 1ère, 7 mars 1989, Dalloz, 1991, 1, note P. Malaurie.

sensible que certains auteurs estiment qu'elle devrait relever exclusivement de la responsabilité délictuelle, par application des articles 1382 et 1383 du Code civil³⁵⁸².

Ce n'est évidemment pas le lieu pour prendre position sur ce problème, mais cette tendance moderne conforte l'idée selon laquelle l'obligation, ou plus exactement le devoir, de sécurité trouve sa source dans le souci de réparer une atteinte à l'intégrité physique et non dans celui de rééquilibrer un contrat dans lequel les parties sont de puissance économique manifestement inégale³⁵⁸³. C'est en revanche le cas pour les obligations de surveillance et d'information, qui ont été expressément consacrées en droit positif. Ça l'est également pour une obligation, dont la consécration n'a été jusqu'à maintenant qu'implicite : l'obligation de préserver l'équilibre contractuel.

A - LES OBLIGATIONS EXPRESSEMENT RECONNUES PAR LE DROIT POSITIF

La lecture des décisions de jurisprudence publiées dans les revues juridiques enseigne l'existence de deux grands types d'obligation créés par le juge en raison du déséquilibre de puissance économique existant entre les contractants : l'obligation de surveillance et l'obligation d'information³⁵⁸⁴. Nous préférons laisser de côté l'obligation de reclassement à la charge de l'employeur, à la suite d'un licenciement économique. En effet, cette obligation, compte tenu de ses spécificités, ressortit davantage au droit du travail qu'à la théorie générale des obligations³⁵⁸⁵, même si elle est en grande partie justifiée par la puissance économique présumée de l'employeur face aux salariés.

1/ L'OBLIGATION DE SURVEILLANCE

758. Il est des contrats dans lesquels l'obligation de surveillance est essentielle. En tant qu'obligation principale, elle commande leur qualification. Les contrats de « *gardiennage* » ou de coffre-fort peuvent être cités comme exemples³⁵⁸⁶. Entendue au sens large, l'obligation de

³⁵⁸² Y. Lambert-Faivre, art. préc. : « *l'obligation de sécurité transcende la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle* », G. Viney, op. cit.; A. Tunc, *Responsabilité*, Ency. Dalloz, 1991; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°813; cf. cependant, pour une position plus nuancée : P. Jourdain, art. préc. : « *En définitive, soit l'obligation de sécurité est de résultat, soit elle n'est pas contractuelle* », selon cet auteur, il faut distinguer si cette obligation est étroitement liée, ou au contraire étrangère, aux obligations principales du contrat.

³⁵⁸³ Voir en dernier lieu Cass. Civ. 1ère, 17 janvier 1995, Dalloz, 1995, 350, note P. Jourdain : « *attendu que le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens; qu'il en est responsable tant à l'égard des tiers que de ses acquéreurs* »; M. Jourdain estime qu'il s'agit d'une consécration de la nature délictuelle de l'action. Cf. cependant l'édition 1995-96 du Code civil Dalloz qui répertorie cette décision sous l'article 1147, en note n°41 intitulée « *Responsabilité contractuelle du fait des choses* ».

³⁵⁸⁴ Cette dernière est prise dans le sens très large que lui a donné, dans sa thèse, Mme Fabre-Magnan, l'obligation d'information englobant le renseignement, la mise en garde et le conseil; thèse précitée, n°8 et suiv.

³⁵⁸⁵ Cf. Cass. Soc. 17 mai 1995, Dalloz 1995, 436 note G. Couturier; JCP 1995 II 22461, note Y. Saint-Jours; B. Teyslié, *Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique*, JCP 1996 I 3902.

³⁵⁸⁶ Cass. Civ. 1ère, 21 mai 1957, Bull. Civ. I, n°226, « *le contrat constitué par la mise d'un compartiment à la disposition d'un client par une banque est un louage comportant pour celle-ci une obligation particulière de surveillance (...)* »; Cass. Civ. 1ère, 15 novembre 1988, Dalloz, 1989, 349, note P. Delebecque, « *la Cour d'appel a justement énoncé que le contrat de coffre-fort faisait naître à la charge du banquier une obligation particulièrement stricte de surveillance (...)* ».

surveillance se retrouve aussi dans l'obligation de garde inhérente au contrat de dépôt, et prévue à l'article 1927 du Code civil³⁵⁸⁷. Mais parfois, le juge crée une obligation de surveillance, à la charge de la partie économiquement puissante, dans le cadre d'un contrat où on ne l'attendait pas forcément. Dans cette hypothèse, l'obligation de surveillance prend la forme d'une obligation de contrôle. La Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 26 février 1991, que « *toute entreprise de travail temporaire est tenue d'une obligation de prudence dans le recrutement du personnel qu'elle fournit* »³⁵⁸⁸. En l'espèce, l'entreprise de travail temporaire a été condamnée à supporter les conséquences dommageables des escroqueries commises par le travailleur intérimaire, ce dernier ayant déjà été condamné auparavant pour abus de confiance. Par conséquent, l'entreprise de travail intérimaire aurait dû contrôler la moralité du travailleur en question avant de le mettre à disposition d'une autre entreprise. Cette jurisprudence doit être rapprochée de la décision de la deuxième Chambre civile en date du 4 octobre 1995, dans laquelle il est précisé qu'un administrateur de biens a l'obligation de vérifier l'accomplissement des obligations imposées au locataire, en particulier la souscription d'une assurance³⁵⁸⁹. Cette jurisprudence est suivie, en droit bancaire, par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui impose au banquier une obligation de surveillance et de vérification au moment de l'ouverture d'un compte³⁵⁹⁰.

759. Plus caractéristique encore est la jurisprudence qui impose au banquier l'obligation de surveiller l'affectation des fonds prêtés. En cette matière, le principe est que le client de la banque a la libre disposition des fonds prêtés³⁵⁹¹. Ce principe n'est, d'ailleurs, qu'une conséquence logique de la fongibilité et de la consomptibilité de la monnaie qui entraînent, dans le prêt de consommation, le transfert de propriété des biens prêtés³⁵⁹². Cependant dans certains cas, la Cour de cassation a admis la condamnation d'un banquier, sur le fondement de la responsabilité civile, qui n'a pas surveillé l'emploi des fonds prêtés³⁵⁹³. Selon les auteurs de droit bancaire, il faut distinguer d'une part les crédits destinés à financer les besoins en fonds de roulement de l'entreprise, dont le banquier n'a pas à surveiller l'affectation réelle, et d'autre part, ceux affectés au financement d'une opération particulière dont il doit surveiller la destination³⁵⁹⁴. Nul doute que cette distinction a pour source la puissance financière des établissements bancaires, qui leur permet de mettre en place des processus efficaces de contrôle. On retrouve d'ailleurs une jurisprudence similaire dans le cadre de la responsabilité civile des commissaires aux comptes de sociétés, tant à l'égard des tiers que de la société, lorsque ne sont pas effectuées « *les investigations inhérentes à sa mission* »³⁵⁹⁵. Mais la raison profonde de l'évolution de la jurisprudence, en matière de surveillance de l'utilisation du crédit, doit également être recherchée du côté de la puissance informationnelle des banques.

³⁵⁸⁷ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°880 : « *l'étendue qu'ont les obligations de surveillance et d'entretien dépend de la nature de la chose* »; Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1989, Bull. Civ. I, n°305 : Est responsable le dépositaire qui « *n'a pas pris les précautions suffisantes, en omettant d'équiper son magasin d'une alarme sonore et de prolonger jusqu'en haut la grille protégeant la porte d'entrée en glace* ».

³⁵⁸⁸ Cass. Civ. 1ère, 26 février 1991, Dalloz, 1991, 605, note C. Lapoyade-Deschamps.

³⁵⁸⁹ JCP 1995 IV 2413; Juris-Data n°002431; voir aussi : CA Colmar 2ème Ch. civ., 6 janvier 1995, JCP 1995 IV 1920; Juris-Data n°041299 : l'architecte ou maître d'oeuvre est tenu de donner toutes les instructions nécessaires à l'entrepreneur pour la bonne exécution des plans. Sa responsabilité peut être retenue pour son manquement dans la surveillance du chantier.

³⁵⁹⁰ Cass. Com. 17 octobre 1995 JCP 1995 IV 2556; Juris-Data n°002557.

³⁵⁹¹ Cass. Civ. 3ème, 15 février 1978, Bull. Civ. III, n°82.

³⁵⁹² Art. 1893 du Code civil.

³⁵⁹³ Cass. Com., 18 mai 1993, Bull. civ. IV, n°190; R.T.D. Com., 1994, 84, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

³⁵⁹⁴ Rives-Lange et Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Précis, Dalloz, 1995, n°650 et suiv.; A. Couret, J. Devèze, et G. Hirigoyen, *Lamy droit du financement*, 1996, n°2655.

³⁵⁹⁵ Cass. Com., 10 mars 1992, n°90-13.701 B, cité in *Lamy sociétés commerciales*, 1995, n°1139.

2/ L'OBLIGATION D'INFORMATION

760. Le critère de création, par le juge, d'une obligation d'information, qu'elle soit de renseignement, de mise en garde ou de conseil³⁵⁹⁶, réside essentiellement dans le déséquilibre de puissance informationnelle. En matière de vices cachés dans la vente, la présomption irréfragable de connaissance du vice pèse sur le vendeur en raison de sa qualité de professionnel. Dans le domaine du financement, la qualité de professionnel du crédit implique une obligation rigoureuse de se renseigner. Ainsi, le banquier sollicité pour l'octroi d'un financement doit s'informer sur la situation économique et financière de son client³⁵⁹⁷. Par exemple, la banque doit exiger, avant l'octroi d'un financement, la production de documents comptables certifiés par le commissaire aux comptes³⁵⁹⁸ ou, lorsque le dernier bilan n'a pas été encore établi, d'une situation comptable intermédiaire³⁵⁹⁹. Récemment, la Cour de cassation a retenu la responsabilité d'une banque, à l'égard de l'emprunteur qui a octroyé un concours excessif pour l'acquisition d'un tracteur affecté à une petite exploitation agricole³⁶⁰⁰. En l'espèce, le banquier s'est vu reprocher une « *légèreté blâmable* » en ne vérifiant pas la possibilité de remboursement de son client, la charge annuelle du remboursement dépassant le montant des revenus de l'exploitation, ce qui conduisait l'emprunteur « *à une ruine certaine* ». Compte tenu de cette rigueur, et de la fréquence des actions en responsabilité civile à l'encontre des banques, à l'initiative des mandataires liquidateurs ou des représentants des créanciers, on en vient à se poser la question de savoir si l'obligation de se renseigner ne s'est pas transformé en véritable obligation de conseil.

L'approche de l'obligation d'information sous l'angle du déséquilibre de puissance informationnelle permet de donner une réponse satisfaisante à cette question. Si, sur le plan financier, il existe entre le banquier et son client un grave déséquilibre de puissance informationnelle, le juge aura une tendance légitime à mettre à la charge du premier une obligation de conseil sur l'opportunité de la demande de prêt. C'est le cas en matière de crédit à la consommation, le banquier ayant aujourd'hui l'obligation de vérifier l'état général d'endettement de son client³⁶⁰¹. Ainsi, il a été jugé que le banquier avait une obligation de conseil à l'égard d'un consommateur, lorsqu'il apparaît que les charges des prêts sont excessives par rapport à la modicité des ressources de celui-ci³⁶⁰². Mais lorsque l'emprunteur potentiel est une entreprise, le banquier n'a aucune obligation de conseil quant à l'opportunité du financement³⁶⁰³. Cette solution est logique, car le financement est une fonction inhérente à l'entreprise, au même titre que les fonctions commerciales ou de production³⁶⁰⁴. Par conséquent, l'entreprise est sur un pied d'égalité avec la banque quand à la compétence en matière de choix et de stratégie de financement. Au besoin, si l'entreprise est de petite taille pour posséder elle-même cette compétence, elle aura recours à un

³⁵⁹⁶ J. Bernard de Saint Afrique, *Du devoir de conseil*, Defrénois 1995 p.913.

³⁵⁹⁷ Cass. Com., 11 décembre 1990, R.J.D.A., 1991, p.131; Cass. Com., 18 janvier 1994, R.J.D.A., 1994, n°682, sur l'inaction d'une banque suite à des fraudes commises par le gérant de la société bénéficiant de facilité de caisse alors que la connaissance de tels faits aurait dû alerter la banque et lui faire renforcer ses contrôles.

³⁵⁹⁸ Cass. Com., 25 mai 1985, Bull. Civ. IV, n°164; Cass. Com., 13 octobre 1983, J.C.P., 1985, II, 20415 note M. Vivant; R.T.D. Com., 1984, 498 obs. M. Cabrillac et B. Teyssié; Cass., Ass. Plen., 9 juillet 1993, R.J.D.A., 1994, n°65.

³⁵⁹⁹ C.A. Poitiers, 8 mars 1989, Banque 1989, 557, obs. Rives-Lange.

³⁶⁰⁰ Cass. Civ. 1ère, 8 juin 1994; Bull. Civ. I, n°206; R.T.D. Com., 1995, 170 et suiv., obs. M. Cabrillac.

³⁶⁰¹ Art. 12 al. 5, loi 31 décembre 1989.

³⁶⁰² Cass. Civ. 1ère, 27 juin 1995, Dalloz 1995, 621 note S. Piédelièvre.

³⁶⁰³ Cass. Com., 3 mars 1992, R.J.D.A., 1992, p. 492; P. Leclerq, *L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit*, R.J.D.A., 4/95, p.322 et suiv.; cf. cependant lorsque le client demande expressément un conseil : C.A. Pau, 22 février 1990, G.P., 1991, Som. 15.

³⁶⁰⁴ D. Lefebvre et E. Mollaret-Laforêt, *Droit en entreprise*, p.6.

expert comptable qui, lui, aura une obligation de conseil³⁶⁰⁵. Ainsi, le déséquilibre de puissance informationnelle est non seulement un critère pour la création judiciaire de l'obligation d'information, mais aussi pour la détermination de l'intensité de son contenu. A cet égard, la motivation d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Limoges est riche d'enseignements³⁶⁰⁶. En l'espèce, tout en acceptant le principe d'une obligation d'information du banquier envers son client, la Cour considère que « *la preuve de ce manquement n'est pas rapportée, les deux parties étant sur un pied d'égalité par rapport à l'information relative à la situation financière du fonds de commerce* »³⁶⁰⁷.

761. Caractéristique dans le domaine du financement, le lien entre la création judiciaire d'obligations d'information et le déséquilibre de puissance informationnelle se retrouve, de façon générale, dans tous les contrats³⁶⁰⁸. M. Jourdain a très justement rappelé que le devoir de se renseigner est la règle, l'obligation d'informer l'exception³⁶⁰⁹. A transposer à notre étude, ce principe signifie qu'en l'absence de déséquilibre de puissance informationnelle, le juge n'a pas à créer une obligation d'information. C'est également l'opinion de M. Le Tourneau, qui prône un allègement de l'obligation d'information lorsque l'acquéreur n'est pas un profane et l'acheteur un ignorant légitime³⁶¹⁰. Cet auteur suggère pertinemment une appréciation *in concreto* du savoir et de la compétence de chaque contractant afin de déterminer si l'obligation doit être allégée ou alourdie. C'est précisément ce que fait la Cour de cassation dans le contrat de vente entre professionnels. Dans un arrêt en date du 7 juin 1995, la première Chambre civile a décidé que « *s'agissant de l'achat d'un véhicule utilitaire par un entrepreneur de maçonnerie pour les besoins de son entreprise, le vendeur n'a pas l'obligation de s'informer auprès de son client des conditions d'utilisation auxquelles il le destinait, ni à informer celui-ci des caractéristiques techniques dont il était en mesure d'apprécier la portée* »³⁶¹¹. Cette doctrine rejoint la théorie économique dont les préceptes imposent de faire peser l'obligation d'information sur celui qui a le plus de facilités pour s'informer au moindre coût³⁶¹². « *Le raisonnement économique indique que le coût de l'ignorance doit peser sur la partie qui aurait pu éviter cette ignorance au meilleur marché* ». En règle générale, ce raisonnement consiste à faire peser l'obligation d'information sur le contractant économiquement puissant sur le plan informationnel. L'application de ce principe s'est révélé particulièrement éclatante dans le domaine de l'informatique.

762. S'il est un domaine où la détention de l'information et du savoir a une importance vitale, c'est bien dans celui de l'informatique. Or, l'informatique a grandement contribué, depuis quelques

³⁶⁰⁵ Cf. cependant Cass. Com., 18 mai 1993, Dalloz, 1994, 142, note I. Najjar : « *Quelles que soient les relations contractuelles entre le client et une banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme hors le cas où il en a connaissance* ».

³⁶⁰⁶ C.A. Limoges, 1ère ch. civ., 9 mai 1994, Juris. Data, n°048378; J.C.P., 1995, IV, 824.

³⁶⁰⁷ Cf. au contraire, l'existence d'une obligation d'information à la charge des intermédiaires financiers lors d'opérations effectuées sur les marchés à risque : Cass. Com. 13 juin 1995 JCP 1995 II 22501, note M. Storck.

³⁶⁰⁸ Cf. l'abondante jurisprudence citée par P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°634 p.355; cf. par ex. pour l'obligation d'information d'un « *intermédiaire en financement de biens d'équipement* », Cass. Com., 26 octobre 1993, R.J.D.A., 1994, n°309; d'un franchiseur : C.A. Paris, 5ème chambre C., 3 février 1994, R.J.D.A., n°796; d'un employeur : CA Paris 18ème Ch. E., 6 juillet 1995, Dalloz 1995 IR 210; d'un entrepreneur installateur : Cass. Civ. 1ère, 20 juin 1995, JCP 1995 IV 2051; Juris-Data n°001600.

³⁶⁰⁹ P. Jourdain, *Le devoir de « se » renseigner*, Dalloz, 1983, chron. 139.

³⁶¹⁰ P. Le Tourneau, *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, Dalloz, 1987, chron.101.

³⁶¹¹ Dalloz 1996 Som. Com. 12, obs. G. Paisant; **Contra** : Cass. Civ. 1ère, 5 décembre 1995, Dalloz 1996 IR 28; Juris-Data n°003525, qui décide que « *le vendeur d'un matériel a une obligation de conseil à l'égard de l'acheteur* ». Cette formule est trop large et abstraite. Elle ne prend pas en compte les déséquilibres concrets qui peuvent exister entre contractants.

³⁶¹² B. Rudden, *Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements*, R.T.D. Civ., 1985, 91.

années, à affiner et préciser certaines notions de la théorie générale des contrats³⁶¹³. Notamment, les contrats informatiques permettent de prendre conscience de la nécessité de maintenir un certain équilibre contractuel³⁶¹⁴. Au moment de la formation du contrat, l'entreprise d'informatique a une obligation de renseignement et même, compte tenu de la complexité de la matière, une obligation de conseil³⁶¹⁵. En effet, le plus souvent, le cocontractant est un profane en informatique³⁶¹⁶. Les décisions rendues, à ce propos, par la Cour de cassation, prennent le soin de relever que le créancier de l'obligation d'information est un « *profane* », un « *néophyte* », ou un « *novice* »³⁶¹⁷. Dans ces hypothèses le cocontractant sachant ne peut se contenter de traiter son partenaire comme un spécialiste de l'informatique. Le juge met à sa charge l'obligation de lui fournir tous les renseignements utiles ou nécessaires, et de le conseiller sur le choix du matériel ou du logiciel en fonction de ses besoins³⁶¹⁸.

Le déséquilibre de puissance informationnelle permet, enfin, d'expliquer l'obligation de coopération qui existe dans ce type de contrats à la charge de l'entreprise profane³⁶¹⁹. En vertu de cette obligation, le client doit « *participer en s'impliquant* », en « *dialoguant* », en « *s'informant* ». En effet, l'analyse des compétences en présence révèle un second déséquilibre de puissance informationnelle, en sens inverse de celui existant dans le domaine informatique. Le client a une activité économique, souvent très particulière, très technique, à laquelle le système informatique doit s'adapter. Or, l'entreprise informatique n'a aucune compétence en ce domaine. Pourtant, pour installer par exemple, une gestion de production assistée par ordinateur dans une entreprise fabricant des automobiles à la chaîne, encore faut-il connaître un minimum de données techniques sur ce métier. C'est ainsi, qu'en contrepartie de l'obligation de renseignement et de conseil dont elle est créancière l'entreprise cliente est, elle-même débitrice d'une obligation de renseignements sur ses besoins économiques et sur les contraintes techniques susceptibles d'influer sur le système informatique mis en place. Du reste, cette obligation mutuelle d'information et de collaboration persiste pendant l'exécution du contrat³⁶²⁰. En effet, la recherche de l'équilibre contractuel ne se limite pas à la période de formation du contrat, elle s'étend à l'exécution, bousculant ainsi quelques idées reçues.

B - UNE OBLIGATION IMPLICITEMENT RECONNUE : LA PRESERVATION DE L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

763. Dans sa thèse, Mme Pétel estime qu'une « *fois que les volontés se sont rencontrées, une partie ne doit pas pouvoir unilatéralement et arbitrairement adapter le contenu du contrat, par*

³⁶¹³ Cf. F. Collart-Dutilleul, *Les apports des contrats de l'informatique au droit des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p.223 et suiv.; M. Vivant, *L'informatique dans la théorie générale du contrat*, Dalloz, 1994, chron.117.

³⁶¹⁴ En ce sens, M. Vivant, chron. préc., n°10 et suiv.

³⁶¹⁵ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°314.

³⁶¹⁶ L'obligation d'information serait beaucoup moins intense, sinon nulle, si le cocontractant disposait d'un service informatique interne capable de discuter sur un pied d'égalité.

³⁶¹⁷ Cf. la jurisprudence citée par P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°310 et suiv. et 314 et suiv.

³⁶¹⁸ Cf. cependant, Cass. Com., 12 novembre 1992, R.T.D. Com., 1993, 116 et suiv., obs. J. Mestre, sur l'absence d'obligation d'informer le profane sur les solutions concurrentes, à partir du moment où l'obligation proposée est satisfaisante.

³⁶¹⁹ M. Vivant et C. Le Stanc, *Lamy informatique*, 1995, n°1065.

³⁶²⁰ M. Vivant, chron. préc., p.121 et 122.

suite modifier son équilibre interne, établi par les contractants d'un commun accord (...) »³⁶²¹. Une telle opinion découle directement et logiquement du principe de la force obligatoire des conventions, prévu par l'article 1134 du Code civil. Ouvrir à l'un des contractants la possibilité de modifier ces droits et obligations revient à nier les dispositions de cet article. Néanmoins, le principe de l'immutabilité du contrat souffre une exception : l'obligation créée par le juge de préserver l'équilibre contractuel. Il s'agit d'une obligation dont est débiteur la partie économiquement puissante au profit de son partenaire économiquement faible. Cette obligation judiciairement créée se situe au moment de l'exécution du contrat, ce qui implique nécessairement qu'aucun déséquilibre manifeste n'existe entre les droits et obligations initialement prévus au contrat. A défaut, on est en présence d'un contrat déséquilibré, dès l'origine, par un abus de puissance économique³⁶²². Bien entendu, l'obligation de préserver l'équilibre contractuel ne doit pas contredire le principe de la force obligatoire des contrats. Il ne s'agit pas d'autoriser une partie, future économiquement faible, à échapper à ses obligations. Cependant, il serait illogique de lutter contre les abus de puissance économique et les déséquilibres manifestes entre les prestations au moment de la formation du contrat, si c'est pour les négliger au moment de l'exécution. Il n'existe aucune explication rationnelle pour limiter à la phase de conclusion du contrat la prise en compte de la puissance économique par le droit³⁶²³.

C'est ce qu'explique M. Atias dans une chronique consacrée aux promesses implicites de stabilité³⁶²⁴. Selon M. Atias, « les juges peuvent découvrir des promesses de stabilité dans le contrat de travail comme dans les conventions de fourniture de crédit ». Cette observation est pertinente, mais le domaine de la stabilité implicitement promise est exagérément restreint. En allant au fond du problème, on perçoit les véritables raisons de l'existence de promesses implicites de stabilité dans le contrat de travail et de fourniture de crédit. Dans les deux cas, il y a un déséquilibre de puissance entre les parties. Dans les deux cas, le déséquilibre est compensé par une promesse de stabilité implicite au profit du contractant économiquement faible. Il convient donc d'étendre l'obligation de préserver l'équilibre, ou la stabilité, du contrat à l'ensemble des conventions conclues entre personnes de puissances économiques inégales. C'est ce que semble faire la jurisprudence récente qui donne au moins trois exemples concrets d'application de l'obligation de préserver l'équilibre contractuel. Même si la référence à cette obligation n'est pas explicite, une analyse serrée des fondements et de la motivation de ses décisions permet de se convaincre de son existence. La conviction est d'autant plus facile que les fondements officiels et apparents sont inaptes à expliquer les vraies raisons du sens de ces arrêts. Nous étudierons successivement, le revirement de jurisprudence de la première Chambre civile de la Cour de cassation en matière d'indétermination du prix, les avancées timides de la rupture abusive des contrats de distribution, et la tentative d'instaurer la révision pour cause d'imprévision.

1/ L'INDETERMINATION DU PRIX DANS LES CONTRATS

764. Ni la détermination de l'objet de l'obligation, ni la bonne foi ne sont des fondements pertinents et efficaces pour protéger la partie économiquement faible³⁶²⁵. Pourtant les arrêts Alcatel du 29 novembre 1994 se fondent expressément sur ces notions pour ne pas annuler un contrat dont

³⁶²¹ I. Pétel, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier, I, 1984, n°336.

³⁶²² Cf. supra n°647 et suiv.

³⁶²³ Cf. infra n°797 et suiv.

³⁶²⁴ C. Atias, *Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi)*, Dalloz, 1995, chron.125.

³⁶²⁵ Cf. supra n°316 et suiv. et 399 et suiv.

le prix n'était pas objectivement déterminable lors de la formation³⁶²⁶. En réalité, l'obligation de préserver l'équilibre contractuel explique ce revirement de jurisprudence de la première Chambre civile. En effet, il est patent que la Cour a déplacé le problème de la fixation des prix, de la formation du contrat vers son exécution, en demandant aux juges du fond d'examiner si le cocontractant dominant a abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son prix dans le but d'en tirer un profit illégitime. Dans le contrat qui liait Alcatel à son client, les prix sont incontestablement fixés unilatéralement par celle-là, sans qu'aucune discussion ne soit possible. A la limite, il est possible de considérer qu'au moment de la conclusion du contrat, le client acquiesce aux prix contenus dans le tarif Alcatel. Mais par la suite, il est illusoire de croire que le client est en mesure, eu égard à l'exclusivité qu'il a consentie à Alcatel, de discuter ou refuser les augmentations de prix. D'un autre côté, la rigidité de la jurisprudence qui imposait la déterminabilité des prix, de façon objective, au jour de la formation du contrat a été suffisamment critiquée pour que nous n'ayons pas à y revenir³⁶²⁷.

765. A ce sujet, les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendus le 1er décembre 1995³⁶²⁸ consacrent la non application de l'article 1129 du Code civil à la détermination du prix et imposent, sans recourir à la notion de bonne foi, d'examiner les conditions d'exécution du contrat afin de déterminer s'il y a eu, ou non, un abus dans la fixation des prix. Le problème juridique se situe donc bien au stade de l'exécution. Eu égard à cette problématique, l'obligation de préserver l'équilibre contractuel réalise un compromis satisfaisant. D'une part, elle permet de dispenser les contractants de l'obligation de prédéterminer les prix dans le contrat-cadre de distribution. D'autre part, elle ouvre la possibilité de sanctionner les abus de puissance économique, pendant l'exécution du contrat, si le contractant dominant impose à son partenaire un prix, ou des clauses, manifestement excessif. En, se faisant, il violerait l'obligation judiciaire de préserver l'équilibre contractuel initial, qui trouve son fondement dans les dispositions de l'article 1135 du Code civil. A cet égard, Mme Frison-Roche considère que ces arrêts permettent de sanctionner la pratique de prix lésionnaires imposés par une partie en situation dominante : « *il y a abus dans la fixation du prix lorsque l'équilibre entre les contreparties est totalement méconnu* »³⁶²⁹. En revanche ce système est suffisamment souple pour laisser la place à des augmentations modérées ou justifiées par l'évolution de la technique ou celle du marché. Nous allons retrouver cette souplesse dans l'application de cette obligation judiciaire à l'extinction des contrats de distribution.

2/ LA RUPTURE ABUSIVE DES CONTRATS DE DISTRIBUTION

766. La première partie, consacrée à la prise en compte critiquable de la puissance économique par le droit, a donné l'occasion de montrer l'inadéquation des notions d'abus de droit et de bonne foi pour appréhender le problème de la rupture des contrats de dépendance³⁶³⁰. Dans un arrêt en date du 5 avril 1994, la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir estimé que le concédant avait fait dégénérer en abus son droit de résiliation d'un contrat de concession à durée indéterminée dès lors qu'elle retient que le concessionnaire avait consenti, à la demande de son cocontractant, d'importants efforts d'investissement et de publicité³⁶³¹. La référence à la notion d'abus de droit est,

³⁶²⁶ Arrêts précités, n°325.

³⁶²⁷ Cf. supra n°316 et suiv.

³⁶²⁸ Précités.

³⁶²⁹ R.J.D.A. 1/96, p.9.

³⁶³⁰ Cf. supra n°435 et suiv. et n°399 et suiv.

³⁶³¹ Cass. Com., 5 avril 1994, J.C.P., 1994, I, 3803, obs. C. Jamin; Dalloz, 1995, 355, note G. Virassamy.

en l'espèce des plus artificielles³⁶³². En réalité, cette décision peut trouver une explication juridique pertinente dans la création, par le juge, d'une obligation de préserver l'équilibre contractuel à la charge du concédant, partie économiquement puissante. Il faut, liminairement, écarter du débat le refus de renouveler un contrat à durée déterminée. La durée du contrat constituant une valeur économique certaine, la fixation d'une durée insuffisante ou excessive est prise en compte dans l'appréciation du déséquilibre manifeste entre les droits et obligations réciproques, sanctionné, au moment de la formation du contrat, par la lésion³⁶³³. Reste donc la résiliation d'un contrat de dépendance, conclu pour une durée indéterminée. De deux choses l'une, ou bien le contrat de dépendance a été exécuté depuis suffisamment longtemps pour que les investissements initiaux aient été amortis en totalité par le distributeur, et dans ce cas, la résiliation est libre, ou bien ces investissements ne sont pas encore amortis au jour de la résiliation par le concédant, et, dans ce cas, celui-ci contrevient à son obligation de préserver l'équilibre contractuel initialement convenu. Evidemment, les investissements pris en compte sont ceux qui dépassent la gestion courante de l'entreprise. Il doit d'agir d'investissements, matériels ou publicitaires, lourds et exceptionnels.

En outre, ils devront avoir été sollicités ou autorisés par le contractant dominant, concédant ou franchiseur. La prudence élémentaire commandera donc, au contractant dépendant, de solliciter une autorisation dépendante, de solliciter une autorisation expresse, ou plus simplement d'informer son partenaire de la nature et du montant des investissements. Cette information ne pourra être assimilée à une immixtion dans la gestion du distributeur, car son objet n'est pas d'obtenir une autorisation en tant que telle, mais de faire prendre position le contractant dominant sur la durée minimale du contrat. Un refus d'autorisation de sa part n'emportera pas interdiction, pour le concessionnaire ou le franchiseur de réaliser néanmoins les investissements prévus, mais alors ce sera à ses risques et périls, sans garantie que la durée du contrat corresponde à la durée économique d'amortissement³⁶³⁴. Lorsqu'elle est informée de la décision d'investissement, la partie dominante devra prendre position. Si elle ne le fait pas, il convient d'assimiler son silence à un refus, en vertu de l'adage *le silence ne vaut consentement*. Certes, il est possible d'objecter le risque d'une inertie permanente du contractant économiquement dominant. En pratique celui-ci aura tout intérêt à garder le silence pour ne pas mécontenter son cocontractant, et pour garder sa faculté de libre résiliation du contrat. Mais, cette hypothèse est loin d'être la plus probable. En effet, les concédants et les franchiseurs ont intérêt à favoriser le dynamisme de leur réseau de distribution. Ils auront toujours avantage, lorsque l'investissement prévu est nécessaire ou judicieux, à se prononcer pour une garantie minimale de durée, liée à la durée d'amortissement économique. Cette garantie ne les empêche nullement de demander la résolution du contrat pour inexécution, si d'aventure leur contractant, sécurisé par une garantie de durée minimale, ne réalisait plus, par la suite, les objectifs prévus et les obligations mises à sa charge.

767. A titre d'illustration, il est permis de citer l'arrêt de la Cour d'appel Aix-en-Provence du 17 avril 1987, dont la motivation est rapportée par M. Mestre³⁶³⁵. En l'espèce, la société de transport Mory confia une ligne régulière de transport international à M. Attard. Celui-ci acheta un camion adéquat pour réaliser ce travail, grâce à un emprunt de 280.000 Francs. Or, six mois après le début du contrat, la société Mory le résilia unilatéralement. Malgré que le contrat ait été conclu pour une durée indéterminée, le Tribunal de première instance, approuvé par la Cour d'appel, a retenu la faute de la société Mory, celle-ci ayant résilié le contrat avant même l'amortissement complet du véhicule³⁶³⁶. La Cour d'Aix, pour approuver cette condamnation, a retenu que « *les conditions de*

³⁶³² Cf. supra n°435 et suiv.

³⁶³³ Cf. supra n°690 et suiv.

³⁶³⁴ La durée fiscale d'amortissement étant forfaitaire, il convient donc de tenir compte de la durée de vie économique des biens objets de l'investissement.

³⁶³⁵ C.A. Aix, 2ème ch., 17 avril 1987, Mory/Attard, R.T.D. Civ., 1988, 115 et suiv., obs. J. Mestre.

³⁶³⁶ En l'espèce, l'amortissement de l'investissement se faisait sur 48 mois.

déséquilibre économique présidant aux rapports des parties sont fréquentes; que l'importante société Mory a imposé à son interlocuteur un contrat qu'elle se gardait de qualifier, où elle ne prenait aucun engagement de durée, et où elle n'avait pas prévu de révision de prix, qui ne se rattachait en rien aux contraintes qui pesaient sur Attard, nées pourtant de l'acceptation dudit contrat; (...) Attendu ainsi qu'Attard prenait un risque considérable dans cette opération, tandis que Mory qui obtenait l'avantage de disposer d'un tracteur neuf sur sa ligne des Pays-Bas, entendait n'en perdre aucun; attendu qu'il y a là une exploitation caractérisée de la faiblesse d'un contractant ».

Ni l'abus de droit³⁶³⁷, ni la bonne foi³⁶³⁸ ne peuvent expliquer cette solution, pourtant équitable sur le fond. M. Mestre a été frappé par l'absence de référence au moindre texte. Il interprète cette carence par le fait que les textes du Code civil n'étaient pas, en l'occurrence d'un grand secours, ce qui est exact. En réalité, la Cour d'appel a mis à la charge de la société Mory, partie économiquement puissante une obligation de préserver l'équilibre contractuel du contrat à durée indéterminée. D'ailleurs, M. Mestre remarque que « l'abus » est caractérisé par l'avantage excessif obtenu par Mory et le lourd préjudice subi par Attard. Ainsi, c'est moins l'abus de droit qui est sanctionné que la rupture de l'équilibre économique du contrat. Evidemment, il n'en aurait pas été ainsi, si la rupture du contrat était fondée sur une exécution défectueuse des obligations contractuelles.

768. Enfin, il faut souligner que l'utilisation de l'obligation de préserver l'équilibre contractuel permet de garder une souplesse plus que l'obligation de motivation de la rupture ou du non-renouvellement des contrats de dépendance proposé par M. Virassamy³⁶³⁹. En effet obliger les contractants dominants à motiver systématiquement leur décision de rupture porterait une atteinte trop grave et économiquement inopportune à la liberté contractuelle³⁶⁴⁰. L'avantage de l'obligation de préserver l'équilibre contractuel, par rapport à l'obligation de motiver toutes les ruptures, réside dans le caractère exceptionnel de sa mise en oeuvre. Le juge ne pourra l'imposer que lorsqu'il constatera que la résiliation du contrat de dépendance, conclu pour une durée indéterminée, engendre un déséquilibre manifestement excessif à la charge de la partie économiquement faible. Il en est ainsi, par exemple, si cette dernière doit supporter le coût d'investissements importants, imposés ou autorisés par le contractant dominant, sans encaisser le chiffre d'affaires permettant de l'amortir. Dans les autres hypothèses, le concédant ou le franchiseur garde sa totale liberté de résiliation, sans verser aucune indemnité. Au contraire, s'il ne satisfait pas à son obligation de préserver l'équilibre contractuel, il engagera sa responsabilité civile, et le juge pourra le condamner à verser des dommages-intérêts correspondants au montant du préjudice subi par son partenaire du fait de la résiliation intempestive. En réalité, la jurisprudence va beaucoup plus loin que cette sanction. Elle ne se contente pas d'interdire de porter atteinte à l'équilibre contractuel, elle oblige parfois, pour préserver cet équilibre, à une révision du contrat.

3/ LA REVISION JUDICIAIRE DU CONTRAT EN COURS D'EXECUTION

769. Il n'est pas contesté, ni contestable, que la révision pour cause d'imprévision n'est pas admise dans notre droit positif³⁶⁴¹. Pourtant, la Chambre sociale de la Cour de cassation estime que

³⁶³⁷ Cf. supra n°435 et suiv.

³⁶³⁸ Cf. supra n°399 et suiv.

³⁶³⁹ Cf. supra n°437 et suiv.

³⁶⁴⁰ D. Ferrier, *La rupture du contrat de franchisage*, J.C.P., 1977, éd. C.I., II, 12441, n°10 et suiv.

³⁶⁴¹ Cf. supra n°36 et suiv.

« l'employeur ... a le devoir d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi »³⁶⁴². Au surplus, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 3 novembre 1992 a été interprété, par certains auteurs, comme une application de la révision pour cause d'imprévision³⁶⁴³. Rappelons que cet arrêt a admis la condamnation d'une compagnie pétrolière, à indemniser un distributeur agréé, pour ne pas lui avoir donné en l'absence de tout cas de force majeure, les moyens de pratiquer des prix concurrentiels, au besoin par une renégociation du contrat initial. Cette solution, si elle ne peut se justifier par le recours à la notion de bonne foi³⁶⁴⁴, n'est pas, non plus, une application de la notion d'imprévision³⁶⁴⁵. Nous pensons y voir une consécration implicite de l'obligation de préserver l'équilibre contractuel. M. Virassamy n'est pas loin de partager cette opinion lorsqu'il écrit qu'en « *imposant à la société B.P. d'adapter le contrat et d'en renégocier les termes, la Cour de cassation a ainsi exigé d'elle, non pas qu'elle garantisse au distributeur le résultat espéré d'une rentabilité acceptable, mais seulement qu'elle lui fournisse ou plus exactement lui restitue les moyens réels d'y parvenir éventuellement* »³⁶⁴⁶. En effet, l'important n'est pas tant de savoir si l'évolution de la conjoncture économique était prévue ou imprévue, prévisible ou imprévisible. Raisonner en ces termes, c'est mal poser le problème de la révision³⁶⁴⁷. La révision, avant d'être liée à l'imprévision, est naturellement rattachée au déséquilibre de puissance économique existant entre les contractants. Ripert avait judicieusement montré les liens qui unissent la révision à la lésion, ces deux notions permettant d'éviter « *l'injuste exploitation du débiteur par le créancier* »³⁶⁴⁸. A sa suite, une partie de la doctrine prône, en se référant au droit comparé, l'instauration de l'imprévision en droit positif³⁶⁴⁹. Notamment, M. Ghestin considère que l'introduction, en droit positif, de la révision pour cause d'imprévision est une nécessité pour faire respecter les principes d'utilité et de justice contractuelle³⁶⁵⁰. « *La révision pour imprévision consécutive à un déséquilibre économique n'est admissible que si l'injustice qu'elle crée rend le contrat inutile ou risque de le priver de son utilité sociale* »³⁶⁵¹.

770. Les notions de justice et d'utilité sociale, si elles sont intéressantes sur le plan théorique, ne peuvent pas servir de critères juridiques d'application de la théorie de l'imprévision. L'incertitude et l'insécurité engendrées par la consécration d'une telle théorie en droit positif sont difficilement admissibles. « *Admettre la révision des contrats toutes les fois que se présente une situation qui n'a pas été prévue par les parties serait enlever au contrat son utilité même, qui consiste à garantir le créancier contre l'imprévu* »³⁶⁵². En outre, il est impossible de dire, avec suffisamment de précision, à partir de quel niveau de déséquilibre, l'utile et le juste imposent de réviser le contrat. En fait, le problème doit être recentré, avant tout, autour du déséquilibre de puissance économique. Le droit ne doit tenir compte des modifications de la conjoncture économique uniquement dans l'intérêt du contractant économiquement faible. A cet égard, M. Carbonnier estime que « *le critère de l'excessive onérosité est un leurre si on l'applique contrat par contrat; il faudrait l'appliquer*

³⁶⁴² Cass. Soc. 25 février 1992, cah. soc. 1992, p.251; 17 octobre 1995, Juris-Data n°002754.

³⁶⁴³ Cf. en ce sens, notamment, Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993; avec beaucoup de nuances et de prudence, cf. J. Mestre, R.T.D. Civ., 1993, 124, *Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révisions du contrat!*

³⁶⁴⁴ Cf. supra n°399 et suiv.

³⁶⁴⁵ En ce sens, G. Virassamy, note sous Cass. Com., 3 novembre 1992, J.C.P., 1993, II, 22164, n°10 : « *La notion d'imprévision suppose un bouleversement des circonstances économiques dû à des événements imprévus voire imprévisibles, généralement extérieurs aux parties* ».

³⁶⁴⁶ Op. cit., n°10.

³⁶⁴⁷ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°84 et suiv.

³⁶⁴⁸ Op. cit., p.153.

³⁶⁴⁹ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, n°314 et suiv.; invoquant le droit allemand, suisse, italien, néerlandais, portugais et grec; J. Carbonnier, op. cit., n°148 et suiv.

³⁶⁵⁰ Op. cit.

³⁶⁵¹ Op. cit., n°314.

³⁶⁵² G. Ripert, op. cit., n°84.

subjectivement, par rapport à la force économique globale du contractant demandeur »³⁶⁵³. C'est précisément ce que permet l'obligation de préserver l'équilibre contractuel. En premier lieu, cette obligation n'est mise à la charge que du contractant économiquement puissant, ce qui signifie qu'en l'absence de déséquilibre manifeste de puissance économique entre les parties, aucune révision judiciaire du contrat n'est possible. En second lieu, la modification substantielle de la conjoncture doit entraîner un déséquilibre considérable entre les droits et obligations réciproques des parties. Ce n'est qu'à ces deux conditions, que la partie dominante devra renégocier le contrat afin de le rééquilibrer. Ainsi, la révision n'encourt pas la critique d'être « *une machine à faire exploser l'économie* »³⁶⁵⁴. Le risque de révision en chaîne que craignent MM. Flour et Aubert est désamorcé par l'exigence d'un critère préalable qui est celui du déséquilibre manifeste de puissance économique entre les contractants³⁶⁵⁵. Au surplus, la révision entre parfaitement dans la mission du juge, puisqu'il ne s'agit pas de « *promouvoir un ordre public économique* » qui est hors de la compétence judiciaire, mais de protéger une partie économiquement faible en mettant à la charge de son partenaire économiquement puissant une obligation de révision du contrat lorsque les circonstances économiques évoluent de telle façon qu'un déséquilibre contractuel grave et manifeste lui porte préjudice³⁶⁵⁶.

771. L'arrêt du 3 novembre 1992 semble effectivement retenir cette solution, en reprochant à la compagnie pétrolière de ne pas avoir donné au distributeur les moyens de pratiquer des prix compétitifs. Si la compagnie avait satisfait à son obligation de préserver l'équilibre contractuel, elle aurait permis à son distributeur à la suite d'une renégociation de la clause initiale de fixation des prix de pratiquer des prix équivalents à ceux proposés par le mandataire au consommateur final. Tout le problème reste de savoir quel est le régime de cette obligation en particulier, est plus généralement, des obligations judiciairement créées.

PARAGRAPHE 2 - LE REGIME DES OBLIGATIONS JUDICIAIREMENT CREEES

Afin de déterminer le régime des obligations créées par le juge, pour compenser d'une part les déséquilibres de puissance économique existant entre contractants et, d'autre part, les déséquilibres de valeur entre les prestations contractuelles, il convient de distinguer la source de ces obligations, de leur objet.

A - LA SOURCE DES OBLIGATIONS CREEES PAR LE JUGE A RAISON DES DESEQUILIBRES DE PUISSANCE ECONOMIQUE

³⁶⁵³ J. Carbonnier, op. cit., n°149.

³⁶⁵⁴ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°619, note 35.

³⁶⁵⁵ J. Flour et J.L. Aubert, op. cit., n°418 : « *la révision appelle la révision (...)* ».

³⁶⁵⁶ Cf. H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1227 : « *la position de la Cour de cassation et des auteurs qui l'approuvent est difficilement défendable. Ce qui paraît l'avoir inspirée, c'est la crainte d'une immixtion du juge dans la vie contractuelle et l'atteinte au principe sacro-saint selon lequel la convention fait la loi des parties. Mais un principe qui conduit à de semblables résultats mérite-t-il vraiment d'être considéré comme sacro-saint?* ».

S'agissant d'un problème d'exécution des contrats, la question ne devrait pas poser de difficulté particulière. Qualifier de contractuel ce type d'obligations paraît ressortir au domaine de l'évidence. Pourtant un fort courant doctrinal propose une qualification extra-contractuelle, à l'instar du devoir de sécurité³⁶⁵⁷. Après avoir étudié les arguments invoqués à l'appui de cette thèse, nous proposerons de maintenir une qualification contractuelle.

1/ LA THESE DU DEVOIR, OU DE « L'OBLIGATION » EXTRA-CONTRACTUELLE

772. Dans un arrêt en date du 17 janvier 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation semble consacrer la nature extra-contractuelle de l'obligation de sécurité, ce qui était le voeu d'une partie de la doctrine³⁶⁵⁸. A proprement parler, on devrait donc utiliser maintenant les termes « *devoir de sécurité* ». Le problème est de trouver le fondement de cette « *décontractualisation* ». Selon M. Huet, la distinction entre les deux responsabilités, selon la nature (contractuelle, délictuelle) tend à faire place à une division fondée sur la nature du dommage (corporel, matériel)³⁶⁵⁹. C'est également l'avis de Mme Lambert-Faivre, qui estime que « *l'obligation* » de sécurité transcende le clivage traditionnel des deux responsabilités, car elle est fondée sur le nécessaire respect de l'intégrité physique d'autrui³⁶⁶⁰. Cependant, d'autres auteurs proposent de fonder cette remise en cause de la distinction classique entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sur la notion de professionnel. Melle Viney, à la suite de MM. Tunc et Serlooten³⁶⁶¹, suggère l'instauration d'un régime autonome destiné à régir l'ensemble de la responsabilité des professionnelles³⁶⁶². Or, ce régime engloberait, selon cet auteur, non seulement le devoir de sécurité mais également l'obligation d'information³⁶⁶³. En outre, le régime autonome de la responsabilité professionnel s'appliquerait quelle que soit la nature du dommage. Melle Viney cite, d'ailleurs à l'appui de son argumentation, la directive CEE n°85/374 du Conseil du 25 juillet 1985, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux mis en circulation par les producteurs professionnels. Ce texte vise, en effet, indistinctement dans son article 9, les dommages corporels et matériels. Fondée sur la qualité de professionnel de l'un des contractants, l'obligation d'information « *ne fait toujours qu'exprimer (...) les normes générales de prudence, de diligence et de loyauté qui sont, en dehors du contrat, sanctionnées par la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle* »³⁶⁶⁴.

³⁶⁵⁷ Nous n'aborderons pas pour l'instant la qualification de l'obligation pré-contractuelle d'information. Ce problème sera traité à l'occasion de la critique du critère chronologique; cf. infra n°803 et suiv.

³⁶⁵⁸ Dalloz, 1995, 350, note P. Jourdain; Dalloz 1996 Som. Com. 16 obs. G. Paisant; cf. supra n°756 et suiv.; **contra** : Cass. Civ. 1ère, 4 juillet 1995, 2 arrêts, Juris-Data n°001707 et 001793, décidant que l'exploitant d'un appareil de remontée mécanique est contractuellement tenu d'assurer la sécurité des utilisateurs.

³⁶⁵⁹ J. Huet, R.T.D. Civ., 1987, 322; *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, 1978.

³⁶⁶⁰ Art. précité; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1769; cf. cependant : P. Jourdain, *L'obligation de sécurité*, G.P., 1993, Doct. 1177, qui propose de qualifier d'extra-contractuelle l'obligation de sécurité qui n'est pas étroitement et directement liée à l'exécution des obligations principales du contrat; en ce sens : J. Carbonnier, op. cit., n°295, p.462.

³⁶⁶¹ A. Tunc, *Responsabilité*, Ency. Dalloz, 1991, n°161; P. Serlooten, *Vers une responsabilité professionnelle?*, in Mélanges Hébraud, p.805.

³⁶⁶² G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, n°244.

³⁶⁶³ Op. cit., n°168, p.288.

³⁶⁶⁴ Op. cit.

La jurisprudence paraît évoluer, peu à peu, en ce sens. MM. Roland et Boyer citent l'arrêt du 11 octobre 1983³⁶⁶⁵ qui approuve les juges du fond d'avoir condamné le fabricant d'une colle à Néoprène³⁶⁶⁶, au titre de la responsabilité contractuelle à l'égard de l'acquéreur et, au titre de responsabilité délictuelle à l'égard des autres victimes, en retenant qu'il avait commis « *un manquement à l'obligation de renseigner l'utilisateur sur les dangers présentés par le produit et sur les précautions à prendre lors de son emploi* ». Bien que la distinction formelle entre les deux ordres de responsabilité soit encore reprise par la Cour de cassation, il faut reconnaître que cette décision admet l'existence d'un devoir de renseignement du fabricant à l'égard des tiers, en dehors de tout contrat. Certes, on peut objecter, qu'en l'espèce, les dommages causés au tiers étaient de nature corporelle, si bien que le devoir de sécurité semble ne pas être étranger à la condamnation. Mais, cette objection ne tient plus face à l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 mars 1995³⁶⁶⁷, rendu en matière de garanties financières professionnelles. Après avoir qualifié de caution la garantie financière d'un agent immobilier la première chambre civile indique que « *l'obligation mise à la charge des organismes de garantie collective* », cautions des dettes des agents immobiliers à l'égard des clients de ceux-ci, « *comporte un devoir de contrôle sur leurs affiliés, qui leur impose de prendre toutes mesures nécessaires et notamment de retirer leur garantie, lorsque les documents comptables qui leur sont présentés ne permettent pas de connaître la situation financière de leurs adhérents ou révèlent de graves anomalies de gestion* ». En l'espèce la décision de la Cour d'appel est censurée pour ne pas avoir recherché si, au regard de l'article 1382 du Code civil, la société de caution mutuelle n'avait pas manqué à son devoir de contrôle. Pour la Cour de cassation, la nature délictuelle de la responsabilité de cette dernière ne fait aucun doute. D'abord, il n'y avait pas de lien contractuel entre la caution mutuelle et le client de l'agent immobilier. Ensuite, le visa de l'article 1382 du Code civil est explicite. Enfin, utilisant le vocabulaire de Paul Roubier, la Cour de cassation qualifie de « *devoir* », et non d'obligation, les diligences de contrôle que doit affecter la caution professionnelle³⁶⁶⁸.

773. La jurisprudence semble donc aller dans le sens d'une « *décontractualisation* » des obligations créées par le juge dans le cadre d'un contrat, que celles-ci aient pour objet la sécurité des personnes ou des biens, ou qu'elles aient pour finalité le contrôle ou l'information. Le critère de distinction retenu paraît être celui de la profession. A propos de l'arrêt du 7 mars 1995³⁶⁶⁹? Mme Béhar-Touchais estime, à juste titre, que le devoir de contrôle imposé, en l'espèce, à la caution, n'est en aucun cas applicable au droit commun du cautionnement. Dans ce cas, c'est, au contraire, à la banque créancière de surveiller le débiteur³⁶⁷⁰. Ainsi, le devoir de contrôle, dont est responsable la caution, n'existe que dans la mesure où celle-ci est un professionnel. Mais, s'il est indéniable que le « *devoir* » de contrôle est lié à la qualité de professionnel, comme d'ailleurs les obligations de sécurité et d'information, en revanche, il est erroné d'instaurer un lien systématique entre cette qualité et le caractère délictuel de la responsabilité. En effet, dans l'arrêt du 11 octobre 1983³⁶⁷¹, relatif aux dommages causés par l'utilisation d'une colle, la Cour de cassation distingue explicitement entre les deux ordres de responsabilité, selon que la victime est ou non le cocontractant. De même, dans l'arrêt du 7 mars 1995, relatif à la caution mutuelle professionnelle, le fondement délictuel s'explique, avant tout, par l'inexistence de lien conventionnel entre

³⁶⁶⁵ Cass. Civ. 1ère, 11 octobre 1983, Bull. Civ. I, n°228; R.T.D. Civ., 1984, 731 obs. J. Huet; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1796.

³⁶⁶⁶ Qui avait été utilisée pour la fixation d'un carrelage et qui avait pris feu, causant, outre des dégâts matériels, la mort d'un enfant et des blessures aux proches parents de l'utilisateur.

³⁶⁶⁷ J.C.P., 1995, II, 22489, note M. Béhar-Touchais.

³⁶⁶⁸ Cf. supra n°754 et suiv.

³⁶⁶⁹ Précité.

³⁶⁷⁰ Cass. Com., 15 février 1978, Bull. Civ. III, n°82; Cass. Com., 18 novembre 1980, Dalloz, 1981, 210 note J. Stoufflet; Cass. Com., 8 octobre 1991, R.J.D.A., 1991, n°1052.

³⁶⁷¹ Précité.

l'organisme de garantie collective et le client de l'agent immobilier. Par conséquent la jurisprudence n'a, semble-t-il, pas abandonné, pour les obligations d'information, de contrôle ou de sécurité des biens, la qualification contractuelle.

2/ LE MAINTIEN DE LA QUALIFICATION CONTRACTUELLE

774. Autant il ne paraît pas choquant de qualifier de délictuelle la responsabilité découlant du dommage causé à la personne physique, lorsque le devoir de sécurité ne se rattache pas directement et étroitement aux obligations principales du contrat, autant cette qualification est inopportune s'agissant des obligations d'information, de contrôle ou de préservation de l'équilibre contractuel, créées par le juge dans le cadre d'un contrat, conclu entre personnes d'inégale puissance économique. Il est artificiel de déconnecter de telles obligations du contrat dans lequel le juge souhaite les insérer. En effet, le motif de la création judiciaire d'obligations d'information ou de surveillance réside en premier lieu dans le déséquilibre de puissance économique existant entre contractants. Il faut donc impérativement se référer au contrat pour décider s'il y a lieu de modifier le contenu obligationnel. Une fois le principe du renforcement du contenu obligationnel du contrat acquis, il convient, en second lieu, de déterminer précisément la nature de l'obligation qui doit être créée judiciairement. Pour ce faire, la référence au contrat est également impérative. Il importe que le juge appréhende le déséquilibre manifeste entre la valeur des droits et obligations réciproques et choisisse l'obligation qui sera susceptible de rééquilibrer le contenu du contrat. Par exemple, si les parties sont d'une puissance informationnelle inégale et que l'une détient une information utile et pertinente sans la communiquer à son partenaire, le rééquilibrage du contrat s'effectuera par la création, par le juge, d'une obligation d'information. De la même façon, l'obligation de surveillance prendra sa source dans la puissance informationnelle et financière de l'un des contractants par rapport à l'autre.

775. La qualification contractuelle des obligations judiciairement créées, en raison du déséquilibre de puissance économique existant entre contractants, n'exclut cependant pas l'existence d'un devoir général de prudence fondé sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Evidemment, ce fondement délictuel n'est applicable qu'à l'égard de ceux qui ne sont pas partie au contrat³⁶⁷². C'est précisément l'état actuel de la jurisprudence³⁶⁷³, qui fait une application conjointe des deux ordres de responsabilité. Dans l'affaire de la garantie financière des agents immobiliers, l'organisme professionnel mutuel a commis une faute quasi-délictuelle en ne contrôlant pas les agissements de son adhérent. Il est certain que la qualité professionnelle a été déterminante dans la qualification retenue. Une telle garantie, instaurée par la loi, a pour but d'assainir la profession et de protéger les clients des agents immobiliers. Mais cette solution ne signifie nullement qu'en présence d'un contrat, l'obligation de surveillance ou d'information doit être qualifiée d'extra-contractuelle. Au contraire, il est tout à fait opportun de laisser aux parties contractantes le soin et la liberté d'aménager leur responsabilité respective. Sous cet angle, il est admissible d'appliquer un régime différent selon que la victime est partie ou tiers au contrat³⁶⁷⁴. En effet, le problème de la sécurité des personnes mis à part³⁶⁷⁵, la liberté contractuelle, qui demeure malgré tout le principe, permet

³⁶⁷² Voir sur les difficultés de la définition de la partie contractante : J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 1ère éd., 1992, n°572; J.L. Aubert, *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, R.T.D. Civ., 1993, 263; G. Guelfucci-Thibierge, *De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'extension de la portée du principe de l'effet relatif*, R.T.D. Civ., 1994, 275; J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 2ème éd., 1994, n°337 et suiv.

³⁶⁷³ Cf. supra n°772 et suiv.

³⁶⁷⁴ **Contra** : G. Viney, op. cit., n°243.

³⁶⁷⁵ Cf. supra n°756 et suiv.

aux contractants de stipuler des clauses aménageant leur responsabilité, à condition qu'elles ne soient pas le fruit d'un abus de puissance économique³⁶⁷⁶.

Prenons un exemple pour illustrer notre propos. Deux contractants concluent une vente ayant pour objet un bien quelconque. Le vendeur est un professionnel d'une spécialité différente de celle de l'acheteur. On peut donc présumer qu'il est, sur le plan informationnel, plus puissant que son cocontractant. Par conséquent, le juge sera enclin à créer une obligation d'information à la charge du vendeur, afin que son partenaire soit convenablement informé des caractéristiques et des précautions d'utilisation du bien cédé. Mais imaginons que l'acheteur, en position de faiblesse sur le plan informationnel, bénéficie d'une puissance commerciale et patrimoniale considérable par rapport à son partenaire. Dans ce cas, les deux parties peuvent convenir qu'une clause limitative de responsabilité réglera une éventuelle exécution défectueuse des obligations du vendeur. Cette clause n'étant pas imposée par un abus de puissance économique, elle doit être déclarée valable³⁶⁷⁷. Admettons que le bien vendu, qui a été mal utilisé en raison d'un manque d'information, cause un dommage économique à l'acheteur et des dommages physiques et économiques à un tiers. S'agissant des dommages physiques, le tiers pourra se retourner contre l'acheteur initial sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, eu égard à la dernière jurisprudence de la Cour de cassation³⁶⁷⁸. Mais, pour le reste, il serait particulièrement inopportun de qualifier d'extra-contractuelle l'obligation d'information. En effet, l'acheteur est lié par une clause limitative de responsabilité que l'on considère valable. Afin d'éviter la suppression de toute prévisibilité contractuelle, il faut traiter l'obligation d'information créée par le juge à l'intérieur du champ des stipulations conventionnelles. De même, pour les dommages matériels causés au tiers, l'action directe contre le vendeur initial devrait logiquement être qualifiée de nécessairement contractuelle³⁶⁷⁹.

Cette qualification devrait d'ailleurs, être étendue à toutes les actions directes extralégales, y compris dans les groupes de contrat ne comportant pas de transfert de propriété, et ce afin de respecter les prévisions contractuelles initiales³⁶⁸⁰. L'objection traditionnelle s'appuyant sur l'existence au niveau de l'un des maillons de la chaîne de contrats, d'une clause limitative de responsabilité, pour souligner les risques de non-indemnisation de la victime, n'est pas de nature à emporter la conviction. En premier lieu, le dommage corporel est, en principe, exclu de la responsabilité contractuelle. En second lieu, il est peu probable que le sous-acquéreur, ou plus généralement le sous-contractant, se heurte à l'insolvabilité de son cocontractant. En effet, soit la clause limitative de responsabilité insérée dans le contrat initial est valable car stipulée entre des parties de puissance économique égale³⁶⁸¹, soit elle est abusive si elle a été imposée par un vendeur économiquement puissant. Dans ce dernier cas, si le contractant intermédiaire est insolvable, le contractant final pourra arguer du caractère abusif de la clause imposée à son auteur, et obtenir une réparation intégrale auprès du contractant initial. La jurisprudence de la Cour de cassation paraît en ce sens, dans la mesure où, dans un arrêt en date du 7 juin 1995, la première Chambre civile a décidé que le fabricant de la chose vendue est en droit d'opposer au sous-acquéreur exerçant une action contractuelle tous les moyens de défense qu'il peut opposer à son propre contractant, et

³⁶⁷⁶ Cf. supra n°664 et suiv.

³⁶⁷⁷ On peut concevoir qu'en contrepartie l'acheteur a pu négocier une diminution de prix.

³⁶⁷⁸ Cf. supra n°772.

³⁶⁷⁹ En ce sens dans les chaînes de contrats homogènes emportant un transfert de propriété : Cass. Civ. 3ème, 30 octobre 1991, Cont. Conc. Cons., 1992, n°25, obs. L. Leveneur; Cass. Civ., 3ème, 8 février 1995, Dalloz, 1995, I.R., 72; **contra** : en matière de chaîne de contrats d'entreprise : Cass. Ass. Plen., 12 juillet 1991, arrêt Besse, J.C.P., 1991, II, 21743, note G. Viney.

³⁶⁸⁰ B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, thèse Montpellier, I, L.G.D.J., 1979; M. Bacache, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse Paris, II, 1994.

³⁶⁸¹ Ou déséquilibrée en faveur de l'acheteur.

notamment une clause limitative de responsabilité. En commentant cette décision, M. Tournafond approuve la logique du résultat obtenu, car « à partir du moment où l'on autorise le vendeur professionnel à stipuler des clauses de non-garantie dans ses rapports avec les acquéreurs professionnels de la même spécialité, on ne peut le priver du bénéfice de cette clause en cas de revente à un non-professionnel sous peine de porter gravement atteinte à la prévisibilité contractuelle »³⁶⁸².

776. Par cet exemple, on constate que la prise en compte, par le droit, des déséquilibres de puissance économique existant entre les cocontractants, permet de dégager une ébauche de solution au problème très discuté de la relativité des conventions et des actions directes créées par la jurisprudence. Cette prise en compte présente notamment l'avantage de supprimer l'inconvénient essentiel de l'action nécessairement contractuelle, à savoir l'existence d'une clause exclusive ou limitative de responsabilité, dans la mesure où une telle clause est abusive lorsqu'elle est imposée par un cocontractant économiquement puissant. Pour le reste, le fondement contractuel est le seul susceptible de sauvegarder les prévisions contractuelles des parties, nonobstant la circulation du bien cédé. Enfin, une harmonisation pourrait être obtenue entre les chaînes de contrats emportant transfert de propriété et celles qui n'emportent pas un tel transfert, car il faut avouer que la distinction jurisprudentielle actuelle ne satisfait pas la raison³⁶⁸³. Melle Viney estime, avec juste raison, que cette dualité de régime est critiquable, et qu'il faut soumettre l'ensemble des actions directes en responsabilité soit au régime délictuel, soit au régime contractuel. Dans la seconde branche de l'alternative, Melle Viney précise qu'il faudra « tenir compte de sa situation de « tiers » [en parlant du créancier de l'action], en particulier pour éviter de lui opposer, sans son consentement, des clauses qui lui sont évidemment défavorables et contre lesquelles il n'a eu aucun moyen de se prémunir »³⁶⁸⁴. C'est précisément ce que permet de faire la prise en compte de la puissance économique des contractants par le droit.

777. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que l'action directe n'est qu'une exception au principe de l'effet relatif des conventions, et qu'en cette qualité, elle doit être interprétée restrictivement. Par conséquent, il est logique de soumettre le sous-contractant qui agit directement contre le contractant initial, à « la double limite des droits du créancier demandeur et de l'engagement du débiteur substitué »³⁶⁸⁵. Cette double limitation avait fait l'objet de critiques, notamment quant à la rigueur qu'elle engendrait pour la victime, rigueur incompatible avec le souci d'indemnisation qui anime le droit de la responsabilité civile³⁶⁸⁶. Mais en excluant la réparation des dommages corporels³⁶⁸⁷, et en permettant l'éradication des clauses excessives imposées par un abus de puissance économique, il est possible de limiter considérablement la portée de cette critique. Par conséquent, il semble moins artificiel de qualifier de contractuel les obligations créées par le juge et trouvant leur source dans un contrat mettant face à face deux parties de puissance économique inégale. Cette qualification, qui est préférable s'agissant des obligations de surveillance et d'information, l'est encore plus pour l'obligation de préserver l'équilibre contractuel, dont on ne saurait déconnecter le régime et le contenu des stipulations initiales du contrat. Cependant, si

³⁶⁸² Dalloz 1996, Som. Com. 14, obs. O. Tournafond.

³⁶⁸³ Cf. J. Ghestin, op. cit., n°793 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°700 et 874; G. Viney, op. cit., n°189 et suiv.; *L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats*, in Mélanges D. Holleaux, p.359 et suiv.; F. Fiechter-Boulevard, *La transmission de l'engagement dans les contrats en chaîne*, thèse Grenoble II, 1992.

³⁶⁸⁴ Op. cit., n°189-4, p.347.

³⁶⁸⁵ Cass. Civ. 1ère, 8 mars 1988, J.C.P., 1988, II, 21070, note P. Jourdain; R.T.D. Civ., 1988, 741 obs. J. Mestre; jurisprudence devenue caduque dans les chaînes de contrats non translatifs de propriété, depuis l'arrêt d'assemblée plénière précité.

³⁶⁸⁶ C. Jamin, *La notion d'action directe*, thèse L.G.D.J., 1991, n°295; G. Viney, op. cit., n°189-2.

³⁶⁸⁷ Il est important de souligner que tous les exemples de conséquence inopportune d'application de la responsabilité contractuelle dans le domaine professionnel, donnés par Melle Viney, portent sur des dommages corporels dont l'indemnisation est entravée par une clause ou un régime spécial, cf. op. cit., n°243.

l'inexécution de ces obligations cause un dommage à un tiers, rien n'empêche celui-ci d'agir sur le terrain de la responsabilité délictuelle à condition de prouver une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. Ce point étant précisé, force est d'étudier l'objet de ces obligations judiciairement créées.

B - L'OBJET DES OBLIGATIONS CREEES PAR LE JUGE A RAISON DES DESEQUILIBRES DE PUISSANCE ECONOMIQUE

778. Le Code civil distingue entre les obligations de donner d'une part³⁶⁸⁸. L'obligation de donner se définissant comme celle en vertu de laquelle une personne doit transférer la propriété d'un bien, il y a lieu de l'écarter d'emblée. En effet, les obligations créées par le juge en raison du déséquilibre de puissance économique existant entre les parties ne portent pas sur un transfert de droit réel³⁶⁸⁹. Celles-ci vont donc se répartir entre l'obligation de faire et l'obligation de ne pas faire. S'agissant de l'obligation de surveillance et de contrôle, il est clair que la qualification devant être retenue est celle de l'obligation de faire. En ce qui concerne l'obligation d'information, le problème est plus délicat. A priori, il s'agit d'une obligation de faire, le débiteur ayant l'obligation de transmettre l'information à son cocontractant. Mais, après réflexion, il semble que cette obligation de faire se double d'une obligation de ne pas faire. En effet, le débiteur de l'obligation d'information doit s'abstenir de transmettre une information fautive ou mensongère. Cependant, cette face négative de l'obligation d'information est incluse dans l'obligation de faire. Mme Fabre-Magnan a montré que cette obligation ne portait pas sur n'importe quelle information, et que le débiteur de celle-ci doit transmettre une information pertinente, c'est-à-dire utile et se rapportant au contrat³⁶⁹⁰. Il s'agit donc bien d'une obligation de faire. Enfin l'obligation de préserver l'équilibre contractuel a effectivement une double nature. D'abord, c'est une obligation de ne pas faire. La partie économiquement puissante ne doit pas rompre l'équilibre entre les prestations réciproques au préjudice de son cocontractant économiquement faible. On retrouve cette obligation de ne pas faire dans l'interdiction de résilier un contrat de dépendance économique avant que les investissements imposés par la partie dominante soit intégralement amortis³⁶⁹¹. Ensuite l'obligation de préserver l'équilibre contractuel présente un aspect positif qui se traduit par une obligation de faire. Le contractant économiquement puissant est soumis à une telle obligation lorsqu'en cours d'exécution l'équilibre initial du contrat est rompu et ne correspond plus à la réalité du marché. Dans ce cas, le débiteur de l'obligation de préserver l'équilibre contractuel doit faire en sorte de renégocier le contrat afin de l'adapter aux nouvelles données du marché et aux variations significatives de la conjoncture³⁶⁹². Mais encore faut-il déterminer l'étendue exacte de l'obligation : s'agit-il d'une obligation de moyens ou de résultat?

779. La distinction entre obligation de moyens et de résultat a été introduite par Demogue³⁶⁹³. Malgré le fait qu'elle soit couramment utilisée par la jurisprudence, cette distinction fait l'objet de critiques doctrinales importantes³⁶⁹⁴. Pourtant, c'est sur ce fondement que Mme Fabre-Magnan a

³⁶⁸⁸ Art. 1136 du Code civil.

³⁶⁸⁹ Si l'on suivait la doctrine qui qualifie l'information de bien susceptible d'une appropriation, en dehors de tout texte de loi spécial, il faudrait qualifier l'obligation d'information d'obligation de donner, cf. supra n°543.

³⁶⁹⁰ Thèse précitée n°175.

³⁶⁹¹ Cf. supra n°690; 766 et suiv.

³⁶⁹² Cf. supra n°769 et suiv.

³⁶⁹³ R. Demogue, *Traité des obligations*, t.V, n°1237 et suiv., 1928.

³⁶⁹⁴ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°823; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1028 et suiv.

entrepris de qualifier l'étendue de l'obligation d'information. En règle générale, la jurisprudence³⁶⁹⁵ et la doctrine³⁶⁹⁶ considèrent qu'il s'agit d'une obligation de moyens, que l'obligation d'information soit accessoire ou principale. Mme Fabre-Magnan critique cette solution et propose de distinguer l'obligation de transmettre une information, qui est une obligation de résultat, d'une part, et celle d'utiliser des modalités adéquates de transmission de l'information de sorte que le destinataire la reçoive et la comprenne, qui n'est que de moyens, d'autre part³⁶⁹⁷. Cette répartition est certainement pertinente, quoiqu'un peu complexe. On peut se demander s'il ne vaudrait pas mieux utiliser la distinction proposée par Henri Mazeaud entre l'obligation de prudence et de diligence et l'obligation déterminée³⁶⁹⁸. Mme Lambert-Faivre a montré, à propos de l'obligation de sécurité, que l'utilisation du terme « résultat » « conduit aux pires confusions, car on en arrive à ne plus déterminer l'obligation transgressée, mais à l'induire du seul dommage »³⁶⁹⁹. En ce qui concerne l'obligation d'information, la compréhension de l'information ne saurait entrer dans les obligations du débiteur. En effet, l'obligation déterminée d'information signifie que l'information pertinente doit être transmise au créancier. S'agissant des moyens de transmission, il est évident que le débiteur devra se comporter en contractant normalement prudent et diligent et, à ce titre, utiliser des modalités adéquates. Mais cela revient à préciser le contenu de l'obligation déterminée, car il n'y a pas véritablement transmission de l'information si les moyens utilisés pour cette transmission sont inadaptés. Il en est de même pour l'obligation de surveillance et de contrôle. L'étendue de cette obligation est obscure si l'on utilise la distinction proposée par Demogue. En revanche, il est possible de la qualifier d'obligation déterminée, puisque le débiteur doit effectuer un contrôle susceptible d'éviter un dommage prévisible. Ici aussi, peu importe les moyens utilisés, la responsabilité du débiteur de l'obligation de surveillance sera engagée si un dommage entrant dans le champ de prévision contractuel survient. C'est la solution que paraît consacrer, en matière délictuelle il est vrai, l'arrêt du 7 mars 1995³⁷⁰⁰.

780. Pour ce qui est de l'obligation de préserver l'équilibre contractuel, elle ne peut être que déterminée lorsqu'il s'agit de l'obligation de ne pas faire. Mais *quid* lorsque la partie économiquement puissante doit adapter le contenu obligationnel aux bouleversements économiques survenus en cours d'exécution? Là encore, l'abandon de la distinction obligation de moyens, obligation de résultat permet d'éclaircir les données du problème. Il est évident que le débiteur de cette obligation créée par le juge ne doit pas être tenu responsable du seul fait que le contrat n'a pas été révisé, car le refus de révision peut éventuellement provenir de la partie économiquement faible qui peut préférer l'octroi de dommages-intérêts. Dans ce cas, il serait inéquitable de prononcer une condamnation. En réalité, le débiteur de l'obligation de préserver l'équilibre contractuel, qui est une obligation déterminée, ne doit que proposer une solution efficace utile à son cocontractant. C'est précisément ce qui était reproché à la compagnie pétrolière dans l'arrêt du 3 novembre 1992³⁷⁰¹. A notre sens, la doctrine commet une erreur en estimant qu'il s'agit d'une obligation de renégociation et d'adaptation du contrat³⁷⁰². En effet, l'obligation de renégociation est trop faible, le contractant économiquement puissant pouvant se contenter d'ouvrir la négociation puis de refuser de conclure un nouvel accord. Au contraire, l'obligation d'adaptation est trop intense, car il faut empêcher que le créancier de l'obligation ne profite de la protection instaurée à son profit pour obtenir un avantage

³⁶⁹⁵ Cass. Civ. 1ère, 10 février 1987, Bull. Civ. I, n°43; cf. cependant Cass. Civ. 2ème, 19 octobre 1994, Dalloz 1995, 499 note A.-M. Gavard-Gilles, décidant que celui qui a accepté de donner des renseignements à lui-même l'obligation de s'informer pour informer en connaissance de cause.

³⁶⁹⁶ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°635.

³⁶⁹⁷ Thèse précitée, n°493 à 504.

³⁶⁹⁸ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°21.

³⁶⁹⁹ Y. Lambert-Faivre, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, Dalloz, 1994, chron.81, spéc. p.84.

³⁷⁰⁰ Cass. Civ. 1ère, 7 mars 1995, J.C.P., 1995, II, 22489, note M. Béhar-Touchais.

³⁷⁰¹ Précité cf. supra n°769 et suiv.

³⁷⁰² Cf. supra n°769 et suiv.; G. Viney, op. cit., n°185, p.328 et 329.

indu. Ainsi, il semble préférable de déterminer le contenu de cette obligation en précisant que le contractant économiquement puissant a l'obligation de proposer à son partenaire une solution efficace et utile pour rééquilibrer le contrat. Il s'agit donc bien d'une obligation déterminée.

781 . Pour conclure sur la détermination de l'étendue de l'obligation, il convient de préciser le critère de distinction entre l'obligation déterminée d'une part et l'obligation de prudence et diligence d'autre part. Classiquement, la volonté des parties joue un rôle déterminant. MM. Mazeaud et Chabas précisent, à cet égard, que « *sur le terrain contractuel, il faut rechercher la volonté des parties* »³⁷⁰³. A défaut de volonté explicite, ces auteurs proposent de se fonder sur l'existence d'un aléa. Lorsque la réalisation du but poursuivi par le contrat présente un aléa, « *on doit supposer que l'obligation assumée est seulement de prudence et diligence, parce que normalement, un débiteur ne s'engage pas à obtenir un résultat qu'il sait aléatoire* »³⁷⁰⁴. Mais cette référence à la volonté des parties n'est pas pertinente pour ce qui est des obligations créées par le juge. En effet, nous avons vu que ces obligations sont déconnectées de la volonté des parties et du système d'interprétation des conventions³⁷⁰⁵. En outre, il serait trop facile, pour un contractant économiquement puissant d'imposer à son partenaire qui ne l'est pas, la qualification d'obligation de prudence pour les obligations dont il est débiteur, et d'obligation déterminée pour celles dont il est créancier. Ainsi, des considérations de politique juridique viennent troubler l'application des critères traditionnels³⁷⁰⁶. Surtout, l'obligation créée par la juge est, par nature, déterminée, puisque constatée postérieurement à l'exécution. Le juge va donc reprocher au contractant débiteur l'inexécution d'une obligation déterminée. A l'inverse, l'obligation de prudence et diligence n'est envisageable que lors de la conclusion du contrat, afin de fixer un cadre à son exécution. Par conséquent, les obligations de surveillance, d'information et de préservation de l'équilibre contractuel, seront sanctionnées, indépendamment de la preuve d'une faute, du seul fait de leur inexécution. Le principe de l'existence et le régime des obligations judiciairement créées étant posés, il convient à présent d'en étudier les sanctions.

SECTION II

LES SANCTIONS DES OBLIGATIONS JUDICIAIREMENT CREEES

782 . Il faut déduire de la nature nécessairement contractuelle des obligations créées par le juge, en raison des déséquilibres de puissance économique, que la sanction de la nullité est exclue. Certes, en ce qui concerne l'obligation d'information, Mme Fabre-Magnan propose d'étendre le champ de la responsabilité délictuelle et de la nullité pour vice du consentement à l'intérieur du contrat, au moment de l'exécution, en sanctionnant par l'annulation tout acte juridique réalisé consécutivement à l'inexécution d'une obligation d'information³⁷⁰⁷. Mais cette intrusion de l'ordre délictuel dans le contrat est artificielle et inopportune³⁷⁰⁸. Nous verrons qu'elle n'a d'autre explication que la césure

³⁷⁰³ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°21, p.14.

³⁷⁰⁴ Op. cit.; cf. sur ce point : A. Tunc, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, J.C.P., 1945, I, 449; H. Mazeaud, *Essai de classification des obligations*, R.T.D. Civ., 1936, p.1 et suiv.

³⁷⁰⁵ Cf. supra n°385 et suiv.

³⁷⁰⁶ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°823, p.456.

³⁷⁰⁷ Thèse précitée, n°289 et suiv., et n°310 et suiv., pour le remplacement du critère chronologique par le critère fonctionnel.

³⁷⁰⁸ En ce sens, D. Tallon, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, R.T.D. Civ., 1994, 223, n°13.

trop tranchée existant entre la formation et l'exécution du contrat³⁷⁰⁹. Pour notre part, nous pensons que la sanction des obligations judiciairement créées, l'obligation de sécurité mise à part, doit être recherchée dans les mécanismes contractuels, ce qui est plus logique pour une obligation née dans le cadre d'un contrat et dans le but de rééquilibrer son contenu obligationnel. Dans un premier temps, l'article 1184 du Code civil paraît être le mieux à même pour sanctionner les obligations créées par le juge. En effet, cet article offre, au créancier d'une obligation inexécutée, le choix entre l'exécution forcée du contrat ou la résolution avec ou sans dommages-intérêts. Les dispositions de l'article 1184 sont applicables tant aux obligations expressément stipulées qu'à celles qui sont découvertes par le juge. S'agissant de la résolution pour inexécution, il est intéressant de souligner les spécificités de ses mécanismes et de ses effets dans les contrats conclus entre parties de puissance économique inégale. Il apparaît clairement que, tant les effets que les pouvoirs du juge en la matière conviennent parfaitement à la nécessaire souplesse qu'implique le rééquilibrage des conventions. En ce qui concerne la seconde tranche de l'option posée par l'article 1184 du Code civil, elle force à pousser plus loin la réflexion et à franchir une seconde étape dans le raisonnement.

783. A priori, l'exécution forcée du contrat ne présente pas de caractéristiques particulières quant au problème posé par les déséquilibres de puissance économique. Chaque contractant, qu'il soit puissant ou faible, doit exécuter les obligations qu'il a contractées. Le raisonnement semble pouvoir s'appliquer aux obligations judiciairement créées. A partir du moment où une obligation est mise à la charge du contractant économiquement puissant, la partie créancière de cette obligation pourra si tel est son intérêt, en demander l'exécution forcée. C'est précisément en se fondant sur ce principe que Mme Fabre-Magnan propose de donner « *un effet obligatoire* » à l'information³⁷¹⁰. Selon cet auteur, « *lorsqu'une information erronée a été transmise à un contractant et qu'elle l'a incité à émettre un consentement, la sanction qui nous semble, dans la plupart des hypothèses, la plus efficace, consiste à faire comme si l'information donnée entrait dans le champ contractuel en tant qu'obligation devant être exécutée par le débiteur de l'obligation d'information. Par hypothèse, l'information transmise ne correspond pas à la réalité. La réparation proposée consiste, alors, plutôt que de sanctionner la transmission d'une information non conforme à la réalité, à faire en sorte que la réalité soit conforme à l'information transmise et qui était favorable à son destinataire* »³⁷¹¹.

Evidemment, cette solution originale est aussi efficace que judicieuse. Néanmoins, il n'est pas facile d'en trouver le fondement rationnel et juridique. Nul doute que la morale, chère à Ripert, sort renforcée de l'élargissement du champ contractuel, mais la théorie de l'apparence, invoquée à titre de justification, n'emporte pas la conviction. Comme le reconnaît l'auteur lui-même, la théorie de l'apparence est un mécanisme destiné à protéger les tiers et non les parties contractantes³⁷¹². Ainsi, la théorie de l'apparence ne peut être qu'au plus un parallèle, mais en aucun cas, elle ne peut constituer un fondement valable à « *l'effet obligatoire de l'information* ». Mme Fabre-Magnan propose, alors, de fonder cet effet sur la force obligatoire des conventions, par le biais de la déclaration de volonté³⁷¹³. Mais là encore, la proposition ne convainc que très partiellement. Le problème n'est pas de savoir si la volonté déclarée doit primer la volonté interne. Il est admis, en droit français, que le principe est celui de la volonté interne lorsqu'il y a une discordance prouvée

³⁷⁰⁹ Cf. infra n°797 et suiv.

³⁷¹⁰ Thèse précitée, n°637 et suiv.

³⁷¹¹ Op. cit., n°643.

³⁷¹² Op. cit., n°685; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, n°867; cf. cependant Cass. Com., 3 mai 1994, R.T.D. Civ., 1995, 103 obs. J. Mestre; cf. l'imposante bibliographie citée par ces auteurs au n°838 note 6, et notamment : J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, thèse Montpellier, 1959; F. Derrida, Ency. Dalloz, *Apparence*, 1970, refondue par J. Mestre en 1986.

³⁷¹³ Op. cit., n°686.

avec ce qui a été exprimé³⁷¹⁴. Ce principe, même s'il comporte d'importantes limites commandées par l'impératif de sécurité contractuelle³⁷¹⁵, est justifié par le souci de faire respecter un minimum de justice contractuelle en tenant compte des possibles vices affectant le consentement exprimé. Il n'existe donc, en droit positif, aucun primat du principe de la déclaration de volonté. Surtout, le recours à ce principe, pour faire entrer dans le champ contractuel certaines informations erronées, se révèle artificiel. En effet, le contractant qui a volontairement transmis ces informations erronées, n'a évidemment pas voulu s'engager sur l'exécution de leur contenu. Souvent, il prend d'ailleurs la précaution de préciser, par une clause de style, que ces documents publicitaires n'ont pas de valeur contractuelle, ce qui n'empêche pas les juges d'ordonner l'exécution forcée des informations qu'ils contiennent³⁷¹⁶. Si cette solution est opportune, elle ne peut néanmoins être rattachée à la force obligatoire du contrat, tant il est vrai que cette mention manifeste la volonté, tant interne qu'externe, du pollicitant de ne pas être liée par les documents publicitaires. Par conséquent, fonder le principe de « *l'effet obligatoire de l'information* » sur la déclaration de volonté relève de la fiction.

784. En réalité, attribuer un effet obligatoire à l'obligation judiciairement créée en raison du déséquilibre de puissance économique, quel qu'en soit le contenu, peut s'expliquer de façon plus naturelle et logique par l'idée de révision pour cause de lésion. L'application de la notion de lésion au moment de l'exécution du contrat, alors même que nous avons écarté la nullité et la responsabilité délictuelle, peut paraître surprenante. Pourtant en approfondissant l'analyse, la lésion pourrait parfaitement servir de fondement rationnel à la sanction de l'obligation créée par le juge et mise à la charge de la partie économiquement puissante. Au besoin, il serait possible de rattacher la lésion aux dispositions de l'article 1135 du Code civil, ce qui permettrait de trouver un fondement textuel à l'intervention du juge dans le domaine de l'équité. C'est ce qu'il faudra démontrer après avoir étudié le mécanisme de la résolution pour inexécution et rapproché ses effets de ceux de la lésion.

PARAGRAPHE 1 - LA RESOLUTION POUR INEXECUTION

785. Il peut paraître étonnant de poser, comme principe de sanction, que la résolution pour inexécution soit susceptible de protéger la partie économiquement faible. Habituellement, le législateur édicte des mesures spéciales dans le but de protéger celle-ci contre la résolution demandée par un contractant en position de force, eu égard à sa qualité de créancier. Il en est ainsi, en droit du travail, l'article L. 122-1 du Code du travail interdisant la résolution pour inexécution des contrats à durée déterminée³⁷¹⁷. De même l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 protège l'entreprise en redressement judiciaire en interdisant toute action en justice de la part d'un créancier tendant à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. L'article 37 al. 7 de cette même loi paralyse, quant à lui, la clause résolutoire fondée sur l'état de cessation de paiement ou sur l'ouverture d'un redressement judiciaire du débiteur³⁷¹⁸. Dans d'autres hypothèses, le législateur a aménagé les conditions de déclenchement de la clause résolutoire de plein droit afin d'en atténuer les effets. Par exemple, l'article 25 du décret du 30 septembre 1953 dispose que la

³⁷¹⁴ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°87.

³⁷¹⁵ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°387 et 388; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°159 et suiv.

³⁷¹⁶ T.C. Paris, 28 novembre 1977 et C.A. Paris, 30 octobre 1984, inédits, cités par J. Ghestin, op. cit., n°412, note 117, **contra** : C.A. Paris, 22 mars 1985 et 6 mars 1976, idem.

³⁷¹⁷ Cass. Soc., 20 mars 1990, Bull. Civ. V, n°121, idem pour les salariés protégés : Cass. Ass. Plen., 20 janvier 1983, Dalloz, 1983, 269, concl. J. Cabannes.

³⁷¹⁸ Cass. Com., 2 mars 1993, Bull. Civ. IV, n°87.

clause résolutoire de plein droit insérée dans un bail commercial ne peut produire d'effets qu'un mois après un commandement demeuré infructueux³⁷¹⁹.

En dehors de ces hypothèses, la résolution pour inexécution est un moyen efficace de sanctionner l'inexécution d'une obligation judiciairement créée en raison de l'existence d'un déséquilibre de puissance économique entre les parties contractantes. Les conditions de déclenchement de la résolution ne posent pas de problèmes ni ne présentent de caractéristiques spécifiques pour notre étude³⁷²⁰. Nous nous contenterons donc d'aborder l'étude des effets de la résolution, avant d'analyser le contenu des pouvoirs du juge.

A - L'ETENDUE DES EFFETS DE LA RESOLUTION

Compte tenu de son effet rétroactif, la résolution a des répercussions non seulement à l'intérieur du contrat, mais également à l'extérieur en touchant des tiers et d'autres contrats. Il convient donc de distinguer les effets externes des effets internes de la résolution, afin de constater, dans les deux cas, l'utilisation jurisprudentielle de la notion d'indivisibilité.

1/ LES EFFETS EXTERNES DE LA RESOLUTION

786. L'hypothèse envisagée est la suivante : un contrat, dans lequel une obligation judiciairement créée a été inexécutée, est résolu; cette résolution peut-elle s'étendre à un autre contrat conclu soit entre les mêmes parties, soit entre des parties différentes? Le problème de la propagation de l'anéantissement d'un contrat doit normalement être recentré autour de l'idée de groupe de contrats ou d'ensembles contractuels³⁷²¹. Mais, pour le sujet qui nous intéresse ici, il convient de limiter le champ d'étude à l'hypothèse dans laquelle le contractant économiquement puissant impose la division artificielle d'un même *negotium* en plusieurs *instrumenta*. Dans le domaine de la résolution pour inexécution, le critère de propagation de l'anéantissement d'un contrat paraît être celui de l'indivisibilité. « *Prévue seulement dans le Code civil pour caractériser la nature de certaines obligations, l'indivisibilité a sans conteste aujourd'hui pris comme terrain d'élection le domaine des relations entre les contrats eux-mêmes* »³⁷²². Le législateur, lui-même, utilise ce concept pour protéger le consommateur dans le domaine du crédit affecté³⁷²³. Mais, le contenu de la notion d'indivisibilité est suffisamment flou pour que l'on s'interroge sur la portée véritable de ce critère. C'est ce que nous proposons de faire, après avoir donné quelques exemples de propagation de la résolution d'un contrat sur un autre.

³⁷¹⁹ Cf. aussi : Art. L. 411-31 et 411-53 du Code rural; Art. 4.g. loi du 6 juillet 1989. Art. L.261-3 du Code de la construction et de l'habitation.

³⁷²⁰ J. Carbonnier, op. cit., n°186 et suiv.; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°735 et suiv.; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°1087 et suiv.; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1985, 163; H. Roland et L. Boyer, op. cit., n°1644 et suiv.; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°621 et suiv.

³⁷²¹ B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, thèse Montpellier, L.G.D.J., 1975; M. Bacache, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse Paris II, 1994.

³⁷²² J. Mestre, *Double facette de l'indivisibilité entre contrats*, R.T.D. Civ., 1995, 363; sur la notion d'indivisibilité, cf. J. Moury, *De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats*, R.T.D.Civ. 1994, 255; J. Boulanger, *Usage et abus de la notion d'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats*, R.T.D. Civ., 1950, 1 et suiv.

³⁷²³ Art. L. 311-21 et L. 312-12, C. Cons.; Cass. Civ. 1ère, 1er décembre 1993, Bull. Civ. I, n°355; J.C.P. 1994, II, 22325, note C. Jamin.

787. Dans un arrêt en date du 16 juillet 1968, la première Chambre civile de la Cour de cassation³⁷²⁴ a décidé que des sociétés immobilières, spécialement constituées pour l'exécution des conventions, qui tendaient à la réalisation d'un programme de constructions immobilières, se trouvaient affectées par la résolution des conventions initiales. Cette solution paraît logique, dans la mesure où les contrats signés formaient un tout indivisible, un seul *negotium*. Fondé sur la pure logique, cet arrêt ne s'explique pas par l'existence d'un déséquilibre de puissance économique entre les contractants. Il n'en va pas de même en matière informatique.

788. Dans le domaine informatique, les contrats mettent généralement en présence deux parties de puissance informationnelle inégale. Or, il peut être tentant, pour le professionnel de l'informatique, de diviser artificiellement ses prestations en plusieurs actes, dans le but d'alléger ses obligations. C'est notamment le cas, lorsque, pour l'informatisation d'une entreprise, les parties signent deux contrats distincts, l'un pour le matériel³⁷²⁵, l'autre pour le logiciel³⁷²⁶. Imaginons que l'entreprise spécialisée en informatique manque à ses obligations de renseignements et de conseil quant à la mise en place du logiciel. La résolution du contrat, dont l'obligation créée par le juge n'a pas été exécutée, rejaillira-t-elle sur la vente du matériel? Dans un arrêt du 8 janvier 1991, la Cour de cassation l'a admis sur le fondement du critère d'indivisibilité de ces deux opérations³⁷²⁷. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite³⁷²⁸. Surtout, il convient de citer les arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'affaire V. Conseil³⁷²⁹. En l'espèce, des commerçants avaient conclu avec la société V. Conseil un contrat leur donnant accès, par l'intermédiaire d'un matériel et d'un logiciel qui leur étaient fournis, à un réseau télématique contrôlé par la société SEDRI. Ce contrat avait pour objet la diffusion d'images d'information et de publicité dans leurs magasins. Pour l'acquisition du matériel, les commerçants ont conclu un contrat de location auprès d'organismes de financement. Or, en août et septembre 1990, les sociétés V. Conseil et SEDRI étaient déclarées en liquidation judiciaire, provoquant, de ce fait, l'interruption de la diffusion des images et la résiliation des contrats de prestations de services. Cette situation n'empêche pas les organismes de financement de réclamer le paiement des loyers, au motif qu'ils bénéficieraient d'un contrat distinct de ceux qui ont été résiliés. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré comme résiliées les conventions de location suite à la résiliation des contrats de prestations de services, eu égard à l'indivisibilité de leur contenu. L'originalité de cette décision est de fonder l'indivisibilité des conventions, non plus sur un critère subjectif tiré de l'intention commune des parties, mais d'un critère objectif³⁷³⁰ ou fonctionnel³⁷³¹. Or, le choix entre ces deux acceptions de l'indivisibilité pose problème.

789. La notion d'indivisibilité a été introduite dans le Code civil³⁷³² pour caractériser un certain type d'obligations. En ce sens, l'indivisibilité est liée soit à la nature des choses, soit à la volonté des parties. C'est sur la base de la volonté des parties que la doctrine, et la jurisprudence, ont étendu l'indivisibilité aux relations entre les contrats. Dans la première édition de son traité sur les effets du contrat, M. Ghestin explique qu'il « *faut en particulier, que cette indivisibilité subjective ou conventionnelle ait fait l'objet d'un accord exprès ou implicite, mais dépourvu d'équivoque entre*

³⁷²⁴ Bull. Civ. I, n°212; R.T.D. Civ., 1969, 563, obs. Y. Loussouarn.

³⁷²⁵ Hardware.

³⁷²⁶ Software.

³⁷²⁷ Cass. Com., 8 janvier 1991, Bull. Civ. IV, n°20.

³⁷²⁸ C.A. Paris, 25ème ch. A., 19 mars 1993 et 5ème ch. B, 17 novembre 1994, R.T.D. Civ., 1995, 363, obs. J. Mestre.

³⁷²⁹ Cass. Com., 4 avril 1995, Som. Com. 231, obs. L. Aynès; Cont. Conc. Cons. 1995, n°105, obs. L. Leveneur; Dalloz 1996, 141 note S. Piquet.

³⁷³⁰ L. Aynès, obs. précitées.

³⁷³¹ J. Mestre, obs. précitées.

³⁷³² Art. 1217 et suiv.

les divers intervenants »³⁷³³. De façon plus précise, M. Aynès constate que la Cour de cassation, dans son arrêt du 4 avril 1995, ne consacre pas le raisonnement purement objectif de la Cour d'appel de Douai, qui consistait à déduire l'indivisibilité des conventions du seul fait de ne pouvoir utilement se servir du matériel loué sans les informations provenant du réseau télématique³⁷³⁴. Approuvant la conception subjective de l'indivisibilité, M. Aynès considère que ce critère ne peut être utilisé que dans deux cas : « *D'abord, lorsque l'objet de l'un des contrats implique l'existence et l'efficacité d'un autre contrat, de telle manière que la résiliation de celui-ci prive le premier de son objet, entraînant sa disparition par caducité plutôt que par résiliation; tel est le cas des contrats accessoires (exemple : contrat de garantie) ou du crédit-bail*³⁷³⁵. (...) *Ensuite, lorsque les parties à l'un des contrats (les deux parties, et pas simplement l'une d'elles, par exemple l'utilisateur) ont accepté de lier le sort de celui-ci au sort des autres contrats de l'ensemble. Cette volonté peut-être expresse. Elle peut être tacite, mais ne saurait résulter de la seule destination objective du produit ou du service procuré par l'un des contrats* »³⁷³⁶. Ce raisonnement s'inscrit dans la définition subjective du contrat, dont l'essence est la volonté des parties³⁷³⁷. Il doit être pleinement approuvé lorsque les parties contractantes sont sur un pied d'égalité, ou du moins, lorsque l'une d'elles n'a pas une puissance économique suffisante pour dicter sa loi à l'autre.

Dans le cas contraire, le recours à la commune intention des parties, pour déterminer le caractère divisible ou indivisible de plusieurs contrats distincts est artificiel et inopportun. Il est artificiel car, dans les contrats conclus entre des parties économiquement inégales, il n'existe pas véritablement de volonté commune, au sens où on l'entend habituellement. Ce sera le contractant dominant qui imposera sa volonté au contractant dominé, celui-ci se contentant de donner son consentement³⁷³⁸. Il est inopportun dans la mesure où l'artifice de la division des instruments va permettre au contractant économiquement puissant de pouvoir se soustraire à une partie de ses obligations. Dans le domaine informatique, par exemple, la signature de deux contrats matériellement distincts, l'un pour le matériel et l'autre pour le logiciel, présente l'avantage pour ce contractant de pouvoir continuer à exiger de son partenaire l'exécution du premier, alors que lui-même est défaillant dans l'exécution du second. Dans ce cas, le recours à l'indivisibilité subjective est illusoire, car il est clair que la volonté commune n'a pas été de lier ses contrats. Le contractant économiquement puissant peut même, en pratique, pousser le vice jusqu'à insérer une clause expresse excluant l'indivisibilité. Dans le même genre d'idées, il pourra créer plusieurs sociétés distinctes afin de renforcer l'apparence d'une indépendance entre les actes et les opérations mis en place³⁷³⁹.

790. Le problème de l'indivisibilité des contrats conclus entre des personnes de puissance économique inégales dépasse largement le domaine de l'informatique. Ainsi, dans les contrats de distribution, on peut imaginer qu'un concédant ou un franchiseur divise artificiellement un même *negocium* en plusieurs *instrumenta*, ou au contraire réunisse, tout aussi artificiellement, plusieurs *negocia* en un seul *instrumentum*. Ces manœuvres pourraient notamment avoir pour conséquence

³⁷³³ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 1ère éd., 1992, n°474, p.470.

³⁷³⁴ L. Aynès, obs. précitées.

³⁷³⁵ Cass. Ch. mixtes, 23 novembre 1990, Dalloz, 1991, 121 note C. Larroumet; Cont. Conc. Cons., 1991, n°30, obs. L. Leveneur.

³⁷³⁶ Op. cit.

³⁷³⁷ Obs. précitées et reprises dans l'édition 1995-96 de l'ouvrage de P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°692.

³⁷³⁸ Cf. M.A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, R.T.D. Civ., 1995, 573; cf. également supra n°394 et suiv.

³⁷³⁹ Cf. J. Mestre, *La liberté contractuelle au soutien des montages des professionnels*, R.T.D. Civ., 1995, 355, et *Montages des professionnels (suite) : liberté mais pas fraude*; il faut réserver, par principe, l'hypothèse du montage frauduleux, quoique la preuve de la fraude soit très difficile à rapporter, cf. Cass. Com., 15 décembre 1992, Bull. Civ. IV, n°409; J.C.P., 1994, I, 313, n°18; décision dans laquelle la violation d'une clause de non-concurrence par une société soeur n'est pas condamnable en raison de l'indépendance des personnes morales par rapport aux personnes physiques qui la composent; **contra** : Cass. Com., 31 janvier 1989, R.T.D. Civ., 1989, 530, obs. J. Mestre.

de masquer les déséquilibres de valeur existant entre les droits et prestations réciproques. Par conséquent, plutôt que de se référer à la commune volonté des parties, il faudrait, dans les contrats où un contractant est économiquement dominant, analyser l'équilibre des prestations des diverses conventions et opter pour l'indivisibilité uniquement dans la mesure où les prestations globales dues par la partie économiquement faible restent, malgré la création d'obligations par le juge, manifestement exagérées par rapport à celles du contractant économiquement puissant. Dans le cadre de cette analyse, les critères fonctionnels et d'utilité seront particulièrement révélateurs de l'éventuel déséquilibre existant au détriment de la partie économiquement faible. Imaginons que, dans l'affaire V. Conseil, les parties aient inséré, dans le contrat de location financière, une clause excluant l'indivisibilité avec le contrat de connexion au réseau télématique. Il est incontestable que, s'agissant d'un contrat d'adhésion imposé par un professionnel de la finance à un simple commerçant, ce dernier n'avait aucun pouvoir de le négocier. Or, il aurait été inéquitable, dans cette hypothèse, d'obliger le commerçant à continuer à régler les mensualités de location, sans percevoir aucune contrepartie. Certes, encore faut-il qu'il existe un lien de connexité suffisant entre ces deux opérations. Il faut, en effet, éviter l'insécurité juridique que causerait un développement trop important de l'indivisibilité objective.

Ainsi une double limitation peut-être proposée. D'abord, l'indivisibilité objective ne peut-être utilisée qu'en présence d'un déséquilibre de puissance économique entre contractants. Ensuite, il faut que l'ensemble des parties aux différents contrats, aient connaissance de la globalité de l'opération. Il est impensable de faire jouer la notion d'indivisibilité si l'une d'entre elles, par exemple l'organisme de financement, n'avait pas connaissance de l'existence et des modalités du contrat conclu grâce au crédit octroyé. En réalité, l'important est de veiller à ce que le contractant puissant n'impose à son partenaire un morcellement, ou au contraire une unité, artificiel de l'opération économique envisagée par les parties. C'est également le souci qui doit animer la jurisprudence s'agissant des effets internes de la résolution.

2/ LES EFFETS INTERNES DE LA RESOLUTION

791 . L'article 1184 al. 1er, inspiré par l'institution romaine de la *lex commissoria*³⁷⁴⁰, dispose que « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». Cette référence légale à la condition résolutoire renvoie directement à l'article 1183 du Code civil qui en précise les effets : « la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». La rétroactivité de la résolution ne fait donc aucun doute, même si dans les contrats à exécution successive elle revêt une forme particulière³⁷⁴¹. Il semble aujourd'hui que la jurisprudence et la majorité de la doctrine lient l'ampleur de la rétroactivité de la résolution à l'idée d'indivisibilité des obligations. La question est donc de savoir si « les parties ont voulu faire un marché indivisible ou fractionné en une série de

³⁷⁴⁰ Le droit romain, régi par l'indépendance des obligations contractuelles, ne connaît pas la résolution pour inexécution; c'est pourquoi les contrats de vente comportaient, en pratique, un *lex commissoria*, ou clause résolutoire.

³⁷⁴¹ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 1ère éd. 1992, n°498; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°1103; J. Mestre, R.T.D. Civ., 1985, 166; **contra** : J. Carbonnier, op. cit., n°187; pour une position nuancée distinguant les contrats à exécution successive et les contrats à exécution échelonnée : P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°744; sur le problème de la distinction entre résolution et résiliation, cf. supra n°440.

contrats »³⁷⁴². Les contrats à exécution échelonnée sont donc « *traités comme des contrats instantanés, lorsque le fractionnement est une simple modalité d'une prestation et d'une contrepartie indivisible* »³⁷⁴³. Dans ce cas la résolution rétroagit. Au contraire, ils sont considérés « *comme des contrats successifs, si chacune des prestations est distincte des autres, et reçoit une contrepartie divisible* »³⁷⁴⁴. Dans ce cas, il n'y a pas de rétroactivité. C'est également l'opinion de M. Mestre, qui étend cependant la solution de la rétroactivité à l'ensemble des contrats synallagmatiques à exécution successive³⁷⁴⁵. Cet auteur insiste sur le rôle de la volonté des parties dans la qualification de l'opération. Il faut donc, à l'instar de la théorie des nullités partielles, se demander si les parties auraient conclu l'acte partiellement résolu, ou si elles l'auraient refusé en bloc.

792. Comme pour les effets externes de la résolution, cette solution ne doit être accueillie que dans les contrats conclus entre personnes de puissance économique sensiblement équivalentes, et en tous les cas non manifestement disproportionnées. En effet, ce n'est que dans cette hypothèse que le juge pourra, sans artifice, se référer à la volonté commune des parties, qu'elle soit expresse ou tacite. Dans le cas des contrats conclus entre personnes présentant un déséquilibre de puissance économique, au contraire, il y a un risque pour que la partie dominante impose à la partie dominée un fractionnement ou une indivisibilité artificielle du contrat, dans le seul but de renforcer le lien de dépendance économique. Là encore, il conviendra de se référer à l'appréciation de l'équilibre des prestations. C'est d'ailleurs ce que propose M. Ghestin lorsqu'il suggère que « *l'équivalence globale des prestations voulues par les parties doit être maintenue* »³⁷⁴⁶. S'agissant de l'inexécution d'une obligation créée par le juge en raison du déséquilibre de puissance économique existant entre les parties, il appartiendra à ce dernier d'apprécier l'importance de cette inexécution afin d'ordonner soit la résolution totale, soit la résolution partielle du contrat. Prenons l'exemple de l'inexécution d'une obligation d'information dans un contrat de franchise. Si le franchiseur, au bout de plusieurs années d'exécution normale du contrat, omet de transmettre à son partenaire le contenu des évolutions et de la réactualisation du savoir-faire, et si le franchisé demande la résolution du contrat, le juge pourra limiter les effets de la résolution au jour de la première inexécution, sans avoir besoin de revenir sur la période d'exécution équilibrée du contrat. Le même raisonnement peut être appliqué à l'obligation de préserver l'équilibre contractuel, dont on a proposé l'utilisation pour expliquer la jurisprudence sur l'indétermination du prix telle qu'issue des arrêts Alcatel³⁷⁴⁷. En effet, si le fournisseur abuse de son exclusivité pour causer un déséquilibre par l'application de prix manifestement excessif par rapport au marché et à la valeur de sa prestation, le juge pourra résoudre le contrat à compter de cette date, évitant ainsi le redoutable calcul des restitutions réciproques. Cette souplesse de la sanction doit être rapprochée des pouvoirs importants conférés au juge en matière de résolution.

B - L'ÉTENDUE DES POUVOIRS DU JUGE

793. L'article 1184 du Code civil contient les contradictions existant entre le droit romain et le droit canonique, au sujet de la résolution des contrats. Il est vrai que le droit romain ne s'était pas

³⁷⁴² Cass. Civ. 1ère, 3 novembre 1983, Bull. Civ. I, n°252; R.T.D. Civ., 1985, 166, obs. J. Mestre; Cass. Civ. 1ère, 13 janvier 1987, Bull. Civ. I, n°11; J.C.P., 1987, II, 20860, note G. Goubeaux; R.T.D. Civ., 1987, obs. J. Mestre.

³⁷⁴³ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°744.

³⁷⁴⁴ Op. cit.

³⁷⁴⁵ Obs. précitées.

³⁷⁴⁶ J. Ghestin, *Les effets du contrat*, 1ère éd., 1992, n°505 et suiv.

³⁷⁴⁷ Précités.

préoccupé du déséquilibre postérieur à la formation du contrat, laissant aux parties contractantes le soin de se prémunir par la stipulation de la *lex commissoria*³⁷⁴⁸. Les canonistes, quant à eux, ont introduit la morale dans l'exécution du contrat en empêchant qu'un contractant puisse exiger l'accomplissement de l'obligation de son partenaire sans exécuter la sienne : *non servanti fidem, non est fides servanda*. Ainsi, celui qui était victime d'une inexécution contractuelle pouvait non seulement invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus*, mais également demander la résolution du contrat pour inexécution. La doctrine moderne explique le mécanisme de la résolution par l'interdépendance des obligations réciproques, ce qui marque une rupture avec la tradition romaniste. La Cour de cassation a suivi cette évolution et a déclaré que la résolution est la « consécration de cette règle d'équité qui ne permet pas de laisser un des contractants dans le lien du contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'équivalent »³⁷⁴⁹. Ainsi, il est patent de constater que l'équité, qui a manqué son entrée en droit positif au moment de la formation du contrat³⁷⁵⁰, l'a brillamment réussie au stade de l'exécution. En effet, dans le cadre de la résolution, le juge bénéficie de pouvoirs qualifiés de « considérables » par M. Carbonnier³⁷⁵¹. Ces pouvoirs peuvent aller jusqu'à la réfaction du contrat en matière commerciale³⁷⁵². Or, il est surprenant de constater, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, que la doctrine approuve, dans sa majorité, l'ampleur et la souplesse des pouvoirs du juge en matière de résolution, alors qu'elle se sert justement de ces arguments pour critiquer la lésion et s'opposer à son extension en droit positif!

794. Une illustration pertinente des pouvoirs du juge, et du fondement de la résolution pour inexécution, peut être trouvée dans la sanction de l'obligation de rééquilibrer le contrat, lorsque les circonstances économiques ont bouleversé les modalités de son exécution. Dans cette hypothèse, la prestation de l'une des parties n'est plus contrebalancée par l'exécution d'une obligation, en sens inverse, d'une valeur comparable. Dès lors, de deux choses l'une : soit il n'existe pas, entre les parties un déséquilibre de puissance économique manifeste, et dans ce cas il leur appartenait de prévoir un mécanisme conventionnel de révision du contrat; soit un tel déséquilibre existe au détriment de la partie qui est également victime du bouleversement de conjoncture économique, et alors, le contrat pourra être résolu pour inexécution de l'obligation, à la charge du contractant économiquement puissant, de rééquilibrer le contrat. Cette résolution rétroagira au jour de la première inexécution, date à partir de laquelle, le juge rééquilibrera le contrat par l'octroi de dommages-intérêts correspondant au préjudice subi par la partie économiquement faible. Le même raisonnement est applicable à l'extinction des contrats de dépendance³⁷⁵³, lorsque l'obligation de ne pas rompre l'équilibre contractuel n'est pas respecté, soit par une résiliation soit par un refus de renouvellement du contrat de distribution alors que les investissements n'ont pas été intégralement amortis. Certes, dans cette hypothèse, la résolution ne sera que de peu d'utilité pour l'avenir, mais elle permettra de stigmatiser l'inexécution contractuelle du contractant économiquement puissant ainsi que d'octroyer des dommages-intérêts compensant le *lucrum cessans*. Surtout, l'utilisation de la résolution permet de comprendre le phénomène d'interdépendance des obligations. C'est d'ailleurs ce que Capitant et Maury avaient mis en exergue.

795. Capitant avait eu une intuition remarquable en fondant sur la théorie de la cause le mécanisme de la résolution³⁷⁵⁴. Cet auteur était dans le vrai lorsqu'il expliquait que, dans les

³⁷⁴⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n°76.

³⁷⁴⁹ Cass. Civ., 29 novembre 1865, Dalloz, 1866, 1, 27.

³⁷⁵⁰ Absence de principe général de lésion.

³⁷⁵¹ J. Carbonnier, op. cit., n°190.

³⁷⁵² P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°741; J. Ghestin, op. cit., n°463.

³⁷⁵³ Cf. supra n°42 et suiv.

³⁷⁵⁴ H. Capitant, op. cit., n°11 et suiv.

contrats synallagmatiques, ce n'est pas seulement l'obligation de l'autre partie qui détermine chaque partie à s'obliger, c'est surtout l'exécution de cette obligation. Certes la doctrine a pu adresser deux critiques à la thèse de Capitant, l'une devant être rejetée, l'autre pouvant être facilement contournée. La première consiste à rappeler que « *la cause n'est qu'une condition de formation du contrat; il suffit qu'elle existe au moment où la convention s'est formée, or l'obligation dont la résolution est demandée avait une cause; elle était née valablement* »³⁷⁵⁵. Cette critique doit être purement et simplement écartée dans la mesure où elle est le fruit d'un juridisme excessif. Nous verrons plus loin que la distinction entre formation et exécution du contrat est souvent artificielle, et qu'il serait bon de la relativiser dans les contrats où une partie est en position de force³⁷⁵⁶.

La seconde critique consiste à soutenir que « *la nullité pour absence de cause, qui exige, en principe, une absence totale de contrepartie et repose sur une analyse purement objective des prestations, ne peut en aucune façon expliquer le large pouvoir d'appréciation reconnu au juge en matière de résolution* »³⁷⁵⁷. Si cette critique ne peut être évidemment réfutée, il est, en revanche, possible de la contourner. Nous avons vu que les concepts de cause et de lésion étaient très proches l'un de l'autre. Tous deux tendent vers le respect de la justice commutative et de l'équilibre contractuel. Ils ont été véritablement systématisés pour la première fois au moyen-âge, par les canonistes soucieux d'éviter que des conventions manifestement injustes et déséquilibrées reçoivent une consécration judiciaire sur le fondement de la force obligatoire. Cependant, la lésion est un mécanisme sanctionnateur beaucoup plus souple que celui de la cause. Les sanctions des engagements lésionnaires, notamment la révision du contrat, ressemblent à s'y méprendre aux pouvoirs d'appréciation et de réfaction du juge, en matière de résolution pour inexécution. Par conséquent, plutôt que d'appliquer la théorie de la cause lors de l'exécution des contrats, il conviendrait d'appliquer celle de la lésion.

796 . A cet égard, il existe une raison pertinente de remplacer, de lege ferenda, la résolution pour inexécution par la lésion qualifiée, dans les contrats conclus entre personnes de puissance économique inégales. En effet, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 7 mars 1984³⁷⁵⁸ paraît admettre la validité d'une clause emportant, par avance, renonciation à se prévaloir des dispositions de l'article 1184 du Code civil. Certes, sur les conseils de M. Mestre, il faut accueillir avec réserves et précautions cet arrêt, qui est en contradiction avec l'ensemble de la jurisprudence et de la majorité de la doctrine³⁷⁵⁹. Néanmoins, force est de reconnaître que la Cour de cassation envisage expressément, dans cet arrêt, la possibilité d'une clause emportant « *la renonciation non équivoque de cette partie (celle à laquelle était reconnue la faculté de résiliation) à se prévaloir des dispositions de l'article 1184 du Code civil* ». Au surplus, une partie de la doctrine approuve cette décision, en estimant que « *la résolution n'est nullement d'ordre public* »³⁷⁶⁰.

Enfin, cette possibilité de renoncer, par avance, aux dispositions de l'article 1184 du Code civil paraît conforme à la conception donnée de la résolution pour inexécution par l'alinéa 1er, qui en fait une condition résolutoire tacite. Dans ces conditions, l'application de cette jurisprudence aurait un effet désastreux dans le domaine des obligations créées par le juge à raison d'un déséquilibre de puissance économique. Elle permettrait à la partie économiquement puissante de paralyser le

³⁷⁵⁵ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, op. cit., n°1089.

³⁷⁵⁶ Cf. infra n°797 et suiv.

³⁷⁵⁷ J. Ghestin, op. cit., n°389.

³⁷⁵⁸ Bull. Civ. IV, n° 93; J.C.P., 1985, II, 20407, note P. Delebecque; R.T.D. Civ., 1985, 164, obs. J. Mestre.

³⁷⁵⁹ Cass. Civ., 19 janvier 1863, S. 1863, 1, 185; Req., 9 mars 1903, Dalloz, 1904, 1, 89; Cass. Civ., 9 mars 1937, D.H. 1937, 253; R. Cassin, *Réflexions sur la résolution judiciaire pour inexécution*, R.T.D. Civ., 1945, 177, n°11; P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°741; H., L. et J. Mazeaud, op. cit., n°1104.

³⁷⁶⁰ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, op. cit., n°636.

pouvoir créateur du juge en imposant à son cocontractant une clause de renonciation. Il serait, en effet, difficilement compréhensible que le juge puisse prononcer la résolution du contrat, pour inexécution d'une obligation fut-elle créée -et à plus forte raison découverte- par lui, alors que la partie demanderesse n'est pas titulaire du droit de solliciter une telle sanction. Par conséquent, l'application de la lésion, qui est un mécanisme protecteur d'ordre public, au stade de l'exécution du contrat se révèle particulièrement opportune.

PARAGRAPHE 2 - LA LESION TRANSCENDE LA DISTINCTION ENTRE FORMATION ET EXECUTION DU CONTRAT

Avant d'analyser le principe d'application de la notion de lésion au stade de l'exécution, notamment lorsque l'obligation inexécutée a été judiciairement créée, il faut insister sur la relativité de la distinction entre formation et exécution du contrat.

A - LA RELATIVITE DE LA DISTINCTION ENTRE FORMATION ET EXECUTION DU CONTRAT

797. Il est évident que cette distinction a une valeur didactique. Sur un plan théorique, il est intéressant de disséquer la formation, l'exécution et l'extinction du contrat, en faisant une sorte d'analogie avec la vie humaine³⁷⁶¹. Le plan utilisé par le Code civil est plus confus, mais il est possible de remarquer dans le titre III consacré aux contrats et aux obligations conventionnelles en général, un chapitre II intitulé : *Des conditions essentielles de validité des conventions*, un chapitre III dénommé : *De l'effet des obligations*, et un chapitre V qui a pour titre : *De l'extinction des obligations*. Il est vrai qu'intellectuellement, il est facile de séparer ces trois phases, et de rattacher à chacune d'elles les éléments qui lui sont afférents. Ainsi, les problèmes rencontrés en cours d'exécution du contrat sont naturellement différents de ceux posés au stade de la formation. Cette démarcation intellectuelle trouve en grande partie sa source dans le principe de l'autonomie de la volonté. A partir du moment où les parties ont voulu valablement quelque chose, le juge ne doit plus se préoccuper de la formation du contrat voulu, mais uniquement de son exécution telle que les parties l'ont envisagée lors de sa conclusion. En effet, si la force obligatoire des conventions prend ses racines dans la volonté autonome des contractants, on ne peut que séparer de façon étanche les difficultés liées à la formation du contrat, qui se posent uniquement lorsque la volonté d'une des parties n'a pas été libre ou intègre de celles liées à l'exécution, qui se résolvent essentiellement par l'application de l'article 1134 et 1156 et suiv. du Code civil. Cette vision classique du contrat convient parfaitement lorsque les parties contractantes sont toutes en mesure de faire valoir efficacement leurs prétentions, et de défendre convenablement leurs intérêts patrimoniaux. En revanche, la distinction entre la formation et l'exécution du contrat se révèle artificielle lorsqu'on est en présence de contractants inégaux. Des propositions doctrinales originales et pertinentes ont été formulées pour, dans ce cas, atténuer ou supprimer cette distinction. S'agissant de la notion de

³⁷⁶¹ Sur cette analogie, cf. J.M. Mousseron, *Technique contractuelle*, n°299, distinguant la naissance, la vie et la mort du contrat; cf. également, le traité de droit civil de M. Ghestin qui se divise en trois livres : *La formation, Les effets et L'anéantissement du contrat*.

cause de l'obligation, que l'on sait très proche par sa nature du concept de lésion³⁷⁶², la jurisprudence semble avoir consacré la thèse de Capitant.

1/ LA RELATIVITE DE LA DISTINCTION EN JURISPRUDENCE

798. Les célèbres théories de Colin³⁷⁶³ et de Capitant³⁷⁶⁴ sont suffisamment connues pour ne pas devoir y revenir en détail. Rappelons simplement que pour ces auteurs, et notamment Capitant, la cause de l'obligation dans les contrats synallagmatiques est une notion qui dépasse la formation du contrat pour s'étendre à son exécution. Elle sert d'ailleurs, selon Capitant, de fondement rationnel à la résolution pour inexécution, à l'exception d'inexécution et à la théorie des risques. Malgré les critiques doctrinales, cette thèse paraît recevoir un accueil favorable en jurisprudence³⁷⁶⁵. Ainsi, dans un arrêt du 22 novembre 1921, la Cour de cassation a décidé que « *dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chacune des deux parties trouve sa cause dans l'exécution de l'obligation de l'autre partie* »³⁷⁶⁶. Plus précisément, un arrêt du 30 décembre 1941³⁷⁶⁷ a précisé que « *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; (...) cette cause fait défaut quand la promesse de l'une des parties n'est pas exécutée ou s'avère, soit nulle, soit d'exécution impossible* ». En matière sociale, la Cour de cassation a eu recours à la notion de cause pour expliquer le principe du non-paiement des salariés grévistes³⁷⁶⁸. Cette jurisprudence peut s'appliquer à tous les contrats synallagmatiques à exécution successive.

799. Dans un arrêt en date du 8 mai 1974, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation³⁷⁶⁹ a jugé que « *la convention par laquelle l'une des parties concède à l'autre un bail gratuit en contrepartie d'un droit de passage est un contrat synallagmatique à caractère instantané : l'existence de la cause des obligations des parties doit être appréciée au moment de la formation du contrat; la disparition ultérieure de la servitude ne peut avoir pour effet de rendre le bail sans cause* ». Après avoir rappelé que la cause était un concept permettant d'assurer l'équilibre contractuel et la justice commutative tant au moment de la formation qu'à celui de l'exécution, M. Larroumet déduit que dans les contrats synallagmatiques à exécution successive, la cause doit également s'apprécier au stade de l'exécution³⁷⁷⁰. Mais cet auteur va plus loin en estimant que la théorie de la cause de l'obligation a vocation à s'appliquer à tous les contrats synallagmatiques, qu'ils soient à exécution successive ou instantanée³⁷⁷¹. Il est vrai que cette proposition est séduisante à un moment où la Cour de cassation n'hésite pas à utiliser la théorie de la cause au stade de l'exécution. Il faut citer l'arrêt de la première chambre civile du 17 janvier 1995³⁷⁷² dans lequel on peut lire que « *si la convention n'était pas, en raison de cette inexécution initialement entachée*

³⁷⁶² Cf. supra n°694 et suiv.

³⁷⁶³ P. Colin, *Théorie de la cause dans les obligations conventionnelles*, thèse Paris, 1896.

³⁷⁶⁴ *De la cause des obligations*.

³⁷⁶⁵ J. Maury, *Cause*, Ency. Dalloz, 1970, n°28 et suiv.; P. Simler, *Cause*, Juris. Class. Civil, art. 1131 à 1133, Fasc.10, n°90.

³⁷⁶⁶ S., 1923, I, 81.

³⁷⁶⁷ D.A., 1942, 98.

³⁷⁶⁸ Cass. Soc., 26 octobre 1946, J.C.P., 1946, IV, 163; Cass. Soc., 5 mars 1953, J.C.P., 1953, II, 7553, note Delpech.

³⁷⁶⁹ Dalloz, 1975, 305 note C. Larroumet.

³⁷⁷⁰ Cf. note précitée.

³⁷⁷¹ Cf. pour l'application de la notion de cause au moment de l'exécution du contrat à exécution successive : Cass. Civ. 1ère, 16 décembre 1986, Bull. Civ. I, n°301; R.T.D. Civ., 1987, 750 et suiv., obs. J. Mestre; C.A. Aix-en-Provence, 1ère ch. B., 15 octobre 1991 et 9ème ch. 18 février 1991, R.T.D. Civ., 1993, 118 et suiv., obs. J. Mestre.

³⁷⁷² J.C.P., 1995, I, 3843, n°4, obs. M. Fabre-Magnan.

de nullité pour absence de cause, il demeure que le paiement de la commission se trouvait désormais dépourvu de cause; c'est donc à bon droit, malgré cette erreur de qualification, que la Cour de d'appel a ordonné la restitution des honoraires indûment perçus ». Cet effort jurisprudentiel est relayé par une partie de la doctrine qui souligne les difficultés pratiques que l'on rencontre pour distinguer la formation de l'exécution³⁷⁷³.

2/ LA RELATIVITE DE LA DISTINCTION EN DOCTRINE

800 . Nous avons pu constater que la puissance économique était susceptible de causer des déséquilibres contractuels, tant au moment de la formation du contrat qu'à celui de l'exécution. C'est l'idée de M. Carbonnier qui propose de tenir compte d'avantage de l'exécution du contrat lorsque « *les forces économiques en présence sont inégales* »³⁷⁷⁴. Le premier argument donné par M. Carbonnier peut surprendre : alors que la partie économiquement faible est soumise à la domination de l'économiquement puissant lors de la conclusion du contrat, il arrive qu'elle reprenne « *un avantage dans l'exécution par le contrat qu'elle a, précisément à ce moment, avec l'objet du contrat* »³⁷⁷⁵. L'auteur cite à l'appui de cette idée divers exemples dont celui des grèves perlées dans l'exécution du contrat de travail, ou encore celui du locataire. Ainsi, la puissance économique s'atténuerait au moment de l'exécution.

Si quelques exemples peuvent effectivement appuyer cette thèse, celle-ci est certainement inexacte dans la majorité des cas. Il paraît plus vraisemblable que la puissance économique reste d'une intensité similaire au moment de l'exécution. Au contraire, lorsque des règles de protection du faible ne sont instaurées qu'au moment de la formation du contrat, le stade de l'exécution servira de moyen pour les contourner. D'ailleurs M. Carbonnier a parfaitement pris conscience des risques engendrés par la puissance économique au moment de l'exécution du contrat. « *La doctrine civiliste, nourrie d'une philosophie libérale, individualiste, spiritualiste avait placé le centre de gravité des contrats dans le consentement. A notre époque, une réaction rigoureuse s'est dessinée contre cette conception. Mais elle s'est faite au nom de l'ordre public. Pour rétablir l'équilibre rompu par l'exagération de l'autonomie de la volonté, on n'a aperçu d'autre remède qu'une intervention accrue de l'Etat dans les conventions. Or, liberté contractuelle ou ordre public, la thèse et l'antithèse procèdent d'un même droit savant, d'un même droit de juriste. Si l'on avait voulu davantage prêter attention aux sentiments de la masse non technicienne, on aurait cherché ailleurs le retour à l'équilibre : dans une importance plus grande attribuée aux éléments réalistes, matérialistes du contrat. Le centre de gravité se serait alors déplacé de la formation à l'exécution* »³⁷⁷⁶.

801 . L'idée de rééquilibrer un contrat lésionnaire, et ainsi de protéger la partie économiquement faible par une attention particulière portée au moment de l'exécution est extrêmement intéressante. M. Rouhette avait fait, à cet égard, remarquer que la protection conférée par les lois consoméristes tendait à estomper la distinction entre la formation et l'exécution du contrat³⁷⁷⁷. Pour M. Rouhette, l'évolution moderne du droit positif tend vers l'idée selon laquelle le contrat « *achève de se former*

³⁷⁷³ P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n°636 et 372.

³⁷⁷⁴ J. Carbonnier, *Flexible droit*, p.288 et 289.

³⁷⁷⁵ Op. cit.

³⁷⁷⁶ Op. cit., p.307.

³⁷⁷⁷ G. Rouhette, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in études Rodière, Dalloz, 1981, p.265 et suiv.

en s'exécutant »³⁷⁷⁸. Il cite à l'appui de sa proposition des exemples tirés de la vente en grande surface, où l'exécution du contrat emporte sa formation, de la prohibition des actions fondées sur une dette de jeu qui cède devant l'exécution volontaire, ou encore de la fixation du prix dans le bail et le contrat d'entreprise exécutés ou en cours d'exécution. Dans tous ces contrats, l'exécution prend une importance considérable, qui n'est pas sans rappeler celle qu'elle tenait en droit romain. En effet, l'*emptio vendito*, qui était l'un des contrats consensuels du droit romain classique, n'emportait pas le transfert de propriété du bien vendu dès la formation du contrat. Il fallait attendre, pour que le contrat soit parfait, la livraison du bien³⁷⁷⁹. On constate un déplacement identique du centre de gravité des contrats de la formation vers l'exécution, avec la fameuse jurisprudence Alcatel, en matière de détermination du prix³⁷⁸⁰. Ce revirement ayant été confirmé par deux arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995, il faudrait à présent, pour apprécier la déterminabilité des prix, analyser la façon dont le contrat a été exécuté et si la partie dominante a imposé ou non des prix excessifs. Les deux moments cruciaux du contrat, la formation et l'exécution, ne paraissent ainsi former plus qu'un. Cette unité est fortement souhaitable lorsqu'il s'agit de protéger les économiquement faibles et d'apprécier les équilibres du contenu obligationnel des conventions.

C'est également l'opinion de M. de Fontbressin, qui voit dans la jurisprudence sur l'indéterminabilité du prix d'une part un « *appel inavoué au concept de lésion* » et d'autre part un déplacement du « *moment de perfection* » du contrat de la formation vers l'exécution³⁷⁸¹. M. de Fontbressin estime qu'« *il ne convient pas de nier le rôle de la volonté dans la formation du contrat mais de remettre en cause le terme perfection pris en une acceptation purement consensualiste qui aujourd'hui nous semble tout aussi contraire à la vision contractuelle moderne des parties qu'à la nécessité de constituer des garanties qu'impose le déclin de la morale* »³⁷⁸². Ce rapprochement entre la lésion et l'exécution du contrat est riche de potentialités. Certes, il contredit le principe selon lequel la lésion, comme la cause, s'apprécie au jour de la formation du contrat. Mais il faut bien avouer qu'en réalité, les déséquilibres contractuels se manifestent également aux stades de l'exécution et de l'extinction des contrats. Or, il est inopportun d'instaurer uniquement un mécanisme de rééquilibrage du contrat ne fonctionnant que si le déséquilibre apparaît au moment de la formation. La meilleure preuve est que le juge, toujours dans un souci de compensation des déséquilibres, s'octroie le pouvoir de créer des obligations et de les mettre à la charge de la partie économiquement puissante. Il s'agit bien, dans ce cas, d'un rééquilibrage postérieur à la formation du contrat, par la vérification de l'exécution d'une obligation judiciairement créée. Par conséquent, il n'y a aucun obstacle rationnel pour empêcher l'application de la théorie de la lésion, au stade de l'exécution du contrat.

B - L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LA LÉSION DANS L'EXECUTION DU CONTRAT

³⁷⁷⁸ Op. cit., p.269.

³⁷⁷⁹ J.L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, n°107.

³⁷⁸⁰ Arrêts précités, cf. supra n°325.

³⁷⁸¹ P. de Fontbressin, *De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats*, R.T.D. Civ., 1986, 655, et spéc., p.675 et suiv.

³⁷⁸² Op. cit., p.693; cf. également J. Ghestin, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, Dalloz, 1981, chron.6, n°21 : « *il est nullement exclu en droit positif que l'exécution d'une obligation de l'une des parties soit en même temps une condition de validité ou de formation du contrat* ».

802 . Le concept de lésion, tel que nous l'avons défini précédemment³⁷⁸³ a vocation à s'appliquer dès qu'un double déséquilibre manifeste et parallèle, entre la puissance économique des contractants d'une part, et les droits et obligations réciproques d'autre part, est constaté par le juge. Ce double déséquilibre peut apparaître aux trois moments cruciaux du contrat : la formation, l'exécution, l'extinction. Ce serait faire preuve d'un juridisme excessif que de ne prendre en compte, au moyen de la lésion, que le seul déséquilibre existant au jour de la formation. Cette solution se révélerait particulièrement inopportune tant il est aisé, pour les contractants économiquement puissants, de concentrer les abus de puissance au moment le plus opportun pour eux. Le contournement des règles protectrices serait alors extrêmement facile. Au contraire, à partir du moment où le droit décide de rectifier les déséquilibres contractuels, au nom du principe de justice et d'équité, la raison commande qu'il utilise la même sanction quelque soit la période d'apparition de ceux-ci. En outre, l'article 1135 du Code civil, qui permet au juge de tenir compte de l'équité dans la détermination du contenu des obligations, pourrait servir de fondement textuel aux opérations de rééquilibrage judiciaire des contrats devenant lésionnaires encours d'exécution. Enfin, nous allons pouvoir constater que l'application de la lésion au stade de l'exécution des contrats simplifie grandement le régime des obligations d'information et de préservation de l'équilibre contractuel

1/ L'OBLIGATION D'INFORMATION

803 . Comme le font remarquer MM. Malaurie et Aynès, la distinction entre formation et exécution du contrat est parfois fortement atténuée, pour ne pas dire obscure³⁷⁸⁴. Cette réflexion est formulée à propos de la qualification de l'obligation d'information. S'agit-il d'une obligation pré-contractuelle? Mme Fabre-Magnan a montré l'inopportunité du critère chronologique et a suggéré l'utilisation d'un critère fonctionnel³⁷⁸⁵. La jurisprudence des tuiles gélives est un bel exemple de l'artifice qu'il y a à distinguer de façon trop tranchée la formation et l'exécution du contrat. Un vendeur a livré les tuiles qui lui avaient été commandées. Il n'y avait donc pas défaut de délivrance. Mais ces tuiles étant employées en montagne, elles se sont révélées gélives. La Cour de cassation a condamné le vendeur professionnel, qui connaissait la destination de ces tuiles et qui était, dès lors, tenu « *d'un devoir de renseignements à l'égard des acquéreurs* »³⁷⁸⁶. Pour M. Planqueel, ce devoir de renseignements est de nature contractuelle. Mais comme le fait remarquer M. Ghestin, le devoir se situe avant même la formation du contrat³⁷⁸⁷. Comment peut-il être, dans ces conditions, d'une nature autre que délictuelle³⁷⁸⁸? Le problème se pose en termes identiques, lorsqu'il s'agit de distinguer les domaines respectifs, de la nullité pour vice du consentement, de la garantie des vices cachés et de la résolution pour inexécution³⁷⁸⁹. La découverte par le juge d'une obligation d'information à la charge du professionnel a bouleversé ces catégories juridiques classiques. Il est vrai qu'elle « *relève à la fois de la formation et de l'exécution* » du contrat³⁷⁹⁰.

³⁷⁸³ Cf. supra n°718.

³⁷⁸⁴ Op. cit., n°636 et 372.

³⁷⁸⁵ Mais ce critère n'est pas exempt, lui non plus, de critiques, car il présente l'inconvénient de faire pénétrer artificiellement le régime de la responsabilité civile délictuelle dans le contrat.

³⁷⁸⁶ Cass. Civ. 1ère, 4 octobre 1977, G.P., 1978, 1, 262, note A. Planqueel.

³⁷⁸⁷ J. Ghestin, *La formation du contrat*, n°595.

³⁷⁸⁸ Cf. P. Le Tourneau, *De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil*, Dalloz, 1987, chron. 101 : « *il est très difficile, en pratique, de différencier les obligations précontractuelles et contractuelles de renseignements (...)* ».

³⁷⁸⁹ J. Ghestin, op. cit., n°595; P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, n°284 et suiv.

³⁷⁹⁰ P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, n°636.

804 . Tant que le problème de l'obligation d'information sera posé sur le terrain de l'intégrité du consentement, la doctrine et la jurisprudence se heurteront à l'impossibilité de distinguer précisément les domaines contractuel et extra-contractuel. Or, nous avons vu que l'information pouvait être abordée également sous l'angle de la valeur³⁷⁹¹. Il est évident que, selon un raisonnement économique, l'information a une valeur d'utilité pour celui qui la reçoit, à condition toute fois d'être pertinente. Par exemple, dans la conclusion et l'exécution d'une prestation technique complexe, la transmission d'un certain nombre d'informations est indispensable pour que le créancier de cette obligation reçoive l'utilité attendue. Cette transmission est également nécessaire pour que la valeur de la prestation fournie soit équivalente au montant du prix payé. Inversement, un déséquilibre sera constaté en l'absence de transmission des informations nécessaires à l'utilisation correcte du bien vendu ou de la prestation de services fournis. Dans ce cas, le créancier de l'obligation non monétaire est lésé, car il verse à son cocontractant un prix qui n'a pas de contrepartie réelle. On retrouve donc les critères de la lésion qualifiée. Ce fondement est beaucoup plus adéquat que celui de la nullité des vices du consentement tel qu'altéré par la jurisprudence³⁷⁹². Surtout, il permet de ne plus s'interroger sur la nature de l'obligation d'information. Celle-ci est, en effet, forcément contractuelle puisqu'il importe d'apprécier l'équilibre de la valeur des prestations réciproques. Par conséquent, la chronologie des opérations est indifférente; que l'obligation d'information prenne sa source avant la formation ou pendant l'exécution elle devra nécessairement entrer dans le champ contractuel pour permettre le rééquilibrage des prestations.

De même, les difficultés posées par le critère fonctionnel proposé par Mme Fabre-Magnan sont résolues. En effet, la distinction entre l'information qui a une influence sur l'intégrité du consentement et celle qui n'en a pas octroie une place trop importante à la responsabilité délictuelle dans le cadre du contrat. Par l'utilisation du concept de lésion, le juge pourra ordonner la rescision du contrat si, en tenant compte de l'existence de l'obligation d'information dont est débiteur le contractant économiquement puissant, les prestations réciproques présentent un déséquilibre manifeste au détriment du créancier de cette obligation. Ainsi, il ne sera plus obligé de procéder à l'altération des notions d'erreur ou de dol pour sanctionner l'obligation de s'informer pour informer³⁷⁹³. Bien entendu, si l'inexécution de l'obligation de renseignement peut être qualifiée de réticence, et si l'auteur de cette réticence a eu l'intention de tromper son cocontractant, alors le dol pourra être invoqué. Dans ce cas, il y aura une faculté de choix du fondement sur lequel l'action peut être basée. Mais l'utilisation de la lésion dans le cadre de l'exécution du contrat présente un autre attrait : le pouvoir de révision.

805 . Finalement, l'essentiel n'est pas de savoir si, au jour de la formation, le contrat est ou non déséquilibré. L'important est d'apprécier l'équilibre contractuel effectif, réel. En d'autres termes, le juge doit, s'il veut faire respecter le principe d'équité, vérifier qu'il n'existe pas de déséquilibre dans les prestations au détriment de la partie économiquement faible, au moment de l'exécution. A la limite, le juge devra se placer juste après l'exécution pour comparer l'équivalence, ou l'inéquivalence, des droits et obligations. S'agissant des obligations judiciairement créées, le pouvoir du juge d'imposer, à titre de sanction, l'exécution de l'information erronée transmise au créancier de l'obligation revient également à poser le problème au stade de l'exécution. Nous avons vu que « *l'effet obligatoire* » de l'information, suggéré par Mme Fabre-Magnan, ne trouve que très difficilement un fondement juridique adéquat; ni la théorie de l'apparence, ni la force obligatoire des conventions ne pouvant véritablement servir d'explication³⁷⁹⁴. Or, cette sanction efficace et

³⁷⁹¹ Cf. supra n°689.

³⁷⁹² Cf. supra n°254 et suiv.

³⁷⁹³ Cf. supra n°262 et suiv.; 279 et suiv.

³⁷⁹⁴ Cf. supra n°783.

pertinente pourrait trouver un fondement juridique satisfaisant dans l'application du mécanisme de la lésion au stade de l'exécution. En effet, puisque le juge crée une obligation d'information à laquelle les parties n'avaient pas songé lors de la conclusion du contrat, il est courant d'utiliser la fiction selon laquelle il ne fait que « *découvrir* » l'obligation qui, en fait, existait en germe au jour de la formation du contrat. Par conséquent à ce moment, le contrat est parfaitement équilibré. Ce n'est que lors de l'exécution, ou plutôt de l'inexécution, de l'obligation d'information que le déséquilibre va apparaître.

Mais cette fiction doit être rejetée, car le plus souvent l'inexécution de l'obligation d'information intervient avant la formation du contrat; ce qui pose nécessairement un problème pour en ordonner l'exécution forcée. En réalité, il s'agit d'une véritable révision du contrat, le juge s'octroyant le pouvoir de rééquilibrer la valeur des prestations réciproques. Or, dans le cadre de ce pouvoir de révision, il est parfaitement admissible d'exiger l'exécution en matière de l'obligation d'information. Si le contenu de celle-ci était erroné, alors le juge révisera le contrat en imposant, malgré ce caractère erroné, l'exécution. Le rééquilibrage passera alors, comme le suggère Mme Fabre-Magnan par la transmission des informations pertinentes et par un « *élargissement du champ contractuel* »³⁷⁹⁵. Compte tenu du large pouvoir octroyé par le juge en matière de révision pour cause de lésion, il pourra ordonner le maintien du contrat ainsi révisé uniquement s'il est opportun d'en assurer la survie.

806. La jurisprudence est très proche de la solution que nous suggérons, à la suite de Mme Fabre-Magnan. Ainsi, M. Mestre a remarqué que « *plusieurs décisions récentes font produire (à l'obligation d'information) plusieurs effets originaux* »³⁷⁹⁶. C'est notamment le cas d'un arrêt de la première chambre civile du 25 octobre 1989³⁷⁹⁷ dans lequel une Cour d'appel est censurée pour ne pas avoir recherché « *si dès lors que le comité d'établissement avait souscrit une assurance de responsabilité pour l'ensemble de ses activités, les joueurs ne pouvaient pas raisonnablement penser qu'ils étaient garantis contre tous les accidents corporels dont ils pourraient être les victimes au cours d'un match, et si, par voie de conséquence, le comité d'établissement n'avait pas commis une faute en omettant d'appeler l'attention de M. R. sur les limites de la garantie stipulée dans son contrat d'assurance* ». M. Mestre relève l'originalité de cette solution qui, par le biais de la violation de l'obligation d'information « *assurera indirectement à la victime la garantie à laquelle elle n'avait pas directement droit* »³⁷⁹⁸.

Cette solution a été retenue à nouveau dans un arrêt en date du 28 mars 1995³⁷⁹⁹. En l'espèce, une entreprise de vente par correspondance a été condamnée au paiement d'une somme d'argent à un client dont l'attribution lui était attestée par une lettre, aux motifs que l'engagement de payer le prix en espèces représenté par la somme révélée au grattage et correspondant au numéro certifié gagnant qui lui avait été attribué. M. Delebecque voit, dans cette décision, un « *bel exemple d'engagement par volonté unilatérale* ». Il semble que l'on puisse y voir également une application de « *l'effet obligatoire de l'information* ». En effet, il est plus logique, et conforme aux principes du droit des contrats de qualifier cette opération de « *contrat de loterie* »³⁸⁰⁰. Dans le cadre de ce

³⁷⁹⁵ Thèse précitée, n°642 et suiv.

³⁷⁹⁶ J. Mestre, R.T.D. Civ., 1990, 465.

³⁷⁹⁷ J.C.P., 1990, I, 21458, note J. Hauser.

³⁷⁹⁸ Obs. préc.; cf. également Cass. Civ. 1ère, 17 février 1987, Bull. Civ. I, n°56, décision que Mme Fabre-Magnan rattache à la théorie de l'apparence, mais qu'il serait plus logique de rattacher à la révision des contrats. En l'espèce, il s'agissait de deux époux qui pensaient être assurés, dans le cadre du remboursement d'un prêt, en cas de décès de l'un des deux. Or, seul l'époux était assuré, et c'est son conjoint qui est décédé en premier. La banque est néanmoins condamnée pour violation du devoir d'information et de conseil. L'apparence n'est là que pour servir d'indice du défaut d'exécution de cette obligation.

³⁷⁹⁹ Cass. Civ. 1ère, 28 mars 1995, Dalloz, 1995, Som. Com. 227, obs. P. Delebecque.

³⁸⁰⁰ J.L. Mouralies, Ency. Dalloz, Jeu-Pari, n°220; G. Cas et R. Bout, *Lamy droit économique*, 1996, n°2911.

contrat, le juge procède à la révision des droits et obligations en imposant à l'émetteur de l'information ambiguë ou erronée l'obligation de l'exécuter. Cette nouvelle obligation, découlant de l'information transmise et à laquelle l'émetteur ne pensait pas être juridiquement soumis, s'explique parfaitement par l'idée de révision pour cause de lésion. Le souci du juge est ici de rééquilibrer le contrat par rapport, non pas aux prestations du cocontractant, mais aux espérances légitimes et crédibles de gains qu'a faites naître l'information volontairement ambiguë ou erronée. On retrouve d'ailleurs ce souci à propos de l'obligation de préserver l'équilibre contractuel.

2/ L'OBLIGATION DE PRESERVER L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

807. Il est évident que l'obligation de préserver l'équilibre contractuel, qui pèse sur le contractant économiquement puissant, intervient au stade de l'exécution, en ce qui concerne la face active de l'obligation³⁸⁰¹, et au stade de l'extinction pour ce qui est de la face passive³⁸⁰². La résolution pour inexécution pourrait donc servir de fondement pour sanctionner cette obligation. Néanmoins, sur un plan théorique, il convient de privilégier une unité de fondement pour sanctionner l'ensemble des phénomènes causé par le déséquilibre de puissance économique. A cet égard, la lésion s'applique parfaitement à la situation. S'agissant de l'inexécution de l'obligation de ne pas rompre l'équilibre contractuel, elle entraîne un déséquilibre manifestement excessif au détriment de la partie économiquement faible, qui se retrouve dans des investissements non amortis et dans une impossibilité absolue d'exploiter son fonds de commerce. Si l'on intègre la durée du contrat, en tant que valeur, dans l'appréciation des droits et obligations réciproques, on parvient à un déséquilibre susceptible de déclencher le mécanisme de la lésion.

On retrouve une solution identique dans les deux arrêts de l'assemblée plénière du 1er décembre 1995, qui écartent l'article 1129 du Code civil de la question de la détermination du prix. Or, il est patent de constater que ces arrêts se placent au moment de l'exécution pour apprécier s'il y a eu ou non une fixation de prix excessifs. Certes, l'assemblée plénière a utilisé le terme très ambiguë de « *résiliation* », mais il ne faut pas négliger le visa de l'article 1135 du Code civil. Au surplus, l'un des arrêts envisage explicitement la possibilité d'octroyer une indemnisation à la partie victime des prix excessifs, ce qui revient, pratiquement, à opérer une révision partielle du contrat en compensant, sur le plan pécuniaire, le caractère lésionnaire des prix. Il en est de même pour l'obligation de rééquilibrer le contrat, lorsque les stipulations initiales deviennent, en cours d'exécution, manifestement disproportionnées au préjudice de l'économiquement faible. Cette obligation est mise à la charge de la partie économiquement puissante dans le but d'empêcher, en révisant le contrat, le maintien d'un contrat devenu lésionnaire.

808 . Sur le plan pratique, l'efficacité de la lésion réside dans la possibilité pour le juge de choisir entre la rescision et la révision, selon l'opportunité. Il est possible que la partie économiquement faible n'ait plus intérêt à rester dans les liens du contrat. La rescision avec dommages-intérêts s'imposera alors. Si, au contraire, le contrat de distribution présente un intérêt vital pour elle, et si les relations entre les parties ne sont pas dégradées au point d'empêcher la poursuite du contrat, le juge pourra procéder à la révision de la convention en ordonnant le rééquilibrage par la création d'obligation à la charge de l'économiquement puissant. Cette souplesse de la sanction présente deux avantages. D'abord, et afin d'éviter l'aléa judiciaire découlant des pouvoirs importants du juge, le contractant économiquement puissant préférera souvent éviter d'imposer un déséquilibre trop lourd

³⁸⁰¹ Cf. supra n°778 et suiv.

³⁸⁰² Obligation de ne pas rompre l'équilibre contractuel, cf. supra n°778 et suiv.

à son partenaire. Ensuite, la rescision produisant les mêmes effets que la nullité, la clause de non-concurrence, qui automatiquement stipulée dans les contrats de distribution, sera rétroactivement anéantie en cas de rescision. Reste, le problème des restitutions. Sur ce point, la résolution, qui ne rétroagit que jusqu'au jour de la première inexécution, présente un avantage certain par rapport à la nullité³⁸⁰³. Elle permet ainsi d'éviter l'épineux problème du calcul des restitutions réciproques dans les contrats à exécution successive.

Mais cet avantage significatif peut aussi être obtenu par l'utilisation de la révision. En effet, à partir du moment où l'on admet que la lésion, qui a pour finalité de sanctionner les déséquilibres contractuels, est applicable au stade de l'exécution du contrat, il est logique de déclencher la révision du contenu obligationnel uniquement lorsque les prestations réciproques sont devenues excessives. Le juge pourra alors réviser le contrat par contraction en le rescindant partiellement. Cette rescision partielle, qui n'est qu'une révision par retranchement, ne rétroagira qu'au jour où l'équilibre a été rompu, laissant le contrat intact pour le restant. Mais se pose alors le problème de la clause de non concurrence qui, en cas de révision et de rétroactivité partielle de la rescision, serait maintenu. Cependant, rien n'empêche le juge, si cette clause cause un déséquilibre excessif, de réviser partiellement le contrat en supprimant ladite clause. Il faut alors revenir aux conditions que nous avons déjà examinées à propos de l'éradication des clauses abusives imposées par un abus de puissance économique. Ainsi, l'utilisation de la lésion permet d'appliquer des sanctions souples de façon cumulative. Cette souplesse convient parfaitement pour appréhender le phénomène de puissance économique, notion protéiforme et difficilement saisissable par les outils juridiques classiques.

³⁸⁰³ Cf. supra n°712 et suiv.

CONCLUSION

809 . Flaubert écrivait à Louis Bouilhet que « *la bêtise consiste à vouloir conclure* »³⁸⁰⁴. Pour ce qui concerne notre sujet, et malgré les développements que nous lui avons consacrés, nous sommes loin de l'avoir épuisé. Au contraire, la proposition que nous formulons, qui est de tenir compte de façon officielle des déséquilibres de puissance économique, est susceptible de déclencher un débat dans lequel les adversaires de l'extension de la notion de lésion feront certainement entendre leur voix au nom de la sécurité juridique des transactions. De même, les partisans de l'autonomie du droit de la consommation souligneront la complexité excessive des solutions que nous préconisons. D'avance, force est de reconnaître que ces objections contiennent une part de vérité. Il ne faut pas s'imaginer que la prise en compte de la puissance économique, en droit des obligations, puisse allier la justice et la sécurité, l'équité et la simplicité. Cependant, il importe de ne pas perdre de vue deux séries de remarques. En premier lieu, il est douteux que l'introduction du concept de lésion qualifiée en droit positif soit de nature à causer une insécurité juridique plus grande que celle que nous connaissons actuellement. D'abord, l'insécurité en matière de transactions provient essentiellement de l'instabilité économique. C'est avant tout parce que des vagues successives d'inflation et de déflation, de croissance et de récession, se succèdent que les contractants subissent des perturbations dans les équilibres contractuels qu'ils élaborent. Ensuite, nous pensons avoir démontré que le droit positif actuel, notamment par l'altération jurisprudentielle des notions classiques du droit des obligations, prend en compte le phénomène de puissance économique, sans véritablement l'avouer. Ce « *non-dit* » est certainement une source d'incohérences, d'ambiguïtés et donc d'insécurité bien plus significative que le serait la généralisation de la lésion.

Enfin et surtout, notre propos n'a pas été de soumettre toutes les conventions à l'examen de l'équilibre des prestations et à la justice commutative. Les incertitudes pesant sur la définition de la valeur et le principe libéral selon lequel chaque individu est le meilleur juge de ses intérêts s'opposent à une telle investigation. Mais avant d'être juge de ses propres intérêts, encore faut-il en avoir les capacités économiques de fait. C'est pourquoi, il nous semble nécessaire d'élargir *de lege ferenda*, mais également de la cantonner à cette seule hypothèse, la notion de lésion lorsque le déséquilibre manifeste entre les prestations contractuelles réciproques est causé par un déséquilibre symétrique, parallèle, de puissance économique entre les parties contractantes. Ainsi, la justice et la sécurité pourraient trouver un juste compromis.

Du reste, le droit fiscal a toujours lutté contre les déséquilibres contractuels anormaux, en imposant que « *les transactions des entreprises soient réalisées moyennant des prix ne s'écartant pas de manière substantielle de ceux généralement pratiqués sur la marché* »³⁸⁰⁵. Il en est de même pour le droit européen de la concurrence, lorsque l'on interprète *a contrario* l'arrêt Basset qui précise que « *l'utilisation faite par une société de gestion du droit d'auteur des possibilités que lui offre la législation nationale ne constitue pas, en elle même, un comportement abusif au sens de l'article 86 du Traité... son comportement serait contraire à cette disposition si elle se livrait à des pratiques abusives, en particulier en imposant des conditions non équitables* »³⁸⁰⁶. Un dernier exemple peut être trouvé en droit pénal, avec le délit d'abus de biens sociaux. En effet, l'infraction est constituée, dans le cadre d'une fusion, lorsque l'opération se révèle « *extrêmement*

³⁸⁰⁴ Correspondance à Louis Bouilhet, 1850.

³⁸⁰⁵ Documentation pratique, F. Lefebvre, B.I.C., IX, 50150.

³⁸⁰⁶ C.J.C.E. 9 avril 1987 JCP 1987 I n°3312 obs. B. Edelman.

déséquilibrée, lésionnaire et dépourvue de toute justification économique »³⁸⁰⁷. Ces illustrations démontrent que, même dans le monde économique, le droit tient compte des déséquilibres graves et significatifs, sans que cela crée une insécurité intolérable ou une surcharge de travail pour les juges.

810 . En second lieu, il nous paraît vain de rechercher l'équité et la justice dans la simplicité. Soit le droit est simple dans ses principes et ses applications, et il sera, dans certains cas, injuste, soit il a pour finalité la justice, mais alors il deviendra complexe en raison de la nécessité d'apprécier concrètement chaque situation, afin de distinguer les cas où une protection de l'économiquement faible est souhaitable, des cas où elle ne l'est pas. Néanmoins, la théorie juridique recèle des moyens pour faciliter la tâche du juge dans l'appréciation des déséquilibres de puissance économique. Notamment le jeu de la présomption permet de calquer la règle de preuve sur la probabilité et la vraisemblance telles qu'elles transparaissent de la réalité. Par exemple, le consommateur pourra être présumé, face au professionnel, économiquement faible. Mais cette facilité ne doit pas aller jusqu'à faire de cette règle de preuve une règle de fond, en présumant irréfragablement d'une part que le consommateur est économiquement faible et d'autre part que par les professionnels sont tous, entre eux, d'égale puissance.

811 . Outre une meilleure compréhension des principes de justice et d'équité, l'intégration de la puissance économique en droit des obligations permet d'éclairer d'un nouveau jour le concept de contrat. Il est impératif que le juriste prenne conscience du fait que le contrat n'est pas toujours un lieu de consensus, d'entente, de coopération. Il est aussi un lieu dans lequel l'affrontement, le conflit et les rapports de force peuvent être présents. Cette vision conflictuelle du contrat ne se cantonne pas au moment de la formation, mais s'étend à l'exécution et l'extinction. Il est donc préférable d'opter pour une conception regroupée et concentrée du contrat, plutôt que de garder la vision morcelée et disséquée qui est celle traditionnellement enseignée. Par ailleurs, la puissance économique ne ressortit pas au domaine de la psychologie, il est donc inutile de chercher à l'appréhender par le biais de l'intégrité du consentement. Si le droit positif s'est engagé franchement dans cette voie c'est en raison d'une conception excessivement idéaliste du contrat. En privilégiant les éléments subjectifs du contrat, en particulier le consentement et la volonté, on débouche nécessairement sur un principe excessif d'intangibilité des conventions³⁸⁰⁸. Ce choix débouche sur une impasse s'agissant de la prise en compte par le droit des déséquilibres de puissance économique. En effet, c'est par le réalisme et l'objectivation du concept de contrat que le rééquilibrage des obligations, au profit de la partie économiquement faible, est techniquement possible. Certes, il ne faut pas verser dans l'excès inverse en sous-estimant le rôle de la volonté dans la création de l'obligation. Il est certain que l'intégrité du consentement et l'autonomie de la volonté restent des principes clés du droit des contrats. Mais lorsqu'il s'agit de compenser les déséquilibres causés par un abus de puissance économique, le principe de la justice corrective impose une analyse objective et concrète afin de pouvoir déterminer, dans le cadre des sanctions de la lésion que sont la révision et la rescision, les mesures les plus adéquates pour opérer un rééquilibrage.

812 . Notre prise de position doit être recentrée dans le cadre d'un débat plus large : celui du rejet du positivisme et du légalisme juridique. La matière juridique n'est malheureusement pas sortie indemne suite à « *l'agression des sciences* », dont Michel Villey a dénoncé l'un des excès fondamentaux³⁸⁰⁹ : faire de la théorie générale du droit une matière philosophique et exclusivement technique³⁸¹⁰. Or, la philosophie est là pour nous rappeler que la finalité essentielle du droit est la justice; mais pas cette justice idéaliste, émaillée de rêves d'égalité totale et de liberté absolue. C'est

³⁸⁰⁷ Cass. Crim. 10 juillet 1995 JCP 1996 II 22572 note J. Paillusseau.

³⁸⁰⁸ J.M. Thrigeaud, *Convention*, in Arch. Philo. du droit, t.35, 1990, p.13 et suiv.

³⁸⁰⁹ M. Villey, *Philosophie du droit*, I, *Définitions et fins du droit*, n°10 et suiv.

³⁸¹⁰ Op. cit., n°13.

d'une justice concrète, particulière, dont nous voulons parler, celle dont Aristote a été le concepteur. L'un des mérites de la philosophie du droit est de rappeler au juriste que le droit est un art avant d'être une science et que sa finalité est moins la recherche de la vérité ou de l'utilité que de partager les biens, d'attribuer à chacun le sien : *suum cuique tribuere*³⁸¹¹. Le droit, en grec *to dikaion*, est, ainsi, une proportion, une juste mesure « *entre des choses partagées et des personnes* »³⁸¹². Que ce soit le partage entre le tout et les parties, appréhendé par la justice distributive³⁸¹³, ou entre les parties, réglé par la justice commutative, l'essence du droit est d'assurer une répartition équitable des biens et des richesses. Certes, dans une économie libérale le postulat réside dans le principe d'allocation des ressources par le libre fonctionnement du marché. Mais lorsque les déséquilibres de puissance économique entre les agents sont tels qu'ils permettent aux puissants d'imposer aux faibles un déséquilibre contractuel dans les droits et obligations réciproques, alors le droit se doit d'intervenir pour rétablir une juste mesure. Cette conception du droit était également celle des romains, pour qui le droit ne se déduit pas de la règle existante, mais c'est du droit qui existe, qu'on tirera la règle³⁸¹⁴. Elle permet de concilier la coexistence du corps législatif, des principes généraux du droit et de l'oeuvre créatrice, et non simplement interprétative, de la jurisprudence. C'est la proposition de M. Zénati, pour qui « *l'institutionnalisation de la jurisprudence suprême consacrerait un équilibre, celui d'un droit alliant l' ancestrale fermeté de la loi et l' indispensable souplesse des sentences* »³⁸¹⁵.

813. Il y a peut être quelque anachronisme à vouloir appréhender le phénomène très moderne de la puissance économique par une philosophie ancienne, qui n'a forcément pas été conçue pour un tel objectif. Mais il faut reconnaître la supériorité de l'analyse concrète de la réalité sur la systématisation théorique et abstraite, à laquelle les sciences exactes nous ont habitués. Or le droit se doit de mettre sa souplesse, sa flexibilité dirait M. Carbonnier, au service d'une justice mesurée, humainement proportionnée; sans insuffisance ni excès, sans sousprotection ni surprotection. Pour ce faire, l'office du juge est un passage obligé, car c'est le siège de la dialectique juridique, qui au sens étymologique signifie : « *art de la discussion bien organisée* »³⁸¹⁶, et de la justice particulière, par opposition à la justice générale dont l'ossature est composée des lois³⁸¹⁷. La justice particulière, mise en lumière par Aristote et dont l'objet est le droit³⁸¹⁸, est enracinée dans la réalité, dans le milieu économique et social dans lequel évoluent les justiciables. Saint Thomas d'Aquin écrivait, à ce sujet, que le droit ne se situe pas dans le sujet, mais dans les choses, le réel externe : *medium in re*. « *Le droit, dans les oeuvres de justice, est constitué par son rapport avec autrui, même abstraction faite du sujet; en effet, nous appelons juste dans notre action ce qui correspond à autre chose selon une certaine égalité* »³⁸¹⁹. Le juge est donc le lien entre la règle abstraite et la réalité. L'étude du phénomène de la puissance économique permet de renouveler l'approche traditionnelle de la jurisprudence et de l'office du juge, dont l'importance est, aujourd'hui, de premier ordre avec la redécouverte d'articles du Code civil tels que 1104 al.1er et 1135, ou ceux relatifs à la lésion. Le droit ne peut être juste et équitable sans appréciation concrète des faits, et il ne peut y avoir appréciation concrète sans juge.

³⁸¹¹ M. Villey, op. cit., n°35.

³⁸¹² Op. cit., n°41.

³⁸¹³ En réalité, il s'agit plus de droit que de justice, op. cit., n°43.

³⁸¹⁴ Digeste, *De regulis juris*, 50, 17, 1 : *Jus non a regula sumatur sed a jure, quod est, regula fiat.*

³⁸¹⁵ F. Zénati, *Clore enfin le débat*, R.T.D. Civ., 1992, 359.

³⁸¹⁶ M. Villey, op. cit., n°24.

³⁸¹⁷ Op. cit. n°32.

³⁸¹⁸ Op. cit., 38 et suiv.

³⁸¹⁹ *Somme théologique*, quest. 57, art. 1er.

BIBLIOGRAPHIE

1 - OUVRAGES JURIDIQUES GENERAUX

- AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t.VI-2, *Responsabilité délictuelle*, par Dejean de la Bâtie N., Librairie Technique, 8ème éd., 1989.
- BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, 3ème vol., par Barde L., Sirey, 3ème éd., 1907-1908.
- BEUDANT et LEREBOURG-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français, Contrats et obligations*, Paris 2ème éd., t.VIII par Lagarde G., 1936; t.IX par Lagarde G. et Perrot R., 1953; t.IX bis par Rodière R., 1952.
- CALAIS-AULOY J., *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 3ème éd., 1992.
- CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction*, P.U.F. Thémis, 21ème éd., 1992.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, t.3, *Les biens*, P.U.F. Thémis, 16ème éd., 1995.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, t.4, *Les obligations*, P.U.F. Thémis, 18ème éd., 1994.
- CAS G. et BOUT R., *Droit économique*, Lamy, 1995
- CAS G. et FERRIER D., *Traité de droit de la consommation*, P.U.F., 1986.
- CHARTIER Y., *Droit des affaires*, t.1, *l'entreprise commerciale*, P.U.F. Thémis, 4ème éd., 1993.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 4ème éd., 1994.
- COURET A., DEVEZE J. ET HIRIGOYEN G., *Droit du financement*, Lamy, 1995.
- DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.1, *Sources des obligations*, Librairie A. Rousseau, 1923.
- DIDIER P., *Droit commercial*, t.1, *Les sources, l'entreprise individuelle*, P.U.F. Thémis, 1ère éd., 1992.
- ELLUL J., *Histoire des institutions*, t.1-2, *l'Antiquité*, P.U.F., Thémis, 8ème éd., 1992.
- ELLUL J., *Histoire des institutions*, t.3, *le Moyen-Age*, P.U.F., Thémis, 12ème éd., 1993.
- ELLUL J., *Histoire des institutions*, t.4, *XVIè et XVIIIè siècles*, P.U.F., Thémis, 12ème éd., 1994.
- ELLUL J., *Histoire des institutions*, t.5, *XIXè siècle*, P.U.F., Thémis, 12ème éd., 1993.
- FARJAT G., *Droit économique*; P.U.F, 2ème éd., 1982.
- FERRIER D., *Droit de la distribution*, Litec, 1995.
- FLOUR J. et AUBERT J.L., *Les obligations*, t.1, *L'acte juridique*, Armand-Colin, 6ème éd., 1994.

- FOURNIER J. et QUESTIAUX N., *Traité de droit social*, Dalloz études politiques, économiques et sociales, 1984.
- GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937.
- GAZZANIGA J.L., *Introduction historique au droit des obligations*, P.U.F., Droit fondamental, 1ère éd., 1992.
- GHESTIN J. et GOUBEAUX G., *Traité de droit civil, Introduction générale*, avec le concours de Fabre-Magnan M., L.G.D.J., 4ème éd., 1994.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J., 3ème éd., 1993.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil, Les effets du contrats*, avec le concours de Billau M., L.G.D.J., 1ère éd., 1992.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil, Les effets du contrats*, avec le concours de Jamin C. et Billau M., L.G.D.J., 2ème éd., 1994.
- GOLDMAN B, LYON-CAEN A. et VOGEL L., *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 5ème éd., 1994.
- LARROUMET C., *Droit civil, t.3, Les obligations*, Economica, 2ème éd., 1990.
- LEFEBVRE D. et MOLLARET-LAFORET E., *Droit et entreprise*, P.U.G., 5ème éd., 1990.
- MALAUURIE P. et AYNES L., *Les contrats spéciaux*, Cujas, 8ème éd., 1994.
- MALAUURIE P. et AYNES L., *Les obligations*, Cujas, 5ème éd., 1994.
- MALAUURIE P. et AYNES L., *Les obligations*, Cujas, 6ème éd., 1995.
- MARTY G. et RAYNAUD P., *Les biens*, par Jourdain P., Dalloz, 1995.
- MARTY G., RAYNAUD P. ET JESTAZ P., *Les obligations, t.2, le régime*, Sirey, 2ème éd., 1989.
- MAZEAUD H., L. & J. et CHABAS F., *Obligations, théorie générale, t.II, vol.1er*, Montchrestien, 8ème éd., 1991.
- MOUSSERON J.M. et SELINSKY V., *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 1987.
- MOUSSERON J.M., *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, 1ère éd., 1988.
- PIZZIO J.P., *Code de la consommation*, Montchrestien, 1995.
- PIZZIO J.P., *Droit de la consommation*, Encyclopédie Dalloz civil, 1987.
- RIVES-LANGE J.L. et CONTAMINE-RAYNAUD M., *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 6ème éd., 1995.
- ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, Litec, 3ème éd., 1992.
- STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Introduction au droit*, Litec, 3ème éd., 1991.
- STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations, t.1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 4ème éd., 1991.

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations*, t.2, Contrat, Litec, 5ème éd., 1995.

TERRE F., *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 2ème éd., 1994.

TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, Précis Dalloz, 5ème éd., 1993.

VILLEY M., *Philosophie du droit*, t.I, *Définitions et fins du droit*, Précis Dalloz, 4ème éd., 1986.

VILLEY M., *Philosophie du droit*, t.II, *Les moyens du droit*, Précis Dalloz, 2ème éd., 1984.

VINCENT J. et GUINCHARD S., *Procédure civile*, Précis Dalloz, 23ème éd., 1994.

VINEY G., *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J., 2ème éd., 1995.

VIVANT M. et LE STANC C., *Lamy informatique*, 1995.

ZENATI F., *Les biens*, P.U.F., Droit fondamental, 1ère éd., 1988.

2 - THESEES ET MONOGRAPHIES

ALEXANDRE D., *Fin du mandat*, Juris-Classeur Civil, Art. 2003 à 2010, Fasc. 77, 1984.

AMIEL-DONAT J., *Contrats de consommation*, Juris-Classeur concurrence et consommation, Fasc. 800, 1989.

ARIBI I., *Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne*, Thèse Grenoble, 1992.

ATIAS C., *Epistémologie juridique*, P.U.F., Droit fondamental, 1985.

AUBY et DUCOS-ADER, *Le droit de l'information*, Précis Dalloz, 1982.

AZEMA J., *Le droit français de la concurrence*, 2ème éd., P.U.F., 1989.

BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, L.G.D.J., 2ème éd., 1976.

BRETON A., *Consentement*, Encyclopédie Dalloz civil, 1971.

CAPITANT H., *De la cause des obligations*, Paris 3ème éd., 1927.

CAPORAL S., *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Economica, 1995.

CARBONNIER J., *Flexible droit*, L.G.D.J., 7ème éd., 1992.

CHAMPEAUD C., *Contrôles indirects des opérations de concentration en France*, Juris-Classeur Concurrence Consommation, Fasc. 405.

COHET F., *Patrimoine et entreprise*, Thèse Grenoble II, 1993.

COLLART-DUTILLEUL F., *Lésion*, Juris-Classeur civil, Art. 1118, 1988.

- COZIAN M., *L'action directe*, L.G.D.J., 1969.
- DAVO H., *Clauses abusives*, Juris-Classeur concurrence et consommation, Fasc. 820.
- DAVO H., *Protection du consommateur*, Juris-Classeur civil, Art. 1109, Fasc. 10, 1992.
- DELEBECQUE P., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse Aix-Marseille, 1981.
- FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., 1992.
- FERRIER D., *Concession commerciale*, Encyclopédie Dalloz Commerciale, 1990.
- FIECHTER-BOULVARD F., *La transmission de l'engagement dans les contrats en chaîne*, Thèse Grenoble, 1992.
- GHESTIN J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, L.G.D.J., 1963, 2ème éd., 1971.
- GOUBEAUX G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J., 1969.
- GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, L.G.D.J., 1992.
- JAMIN C., *La notion d'action directe*, L.G.D.J., 1991.
- JEANTIN M., *Abus de droit*, Juris-Classeur Civil, Art. 1382 à 1386, Fasc. 131-1 et 131-2, 1984.
- JESTAZ P., *Equité*, Encyclopédie Dalloz civil, 1972.
- LE TOURNEAU P. et VIRASSAMY G., *Concessions*, Juris-Classeur Contrats Distribution, Fasc. 531, 1993.
- LOUIT C., *Acte anormal de gestion*, Juris-Classeur Fiscal, Fasc. 226-2.
- MALAURIE M., *Les restitutions en droit civil*, Cujas, 1991.
- MAURY J., *Cause*, Encyclopédie Dalloz civil, 1970.
- MAURY J., *Essai sur le rôle et la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1920.
- OVERSTAKE J.F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1969.
- PEROT-MOREL M.A., *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Dalloz, 1961.
- PETEL I., *Les durées d'efficacité du contrat*, Thèse Montpellier, 1984.
- PETIT B., *Dol*, Juris-Classeur Civil, Art. 1116, 1989.
- PETIT B., *Erreur*, Juris-Classeur Civil, Art. 1110, 1989.
- PETIT B., *Obligation d'information*, Juris-Classeur Civil, Art. 1136 à 1145, Fasc. 50, 1994.
- PETIT B., *Violence*, Juris-Classeur civil, Art. 1111 à 1115, 1989.
- PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., 1989.
- PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, L.G.D.J., 1989.

- POUGHON J.M., *Histoire doctrinale de l'échange*, L.G.D.J., 1987.
- RIEG A., *Effet obligatoire des conventions*, Juris-Classeur civil, Art. 1134 et 1135, Fasc. 11, 1989.
- RIEG A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, L.G.D.J., 1961.
- RIEG A., *Lésion*, Encyclopédie Dalloz civil, 1973.
- RIEG A., *Violence*, Encyclopédie Dalloz Civil.
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 2ème éd., 1951.
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4ème éd., 1949.
- RIPERT G., *Le déclin du droit*, études sur la législation contemporaine, L.G.D.J., 1949.
- ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris, 1965.
- SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1952.
- SIMLER P., *Cause*, Juris-Classeur civil Art. 1118 Fasc. 6-B, 1985.
- SIMLER P., *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J., 1969.
- TERRE F., *L'influence de la volonté sur les qualifications*, L.G.D.J., 1956.
- TEYSSIE B., *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1979.
- TUNC A., *Responsabilité*, Encyclopédie Dalloz civil.
- VEAUX D., *Nullité ou rescision des conventions*, Juris-Classeur civil, Art. 1304 à 1314, Fasc. 10, 1994.
- VEAUX D., *Obligations à terme*, Juris-Classeur, Art. 1185 à 1188, Fasc. 50, 1993.
- VIALLE S., *La profession, étude de ses principales incidences sur l'état et l'activité des personnes*, Thèse Grenoble 1990.
- VIRASSAMY G., *Les contrats de dépendance*, L.G.D.J., 1986.
- ZENATI F., *La jurisprudence*, Dalloz méthodes du droit, 1991.

3 - OUVRAGES ECONOMIQUES

- ABRAHAM-FROIS G., *Dynamique économique*, Précis Dalloz, 7ème éd., 1991.

- BERGEL P.L., *La révolution capitaliste*, Litec, traduction française, 1992.
- BIED-CHARRETON F. et RAFFEGEAU J., *Financement des entreprises*, F. Lefebvre, 9ème éd., 1992.
- CHARIE J.P., *Un enjeu de société : vers une concurrence libre et loyale*, DIAN, A.N., commission de la production, 1993.
- CHARREAUX G., *Gestion financière*, Litec, 3ème éd., 1991.
- DENIS H., *Histoire de la pensée économique*, P.U.F. Thémis, 10ème éd., 1993.
- FLOUZAT D., *Economie contemporaine*, t.I, *les fonctions économiques*, P.U.F. Thémis, 16ème éd., 1994.
- GALBRAITH J.K., *Le nouvel état industriel*, éd. Gallimard, trad. franç., 1974.
- GALBRAITH J.K., *Le pouvoir de compensation*, éd. de Médicis, trad. franç., 1956.
- GINGLINGER E., *Gestion financière de l'entreprise*, Mémento Dalloz, 1ère éd., 1991.
- GUITTON H. et VITRY D., *Economie politique*, Précis Dalloz, 15ème éd., 1991.
- JAMES E., *Histoire sommaire de la pensée économique*, éd. Montchrestien, 1969.
- LEMENNICIER B., *Economie du droit*, Cujas, 1991.
- MAGNAN DE BORNIER J., *Le monopole*, P.U.F., Que sais-je ?, 1ère éd., 1986.
- PERROUX F., *L'économie au XXème siècle, Oeuvres complètes*, t.V, P.U.G., 3ème éd., 1991.
- PERROUX F., *Le problème du profit*, P.U.G., 1926 : 1ère éd., 1996.
- RAINELLI M., *Economie industrielle*, Mémento Dalloz, 2ème éd., 1993.
- SALIN P., *La concurrence*, P.U.F., Que sais-je ?, 1ère éd., 1995.
- SCHUMPETER J., *Capitalisme, socialisme et démocratie*, 1ère éd. 1942, trad. franç., éd. Payot, 1961.
- SCHUMPETER J., *Théorie de l'évolution économique*, 1926, trad. franç., Dalloz, 1935.

4 - OUVRAGES PHILOSOPHIQUES ET SOCIOLOGIQUES

- ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Flammarion, 1965.
- ARON R., *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, 1967.
- BATIFFOL H., *La philosophie du droit*, P.U.F., Que sais-je ?, 6ème éd., 1981.
- BRETON P. et PROULX S., *L'explosion de la communication, la découverte* - Boréal, 1ère éd., 1991.

BRUCKNER P., *La tentation de l'innocence*, Grasset, 1995.

BUSNEL F., TELLIER F., GROLLEAU F. et ZARADER J.P., *Les mots du pouvoir*, Vinci, 1995.

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, P.U.F., 1994.

COUFFIGNAL L., *La cybernétique*, Que sais-je?, P.U.F., 1978.

DAVENI R., *Hyper compétition*, Vuibert, 1995.

FOULQUIE P., *La dialectique*, P.U.F., Que sais-je ?, 8ème éd., 1976.

LA FONTAINE (DE) J., *Oeuvres complètes*, t.I, *Fables et contes*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1991.

MARX K., *Oeuvres complètes*, t.I, II et III, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 1965, 1968, 1982.

MIEGE B., *La société conquise par la communication*, P.U.G., 1ère éd., 1989.

PLATON, *La République*, Flammarion, 1966.

ROUSSEAU J.J., *Oeuvres complètes*, t.III, Bibliothèque de la Pléiade, éd. Gallimard, 1964.

RUSS J., *Les théories du pouvoir*, Livre de poche, 1ère éd., 1994.

THOMAS D'AQUIN (SAINT), *Somme théologique*, tome III, CERF, 1985.

TIXIER-GUICHARD R. et CHAIZE D., *Les Dircoms*, Seuil, 1993.

WEBER M., *L'éthique protestante et l'esprit de capitalisme*, Plon, trad. franç., 1964.

WIENER N., *Cybernétique et société*, Deux Rives, Paris, 1952.

5 - MELANGES ET OUVRAGES COLLECTIFS

Après le code de la consommation, grands problèmes choisis, sous la direction de Calais-Auloy J. et Causse H., Litec, 1995.

Concurrence et consommation, sous la direction de Calais-Auloy J. et Serra Y., Thèmes et commentaires, Dalloz, 1994.

Etudes H. Capitant, Sirey, 1939.

Etudes offertes à R. Rodière, Dalloz, 1981.

Histoire de la philosophie, t.1, 2 et 3, Bibliothèque de la Pléiade, éd. Gallimard, 1969 et 1973.

Histoire des pensées économiques, Les contemporains, 1ère éd., Sirey, 1988.

L'évolution contemporaine des contrats, Journées R. Savatier, P.U.F., 1986.

Le droit contemporain des contrats, travaux coordonnés par L. Cadiet, Economica, 1987.

Les stoïciens, Bibliothèque de la Pléiade, éd. Gallimard, 1962.

Mélanges Batiffol, L.G.D.J., 1976.

Mélanges Breton-Derrida, Dalloz, 1991.

Mélanges dédiés à G. Marty, Toulouse.

Mélanges Houin, Dalloz, 1985.

Mélanges J. Derrupé, Litec, 1991.

Mélanges offerts à André Colomer, Litec, 1993.

Mélanges Ripert, L.G.D.J., 1950.

Travaux Association Capitant, *La bonne foi* (journées Louisianaises), t.XLLIII, Litec, 1992.

*_*_*

TABLE ALPHABETIQUE³⁸²⁰

A

ABUS

- de biens sociaux : 653 et suiv.
- de dépendance : 581 et suiv.
- de droit : 430 et suiv.
- de position dominante : 579 et suiv.
- de puissance économique : 635 et suiv.
- de situation : 293 et suiv.

ACTIFS

- circulants : 479 et suiv.
- immobilisés : 482 et suiv.

ALTERATION : 23; 215 et suiv. et suiv.

ARISTOTE : 3; 15; 32; 184 et suiv.; 488; 650; 812.

AUTONOMIE

- d'un droit : 80 et suiv.
- de la volonté : 191 et suiv.; 195 et suiv.; 201 et suiv.; 207 et suiv.

B

BONNE FOI : 399 et suiv.

C

CALVIN : 510.

CAUSALITE : 672 et suiv.

CAUSE : 695 et suiv.

- absence totale de : 707 et suiv.
- absence partielle de : 710 et suiv.

CICERON : 489; 510.

CLAUSE :

- abusive : 662 et suiv.; 670.
- non concurrence : 455 et suiv.
- pénale : 658 et suiv.
- non responsabilité : 141; 664 et suiv.

COASE : 532

CONCURRENCE :

- atomistique : 515 et suiv.
- monopolistique : 523 et suiv.

CONDITION POTESTATIVE : 370 et suiv.

CONFIANCE : 410.

CONSENTEMENT : 22 et suiv.

- caution : 228
- existence : 250
- expression : 225
- formalisme : 226
- intégrité : 254
- prêt : 233.

CONSOMMATEUR : 98 et suiv.

- critère de compétence : 140 et suiv.
- critère fonctionnel : 135 et suiv.
- définition : 114 et suiv.
- jurisprudence : 120 et suiv.
- origines : 99 et suiv.
- sous protection : 154 et suiv.
- surprotection : 150 et suiv.

CONTRATS

- adhésion : 53 et suiv.
- aléatoires : 644.
- à titre gratuit : 642
- à titre onéreux : 643
- consommation : 68 et suiv.
- dépendance : 42 et suiv.
- distribution : 766 et suiv.
- unilatéraux : 643.
- réels : 643.

³⁸²⁰ Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes.

— synallagmatiques : 640.

D

DEBITEUR : 505 et suiv.

DEPENDANCE ECONOMIQUE : 6; 559 et suiv.;
604 et suiv.

**DESEQUILIBRE DE PUISSANCE
ECONOMIQUE**

- systématique : 594 et suiv.
- manifeste : 596 et suiv.

DEVOIR : 754 et suiv.; 772 et suiv.

DOL : 277 et suiv.

DOMINATION : 6; 559 et suiv.; 599 et suiv.

DOUBIN (LOI) : 448 et suiv.; 452.

DROIT : 812 et suiv.

- commercial : 87
- consommation : 93 et suiv.; 180 et suiv.
- travail : 90.

DROIT DE LA CONCURRENCE : 565 et suiv.

- domaine : 573 et suiv.
- finalité : 566; 575 et suiv.
- marché : 612 et suiv.
- ordre public : 569.
- seuil de sensibilité : 577.

DUREE DES CONTRATS : 355 et suiv.

- engagement perpétuel : 358 et suiv.
- potestativité : 370 et suiv.
- terme extinctif : 367 et suiv.
- valeur : 690 et suiv.

E

EFFET DE LEVIER : 504.

EGALITE : 2 et suiv.; 15; 169 et suiv.; 180 et suiv.

- économique : 171 et suiv.
- juridique : 176 et suiv.
- politique : 171 et suiv.

ENTENTE ANTICONCURRENTIELLE : 526 et
suiv.

ENTREPRISE

- analyse classique : 515 et suiv.
- analyse moderne : 519 et suiv.; 532.

EQUITE : 16; 17; 189; 219.

ERREUR : 259 et suiv.

ETAT DE NECESSITE : 298 et suiv.

EXTINCTION DES CONTRATS

- conditions de formes : 425 et suiv.
- conditions de fonds : 428 et suiv.
- motivation : 437 et suiv.

F

FAUTE : 219; 636; 647; 693.

FORMALISME PROTECTEUR : 226 et suiv.

G

GALBRAITH : 496; 547.

GOODWILL : 485.

GROUPE DE SOCIETES : 504; 643; 654.

I

IMPREVISION : 36 et suiv.; 769 et suiv.

INFORMATION

- bien : 543.
- coût : 446 et suiv.
- définition : 542.
- effet obligatoire : 783; 806
- lésion : 736.
- pouvoir : 554.
- valeur : 549 et suiv.

INTERET COMMUN

- contrat : 448 et suiv.
- mandat : 442 et suiv.

INTERPRETATION : 385 et suiv.

J

JURISCONSULTE : 393.

JURISPRUDENCE : 17; 751 et suiv.; 812 et suiv.

JUSTICE : 30 et suiv.; 184 et suiv.; 812 et suiv.

K

KANT : 195 et suiv.; 204.

L

LESION : 34 et suiv.; 718 et suiv.

- appliquée à l'exécution : 797 et suiv.
- conceptions : 726 et suiv.
- rescision : 738 et suiv.
- révision : 740 et suiv.

LIBERTE : 191 et suiv.

M

MANDAT D'INTERET COMMUN : 381, 442 et suiv.

MARX : 493 et suiv.; 683.

MARCHE : 515.

MARSHALL : 687.

N

NIETZSCHE : 10, 204.

NULLITE : 238 et suiv.; 242 et suiv.; 713 et suiv.

O

OBJET

- indétermination du prix : 316 et suiv.; 764 et suiv.
- indétermination du taux d'intérêt : 343 et suiv.
- indétermination et terme extinctif : 368 et suiv.

OBLIGATION

- définition : 18
- fondamentale : 655 et suiv.
- moyens et résultat : 778 et suiv.

OBLIGATIONS JUDICIAIRES

- d'information : 268 et suiv.; 760 et suiv.; 803.
- de préserver l'équilibre contractuel : 763 et suiv.; 807 et suiv.
- de sécurité : 757
- de surveillance : 758 et suiv.
- qualification contractuelle : 774 et suiv.

P

PERPETUITE : 358 et suiv.

PERROUX : 523 et suiv.; 599 et suiv.

PLATON : 1; 487; 510.

POTESTATIVITE

- condition : 371 et suiv.
- définition : 375.
- prêt : 346 et suiv.
- terme extinctif : 370 et suiv.
- vente : 328.

POUVOIR : 5.

PRET

- abus : 643.
- intérêt : 233 et suiv.
- clause de révision : 343 et suiv.

PREVENTION : 692.

PRINCIPES GENERAUX : 31 et suiv.

PRIX PREDATEURS : 45 et suiv.; 637 et suiv.

PROFESSIONNEL : 556 et suiv.

PROFIT : 511; 517; 524.

PROPRIETE : 1; 18; 472; 487 et suiv.

PUISSANCE : 5

- commerciale : 509 et suiv.
- d'achat : 530 et suiv.
- de vente : 513 et suiv.
- financière : 498 et suiv.; 503 et suiv.
- informationnelle : 8; 542 et suiv.
- patrimoniale : 475 et suiv.
- politique : 1.

PUISSANCE ECONOMIQUE : 11.

- abus : 635 et suiv.
- critères d'appréciation : 608 et suiv.
- définition : 563 et suiv.
- déséquilibre : 593 et suiv.; 649 et suiv.
- effet de dépendance : 604 et suiv.
- effet de domination : 599 et suiv.
- manifestations : 471 et suiv.
- nature juridique : 470 et suiv.
- présomption : 626 et suiv.
- source d'obligations : 751 et suiv.

Q

QUALIFICATION : 378 et suiv.

R

REFUS DE CONTRACTER : 638.

RESPONSABILITE DELICTUELLE : 219; 636 et suiv.; 647.

RESOLUTION : 785 et suiv.

- effets externes : 786 et suiv.
- effets internes : 791 et suiv.
- pouvoirs du juge : 793 et suiv.
- résiliation : 440.

S

SCIENCES ECONOMIQUES : 9; 515 et suiv.

SMITH : 681.

T

TERME EXTINCTIF : 367 et suiv.

THEORIE DES JEUX : 522.

THOMAS D'AQUIN (SAINT) : 15; 490; 510; 651.

U

UTILITE : 361 et suiv.; 406; 650 et suiv.; 687 et suiv.

V

VALEUR

- définition : 678 et suiv.
- d'échange : 681 et suiv.
- d'utilité : 689 et suiv.
- marginale : 685 et suiv.
- travail : 679 et suiv.

VICES CACHES : 140; 420.

VICTIMISATION : 12.

VIOLENCE : 297 et suiv.

VOLONTE : 203 et suiv.

VOLONTE COMMUNE : 394 et suiv.

*_*_*

SOMMAIRE

INTRODUCTION..... Page 6

**PARTIE I : UNE PRISE EN COMPTE CRITIQUABLE DE
LA PUISSANCE ECONOMIQUE PAR LE DROIT**..... Page 27

**TITRE I - LA PARCELLISATION DU DROIT COMMUN
DES OBLIGATIONS**..... Page 32

CHAPITRE I - UNE PARCELLISATION INADAPTEE Page 33

**SECTION I - LA PARCELLISATION PAR L'UTILISATION
DES CONTRATS SPECIAUX**..... Page 35

**PARAGRAPHE 1 - LE CANTONNEMENT INOCCASIONNEL
DU PRINCIPE DE JUSTICE**..... Page 36

A - LA JUSTICE EN TANT QUE PRINCIPE GENERAL DU DROIT Page 37

**B - LE CANTONNEMENT DES TRADUCTIONS JURIDIQUES
DU PRINCIPE DE JUSTICE** Page 39

1/ La lésion..... Page 39

2/ L'imprévision..... Page 41

**PARAGRAPHE 2 - LA CREATION DE CATEGORIES
ARTIFICIELLES DE CONTRATS
SPECIAUX**..... Page 44

A - LES CONTRATS DE DEPENDANCE..... Page 46

**1/ L'existence d'abus de puissance économique
en l'absence de relations contractuelles** Page 47

2/ L'existence d'abus de puissance économique en l'absence de liens contractuels vitaux pour l'assujetti.....	Page 49
3/ L'existence d'abus de puissance économique en l'absence de liens contractuels permanents ou réguliers	Page 51
B - LES CONTRATS D'ADHESION	Page 53
1/ Un critère de protection erroné	Page 56
a - L'existence de contrats d'adhésion sans déséquilibre de puissance économique.....	Page 57
b -L'existence de déséquilibre de puissance économique sans protection nécessaire	Page 58
2/ Un critère de protection injuste.....	Page 59
C - LES CONTRATS DE CONSOMMATION.....	Page 62
1/ Une catégorie de contrats hétérogène	Page 63
2/ Une catégorie de contrats juridiquement imprécise.....	Page 66
SECTION II - LA PARCELLISATION PAR CREATION DE DROITS AUTONOMES.....	Page 69
PARAGRAPHE 1 - LE CRITERE OBJECTIF (OU CRITERE MATERIEL).....	Page 72
A - UN CRITERE ESSENTIEL DANS LE PROCESSUS DE CREATION D'UN DROIT AUTONOME.....	Page 73
1/ Distinction entre droit autonome et les notions plus larges	Page 73
2/ Distinction entre droit autonome et une notion plus étroite : les contrats spéciaux	Page 77

TABLE ALPHABETIQUE

B - LA DISTINCTION ENTRE LA FONCTION ET LA MATIERE Page 79

PARAGRAPHE 2 - LE CRITERE SUBJECTIF Page 81

SOUS-PARAGRAPHE 1 - LA NOTION DE
CONSOMMATEUR : UN CRITERE SUBJECTIF
IMPRECIS Page 82

A - LES ORIGINES DE LA NOTION DE CONSOMMATEUR Page 83

1/ Les origines étymologiques..... Page 83

2/ Les origines économiques..... Page 85

3/ Les origines sociologiques Page 88

B - LES AMBIGUÏTES DE LA NOTION DE CONSOMMATEUR
EN DROIT POSITIF Page 94

1/ Les ambiguïtés législatives Page 94

2/ Les ambiguïtés jurisprudentielles Page 98

a - Le constat de divergences Page 99

b - Les critères d'unité proposés Page 105

α - Le critère du « rapport direct » Page 108

β - Le critère de compétence professionnelle Page 113

SOUS-PARAGRAPHE 2 - LA NOTION DE
CONSOMMATEUR : UN CRITERE SUBJECTIF
ABSTRAIT Page 118

A - UNE SURPROTECTION INJUSTIFIEE Page 120

B - UNE SOUSPROTECTION INJUSTIFIEE Page 122

1/ L'existence de cas d'infériorité économique
en dehors du consommateur..... Page 123

2/ L'utilisation inadéquate des règles de l'affectation
des biens et de l'accessoire Page 124

CHAPITRE II - UNE PARCELLISATION INJUSTIFIEE	Page 129
SECTION I - LE PRINCIPE D'EGALITE ET LA PROTECTION DE L'ECONOMIQUEMENT FAIBLE	Page 132
PARAGRAPHE 1 - UNE INCOMPATIBILITE APPARENTE	Page 133
A - L'EGALITE POLITIQUE	Page 133
B - L'EGALITE ECONOMIQUE	Page 135
C - L'EGALITE JURIDIQUE EN DROIT PRIVE.....	Page 136
PARAGRAPHE 2 - UNE CONCILIATION POSSIBLE	Page 138
A - UNE IDEE REÇUE : LES INEGALITES DE PUISSANCE ECONOMIQUE ONT ETE REVELEES PAR LE « DROIT DE LA CONSOMMATION »	Page 139
B - UNE CONFUSION REGRETTABLE ENTRE EGALITE ABSTRAITE ET EGALITE CONCRETE	Page 141
1/ De la confusion philosophique	Page 141
2/ ... A la confusion juridique	Page 143
SECTION II - LE PRINCIPE DE LIBERTE ET LA PROTECTION DE L'ECONOMIQUEMENT FAIBLE	Page 147
PARAGRAPHE 1 - UNE INCOMPATIBILITE APPARENTE	Page 148
A - LE CONTENU DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE.....	Page 149

TABLE ALPHABETIQUE

B - UNE ENTRAVE DE PRINCIPE A LA PROTECTION DU FAIBLE ?.....	Page 151
PARAGRAPHE 2 - UNE CONCILIATION POSSIBLE	Page 152
A - LA RELATIVITE DES NOTIONS DE LIBERTE ET DE VOLONTE	Page 154
B - LE CONTENU JURIDIQUE DU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE.....	Page 157
TITRE II - L'ALTERATION DES NOTIONS CLASSIQUES DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS.....	Page 162
CHAPITRE I - L'ALTERATION DE LA FORMATION DU CONTRAT....	Page 166
SECTION I - L'ALTERATION DE L'ELEMENT SUBJECTIF DE FORMATION DU CONTRAT	Page 166
SOUS-SECTION I - L'ALTERATION DE LA NOTION D'EXISTENCE DU CONSENTEMENT.....	Page 168
PARAGRAPHE 1 - L'ALTERATION DES CONDITIONS D'EXPRESSION DU CONSENTEMENT.....	Page 168
A - LE FORMALISME PROTECTEUR ET LA JURISPRUDENCE.....	Page 169
1/ La transformation de certaines règles de preuve en règles de forme.....	Page 170
a - L'altération des dispositions de l'article 1326 du Code civil.....	Page 171
b - L'altération des dispositions de l'article 1907 al.2 du Code civil.....	Page 174
2/ Le recours excessif à la théorie des nullités virtuelles .	Page 178
B - L'ALTERATION DE LA NOTION DE NULLITE.....	Page 181
1/ L'altération du régime de la nullité.....	Page 181

TABLE ALPHABETIQUE

2/ L'altération des effets de la nullité..... Page 183
a - L'atténuation de l'effet rétroactif..... Page 183
b - L'altération de l'effet d'anéantissement Page 184

PARAGRAPHE 2 - L'ALTERATION DES CONDITIONS
D'EXISTENCE DU CONSENTEMENT Page 186

SOUS-SECTION II - L'ALTERATION DE LA NOTION
D'INTEGRITE DU CONSENTEMENT..... Page 190

PARAGRAPHE 1 - LE VICE DU CONSENTEMENT
STRICTO SENSU : L'ERREUR Page 193

A - L'ALTERATION DES CONDITIONS DE L'ERREUR
SUR LA SUBSTANCE Page 195

1/ Le primat de l'appréciation *in concreto*..... Page 195

2/ La confusion entre l'erreur et l'obligation
d'information Page 199

B - L'ALTERATION DE LA NATURE DE LA SANCTION
DE L'ERREUR..... Page 201

PARAGRAPHE 2 - LES VICES DU COMPORTEMENT :
LE DOL ET LA VIOLENCE Page 203

A - L'ALTERATION DE LA NOTION DE DOL..... Page 204

1/ La dégénérescence de la notion de dol..... Page 206

a - L'altération de l'élément moral Page 206

b - L'altération de l'élément matériel Page 212

c - L'altération de la sanction naturelle du dol Page 214

2/ L'abus de situation Page 216

B - L'ALTERATION DE LA NOTION DE VIOLENCE Page 218

1/ La notion d'état de nécessité..... Page 220

a - L'analyse de la notion d'état de nécessité..... Page 220

b - L'application de l'état de nécessité aux abus de
puissance économique..... Page 222

TABLE ALPHABETIQUE

2/ Critique de l'application de la notion d'état de nécessité en matière économique.....	Page 225
a - La critique de principe	Page 225
b - La critique technique.....	Page 231
SECTION II - L'ALTERATION D'UN ELEMENT OBJECTIF DE FORMATION DU CONTRAT	Page 235
PARAGRAPHE 1 - L'INDETERMINATION DU PRIX DANS LES CONTRATS DE DISTRIBUTION.....	Page 237
A - LA DETERMINATION DU PRIX ET LA PROTECTION DE LA PARTIE ECONOMIQUEMENT FAIBLE	Page 238
1/ Des fondements fluctuants.....	Page 239
2/ Un objectif constant	Page 243
B - L'INADAPTATION DE L' INDETERMINATION DU PRIX POUR PROTEGER LA PARTIE ECONOMIQUEMENT FAIBLE.....	Page 247
1/ L'inadaptation du principe de l'exigence de la détermination du prix	Page 247
a - L'inadaptation des conditions d'application du principe de détermination du prix	Page 247
b - L'inadaptation du principe de détermination du prix par rapport au droit de la concurrence	Page 249
2/ L'inadaptation de la sanction de l'indétermination du prix	Page 252
PARAGRAPHE 2 - L'INDETERMINATION DU TAUX D'INTERET DANS LES CONTRATS DE PRET	Page 256
A - LE PRINCIPE DE NULLITE DES CLAUSES DE REVISION EN FONCTION DU TAUX DE BASE BANCAIRE	Page 257
B - LES EFFETS DE LA NULLITE	Page 259
CHAPITRE II - L'ALTERATION DES EFFETS DU CONTRAT.....	Page 262
SECTION I - L'EXECUTION DU CONTRAT.....	Page 263

PARAGRAPHE 1 - LA DUREE DES CONTRATS..... Page 264

A - L'ALTERATION DE LA NOTION D'ENGAGEMENT
PERPETUEL Page 265

1/ Le fondement de la prohibition de
l'engagement perpétuel Page 266

2/ L'utilisation incorrecte du principe de prohibition
de l'engagement perpétuel Page 270

B - LA FIXATION ARBITRAIRE DU TERME EXINCTIF..... Page 272

1/ Le terme extinctif et l'indétermination du prix..... Page 273

2/ Le terme extinctif et la notion de potestativité..... Page 274

PARAGRAPHE 2 - LE CONTENU DU CONTRAT Page 280

A - L'ALTERATION DE LA QUALIFICATION..... Page 281

1/ Exemples jurisprudentiels de protection des
économiquement faibles par la requalification Page 281

2/ Critiques de l'utilisation de la requalification
pour protéger les économiquement faibles Page 285

B - L'ALTERATION PAR LE JEU DE L'INTERPRETATION Page 288

1/ L'interprétation - déformation Page 291

2/ L'interprétation - création Page 294

a - Critique de la notion d'interprétation objective..... Page 295

b - Le renforcement judiciaire du contenu du contrat
et le rattachement artificiel de certains concepts
à la notion d'interprétation Page 300

C - L'ALTERATION DE LA NOTION DE BONNE FOI Page 302

1/ L'extension inutile d'une notion vague Page 306

TABLE ALPHABETIQUE

2/ L'extension injustifiée d'une notion inadaptée.....	Page 309
a - De la prétendue « fonction complétive » de la bonne foi.....	Page 309
b - De la prétendue « fonction modératrice » de la bonne foi.....	Page 317

SECTION II - L'EXTINCTION	Page 321
---------------------------------	----------

PARAGRAPHE 1 - L'ALTERATION DES CONDITIONS D'EXTINCTION DES CONVENTIONS	Page 322
--	----------

A - LES CONDITIONS DE FORME	Page 323
-----------------------------------	----------

B - LES CONDITIONS DE FOND.....	Page 326
---------------------------------	----------

1/ L'utilisation de la notion d'abus de droit.....	Page 327
a - L'altération de la notion d'abus de droit.....	Page 328
b - L'inadaptation de la notion d'abus de droit.....	Page 331

2/ L'obligation de motivation	Page 332
-------------------------------------	----------

PARAGRAPHE 2 - L'ALTERATION DES CONSEQUENCES DE L'EXTINCTION DES CONVENTIONS	Page 336
--	----------

A - L'UTILISATION DE LA NOTION « D'INTERET COMMUN »	Page 337
---	----------

1/ Le mandat d'intérêt commun	Page 337
a - Une idée juste	Page 338
b - ... aujourd'hui altérée	Page 339

2/ Le contrat d'intérêt commun.....	Page 343
a - Le contrat d'intérêt commun: une notion contestable	Page 344
b - Le contrat d'intérêt commun: une notion inopportune	Page 347

B - LA CLAUSE DE NON CONCURRENCE	Page 350
--	----------

1/ Le fondement classique de la limitation des effets de la clause de non-concurrence	Page 351
--	----------

2/ Le nouveau fondement du principe de limitation des effets de la clause de non-concurrence	Page 354
---	----------

PARTIE II: UNE PRISE EN COMPTE SOUHAITABLE DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE PAR LE DROIT	Page 360
---	----------

TITRE I - LA NATURE JURIDIQUE DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE	Page 364
--	----------

CHAPITRE I - LES MANIFESTATIONS DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE	Page 365
---	----------

SECTION I - LA PUISSANCE PATRIMONIALE	Page 367
---	----------

PARAGRAPHE 1 - L'ACTIF PATRIMONIAL.....	Page 368
---	----------

A - LE CONTENU DE L'ACTIF.....	Page 368
--------------------------------	----------

1/ L'actif circulant.....	Page 370
---------------------------	----------

2/ L'actif immobilisé.....	Page 372
----------------------------	----------

B - LA PUISSANCE CONFEREE PAR L'ACTIF	Page 375
---	----------

1/ Les conditions de la puissance patrimoniale.....	Page 375
---	----------

2/ Les manifestations de la puissance patrimoniale	Page 378
--	----------

PARAGRAPHE 2 - LE PASSIF	Page 383
--------------------------------	----------

A - LE PASSIF, CRITERE D'EVALUATION DE LA PUISSANCE PATRIMONIALE	Page 384
--	----------

1/ Le critère de solvabilité.....	Page 384
-----------------------------------	----------

2/ Le critère de liquidité	Page 385
----------------------------------	----------

B - LE PASSIF, SOURCE DE PUISSANCE PATRIMONIALE	Page 386
---	----------

TABLE ALPHABETIQUE

1/ L'effet de levier.....	Page 387
2/ « La puissance du débiteur »	Page 388
SECTION II - LA PUISSANCE COMMERCIALE	Page 391
PARAGRAPHE 1 - LA PUISSANCE DE VENTE.....	Page 394
A - LES CAUSES DE LA RECHERCHE DE LA PUISSANCE DE VENTE	Page 395
1/ Le dogmatisme de l'analyse économique classique.....	Page 396
2/ Le réalisme de l'analyse économique moderne	Page 399
a - La puissance de vente: un processus inévitable.....	Page 399
b - La puissance de vente: un processus souhaitable.....	Page 403
B - LA TRADUCTION JURIDIQUE DE L'ACCUMULATION DE LA PUISSANCE DE VENTE	Page 405
PARAGRAPHE 2 - LA PUISSANCE D'ACHAT	Page 408
A - D'UN DESINTERET RELATIF	Page 408
1/ L'analyse économique	Page 408
2/ L'analyse juridique	Page 410
B - ... A UNE PREOCCUPATION LEGITIME	Page 411
1/ L'émergence du phénomène de la puissance d'achat.....	Page 412
2/ L'intégration de la notion de puissance d'achat en droit de la concurrence	Page 414
SECTION III - LA PUISSANCE INFORMATIONNELLE.....	Page 417
PARAGRAPHE 1 - LA DIMENSION ECONOMIQUE DE L'INFORMATION	Page 421
A - LE COUT DE L'INFORMATION.....	Page 422

B - LA VALEUR DE L'INFORMATION.....	Page 424
1/ L'information recherchée.....	Page 424
2/ L'information protégée	Page 426
PARAGRAPHE 2 - L'INFORMATION, SOURCE DE PUISSANCE ECONOMIQUE.....	Page 427
A - LA NOTION DE PROFESSIONNEL.....	Page 428
B - LA DEPENDANCE ET LA DOMINATION ECONOMIQUE.....	Page 430
CHAPITRE II - LA DEFINITION JURIDIQUE DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE	Page 433
SECTION I - LES DIFFERENCES ENTRE PUISSANCE ECONOMIQUE ET NOTIONS VOISINES.....	Page 433
PARAGRAPHE 1 - L'INFLUENCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE SUR LE DROIT DES OBLIGATIONS.....	Page 434
A - UNE INFLUENCE NECESSAIRE	Page 435
1/ La finalité du droit de la concurrence	Page 435
2/ L'ordre public	Page 437
B - UNE INFLUENCE NECESSAIREMENT LIMITEE.....	Page 439
1/ Le domaine naturel du droit de la concurrence.....	Page 439
2/ La confusion sur les finalités du droit de la concurrence	Page 441
PARAGRAPHE 2 - LES LIMITES DES NOTIONS DU DROIT DE LA CONCURRENCE POUR ASSURER UNE PROTECTION DES ECONOMIQUEMENT FAIBLES.....	Page 444
A - L'ABUS DE POSITION DOMINANTE	Page 445

TABLE ALPHABETIQUE

B - L'ABUS DE DEPENDANCE ECONOMIQUE	Page 447
1/ Une terminologie incertaine.....	Page 448
2/ Une déception certaine.....	Page 450
SECTION II - LA QUINTESSENCE JURIDIQUE DE LA NOTION DE PUISSANCE ECONOMIQUE.....	Page 453
PARAGRAPHE 1 - LA DIMENSION JURIDIQUE DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE.....	Page 453
A - LE DESEQUILIBRE DE PUISSANCE ECONOMIQUE.....	Page 454
1/ Un déséquilibre systématique	Page 454
2/ Un déséquilibre manifeste.....	Page 456
B - LES EFFETS DE PUISSANCE ECONOMIQUE	Page 457
1/ L'effet de domination	Page 457
2/ L'effet de dépendance	Page 460
PARAGRAPHE 2 - LES CRITERES D'APPRECIATION DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE.....	Page 463
A - UNE APPRECIATION RELATIVE.....	Page 463
1/ La relativité objective	Page 464
a - Le marché, révélateur de la puissance économique.....	Page 465
b - « <i>Le marché, révélateur imparfait de la puissance économique</i> »	Page 467
2/ La relativité subjective	Page 468
B - UNE APPRECIATION CONCRETE	Page 470
1/ Le principe de l'appréciation concrète.....	Page 471
2/ Le recours à la présomption	Page 474

TITRE II - LES EFFETS JURIDIQUES DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE ... Page 477

CHAPITRE I - LA PUISSANCE ECONOMIQUE, SOURCE D'ABUS..... Page 480

SECTION I - LA DEFINITION DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE Page 480

PARAGRAPHE 1 - LE DOMAINE DE LA NOTION D'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE Page 480

A - L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE DANS LA RESPONSABILITE CIVILE DELICTUELLE : LA RUPTURE D'UN EQUILIBRE Page 481

B - L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE EN MATIERE CONTRACTUELLE : LA CREATION D'UN DESEQUILIBRE..... Page 484

1/ L'abus de puissance économique dans le contrat synallagmatique Page 484

2/ L'abus de puissance économique dans les autres catégories de contrats Page 485

PARAGRAPHE 2 - LE CONTENU DE LA NOTION D'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE Page 489

A - LE CRITERE DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE : LA NOTION DE DESEQUILIBRE ENTRE LES PRESTATIONS RECIPROQUES Page 490

1/ Le déséquilibre global..... Page 490

2/ Le déséquilibre partiel..... Page 495

a - Une hypothèse ponctuelle : la clause pénale..... Page 495

b - Une hypothèse générale : les clauses abusives Page 500

TABLE ALPHABETIQUE

B - LE LIEN ENTRE DESEQUILIBRES DES CONTRACTANTS ET DES PRESTATIONS	Page 508
1/ L'exigence du lien de causalité.....	Page 509
a - L'existence du lien de causalité.....	Page 509
b - La charge de la preuve du lien de causalité.....	Page 512
2/ La définition de la notion de valeur	Page 513
a - Les notions de valeur, sources d'incertitude.....	Page 514
b - La valeur, source de compréhension.....	Page 518
SECTION II - LA SANCTION DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE	Page 521
PARAGRAPHE 1 - LE FONDEMENT DE LA SANCTION DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE.....	Page 522
<u>SOUS-PARAGRAPHE 1 - LE CHOIX DE LEGE LATA :</u> LA CAUSE.....	Page 523
A - UN FONDEMENT SATISFAISANT DANS SON PRINCIPE.....	Page 523
1/ Un fondement théorique satisfaisant.....	Page 524
a - La pertinence de l'analyse objective de la cause	Page 526
b - La nécessaire synthèse des conceptions objectives et subjectives de la cause	Page 528
2/ Une évolution jurisprudentielle satisfaisante.....	Page 530
a - L'absence totale de cause.....	Page 531
b - L'absence partielle de cause	Page 534
B - UN FONDEMENT IMPARFAIT DANS SA SANCTION	Page 536
1/ La nature de la nullité	Page 536
2/ Les effets de la nullité.....	Page 538
<u>SOUS-PARAGRAPHE 2 - LE CHOIX DE LEGE FERENDA :</u> LA LESION.....	Page 539
A - LA PROBLEMATIQUE DE LA LESION : CRITIQUE DE L'APPROCHE CLASSIQUE.....	Page 543

1/ Le problème de l'équilibre entre les prestations	Page 543
2/ Le problème du choix alternatif entre conceptions subjective et objective.....	Page 544
B - LE DESEQUILIBRE DE PUISSANCE ECONOMIQUE CRITERE PREALABLE DE LA LESION.....	Page 548
PARAGRAPHE 2 - LA NATURE DE LA SANCTION DE L'ABUS DE PUISSANCE ECONOMIQUE.....	Page 552
A - LA RESCISION POUR CAUSE DE LESION	Page 553
B - LA REVISION POUR CAUSE DE LESION.....	Page 554
1/ La révision globale.....	Page 555
2/ La révision partielle	Page 557
a - L'originalité du régime des clauses réputées non écrites	Page 557
b - Le régime de la révision partielle.....	Page 558
CHAPITRE II - LA PUISSANCE ECONOMIQUE, SOURCE D'OBLIGATIONS	Page 561
SECTION I - LA CREATION JUDICIAIRE D'OBLIGATIONS	Page 563
PARAGRAPHE 1 - LE CONTENU DE LA CATEGORIE DES OBLIGATIONS JUDICIAIREMENT CREEES	Page 564
A - LES OBLIGATIONS EXPRESSEMENT RECONNUES PAR LE DROIT POSITIF	Page 565
1/ L'obligation de surveillance.....	Page 566
2/ L'obligation d'information	Page 567
B - UNE OBLIGATION IMPLICITEMENT RECONNUE : LA PRESERVATION DE L'EQUILIBRE CONTRACTUEL.....	Page 570
1/ L'indétermination du prix dans les contrats.....	Page 571

TABLE ALPHABETIQUE

2/ La rupture abusive des contrats de distribution Page 572

3/ La révision judiciaire du contrat en cours
d'exécution..... Page 574

PARAGRAPHE 2 - LE REGIME DES OBLIGATIONS
JUDICIAIREMENT CREEES Page 576

A - LA SOURCE DES OBLIGATIONS CREEES PAR LE JUGE
A RAISON DES DESEQUILIBRES DE PUISSANCE
ECONOMIQUE Page 576

1/ La thèse du devoir, ou de « *l'obligation* »
extra-contractuelle..... Page 576

2/ Le maintien de la qualification contractuelle..... Page 578

B - L'OBJET DES OBLIGATIONS CREEES PAR LE JUGE
A RAISON DES DESEQUILIBRES DE PUISSANCE
ECONOMIQUE Page 582

SECTION II - LES SANCTIONS DES OBLIGATIONS
JUDICIAIREMENT CREEES Page 584

PARAGRAPHE 1 - LA RESOLUTION POUR INEXECUTION Page 586

A - L'ETENDUE DES EFFETS DE LA RESOLUTION Page 587

1/ Les effets externes de la résolution..... Page 587

2/ Les effets internes de la résolution..... Page 591

B - L'ETENDUE DES POUVOIRS DU JUGE..... Page 592

PARAGRAPHE 2 - LA LESION TRANSCENDE LA
DISTINCTION ENTRE FORMATION
ET EXECUTION DU CONTRAT..... Page 594

TABLE ALPHABETIQUE

A - LA RELATIVITE DE LA DISTINCTION ENTRE FORMATION
ET EXECUTION DU CONTRAT Page 595

 1/ La relativité de la distinction en jurisprudence Page 595

 2/ La relativité de la distinction en doctrine..... Page 596

B - L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LA LESION DANS
L'EXECUTION DU CONTRAT Page 598

 1/ L'obligation d'information Page 599

 2/ L'obligation de préserver l'équilibre contractuel..... Page 602

CONCLUSION Page 605

BIBLIOGRAPHIE Page 609

TABLE ALPHABETIQUE Page 617

TABLE DES MATIERES Page 621